



Mae Fah Luang University

Law Journal

Volume 6 Issue 2

(July - December 2023)

วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 6 ฉบับที่ 2

(กรกฎาคม - ธันวาคม 2566)





SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 6 ฉบับที่ 2 • กรกฎาคม - ธันวาคม 2566

Mae Fah Luang University Law Journal

Volume 6 Issue 2 • July - December 2023

ISSN (Online) 2774-020X • ISSN (Print) 2774-0765

± เกี่ยวกับวารสาร ±

ความเป็นมาของวารสาร

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้ดำเนินการจัดทำ “วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง” แบ่งออกเป็น 2 ช่วง ช่วงที่หนึ่ง ตีพิมพ์บทความเผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552 จนถึงปี พ.ศ. 2554 รวมจำนวนทั้งสิ้น 3 ฉบับ (ปีละ 1 ฉบับ) จากนั้นได้เลิกดำเนินการจัดทำไป และช่วงที่สอง ได้ดำเนินการจัดทำอีกครั้งหนึ่ง เริ่มตีพิมพ์บทความเผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน

วัตถุประสงค์ของวารสาร

1. เพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งทางวิชาการให้แก่สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นำบทความที่ตนนิพนธ์เผยแพร่สู่สาธารณชน
3. เพื่อเป็นเอกสารสำหรับใช้ในการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิง
4. เพื่อพัฒนาความรู้ในสาขาวิชานิติศาสตร์ของประเทศไทย

นโยบายและขอบเขตเนื้อหาของบทความที่รับตีพิมพ์

วารสารมีนโยบายรับตีพิมพ์บทความที่มีคุณภาพสูงในด้านนิติศาสตร์ทุกสาขาวิชา เช่น กฎหมายเอกชน กฎหมายธุรกิจ กฎหมายอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายสังคม กฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายเปรียบเทียบ กฎหมายระหว่างประเทศ และนิติปรัชญา โดยมีกลุ่มเป้าหมายคือคณาจารย์ นักศึกษา นักวิจัย และนักวิชาการทั้งในและนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ประเภทของบทความที่รับตีพิมพ์

วารสารรับตีพิมพ์บทความประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ บทความวิจัย บทความวิชาการ วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกิณกะกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และนักกฎหมายเล่าเรื่อง โดยบทความแต่ละประเภทมีความหมายดังต่อไปนี้

1. **บทความวิจัย** หมายความว่า บทความที่นิพนธ์ขึ้นจากงานวิจัยทางนิติศาสตร์ (โครงการวิจัย วิทยานิพนธ์ หรือดุษฎีนิพนธ์) เพื่อนำเสนอข้อค้นพบอย่างเป็นระบบ

2. **บทความวิชาการ** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์กฎหมายทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านองค์ความรู้หรือการนำไปประยุกต์ใช้ต่อไป

3. **วิเคราะห์คำตัดสินศาล** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์คำตัดสินของศาลต่าง ๆ เช่น คำตัดสินของศาลยุติธรรม และคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ

4. **วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ความเห็นทางกฎหมายขององค์กรหรือบุคคลต่าง ๆ เช่น ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

5. **วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ข้อสอบกฎหมายของสนามสอบต่าง ๆ เช่น ข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา และข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย

6. **ปกิณกะกฏหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยซึ่งเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจ

7. **แนะนำหนังสือกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่แนะนำหนังสือกฎหมายที่น่าสนใจ

8. **นักกฎหมายเล่าเรื่อง** หมายความว่า บทความที่บอกเล่าเรื่องราวเกี่ยวกับนิติศาสตร์จากประสบการณ์ของผู้นิพนธ์ซึ่งเป็นนักกฎหมาย (นักกฎหมาย หมายถึง ผู้ที่สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรีหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) เป็นอย่างน้อย)

กำหนดเวลาเปิดรับพิจารณาบทความ

วารสารเปิดรับพิจารณาบทความตลอดทั้งปี

ลักษณะของการประเมินคุณภาพบทความ

บทความทุกประเภทจะได้รับการประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ (peer reviewer) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาในบทความนั้น ๆ โดย “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” จำนวน 3 ท่านต่อบทความ ส่วน “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้น จำนวน 2 ท่านต่อบทความ ทั้งนี้ เป็นการประเมินคุณภาพแบบลับทั้งสองทาง (double-blinded review) กล่าวคือ ผู้นิพนธ์จะไม่ทราบว่าผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความคือผู้ใด และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจะไม่ทราบว่าผู้นิพนธ์คือผู้ใด

ในกรณีที่บทความใดนิพนธ์โดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่ว่าผู้นิพนธ์จะอยู่ในสถานะอาจารย์ประจำ อาจารย์อาวุโส เจ้าหน้าที่ หรือนักศึกษา ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความที่ประเมินคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงกรณีที่บทความซึ่งมีผู้นิพนธ์ร่วมกันตั้งแต่ 2 ท่านขึ้นไปและผู้นิพนธ์ท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ภาษาที่รับตีพิมพ์

ภาษาไทย

กำหนดเวลาตีพิมพ์

วารสารมีกำหนดเวลาตีพิมพ์บทความปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังต่อไปนี้
ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน
ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม

คุณภาพของวารสาร

ปัจจุบันวารสารได้ผ่านการรับรองคุณภาพจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai-Journal Citation Index Centre: TCI) โดยจัดอยู่ในฐานข้อมูลกลุ่มที่ 2 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2567

ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนผู้พิมพ์

วารสารไม่มีนโยบายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้พิมพ์และไม่มีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้พิมพ์

ค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

วารสารมีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความเป็นจำนวนเงินท่านละ 2,000 บาท (สองพันบาทถ้วน) ทั้งนี้ ไม่ว่าผลสุดท้ายบทความที่ประเมินคุณภาพนั้น จะได้รับการตีพิมพ์หรือไม่ก็ตาม

เลขมาตรฐานสากลของวารสาร

ISSN [Online] : 2774-020X

ISSN [Print] : 2774-0765

เจ้าของ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ทำเนียบบรรณาธิการ

พ.ศ. 2561 - ปัจจุบัน รองศาสตราจารย์วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์

ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะใด ๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้
“คณะผู้จัดทำวารสาร” และ “สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง”
ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

บรรณาธิการ

Editor

รองศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Wiwat Damrongkulnan

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

Assistant Editors

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Ajarn Dr.Archariya Wongburanavart

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Ajarn Natdanai Nachan

School of Law, Mae Fah Luang University

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

นักวิชาการอิสระ

Professor Dr.Pairojana Kampusiri

Independent Scholar

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Professor Dr.Kriengkrai Charoenthanavat

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Dr.Chalor Wongwatanapikul

School of Law, Mae Fah Luang University

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Associate Professor Dr.Narongdech Sarukosit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Associate Professor Arnon Mamout

Faculty of Law, Thammasat University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Assistant Professor Dr.Suphasit Taweejamsup

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Assistant Professor Dr.Chukeat Noichim

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Assistant Professor Wimpat Rajpradit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้จัดการ

Manager

นางสาวจตุพร ชุ่มมะโน

Miss Jatuporn Chummano

ผู้ช่วยผู้จัดการ

Assistant Manager

ตรวจสอบรูปแบบรายการอ้างอิงและพิสูจน์อักษร

Reference Checking and Proofreading

นางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์

Miss Pinyok Satpradit

สารบัญ

บทความวิจัย (Research Articles)

- **หน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท** 14
Duty of Confidentiality in Mediation
ภุรินทร์ อุนจะนำ
Bhurinat Ounchanum
- **ปัญหาการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น
ของประเทศไทย** 59
Problems of Budget Expenditure for Emergency in Thailand
อัญชลี ทองอุ่น
Unchalee Thongoun
- **นโยบายและกฎหมายในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกรานในประเทศไทย:
กรณีศึกษาลิงเขียวแอฟริกา (*Chlorocebus sabaeus*)** 90
Policies and Laws for the Management of Non-invasive Alien Species
in Thailand: A Case Study of the African Green Monkey (*Chlorocebus
sabaeus*)
อดิศร แผ่ไพลิน / วรวิทย์ บุญไทย
Adisorn Phaepilin / Worravit Boonthai

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

- อนาคตของนักกฎหมาย: อะไรคือสิ่งที่นักศึกษากฎหมายอาจต้องเผชิญในโลก

ของ AI

126

The Future of Lawyers: What Law Students May Confront in the AI World?

ภรณ์ เกราะแก้ว

Poranee Krawkeo

ปกิณกะกฎหมาย (Legal Miscellaneous)

- การจัดการมรดกรูปแบบดิจิทัลในยุคแห่งการแปรรูปทางดิจิทัล:

“พินัยกรรมดิจิทัล” คืออะไร?

149

Managing Digital Inheritance in the Era of Digital Transformation: What is “Digital Legacy”?

สุวลักษณ์ ชันธุ์ปรีक्षा

Suwalak Khanpruksa

- ความหมายของ “กฎหมาย” ภายใต้แนวคิดว่าด้วยสัญญาประชาคมของรูสโซ

161

The Meaning of Law under the Rousseau’s Concept of Social Contract

ณัฐดนัย นาจันทร์

Natdanai Nachan

แนะนำหนังสือกฎหมาย (Law Book Recommendation)

- การแข่งขันเสมือนจริง: คำสัญญาและภัยอันตรายของเศรษฐกิจที่ถูกขับเคลื่อน
โดยอัลกอริทึม

171

Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven
Economy

อาภาเพ็ญ ปันดวง

Apapen Panduang

บทความวิจัย (Research Article)

หน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท*

Duty of Confidentiality in Mediation

ภุรินทร์ อุนจะนำ**

นิสิตปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Bhurinat Ounchanum

Master Student in Private and Business Law,
Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 27 เมษายน 2566; วันที่แก้ไขบทความ 8 มิถุนายน 2566; วันที่ตอบรับบทความ 14 มิถุนายน 2566

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยและการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ pounchanum@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาในประเด็นเรื่องการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยซึ่งครอบคลุมถึงเรื่องหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยพบว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับเป็นหน้าที่โดยเคร่งครัด โดยกำหนดเฉพาะกรณีที่พิสูจน์ได้ถึงความบกพร่องที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย ศาลจึงมีคำสั่งไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ผู้เขียนเห็นความไม่ชัดเจนว่าหากเป็นกรณีอื่น ๆ จะได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ และกรณีไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับจนเกิดความเสียหายแล้ว จะกำหนดความรับผิดชอบอย่างไร เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศแล้ว พบว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยย่อมเป็นความลับ ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่กระทบต่อสิทธิของฝ่ายเจ้าของข้อเท็จจริงหรือ “without prejudice” เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น เพื่อป้องกันภัยอันตรายแก่สาธารณะ เป็นต้น หรือเป็นกรณีบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท โดยข้อยกเว้นดังกล่าวส่งผลให้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ โดยการพิจารณาว่ารับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน พิจารณาจากความจำเป็นในการรับฟังเปรียบเทียบกับคุณค่าของการรักษาความลับว่าสมควรให้คุณค่ากับสิ่งใดมากกว่ากัน หากความจำเป็นในการรับฟังมีมากกว่า ย่อมเป็นเหตุยกเว้นข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งในส่วนดังกล่าวกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีกำหนดข้อยกเว้นข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงเป็นพยานหลักฐาน เพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีจำเป็นอื่น ๆ ได้ และยังไม่มียกเว้นที่กำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย อันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ หากเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงควรให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งส่วนท้ายผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ให้มีความเหมาะสมมากขึ้น

คำสำคัญ: การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท; ความลับ; ไม่เป็นการกระทบสิทธิ

Abstract

This article aims to study the confidentiality during the mediation. The study includes the duty to maintain the confidentiality of each party relating to the mediation, admit facts based on mediation as the probable evidence and calculate liability of each party failing to maintain the confidentiality. The Dispute Mediation Act, B.E. 2562 (2019) prescribes the duty for each party to strictly maintain the confidentiality. In case of proving any liability of one party during the mediation, the court can impose the obligation not to abide with the dispute resolution for both parties. The author personally found the ambiguity regarding the legal imposition. The inquiries include whether or not the same rule will apply with cases conducting outside the court, and if one party fails to maintain the confidentiality causing the damage, which jurisprudence should one apply to calculate liabilities. Comparing to acts in foreign countries, facts obtained during mediation are considered to be confidential that each party is obliged to maintain their confidentiality and not to expose some facts that will affect the right of the evidence owner or being known as “without prejudice”, except from being state otherwise by the laws. For example, the mentioned jurisprudence can be omitted in order to prevent the public from serious harm or to act in accord with agreed dispute resolution. Those exceptions allow the court to admit facts derived from the mediation as the evidence by comparing the necessity and the benefit from maintaining the confidentiality. If the necessity is prioritized, the jurisprudence of admitting facts from the meditation will be omitted. In this part, the legislation of Thailand has not specified an exception the prohibition against hearing evidence for other necessary cases, and have no any law required people involved mediation to be liable due to failure to maintain confidentiality, they should be liable for any damage occurred from their acts. In the conclusion of this article, the author suggests the content to amend the Dispute Mediation ACT, B.E. 2562 (2019) to be more up-to-dated.

Keywords: Mediation; Confidentiality; Without Prejudice

1. บทนำ

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่มีคุณลักษณะเด่นด้วยการให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายสามารถกำหนดเลือกทางออกของข้อพิพาท จนนำไปสู่การยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน โดยคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายเป็นผู้ชนะ (win - win situation) และทุกฝ่ายต่างรู้สึกว่าได้ประโยชน์ ซึ่งส่งผลทำให้คู่กรณีพิพาทดังกล่าวยังคงรักษาสัมพันธภาพที่ดีระหว่างกันได้ นำไปสู่การเสริมสร้างสังคมให้ยังคงสามารถดำรงต่อไปได้อย่างสงบสุข สร้างความสมานฉันท์ให้เกิดขึ้นได้ในสังคม ประกอบกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็วโดยมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่ไม่สูง ต้นทุนที่ใช้จึงต่ำ นอกจากนี้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีจุดเด่นที่ช่วยในการรักษาความลับของคู่กรณีพิพาทได้ดี สร้างความเชื่อมั่นแก่คู่กรณีพิพาทว่าเมื่อตนเองได้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นความลับบางอย่าง จะส่งผลทำให้ข้อพิพาทสามารถระงับยับยั้งได้โดยเร็ว และจะไม่ส่งผลร้ายแก่คู่กรณีพิพาทย้อนกลับคืนมาในภายหลัง รวมถึงยังคงเป็นการรักษาความน่าเชื่อถือของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย ด้วยเหตุนี้ทำให้แนวโน้มของการนำเอาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้จึงเพิ่มสูงขึ้น โดยเฉพาะในภาคเอกชนที่ประกอบธุรกิจต้องการความรวดเร็ว ใช้ต้นทุนทั้งด้านทรัพยากรและด้านเวลาดำเนินการที่คุ้มค่า เห็นได้จากสถิติการนำคดีเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบออนไลน์ของสำนักงานศาลยุติธรรมเทียบระหว่างปีงบประมาณ 2564 ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 43,056 คดี และปีงบประมาณ 2565 มีจำนวนทั้งสิ้น 84,483 คดี เพิ่มขึ้นถึง 41,427 คดี¹

การรักษาความลับเป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนที่ เป็นผู้เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ในการไม่นำข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยออกไปยังบุคคลภายนอก การรักษาความลับยังรวมถึงการกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครองมิให้ถูกเรียกเพื่อไปให้การในฐานะพยาน และคู่กรณีพิพาทต้องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ย รวมถึงข้อเรียกร้องของคู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย² ทำให้การรักษาความลับเป็นการสร้าง

¹ สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, ผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบออนไลน์ ปีงบประมาณ 2564 เทียบปีงบประมาณ 2565 [ออนไลน์], 5 ธันวาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://oja.coj.go.th/th/content/category/detail/id/10/cid/21/iid/323673>

² ปวีณี ไพรทอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอส ออฟเซ็ท กราฟฟิคดีไซน์, 2564), หน้า 16.

ความเชื่อมั่นให้แก่คู่กรณีพิพาทว่าการไกล่เกลี่ยจะเป็นหนทางที่ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับตนเองได้ยุติลง จึงเกิดความมั่นใจและกล้าที่จะเปิดเผยถึงข้อเท็จจริง ความต้องการของฝ่ายตนเอง นอกจากนี้ความลับที่มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ย เป็นข้อเท็จจริงที่อาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือ ความสามารถในการแข่งขัน หรือต่อวิถีชีวิต ความเป็นอยู่ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของข้อมูลได้ เพราะฉะนั้น กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงได้กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับถือเป็นหลักสำคัญในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย ได้แก่พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กลับมีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับโดยเคร่งครัด โดยมีข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับเพียงเฉพาะกรณีเพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งจะส่งผลทำให้ไม่ต้องบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้จัดทำขึ้นเท่านั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าหากมีกรณีที่เป็นประการอื่น โดยเฉพาะกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นกรณีมีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เช่น การรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพื่อเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความจริง ไม่มีการกำหนดเป็นบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าจะได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ และกรณีผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไม่ทำหน้าที่ตามหลักการรักษาความลับ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เจ้าของข้อเท็จจริงแล้ว เป็นการยากต่อการพิสูจน์ความเสียหาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ในการรักษาความลับ และความรับผิดชอบจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยไว้อย่างชัดเจน โดยในบทความนี้จะได้นำเสนอเปรียบเทียบบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาความลับเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยของประเทศไทยเทียบกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย สิงคโปร์ เยอรมนี และฝรั่งเศส เพื่อวิเคราะห์และนำเสนอแนวทางการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาการกำหนดเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย รวมถึงการกำหนดเหตุยกเว้นการต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

(2) เพื่อศึกษาการกำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(3) เพื่อศึกษาความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

3. สมมติฐานของการวิจัย

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มิได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไว้อย่างชัดเจน โดยมีได้กำหนดให้เป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงควรมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยโดยเป็นไปตามหลักดังกล่าว เพื่อให้หน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

4. ระเบียบวิธีวิจัย

ศึกษาวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ย รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ ประกอบกับการค้นคว้าจากตำรา หนังสือ วารสารทางวิชาการ แนวคำวินิจฉัยขององค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย ผลงานทางวิชาการ นิตยสาร บทความ ข่าวสาร บทวิเคราะห์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ เอกสารทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

5. การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

การรักษาความลับเป็นการกระทำอย่างไร้ ใดๆ เพื่อให้ข้อเท็จจริงหรือวิธีการนั้นไม่เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปตามความประสงค์ของเจ้าของข้อเท็จจริงหรือวิธีการนั้น ใดๆ เหตุผลของการรักษาความลับมาจากการเกิดขึ้นของแนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว เพื่อไม่ให้มีบุคคลอื่นใดเข้ามาล่วงรู้ในสิ่งที่ปัจเจกชนไม่ประสงค์ให้บุคคลอื่นใดได้รับรู้ กล่าวคือเปรียบการรักษา

ความลับเสมือนเป็นเกราะป้องกันคู่กรณีพิพาทไม่ให้คุณคนที่สามเข้ามาคุกคาม³ โดยเฉพาะในการไกล่เกลี่ยนั้น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทเป็นสิ่งที่ประสงค์ให้มีการรับรู้เฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย หรือบุคคลที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เพราะความลับเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในตัวของมันเอง และสามารถนำไปสร้างประโยชน์หรือโทษได้ หากความลับถูกเปิดเผย อาจสร้างความเสียหายและก่อให้เกิดผลกระทบแก่เจ้าของข้อเท็จจริง⁴ ดังนั้น การรักษาความลับจึงเป็นหลักที่ช่วยสร้างความน่าเชื่อถือ และก่อให้เกิดการสร้าง ความไว้วางใจแก่คู่กรณีพิพาทที่จะยินยอมเปิดเผยข้อเท็จจริง ความรู้สึกนึกคิดของคู่กรณีพิพาท รวมไปถึงข้อเท็จจริงที่มีความละเอียดอ่อน อันอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ได้เสียของคู่กรณีพิพาทด้วย⁵ การเปิดเผยข้อเท็จจริงเป็นความจำเป็นเพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าใจถึงปัญหามาไปสู่การหาหนทางเพื่อระงับข้อพิพาทได้ตรงประเด็นตอบสนองต่อความต้องการและประโยชน์ของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ครอบคลุมการไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาจากการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นการให้ข้อเท็จจริง หรือการเปิดเผยพยานหลักฐานให้ปรากฏขึ้นในชั้นดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมถึงห้ามบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยเข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี⁶ อย่างไรก็ตาม การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะต้องทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ พร้อมกับเปิดโอกาสให้เกิดการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้โดยการกำหนดให้ข้อเท็จจริงที่เป็นความลับดังกล่าวสามารถถูกนำมาเป็นพยาน

³ Kimberlee K. Kovach, **Mediation: Principles and Practice**, (Minnesota: West Publishing CO., 1994), p. 141.

⁴ R.G. Toulson and C.M. Phipps, **Confidentiality**, (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 117.

⁵ Rebecca Callahan, **Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality Be a Function of the Court in Which the Litigation Is Pending?**, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 12 Issue 1 (August 2013), p. 65.

⁶ Gary B. Born, **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd ed. (AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), p. 201.

หลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงได้⁷ หากกำหนดให้ข้อเท็จจริงทุกอย่างที่มีการเปิดเผยในการไกล่เกลี่ย เป็นความลับโดยเด็ดขาด อาจเป็นช่องว่างที่ทำให้เกิดการกระทำที่ไม่ชอบเพราะเหตุเกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ย รวมถึงเป็นการปิดโอกาสในการโต้แย้งว่าการไกล่เกลี่ยดำเนินการไปโดยไม่ชอบ⁸ เนื่องจากในบางกรณีการไกล่เกลี่ยอาจมีการเปิดเผยความเท็จที่เป็นการฉ้อฉลแก่คู่กรณีพิพาท หรือมีการข่มขู่เกิดขึ้น หรือมีการกระทำอันเป็นการประพฤติปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม ผิดหน้าที่ ผิดจริยธรรม หรือผิดกฎหมาย ซึ่งได้เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ย อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น หากบังคับว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นความลับแล้ว ย่อมส่งผลทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท หรือเป็นการบั่นทอนความน่าเชื่อถือเชื่อมั่น ต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการยกเว้นให้ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในบางกรณีให้สามารถเปิดเผยได้

กรณีที่มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลภายนอก อาจมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการนำเอาข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ ความเสียหายดังกล่าว นับได้ว่าเกิดขึ้นจากการละเมิดต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยการพิจารณาว่ามูลค่าความเสียหายจะกำหนดได้เป็นจำนวนเท่าใดนั้น ได้มีการวางแนวทางการพิจารณาไว้ว่าให้พิจารณาจากการที่เจ้าของข้อเท็จจริงได้สูญเสียความสามารถในการหาผลประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ประสงค์ให้เป็นความลับ โดยอ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ที่เจ้าของข้อเท็จจริงพึงจะได้รับหากยังคงสามารถรักษาข้อเท็จจริงให้เป็นความลับได้ นอกจากนี้ ยังพบว่าในคดี *General Tire and Rubber Co. v Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd (1975)* ซึ่งมีผู้พิพากษา ลอร์ด Wilberforce ได้วางหลักเกณฑ์เสริมไว้ว่า “หลักการกำหนดค่าเสียหายควรจะต้อง กำหนดเป็นจำนวนเงิน โดยมูลค่าจะต้องสอดคล้องตรงกันกับการชดเชยเยียวยาให้แก่ผู้เสียหาย ที่เหมาะสมแก่การที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับ”⁹

⁷ Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, 3rd ed. (New South Wales: LexisNexis, 2011), p. 670.

⁸ Kimberlee K. Kovach, *Mediation: Principles and Practice*, p. 142.

⁹ R.G. Toulson and C.M. Phipps, *Confidentiality*, pp. 24-25.

6. บทบัญญัติว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดของประเทศไทย

เดิมประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการใกล้ชิดข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ แต่มีการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการใกล้ชิดข้อพิพาทสอดแทรกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 20 ทวิ และมาตรา 20 ตริ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 61/1 ประกอบกับมาตรา 61/2 และมาตรา 61/3 นอกจากนี้ ในกฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231 ซึ่งบทบัญญัติทั้งสองมีลักษณะเป็นการกำหนดเอกสิทธิ์ (privilege) ของบุคคลที่จะเป็นพยาน โดยมีสิทธิไม่เป็นพยานก็ได้¹⁰ โดยบทบัญญัติทั้งสองมีลักษณะในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ กำหนดให้คู่ความหรือบุคคลที่ถูกกำหนดให้ต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล เป็นผู้มีเอกสิทธิ์ที่จะไม่เบิกความต่อศาลหรือไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือเสนอพยานหลักฐานที่เป็นความลับ โดยหากมีการอ้างเอกสิทธิ์เช่นว่านี้แล้วให้ศาลมีอำนาจหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้การต่อศาลเพื่อชี้แจงและรับฟังว่าการอ้างเอกสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการอ้างที่ชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ ซึ่งถ้าหากไม่ชอบด้วยเหตุผลก็ให้ศาลมีอำนาจบังคับให้เบิกความหรือให้นำพยานหลักฐานมาแสดงได้¹¹ โดยเฉพาะในมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วางหลักว่า ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานชนิดใด ๆ มาแสดง และคำเบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจเปิดเผยเอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใด ๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่ตนเป็นทนายความ คู่ความหรือบุคคลเช่นว่านั้นชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้น ๆ มาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิดเผยได้ และมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วางหลักว่า เมื่อคู่ความหรือผู้ใดจะต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐานซึ่งเป็นเอกสารหรือข้อความลับที่ได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา คู่ความหรือบุคคลนั้นมีอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐาน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรือ

¹⁰ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 354.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 362.

บุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น ทั้งนี้ ยังไม่มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นว่า ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดข้อพิพาทจะสามารถถูกนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้หรือไม่ เพียงแต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำมาเทียบเคียงได้ว่า ศาลฎีกายอมรับในเรื่องของการรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับว่าศาลฎีกาไม่ได้ปิดกั้นและไม่ได้กำหนดว่าข้อเท็จจริงอันเป็นความลับที่นายความได้รับมาจากลูกความจะต้องเป็นความลับตลอดไป ไม่สามารถเปิดเผยได้ และไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ศาลสามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487¹² และมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยว่าหากพยานหลักฐานนั้นมีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ส่งพยานหลักฐานนั้นได้ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2514¹³ จนกระทั่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557¹⁴ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่ได้จากการดำเนินกระบวนการใกล้ชิดประนีประนอมยอมความ หากเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์ให้เป็นข้อที่นำมาใช้ในชั้นใกล้ชิดโดยเฉพาะ ก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังการดำเนินกระบวนการใกล้ชิดได้ เพราะกระบวนการใกล้ชิดอาศัยความจริงใจ

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487 คำเบิกความของทนายที่เปิดเผยความลับของลูกความอันเป็นการผิดมารยาททนายความนั้น รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ส่วนจะมีน้ำหนักเพียงไรเป็นอีกเรื่องหนึ่ง

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2514 เมื่อศาลเห็นว่าสำนวนการสอบสวนนั้นเป็นหลักฐานที่ศาลจะต้องใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดดำเนินไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลย่อมไม่ฟังคำปฏิเสธของพนักงานอัยการและสั่งให้ส่งสำเนาสำนวนการสอบสวนได้

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557 ข้อเท็จจริงที่ได้ความจากการใกล้ชิดประนีประนอมยอมความจะนำมาพิจารณาในชั้นพิจารณาของศาลได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของข้อเท็จจริงแต่ละราย หากข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่องที่คู่ความประสงค์จะเป็นข้อพิจารณาโดยแท้ในชั้นใกล้ชิด ซึ่งเป็นกระบวนการที่อาศัยความจริงใจของคู่กรณีที่ทำเลยแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจที่จะหาทางระงับข้อพิพาทด้วยการตกลงกัน ข้อมูลบางอย่างอาจเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูล ข้อมูลเช่นนี้ก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังได้ มิฉะนั้นจะเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อระบบการใกล้ชิดระงับข้อพิพาทที่ต่อไปคู่กรณีอาจไม่เปิดเผยข้อมูลแก่กันเพื่อหาทางระงับคดี แต่ข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดที่ไม่ได้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในชั้นใกล้ชิดกันหรือไม่ ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีอยู่แล้วก็ดี หรือข้อมูลใดคู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา เมื่อการใกล้ชิดไม่อาจตกลงกันได้ก็ดี ศาลย่อมรับฟังข้อเท็จจริงนั้นได้

ระหว่างคู่กรณีพิพาทเป็นสำคัญ เนื่องจากต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันเพื่อหาทางยุติข้อพิพาทระหว่างกัน ดังนั้น หากข้อมูลข้อเท็จจริงบางอย่างเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูลแล้ว หากนำมาใช้ก็อาจเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อไปในอนาคตแต่ละฝ่ายต่างอาจไม่เปิดเผยข้อมูลของตนเองให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายเพื่อหาทางระงับข้อพิพาท เว้นแต่ข้อมูลข้อเท็จจริงใดที่ไม่ว่าจะมีการเปิดเผยแลกเปลี่ยนกันในชั้นไกล่เกลี่ย ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีพิพาทอยู่แล้ว หรือเป็นข้อมูลที่คู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา ศาลก็ย่อมรับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นได้

ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ โดยมาตรา 11 วรรคท้าย วางหลักว่า ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำการตามหน้าที่โดยสุจริต ย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา มาตรา 12 (6) วางหลักว่า ผู้ไกล่เกลี่ยต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรม โดยรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มาตรา 29 วางหลักว่า ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังต่อไปนี้ เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

- (1) ความประสงค์หรือความสมัครใจของคู่กรณีในการขอเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่กรณี
- (3) การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (4) ข้อเสนอใด ๆ ที่เสนอโดยผู้ไกล่เกลี่ย
- (5) ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความสมัครใจที่จะยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (6) เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้หรือใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะ

ทั้งนี้ พยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใดที่มีอยู่และนำสืบได้อยู่แล้วในกระบวนการพิจารณาของศาล กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่งด้วยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำไปใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

และมาตรา 33 วางหลักว่า ให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท เว้นแต่ความปรากฏแก่ศาล หรือคู่กรณีซึ่งถูกบังคับตามข้อตกลงนั้นพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า

(1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลง ระบุข้อพิพาท

(2) มูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระบุข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดเจน โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน

(3) ข้อตกลงระบุข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบ ด้วยประการใด ๆ

(4) มีเหตุเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยที่มีผลต่อการทำบันทึกข้อตกลงอย่างมีนัยสำคัญ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 29 และมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ข้างต้น จึงมีข้อสังเกตว่า ในกรณีจำเป็น ที่จะต้องใช้ข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการ พิเคราะห์คดีจะสามารถกระทำได้หรือไม่ ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับประเด็นดังกล่าว เพราะการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีความมุ่งหมาย แต่เพียงเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่อาจนำไปสู่ การจัดทำข้อตกลงระหว่างกันได้ และความมุ่งหมายเพียงแต่เพื่อให้บังคับเป็นไปตามข้อตกลง ระบุข้อพิพาทเท่านั้น ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวรวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลเท่าที่ปรากฏยังไม่มี การตีความบทบัญญัติที่ครอบคลุมกรณีจำเป็นที่จะต้องใช้ข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิเคราะห์คดี

ส่วนประเด็นเรื่องความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่รักษาความลับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะโดยผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาท หรือบุคคลที่เข้าไปมี ส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้เป็นการเฉพาะ

7. กรณีศึกษาการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยของกฎหมายอื่น ๆ

7.1 กรณีศึกษากฎหมายของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)

คณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศหรือ UNCITRAL ได้มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้น 2 ฉบับ ได้แก่ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นการสร้างแบบมาตรฐานทางกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของแต่ละประเทศให้เกิดความเป็นหนึ่งเดียวกันเพื่อลดอุปสรรคหรือข้อจำกัดในเรื่องความแตกต่างกันของกฎหมายในแต่ละประเทศ¹⁵ และ UNCITRAL Mediation Rules อันเป็นกฎที่จัดทำขึ้น เพื่อให้คู่สัญญาได้พิจารณาเป็นทางเลือกสำหรับการเลือกใช้การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท และแก้ปัญหาความแตกต่างเรื่องเขตอำนาจศาลหรือบทบัญญัติที่นำมาปรับใช้กับข้อพิพาท บทบัญญัติทั้งสองกล่าวถึงการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยมีความเกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่กรณีพิพาท การเปิดเผยข้อมูล และการรักษาความลับ

7.1.1 การติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่กรณีพิพาท ตามมาตรา 8 แห่ง UNCITRAL Model Law และมาตรา 5 แห่ง UNCITRAL Mediation Rules ได้ถูกกำหนดในแนวทางเดียวกันว่าผู้ไกล่เกลี่ยอาจพบหรือติดต่อสื่อสารกับคู่กรณีพิพาทโดยพร้อมเพียงกันทุกฝ่าย หรือโดยแยกกับคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายต่างหากจากกัน บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้พิจารณากำหนดกระบวนการติดต่อสื่อสารกับคู่กรณีพิพาท โดยอาจกำหนดให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายอาจพบปะกันหรือแยกจากกัน โดยประเมินจากสถานการณ์การไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ผู้ไกล่เกลี่ยเกิดการสร้างปฏิสัมพันธ์จนเป็นการโน้มเอียงไปสนับสนุนกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป¹⁶ ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีอำนาจในการจัดรูปแบบการไกล่เกลี่ย ด้วยการให้คู่กรณีพิพาทได้พบปะกันหรือแยกจากกัน โดยคำนึงถึงความเหมาะสม

¹⁵ จันทรเพ็ญ งามวิไลวงศ์, แนวทางกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย : ข้อพิจารณาจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2549), หน้า 43.

¹⁶ United Nations General Assembly, *A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2001), p. 21. para. 56.

กับบริบทกับสถานการณ์ขณะนั้น รวมถึงให้ค้ำประกันความประสงค์ของคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะเป็นการประสงค์ที่จะพบกับคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือประสงค์ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยแยกจากกัน

7.1.2 ประเด็นว่าด้วยเรื่องของความลับ ตามมาตรา 10 แห่ง UNCITRAL Model Law และมาตรา 6 แห่ง UNCITRAL Mediation Rules กำหนดไว้เป็นแนวทางเดียวกันว่า ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะได้ตกลงยกเว้นไว้ว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นการกระทำภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท โดยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นหน้าที่ เพื่อเป็นประกันว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะดำเนินการไปอย่างตรงไปตรงมา อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติโดยเคร่งครัด เพราะคู่กรณีพิพาทอาจตกลงให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ หรือประเทศต่าง ๆ อาจมีการกำหนดกฎหมายไว้เป็นอย่างอื่น ให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้ หรือเป็นการยกเว้นให้เปิดเผยเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท โดยกรณีที่มีกฎหมายกำหนดบังคับให้เปิดเผยข้อเท็จจริง ยกตัวอย่างเช่น การเปิดเผยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดอาญา การคุกคามบุคคลเพื่อให้ได้รับอันตรายแก่กายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือเพื่อแจ้งเตือนประชาชนเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยด้านสุขภาพ สิ่งแวดล้อม หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการฝ่าฝืนหลักการรักษาความลับ¹⁷

7.1.3 การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ตามมาตรา 11 แห่ง UNCITRAL Model Law และมาตรา 7 แห่ง UNCITRAL Mediation Rules โดยบทบัญญัติทั้งสองดังกล่าวมีการกำหนดคล้ายคลึงกัน กล่าวคือหากคู่กรณีพิพาทได้เสนอข้อเท็จจริงหรือเสนอแนะแนวทางการยุติข้อพิพาทขึ้น ไม่ว่าจะโดยคู่กรณีพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ย หรือเป็นข้อเท็จจริงว่าคู่กรณีพิพาทได้สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ปรากฏว่าการไกล่เกลี่ยไม่ประสบ

¹⁷ United Nations, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2022), p. 55. para. 71.

ความสำเร็จจนเป็นประเด็นข้อพิพาทเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ จึงกำหนดให้บรรดาข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าว ให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีคำสั่งไม่ให้ยอมรับฟัง¹⁸ ไม่ว่าจะโดยการออกคำสั่งจำกัดไม่ให้แสดงพยานหลักฐานนั้น หรือให้ศาลมีคำสั่งให้ยกฟ้อง โดยมุ่งหวังเพื่อมิให้กระทบต่อสาระสำคัญของคดี¹⁹ บทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ได้แก่

(1) ห้ามนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ดำเนินกระบวนการอื่น ๆ และห้ามเปิดเผยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยหลักให้ถือว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยกำหนดต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ความดังกล่าวให้รวมถึงคู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึงบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันมิใช่คู่กรณีพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ย เช่น หน่วยงานของคู่กรณีพิพาทที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หรือเป็นผู้ช่วยของผู้ไกล่เกลี่ยในการทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย ต้องห้ามมิให้เป็นพยาน หรือมอบพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยผูกพันว่าต้องไม่ใช้หรือฟังพยานหลักฐานดังต่อไปนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

- 1) คำเชื่อเชิญคู่กรณีพิพาทเพื่อเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หรือข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- 2) ความคิดเห็นหรือทัศนคติของคู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยที่มีความเป็นไปได้ให้นำไปสู่การยุติข้อพิพาท
- 3) คำแถลง คำรับของคู่กรณีพิพาทที่สร้างขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย
- 4) ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ย

¹⁸ United Nations General Assembly, *A/Cn.9/468 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session (Vienna, 20 - 31 March 2000)*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2000), p. 7. para. 27.

¹⁹ United Nations General Assembly, *A/Cn.9/Wg.II/Wp.108 Settlement of Commercial Disputes Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement Report of the Secretary General*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2000), p. 7. para. 26.

5) ข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ว่าคู่กรณีพิพาทเต็มใจยอมรับข้อเสนอยุติข้อพิพาทที่จัดทำขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ย

6) เอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

นอกจากนี้ ศาล อนุญาโตตุลาการ และองค์กรอื่น ๆ ที่มีอำนาจตุลาการต้องถูกผูกพันว่ามีหน้าที่จะไม่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย²⁰ โดยครอบคลุมไปถึงการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในภายหลังซึ่งอาจไม่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

ทั้งนี้ พยานหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่และสามารถนำสืบได้ ไม่ต้องห้ามที่นำมาใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี แต่เฉพาะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐาน²¹

(2) ข้อยกเว้นการห้ามนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในการดำเนินกระบวนการอื่น และข้อยกเว้นการห้ามเปิดเผยพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย อาจได้รับการยกเว้นให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สามารถยกเว้นได้ ซึ่งเหตุแห่งการยกเว้น ได้แก่ การยกเว้นให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริง เพื่อนำไปใช้พิสูจน์และบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท และการยกเว้นเนื่องจากคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้²² มีข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นที่ให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงเมื่อคู่กรณีพิพาทได้ตกลงยกเว้นไว้ ส่งผลให้หลักห้ามนับรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานอาจไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง และในกรณีที่ศาลอาจพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

²⁰ United Nations, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*, pp. 47-48. para. 72-75.

²¹ *Ibid.*, pp. 49-50. para. 78-79, 82.

²² สุธาสินี สุภา, ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 140.

มีความจำเป็นในฐานะเป็นพยานหลักฐานแห่งคดี ก็ไม่อาจใช้หลักห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามอย่างลับๆได้²³

(3) การร้องขอให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐาน เนื่องจากในบางสถานการณ์ กฎหมายกำหนดให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามได้ โดยเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อการพิสูจน์หักล้างเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการทุจริตต่อหน้าที่หรือจริยธรรมของผู้ไต่ถาม หรือเพราะมีเหตุผลจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากจำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายสาธารณะ ซึ่งอาจยกตัวอย่างได้ ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่มีความจำเป็น เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการข่มขู่ทำร้ายร่างกาย หรือจะกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือเพื่อจะกระทำการที่ผิดกฎหมายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถาม

2) กรณีที่มีข้อเท็จจริงว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามพยายามใช้การไต่ถามเพื่อวางแผนกระทำความผิดทางอาญา

3) กรณีจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานเพื่อใช้พิสูจน์หรือหักล้างเกี่ยวกับข้อกล่าวหาว่า มีการประพฤติผิดไปจากหลักวิชาชีพหรือจริยธรรมของผู้ไต่ถาม

4) กรณีจำเป็น เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าการไต่ถามได้มีการหลอกลวง หรือข่มขู่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากการไต่ถามได้ดำเนินการอย่างเที่ยงตรง หรือข้อตกลงที่จัดทำขึ้นระหว่างไต่ถามได้แสดงให้เห็นถึงการกระทำอันเป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของประชาชน

7.2 กรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการวางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม ที่กำหนดข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามโดยให้ถือว่าเป็นหน้าที่ในการรักษาความลับประการหนึ่ง จึงทำให้หน้าที่ในการรักษาความลับกับข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามมิได้มีการแบ่งแยกจากกันอย่างมีนัยสำคัญ

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

7.2.1 การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานภายใต้หลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย พิจารณาจากข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยว่าเป็นกรณีที่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า The Federal Rules of Evidence Rule 408 กำหนดว่าพยานหลักฐานหรือถ้อยคำอันเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย ไม่เป็นที่ยอมรับเพื่อนำมาพิสูจน์ความผิดตามที่เรียกร้องได้²⁴ กล่าวคือไม่ให้นำพยานหลักฐานที่ได้มาจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อพิสูจน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่ว่าเป็นการเสนอให้หรือจะให้ผลประโยชน์ หรือเป็นการแสดงถึงการยอมรับในกระบวนการไกล่เกลี่ย²⁵ ส่วนพยานหลักฐานอื่น ๆ เมื่อมีการเปิดเผยแล้วสามารถรับฟังได้ ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงบางอย่างแม้เป็นข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย แต่ Rule 408 กำหนดให้ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เช่น เป็นข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ถึงการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการไปด้วยความลำเอียง หรือการพิสูจน์ว่าการไกล่เกลี่ยได้ดำเนินการโดยมิได้ล่าช้าเกินสมควร²⁶ อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ Rule 408 จะมีผลบังคับเป็นการเฉพาะกับคดีที่เกิดขึ้นภายหลังการไกล่เกลี่ย และคดีดังกล่าวมีการอ้างข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นพยานหลักฐาน จึงทำให้ Rule 408 ไม่คุ้มครองการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนการสืบพยานในชั้นศาล²⁷

²⁴ Federal Rule of Evidence 408

Evidence of (1) furnishing or offering or promising to furnish, or (2) accepting or offering or promising to accept, a valuable consideration in compromising or attempting to compromise a claim which was disputed as to either validity or amount, is not admissible to prove liability for or invalidity of the claim or its amount. Evidence of conduct or statements made in compromise negotiations is likewise not admissible.

²⁵ Christopher H. Macturk, **Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions**, American Journal of Trial Advocacy, Volume 19 (1995), p. 418.

²⁶ Owen V. Gray, **Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation**, Osgoode Hall Law Journal, Volume 36 Issue 4 (1998), p. 676.

²⁷ Christopher H. Macturk, **Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions**, American Journal of Trial Advocacy, Volume 19 (1995), pp. 419-420.

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในกรณีใดที่เป็นข้อเท็จจริงเปิดเผยเพื่อนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ พบว่าศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาจากประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ (public interest) ว่า “การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพื่อนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานเปรียบเทียบกับความจำเป็นที่ประโยชน์สาธารณะพึงจะได้รับจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว สิ่งใดเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีคุณค่ามากกว่ากัน” ดังนั้น หากประเด็นที่กำลังพิจารณาอยู่ เมื่อเปรียบเทียบแล้วน้ำหนักของการรักษาประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าความจำเป็นในการรักษาความลับ กรณีดังกล่าวย่อมเป็นเหตุที่ควรยกเว้นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เช่น คดี *United States v Exxon Corp. (1991)* ซึ่งในคดีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเด็นเรื่องการเยียวยาความเสียหายจากน้ำมันรั่วไหลลงในแม่น้ำ และเกิดความเสียหายแก่ประชาชน รวมทั้งสัตว์ป่าที่อาศัยอยู่ริมฝั่งแม่น้ำ กรณีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ได้เสียของประชาชน อันเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ ศาลจึงวินิจฉัยว่าไม่สมควรที่จะปกปิดความลับในเรื่องที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชน ทำให้พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยดังกล่าวจึงอาจถูกขอให้เปิดเผยเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ตามข้อยกเว้นนั้น²⁸ หรือคดี *National Labor Relations Board (NLRB) v Joseph Macaluso, Inc. (1980)* ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายนายจ้างและฝ่ายสหภาพแรงงาน (ลูกจ้าง) จนได้มีการไกล่เกลี่ยระหว่างกันแล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จจนเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ฝ่ายนายจ้างจึงมีคำร้องขอต่อศาลให้หมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาเพื่อให้การที่สามารถแก้ไขข้อพิพาทได้ และยกเหตุผลว่าการให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวสามารถกระทำได้ ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย เพราะข้อพิพาทระหว่างฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างที่เกิดขึ้นไม่เป็นความลับ จึงไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการรักษาความลับ ศาลจึงได้วินิจฉัยว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแรงงานมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องรักษาความมั่นคงทางอุตสาหกรรม ประโยชน์สาธารณะ และรักษาความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย การร้องขอให้หมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงจะเป็นผลร้ายและเป็น

²⁸ Eric R. Max, *Confidentiality in Environmental Mediation*, New York University Environmental Law Journal, Volume 2 Issue 2 (1993), p. 215.

อันตรายมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการรับฟังข้อเท็จจริงจากพยานที่เป็นผู้ใกล้ชิด²⁹ จึงไม่สมควรที่รับฟังพยานซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิดตามที่มีการร้องขอ

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการตรา Uniform Mediation Act (UMA) ขึ้นในปี ค.ศ. 2001 เพื่อเป็นแนวปฏิบัติสำหรับผู้ใกล้ชิด และสร้างความเชื่อมั่นว่าการใกล้ชิดเป็นกระบวนการที่สามารถยุติข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีคุณภาพ โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดว่า การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดซึ่งเป็นความลับนั้น เป็นเอกสิทธิ์ (privilege) ของบุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับที่สามารถยกอ้างขึ้นเพื่อไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจได้รับอนุญาตให้มีการเปิดเผยได้ หากเป็นกรณีที่เหตุผลความจำเป็นในการเปิดเผยเมื่อเปรียบเทียบแล้วมีคุณค่ามากกว่าเหตุผลของการรักษาความลับ³⁰ โดยมีการกำหนดขอบเขตที่เป็นเหตุยกเว้นให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดเป็นพยานหลักฐาน โดยห้ามมิให้อ้างเอกสิทธิ์ในการปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดเพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งสามารถจัดจำแนกออกเป็นกลุ่มได้ ดังนี้³¹

(1) กรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันให้เปิดเผยได้

(2) กรณีบังคับให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อสาธารณะ

(3) กรณีที่การใกล้ชิดเกิดขึ้นโดยบกพร่อง เช่น มีการข่มขู่ การทำให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ มีการวางแผนเพื่อกระทำผิดทางอาญา หรือมีการกระทำหรือพยายามกระทำการปกปิดความผิดทางอาญา

(4) กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการแสวงหาหรือเพื่อพิสูจน์การกระทำผิดต่อหน้าที่ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือผิดต่อจริยธรรม ทั้งของผู้ใกล้ชิด บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใกล้ชิด หรือที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพของกลุ่มผู้เปราะบาง

²⁹ Kimberlee K. Kovach, *Mediation: Principles and Practice*, pp. 152-153.

³⁰ Ellen E. Deason, *Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide*, *Notre Dame Law Review*, Volume 80 Issue 2 (2005), p. 568.

³¹ Uniform Mediation Act (UMA) section 6

7.2.2 การใช้มาตรการทางกฎหมายลงโทษกรณีนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในทางที่ผิด

การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษบุคคลที่นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ประโยชน์ในทางที่ผิด มีที่มาจากศาลมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจากความพยายามบ่อนทำลายกระบวนการทำงานของระบบตุลาการ โดยหากไม่ดำเนินการด้วยความจริงจังต่อการกำหนดโทษแก่ผู้ที่ไม่รักษาความลับในการไกล่เกลี่ยแล้ว ย่อมทำให้การไกล่เกลี่ยขาดความน่าเชื่อถือ และการการระงับข้อพิพาทด้วยความจริงจังและมุ่งมั่นเพื่อยุติข้อพิพาทจะลดน้อยถอยลง³² โดยจากการศึกษาพบว่า มลรัฐฟลอริดามีการตรากฎหมายเพื่อควบคุมและกำกับกรณีดังกล่าว โดยผู้ที่เปิดเผยความลับในการไกล่เกลี่ย โดยรู้และจงใจเปิดเผย (any mediation participant who knowingly and willfully discloses a mediation communication) ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบทั้งค่าเสียหายเพื่อชดเชยผลจากการเปิดเผยความลับ รวมถึงค่าค่าธรรมเนียมทั้งส่วนที่ให้แก่นายความตามสมควรแก่กรณี ค่าธรรมเนียมแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เพื่อบรรเทาเยียวยาความเสียหาย ทั้งนี้ การร้องขอค่าเสียหายดังกล่าว คู่กรณีพิพาทร้องขอได้ภายใน 2 ปีนับแต่คู่กรณีพิพาทรู้หรือควรรู้การกระทำอันเป็นการละเมิดการรักษาความลับ แต่ไม่เกิน 4 ปีนับแต่วันที่การกระทำดังกล่าวนั้นเกิดขึ้น³³

³² Sarah Rudolph Cole, *Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled*, Kansas Law Review, Volume 54 Issue 5 (2006), pp. 1444-1445.

³³ The 2021 Florida Statutes Title V JUDICIAL BRANCH CHAPTER 44 MEDIATION ALTERNATIVES TO JUDICIAL ACTION 44.406 Confidentiality; civil remedies.—

(1) Any mediation participant who knowingly and willfully discloses a mediation communication in violation of s. 44.405 shall, upon application by any party to a court of competent jurisdiction, be subject to remedies, including:

- (a) Equitable relief.
- (b) Compensatory damages.
- (c) Attorney's fees, mediator's fees, and costs incurred in the mediation proceeding.
- (d) Reasonable attorney's fees and costs incurred in the application for remedies under this section.

7.3 กรณีศึกษาของประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์

กลุ่มของประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสิงคโปร์ ต่างเป็นประเทศที่มีการใช้ระบบกฎหมาย Common Law แต่อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันบ้างเล็กน้อย โดยในกลุ่มประเทศตามกรณีศึกษาดังกล่าวได้ยึดถือหลักที่สร้างขึ้น เพื่อใช้ในการพิจารณารับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เรียกว่าหลัก “without prejudice” อันเป็นหลักว่าด้วยการคุ้มครองมิให้ถ้อยคำหรือถ้อยแถลงที่เกิดขึ้นจากความพยายามเพื่อระงับข้อพิพาท ถูกนำไปใช้เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล โดยมีขึ้นเพื่อมิให้เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท หลัก without prejudice เป็นนโยบายสาธารณะเพื่อส่งเสริมให้คู่กรณีพิพาทสามารถค้นพบหนทางนำไปสู่การยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้สำเร็จ และได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกเปิดเผยและทำให้เป็นความลับเสมอ ไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์เป็นที่เสียหาย³⁴ ทำให้การสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทไม่มีผู้ใดจะเข้ามาแทรกแซงสิทธิในความลับของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ โดยเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลในการไกล่เกลี่ย³⁵ โดยยกตัวอย่างจากคดี *Cutts v Head (1984)* ศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษและเวลส์ (Court of Appeal) ได้มีการอธิบายว่าหลัก without prejudice กำหนดให้การสื่อสารระหว่างกันจะต้องไม่มีสิ่งใดที่มีการเปิดเผยออกไป โดยเป็นการรบกวนขัดสิทธิต่ออีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือไม่เป็นการกระทบสิทธิของบุคคลอื่น หากคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้แล้วว่าสิ่งใดที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผย ศาลจะถูกผูกพันว่าไม่มีอำนาจดูเนื้อความของข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดห้ามมิให้เปิดเผย ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีที่จะได้รับการคุ้มครองประโยชน์ของตน โดยเฉพาะกรณีที่การไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ³⁶

(2) Notwithstanding any other law, an application for relief filed under this section may not be commenced later than 2 years after the date on which the party had a reasonable opportunity to discover the breach of confidentiality, but in no case more than 4 years after the date of the breach.

(3) A mediation participant shall not be subject to a civil action under this section for lawful compliance with the provisions of s. 119.07.

³⁴ Nadja Alexander, *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, (Bedfordshire Kluwer Law International, 2009), p. 267.

³⁵ “*Cutts V. Head*,” (1984), p. 293.

³⁶ *Ibid.*, pp. 313-314.

อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาจากเหตุผลความจำเป็นภายใต้หลักการของนโยบายสาธารณะด้วยว่า กรณีดังกล่าวมีความจำเป็นจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือไม่ เพราะถ้าหากการเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีพิพาทมากกว่า ย่อมเป็นเหตุสมควรที่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ ทั้งนี้ เหตุที่สามารถยกเว้นหลัก without prejudice อาจยกตัวอย่างได้ดังต่อไปนี้³⁷

(1) กรณีพบข้อเท็จจริงว่าไม่ได้ทำขึ้นด้วยความเป็นกลาง หรือเนื้อหาประกอบด้วยเรื่องที่ไม่สำคัญ

(2) กรณีที่เนื้อหาในหลักฐานเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่น่าเชื่อถือ

(3) กรณีที่ไม่ได้กำหนดระดับประเด็นที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย

(4) กรณีที่คู่กรณีพิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วยความเข้าใจผิด ถูกหลอกลวง หรือเป็นการไกล่เกลี่ยที่ขัดต่อกฎหมาย หลักปฏิบัติทางการค้า

(5) กรณีมีข้อเท็จจริงที่เป็นการเรียกร้องหรือยินยอมว่าเป็นสัญญาระหว่างกันทำให้เปิดเผยได้

(6) กรณีที่คู่กรณีพิพาทได้สื่อสารกันว่าจะกระทำผิดอาญา

(7) กรณีที่หากมีการเปิดเผยแล้ว จะป้องกันคู่กรณีจากการพิจารณาโดยศาลเคลื่อนของศาล

(8) กรณีที่คู่กรณีพิพาทสื่อสารกันโดยจะนำไปสู่การกระทำอันเป็นการละเมิด

เหตุยกเว้นดังกล่าวทั้ง 8 กรณีข้างต้น Uniform Evidence Act (UEA) มาตรา 131 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศออสเตรเลีย รวมถึงกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017 ของประเทศสิงคโปร์ (The Singapore Mediation Act 2017) มาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 ได้มีการยกเว้นโดยกำหนดข้อยกเว้นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการจัดกลุ่มข้อยกเว้นดังกล่าว

ข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อกำจัดการใช้เอกสิทธิ์ตามหลัก without prejudice เพื่อให้ครอบคลุมบรรดาพฤติกรรมที่ไม่สมควรและเป็นการเสียเปรียบต่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การฉ้อโกง การเล็งงาชิ การกระทำผิดทางอาญา เป็นต้น การยกเว้นหลัก without prejudice ปรากฏในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* โดยศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษ

³⁷ Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, pp. 675-676.

และเวลส์ (Court of Appeal) ได้วางหลักว่า without prejudice ไม่ได้เป็นหลักการที่ปฏิเสธการยอมรับฟังพยานหลักฐาน แต่มีเจตนารมณ์เพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจปิดกั้นไม่ให้รับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ย เพราะการรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยอาจสร้างอุปสรรคต่อการบรรลุผลของการระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นอย่างปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่คดีนี้ผู้พิพากษา Robert Walker ได้วินิจฉัยวางหลักว่า คดีนี้เป็นกรณีเกี่ยวกับการนัดหยุดงาน ซึ่งมีผู้ได้รับผลกระทบจำนวนมาก และยังคงมีประเด็นน่าสงสัยว่า การไกล่เกลี่ยได้บรรลุผลแล้วหรือไม่ เมื่อพบข้อเท็จจริงที่ควรเชื่อได้ว่าในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ยเกิดความเข้าใจผิด หรือมีการกระทำอันเป็นการฉ้อฉล การใช้อิทธิพลอำนาจเหนืออย่างไม่เหมาะสม หรือการปิดปากนั้น แม้การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะเป็นการบ่อนทำลายหลักการรักษาความลับ อันเป็นสาระสำคัญเพื่อให้การระงับข้อพิพาทบรรลุผล แต่ศาลก็มีความมุ่งหมายไม่ต้องการให้คู่กรณีใช้กฎหมายเพื่อนำมาส่งเสริมการกระทำผิดของตนเอง³⁸ ดังนั้นการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยจึงเป็นสิ่งที่สมควรให้กระทำได้ จึงไม่สมควรนำหลัก without prejudice มาอ้างเพื่อปิดกั้นมิให้รับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าว³⁹ นอกจากนี้คดี *Farm Assist Ltd. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (N^o2) (2009)* ศาลสูง (High Court Queen's Bench Division) ได้มีคำวินิจฉัยโดยยอมรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ไกล่เกลี่ย แม้ว่าจะเป็นการขัดต่อข้อตกลงการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีพิพาทมีความประสงค์ให้มีการรักษาความลับ แต่เมื่อประเด็นตามข้อพิพาทเป็นกรณีอันมีเหตุผลสมควรประกอบกับความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นสิ่งที่มีความสำคัญกว่าเป้าหมายของการรักษาความลับตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำและไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดที่สามารถนำมาพิสูจน์ความจริงได้อีก จึงจำเป็นต้องรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวอันเป็นการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามหลัก without prejudice⁴⁰ แนวบรรทัดฐานตามคดี *Farm Assist*

³⁸ Andrew Agapiou and Bryan Clark, **The Practical Significance of Confidentiality in Mediation** [Online], 26 May 2022. Source: <https://www.researchgate.net/publication/348686433>

³⁹ "Unilever Plc. V the Procter & Gamble Co.," (2000), pp. 357-359.

⁴⁰ Dorcas Quek Anderson, **A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016**, Singapore Academy of Law Journal, Volume 29 Issue 1 (2017), pp. 278-280.

Ltd. ประเทศสิงคโปร์ก็ได้นำมากำหนดเป็นข้อยกเว้นให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียง เป็นพยานหลักฐานได้ ตาม The Singapore Mediation Act 2017⁴¹

ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการที่ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงถูกเปิดเผย ในประเทศอังกฤษถือว่าเป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญาโดยนัย (breach of implied contract) หากได้มีการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับแก่บุคคลภายนอก ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายที่เปิดเผย ข้อมูลต้องชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเป็นความเสียหายที่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับ ได้สูญเสียความสามารถในการหาผลประโยชน์แก่ตนเองจากข้อมูลอันเป็นความลับ โดยอ้างอิง จากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ โดยการกำหนดค่าเสียหายนั้นต้องเป็นจำนวนเงิน เท่าที่จะเป็นไปได้ สอดคล้องและเหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ⁴² ทั้งนี้ การพิสูจน์ ค่าเสียหาย คดี *Coco & A.N. Clark (Engineers) Ltd. (1969)* มีการกำหนดเป็นบรรทัดฐาน ไว้ว่า คู่กรณีต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริง 3 ข้อดังต่อไปนี้⁴³ จึงจะสามารถฟ้องร้องชนะคดีนี้ได้

(1) คู่กรณีฝ่ายเจ้าของข้อมูลต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าข้อมูลที่อีกฝ่ายได้รับมานั้น มีลักษณะเป็นความลับ

(2) ข้อมูลที่ได้มีการเปิดเผยมาให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น ฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้รับมาใน ลักษณะที่ต้องผูกพันว่าตนเองมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับ

(3) คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้มีการนำข้อมูลไปใช้โดยปราศจากอำนาจ เป็นเหตุทำให้ เจ้าของข้อมูลเสียหาย

ทั้งนี้ ในการนำสืบพิสูจน์ ผู้เสียหายสามารถนำสืบได้ว่าอีกฝ่ายมีหน้าที่ต่อผู้เสียหาย ในการรักษาข้อมูลที่ตนได้รับมา แต่กลับจงใจละเลยต่อหน้าที่จนเป็นที่เสียหายแก่ตน กรณีนี้ จึงสามารถฟ้องร้องเป็นคดีละเมิดได้

อนึ่ง คดี *Coco & A.N. Clark (Engineers) Ltd. (1969)* ประเทศสิงคโปร์ได้รับนำเอามา เป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีเช่นกัน ปรากฏตามคดี *X Pte Ltd & Anor v. CDE (1992)*⁴⁴

⁴¹ The Singapore Mediation Act 2017 article 11 (2) (b)

⁴² R.G. Toulson and C.M. Phipps, *Confidentiality*, pp. 22-26.

⁴³ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, *วงการกฎหมายทั่วไป*, ตุลาคม, ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2528), หน้า 93-95.

⁴⁴ Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, **Ch. 03 Mediation** [Online], 6 January 2023. Source: <https://www.singaporelawwatch.sg/About-Singapore-Law/Overview/ch-03-mediation>

7.4 กรณีศึกษาของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส

การรักษาความลับมีความสัมพันธ์กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยการนำมาปรับใช้กับการรับฟังพยานหลักฐาน กล่าวคือหากพยานหลักฐานใดถูกกำหนดให้เป็นความลับ จะถูกห้ามมิให้รับฟังเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี อย่างไรก็ตาม หากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ซึ่งใช้ระบบการค้นหาข้อเท็จจริงแบบไต่สวน (inquisitorial system) ทำให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการร่วมค้นหาข้อเท็จจริงกับคู่ความในคดี ศาลจึงย่อมสามารถรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างอิสระและไม่มีข้อจำกัด ด้วยเหตุนี้การรับฟังข้อเท็จจริงเป็นพยานหลักฐานของศาลจึงจะต้องกระทำด้วยความรอบคอบระมัดระวัง ดังนั้น หากกำหนดว่าข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใดที่ไม่ให้เปิดเผย จะมีลักษณะเป็นบทตัดพยานจำกัดบทบาทของศาลในการรับฟังข้อเท็จจริง หากนำมาใช้กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law แล้วทำให้ศาลขาดอิสระในการรับฟังพยานหลักฐาน และถูกจำกัดพยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาชี้ขาดตัดสิน

7.4.1 หน้าที่ในการรักษาความลับ

ประเทศเยอรมนีมีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz § 4 Verschwiegenheitspflicht) กำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึงบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ในการรักษาความลับเกี่ยวกับข้อมูลที่ได้รับรู้มาในระหว่างการไกล่เกลี่ย⁴⁵ เหตุผลในการรักษาความลับเพราะการกำหนด

⁴⁵ Mediationsgesetz § 4 Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,

2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder

สภาพแวดล้อมของการไกล่เกลี่ยให้มีสภาพเป็นความลับ มีส่วนสำคัญที่ทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถสร้างความเข้าใจระหว่างกันอย่างชัดเจนและเกิดการสร้างบรรยากาศที่สามารถบรรลุผลได้ตามเป้าหมาย ดังนั้น หน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจึงครอบคลุมในทุกขั้นตอนของการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นการเตรียมดำเนินการไกล่เกลี่ย การเปิดเผยเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย หรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ได้มีการเปิดเผยระหว่างกัน และครอบคลุมบุคคลทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เว้นแต่คู่กรณีพิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับมีขึ้นเนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงด้วยเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะ โดยเฉพาะในประเทศเยอรมนีมีการกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นกับสวัสดิภาพของเด็ก หรือเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจของบุคคล หรือโดยสภาพของข้อเท็จจริงนั้นเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปหรือไม่มีความสำคัญเพียงพอต่อความจำเป็นในการรักษาความลับ⁴⁶

ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส ปรากฏตามมาตรา 21-3 ของรัฐบัญญัติฉบับที่ 95-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ว่าด้วยการจัดองค์กรศาลยุติธรรม และวิธีพิจารณาความแพ่งอาญา และคดีปกครอง (Loi n° 95-125 du 8 février 1995 Article 21-3)⁴⁷ โดยวรรคหนึ่ง

3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

⁴⁶ Eric Wagner and Britta Kamp, *Mediation in Germany in Comparative Law Yearbook of International Business: International Mediation*, ed. Christian Campbell (Kluwer Law International, 2020), pp. 177-178.

⁴⁷ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Article 21-3 Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

กำหนดว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยอยู่ภายใต้หลักการรักษาความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น นับได้ว่าเป็นการให้อิสระแก่คู่กรณีพิพาทในการกำหนดให้มีการยกเว้นหลักการรักษาความลับ และในวรรคสามมีข้อยกเว้นที่มีให้อำนาจหลักการรักษาความลับ หากเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะ เป็นเรื่องที่กระทบกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็นเรื่องกระทบต่อสุขภาพร่างกายและจิตใจของบุคคล หรือเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการไกล่เกลี่ยหรือพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย⁴⁸

7.4.2 การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน

การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน สืบเนื่องมาจากความจำเป็นในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะในกรณีที่การไกล่เกลี่ยดำเนินการโดยไม่ประสบความสำเร็จ ไม่สามารถบรรลุผลในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศเยอรมนี พบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี มาตรา 383 (1)⁴⁹ กำหนดว่าบุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงที่กำหนดให้เป็นความลับ เพราะโดยตำแหน่ง งาน อาชีพ หรือสถานภาพ หรือได้รับความลับมาโดยกฎหมายกำหนด มีสิทธิปฏิเสธที่จะให้การเป็นพยาน บทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึง

a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;

b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

⁴⁸ Delphine Wietek, **Chapter 12: France in EU Mediation Law Handbook**, ed. Sabine Walsh Nadja Alexander and Martin Svato, (Kluwer Law International, 2017), pp. 339-341.

⁴⁹ Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 383 Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen

(1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt: ...

6. Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. ...

ผู้พิพากษาทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย (Güterichter) ด้วย แต่หากพ้นจากหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว จึงจะสามารถเป็นพยานได้⁵⁰

7.4.3 ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

การที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลใด บุคคลนั้นอาจต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว โดยฝ่ายที่ต้องเสียหายเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ถึงความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดที่เป็นผลเกิดขึ้นแก่ตน กรณีของประเทศเยอรมนีพิจารณาได้ว่า หากผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่อันเกิดจากข้อตกลงการไกล่เกลี่ยที่มีลักษณะเป็นสัญญา แล้วได้กระทำการอันเป็นการผิดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว เป็นการผิดหน้าที่ทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้และผิดหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญา บุคคลที่กระทำการผิดหน้าที่ซึ่งถือเป็นลูกหนี้ย่อมได้รับผลร้าย โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายมีฐานะถือเป็นเจ้าหนี้ อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ อันเป็นการบังคับตามหน้าที่ในการชำระหนี้ นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังอาจเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 280 (1) และมาตรา 282 ประกอบกับมาตรา 241 (2)⁵¹

⁵⁰ Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, **Chapter 13: Germany in EU Mediation Law Handbook**, ed. Sabine Walsh Nadja Alexander and Martin Svato, (Kluwer Law International, 2017), p. 375.

⁵¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. ...

§ 282 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2

ทั้งนี้ ความเสียหายดังกล่าวเป็นการยากที่จะพิสูจน์ จึงมีข้อเสนอแนะว่าเมื่อมีการทำข้อตกลง การไกล่เกลี่ยอาจจัดให้มีการทำประกันความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ได้⁵²

ส่วนกรณีของประเทศฝรั่งเศส พบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ ฝรั่งเศสไม่ได้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่กระทำการผิดหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนตามกฎหมายลักษณะละเมิด และอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย โดยค่าเสียหายดังกล่าวจะเป็น รายจ่ายที่เกิดขึ้นของคู่กรณีพิพาท เพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น ค่าธรรมเนียม คนกลาง ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมการเตรียมการและการมีส่วนร่วม การเบิกจ่าย และ ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่สามารถคำนวณได้โดยง่าย⁵³ ส่วนมาตรการในการลงโทษผู้มีวิชาชีพที่ดำเนินการ ไม่เป็นไปตามหน้าที่ มีการกำหนดลงโทษทางอาญา และทางวินัยไว้ด้วย กล่าวคือในประมวล กฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 434-9⁵⁴ ได้มีการกำหนดห้ามผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งทำหน้าที่เป็น

Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

⁵² Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, **Chapter 13: Germany in EU Mediation Law Handbook**, pp. 380-381.

⁵³ Delphine Wietek, **Chapter 12: France in EU Mediation Law Handbook**, pp. 338-345.

⁵⁴ Code Pénal

Article 434-9 Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par :

...

4° Une personne chargée par l'autorité judiciaire ou par une juridiction administrative d'une mission de conciliation ou de médiation ;

...

de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. ...

ผู้ไกล่เกลี่ยในศาลกระทำการเรียกร้อง หรือรับข้อเสนอ ของก้านัล หรือประโยชน์ใด ๆ เพื่อละเว้นจากการปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และปรับ 1,000,000 ยูโร⁵⁵

8. วิเคราะห์การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยของต่างประเทศ พบว่าหน้าที่ในการรักษาความลับถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญ เพราะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการสร้างความไว้วางใจ และก่อให้เกิดความเชื่อมั่นต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยว่าจะสามารถบรรลุผลต่อการยุติข้อพิพาท เพราะคู่กรณีพิพาทมีความกล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น พบว่าหน้าที่ในการรักษาความลับมิได้เป็นบทบังคับโดยเคร่งครัดกับบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ส่งผลให้บางกรณีไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับ

8.1 การกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย
หน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ ดังนี้⁵⁶

⁵⁵ Union Internationale des Avocats, *International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege*, (2019), p. 19.

ประเทศไทย	UNCITRAL Model Law	UNCITRAL Mediation Rules	ประเทศเยอรมนี
พระราชบัญญัติ การไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ประกอบ กับมาตรา 12 (6) 1. ผู้ไกล่เกลี่ย หมายถึง บุคคลที่ ทำหน้าที่ในการ ไกล่เกลี่ยเท่านั้น 2. เฉพาะผู้ไกล่เกลี่ย เท่านั้นที่มีหน้าที่ ในการรักษา ความลับที่เกี่ยวข้อง กับการไกล่เกลี่ย	Article 10: ข้อเท็จจริงที่ เกี่ยวข้องกับการ ไกล่เกลี่ยจะต้องเป็น ความลับ เว้นแต่ การเปิดเผยเป็นไป ตามกฎหมาย หรือเพื่อบังคับ ให้เป็นไปตาม ข้อตกลงยุติข้อพิพาท	Article 6 และ Article 8: ข้อเท็จจริงที่ เกี่ยวข้องกับการ ไกล่เกลี่ยจะต้อง ถูกเก็บเป็นความลับ โดยบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับการ ไกล่เกลี่ย เว้นแต่ เป็นกรณีที่มี กฎหมายกำหนดไว้ หรือเพื่อพิสูจน์ เกี่ยวกับข้อตกลง ยุติข้อพิพาท	Mediationsgesetz § 4: ผู้ไกล่เกลี่ย และบุคคลที่มี ส่วนเกี่ยวข้อง กับการไกล่เกลี่ย เป็นผู้มีหน้าที่ในการ รักษาความลับ หากไม่ได้มีกฎหมาย กำหนดไว้เป็นอย่าง อื่นที่ดังกล่าว เกี่ยวข้องกับบุคคล ทุกคนที่ได้รับรู้ ข้อเท็จจริงมา ระหว่างการ ไกล่เกลี่ย

กรณีดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติตามกฎหมายของไทยยังไม่มี ความชัดเจน เพียงพอ เพราะไม่ได้มีการกำหนดว่าบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย โดยจะพบว่าบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิด จากการไกล่เกลี่ยด้วย ทำให้การปรับใช้กรณีทีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยได้นำเอาข้อเท็จจริง ที่เป็นความลับนำไปใช้ อาจมีข้ออ้างได้ว่าไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย ให้ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ บุคคลดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับว่ามีหน้าที่ในการรักษา ความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจส่งผลเป็นโอกาสให้บุคคลดังกล่าวนำเอาข้อเท็จจริง

⁵⁶ ผู้เขียนยกตัวอย่างแต่เฉพาะกรณีศึกษาที่มีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มี ส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไว้โดยชัดเจนเท่านั้น

หรือข้อมูลอันเป็นความลับไปเปิดเผยได้ ดังนั้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย

8.2 ข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จะเห็นได้ว่าไม่มีการกำหนดประเด็นเรื่องข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับไว้ ส่วนข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 เห็นได้ว่าข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะจำกัดเฉพาะเพียงเพื่อให้สามารถปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ ดังนี้

กรณีศึกษา	การกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย
ไทย	<p>1. พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ แต่มีมาตรา 33 กำหนดให้คู่กรณีที่ถูกบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสามารถของคู่กรณีอีกฝ่าย หรือเป็นข้อบังคับมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ หรือมีความบกพร่องเกี่ยวกับความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>2. ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ยกเว้นเฉพาะกรณีจำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ</p>
UNCITRAL	<p>UNCITRAL Model Law article 10 กำหนดยกเว้น หากเป็นการเปิดเผยภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยคณะผู้ยกร่าง UNCITRAL Model Law ได้ยกตัวอย่างกรณีที่เป็นเหตุยกเว้นเช่น หากไม่เปิดเผยแล้ว จะทำให้บุคคล</p>

	<p>ได้รับอันตรายแก่กายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือเป็นการเปิดเผยเพื่อแจ้งเตือนประชาชนเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยด้านสุขภาพ สิ่งแวดล้อม หรือความปลอดภัยสาธารณะ เป็นต้น หรือเป็นกรณีเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระดับข้อพิพาท</p>
ฝรั่งเศส	<p>รัฐบัญญัติฉบับที่ 95-125 มาตรา 21-3 กำหนดข้อยกเว้น หากเป็นกรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ให้แตกต่างกันไว้อย่างอื่น</p>
อังกฤษ	<p>หลัก without prejudice โดยกำหนดว่าข้อเท็จจริงใดสมควรเปิดเผยได้ให้พิจารณาจากประเด็นนโยบายสาธารณะ และข้อตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาท (คดี <i>Rush & Tompkins Ltd. v Greater London Council (1988)</i> วินิจฉัยไว้) กล่าวคือ หากเป็นข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดไม่ให้เปิดเผย แต่เมื่อได้พิจารณาแล้วพบว่ามีเหตุอันควรสงสัยว่าการใกล้เคียงได้ดำเนินไปโดยเป็นไปในทางที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และหากการเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายยิ่งกว่า ย่อมเป็นกรณีที่สามารเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้ (คดี <i>Cutts v Head (1984)</i> คดี <i>Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)</i> และคดี <i>Farm Assist Ltd. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (N^o2) (2009)</i> วินิจฉัยไว้)</p>
สิงคโปร์	<p>กฎหมายว่าด้วยการใกล้เคียง ค.ศ. 2017 มาตรา 9 (2) และมาตรา 11 กำหนดเหตุยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียง โดยอาจจัดกลุ่มได้ ดังนี้</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงยินยอมระหว่างกัน หรือเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงอันเกิดจากการใกล้เคียง 2. เป็นข้อเท็จจริงที่รับรู้กันโดยทั่วไปอยู่แล้ว 3. การเปิดเผยจะป้องกันหรือลดภัยอันตรายที่เกิดขึ้นแก่บุคคล 4. เพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย หรือเพื่อการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย

	5. เพื่อตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย หรือการไกล่เกลี่ยมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
สหรัฐอเมริกา	การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยถือเป็นความลับ แต่อาจจะเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ โดยการพิจารณาว่าจะเปิดเผยหรือไม่ ศาลจะพิจารณายึดจากเรื่องของประโยชน์สาธารณะ โดยจะเปรียบเทียบและชั่งน้ำหนักระหว่างประเด็นข้อพิพาทที่ต้องวินิจฉัยเทียบกับความจำเป็นในการเปิดเผย

ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย แม้ว่ามาตรา 33 ของบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเหตุที่ทำให้สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความบกพร่องที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ย แต่ก็อาจส่งผลว่าไม่มีช่องทางที่จะนำไปปรับใช้กับกรณีที่จำเป็นอื่นเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นความลับนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรืออนุญาโตตุลาการ จึงควรมีการเพิ่มข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับ

8.3 เหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน

บทบัญญัติกำหนดว่าด้วยเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันเหตุ หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ โดยไม่ให้นำข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปิดเผยในการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 มีบทบัญญัติคล้ายคลึงกับ Article 11 แห่ง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation โดยมีสาระสำคัญเดียวกันที่ได้กำหนดไว้คือ ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน แต่กลับไม่ได้นำข้อยกเว้นใน UNCITRAL Model Law ที่กำหนดว่าการเปิดเผยหรือการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้กระทำขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทมาบัญญัติไว้ ประกอบกับเมื่อพิจารณาร่วมกันกับมาตรา 33 พบว่าอาจมีเพียงเฉพาะกรณีเพื่อพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อบกพร่อง

ที่เกิดขึ้นกับการจัดทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้นที่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ได้ จึงทำให้เหตุยกเว้นเป็นไปอย่างจำกัดและแคบ จึงควรเพิ่มเหตุที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานเพิ่มเติม ซึ่งอาจนำกรณีของประเทศออสเตรเลียมาพิจารณาเปรียบเทียบได้ ดังต่อไปนี้

ไทย	ออสเตรเลีย
<p>พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 กำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท และมาตรา 33 กำหนดเหตุที่ทำให้ศาลไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้</p>	<p>Uniform Evidence Act มาตรา 131 กำหนดข้อยกเว้นที่เป็นเหตุให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงจากการระงับข้อพิพาทมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ โดยอาจจัดกลุ่มได้ ดังต่อไปนี้</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) พบว่าการไกล่เกลี่ยไม่ได้ทำขึ้นด้วยความเป็นกลาง หรือเนื้อหาประกอบด้วยเรื่องที่ไม่สำคัญ (2) เนื้อหาในหลักฐานเป็นข้อเท็จจริงที่น่าเชื่อถือ (3) ไม่ได้กำหนดระบุดังประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย (4) คู่กรณีพิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วยความเข้าใจผิด ถูกหลอกลวง หรือเป็นการไกล่เกลี่ยที่ขัดต่อกฎหมายหลักปฏิบัติทางการค้า (5) มีข้อเท็จจริงที่เป็นการเรียกร้องหรือยินยอมว่าเป็นสัญญาระหว่างกัน ว่าจะเปิดเผยได้ (6) คู่กรณีพิพาทได้สื่อสารกันว่า จะกระทำผิดอาญา (7) หากมีการเปิดเผยแล้ว จะป้องกันคู่กรณี

	จากการพิจารณาโดยศาลเคลื่อนของศาล (8) คู่กรณีพิพาทสื่อสารกันโดยจะนำไปสู่การกระทำอันเป็นการละเมิด
--	---

ผู้เขียนเห็นควรนำแนวคิดการกำหนดให้เหตุเพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับกรณีการไกล่เกลี่ยนั้น มีการเตรียม เป็นการพยายาม หรือเป็นกระทำความผิดทางอาญา เป็นข้อยกเว้นที่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะเหตุดังกล่าวเป็นกรณีที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สุขและความปลอดภัยของสังคม ซึ่งหากให้ความคุ้มครองแล้วจะเกิดเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ รวมไปถึงสอดคล้องกับความเห็นของคณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law ที่เห็นว่าควรเป็นข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยด้วย⁵⁷

8.4 ความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดมาตรการอย่างใด ๆ ให้ชัดเจนว่า หากมีกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ไปกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายในทางแพ่งอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับแล้ว จะดำเนินการในกรณีดังกล่าวอย่างไร ผู้เขียนจึงได้พิจารณาเปรียบเทียบกรณีดังกล่าว ดังต่อไปนี้

ประเทศ	การกำหนดความรับผิดทางแพ่ง
สหรัฐอเมริกา	ผู้ที่เปิดเผยต้องรู้และจงใจเปิดเผย และต้องรับผิดทั้งค่าเสียหายเพื่อชดเชยผลอันเกิดจากการเปิดเผยความลับ ค่าฤชาธรรมเนียมที่ให้แก่นายความตามสมควร ค่าธรรมเนียมแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เพื่อบรรเทาเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการเปิดเผยความลับ
อังกฤษ	การละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ ถือว่าเป็นการผิดสัญญาโดยนัย ก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีฝ่ายที่เปิดเผยข้อมูลมีหน้าที่ต้องชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว การประเมินค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น

⁵⁷ United Nations, UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018), p. 55. para. 71.

	<p>มีคดี <i>Seager v Copydex Ltd. (No.2) (1969)</i> วางหลักไว้ว่าให้อ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ ที่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับพึงจะได้รับหากสามารถใช้ข้อมูลนั้น</p>
เยอรมนี	<p>การละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ เป็นการผิดหน้าที่ทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้และผิดหน้าที่ในการค้ำประกันถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 241 (2) บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการเปิดเผยความลับเป็นเจ้าของหนี้ และผู้ใกล้ชิดเป็นลูกหนี้ในหนี้ (หน้าที่) ในการรักษาความลับ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 280 (1) เจ้าหนี้อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ และโดยมาตรา 282 ยังอาจเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ในการค้ำประกันถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย</p>
ฝรั่งเศส	<p>ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้เป็นการเฉพาะ จึงอาจเรียกร้องให้รับผิดชอบได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด ส่วนการกำหนดค่าเสียหายที่ต้องรับผิดชอบ อาจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น ค่าธรรมเนียมคนกลาง ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมการเตรียมการ เป็นต้น</p>

ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ย อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดให้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีความรับผิดทางแพ่งสำหรับกรณีดังกล่าวด้วย หากผู้ไกล่เกลี่ยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เนื่องจากกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเช่นอย่างผู้มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยพึงกระทำ ซึ่งหน้าที่ในการรักษาความลับเป็นเป็นหัวใจของการทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผลไปสู่การยุติข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม หากกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่เพียงจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ยังจะต้องรับผิดทางแพ่งในความเสียหาย

ที่เกิดขึ้น อาจส่งผลทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว เกิดข้อกังวลสำหรับผู้ที่จะมาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย และอาจไม่มีประชาชนเข้ามาร่วมอาสาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งจะไม่สอดคล้องกับหลักคิดของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ประสงค์เพื่อสร้างให้ภาคประชาชนมีความเข้มแข็งและส่งเสริมให้ภาคประชาชนสามารถแก้ไขและระงับยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันโดยเร็ว⁵⁸ ทั้งนี้ การกำหนดในลักษณะดังกล่าวเห็นว่าจะไม่อาจนำแนวคิดเรื่องความผูกพันในลักษณะเป็นหนี้ระหว่างกันมาปรับใช้ได้ เนื่องจากกรณีการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เป็นกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาทำหน้าที่ได้โดยผลของการที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย มิได้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่กรณีพิพาทในรูปแบบของสัญญาให้มาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย จึงเห็นว่าจะไม่อาจนำแนวคิดในลักษณะความสัมพันธ์ทางหนี้ตามแบบของประเทศเยอรมนีมาปรับใช้ได้

9. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การศึกษาในประเด็นว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งรวมไปถึงการห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเกิดจากการไม่รักษาความลับ เห็นได้ว่าปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่มีความชัดเจนในประเด็นว่าด้วยการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับ เพราะไม่ได้มีการกำหนดว่าบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย อาจมีข้ออ้างได้ว่าไม่อยู่ภายใต้บังคับว่ามีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจส่งผลเป็นโอกาสให้บุคคลดังกล่าวนำเอาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเป็นความลับไปเปิดเผยได้ ส่วนข้อยกเว้นการกำหนดเหตุห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน เห็นว่ายังกำหนดเหตุยกเว้นโดยยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่จะเป็นการคุ้มครองต่อประโยชน์สุขและความปลอดภัยของสังคม อันเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะรวมถึงยังไม่มีกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งจากการศึกษาจะพบว่าความไม่ชัดเจนดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดในรายละเอียด

⁵⁸ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ครั้งที่ 11, (2562), หน้า 12.

เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับและช้อยกเว้นไว้ ส่วนการกำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานมีการกำหนดเหตุยกเว้นไว้แต่เพียงเพื่อพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นกับการจัดทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้นที่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ได้ ซึ่งเป็นการกำหนดโดยมีลักษณะจำกัด ส่วนความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ย ก็ไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดในกรณีดังกล่าวเพื่อให้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังต่อไปนี้

(1) เพิ่มบทบัญญัติให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย เพื่อให้ขอบเขตหน้าที่ในการรักษาความลับครอบคลุมไปถึงบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เช่น ให้ขยายความไปถึงทนายความของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย รวมถึงบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดปัญหาว่าบุคคลอื่นที่มีไม่ใช่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับ อันจะเป็นการประกันว่าบุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับมานั้นเป็นความลับตามความประสงค์ของเจ้าของข้อเท็จจริง

(2) เพิ่มบทบัญญัติโดยกำหนดให้มีช้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ หากเป็นกรณีที่มีการเปิดเผยดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัย หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อมิให้หน้าที่ในการรักษาความลับเป็นหน้าที่โดยเด็ดขาดจนส่งผลทำให้เกิดปัญหาที่ไม่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยได้ เนื่องจากบางกรณีถือได้ว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง ทั้งนี้ การพิจารณาว่ากรณีใดสมควรได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ ควรจะต้องพิจารณาโดยใช้ดุลยพินิจเปรียบเทียบกันระหว่างความจำเป็นในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเทียบกับความจำเป็นหรือประโยชน์ที่จะได้รับจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ

(3) เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยเหตุที่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ หากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อพิสูจน์กรณีการไกล่เกลี่ยนั้นมีการตระเตรียม เป็นการพยายาม หรือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา เพราะการกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สุขและความปลอดภัยของสังคม อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงสมควรเป็นกรณีที่ได้รับการยกเว้นให้สามารถ

รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ ทั้งเป็นการสอดคล้องกับความเห็นของคณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law อีกด้วย

(4) เพิ่มบทบัญญัติกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่และจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง หากเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เนื่องจากถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเช่นอย่างผู้มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยพึงกระทำ โดยการกำหนดในลักษณะดังกล่าวเพื่อไม่ให้ส่งผลกระทบต่อประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือเกิดความกังวลในการปฏิบัติหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย

การให้ความสำคัญกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากการรักษาความลับถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ย และเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอันจะส่งผลทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จจนนำไปสู่การบรรลุผลในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพราะฉะนั้น ในการศึกษาดังกล่าวนี้อาจส่งผลทำให้เกิดการสร้างความรู้ ความเข้าใจ และตระหนักถึงความสำคัญของการรักษาความลับ เพื่อให้การรักษาความลับเป็นเหตุผลสำคัญที่จะทำให้เกิดความนิยมในการเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นเครื่องมือเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันให้มากยิ่งขึ้น ประกอบกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว อันจะส่งผลดีต่อการระงับข้อพิพาทที่จะสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงเป็นการส่งเสริมเพื่อสร้างความผาสุกในสังคมต่อไป

บรรณานุกรม

- จันทร์เพ็ญ งามวิไลวงศ์, **แนวทางกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย: ข้อพิจารณาจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549).
- ปวีณี ไพรทอง, **การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562**, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอส ออฟเซ็ท กราฟฟิคดีไซน์, 2564).
- วิชัย อริยะนันท์, **วงการกฎหมายทั่วไป**, ดุลพาห, ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2528).
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, **บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ครั้งที่ 11**, (2562).
- สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, **ผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบออนไลน์ ปีงบประมาณ 2564 เทียบปีงบประมาณ 2565 [ออนไลน์]**, แหล่งที่มา: <https://oja.coj.go.th/th/content/category/detail/id/10/cid/21/iid/323673>
- สุชาสินี สุภา, **ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545).
- โสภณ รัตนากร, **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน**, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- Andrew Agapiou and Bryan Clark, **The Practical Significance of Confidentiality in Mediation** [Online], Source: <https://www.researchgate.net/publication/348686433>
- Christopher H. Macturk, **Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions**, American Journal of Trial Advocacy, Volume 19 (1995).
- Delphine Wietek, **Chapter 12: France in EU Mediation Law Handbook**, (Kluwer Law International, 2017).
- Dorcas Quek Anderson, **A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016**, Singapore Academy of Law Journal, Volume 29 Issue 1 (2017).

- Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, **Ch. 03 Mediation** [Online], Source: <https://www.singaporelawwatch.sg/About-Singapore-Law/Overview/ch-03-mediation>
- Ellen E. Deason, **Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide**, Notre Dame Law Review, Volume 80 Issue 2 (2005).
- Eric R. Max, **Confidentiality in Environmental Mediation**, New York University Environmental Law Journal, Volume 2 Issue 2 (1993).
- Eric Wagner and Britta Kamp, **Mediation in Germany in Comparative Law Yearbook of International Business: International Mediation**, (Kluwer Law International, 2020).
- Gary B. Born, **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016).
- Kimberlee K. Kovach, **Mediation: Principles and Practice**, (Minnesota: West Publishing CO., 1994).
- Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, **Chapter 13: Germany**, In **EU Mediation Law Handbook**, (Kluwer Law International, 2017).
- Laurence Boulle, **Mediation Principle, Process, Practice**, 3rd ed. (New Southwales: LexisNexis, 2011).
- Nadja Alexander, **International and Comparative Mediation Legal Perspectives**, (Bedfordshire Kluwer Law International, 2009).
- Owen V. Gray, **Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation**, Osgoode Hall Law Journal, Volume 36 Issue 4 (1998).
- R.G. Toulson and C.M. Phipps, **Confidentiality**, (London: Sweet & Maxwell, 1996).
- Rebecca Callahan, **Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality Be a Function of the Court in Which the Litigation Is Pending?**, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Volume 12 Issue 1 (2013).

- Sarah Rudolph Cole, **Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled**, Kansas Law Review, Volume 54 Issue 5 (2006).

- Union Internationale des Avocats, **International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege**, (2019).

- United Nations, **UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)**, (2022).

- United Nations General Assembly, **A/Cn.9/468 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session (Vienna, 20 - 31 March 2000)**, edited by United Nations Commission on International Trade Law, (2000).

- United Nations General Assembly, **A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)**, edited by United Nations Commission on International Trade Law, (2001).

- United Nations General Assembly, **A/Cn.9/Wg.II/Wp.108 Settlement of Commercial Disputes Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement Report of the Secretary General**, edited by United Nations Commission on International Trade Law, (2000).

บทความวิจัย (Research Article)

ปัญหาการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉิน หรือจำเป็นของประเทศไทย*

Problems of Budget Expenditure for Emergency in Thailand

อัญชลี ทองอ่อน**

นักศึกษาปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Unchalee Thongoun

Master Student in Public Law, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 20 เมษายน 2566; วันที่แก้ไขบทความ 30 พฤษภาคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 1 มิถุนายน 2566

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ปัญหาการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทย” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีรองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ thongoun.un@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงบกลาง รายการเงินสำรองเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในปัจจุบัน โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพและการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนี้ การศึกษาพบปัญหาทางกฎหมายและปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่สำคัญ 5 ประการ ได้แก่ ปัญหาในการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของรัฐสภา ปัญหาในการควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ปัญหาการกำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตในการจัดสรรของงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่ไม่ชัดเจน ปัญหาด้านการจัดสรรและการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ และปัญหาด้านการติดตาม ตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นโดยรัฐสภาและสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

ผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทยให้มีความเหมาะสม ครบครันมากยิ่งขึ้น เห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายหลัก 5 ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 144 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 หมวด 7 วินัยการเงินการคลัง พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 11 (4) มาตรา 20 (6) และมาตรา 24 พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 51 และระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 ข้อ 5 ข้อ 7 และข้อ 13 เพื่อเป็นกรอบทางกฎหมายในการควบคุมกระบวนการอนุมัติ การจัดสรร การใช้จ่าย การติดตาม และตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทย โดยให้มีการกำหนดห้ามมิให้มีคำขอเพิ่มงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในขั้นตอนการอนุมัติงบประมาณรายจ่าย กำหนดสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นต่องบประมาณรายจ่ายทั้งหมดอย่างเคร่งครัด กำหนดวัตถุประสงค์ และขอบเขตการจัดสรรงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้ชัดเจน กำหนดให้มีการจัดสรรและขั้นตอนการจัดสรรให้เคร่งครัดเพื่อป้องกันการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ และกำหนดให้มีการติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น

โดยรัฐสภาและสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้วินัยการคลังที่ดีตามแนวคิด หลักการ และทฤษฎีการควบคุมงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน ให้เกิดความมั่นคงและความยั่งยืนทางการคลังของประเทศในระยะยาวจะทำให้การใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนชาวไทย

คำสำคัญ: งบกลาง; งบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น; กรอบวินัยทางการคลัง

Abstract

This study aims to study legal measure to control emergency spending, using qualitative research methods and interviews with experts on the subject. The study found five major legal problems and law enforcement problems: approving parliamentary emergency spending budgets, controlling emergency spending proportions, determining emergency spending distribution targets and scope, emergency spending not meeting targets, and checking emergency spending by the National Assembly and the Office of the Auditor General of Thailand.

These findings suggest that appropriate legal measures to control emergency spending in Thailand should be made more rigorous by amending five main laws: Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 Section 144; the Organic Act on State Audit, 2018, Chapter 7; State Fiscal and Financial Disciplines Act, B.E. 2561 (2018) Section 11 (4), Section 20 (6) and Section 24; Budgetary Procedures Act, B.E. 2561 (2018) Section 51; and regulations on emergency spending from 2019 Section 5 Section 7 and Section 13. The aim is to serve as legal framework for controlling emergency spending approval, allocation, expenditure, and supervision processes and denying requests for increased emergency spending. When approving expenditure budgets, emergency spending proportions shall be determined by reserves lists paying for emergencies or necessities. Emergency spending allocation purpose and scope shall be strictly stipulated. Emergency spending must clearly stipulate that allocation and its procedures must strictly prevent emergency spending from failing to meet targets, requiring emergency spending monitoring. This effective payment by Parliament and the Office of the Auditor General of Thailand should follow rules of good financial discipline to control emergency spending. In doing so, emergency budget control concepts, principles and theories will be more effectively followed to achieve stability. And long-term national fiscal sustainability will enable national budget expenditure to best benefit Thai citizens.

Keywords: Contingency Fund; Emergency Spending; Fiscal Discipline Framework

1. บทนำ

งบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน คือ เงินของแผ่นดินที่มีกฎหมายอนุญาตให้รัฐบาลนำไปใช้จ่ายในการบริหารราชการแผ่นดินผ่านความเห็นชอบหรือความยินยอมจากรัฐสภา ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ดังนั้น การใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินจึงจำเป็นต้องให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงมีการกำหนดให้รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด เพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืน ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ โดยกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับกรอบการดำเนินการทางการเงินการคลังและงบประมาณของรัฐ และวินัยทางการเงินการคลังด้านรายได้และรายจ่าย¹

ในปัจจุบันการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายนอกจากจะมีการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายให้แก่หน่วยรับงบประมาณแล้ว ยังมีการกำหนดให้มีการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายไปยัง “งบประมาณรายจ่ายงบกลาง”² ซึ่งเป็นรายจ่ายที่ตั้งไว้เพื่อจัดสรรให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ โดยทั่วไปใช้จ่ายนอกเหนือจากงบประมาณที่ได้รับจัดสรรตามปกติ รวมทั้งเป็นค่าใช้จ่ายเฉพาะเรื่องในกรณีที่มีเหตุผลและความจำเป็นที่ไม่อาจจัดสรร หรือไม่สมควรจัดสรรงบประมาณรายจ่ายให้แก่หน่วยงานรัฐที่รับผิดชอบได้โดยตรงได้ โดยมีงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เป็นรายการหนึ่งของงบกลางอันเป็นรายจ่ายที่สำรองไว้ เพื่ออนุมัติเป็นค่าใช้จ่ายในกรณีที่เกิดเหตุการณ์รุนแรง หรือไม่ทราบล่วงหน้าและรัฐบาลจำเป็นต้องเร่งเข้าไปแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวให้หมดไปหรือให้บรรเทาเบาบางลงโดยเร็ว

โดยบทความฉบับนี้ จะกล่าวถึงเฉพาะงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นซึ่งเป็นรายการหนึ่งที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้ในงบกลาง อันมีลักษณะที่ไม่อาจทราบได้ว่าจะจัดสรรงบประมาณรายจ่ายให้แก่หน่วยงานรับงบประมาณใด และไม่ทราบว่าเงินงบประมาณนี้จะนำไปใช้จ่ายกับเรื่องใด ซึ่งในแต่ละปีงบประมาณรัฐสภาจะอนุมัติกรอบวงเงินของงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้ตั้งภายในสัดส่วนที่คณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐกำหนดไว้ เพื่อเป็น

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62

² พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 22 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 15

เครื่องมือในการบริหารจัดการของฝ่ายบริหารให้สามารถใช้จ่ายงบประมาณในการดำเนินงานได้อย่างรวดเร็ว คล่องตัว ในการแก้ไขปัญหาตามสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ทันต่อเหตุการณ์ หรือเพื่อป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ หรือเสียหายหรือบรรเทาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะร้ายแรง และใช้จ่ายในภารกิจที่เป็นความจำเป็นเร่งด่วนของรัฐ ซึ่งในปัจจุบันอำนาจการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้หน่วยรับงบประมาณเป็นอำนาจของผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ³ โดยเสนอนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีพิจารณาเพื่อทราบ หรือให้ความเห็นชอบตามระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 เพื่อความคล่องตัวของการบริหารงบประมาณ และรองรับกับความไม่แน่นอนในอนาคต เช่น อุทกภัย โรคระบาด เป็นต้น

ในระบบกฎหมายไทย ปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ดังนี้ คือ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 11 (4)⁴ ที่ให้อำนาจคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐในการกำหนดสัดส่วนงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการนี้ และมาตรา 20 (6)⁵ ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์ของงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 15⁶ กำหนดลักษณะของงบกลาง และมาตรา 36 วรรคสอง⁷ กำหนดเกี่ยวกับ

³ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 36 วรรคสอง

⁴ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 11 (4) “ให้คณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐ มีหน้าที่และอำนาจกำหนดสัดส่วนงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น”

⁵ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 20 (6) “งบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ให้ตั้งได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ การเสียหายหรือบรรเทาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะร้ายแรง และภารกิจที่เป็นความจำเป็นเร่งด่วนของรัฐ”

⁶ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 15 “งบประมาณรายจ่ายงบกลาง ได้แก่ งบประมาณรายจ่ายที่ตั้งไว้เพื่อจัดสรรให้แก่ หน่วยรับงบประมาณใช้จ่าย โดยแยกต่างหากจากงบประมาณรายจ่ายของหน่วยรับงบประมาณ และให้มีรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นด้วย”

ผู้มีอำนาจในการจัดสรรงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น และระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 ที่วางหลักเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการนี้ ในเรื่องการจัดสรร การบริหาร และการรายงานการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เพื่อให้การใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเป็นไปด้วยความเรียบร้อย มีประสิทธิภาพ โปร่งใส คุ่มค่า เป็นประโยชน์อย่างแท้จริงต่อการบริหารราชการแผ่นดิน และเพื่อเป็นการรักษาวินัยการเงินการคลังที่ดีของรัฐ

อย่างไรก็ตาม แม้งบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นจะมีข้อดีในเรื่องของความยืดหยุ่น ความคล่องตัวในการใช้จ่ายกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น และมีกฎหมายควบคุมการใช้จ่ายงบกลาง รายการดังกล่าวให้เป็นไปตามวินัยการเงินการคลังที่ดี แต่จากศึกษาพบว่า การใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทยตามกฎหมายในปัจจุบันมีปัญหาทางกฎหมายหลายประการ เนื่องจากกรอบทางกฎหมายที่กำหนดในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 ยังมีความไม่เหมาะสมหลายประการ ทั้งการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของรัฐสภา สัดส่วน การจัดสรร การใช้จ่าย และติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายโดยไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่มีมาตรการทางกฎหมายควบคุมอย่างเหมาะสม ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดภาระทางการคลังในอนาคตได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมุ่งเน้นเพื่อแก้ไขปัญหาการควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทย โดยการควบคุมการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น การกำหนดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และขอบเขตการจัดสรร กระบวนการจัดสรร การใช้จ่ายและการติดตาม ตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ชัดเจน ทั้งการตรวจสอบจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และสำนักงาน

⁷ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 36 วรรคสอง “รายจ่ายรายการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในงบประมาณรายจ่ายงบกลาง ให้ผู้อำนวยการมีอำนาจจัดสรรให้หน่วยรับงบประมาณเบิกจ่ายโดยตรง หรือเบิกจ่ายในรายการต่าง ๆ ของหน่วยรับงบประมาณนั้น ๆ ได้ตามความจำเป็น”

การตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อให้การใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และตรวจสอบได้ ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ เพื่อนำไปสู่เสถียรภาพและความยั่งยืนทางการคลังของประเทศในระยะยาว โดยการศึกษาระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องแก่กรณี

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้จ่ายในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น และศึกษาหลักการ โครงสร้าง และแนวปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับในการควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทย

2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้จ่ายในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในทางสากล และศึกษาเปรียบเทียบหลักการ โครงสร้าง และแนวปฏิบัติในทางสากลตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทย นิวซีแลนด์และสาธารณรัฐประชาชนจีนที่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายที่ใช้ควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทยได้ โดยพิจารณาถึงข้อดี ข้อเสีย หรือข้อเปรียบเทียบต่าง ๆ ในการนำหลักการ โครงสร้าง และแนวปฏิบัติดังกล่าว มาเป็นข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาการควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น

3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์รายละเอียดของปัญหาการควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ทั้งปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการอนุมัติงบประมาณรายจ่าย การกำหนดสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่ไม่เหมาะสมรวมทั้งการหลีกเลี่ยงการกำหนดสัดส่วนงบกลาง รายการดังกล่าว การจัดสรร การใช้จ่ายและการติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่ไม่เหมาะสมและไม่มีประสิทธิภาพ

4) เพื่อศึกษาข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับในการควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้มีความเหมาะสม ทั้งในกระบวนการอนุมัติงบประมาณรายจ่าย และมีประสิทธิภาพภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน

มีสัดส่วนที่เหมาะสม มีขอบเขตการจัดสรร การใช้จ่ายงบประมาณที่เหมาะสม มีระบบการควบคุม การติดตาม และการตรวจสอบ การใช้จ่ายงบกลาง รายการดังกล่าวอย่างเข้มงวด เพื่อให้การควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และตรวจสอบได้ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ

3. วิธีการศึกษา

การศึกษานี้ได้ใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลของเอกสาร (documentary research) ซึ่งเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (qualitative research) โดยศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากตำรา บทความ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์หรือเอกัตศึกษา และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ใช้การควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น และศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ประกอบกับการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง และเมื่อรวบรวมข้อมูลแล้ว จะนำมาวิเคราะห์กับประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งเสนอความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเพื่อวางมาตรการการควบคุมงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่เหมาะสมของประเทศไทย

4. ข้อความคิดว่าด้วยการควบคุมงบประมาณรายจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉิน

แนวคิด หลักการ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมงบประมาณรายจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉิน มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 หลักการและกฎหมายพื้นฐานทางการคลังที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน

หลักการและกฎหมายพื้นฐานทางการคลังเป็นแนวความคิดพื้นฐานสำคัญในการตรา กฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคลัง โดยสามารถจำแนกหลักการและกฎหมายพื้นฐานทางการคลังที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินได้ ดังนี้

4.1.1 หลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดิน

หลักความยินยอมในการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน คือ การกำหนดให้อำนาจสูงสุดในด้านการงบประมาณเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ ในด้านรายจ่ายสาธารณะได้กำหนดให้งบประมาณรายจ่ายแผ่นดินจะต้องกระทำเป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น เพื่อให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ

ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ให้ความเห็นชอบงบประมาณก่อนที่จะมีการใช้จ่ายเงิน⁸ และเนื่องจากการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการดังกล่าว เป็นการใช้จ่ายงบประมาณซึ่งเป็นเงินแผ่นดิน จึงจะต้องกระทำเป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองหลักความยินยอมในการใช้จ่ายเงินแผ่นดินไว้ในมาตรา 140 โดยกำหนดให้งบประมาณรายจ่ายของแผ่นดินให้ทำเป็นพระราชบัญญัติโดยงบกลาง รายการดังกล่าวปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีในทุก ๆ ปีงบประมาณ เพื่อผ่านความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนก่อนมีการใช้จ่ายงบประมาณดังกล่าว

4.1.2 หลักอำนาจในการอนุมัติงบประมาณของรัฐสภา

การใช้จ่ายหรือการประกอบกิจกรรมของรัฐบาลต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยผ่านทางตัวแทน คือ สมาชิกของรัฐสภาก่อนโดยรัฐบาลจะต้องนำร่างพระราชบัญญัติงบประมาณเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาเพื่อพิจารณานุมัติให้ใช้จ่ายได้ การให้อำนาจแก่รัฐสภาในการอนุมัติพระราชบัญญัติงบประมาณแสดงถึงการยินยอมให้รัฐบาลนำเงินอันมีที่มาจากภาษีของประชาชนไปใช้จ่ายได้⁹ ดังนั้น การอนุมัติงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือบรรเทาสถานการณ์ฉุกเฉินหรือจำเป็น ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของงบประมาณรายจ่าย รัฐสภาจึงเป็นผู้พิจารณาและอนุมัติงบประมาณรายจ่ายภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองหลักอำนาจในการอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาไว้ในมาตรา 143 แต่อำนาจในการอนุมัติงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของรัฐสภานั้น เป็นเพียงการกำหนดกรอบวงเงินการใช้จ่าย โดยไม่ได้กำหนดแผนการใช้จ่าย โดยอำนาจในการจัดสรรเป็นของฝ่ายบริหาร จึงทำให้ฝ่ายบริหารมีดุลยพินิจในการใช้จ่ายสูง

⁸ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, หลักกฎหมายทั่วไปทางภาษีอากร: หลักความยินยอม ใน รวมบทความงานวิชาการประจำปี พ.ศ. 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3, บรรณาธิการโดย รองคณบดีฝ่ายบริการวิชาการและสัมพันธ์, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 168-169.

⁹ สุปรียา แก้วละเอียต, กฎหมายการคลังภาคงบประมาณแผ่นดิน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 202-203.

4.1.3 หลักวินัยทางการคลัง (Fiscal Discipline)

วินัยทางการคลัง คือ เครื่องมือในการกำกับการบริหารการคลังที่ดี เพื่อให้รัฐสามารถรักษาเสถียรภาพทางการเศรษฐกิจไว้ได้ ดังนั้น วินัยทางการคลังจึงอาจอยู่ในรูปของกรอบทางกฎหมาย หรืออาจอยู่ในรูปของตัวชี้วัดทางปริมาณซึ่งเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความยั่งยืนทางเศรษฐกิจก็ได้ เป้าหมายที่สำคัญของวินัยทางการคลัง คือ การควบคุมดูแลการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินการทางการคลังเพื่อสร้างความเข้มแข็งและความยั่งยืนทางการคลังและการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ วินัยทางการคลังอาจอยู่ในรูปของกรอบหรือกฎเกณฑ์เชิงปริมาณ¹⁰ กล่าวคือ มีการกำหนดตัวชี้วัดและเป้าหมายที่เป็นตัวเลขที่ชัดเจน เช่น การกำหนดเพดานหรือสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น หรือการกำหนดขอบเขตของวัตถุประสงค์ในการตั้งงบประมาณ เพื่อเป็นหลักในการรักษาวินัยทางการคลังในการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ซึ่งช่วยลดการใช้จ่ายเกินความจำเป็น ดังนั้น หากกำหนดในลักษณะที่กว้างอาจจะกระทบต่อวินัยการเงินการคลังในอนาคตได้ แต่หากเคร่งครัดมากเกินไปก็อาจจะขาดความยืดหยุ่นในการดำเนินนโยบายและเป้าหมายได้

4.1.4 หลักการทั่วไปทางการงบประมาณที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน

หลักการทั่วไปทางงบประมาณเหล่านี้เป็นหลักสากลในทางงบประมาณและมีพัฒนาการทางแนวคิดมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยหลักกฎหมายทั่วไปทางการงบประมาณที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน มีดังนี้

4.1.4.1 หลักการจ่ายต้องเฉพาะเจาะจง (Specificity)

ความสำคัญของหลักการนี้ คือ การวางหลักประกันที่ทำให้แผนงานงบประมาณที่ได้รับการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติถูกนำไปปฏิบัติโดยฝ่ายบริหาร ใช้จ่ายจะต้องระบุหน่วยงานและรายการที่จะใช้จ่าย เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรวจสอบได้ว่าฝ่ายบริหารนำรายจ่ายนั้นไปให้หน่วยงานใดใช้และในเรื่องอะไร¹¹ หลักการจ่ายต้องเฉพาะเจาะจงเรียกร้องให้มีการกำหนด

¹⁰ สมชัย สัจจพงษ์ และคณะ, การศึกษาวินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล [ออนไลน์], 1 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา <http://www.fpo.go.th/eresearch/getattachment/115a84b1-e000-415b-bb3b-1831b8093bad/12992.aspx>

¹¹ เรื่องเดียวกัน

เจาะจงวัตถุประสงค์ของรายจ่ายในพระราชบัญญัติงบประมาณ ซึ่งรัฐสภาจะเป็นผู้พิจารณาความเหมาะสมของวัตถุประสงค์เป็นการเจาะจงการอนุมัติงบประมาณของรัฐสภา แต่เนื่องจากงบกลาง รายการนี้ มีลักษณะเป็นรายจ่ายที่ไม่สามารถระบุหน่วยรับงบประมาณและเรื่องที่จะนำไปใช้ รวมถึงไม่สามารถเจาะจงจำนวนเงินได้ จึงเป็นการยกเว้นหลักรายจ่ายต้องเฉพาะเจาะจงทั้งในประเด็นเรื่องหน่วยรับงบประมาณและแผนงาน และการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของรัฐสภาจึงเป็นเพียงการอนุมัติกรอบวงเงินที่จะนำไปใช้จ่ายได้เท่านั้น ดังนั้น การตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักรายจ่ายต้องเฉพาะเจาะจงที่เรียกร้องให้กำหนดหน่วยรับงบประมาณและเรื่องที่น่างบประมาณไปใช้จ่ายในพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี

4.1.4.2 หลักความรับผิดชอบ (Accountability)

ความรับผิดชอบทางงบประมาณของฝ่ายบริหารที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ เรียกร้องให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีหน้าที่จัดเตรียมงบประมาณและสร้างพระราชบัญญัติงบประมาณให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดก่อนเริ่มปีงบประมาณใหม่ เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีระยะเวลาในการพิจารณา โดยฝ่ายบริหารต้องนำเสนอข้อมูลทางการคลังที่จำเป็นต่อการพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีต่อรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาได้พิจารณาข้อมูลเหล่านั้นอย่างครบถ้วน¹²

ความรับผิดชอบภายในต่อฝ่ายบริหารเอง เป็นกรณีที่หัวหน้าหน่วยรับงบประมาณซึ่งเป็นผู้บริหารงบประมาณภายในหน่วยรับงบประมาณที่มีต่อฝ่ายบริหาร การกำหนดความรับผิดชอบภายในของฝ่ายบริหารขึ้นอยู่กับความเชื่อมั่นของรัฐสภาที่มีต่อฝ่ายบริหาร¹³

ความรับผิดชอบทางงบประมาณของฝ่ายบริหารต่อองค์กรตรวจสอบภายนอก เรียกร้องให้ฝ่ายบริหารมีความรับผิดชอบต่อองค์กรควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรภายนอกด้วย เนื่องจากการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกนั้นมีความเป็นอิสระ เป็นกลาง

¹² อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *กฎหมายการคลัง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 194.

¹³ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายการคลังภาคงบประมาณแผ่นดิน*, หน้า 246-249.

และมีความเชี่ยวชาญมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรภายนอกที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินจะต้องได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายสูงสุด¹⁴

ในส่วนของงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ฝ่ายบริหารมีอำนาจจัดสรรตามความจำเป็นให้แก่หน่วยรับงบประมาณ หัวหน้าหน่วยรับงบประมาณซึ่งเป็นผู้บริหารงบประมาณจึงต้องความรับผิดชอบภายในต่อฝ่ายบริหารในการขออนุมัติจัดสรรงบประมาณงบกลางเฉพาะกรณีที่มีเหตุจำเป็นหรือฉุกเฉิน อีกทั้งจำเป็นต้องกำหนดให้ฝ่ายบริหาร มีความรับผิดชอบทางงบประมาณต่อฝ่ายนิติบัญญัติในการเสนอข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับการตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการนี้ต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณ นอกจากนี้ การตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการดังกล่าวมิได้กำหนดหน่วยรับงบประมาณ และเรื่องที่จะใช้จ่ายเงินไว้ การอนุมัติงบประมาณรายจ่ายดังกล่าวของรัฐสภาจึงเป็นเพียงการอนุมัติกรอบวงเงินงบประมาณที่จะนำไปใช้จ่ายเท่านั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีความรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการนำเสนอรายงานการใช้จ่ายงบประมาณภายหลังจากนำงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นไปใช้จ่าย และมีความรับผิดชอบต่อองค์กรตรวจสอบภายนอกโดยการส่งรายงานการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการดังกล่าว ซึ่งเป็นหนึ่งของเงินแผ่นดินให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบภายนอกที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายดังกล่าว

4.1.4.3 หลักความโปร่งใส (Transparency)

ความโปร่งใสทางการคลัง คือ การเปิดเผยข้อมูลโครงสร้างและบทบาทของรัฐบาล เป้าประสงค์ของการดำเนินนโยบายการคลัง บัญชีภาครัฐ และการคาดการณ์ต่าง ๆ รวมถึงการมีข้อมูลการดำเนินงานของรัฐบาลที่น่าเชื่อถือ ครบถ้วน เข้าใจได้ ทันการณ์ และใช้เทียบต่างประเทศได้ เพื่อให้สาธารณชนสามารถนำมาใช้ประเมินสถานะทางการเงินการคลังของรัฐบาล

¹⁴ วาทีนี นุชเล็ก, มาตรการทางกฎหมายเพื่อเพิ่มความโปร่งใสและประสิทธิภาพของการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น [ออนไลน์], 10 มกราคม 2564. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13741>

และต้นทุนกับประโยชน์ของการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของภาครัฐที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและจะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างถูกต้อง¹⁵

หลักความโปร่งใสมีความเกี่ยวข้องกับงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เนื่องจากงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เป็นงบประมาณประเภทหนึ่งที่ตั้งไว้ในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีจึงจำเป็นต้องกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่เสนอเอกสารประกอบงบประมาณที่มีข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นอย่างครบถ้วนต่อฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการล่วงหน้าเพื่อประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณ นอกจากนี้ การตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีมีเพียงการระบุเงินงบประมาณที่จะนำไปใช้จ่ายโดยมิได้กำหนดหน่วยรับงบประมาณและเรื่องที่จะนำงบประมาณไปใช้จ่ายเงินไว้ การนำงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการดังกล่าวในเรื่องใด จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการพิจารณาอนุมัติจัดสรรตามแผนงาน หรือโครงการที่หน่วยรับงบประมาณเสนอโดยไม่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งแตกต่างจากการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายปกติของหน่วยรับงบประมาณที่รัฐสภาจะเป็นผู้อนุมัติจัดสรรงบประมาณให้แก่หน่วยรับงบประมาณโดยตรง จึงจำเป็นต้องกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่จัดทำรายงานการใช้จ่ายงบประมาณดังกล่าวที่มีความครบถ้วน ถูกต้อง และน่าเชื่อถือ รวมทั้งเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวในเวลาที่เหมาะสม ให้ประชาชนเข้าถึงได้ง่ายและเสนอให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบภายนอกที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายดังกล่าว

4.1.4.4 หลักสุจริตและหลักประโยชน์สาธารณะ

กระบวนการงบประมาณต้องกระทำด้วยความสุจริต ชี้แจงกระบวนการในการจัดทำงบประมาณ การบริหารและการใช้จ่ายงบประมาณอย่างสุจริต โปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีระบบ

¹⁵ ศาสตรา สุตสวาท และฐิติมา ชูชิต, ความโปร่งใสทางการคลังและความโปร่งใสในงบประมาณของไทยตามหลักสากล [ออนไลน์], 10 มกราคม 2564. แหล่งที่มา: <https://thaipublica.org/2016/07/thailand-transparency-research-group2/>

ขั้นตอนในการดำเนินการอย่างเป็นระบบ¹⁶ ในส่วนของหลักประโยชน์สาธารณะ คือ การดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมมิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ดำเนินการนั่นเอง หลักสุจริตและหลักประโยชน์สาธารณะมีความเกี่ยวข้องกับงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เนื่องจากการใช้จ่ายงบกลาง รายการนี้ จำเป็นต้องมีเพื่อรองรับต่อสถานการณ์ฉุกเฉินและให้อำนาจฝ่ายบริหารในจัดสรรเพื่อความรวดเร็วในการแก้ไขปัญหา ดังนั้น ฝ่ายบริหารที่ได้รับอำนาจตามกฎหมายในการใช้จ่ายงบกลาง รายการนี้ จำเป็นต้องใช้จ่ายโดยสุจริตและเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้การใช้จ่ายงบประมาณทุกประเภทมีประสิทธิภาพมากที่สุด

4.2 แนวคิดว่าด้วยงบกลางและงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน (Contingency Fund and Emergency Spending)

4.2.1 ความหมายของงบกลางหรืองบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน

งบกลางและงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินมีแนวคิดมาจากการเตรียมงบประมาณสำรองไว้หรือหางบประมาณมาใช้จ่ายเมื่อเกิดกรณีฉุกเฉินที่ไม่คาดคิดไว้ที่เกิดขึ้นระหว่างปีงบประมาณ¹⁷ โดยเครื่องมือเพื่อรับมือการใช้จ่ายฉุกเฉินนั้นมีหลากหลายรูปแบบ¹⁸ โดยงบกลางและงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินถือเป็นเครื่องมือหนึ่งของรัฐบาลให้สามารถใช้จ่ายงบประมาณในการดำเนินนโยบายได้อย่างรวดเร็วคล่องตัว และสามารถบริหารจัดการในการแก้ไขปัญหาตามสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ทันต่อเหตุการณ์ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.1.1 ความหมายของ “งบกลาง”

จากการศึกษาไม่มีการกำหนดนิยามและความหมายของคำว่า “งบกลาง” ไว้โดยเฉพาะ แต่จากการศึกษาอาจสรุปได้ว่า งบกลาง เป็นงบประมาณรายจ่ายที่สำรองไว้ เพื่อเป็นค่าใช้จ่าย

¹⁶ ศิริ พันธุ์ทา, หลักสุจริตธรรมกับการบริหารองค์การอย่างยั่งยืน, วารสาร Journal of Modern Learning Development, ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2559), หน้า 5.

¹⁷ Global Facility for Disaster Reduction and Recovery (GFDRR), FINANCIAL PROTECTION AGAINST NATURAL DISASTERS, (World Bank Headquarters 1818 H Street NW Washington DC 20433 (U.S.)), p. 28.

¹⁸ IMF, Preparing Public Financial Management Systems for Emergency Response Challenges [Online], 21 September 2021. Source: <https://www.imf.org>

ที่เร่งด่วนหรือที่คาดไม่ถึงของรัฐบาล หรือค่าใช้จ่ายที่ยังไม่สามารถกำหนดเป้าหมายหรือวงเงินค่าใช้จ่ายไว้ล่วงหน้าได้

4.2.1.2 ความหมายของ “งบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน”

จากการศึกษาไม่มีการกำหนดนิยามและความหมายของคำว่า “งบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน” ไว้โดยเฉพาะ แต่จากการศึกษาอาจสรุปได้ว่า งบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน คือ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นมีลักษณะปัจจุบันทันด่วน มีความเร่งด่วนกระชั้นชิดและจำเป็นต้องมีการดำเนินการทันที โดยไม่สามารถคาดเดาหรือคาดการณ์ล่วงหน้า และมีลักษณะไม่ถาวร

4.2.1.3 เหตุผลความจำเป็นของงบกลางหรืองบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน

งบกลางหรืองบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินเป็นงบประมาณที่นอกเหนือจากงบประมาณที่ได้รับจัดสรรปกติ และไม่สามารถจัดสรรงบประมาณให้แก่หน่วยงานได้เป็นการเฉพาะ หรือไม่สามารถกำหนดเป้าหมายหรือวงเงินค่าใช้จ่ายไว้ล่วงหน้าได้ มีเหตุผลความจำเป็นเพื่อความยืดหยุ่นในการใช้งบประมาณอันเนื่องมาจากความไม่แน่นอนของรายจ่ายในอนาคต หรือค่าใช้จ่ายที่ไม่สามารถกำหนดเป้าหมายหรือวงเงินค่าใช้จ่ายไว้ล่วงหน้าได้ หรือใช้จ่ายในเวลาเร่งด่วน หรือในช่วงเวลาที่เกิดวิกฤตขึ้นในประเทศ ประโยชน์ของการจัดสรรดังกล่าว คือ สามารถตอบสนองความต้องการเร่งด่วนแต่ไม่คาดฝันได้โดยไม่ต้องหากการจัดสรรเพิ่มเติมหรือต้องลดการใช้จ่ายในส่วนอื่น โดยงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินมีเหตุผลความจำเป็นที่แคบกว่างบกลาง กล่าวคือ มีไว้เพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเท่านั้น แต่งบกลางมีเพื่อกรณีที่ไม่สามารถจัดสรรงบประมาณให้แก่หน่วยงานได้เป็นการเฉพาะ หรือไม่สามารถกำหนดเป้าหมายหรือวงเงินค่าใช้จ่ายไว้ล่วงหน้าได้ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเท่านั้น¹⁹

4.2.1.4 มาตรการควบคุมงบกลางหรืองบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน

จากการศึกษาจึงสามารถสรุปได้ว่า มาตรการควบคุมงบกลางหรือกองทุนสำรองเพื่อกรณีฉุกเฉินและมาตรการควบคุมงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินมีดังนี้

¹⁹ Marvin Phaup and Charlotte Kirschner, *Budgeting for Disasters OECD 30th Annual Meeting of the Working Party of Senior Budget Officials* [Online], 16 January 2020. Source: <https://www.oecd.org/gov/budgeting/42407562.pdf>

ประการแรก การกำหนดขนาดของงบกลางหรือกองทุนสำรองเพื่อกรณีฉุกเฉินไว้ในกฎหมาย มีการควบคุมเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินจากกองทุนเงินฉุกเฉินจากฝ่ายนิติบัญญัติ²⁰

ประการที่สอง การกำหนดวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายที่ชัดเจนหรือกำหนดความหมายของ “การใช้จ่ายงบกลางในกรณีฉุกเฉิน” ไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน เพื่อไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหาร ใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการใช้จ่ายกรณีฉุกเฉิน

ประการที่สาม การมีส่วนร่วมของรัฐสภาในการใช้จ่ายในกรณีฉุกเฉิน การใช้เงินจากงบกลางหรือกองทุนสำรองเพื่อกรณีฉุกเฉินจะได้รับการตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่าการใช้จ่ายอยู่ในวงเงินตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการใช้เงินจากกองทุนสำรองเพื่อกรณีฉุกเฉินและอยู่ภายใต้การตรวจสอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน

ประการที่สี่ การตรวจสอบการใช้จ่ายในกรณีฉุกเฉินโดยองค์กรตรวจสอบที่เป็นอิสระ และรายงานสิ้นปีควรได้รับการตรวจสอบโดยสถาบันตรวจสอบสูงสุดในตามแนวทางการตรวจสอบที่รับรองทั่วไป²¹

ประการที่ห้า การจัดทำรายงานการใช้จ่ายในกรณีฉุกเฉินเสนอต่อสาธารณชน²²

5. กรณีเปรียบเทียบไทยกับต่างประเทศ

ในส่วนของมาตรการการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของต่างประเทศ ผู้เขียนได้มีการศึกษากรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand) และกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยมีรายละเอียดดังนี้

²⁰ OECD, **Public Governance Reviews** [Online], 26 May 2021. Source: <http://www.oecd.org/gov/publicgovernancereviews.htm>

²¹ OECD, **Best Practices for Budget Transparency** [Online], 21 September 2021. Source: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/Best%20Practices%20Budget%20Transparency%20-%20complete%20with%20cover%20page.pdf>

²² IMF, **Preparing Public Financial Management Systems for Emergency Response Challenges** [Online], 21 September 2021. Source: <https://www.imf.org>

5.1 กรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand)

ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวกับงบประมาณและวินัยการเงินการคลังของประเทศนิวซีแลนด์ คือ พระราชบัญญัติการคลังสาธารณะ ค.ศ. 1989 ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการใช้จ่ายงบประมาณในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นว่าต้องเป็นค่าใช้จ่ายและรายจ่ายเพื่อจัดการกับเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศนิวซีแลนด์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังอาจอนุมัติค่าใช้จ่ายหรือรายจ่ายลงทุนเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือเหตุฉุกเฉินด้านการป้องกันพลเรือน หรือสถานการณ์อื่นใดที่มีผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนหรือความปลอดภัยของนิวซีแลนด์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดและรัฐบาลประกาศเพื่อเป็นเหตุฉุกเฉิน²³ นอกจากนั้นได้แม้ว่าจะไม่ได้จัดสรรไว้ในพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีก็ตาม นอกจากนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังอาจเลือกใช้วิธีการเพิ่มทุนเพื่อช่วยเหลือเยียวยาก็ได้²⁴ แต่การใช้จ่ายในกรณีฉุกเฉินจะต้องมีคำชี้แจงเกี่ยวกับการจัดสรรดังกล่าวรวมอยู่ในงบการเงินประจำปีของรัฐบาล และร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่าย

5.2 กรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของสาธารณรัฐประชาชนจีน

ในส่วนของสาธารณรัฐประชาชนจีน มักประสบภัยพิบัติบ่อยครั้ง ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวกับกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของสาธารณรัฐประชาชนจีนถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติงบประมาณแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 1994 (Budget Law of the People's Republic of China 1994) โดยมีการกำหนดวัตถุประสงค์ของกองทุนสำรองเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นไว้ ว่าเป็นรายจ่ายเพื่อรับมือภัยธรรมชาติและเหตุฉุกเฉินอื่น ๆ ตลอดจนรายจ่ายอื่น ๆ ที่ไม่คาดคิดในการดำเนินการตามงบประมาณปีปัจจุบัน และกำหนดให้จัดตั้งกองทุนสำรองในงบประมาณสาธารณะทั่วไปไว้ที่ร้อยละ 1 ถึง 3 ของรายจ่ายของงบประมาณแผ่นดินทั่วไป²⁵ เพื่อใช้จ่ายในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินหรือจำเป็นเกิดขึ้น

²³ Public Finance Act 1989 Article 25

²⁴ Public Finance Act 1989 Article 25A

²⁵ Budget Law of the People's Republic of China 1994 Article 40

6. ผลการศึกษา

จากการศึกษาหลักเกณฑ์และกรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงบกลาง รายการเงินสำรองเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในประเทศไทย พบว่า ถึงแม้มีกรอบทางกฎหมายตามกฎหมายพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 11(4) และมาตรา 20 (6) พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 15 มาตรา 36 และมาตรา 51 และระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 เพื่อควบคุมให้การใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส คุ่มค่า และเป็นประโยชน์ต่อการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทยตามกฎหมายในปัจจุบัน มีปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ปัญหาในการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของรัฐสภา เนื่องจากในการพิจารณาร่างงบประมาณรายจ่ายของรัฐสภา เมื่อสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีแล้วมีการแปรญัตติในทางลด หรือตัดทอนรายการ หรือจำนวนในรายการใด คณะรัฐมนตรีมักจะมีการนำงบประมาณที่ถูกตัดลด ไปเพิ่มจำนวนให้แก่งบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ทำให้หน่วยรับงบประมาณที่มีความจำเป็นได้รับงบประมาณน้อยลง และทำให้งบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นมีสัดส่วนที่เพิ่มสูงขึ้น²⁶ อีกทั้ง เป็นการเพิ่มเติมงบประมาณรายจ่ายในรายการที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจจัดสรรได้อย่างเต็มที่อีกด้วย

ประการที่สอง ปัญหาในการควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น หลายปีที่ผ่านมาสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นต้องงบประมาณรายจ่ายทั้งหมดได้เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง²⁷ ซึ่งการเพิ่มขึ้นของจำนวน

²⁶ เขมภัทร ทฤษฎีกุณ, *มหากาพย์งบประมาณรายจ่ายงบกลาง: วิธีคิดและมุมมองต่อความเหมาะสม* [ออนไลน์], 18 มีนาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://pridi.or.th/th/content/2021/08/802>

²⁷ กฤติญา เกิดลาภผล, *มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการบริหารงบประมาณแผ่นดินประเภทงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น*, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร, 2561), หน้า 165.

งกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นสามารถแบ่งออกเป็น 3 สาเหตุ ดังนี้ สาเหตุแรก คือ การตราพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของหน่วยงานของรัฐมายังงกลาง รายการสำรองจ่ายกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่ขัดต่อกฎหมาย²⁸ เนื่องจากงบประมาณรายจ่ายงกลางมีสถานะเป็นเพียงงบประมาณรายจ่ายประเภทหนึ่งเท่านั้น มิได้มีสถานะเป็น “นิติบุคคล” และเจตนารมณ์ของการโอนงบประมาณตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นั้น การตราพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายจะต้องเป็นการโอนงบประมาณของ “หน่วยงานของรัฐ” แห่งหนึ่งไปเพิ่มเป็นงบประมาณรายจ่ายให้กับ “หน่วยงานของรัฐ” อีกแห่งหนึ่งที่เป็นหน่วยงานของรัฐตามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีเท่านั้น โดยที่ไม่สามารถโอนงบประมาณรายจ่ายของส่วนราชการไปเพิ่มให้กับ “รายจ่ายงกลางที่เป็นงบประมาณรายจ่ายที่แยกต่างหากจากงบประมาณรายจ่ายของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจได้ โดยจากการศึกษาพบว่า ที่ผ่านมามีการตราพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย จำนวน 6 ฉบับ ทำให้สัดส่วนงกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเพิ่มสูงขึ้น

อีกหนึ่งสาเหตุที่ทำให้งกลาง รายการสำรองจ่ายกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น มีสัดส่วนที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง คือ ข้อจำกัดในการควบคุมสัดส่วนงกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เนื่องจากเป็นการให้อำนาจคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐซึ่งมาจากฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดสัดส่วน โดยสภาผู้แทนราษฎรไม่ได้มีส่วนในการกำหนดหรือกลั่นกรองตามความเหมาะสม อีกทั้ง รูปแบบในการกำหนดสัดส่วน คณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐได้ออกในรูปแบบของประกาศ ซึ่งเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองที่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ง่าย และรัฐสภาไม่ได้มีส่วนในการกำหนด แก้ไขเปลี่ยนแปลงประกาศดังกล่าว ซึ่งที่ผ่านมามีคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐได้กำหนดและเปลี่ยนแปลงสัดส่วนงบประมาณรายจ่ายงกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นมาแล้วจำนวน 3 ฉบับ²⁹

²⁸ ปรีดีเกษม ปรัชญพฤทธิ, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณรายจ่าย, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร, 2561), หน้า 157.

²⁹ 1) ประกาศคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐ เรื่อง กำหนดสัดส่วนต่าง ๆ เพื่อเป็นกรอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2561

เมื่อประกาศที่กำหนดสามารถแก้ไขได้ง่าย ไม่มีความเคร่งครัดเพียงพอ ทำให้ในอนาคต คณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัดส่วนให้เพิ่มสูงขึ้นอีกได้ และสัดส่วนดังกล่าวมิได้มีการกำหนดสัดส่วนต้องบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นต้องบประมาณรายจ่ายทั้งหมด ซึ่งอาจจะเปิดช่องทางฝ่ายบริหารสามารถเพิ่มสัดส่วนดังกล่าวโดยการตราพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายได้อีก นอกจากนี้ ยังอาจมีการหลีกเลี่ยงการควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นโดยการเพิ่มรายการในงบกลาง ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นอีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีปัญหาการหลีกเลี่ยงการควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น 2563 โดยกำหนดรายการขึ้นใหม่ในงบกลางที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นอีกรายการหนึ่ง โดยเป็นรายการที่ไม่มีกฎหมายกำหนดสัดส่วนไว้โดยเฉพาะ เช่น ค่าใช้จ่ายในการบรรเทา แก้ไขปัญหา และเยียวยา ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019³⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้น การมีงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในสัดส่วนที่สูงจึงอาจจะกระทบต่องบประมาณรายจ่ายของหน่วยงานของรัฐและกระทบวินัยการเงินการคลังของรัฐและภาระหนี้สินของประเทศในอนาคตได้หากถูกนำไปใช้จ่ายอย่างไม่เหมาะสม และเมื่องบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเป็นข้อยกเว้นของหลักรายจ่ายต้องเฉพาะเจาะจง ดังนั้น จึงควรมีขนาดและสัดส่วนของงบประมาณเท่าที่จำเป็น เพียงพอรองรับต่อสถานการณ์ฉุกเฉินหรือจำเป็นเท่านั้น โดยพิจารณาแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดเกี่ยวกับความโปร่งใสในทางการงบประมาณของ OECD และประมวลแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับความโปร่งใสทางการคลังของ IMF ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ฉบับของกระทรวงการคลัง การจัดสรรกรอบวงเงิน ปี พ.ศ. 2560 - 2564 และการเบิกจ่ายจริงภายในปีงบประมาณประกอบกัน

2) ประกาศคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐ เรื่อง กำหนดสัดส่วนต่าง ๆ เพื่อเป็นกรอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และที่แก้ไข (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563

3) ประกาศคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐ เรื่อง กำหนดสัดส่วนต่าง ๆ เพื่อเป็นกรอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และที่แก้ไข (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2563

³⁰ พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2564

ประการที่สาม ปัญหาการกำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตในการจัดสรรของงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่ไม่เคร่งครัด โดยมีสาเหตุมาจากปัญหา การกำหนดวัตถุประสงค์ของงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ตาม พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 20 (6) ที่กว้างและไม่เคร่งครัด เพียงพอ ทำให้มีการจัดสรรที่ไม่ใช่กรณีฉุกเฉินอย่างแท้จริง ขัดกับวัตถุประสงค์ของงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยเฉพาะคำว่า “... ภารกิจที่เป็นความจำเป็น เร่งด่วนของรัฐ” ทำให้สามารถใช้ดุลยพินิจตีความการจัดสรรเพื่อใช้จ่ายงบกลาง รายการ เงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นได้อย่างกว้างขวาง ฝ่ายบริหารอาจใช้งบประมาณ ดังกล่าวดำเนินโครงการตามนโยบายเร่งด่วนของรัฐบาล นอกจากนั้น การกำหนดขอบเขต การจัดสรรงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ตามระเบียบว่าด้วย การบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 ในข้อ 5 (3) แห่งระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการ เงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 มีการขยายคำว่าภารกิจที่เป็นความ จำเป็นเร่งด่วนของรัฐให้ครอบคลุมกรณีรายจ่ายที่ได้รับจัดสรรงบประมาณไว้แล้ว แต่มีจำนวน ไม่เพียงพอและมีความจำเป็นเร่งด่วนของรัฐต้องใช้จ่ายหรือก่อหนี้ผูกพันงบประมาณโดยเร็วด้วย ซึ่งจะก่อให้เกิดการละเมิดวินัยทางการเงินการคลังของรัฐ และขัดต่อวัตถุประสงค์ในการมีงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นอีกด้วย

ประการที่สี่ ปัญหาด้านการจัดสรรและใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการ เงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ที่ผ่านมามีหลายครั้ง ที่มีการจัดสรรงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยไม่เป็นไปตาม ขอบเขตและขั้นตอนตามที่ระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการ เงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 กำหนดไว้ อย่างเช่น การอนุมัติคำขอที่ ไม่มีแผนการปฏิบัติงานและแผนการใช้จ่ายงบประมาณที่ขอรับจัดสรร หรือมีการใช้จ่าย ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ อย่างเช่น ในปีงบประมาณ 2562 มีการอนุมัติงบกลาง รายการ เงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เพื่อมาตรการส่งเสริมการท่องเที่ยวในประเทศ “ชิม

ข้อป ใช้”³¹ ในการกระตุ้นเศรษฐกิจ ส่งเสริมการท่องเที่ยว หรือการดำเนินการโครงการเงินอุดหนุน เพื่อการเลี้ยงดูเด็กแรกเกิด อันอาจจะเข้าลักษณะการเป็นโครงการประชานิยมของรัฐบาล ซึ่งขัดต่อหลักสุจริตและหลักประโยชน์สาธารณะ ในการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่าย เพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น

ประการที่ห้า ปัญหาด้านการติดตาม ตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ซึ่งสามารถจำแนกได้ 2 ประเด็น คือ ปัญหาของรัฐสภาในการติดตาม การใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดให้มีการรายงานผลการใช้จ่ายงบประมาณงบกลาง ในรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้รัฐสภาทราบ ทำให้การติดตามการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ยังไม่มีความไม่เหมาะสม ไม่มีประสิทธิภาพ ไม่มีความโปร่งใส และไม่ปฏิบัติตามหลักวินัยการเงินการคลังที่ดีของรัฐ³² และปัญหาด้าน การตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นโดยสำนักงาน การตรวจเงินแผ่นดินที่ยังไม่มีความชัดเจนในการตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อ กรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เนื่องจากการตรวจสอบทำได้ยากกว่าการตรวจสอบหน่วยรับงบประมาณ ตามพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี เนื่องจากการใช้จ่ายงบกลาง รายการ เงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ไม่ได้มีแผนงาน โครงการที่ชัดเจน ทำให้การติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณทำได้ยาก และที่ผ่านมาไม่มีรายงานเรื่องผลการตรวจสอบ การใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในรายงานประจำปี³³ และไม่มีกรรายงานต่อสาธารณชนแต่อย่างใด ทำให้ขาดความโปร่งใสในการตรวจสอบการใช้จ่าย งบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น

³¹ รัฐบาลไทย, **สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 10 กันยายน 2562** [ออนไลน์], 2 กันยายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/22953>

³² สำนักงานงบประมาณของรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงานเลขาธิการสภา ผู้แทนราษฎร, **การศึกษาวิเคราะห์และติดตามการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง ฉบับที่ 2/2564**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานงบประมาณของรัฐสภา, 2564), หน้า 40.

³³ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, **รายงานผลการปฏิบัติงาน ประจำปีงบประมาณ** [ออนไลน์], 10 มีนาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.audit.go.th/th/report/audit>

7. ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทย ในส่วนของข้อเสนอแนะ ผู้เขียนได้มีข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นของประเทศไทยให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนี้

1. การแก้ไขปัญหการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยแก้ไขเพิ่มเติมความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 144 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ ในกรณีที่มีการแปรญัตติในทางลด หรือตัดทอนรายการ หรือจำนวนในรายการใด จำนวนรายจ่ายที่ลดหรือตัดทอนนั้น ห้ามมิให้ คณะรัฐมนตรีนำไปจัดสรรสำหรับงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจะทำให้ไม่มีการนำงบประมาณรายจ่ายที่ถูกแปรญัตติในทางลด หรือตัดทอนของหน่วยรับงบประมาณไปเพิ่มให้แก่งบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักงบประมาณรายจ่ายต้องเฉพาะเจาะจง เนื่องจากในการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายควรจะมีการระบุหน่วยรับงบประมาณ และเรื่องที่จะใช้งบประมาณอย่างชัดเจน และการมีงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นควรมีอยู่อย่างจำกัดเพียงพอต่อเหตุการณ์ไม่คาดคิดในอนาคต อีกทั้งเป็นการป้องกันไม่ให้คณะรัฐมนตรีที่มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการจัดสรรงบกลาง รายการเงินส่วนนี้มีส่วนในการเพิ่มสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ในขั้นตอนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่าย

2. การควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ผู้เขียนเสนอมาตรการในการแก้ไขปัญหาในการควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น 2 มาตรการ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 มาตรการแก้ไขปัญหการตราพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายไปยังงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยการกำหนดเกี่ยวกับการโอนงบประมาณรายจ่ายจากหน่วยรับงบประมาณมายังงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อป้องกันการตราพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายที่ขัดต่อหลักการโอนงบประมาณรายจ่ายในอนาคต รวมทั้งเพื่อควบคุมสัดส่วนงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉิน

หรือจำเป็นไม่ให้เกิดเพิ่มสูงขึ้น ผู้เขียนเสนอให้แก้ไขมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 โดยกำหนดให้การโอนงบประมาณรายจ่ายจากหน่วยงานของรัฐไปยังงบบกลาง จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วน แนวทางการแก้ไขดังกล่าวจะทำให้การโอนงบประมาณรายจ่ายเป็นไปตามหลักการโอนงบประมาณรายจ่ายระหว่างหน่วยงานของรัฐ และเป็นการป้องกันการโอนงบประมาณรายจ่ายจากหน่วยงานของรัฐไปเพิ่มสัดส่วนของงบบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้สูงขึ้นในอนาคต แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนระหว่างปีงบประมาณที่ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องใช้จ่ายงบบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นมากกว่าที่ตั้งไว้ในพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี เช่น กรณีมีโรคระบาดร้ายแรง อุทกภัย หรือภัยพิบัติต่าง ๆ ทำให้ฝ่ายบริหารไม่สามารถหางบประมาณเพิ่มเติมได้ทัน และจำเป็นต้องโอนงบประมาณรายจ่ายของหน่วยงานของรัฐที่ยังไม่มีการใช้จ่ายและเบิกจ่าย มาให้งบบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเพื่อใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์

2.2 มาตรการแก้ไขปัญหาการควบคุมสัดส่วนงบบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยผู้เขียนพิจารณาจากสัดส่วนงบบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่ผ่านมาตลอด 10 ปีงบประมาณประกอบกับการจัดสรรกรอบวงเงินปี พ.ศ. 2560 - 2564 การจัดสรรและการเบิกจ่ายตลอด 10 ปีที่ผ่านมา และร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ฉบับของกระทรวงการคลัง เห็นควรให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดสัดส่วนงบบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 20(6) โดยกำหนดให้ต้องตั้งงบประมาณรายจ่ายงบบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น หรืองบบกลาง รายการอื่น ๆ ที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน ต้องตั้งรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละสอง แต่ไม่เกินร้อยละสามของงบประมาณรายจ่ายทั้งหมดเพื่อให้มีเพดานและขนาดที่ชัดเจน ไม่ให้มีจำนวนน้อยเกินความสมควร และเพื่อไม่ให้มีสัดส่วนที่สูงเกินไป และสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดเกี่ยวกับความโปร่งใสในทางการงบประมาณของ OECD และประมวลแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับความโปร่งใสทางการคลังของ IMF³⁴

³⁴ International Monetary Fund (IMF), Thailand: Report on Observance of Standards and Codes-Fiscal Transparency Module, IMF Occasional Paper No. 09/250, p. 15.

3. การแก้ไขปัญหากำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตในการจัดสรรของงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นที่ไม่มีความชัดเจน ผู้เขียนเห็นสมควรแก้ไข วัตถุประสงค์และขอบเขตตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ.2561 และ ระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉิน หรือจำเป็น พ.ศ. 2562 ดังนี้

3.1 กำหนดวัตถุประสงค์ในการตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่าย เพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้เคร่งครัด โดยผู้เขียนได้พิจารณาแนวทางการกำหนดวัตถุประสงค์ และขอบเขตในการจัดสรรงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉินของประเทศนิวซีแลนด์และสาธารณรัฐ ประชาชนจีน จึงเห็นควรแก้ไขพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 20 (6) กำหนดให้งบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นตั้งได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ ในการป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความมั่นคง ของรัฐ การเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะร้ายแรง และเหตุฉุกเฉิน หรือจำเป็นเร่งด่วนอื่น ๆ ของรัฐ โดยต้องเป็นรายจ่ายที่ไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าในการ ดำเนินการตามงบประมาณปีปัจจุบัน

3.2 กำหนดขอบเขตการจัดสรรงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือ จำเป็น ตามระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการเงินสำรองจ่าย เพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 ให้เคร่งครัดและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติวินัย การเงินการคลังของรัฐ พ.ศ.2561 โดยกำหนดให้ การขอรับจัดสรรงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ให้กระทำได้ในเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นรายจ่ายเพื่อการป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์อันมีผลกระทบต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงของรัฐ

(2) เป็นรายจ่ายที่จำเป็นต้องจ่ายเพื่อการเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายจากภัยพิบัติ สาธารณะร้ายแรง

(3) เหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วนอื่น ๆ ของรัฐ

ทั้งนี้ รายจ่ายตามข้อ (1) - (3) ต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไข ปัญหาที่ไม่คาดหมายได้ล่วงหน้าในการดำเนินการตามงบประมาณปีปัจจุบัน มีความฉุกเฉิน หรือจำเป็นเร่งด่วน และจำเป็นต้องมีการดำเนินการในทันที

การแก้ไขวัตถุประสงค์และขอบเขตตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่าย เพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น พ.ศ. 2562 ดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและแนวคิด ว่าด้วยงบกลางและงบประมาณเพื่อกรณีฉุกเฉิน (Contingency Fund and Emergency Spending) แนวทางการกำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตในการจัดสรรงบประมาณเพื่อกรณี ฉุกเฉินของประเทศนิวซีแลนด์และสาธารณรัฐประชาชนจีน และเพื่อจำกัดไม่ให้มีการตีความคำว่า “ภารกิจที่เป็นความจำเป็นเร่งด่วนของรัฐ” ในการขยายขอบเขตการจัดสรรงบกลาง รายการนี้ ในกรณีรายจ่ายที่ได้รับจัดสรรงบประมาณไว้แล้ว แต่มีจำนวนไม่เพียงพอและมีความจำเป็น เร่งด่วนของรัฐต้องใช้จ่ายหรือก่องหนผู้กพันงบประมาณโดยเร็ว ซึ่งไม่ใช่กรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน หรือความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องใช้จ่ายผ่านงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือ จำเป็นแต่อย่างใด เพื่อควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่าย กรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นให้มีประสิทธิภาพ โปร่งใส คุ่มค่า และสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยวินัย การเงินการคลังของรัฐมากยิ่งขึ้น

4. การแก้ไขปัญหาด้านการจัดสรรและการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการ เงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ผู้เขียนเห็นควรกำหนดให้หน่วยรับงบประมาณ ที่ขอรับจัดสรรงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น จัดทำรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องที่เสนอขอรับจัดสรรงบประมาณ ได้แก่ คำชี้แจงเกี่ยวกับเหตุผล ความจำเป็น วัตถุประสงค์ในการขอใช้งบประมาณรายจ่าย แผนการปฏิบัติงานและแผนการ ใช้จ่ายงบประมาณที่ขอรับจัดสรรเป็นรายเดือน และรายละเอียดประกอบการพิจารณาตามที่ สำนักงบประมาณกำหนด หากหน่วยรับงบประมาณไม่จัดทำรายละเอียดในการขอรับจัดสรร ให้ครบถ้วนให้สำนักงบประมาณคืนคำขอไป ให้หน่วยงานจัดทำมาใหม่ให้มีข้อมูลครบถ้วน จึงจะพิจารณาคำขอนั้นต่อไป เพื่อให้ผู้มีอำนาจจัดสรรได้พิจารณารายละเอียดจากคำขอดังกล่าว ก่อนมีการจัดสรรงบประมาณรายจ่าย และสามารถพิจารณาได้ว่าภายหลังการใช้จ่ายมีการ ใช้จ่ายที่สอดคล้องกับคำขอรับจัดสรรหรือไม่ รวมถึงมีความโปร่งใสในขั้นตอนการจัดสรร ซึ่งจะ ทำให้การใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เป็นไปตามวัตถุประสงค์มากยิ่งขึ้น

5. การแก้ไขปัญหาการติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่าย เพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น มีรายละเอียดของมาตรการ ดังนี้

5.1 มาตรการในการแก้ไขปัญหาในการอนุมัติและควบคุม ติดตาม ตรวจสอบงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นโดยรัฐสภา โดยกำหนดให้มีการเสนอข้อมูลการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นแก่รัฐสภาให้ทราบเพื่อให้การติดตาม ตรวจสอบการใช้งบประมาณรายจ่ายประเภทงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นโดยรัฐสภามีความโปร่งใสในงบประมาณซึ่งจะเป็นตัวชี้วัดที่ดีที่สะท้อนให้เห็นถึงความโปร่งใสทางการคลังและความน่าเชื่อถือในการดำเนินนโยบายการคลังของรัฐบาล และสอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการนำเสนอรายงานการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เพื่อเป็นข้อมูลให้ฝ่ายนิติบัญญัติทราบเกี่ยวกับงบประมาณที่รัฐสภาอนุมัติไปและเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีในปีถัดไป

5.2 มาตรการติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน โดยกำหนดให้มีการรายงานผลการปฏิบัติงานของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเกี่ยวกับผลตรวจสอบการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ในการจัดทำรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปี ที่ประกอบด้วย การตรวจสอบในทุกด้านและการตรวจสอบงบประมาณในทุกประเภทเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ ตามมาตรา 77 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 และให้ความสำคัญในการตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เพื่อให้มีความครอบคลุม การตรวจสอบทุกด้านและครอบคลุมการตรวจสอบงบประมาณทุกประเภท ซึ่งจะทำให้ การตรวจสอบแสดงถึงภาพรวมในการใช้จ่ายงบประมาณในแต่ละปีได้ดียิ่งขึ้น รวมถึงจะทำให้ การตรวจสอบงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นมีประสิทธิภาพ มากยิ่งขึ้น และมีมาตรการลงโทษกรณีมีการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณี ฉุกเฉินหรือจำเป็นไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เพื่อให้มีสภาพบังคับในการตรวจสอบการใช้จ่ายงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณี ฉุกเฉินหรือจำเป็นของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

- กฤติญดา เกิดลาภผล, **มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการบริหารงบประมาณแผ่นดินประเภทงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น**, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร, 2561).
- เขมภัทร ทฤษฎีคุณ, **มหากาพย์งบประมาณรายจ่ายงบกลาง: วิถีคิดและมุมมองต่อความเหมาะสม** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://pridi.or.th/th/content/2021/08/802>
- ปรีดีเกษม ปรัชญพฤทธิ, **ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณรายจ่าย**, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร, 2561).
- **รัฐบาลไทย, สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 10 กันยายน 2562** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/22953>
- วาทีณี นุชเล็ก, **มาตรการทางกฎหมายเพื่อเพิ่มความโปร่งใสและประสิทธิภาพของการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลางรายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=1374>
- ศาสตรา สุตสวาท และฐิติมา ชูเชิด, **ความโปร่งใสทางการคลังและความโปร่งใสในงบประมาณของไทยตามหลักสากล** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thaipublica.org/2016/07/thailand-trasparency-reseach-group2/>
- ศิริ พันธธา, **หลักสุจริตธรรมกับการบริหารองค์การอย่างยั่งยืน**, วารสาร Journal of Modern Learning Development, ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2559).
- สมชัย สัจจพงษ์ และคณะ, **การศึกษาวินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.fpo.go.th/eresearch/getattachment/115a84b1-e000-415b-bb3b-1831b8093bad/12992.aspx>
- สุปรียา แก้วละเอียด, **กฎหมายการคลังภาคงบประมาณแผ่นดิน**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).
- **สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, รายงานผลการปฏิบัติงาน ประจำปีงบประมาณ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.audit.go.th/th/report/audit>

- สำนักงานประมาณของรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, การศึกษาวิเคราะห์และติดตามการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลาง ฉบับที่ 2/2564, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานประมาณของรัฐสภา, 2564).

- อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, กฎหมายการคลัง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

- อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, หลักกฎหมายทั่วไปทางภาษีอากร: หลักความยินยอมใน รวมบทความงานวิชาการประจำปี พ.ศ. 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552).

- Global Facility for Disaster Reduction and Recovery (GFDRR), **FINANCIAL PROTECTION AGAINST NATURAL DISASTERS**, (World Bank Headquarters 1818 H Street NW Washington DC 20433 (U.S.)).

- International Monetary Fund (IMF), **Thailand: Report on Observance of Standards and Codes-Fiscal Transparency Module**, IMF Occasional Paper No. 09/250.

- IMF, **Preparing Public Financial Management Systems for Emergency Response Challenges** [Online], Source: <https://www.imf.org>

- Marvin Phaup and Charlotte Kirschner, **Budgeting for Disasters OECD 30th Annual Meeting of the Working Party of Senior Budget Officials** [Online], Source: <https://www.oecd.org/gov/budgeting/42407562.pdf>

- OECD, **Best Practices for Budget Transparency** [Online], Source: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/Best%20Practices%20Budget%20Transparency%20-%20complete%20with%20cover%20page.pdf>

บทความวิจัย (Research Article)

นโยบายและกฎหมายในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกราน ในประเทศไทย: กรณีศึกษาลิงเขียวแอฟริกา (*Chlorocebus sabaeus*)*

Policies and Laws for the Management of Non-invasive Alien
Species in Thailand: A Case Study of the African Green Monkey
(*Chlorocebus sabaeus*)

อดิศร แผ่ไพลิน**

นักศึกษาปริญญาเอก สาขาวิชามานุษยวิทยา
คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Adisorn Phaepilin

Ph.D. Student in Anthropology,
Faculty of Sociology and Anthropology, Thammasat University

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “การปรับตัวเพื่อดำรงอยู่แบบพึ่งพามนุษย์ของลิงเขียวแอฟริกาในประเทศไทย: ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นในบริบทความสัมพันธ์ข้ามสายพันธุ์” หลักสูตรปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชามานุษยวิทยา คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรวิทย์ บุญไทย เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้เขียนขอขอบคุณอาจารย์วิฑูรย์ อาริมิตร อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม และคณะผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาบทความของวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ที่กรุณาให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อบทความนี้

** อักษรศาสตรบัณฑิต (เอเชียศึกษา) มหาวิทยาลัยศิลปากร; อักษรศาสตรมหาบัณฑิต (ปรัชญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; อีเมลติดต่อ eclair-mfuf@windowslive.com

วรวิทย์ บุญไทย^{*}**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชามานุษยวิทยา
ห้องปฏิบัติการทางมานุษยวิทยากายภาพและชาติพันธุ์วิทยา
คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Worawit Boonthai

Assistant Professor in Anthropology,
Laboratory of Physical Anthropology and Ethnology,
Faculty of Sociology and Anthropology, Thammasat University

วันที่รับบทความ 21 มกราคม 2566; วันที่แก้ไขบทความ 22 มีนาคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 27 มีนาคม 2566

^{***} อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก; วิทยาศาสตร์บัณฑิต (อรักรขาพีช (โรคพีช)) มหาวิทยาลัยแม่โจ้; B.A. in Science Humaines et Sociales, Mention Langues, Literatures, et Civilisations Etrangères et Régionales (Mention Très Bien), Institut National des Langues et Civilisations Orientales (INALCO), France; M.A. (Archaeology, First Class) Deccan College Postgraduate and Research Institute, India; Master II Recherche en Etudes indiennes (Mention Assez Bien) Université de Paris III (Sorbonne-Nouvelle), France; Master II Recherche en Archéologie et Histoire de l'art (Mention Bien) Université de Paris IV (Paris-Sorbonne), France; Ph.D. in Archéologie (Doctorale d'Archéologie, Anthropologie, Ethnologie et Préhistoire) (École Doctorale d'Archéologie, Anthropologie, Ethnologie et Préhistoire de l'Université de Paris I-Sorbonne (ED 112) Institut d'Art et d'Archéologie, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), France; อีเมลติดต่อ worrawit@tu.ac.th

บทคัดย่อ

ลิงเขียวแอฟริกา (*Chlorocebus sabaues*) เป็นไพรเมทชนิดพันธุ์ท้องถิ่นของทวีปแอฟริกา แต่มีรายงานการหลุดรอดและกลายเป็นชนิดพันธุ์ท้องถิ่นในอีก 2 กลุ่มพื้นที่ของโลก คือบริเวณกลุ่มประเทศหมู่เกาะในทะเลแคริบเบียน และประเทศสหรัฐอเมริกา โดยลิงเขียวแอฟริกาในฐานะชนิดพันธุ์ต่างถิ่นได้ตั้งถิ่นฐานและปรับตัวให้เข้ากับระบบนิเวศของกลุ่มพื้นที่ดังกล่าวได้เป็นอย่างดี จนทำให้เกิดปัญหาผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติท้องถิ่นในพื้นที่นั้นเป็นอย่างมาก

จากการศึกษาพบว่าลิงเขียวแอฟริกาอาศัยอยู่ในพื้นที่ป่าปิดล้อมบนผืนที่ดินเชิงพาณิชย์ของเอกชนแห่งหนึ่งในกรุงเทพมหานคร โดยฝูงลิงเขียวได้ปรับตัวและอาศัยอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน จากการประเมินของผู้เขียนพบว่าลิงเขียวแอฟริกาฝูงนี้เป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่น แต่เป็นประเภทที่ไม่รุกรานแบบในกรณีของต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากกรณีศึกษาในต่างประเทศ ประเทศไทยควรมีการวางแผนทางการจัดการลิงเขียวแอฟริกาไว้ก่อนตามหลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า เพื่อจะได้ป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

ผู้เขียนเสนอแนวทางการจัดการลิงเขียวแอฟริกาในประเทศไทย โดยพิจารณาทั้งจากสวัสดิภาพของสัตว์ป่า ปัจจัยเชิงสังคมวิทยาในวัฒนธรรมอันเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างลิงเขียวแอฟริกากับมนุษย์ในพื้นที่ และจากการคำนึงถึงการป้องกันเหตุที่อาจเกิดขึ้นอันจะส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติดังนี้ 1) ด้านนโยบาย โดยผู้เขียนเสนอให้มีการรับรองชนิดพันธุ์ของลิงเขียวแอฟริกาในฐานะที่เป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นในมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561 เรื่องมาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น เพื่อให้เกิดการรับรู้สถานะทางกฎหมายของลิงเขียวอันจะทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้ามาดำเนินการวางแผนการจัดการประเมินสถานะของลิงเขียว และ 2) ด้านกฎหมาย โดยกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นนั้นกระจัดกระจายไปตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ จึงเสนอให้ต้องมีการตรากฎหมายกลางที่ใช้ในการจัดการปัญหาดังกล่าวเป็นการเฉพาะเพื่อสามารถนำมาตราทางกฎหมายนั้นมาใช้ในการดำเนินการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ลิงเขียวแอฟริกา; สิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่น; มาตรการทางกฎหมาย

Abstract

The African green monkey (*Chlorocebus sabaeus*) is a primate species native to Africa. However, it has been reported to have survived and become an alien species in two other areas of the world: the area of the island nations in the Caribbean Sea and the United States. They have successfully adapted to the ecosystems of these places despite being an alien species, which is having a negative impact on the local natural resources.

According to the study, African green monkeys reside in an enclosed forest setting on a private business property in Bangkok. African green monkeys have adapted to and lived in that area for a long time. According to the authors' estimates, this group of African green monkeys is an alien species, but in the case of foreign countries, it is a non-invasive type. However, when considering case studies from other countries, Thailand should have a precautionary management guideline for African green monkeys to prevent problems that may occur in the future.

The author proposes management guidelines for African green monkeys in Thailand that consider both the welfare of wild animals and the sociological and cultural ecological factors arising from the area's relationship between African green monkeys and humans, as well as the prevention of potential incidents that may harm natural resources, as follows: 1) The authors proposed the species recognition of the African green monkey as an alien species in the Cabinet Resolution on February 20, 2018, on measures to prevent, control, and eradicate alien species to create awareness of the legal status of the green monkey, which will allow relevant agencies to set up guidelines for assessing the status of the monkeys. 2) There are various acts in Thailand that address the management of alien species, but those laws are important in solving specific problems. There is no central law specifically addressing this issue. Therefore, it is suggested that a central law

be passed that is specifically designed to address these issues to implement more effective management of alien species.

Keywords: *Chlorocebus sabaeus*; Alien Species; Legal Measurement

1. บทนำ

สิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นนับเป็นหนึ่งในประเด็นการศึกษาที่สำคัญทั้งในมิติของการศึกษาทางชีววิทยารวมถึงมิติของการศึกษาทางนิติศาสตร์ เนื่องจากสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นมักมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสียหายในหลากหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นการสร้าง ความเสียหาย ต่อนิเวศวิทยาท้องถิ่นของประเทศ การสร้างความเสียหายเป็นมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์เนื่องจาก สิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นได้เข้ามาแข่งขันทำให้สัตว์หรือพืชเศรษฐกิจที่ทำรายได้มีจำนวน ลดน้อยลง ในบางกรณี สิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นอาจถึงขั้นทำให้สิ่งมีชีวิตท้องถิ่นของพื้นที่นั้น ๆ มีความเสี่ยงถึงขั้นสูญพันธุ์¹

การเข้ามาของสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นอาจพิจารณาแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ ระดับสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นแบบไม่รุกราน กับระดับของสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นแบบ รุกราน อาจกล่าวได้ว่าปัจจัยที่ส่งผลทำให้สิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ที่ถูกแนะนำเข้ามา (introduced species) สามารถประสบความสำเร็จในการตั้งถิ่นฐานใหม่ได้นั้นมาจากตัวแปร 2 ประการ คือ ตัวแปรทางชีววิทยา เช่น สิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์นั้น ๆ มีศักยภาพทางการปรับตัวต่อนิเวศวิทยา แบบใหม่เล็กน้อยเพียงใด กับตัวแปรทางวัฒนธรรม (เช่น วัฒนธรรมการเลี้ยงสัตว์ หรือการ ถูกส่งเสริมโดยหน่วยงานที่มีอำนาจรัฐเพื่อให้สิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นเพิ่มจำนวนเพื่อประโยชน์ เชิงเศรษฐกิจ)

ประเทศไทยเองก็เป็นหนึ่งในพื้นที่ของโลกที่สามารถพบสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นทั้ง ในระดับที่รุกรานและในระดับที่ไม่รุกราน โดยพบประชากรสิ่งมีชีวิตในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นสิ่งมีชีวิตระดับจุลชีพ สัตว์บก สัตว์ปีก สัตว์น้ำ หรือพืช อย่างไรก็ตาม ในกรณีของ สิ่งมีชีวิตในอันดับไพรเมท (order primates) ที่พบได้ในประเทศไทยนั้น ยังไม่เคยมีรายงาน การค้นพบสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มาจากอันดับนี้มาก่อน

¹ Meyerson, Laura A., and Jamie K. Reaser, *Bioinvasions, Bioterrorism, and Biosecurity*, *Frontiers in Ecology and the Environment*, Volume Issue 6 (August 2003), pp. 307-314.; Arreemit, W., and Phaepilin, A., *Thailand's Legal Challenge on the Threat of *Felis catus* to Natural Resources In The 12th Trans-Pacific International Conference (TPIC): Connectivity and Social Changes in the Trans-Pacific Region*, (Busan: Pukyong National University, 2022), pp. 19-32.

ไพรเมทในประเทศไทยสามารถพบได้มากถึง 17 สายพันธุ์² ทั้งนี้ผู้เชี่ยวชาญได้รวมไพรเมทที่อยู่ในสถานะสัตว์เลี้ยงเพื่อความเพลิดเพลิน (exotic pets) เอาไว้ด้วย วงการสัตว์เลี้ยงได้นำเอาลิงโลกใหม่ (new world monkeys)³ ซึ่งมีได้มีสถานะคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศไทยเข้ามาเพาะเลี้ยงขาย ยกตัวอย่างเช่น ลิงกระรอก (*Simia sciurea*) และลิงมาโมเส็ทธรรมดา (*Callithrix jacchus*) อย่างไรก็ตาม ลิงโลกใหม่มักมีขนาดเล็กและมีศักยภาพในการปรับตัวเข้ากับนิเวศวิทยาในพื้นที่ใหม่ได้น้อยกว่าลิงโลกเก่า การเลี้ยงลิงโลกใหม่จึงมักถูกเลี้ยงแบบประคบประหงมในพื้นที่จำกัดขนาดเล็ก (เลี้ยงในกรง) เป็นสำคัญ เมื่อมีลิงโลกใหม่หลุดออกจากที่เลี้ยงแบบปิดโดยมนุษย์ ลิงนั้นมักไม่ประสบความสำเร็จในการเอาตัวรอดเนื่องจากไม่มีเรื้อนยออดให้ได้อาศัยหรือตกเป็นเหยื่อของสิ่งมีชีวิตท้องถิ่นโดยง่าย ในขณะที่ไพรเมทที่พบได้ตามธรรมชาติของประเทศไทยเป็นไพรเมทชนิดพันธุ์ท้องถิ่นที่อาศัยอยู่ในบริเวณประเทศไทยมาตั้งแต่อดีตและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสัตว์คุ้มครอง อีกทั้งไพรเมทท้องถิ่นยังมีการปรับตัวเข้ากับระบบนิเวศของประเทศไทยได้เป็นอย่างดี ทำให้มีศักยภาพในการดำรงเผ่าพันธุ์ได้สูงกว่าลิงโลกใหม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อปี พ.ศ. 2564 ผู้เขียนได้มีโอกาสรับฟังข่าวสารมาจากแหล่งข่าวว่าในพื้นที่ของกรุงเทพมหานครเองมีฝูงลิงหางยาว (*Macaca fascicularis*) อาศัยอยู่และเคยก่อเหตุเข้าไปสร้างความเสียหายแก่สิ่งของกับสถานที่ราชการจนทำให้เกิดข้อพิพาทและมีการร้องเรียนไปยังกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มาดำเนินการตาม

² Malaivijitnond, Suchinda, *Primate (Macaque) Research and Me in Primates Studies*, Edited by Suddan Wisudthiluck and Worrawit Boonthai, (Bangkok: O.S. Printing House, 2021), pp. 229-274.

³ ลิงโลกใหม่ (new world monkeys) เป็นชื่อเรียกกลุ่มไพรเมทที่พบได้ในบริเวณ “โลกใหม่” คือ บริเวณทวีปอเมริกากลางและอเมริกาใต้ โดยมีสายวิวัฒนาการแยกออกไปจากลิงโลกเก่า ลักษณะเด่นของลิงโลกใหม่คือมักมีขนาดเล็ก จมูกมักจะแบน หางยาวและสามารถใช้เป็นอวัยวะในการช่วยเหลือการดำรงชีพได้ (เช่น ใช้หีบจับสิ่งของ ใช้ในการช่วยปีนป่าย) และอาศัยอยู่บนเรื้อนยออดไม้เป็นสำคัญ ในขณะที่ไพรเมทกลุ่มอื่นนอกจากทวีปอเมริกาเรียกชื่อว่ากลุ่มลิงโลกเก่า (old world monkeys) หรือลิงที่พบได้ใน “โลกเก่า” คือทวีปแอฟริกาและเอเชีย ลักษณะเด่นของลิงโลกเก่าคือรอยางค์แขน ขามีความแข็งแรงเป็นอย่างมากในขณะที่ไม่สามารถใช้หางในการเป็นอวัยวะช่วยเหลือการดำรงชีพได้ ในขณะที่บริเวณนั้นท้ายหรือก้นของลิงโลกเก่ามีรูปแบบที่เหมาะสมกับการนั่งบนพื้นราบได้เป็นอย่างดี และสามารถอาศัยอยู่ได้ทั้งบนพื้นดินและบนเรื้อนยออด

กฎหมาย เมื่อผู้เขียนทราบข่าวดังกล่าวจึงได้ไปสังเกตการณ์เพื่อศึกษาปรากฏการณ์นั้น เนื่องจากปกติไม่มีการพบไพรเมตตามธรรมชาติในบริเวณจังหวัดกรุงเทพมหานครมาก่อน หลังจากได้ไปในการศึกษาภาคสนาม ผู้เขียนพบว่าฝูงลิงดังกล่าวมีใช้ลิงหางยาวตามที่ประชาชนทั่วไปเข้าใจกัน แต่เป็นไพรเมตสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่เคยพบมาก่อนตามธรรมชาติในประเทศไทยคือสายพันธุ์ลิงเขียวแอฟริกา (*Chlorocebus sabaeus*) หรือต่อไปจะเรียกในบทความฉบับนี้ว่า “ลิงเขียว” ที่พบได้ในบริเวณฝั่งตะวันตกของทวีปแอฟริกาเท่านั้น โดยฝูงลิงเขียวได้อาศัยอยู่ในพื้นที่ตามธรรมชาติของกรุงเทพมหานครเป็นระยะเวลาอันยาวนานและประสบความสำเร็จในการดำรงเผ่าพันธุ์ได้เป็นอย่างดี

การค้นพบว่าในประเทศไทยมีไพรเมตสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่อาศัยอยู่มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานมากพอที่จะปรับตัวและขยายเผ่าพันธุ์ได้ นำมาสู่คำถามที่น่าสนใจหลายประการ ในหลายแง่มุมการศึกษา เช่น ปัจจัยใดที่ทำให้ฝูงลิงชนิดพันธุ์ต่างถิ่นดังกล่าวประสบความสำเร็จในการปรับตัวให้เข้ากับพื้นที่ อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้ ผู้เขียนตั้งคำถามสำคัญไว้ว่า ในเมื่อสถานการณ์ดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว อีกทั้งฝูงลิงเขียวยังได้ตั้งถิ่นฐานประสบความสำเร็จในประเทศไทย แต่ในเมื่อกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของไทย โดยเฉพาะประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดให้สัตว์บางชนิดเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง พ.ศ. 2565 ที่ออกตามความในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2565 ทะเบียนลำดับที่ 251 (อันดับไพรเมต) ได้ประกาศใช้หลังจากข้อเท็จจริงที่ว่าฝูงลิงเขียวดังกล่าวได้อาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นระยะเวลาอันยาวนาน อีกทั้งการมีสถานะเป็นสัตว์ป่าคุ้มครองตามประกาศดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการในการควบคุมนำเข้า ส่งออก นำผ่านและมีไว้ครอบครองตามกฎหมาย แต่กฎหมายมิได้ให้คำจำกัดความรวมไปถึงการควบคุมหรือจัดการที่ถูกต้องตามหลักวิชาการ ประเทศไทยควรมีท่าที หรือมีแนวทางการจัดการสถานการณ์ดังกล่าวอย่างไร โดยสาเหตุที่ต้องคำนึงถึงเรื่องการควบคุมหรือแนวทางการจัดการที่ถูกต้องนั้น เนื่องจากเคยมีการศึกษาในต่างประเทศที่ลิงเขียวได้เข้าไปอาศัยอยู่ในระบบนิเวศแบบใหม่ และสามารถปรับตัวให้เข้ากับระบบนิเวศนั้น ๆ ได้เป็นอย่างดี จนกลายเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่สร้างผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและเศรษฐกิจของพื้นที่เป็นอย่างมาก หากพิจารณาถึงโอกาสเป็นไปได้ของประเทศไทยในกรณีดังกล่าว การวางแนวทางการจัดการล่วงหน้า อาจจะเป็นประโยชน์มากกว่าการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในภายหลัง ทั้งยังอาจเปิดโอกาสส่งเสริมทางด้านเศรษฐกิจของประเทศจากลิงเขียวได้อีกด้วย

ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาถึงแนวทางทางกฎหมายที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยคำนึงถึงมาตรการการจัดการจากทั้งมุมมองของสวัสดิภาพของสิ่งแวดล้อม มุมมองทางสังคมนิเวศวิทยาวัฒนธรรมของความสัมพันธ์ระหว่างลิงเซียวกับมนุษย์ และมุมมองจากการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติท้องถิ่นของประเทศไทยอย่างเหมาะสมด้วย เพื่อเสนอแนวทางการจัดการลิงเซียวกในประเทศไทยให้เหมาะสม

2. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นและข้อมูลพื้นฐานทางชีววิทยาของลิงเซียวก

2.1 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น

ชนิดพันธุ์ต่างถิ่น (alien species)⁴ หมายถึง ชนิดพันธุ์ของสิ่งมีชีวิตที่ไม่เคยปรากฏในถิ่นใดถิ่นหนึ่งมาก่อนและถูกนำมาหรือเดินทางเข้ามายึดครองและดำรงชีพในอีกถิ่นหนึ่ง โดยอาจอยู่ได้ดีหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของปัจจัยแวดล้อมและการปรับตัวของชนิดพันธุ์นั้น

ประเภทของชนิดพันธุ์ต่างถิ่นสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกราน (invasive alien species) และชนิดพันธุ์ต่างถิ่นไม่รุกราน (non - invasive alien species)

การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นมีวิธีการที่หลากหลาย โดยส่วนมากจะเน้นไปที่ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานเนื่องจากเป็นชนิดพันธุ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อมนุษย์และระบบทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นจึงแบ่งเป็น 2 วิธีการจัดการ ดังนี้⁵

2.1.1 การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกราน (invasive alien species)⁶

(1) การจัดการเชิงป้องกัน (ex-ante) วิธีการนี้เป็นการจัดการก่อนที่ปัญหาชนิดพันธุ์ต่างถิ่นจะเกิดขึ้นซึ่งถือเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น กล่าวคือ การห้ามมิให้มีการนำเข้าอย่างเด็ดขาดซึ่งชนิดพันธุ์ต่างถิ่นใด ๆ แต่ในบางกรณี การใช้วิธีการ

⁴ CBD, The Conservation on Biological Diversity [Online], 1 January 2023. Source: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf%0A%0A>

⁵ สุรศักดิ์ ใจกล้า, มาตรการทางกฎหมายในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายสิ่งแวดล้อม คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563).

⁶ เรื่องเดียวกัน

จัดการเชิงป้องกันอาจมีการกำหนดเงื่อนไขการนำเข้าเนื่องจากการห้ามนำเข้าเด็ดขาดอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ การท่องเที่ยว หรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น การใช้วิธีการป้องกันโดยกำหนดเงื่อนไข คือ การประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (environment impact assessment) การประเมินความเสี่ยง (risk assessment) และการกักกัน (quarantine)⁷

(2) การจัดการเชิงแก้ไข (ex-post) วิธีการนี้เป็นการจัดการภายหลังที่เกิดปัญหาชนิดพันธุ์ต่างถิ่นเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นวิธีการที่นำมาใช้ในกรณีที่ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่สามารถเข้ามาในประเทศได้แล้ว โดยการเข้าแทรกแซงเมื่อเกิดปัญหาแล้วในภายหลัง วิธีการนี้ถือเป็นวิธีการที่ยุ่งยาก ซับซ้อนและใช้งบประมาณมากกว่าเชิงป้องกัน ซึ่งเมื่อค้นพบว่ามี การค้นพบชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานจะใช้วิธีการจัดการเชิงแก้ไข คือ การควบคุมทางกายภาพและวิธีกล (mechanical and physical) การควบคุมทางเคมี (chemical control method) และการควบคุมทางชีวภาพ (biological control method)⁸

นอกจากนี้ การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น อาจใช้มาตรการด้านนโยบายและมาตรการทางกฎหมายเข้ามาช่วยส่งเสริมและช่วยในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น การกำหนดความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) ของผู้นำเข้าชนิดพันธุ์ต่างถิ่น เป็นต้น

2.1.2 การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกราน (non - invasive alien species)

จากการศึกษาพบว่า ไม่ค่อยปรากฏงานเขียนหรืองานวิจัยที่เกี่ยวกับวิธีการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกราน เนื่องจากการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกรานมักถูกกล่าวรวมไปกับการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานแล้ว

แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาตามหลักการพื้นฐานการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นให้ครอบคลุมความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอาจนำหลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้ามาใช้เป็นแนวทางในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกรานได้

หลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า (precautionary principle) เป็นหลักการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่หากเกิดความเสียหายขึ้นความเสียหายนั้นอาจจะร้ายแรง

⁷ เรื่องเดียวกัน

⁸ เรื่องเดียวกัน

และส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จึงจะต้องดำเนินการเฝ้าระวังป้องกันไว้ก่อนที่จะสายเกินไป ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญของหลักการดังกล่าวนี้ ได้แก่ ข้อมูลที่ได้มาอันเป็นสาเหตุของการดำเนินการระวังไว้ก่อนนี้ ต้องอยู่บนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เชื่อถือได้ ไม่ได้เกิดจากการจินตนาการ แม้ไม่สามารถชี้ชัดลงไปได้อย่างแน่ชัด และยังไม่อาจระบุถึงผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตว่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย⁹ ดังนั้น การนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการเฝ้าระวังไว้ก่อนล่วงหน้าซึ่งความเสียหายจากชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รู้กรานอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพของการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ดียิ่งขึ้น

2.2 ข้อมูลพื้นฐานทางชีววิทยาของลิงเขียว

2.2.1 ข้อมูลพื้นฐานทางชีววิทยาของลิงเขียว

ลิงเขียวเป็นลิงโลกเก่าที่อยู่ในสกุล *Chlorocebus* มีแหล่งอาศัยดั้งเดิมอยู่ในทวีปแอฟริกา โดยพบแหล่งที่อยู่อาศัยในบริเวณฝั่งตะวันตกของทวีปแอฟริกาเท่านั้น ได้แก่ ประเทศเซเนกัล กินี-บิสเซา แกมเบีย เซียร์ราลีโอน บูกินาร์ฟาโซ กานา มอริทานีย มาลี และโกตดิวัวร์¹⁰ ในขณะที่พื้นที่อาศัยนอกแหล่งที่อยู่อาศัยดั้งเดิมสามารถพบได้ 4 ประเทศด้วยกัน คือ การ์บูเวตี บาร์เบโดส เซนต์คิต และเนวิส (ทั้ง 4 กรณีนี้ ลิงเขียวเป็นสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่อพยพไปด้วยเรือขนส่งสินค้าและเรือค้าทาสในแอฟริกาในอดีต)¹¹ และสหรัฐอเมริกา (บริเวณรัฐฟลอริดา สาเหตุมาจากการหลุดรอดออกไปจากแหล่งกักขังจนทำให้ลิงเขียวสามารถดำรงเผ่าพันธุ์สืบเนื่องมาได้จนถึงปัจจุบัน)¹²

⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายสิ่งแวดล้อมเปรียบเทียบ*, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและหนังสือเรียนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 12-14.

¹⁰ Galat, Gérard, and Anh Galat-Luong, *Chlorocebus sabaeus* in *Mammals of Africa (Vol. II: Primates)*, Edited by T. Butynski, J. Kingdon, and J. Kalina, (London: Bloomsbury Publishing, 2013), pp. 274-277.

¹¹ Poirier, F. E., *The St. Kitts Green Monkey (Cercopithecus aethiops sabaeus): Ecology, Population Dynamics, and Selected Behavioral Traits*, *Folia Primatologica*, Volume 17 Issue 1-2 (December 1972), pp. 20-55.; McGuire, Michael T., *The History of the St. Kitts Vervet*, *Caribbean Quarterly*, Volume 20 Issue 2 (1974), pp. 37-52.

¹² Williams, Deborah M., *An Introduced Primate Species, Chlorocebus sabaeus, in Dania Beach, Florida: Investigating Origins, Demographics, and Anthropogenic Implications*

2.2.2 ลักษณะทางกายภาพของลิงเซียว

จัดเป็นไพรเมทขนาดกลาง มีแขนและขายาว มีสีขนที่แตกต่างกันไปในแต่ละส่วน โดยในบริเวณใบหน้ามีสีดำล้อมรอบด้วยขนสีขาว มือและเท้าจะมีสีเทาซีด บริเวณด้านหลังเป็นสีเขียวมะกอก บริเวณส่วนปลายของหางในวัยเด็กจะมีสีเทาและจะเริ่มกลายเป็นสีเหลืองทองเมื่อเจริญวัยขึ้น ในขณะที่ความแตกต่างระหว่างเพศ (sexual dimorphism) ลิงเพศเมียจะมีขนาดเพียงร้อยละ 70 เมื่อเทียบกับเพศผู้ โดยเพศผู้จะมีลักษณะเป็นสีฟ้าซีด (pale blue) ปกติแล้วลิงเซียวมีลักษณะทางกายภาพที่คล้ายกับเพื่อนร่วมสกุล *Chlorocebus* เป็นอย่างมากจนทำให้หลายครั้งเกิดความสับสน แต่เราสามารถจำแนกสายพันธุ์ของลิงเซียวอย่างง่ายได้ด้วยการสังเกตสีของขนปลายหาง เนื่องจากลิงเซียวเป็นสายพันธุ์เดียวในสกุลนี้ที่มีสีขนปลายหางเป็นสีเหลืองทองสว่างที่สามารถมองเห็นได้ชัดเจนในขณะที่สายพันธุ์อื่น ๆ จะมีขนปลายหางเป็นสีแทน สีขาว และสีดำ

2.2.3 ผลกระทบจากลิงเซียวในฐานะชนิดพันธุ์ต่างถิ่น

ในบริเวณทวีปแอฟริกาฝั่งตะวันตก ลิงเซียวมักอยู่ในพื้นที่สภาวะแวดล้อมตามธรรมชาติและไม่ค่อยมีปฏิสัมพันธ์โดยตรงกับมนุษย์มากนัก ในขณะที่บริเวณกลุ่มประเทศหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน เราอาจจำแนกผลกระทบของลิงเซียวต่อมนุษย์ได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ 1) ประเภทของผลกระทบในเชิงลบ และ 2) ประเภทของผลกระทบในเชิงบวก

ในกรณีของผลกระทบในเชิงลบ มักพบได้ทั่วไปในกรณีของกลุ่มประเทศหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน เนื่องจากสภาพทางภูมิประเทศเป็นประเทศหมู่เกาะ ความต้องการในการใช้พื้นที่ทางเกษตรกรรมจึงทำให้พื้นที่ที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติของลิงเซียวลดน้อยลง เมื่อแหล่งอาหารตามธรรมชาติลดลงจึงทำให้ลิงเซียวมีพฤติกรรมบุกรุกพื้นที่ทางการเกษตร (crop raiding) อยู่อย่างสม่ำเสมอ อีกทั้งยังปราศจากผู้ล่าตามธรรมชาติ (เช่นในกรณีของทวีปแอฟริกา มีสัตว์นักล่าที่ควบคุมประชากรของลิงเซียว แต่ในกลุ่มประเทศหมู่เกาะทะเลแคริบเบียนไม่มี) จึงทำให้ลิงเซียวกลายเป็นสิ่งมีชีวิตชั้นสูงในห่วงโซ่อาหารของภูมิประเทศนี้

ลิงเซียวสามารถกินอาหารได้หลากหลาย ทั้งสัตว์ขนาดเล็ก ในกรณีของพืชที่ปลูกในเชิงเกษตรกรรม ลิงเซียวสามารถกินได้ทั้งพืช ผลไม้ รากไม้ อีกทั้งยังมีสติปัญญาสูง สามารถ

เรียนรู้วิถีชีวิตในการตอบโต้กับการใช้มาตรการในการป้องกันพืชเกษตรกรรมของมนุษย์ ทำให้ลิงเขียวสามารถสร้างผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล ในกรณีของประเทศบาร์เบโดส กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติต้องจัดทำหนังสือคู่มือในการป้องกันลิงเขียวเพื่อแจกจ่ายให้กับเกษตรกรของประเทศในการเรียนรู้วิธีรับมือกับลิงเขียว¹³ ในขณะที่เซนต์คิตและเนวิส ลิงเขียวสร้างผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาลเช่นเดียวกับบาร์เบโดสเช่นเดียวกัน¹⁴

ในกรณีของผลกระทบในเชิงบวก อาจแบ่งเป็น 2 ประเภทด้วยกัน ประเภทแรกคือผลกระทบจากการสร้างรายได้ทางเศรษฐกิจจากการท่องเที่ยว ในกรณีของเซนต์คิตและเนวิส ที่รายได้ของรัฐบาลกว่าร้อยละ 60 มาจากการท่องเที่ยว ลิงเขียว (แม้จะมีสถานะเป็นศัตรูของรัฐบาลและประชาชน) กลับสามารถสร้างรายได้ทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล โดยลิงเขียวได้กลายเป็น “ไอคอนส่งเสริมการท่องเที่ยว” ของรัฐบาล มีการส่งเสริมการท่องเที่ยวให้นักท่องเที่ยวมาชมลิง ถ่ายรูป ชื่อของที่ระลึกที่มีรูปของลิงกลับไปเป็นที่ระลึก แม้กระทั่งเว็บไซต์กระทรวงการท่องเที่ยวของเซนต์คิตและเนวิสเองก็ยังโฆษณาการท่องเที่ยวรับชมลิงเขียว¹⁵ อีกประเภทหนึ่งคือธุรกิจการส่งเสริมลิงเขียวในฐานะสัตว์ทดลองทางการแพทย์ เนื่องจากลิงเขียวเป็นสัตว์ต้นแบบทางการแพทย์ที่มีประสิทธิภาพในการทดลองทางวิทยาศาสตร์การแพทย์สูง กลุ่มประเทศในหมู่เกาะทะเลแคริบเบียนจึงส่งเสริมลิงเขียวในฐานะสัตว์เศรษฐกิจที่มีศักยภาพในการทำเงิน โดยมีการดักจับลิงเขียวบางส่วนเพื่อตอบสนองนโยบายการลดจำนวนประชากรลิงเขียวไปพร้อมกับสร้างรายได้ให้กับรัฐบาลด้วย ในกรณีของเซนต์คิตและเนวิส รัฐบาลเป็นผู้ควบคุมบริษัทส่งออกลิงเขียวทางการแพทย์ด้วยตนเอง

¹³ Springer, J., **Best Practices in Green Monkey Deterrence: A Manual for Farmers in Barbados**, (Barbados, The Ministry of Environment and National Beautification, 2020).

¹⁴ Dore, Kerry M., **An Anthropological Investigation of the Dynamic Humanvervet Monkey (*Chlorocebus aethiops sabaues*) Interface in St. Kitts, West Indies**, (Ph.D. Dissertation, Department of Anthropology, University of Wisconsin-Milwaukee, 2013).

¹⁵ Muehlenbein and others, **Travel Medicine Meets Conservation Medicine in St. Kitts: Disinhibition, Cognitive-Affective Inconsistency, and Disease Risk among Vacationers around Green Monkeys (*Chlorocebus sabaues*)**, *American Journal of Primatology*, Volume 84 Issue 4-5 (May 2022).

ลิงเขียว นับเป็นหนึ่งในไพรเมททางการแพทย์ที่มีประสิทธิภาพสูงและได้รับการยอมรับในฐานะสัตว์ทดลองต้นแบบในหลายงานศึกษาทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นโรคไข้สมองอักเสบนิปาห์¹⁶ ซึ่งเป็นโรคระบาดตามคำนิยามของพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558 ที่ปัจจุบันยังไม่มีวิธีการรักษาและมีอันตรายถึงชีวิตหากติดในมนุษย์ แต่งานศึกษาในปัจจุบันได้แสดงให้เห็นแล้วว่าลิงเขียวสามารถเป็นสัตว์ต้นแบบในการทดลองรักษาโรคไข้สมองอักเสบนิปาห์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁷ รวมไปถึงกรณีของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ที่กำลังแพร่ระบาดไปทั่วโลก ก็มีหลักฐานยืนยันว่าการทดลองในลิงเขียวสามารถใช้เป็นข้อมูลในการคิดค้นนวัตกรรมทางการแพทย์ได้เป็นอย่างดี¹⁸

3. การจัดการลิงเขียวในฐานะไพรเมทชนิดพันธุ์ต่างถิ่น

3.1 การจัดการลิงเขียวในต่างประเทศ

3.1.1 สถานะของลิงเขียว

ตามการศึกษาของ IUCN พบว่าลิงเขียวอยู่ในสถานะมีความเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ (LC) แต่อย่างไรก็ดี สถานะของแนวโน้มจำนวนประชากรของลิงเขียวจากการประเมินของผู้เชี่ยวชาญถือว่าอยู่ในสถานะ “กำลังลดลง” จากภัยคุกคามโดยมนุษย์เป็นสำคัญ¹⁹ ไม่ว่าจะมาจากการกระทำทางตรงอย่างการล่าเพื่อนำมาเป็นอาหารหรือการฆ่าเพื่อปกป้องผลผลิตทางการเกษตร

¹⁶ Johnston and others, *Detailed Analysis of the African Green Monkey Model of Nipah Virus Disease*, PLoS ONE, Volume 10 Issue 2 (February 2015).

¹⁷ Lo and others, *Remdesivir (GS-5734) Protects African Green Monkeys from Nipah Virus Challenge*, Science Translational Medicine, Volume 11 Issue 494 (May 2019).

¹⁸ Hartman and others, *SARS-CoV-2 Infection of African Green Monkeys Results in Mild Respiratory Disease Discernible by PET/CT Imaging and Shedding of Infectious Virus from Both Respiratory and Gastrointestinal Tracts*, PLoS Pathogens, Volume 16 Issue 9 (September 2020).; Woolsey and others, *Establishment of an African Green Monkey Model for COVID-19* [Online], 14 February 2023. Source: <https://doi.org/10.1101/2020.05.17.100289>

¹⁹ Gonedelé Bi and others, *Chlorocebus sabaeus*, (The IUCN Red List of Threatened Species, 2020).

หรือการกระทำทางอ้อมอย่างการเพิ่มความต้องการในการใช้พื้นที่เพื่อการทำเกษตรกรรม การทำเหมืองแร่ ทำให้แหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติมีพื้นที่ลดน้อยลง นอกจากนี้แหล่งที่อยู่อาศัยดั้งเดิมดั้งได้กล่าวไปแล้ว

จากการศึกษาพบว่ามียู 2 กลุ่มสถานที่ในโลกที่เกิดเหตุการณ์มีลิงเขียว “หลุด” ออกไปตั้งถิ่นฐานนอกจากบริเวณแอฟริกาตะวันตก คือ กลุ่มประเทศหมู่เกาะในทะเลแคริบเบียน (ประเทศเซนต์คิตและเนวิส ประเทศบาร์เบโดส และประเทศบราซิล) และประเทศสหรัฐอเมริกา (บริเวณรัฐฟลอริดา) โดยทั้ง 2 สถานที่นี้ต่างมีการรับรู้ มีภาพจำต่อลิงเขียว อีกทั้งยังมีมาตรการในการจัดการต่อลิงเขียวที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

3.1.2 มาตรการจัดการลิงเขียว

3.1.2.1 กรณีประเทศในหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน (กรณีศึกษาประเทศเซนต์คิตและเนวิส และประเทศบาร์เบโดส)

ประเทศหมู่เกาะในทะเลแคริบเบียนอยู่ทางตะวันตกของบริเวณชายฝั่งด้านตะวันตกของทวีปแอฟริกาซึ่งเป็นบริเวณที่มีลิงเขียวอาศัยอยู่แต่เดิม หลักฐานทางประวัติศาสตร์หลายชิ้นแสดงให้เห็นว่าลิงเขียวได้ถูกนำไปยังหมู่เกาะต่าง ๆ ในทะเลแคริบเบียนผ่านเรือค้าทาสที่เริ่มต้นตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1560 เป็นต้นมาผ่านการที่อาจจะมีการติดไป (ทั้งโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ตาม) กับเรือค้าทาสด้วย อีกทั้งการเลี้ยงลิงเป็นสัตว์เลี้ยงยังได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในพื้นที่ดังกล่าวตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา พ่อค้าที่เดินทางไปมาระหว่างทวีปแอฟริกาฝั่งตะวันตกกับทะเลแคริบเบียนนิยมเลี้ยงลิงและมักขนลิงเขียวไปกับเรือของตนเองครั้งละจำนวนมาก²⁰ จากสาเหตุดังกล่าวทำให้ลิงเขียว “ถูกแนะนำ (introduced)” เข้าไปในหมู่เกาะต่าง ๆ ของทะเลแคริบเบียนอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันยาวนานร้อยปีจนทำให้ลิงเขียวสามารถเข้ายึดครองหมู่เกาะต่าง ๆ และกลายเป็นไพรเมตที่ถูกรับรู้ได้ทั่วไปในหมู่เกาะในทะเลแคริบเบียน²¹

ประเทศหมู่เกาะโดยธรรมชาติแล้วมีขนาดพื้นที่ที่เล็กกว่าประเทศที่ตั้งอยู่บนแผ่นดินภาคพื้นทวีป การพัฒนาเชิงอุตสาหกรรมเกษตร เช่น การปลูกไร่อ้อย ที่มีมาตั้งแต่ช่วง

²⁰ Denham, Woodrow W., *West Indian Green Monkeys: Problems in Historical Biogeography in Contributions to Primatology*, Vol 24, Edited by Frederick S. Szalay, (Bazel: Karger, 1987). pp. 1-78.

²¹ McGuire, *The History of the St. Kitts Vervet*.

ศตวรรษที่ 17 และดำเนินกิจกรรมดังกล่าวอย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบันส่งผลทำให้เกิดความต้องการในการใช้ที่ดินมากขึ้นจากมนุษย์ การสูญเสียพื้นที่หากินตามธรรมชาติอย่างต่อเนื่องทำให้เกิดภาวะที่มนุษย์ต้องใช้พื้นที่ร่วมกับลิงเขียวมากขึ้นจนทำให้ลิงเขียวกลายเป็นสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกราน มีพฤติกรรมเข้าแย่งชิงฉกฉวยผลผลิตทางการเกษตรของเกษตรกรในประเทศอยู่บ่อยครั้งจนทำให้กลายเป็น “ปัญหาลิง” ที่ปัจจุบันนับเป็นหนึ่งในปัญหาหลักของเกษตรกรในประเทศหมู่เกาะดังกล่าว ในกรณีของประเทศบาร์เบโดส พบว่านอกจากลิงเขียวจะไม่ได้มีสถานะควบคุมทางกฎหมาย ยังถูกรัฐบาลตั้งค่าหัวให้กับผู้ที่สามารถฆ่าลิงเขียวได้ด้วย โดยในปี ค.ศ. 1970 รัฐบาลจะให้เงินจำนวน 5 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาสำหรับการฆ่าลิง 1 ตัว และค่าหัวเพิ่มมากถึง 7 ดอลลาร์ในปี ค.ศ. 1992 อีกทั้งรัฐบาลบาร์เบโดสมีแผนการลดจำนวนประชากรลิงด้วยการจับลิงเขียวไปเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เช่น เพื่อการทดลองสร้างวัคซีนโรคโปลิโอ โดยอยู่บนพื้นฐานที่ว่า จะจับลิงเขียวไปโดยมิให้กระทบถึงชั้น ทำให้ลิงเขียวสูญพันธุ์ไปจากประเทศ²²

²² Boulton, A. M., J. A. Horrocks, and Jean Baulu, *The Barbados Vervet Monkey (Cercopithecus aethiops sabaeus): Changes in Population Size and Crop Damage*, International Journal of Primatology, Volume 17 Issue 5 (October 1996), pp. 831-844.

ทั้งนี้ การที่สิ่งมีชีวิตในอันดับไพรเมทกับมนุษย์ (*Homo sapiens*) เป็นสิ่งมีชีวิตที่อยู่ร่วมอันดับกันในอนุกรมวิธาน สิ่งมีชีวิตในอันดับดังกล่าวจึงมีสรีรวิทยารวมถึงระบบต่าง ๆ ของร่างกายที่คล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก การทดลองทางวิทยาศาสตร์สุขภาพเพื่อต่อสู้กับโรคร้ายต่าง ๆ จึงต้องอาศัยไพรเมทเป็นการทดลองขั้นสุดท้ายเพื่อทดสอบถึงอันตรายและประสิทธิภาพของยาหรือวัคซีนก่อนที่จะทดลองใช้ในมนุษย์ได้ ในประเทศไทยเองมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดังกล่าวคือศูนย์วิจัยไพรเมทแห่งชาติ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ใช้ลิงหางยาวในการวิจัยเป็นหลัก ในขณะที่ลิงเขียวก็นิยมใช้ในการวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์สุขภาพเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นไข้เลือดออกโบลีเวีย ไข้ไวรัสชิคาโก ก็นิยมใช้ลิงเขียวจากกลุ่มประเทศในทะเลแคริบเบียนเป็นสำคัญ (เนื่องจากปลอดโรคบางชนิดที่พบได้ในลิงเขียวแผ่นดินใหญ่) หรือที่สำคัญที่สุดในปัจจุบันคือการทดลองยาและวัคซีนในการต่อสู้กับโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ที่กำลังระบาดอยู่ทั่วโลก ในขณะนี้ บางรายงานระบุว่าลิงเขียวก็นิยมใช้ในการทดลองสูงและเหมาะสมกว่าลิงวอก (*Macaca mulatta*) ที่นิยมใช้ในการทดลองกันอีกด้วย เนื่องจากลิงเขียวสามารถตอบสนองต่อการทดลองได้ดีกว่า

ดู Woolsey and others, *Establishment of an African Green Monkey Model for COVID-19*.

3.1.2.2 กรณีประเทศสหรัฐอเมริกา

ในกรณีของสหรัฐอเมริกา พบลิงเขียวในฐานะไพรเมทชนิดพันธุ์ต่างถิ่นในบริเวณรัฐฟลอริดา อย่างไรก็ตามก็ดี กรณีของรัฐฟลอริดาแตกต่างกับประเทศในหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน ตรงที่ไม่มีเอกสารยืนยันชัดเจนถึงที่มาของลิงเขียวว่ามาได้อย่างไร นักวิชาการทำได้เพียงแต่คาดเดาที่มาของลิงเขียวจากคำบอกเล่าผ่านการสัมภาษณ์ประชาชนในพื้นที่ เช่น ลิงเขียวอาจมาจากการหลบหนีออกจากสวนสัตว์ หรือลิงเขียวถูกปล่อยออกมาเองโดยเจตนา นอกจากนี้ ลิงเขียวในรัฐฟลอริดายังไม่ได้อยู่ในสถานะ “รุกราน (invasive)” ต่อระบบนิเวศท้องถิ่น เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีลิงเขียวในกรณีประเทศในหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน เนื่องจากขนาดจำนวนประชากรค่อนข้างคงที่และไม่ได้แพร่กระจายออกไปในบริเวณพื้นที่อื่น ๆ

แม้จะมีการกระทบกระทั่งกันระหว่างมนุษย์กับลิงเขียว หรือมีกรณีที่ลิงเขียวเข้ามาในย่านที่พักอาศัยของมนุษย์ ในกรณีของรัฐฟลอริดากลับพบว่ามนุษย์ในพื้นที่มีระดับความอดทนต่อลิงเขียวในระดับที่สูง มีภาพจำที่ดีและไม่ได้คิดว่าลิงเขียวเป็นสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่สร้างความเดือดร้อน อีกทั้งมนุษย์ยังสนับสนุนอาหารหลายชนิดให้กับลิงเขียวอีกด้วย จากการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนที่อาศัยอยู่ร่วมกับลิงเขียวพบว่า แม้ลิงเขียวจะมีได้มีสถานะควบคุมหรือคุ้มครองตามกฎหมาย แต่โดยทั่วไปแล้วทัศนคติของประชาชนเห็นว่าไม่ควรกำจัดลิงเขียวออกไป พร้อมทั้งยังสนับสนุนให้เกิดกฎหมายที่คุ้มครองต่อสวัสดิภาพของลิงเขียวอีกด้วย²³

3.2 การจัดการลิงเขียวในประเทศไทย

3.2.1 สถานะของลิงเขียว

ลิงเขียวปรากฏอยู่ในพื้นที่ป่ากร่างแห่งหนึ่งของกรุงเทพมหานคร ซึ่งผู้เขียนพบฝูงลิงเขียวจากการสำรวจวิจัยเมื่อปี พ.ศ. 2564 โดยประชากรลิงเขียวในพื้นที่ดังกล่าวมีกลุ่มจำนวนประชากรประมาณ 28 - 30 ตัว ซึ่งจากการศึกษาไม่สามารถอ้างอิงเอกสารหรือหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ระบุถึงที่มาของลิงเขียวได้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาภาคสนามทำให้ทราบได้ว่า ประชากรลิงเขียวถูกพบครั้งแรกในช่วงปี พ.ศ. 2540 และดำรงเผ่าพันธุ์อยู่ใน

²³ Williams, Deborah M., An Introduced Primate Species, *Chlorocebus sabaeus*, in Dania Beach, Florida: Investigating Origins, Demographics, and Anthropogenic Implications of an Established Population, pp. 22-38, 50-81.

พื้นที่ดังกล่าวนี้มาตลอดจนถึงปัจจุบัน การเข้ามาในประเทศไทยของลิงเขียวสันนิษฐานได้ว่า อาจจะหลบหนีออกมาจากสถานะของการเป็นสัตว์เลี้ยงเมื่อในอดีตก่อนที่จะเข้ามาอาศัยอยู่ในพื้นที่ดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันพื้นที่โดยรอบที่เป็นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวประกอบไปด้วยโครงการ อสังหาริมทรัพย์ (หมู่บ้านจัดสรร) พื้นที่ทางการเกษตรและวัด²⁴ จากการเก็บข้อมูลโดยใช้วิธีการ ลงพื้นที่สำรวจ พบว่า แม้พื้นที่โดยรอบจะมีอยู่ส่วนหนึ่งที่เป็นพื้นที่ที่มีการทำการเกษตร คือ การทำไร่กล้วยหรือพืชไร่หมุนเวียนตามฤดูกาล แต่ไม่พบพฤติกรรมการบุกรุกพื้นที่ ทางการเกษตร (crop raiding) เหมือนกรณีของลิงเขียวในกลุ่มประเทศหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน²⁵ อาจเป็นเพราะว่าพื้นที่ที่รกร้างมีพืชพันธุ์ไม้ที่เป็นแหล่งอาหารของลิงเขียวได้ นอกเหนือจากการ หาอาหารตามธรรมชาติด้วยตัวของลิงเขียว ผู้คนในบริเวณพื้นที่ใกล้เคียงโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กลุ่มผู้ที่ศรัทธาในศาสนาพุทธได้มีการแบ่งปันอาหารให้กับลิงเขียวโดยการบริจาคผ่านวัด ในบริเวณพื้นที่ดังกล่าว และพระสงฆ์ในวัดจะนำผลไม้ดังกล่าวมาตั้งให้ลิงเขียวจนกลายเป็น แหล่งอาหารอีกประเภทหนึ่ง (anthropogenic foods) จึงทำให้ลิงเขียวสามารถดำรงชีวิตอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวได้

แม้ลิงเขียวจะไม่มีพฤติกรรมการบุกรุกพื้นที่ทางการเกษตร แต่จากการเก็บข้อมูลตั้งแต่ปี พ.ศ. 2564 - 2565 พบว่า ลิงเขียวได้มีการสร้างความเดือนร้อนรำคาญโดยบุกรุกพื้นที่เคหสถาน และร้องของของประชาชนในพื้นที่ใกล้เคียงอยู่บ้าง (ในจำนวนน้อยครั้ง) จนอาจทำให้ประชาชน ในพื้นที่เกิดความหวาดกลัว บางครั้งมีการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเข้ามาควบคุมพฤติกรรม ของลิงเขียว โดยการแจ้งไปยังกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืชเพื่อให้ทำการควบคุม พฤติกรรมของลิงเขียวให้พื้นที่ อย่างไรก็ตาม กรมอุทยานฯ ได้ให้เจ้าหน้าที่เข้ามาดำเนินการ จับลิงเขียวไปเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวแต่เป็นการดำเนินการเพียงครั้งคราว เพื่อลดปัญหาความ

²⁴ ข้อมูลดังกล่าวมาจากการสำรวจและตีความภาพถ่ายทางอากาศในบริเวณพื้นที่ศึกษาโดยผู้เขียน

²⁵ ลิงเขียวในกลุ่มประเทศหมู่เกาะทะเลแคริบเบียนมักมีพฤติกรรมการบุกรุกพื้นที่ทางการเกษตร เนื่องจากพื้นที่หากินตามธรรมชาติลดน้อยลงอันเนื่องมาจากภูมิประเทศของประเทศเหล่านี้มักมีขนาดเล็ก ความต้องการใช้พื้นที่เพื่อการเกษตรจึงส่งผลกระทบต่อการปรับพื้นที่ตามธรรมชาติมาสู่พื้นที่ เกษตรกรรมของมนุษย์ เมื่อลิงเขียวมีแหล่งอาหารลดน้อยลงจึงต้องเข้ามาบุกรุกเพื่อกินพืชที่ปลูกโดยมนุษย์แทน

ดู Dore, An Anthropological Investigation of the Dynamic Humanvervet Monkey (*Chlorocebus aethiops sabaeus*) Interface in St. Kitts, West Indies.

ขัดแย้งจากเหตุเดือดร้อนรำคาญเท่านั้น แต่ทางกรมอุทยานฯ ยังไม่มีการเข้ามาดำเนินการใด ๆ ต่อการจัดการกับลิงเขียวที่ยังเหลืออยู่ในพื้นที่ดังกล่าวให้เหมาะสมกับชนิดพันธุ์ของลิงเขียว²⁶

จากปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงสถานะของลิงเขียวในประเทศไทยเพื่อหามาตรการในการแก้ไขปัญหาและหน่วยงานของรัฐที่จะเข้ามาดำเนินการจัดการลิงเขียวให้เหมาะสมกับชนิดพันธุ์ของลิงเขียว ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ลิงเขียวจัดอยู่ในประเภทของสัตว์ป่าควบคุมตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ตามประกาศของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดให้สัตว์บางชนิดเป็นสัตว์ป่าควบคุม พ.ศ. 2565 ที่ออกตามความในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้ลิงเขียวอยู่ภายใต้การควบคุมของหน่วยงานและมาตรการของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า

แม้จะพบว่าลิงเขียวมีสถานะทางกฎหมายในประเทศไทยเป็นสัตว์ป่าควบคุม แต่ลิงเขียวดำรงชีวิตอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวก่อนที่ประกาศกระทรวงทรัพยากรฯ ฉบับดังกล่าวจะประกาศใช้บังคับ และเจตนารมณ์ของประกาศกระทรวงทรัพยากรฯ ดังกล่าว เพื่อเป็นมาตรการในการควบคุมการนำเข้า ส่งออก นำผ่าน หรือมีไว้ครอบครองตามกฎหมาย ทำให้ลิงเขียวในพื้นที่ดังกล่าวนี้ยังไม่ถูกจัดการให้เหมาะสมตามชนิดพันธุ์ของลิงเขียว นอกเหนือจากนี้ พื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวเป็นพื้นที่ของเอกชนและอาจถูกพัฒนาพื้นที่ดังกล่าวเพื่อผลประโยชน์เชิงธุรกิจในอนาคต ซึ่งหากมีการพัฒนาที่ดินเกิดขึ้นจริง พื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวย่อมต้องถูกทำลายไปด้วย ทำให้เกิดปัญหามุ่งกังวล คือ (1) ลิงเขียวจะถูกทำการเคลื่อนย้ายไปยังพื้นที่ใด (2) พื้นที่ใหม่ที่เคลื่อนย้ายไปจะทำให้ลิงเขียวสามารถปรับตัวได้ดีเหมือนพื้นที่อยู่อาศัยเดิมหรือไม่ และจะเกิดปัญหาการรุกรานสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์พื้นเมืองในพื้นที่ใหม่ที่ถูกเคลื่อนย้ายหรือไม่ ซึ่งจากกรณีดังกล่าวจะได้ศึกษาถึงมาตรการและแนวทางการแก้ไขปัญหาในบทวิเคราะห์ต่อไป

²⁶ ตลอดระยะเวลาการศึกษาในภาคสนาม รวมถึงการสัมภาษณ์ประชาชนในพื้นที่ ผู้เขียนพบการดำเนินการ “จับ” ลิงของเจ้าหน้าที่อยู่ 2 ครั้ง คือ วันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2562 และวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2565 โดยเจ้าหน้าที่จะมุดักจับลิงหากเกิดกรณีที่เป็นข่าวในสื่อสาธารณะที่สร้างความสนใจให้กับประชาชน โดยลักษณะการจัดการดังกล่าวเป็นไปเพื่อบรรเทาเหตุเดือดร้อนรำคาญที่ถูกแจ้งมา แต่มิได้เป็นการวางแผนการจัดการอย่างเหมาะสม

3.2.2 มาตรการการจัดการลิงเซียว

3.2.2.1 มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561 เรื่องมาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น

มติคณะรัฐมนตรีฯ ฉบับนี้ ถือเป็นนโยบายซึ่งจัดทำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีโดยสำนักนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีฯ เป็นมาตรการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มุ่งในการดำเนินการเพื่อใช้เป็นมาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่นโดยเฉพาะ²⁷ เนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีฯ ฉบับดังกล่าว มีการแบ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจัดกลุ่มทะเบียนชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ควรป้องกัน ควบคุม และกำจัดของประเทศไทยเป็น 4 รายการ คือ รายการ 1 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานแล้ว²⁸ รายการ 2 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีแนวโน้มรุกรานแล้ว²⁹ รายการ 3 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีประวัติว่า รุกรานแล้วในประเทศอื่นแต่ยังไม่รุกรานในประเทศไทย³⁰ และรายการ 4 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานที่ยังไม่เข้ามาในประเทศไทย³¹ โดยในระบบทะเบียนชนิดพันธุ์ต่างถิ่นในรายการที่ 1 2

²⁷ สำนักนโยบายและแผนธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561 เรื่อง มาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น, (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2561).

²⁸ รายการ 1 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานแล้ว หมายถึง ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่เข้ามาในประเทศไทยแล้ว และสามารถตั้งถิ่นฐานและแพร่กระจายได้ในธรรมชาติ เป็นชนิดพันธุ์เด่นในสิ่งแวดล้อมใหม่ (dominant species) และเป็นชนิดพันธุ์ที่อาจทำให้ชนิดพันธุ์ท้องถิ่น หรือชนิดพันธุ์พื้นเมืองสูญพันธุ์ รวมไปถึงส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพและก่อให้เกิดความสูญเสียทางสิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจและสุขอนามัยของมนุษย์

²⁹ รายการ 2 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีแนวโน้มรุกรานแล้ว หมายถึง (1) ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีหลักฐานว่ามีการรุกรานในถิ่นอื่น ที่เข้ามาในประเทศไทยแล้ว และสามารถตั้งถิ่นฐาน และมีการแพร่กระจายได้ในธรรมชาติ จากการสำรวจและเฝ้าสังเกตพบว่าอาจแพร่ระบาดหากมีปัจจัยกีดกั้นหรือสภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลง ทำให้เกิดผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ (2) ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่เคยรุกรานในอดีต ซึ่งสามารถควบคุมได้แล้ว

³⁰ รายการ 3 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีประวัติว่ารุกรานแล้วในประเทศอื่นแต่ยังไม่รุกรานในประเทศไทย หมายถึง ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่เข้ามาในประเทศไทยแล้วมีหลักฐานว่ามีการรุกรานในประเทศอื่น

³¹ รายการ 4 ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานที่ยังไม่เข้ามาในประเทศไทย หมายถึง ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีข้อมูลหรือหลักฐานว่าเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานในประเทศอื่น

และ 3 ที่ถูกระบุว่าเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ สามารถถูกส่งเสริมในเชิงเศรษฐกิจได้ แต่ต้องมีมาตรการป้องกันเฉพาะที่รัดกุมเพื่อมิให้เกิดการแพร่กระจายเข้าไปในพื้นที่อนุรักษ์

จากการศึกษากลุ่มทะเบียนชนิดพันธุ์ต่างถิ่นควรป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ไม่พบว่าลิงเซียวกัดถูกจัดอยู่ในระบบทะเบียนในรายการใด ซึ่งหากพิจารณาจากประเทศในหมู่เกาะทะเลแคริบเบียนลิงเซียวกัดเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานชนิดพันธุ์หนึ่งทำให้เกิดความกังวลถึงการจัดการลิงเซียวกัดในประเทศไทยที่ควรจะมีมาตรการนำเข้าชนิดพันธุ์ของลิงเซียวกัดระบบทะเบียนชนิดพันธุ์ต่างถิ่นอย่างชัดเจน ซึ่งอาจจะต้องจัดลิงเซียวกัดไว้ในทะเบียนชนิดพันธุ์ต่างถิ่นในกลุ่มรายการ 3 เพราะลิงเซียวกัดเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีประวัติว่ารุกรานแล้วในประเทศอื่นแต่ยังไม่รุกรานในประเทศไทย เพราะการบรรจุชนิดพันธุ์ลิงเซียวกัดในระบบทะเบียนชนิดพันธุ์ต่างถิ่นอาจทำให้เกิดการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของไทยจากการรุกรานของลิงเซียวกัดที่เข้ามาอยู่ในประเทศไทยแล้วได้อย่างทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วย หากจะมีความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต นอกจากนี้ยังสามารถจัดการลิงเซียวกัดในฐานชนิดพันธุ์ที่อยู่ในรายการที่ 3 โดยการส่งเสริมให้เป็นชนิดพันธุ์ที่ใช้ในเชิงเศรษฐกิจได้ เพราะลิงเซียวกัดมีประโยชน์ทางด้านวิทยาศาสตร์ สามารถนำมาทำการทดลองรวมถึงมีประโยชน์ต่อวงการแพทย์³²

สำหรับด้านของมาตรการทางกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นจากการศึกษาไม่พบว่ามีกฎหมายฉบับใดที่เป็นกฎหมายโดยตรงในการจัดการลิงเซียวกัดหรือการจัดการลิงเซียวกัดในฐานชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ซึ่งหากแบ่งมาตรการที่สามารถนำมาบังคับใช้ในการจัดการลิงเซียวกัดที่ใช้บังคับอยู่ ณ ปัจจุบัน ต่างมีมาตรการทางกฎหมายที่กระจัดกระจายไปตามกฎหมายต่าง ๆ ในหลายฉบับ ดังนี้

3.2.2.2 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนและคุ้มครองชนิดพันธุ์สัตว์ป่าโดยตรง³³ ซึ่งมีการกำหนดชนิดพันธุ์สัตว์ป่าที่ให้ความคุ้มครอง 4 ชนิด³⁴

³² ดูเชิงอรรถที่ 17 เชิงอรรถที่ 18 และเชิงอรรถที่ 22

³³ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ใน ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 136 (2562).

โดยลิงเชียงถูกจัดอยู่ในประเภทของสัตว์ป่าควบคุม หมายถึง เป็นสัตว์ป่าที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์และสัตว์ป่าอื่นที่ต้องมีมาตรการควบคุมที่เหมาะสม³⁵ ตามปรากฏชนิดพันธุ์ของลิงเชียงในประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดให้สัตว์บางชนิดเป็นสัตว์ป่าควบคุม พ.ศ. 2565 ที่ออกตามความในมาตรา 9 ลำดับ 251 สิ่งมีชีวิตทุกชนิดในอันดับไพรเมต³⁶ ส่งผลให้ ณ ปัจจุบัน ลิงเชียงอยู่ภายใต้การควบคุมตามพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ ห้ามปล่อยเป็นอิสระตามมาตรา 15³⁷ ห้ามครอบครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 15³⁸ รวมถึงต้องแจ้งการครอบครอง ตามมาตรา 19 และ 20³⁹ นอกจากนี้ ยังห้ามนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านลิงเชียงโดยไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 23⁴⁰ และห้ามเพาะพันธุ์และค้า เว้นแต่จะต้องได้รับใบอนุญาต ตามมาตรา 28⁴¹

อย่างไรก็ดี เนื่องจากลิงเชียงในพื้นที่ดังกล่าวมานั้น ถูกนำเข้ามาก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดให้สัตว์บางชนิดเป็นสัตว์ป่าควบคุม พ.ศ. 2565 จึงทำให้มาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับการจัดการปัญหาของลิงเชียงในพื้นที่ดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับปัญหาที่เกิดขึ้น

จากการศึกษา เมื่อพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว พบว่า การควบคุมสัตว์ป่าตามพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ ถือเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ในการเข้ามาดำเนินการจัดการควบคุมลิงเชียงในฐานะสัตว์ป่าควบคุมตามกฎหมาย โดยกรมอุทยานฯ ควรเข้ามาจัดการลิงเชียงให้ถูกต้องตามชนิดพันธุ์ ไม่ควรปล่อยปละละเลยให้ดำรงชีวิตอยู่ในพื้นที่ดังกล่าว ที่มีสภาพแวดล้อมที่อาจ

³⁴ โปรดดู มาตรา 4 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

³⁵ โปรดดู มาตรา 4 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

³⁶ โปรดดู มาตรา 9 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

³⁷ โปรดดู มาตรา 15 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

³⁸ โปรดดู มาตรา 15 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

³⁹ โปรดดู มาตรา 19 และมาตรา 20 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

⁴⁰ โปรดดู มาตรา 23 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

⁴¹ โปรดดู มาตรา 28 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

ไม่เหมาะสมในการเป็นที่ยู่ออาศัยของลิงเซียว และควรมีมาตรการจัดการ ควบคุม ป้องกัน ให้เหมาะสมกับสายพันธุ์ของลิงเซียวที่เป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่น จึงจำเป็นที่จะต้องมีความต้องการจัดการลิงเซียวให้เหมาะสม

3.2.2.3 พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ฯ มีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกัน และควบคุมโรคระบาดที่เกิดกับสัตว์อันเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนและเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศ⁴² สัตว์ที่อยู่ภายใต้การป้องกัน ควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้อยู่ในคำนิยามของมาตรา 4 ซึ่งหนึ่งในนิยามของคำว่า สัตว์ หมายความว่า “...ลิง...” ด้วย⁴³ ซึ่งจากนิยามดังกล่าวแม้จะไม่ได้ระบุสายพันธุ์ของลิงไว้โดยเฉพาะ แต่จากการตีความในมาตราดังกล่าวนี้น่าจะหมายความรวมถึงลิงทุกชนิดในประเทศไทย เมื่อลิงเซียวถือเป็นสายพันธุ์ของลิงชนิดหนึ่งและยังเป็นสัตว์ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่มีลักษณะสายพันธุ์ ใกล้เคียงกับมนุษย์ด้วย ดังนั้น ลิงเซียวจึงอาจเป็นพาหนะนำโรคระบาดเข้าสู่มนุษย์ได้หากมีการ เกิดโรคระบาดเกิดขึ้น⁴⁴ การจัดการ ควบคุม และป้องกันโรคระบาดในลิงเซียวจึงจำเป็นต้อง พิจารณาพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ฯ ด้วย

ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจัดการชนิดพันธุ์ ต่างถิ่นที่เน้นไปที่การควบคุมและกักกัน มีการกำหนดหน้าที่ให้เจ้าของสัตว์หรือซากสัตว์ที่อยู่

⁴² พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558 ใน ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 132 (2558).

⁴³ มาตรา 4 “สัตว์” หมายความว่า (1) ช้าง ม้า โค กระบือ ลา ล่อ แพะ แกะ กวาง สุกร หมูป่า สุนัข แมว กระจง ลิง ชะนี และให้หมายความรวมถึงน้ำเชื้อสำหรับผสมพันธุ์และเอ็มบริโอของสัตว์เหล่านี้ด้วย

⁴⁴ มาตรา 4 โรคระบาด หมายความว่า กาฬโรคเป็ด โรคไข้หวัดนก โรคแชลโมเนลลา โรคทริคิเนลลา โรคนิวคาสเซิล โรคบรูเซลลา โรคปากและเท้าเปื่อย โรคพิษสุนัขบ้า โรคริ้นเดอร์เปสต์ โรคเลปโทสไปรา โรคโลหิตจางติดเชื้อในม้า โรคควัวบ้า โรคสมองอักเสบนิปาห์ โรคคหิวาต์สุกร โรคแอนแทรกซ์ โรคเฮโมรายิก เซปติซีเมีย วัณโรค และโรคอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด โดยสิ่งมีชีวิตในอันดับไพรเมทมีลักษณะ ทางสรีรวิทยาที่คล้ายคลึงกับมนุษย์ การส่งต่อโรคระหว่างไพรเมทกับมนุษย์สามารถกระทำได้ง่ายกว่า สิ่งมีชีวิตในอันดับอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่น กรณีของ Tuberculosis (วัณโรค) ที่สามารถส่งต่อ ถ่ายทอดไปมา ระหว่างไพรเมทกับมนุษย์ได้เป็นอย่างดี

ดู Motzel and others, *Diagnosis of Tuberculosis in Nonhuman Primates In International Perspectives: The Future of Nonhuman Primate Resources*, (Washington (DC): National Academies Press, 2003).

ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดตามกฎหมาย⁴⁵ โดยเฉพาะกรณีสัตว์ป่วยหรือตาย ตามมาตรา 11 ให้เจ้าของสัตว์แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สารวัตร หรือสัตวแพทย์ ภายในเวลาสิบสองชั่วโมงนับแต่เวลาที่ทราบว่าสัตว์ป่วยหรือตาย เมื่อมีกรณี (1) มีสัตว์ป่วยหรือตายโดยรู้ว่าเป็นโรคระบาด (2) มีสัตว์ป่วยหรือตายโดยไม่รู้สาเหตุ (3) ในหมู่บ้านเดียวกันหรือบริเวณใกล้เคียงกันมีสัตว์ป่วยหรือตายมีอาการคล้ายคลึงกันในระยะเวลาห่างกันไม่เกินเจ็ดวัน⁴⁶ และให้เจ้าของสัตว์ควบคุมสัตว์ป่วยทั้งหมดไว้ภายในบริเวณที่สัตว์อยู่ และห้ามมิให้เจ้าของสัตว์หรือบุคคลอื่นใดเคลื่อนย้ายสัตว์ป่วยไปจากบริเวณนั้น และหากกรณีสัตว์ตาย ให้เจ้าของสัตว์ควบคุมซากสัตว์นั้นให้คงอยู่ ณ ที่ที่สัตว์นั้นตายและห้ามมิให้เจ้าของสัตว์หรือบุคคลอื่นใด เคลื่อนย้าย ซ้ำแหละ หรือกระทำการอื่นใดแก่ซากสัตว์นั้น เว้นแต่มีการดำเนินการกับสัตว์ป่วยหรือตาย ตามที่อธิบดีประกาศกำหนดหรือสัตวแพทย์ได้ตรวจพิสูจน์แล้วว่าสัตว์นั้นมีได้ป่วยหรือตายโดยโรคระบาดหรือสัตวแพทย์สั่งเป็นอย่างอื่น⁴⁷

นอกจากมาตรการกำหนดหน้าที่ของเจ้าของสัตว์ ยังพบว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มีการเน้นวิธีการควบคุมและกักกันพื้นที่ โดยบทบัญญัติว่าด้วยเขตควบคุม เขตปลอดโรค หรือเขตกั้นชนโรคระบาด ซึ่งเมื่อมีการประกาศเขตพื้นที่ดังกล่าว ห้ามมิให้ผู้ใดเคลื่อนย้ายสัตว์หรือซากสัตว์ตามที่ระบุในประกาศเข้าไปในหรือผ่านเขตพื้นที่นั้น เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากอธิบดีหรือสัตวแพทย์ซึ่งอธิบดีมอบหมายทุกครั้งที่มีการเคลื่อนย้าย⁴⁸ ด้วย แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาเชิงยิวที่อยู่อาศัยในพื้นที่ประเทศไทยไม่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองดูแล ซึ่งหากเกิดกรณีการป่วยหรือตาย อาจทำให้ไม่ได้รับการแจ้งถึงการป่วยและตายต่อเจ้าหน้าที่และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

⁴⁵ มาตรา 8 เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมโรคระบาด ให้เจ้าของสัตว์หรือซากสัตว์ดังต่อไปนี้ ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่อธิบดีประกาศกำหนดจำนวนสัตว์หรือซากสัตว์ลักษณะของยานพาหนะและอุปกรณ์ในการเคลื่อนย้ายสัตว์หรือซากสัตว์

- (1) ช้าง ม้า โค กระบือ แพะ แกะ กวาง สุกร หมูป่า
- (2) นก ไก่ เป็ด ห่าน รวมถึงไข่สำหรับใช้ทำพันธุ์
- (3) ซากสัตว์ของสัตว์ตาม (1) หรือ (2)
- (4) สัตว์หรือซากสัตว์ชนิดอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

⁴⁶ มาตรา 11

⁴⁷ มาตรา 11 วรรคสอง

⁴⁸ มาตรา 18

อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน รวมถึงชนิดพันธุ์ของลิงเขียวที่เป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่น การป่วยและการตายอาจส่งผลกระทบต่อชนิดพันธุ์พื้นเมืองหรือระบบทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้เกิดความเสียหายได้

ข้อพิจารณามาตรการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ได้กล่าวมาข้างต้น พบว่า ลิงเขียวมีสถานะเป็นสัตว์ป่าควบคุมตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า ซึ่งเป็นหนึ่งในสัตว์ป่าที่ต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองพื้นที่อยู่อาศัยด้วย การควบคุมจัดการลิงเขียวจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวด้วย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเพื่อเป็นแนวทางในการจัดการลิงเขียวในประเทศไทย

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าที่เกี่ยวข้อง 5 ฉบับ ได้แก่ (1) พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 (2) พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 (3) พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 (4) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2504 และ (5) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งแบ่งออกเป็น 9 พื้นที่ตามลำดับ คือ (1) เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า (2) เขตห้ามล่า (3) เขตอุทยานแห่งชาติ (4) เขตวนอุทยาน (5) สวนรุกชชาติ (6) สวนพฤกษชาติ (7) พื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ (8) พื้นที่ป่าไม้ และ (9) เขตพื้นที่คุ้มครองทางสิ่งแวดล้อม

ในการประกาศให้เป็นเขตพื้นที่คุ้มครองที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าแต่ละพื้นที่ จะมีมาตรการคุ้มครองพื้นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าเพื่อคุ้มครองสัตว์ป่าที่อยู่ในเขตพื้นที่ต่าง ๆ ด้วย โดยส่วนใหญ่จะเป็นมาตรการห้ามดำเนินการต่าง ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อพื้นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า

แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าลิงเขียวปรากฏตัวและอยู่อาศัยในเขตพื้นที่ชุมชนเมือง (ที่ดินเชิงพาณิชย์ของเอกชน) ไม่ใช่ในเขตใกล้เคียงพื้นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าตามกฎหมาย จึงเกิดปัญหาว่า หากนำมาตรการคุ้มครองพื้นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าดังกล่าวนี้มาใช้ในการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวในปัจจุบัน จะใช้มาตรการใดเพื่อการจัดการพื้นที่ที่เหมาะสมกับชนิดพันธุ์และสวัสดิภาพของลิงเขียว และไม่ก่อให้เกิดการรุกรานพื้นที่อยู่อาศัยไปกระทบต่อสัตว์ป่าในชนิดพันธุ์พื้นเมือง

4. วิเคราะห์แนวทางการจัดการลิงเซียวในประเทศไทย

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการจัดการลิงเซียว พบว่ามาตรการทางกฎหมายของไทยไม่มีมาตรการที่รองรับถึงการจัดการลิงเซียวที่ชัดเจนโดยตรง อีกทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนี้ยังไม่ได้ตระหนักถึงการป้องกันจัดการเกี่ยวกับการชนิดพันธุ์ของลิงเซียว อาจเนื่องมาจากกรณีของปัญหาในพื้นที่ดังกล่าว จะเป็นกรณีของการร้องเรียนในเหตุเดือดร้อนรำคาญของประชาชนบางกลุ่มที่ได้รับจากลิงเซียว ไม่ค่อยพบปัญหาพฤติกรรมของลิงเซียวในกรณีที่เป็นกรรกรานในลักษณะการทำลายทรัพย์สินหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งจากปัญหาดังกล่าว การเข้ามาแก้ไขของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยส่วนมากจะเป็นการใช้วิธีการแก้ไขเพียงครั้งคราวไป เช่น การดักจับลิงเซียวไปเพื่อลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้ร้องเรียนกับลิงเซียว⁴⁹ จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แนวทางการจัดการดังกล่าวมิได้เป็นไปตามหลักการจัดการสำหรับชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ถูกต้อง เนื่องจากลิงเซียวเป็นสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ยังขาดการศึกษาและเป็นที่รู้จักน้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เพิ่งมีการค้นพบว่าปะปนอยู่ในระบบทรัพยากรธรรมชาติของไทย การจัดการลิงเซียวจึงต้องมีแนวทางการจัดการที่ถูกต้องและเหมาะสมตามหลักการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นและสายพันธุ์ของลิงเซียว อีกทั้งต้องมีการคำนึงถึงพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเซียวในระบบทรัพยากรของไทยอย่างเหมาะสมด้วย

แนวทางในการจัดการลิงเซียวในประเทศไทยจึงต้องวิเคราะห์ความเป็นไปทั้งในด้านนโยบายที่เป็นกรอบในการนำไปสู่มาตรการทางกฎหมาย ซึ่งจากการศึกษา พบว่า ลิงเซียวที่อยู่ในประเทศไทยเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่ปรากฏว่ามีประวัติการรุกรานในประเทศไทย แต่เคยมีประวัติการรุกรานในต่างประเทศแล้ว กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน ดังนั้น การปะปนอยู่ของลิงเซียวในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยจึงเป็นที่น่าห่วงกังวลถึงโอกาสที่อาจเกิดการรุกรานได้ดังเช่นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

หากพิจารณาจากหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามหลักป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า จะเห็นได้ว่า หลักการพื้นฐานดังกล่าวเป็นแนวทางที่สำคัญอย่างมากในการจัดการลิงเซียวในประเทศไทย ตัวอย่างของเหตุการณ์ที่อาจเกิดความเสียหายจากลิงเซียวในประเทศไทย เช่น หากมีกรณีสถานการณ์ที่มีลิงเซียวอาจหลุดรอดหรือมีผู้นำลิงเซียวไปในระบบทรัพยากรธรรมชาติท้องถิ่นที่มีความสำคัญของประเทศไทย เช่น อุทยานแห่งชาติ หรือเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

⁴⁹ ดูเชิงอรรถที่ 28

ที่มีไพรเมทชนิดพันธุ์ท้องถิ่นอาศัยอยู่ โดยเคยมีรายงานว่าลิงเซียวสามารถให้กำเนิดไพรเมท กลายพันธุ์จากการผสมพันธุ์กับลิงวอก (*Macaca mulatta*) ได้⁵⁰ อาจทำให้เกิดปัญหาการ ผสมข้ามสายพันธุ์ และทำให้ลิงวอกซึ่งเป็นชนิดพันธุ์พื้นเมืองถูกคุกคามและหายไปจากระบบ ทรัพยากรของไทยได้ในอนาคต ดังนั้น การวางแผนการจัดการลิงเซียวไว้ก่อนล่วงหน้าจึงเป็น การป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นดังกล่าวได้ ดังนี้

4.1 ด้านนโยบาย

4.1.1 การรับรองชนิดพันธุ์ของลิงเซียวในฐานะที่เป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นในนโยบายที่ เกี่ยวข้อง

จากมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561 เรื่องมาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ซึ่งได้จัดกลุ่มประเภทของสิ่งมีชีวิตชนิดพันธุ์ต่างถิ่นไว้ 4 รายการ การวางแผนทางในการจัดการลิงเซียว ควรมีกำหนดชนิดพันธุ์ของลิงเซียวไว้ใน มติคณะรัฐมนตรีฯ ดังกล่าวด้วย โดยให้มีการกำหนดไว้ในทะเบียนรายการที่ 3 เนื่องจากลิงเซียวเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ที่ไม่รุกรานในประเทศไทย แต่เคยมีประวัติการรุกรานในประเทศอื่น คือ กลุ่มประเทศหมู่เกาะ ทะเลแคริบเบียนที่ลิงเซียวมีประวัติการรุกรานพื้นที่ทางการเกษตรและสร้างความเสียหายต่อ ทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อประเทศไทยปรากฏลิงเซียวซึ่งเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่เข้ามาปะปน ในระบบทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแล้ว จึงควรมีกำหนดชนิดพันธุ์ที่จะต้องจัดการ ให้อยู่ในกรอบนโยบายการจัดการอย่างชัดเจน ดังนั้น จึงเสนอให้มีการนำชนิดพันธุ์ของลิงเซียว เข้าสู่ระบบนโยบายการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น จะทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีอำนาจสามารถ ดำเนินการจัดการลิงเซียวตามกรอบนโยบายดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมต่อไป

4.1.2 การประเมินความเสี่ยงของลิงเซียวและกำหนดลำดับความเสี่ยงในระบบรายการ ทะเบียน

จากการศึกษา การส่งเสริมแนวทางให้มีการกำหนดชนิดพันธุ์ของลิงเซียวเข้าสู่กรอบ นโยบายของมติคณะรัฐมนตรีฯ ให้ชัดเจน เพื่อทำให้เกิดการประเมินความเสี่ยงของลิงเซียว ในประเทศไทยได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ทำให้สามารถกำหนดลำดับความเสี่ยงในระบบทะเบียน และแนวทางการจัดการได้อย่างชัดเจน จึงเสนอให้มีการจัดลำดับความเสี่ยงของลิงเซียว ในระบบทะเบียนรายการที่ 3 ของมติคณะรัฐมนตรีฯ เพราะประโยชน์ของการบรรจุลิงเซียวเข้าสู่

⁵⁰ Galat and Galat-Luong, *Chlorocebus Sabaeus*, 274.

ทะเบียนรายการตั้งที่กล่าวมานี้ สามารถเปิดโอกาสและส่งเสริมลิงเชียงให้ประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจและโอกาสทางเทคโนโลยีวิทยาศาสตร์สุขภาพของประเทศไทยได้ เนื่องจากลิงเชียงเป็นสัตว์ที่มีศักยภาพในการส่งเสริมเศรษฐกิจสูง โดยจากการศึกษาพบว่า ลิงเชียงมีประโยชน์ในการวิจัยและสร้างความรู้ทางวิทยาศาสตร์สุขภาพซึ่งในปัจจุบันโลกกำลังเผชิญกับความท้าทายของโรคระบาด เช่น โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคติดเชื้อไวรัสซิกา จากการศึกษาทดลองโดยนักวิทยาศาสตร์ พบว่า ลิงเชียงสามารถใช้เป็นสัตว์ต้นแบบในการทดลองนวัตกรรมทางการแพทย์ที่มีประสิทธิภาพสูง การเปิดโอกาสและส่งเสริมประโยชน์ดังกล่าวอาจทำให้ประเทศไทยได้ผลประโยชน์ทั้งในเชิงเศรษฐกิจและทางเทคโนโลยี เช่นเดียวกับกรณีของกลุ่มประเทศหมู่เกาะทะเลแคริบเบียน ที่แม้ลิงเชียงจะมีสถานะเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกราน แต่ก็สามารถจัดว่าลิงเชียงเป็นสัตว์เศรษฐกิจที่สร้างรายได้ของประเทศได้เป็นอย่างดี ดังนั้น การบรรจุลิงเชียงลงไปในนโยบาย พร้อมทั้งกำหนดมาตรการเพื่อประเมินความเสี่ยงของลิงเชียงในระบบรายการทะเบียนชนิดพันธุ์ต่างถิ่น จะทำให้ลิงเชียงได้รับการจัดการที่เหมาะสม ไม่ถูกละเลยจากหน่วยงานที่มีอำนาจจัดการอีกต่อไป

4.1.3 การจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเชียงในประเทศไทย

จากการศึกษา มติคณะรัฐมนตรีฯ กำหนดมาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น เป็นนโยบายที่เน้นไปที่การจัดการต่อชนิดพันธุ์เป็นส่วนใหญ่ ไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยด้วย ซึ่งจากปัญหาที่กล่าวมาพบว่า พื้นที่ที่ลิงเชียงอยู่อาศัยในปัจจุบันเป็นพื้นที่ชุมชนเมืองในกรุงเทพมหานคร นโยบายที่จะนำมาใช้วางแผนการจัดการอาจจะต้องคำนึงถึงคนในพื้นที่ที่จะกำหนดให้พื้นที่ใดเป็นพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเชียง

จากการศึกษาพบว่า ปัจจัยทางระบบนิเวศสังคมวัฒนธรรม (Socioecology) กรณศึกษาของลิงเชียงในฐานะชนิดพันธุ์ต่างถิ่นในสหรัฐอเมริกา แม้ลิงเชียงจะสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้กับประชาชน แต่เมื่อมีการแสดงความคิดเห็นต่อแนวคิดการเคลื่อนย้ายลิงเชียงออกจากพื้นที่หนึ่งไปยังพื้นที่อื่น ผลสำรวจความคิดเห็นของประชาชนในพื้นที่กลับแสดงให้เห็นว่าประชาชนยังสนับสนุนให้ลิงเชียงอาศัยอยู่ในพื้นที่อาศัยเดิม และมีการเรียกร้องให้เกิดการออก

กฎหมายคุ้มครองลิงเซียของรัฐด้วย⁵¹ แสดงให้เห็นว่าปัจจัยทางระบบนิเวศสังคมวัฒนธรรมเป็นส่วนหนึ่งของการออกมาตรการทางกฎหมายเช่นกัน

กรณีของประเทศไทย ลิงเซียอยู่อาศัยมากระยะหนึ่งจนได้เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมในพื้นที่มา ข้อมูลภาคสนามแสดงให้เห็นว่าลิงเซียมีความผูกพันกับประชาชนในพื้นที่อยู่ไม่น้อย อีกทั้งยังเป็นสัตว์ที่ถูกเชื่อมโยงกับความเชื่อทางศาสนา ซึ่งการจะกำหนดแนวทางการจัดการจึงอาจต้องใช้ความร่วมมือระหว่างประชาชนในพื้นที่ใกล้เคียง ภาคเอกชน และหน่วยงานของรัฐในการเข้าร่วมการกำหนดแนวทางการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเซีย โดยจำเป็นต้องสร้างความรู้ความเข้าใจที่เกี่ยวข้องกับชนิดพันธุ์ของลิงเซียรวมถึงการจัดการลิงเซียให้ถูกต้องตรงกันในระหว่างผู้มีส่วนได้เสีย เช่น หากจะกำหนดให้ลิงเซียสามารถอยู่อาศัยได้ในพื้นที่เดิมหรือนำไปสู่พื้นที่อยู่อาศัยใหม่ อาจต้องกำหนดรูปแบบของการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมากำหนดนโยบายก่อนนำกรอบนโยบายนั้นไปสร้างมาตรการทางด้านกฎหมายในสอดคล้องกันต่อไป

4.2 ด้านกฎหมาย

4.2.1 การกำหนดให้มีกฎหมายกลางในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นโดยตรง มาตรการทางกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับกรณีการป้องกัน ควบคุม จัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นต่างกระจัดกระจายไปตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน⁵² โดยมาตรการส่วนใหญ่จะเน้นการห้ามนำเข้า นำผ่านซึ่งชนิดพันธุ์ต่างถิ่น การห้ามเพาะพันธุ์ และการครอบครอง โดยไม่ได้รับอนุญาต รวมถึงการป้องกันโรคระบาดจากชนิดพันธุ์ต่างถิ่น⁵³ ดังนั้น เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ของลิงเซียกับกฎหมายในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นให้สถานะทางกฎหมายของลิงเซียเป็นสัตว์ป่าที่ได้รับการคุ้มครองและควบคุมตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 โดยกำหนดให้ลิงเซียอยู่ในความหมายของ “สัตว์ป่าควบคุม ซึ่งหมายถึง สัตว์ป่าที่ได้รับ

⁵¹ Williams, Deborah M., *An Introduced Primate Species, *Chlorocebus sabaeus*, in Dania Beach, Florida: Investigating Origins, Demographics, and Anthropogenic Implications of an Established Population*, pp. 60-62.

⁵² อานาจ วงศ์บัณฑิต, *กฎหมายสิ่งแวดล้อม*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557).

⁵³ เรื่องเดียวกัน

ความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ และสัตว์ป่าอื่นที่ต้องมีมาตรการควบคุมที่เหมาะสม”⁵⁴ ตามปรากฏชนิดพันธุ์ของลิงเซียว ในประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดให้สัตว์บางชนิดเป็นสัตว์ป่า ควบคุม พ.ศ. 2565 ที่ออกตามความในมาตรา 9 ลำดับ 251 สิ่งมีชีวิตทุกชนิดในอันดับไพรเมท⁵⁵

แต่อย่างไรก็ดี มาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับลิงเซียวเป็นมาตรการในการห้ามนำเข้าหรือนำผ่านมาในประเทศไทยเท่านั้น แต่ไม่ปรากฏถึงขนาดการจัดการลิงเซียวที่ปรากฏอยู่มาก่อนแล้วในพื้นที่ประเทศไทย อาจเพราะลิงเซียวไม่ใช่สัตว์ที่มีเจ้าของจึงทำให้ไม่สามารถนำมาจัดการในเรื่องการแจ้งการครอบครองมาใช้บังคับได้

นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ยังมีวัตถุประสงค์ที่เน้นไปที่การคุ้มครองป้องกันสัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ ไม่ได้มีการกำหนดมาตรการจัดการในกรณีของชนิดพันธุ์ต่างถิ่นไว้ด้วย การบังคับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวกับการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นจึงอาจไม่มีประสิทธิภาพมากนัก

ดังนั้น จึงเสนอให้ประเทศไทยควรมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นโดยตรง ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเพื่อใช้บังคับกับกรณีของการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นให้ครอบคลุมต่อการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นทุกสายพันธุ์ ซึ่งหมายความรวมถึงลิงเซียวในฐานะชนิดพันธุ์ต่างถิ่นด้วย ซึ่งได้เสนอแนะไว้ในหัวข้อที่ 4.2.2 และ 4.2.3

4.2.2 กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการประเมินความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมของชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกรานต่อชนิดพันธุ์พื้นเมือง: กรณีลิงเซียว

เนื่องจากประเทศไทยให้ความสำคัญไปที่การจัดการ ควบคุม ป้องกันชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่รุกรานเป็นส่วนใหญ่ ทำให้ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกรานอาจถูกละเลยการประเมินความเสี่ยงต่อระบบทรัพยากรธรรมชาติพื้นเมือง

ลิงเซียวเป็นชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกรานที่เพิ่งมีการค้นพบในประเทศไทย แม้จากการศึกษาจะพบว่าไม่มีการรุกรานต่อทรัพยากรธรรมชาติและชนิดพันธุ์พื้นเมือง แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาจจำเป็นต้องมีมาตรการประเมินผลกระทบต่อทรัพยากร

⁵⁴ โปรดดู มาตรา 4 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

⁵⁵ โปรดดู มาตรา 9 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจากชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกรานด้วย⁵⁶ เช่น การกำหนดมาตรการให้มีการสำรวจชนิดพันธุ์ต่างถิ่นทุก ๆ 5 ปี และมาตรการประเมินความเสี่ยงของแต่ละชนิดพันธุ์เพื่อกำหนดมาตรการในการจัดการต่อไป ดังนั้น แนวทางในการจัดการลิงเขียวในประเทศไทยจึงต้องอยู่ภายใต้การประเมินผลกระทบต่อทรัพยากรและชนิดพันธุ์พื้นเมืองทุก ๆ 5 ปี เพื่อประโยชน์ต่อการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วย ซึ่งอาจจะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมให้มีความร่วมมือจากผู้เชี่ยวชาญเข้ามาร่วมดำเนินการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น กล่าวคือ ในกรณีของลิงเขียว อาจใช้นักวิชาการด้านไพรเมทวิทยา มาร่วมประเมินความเสี่ยง และสามารถนำเสนอความคิดเห็นหรือเสนอรายงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

4.2.3 มาตรการทางกฎหมายในการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียว

จากการศึกษา ลิงเขียวที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย พบว่าที่อยู่อาศัยของลิงเขียวเป็นพื้นที่เชิงพาณิชย์ของเอกชน ติดกับชุมชนเมืองเพราะเนื่องจากอยู่ในเขตพื้นที่ของกรุงเทพมหานคร ความไม่เหมาะสมของพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวในปัจจุบันจึงถือเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องแก้ไขโดยเร็ว เนื่องจากพื้นที่ดังกล่าวมีโอกาสถูกพัฒนาไปเป็นโครงการอสังหาริมทรัพย์ขนาดใหญ่ได้ในอนาคต ส่งผลทำให้ลิงเขียวอาจถูกเคลื่อนย้ายไปในพื้นที่อื่นที่ไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของลิงเขียวได้ในแบบพื้นที่อาศัยปัจจุบัน

จากปัญหาดังกล่าว จึงต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวในประเทศไทยให้เหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยบังคับใช้กฎหมายเพื่ออาศัยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเข้าดำเนินการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวในประเทศไทย จึงเสนอให้มีมาตรการทางกฎหมายในการจัดการที่อยู่ออาศัยของชนิดพันธุ์ต่างถิ่น เช่น มาตรการการเคลื่อนย้ายที่อยู่ใหม่ มาตรการการจำกัดบริเวณ หรือมาตรการการกักขังชนิดพันธุ์ต่างถิ่นนั้นโดยหน่วยงานที่มีอำนาจจัดการ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวจากการนำมาตรการทางกฎหมายในการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของชนิดพันธุ์ต่างถิ่นมาใช้กับการจัดการลิงเขียว ความเป็นไปได้ของการจัดการพื้นที่อยู่อาศัยของลิงเขียวสามารถกระทำได้ ดังนี้ (1) กำหนดให้ลิงเขียวอยู่อาศัยในพื้นที่เดิม (2) กำหนดให้มีการจัดการเคลื่อนย้ายลิงเขียวไปในพื้นที่ใหม่ โดยจากการศึกษา

⁵⁶ อำนาจ วงศ์บัณฑิต, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, หน้า 107-118.

ซึ่งไม่ว่าจะกำหนดให้ลิงเซียสามารถอาศัยอยู่ในพื้นที่เดิมหรือต้องกำหนดที่อยู่ให้ลิงเซียใหม่ อาจจะต้องคำนึงถึงข้อจำกัดของการจัดการด้วย เช่น ความรู้เกี่ยวกับการดำรงอยู่ของสายพันธุ์ งบประมาณในการจัดการ ความเหมาะสมของพื้นที่ รวมทั้งปัจจัยทางด้านทัศนคติ ความเชื่อ และความศรัทธาของคนในชุมชนที่ลิงเซียอยู่อาศัยมาก่อนด้วย จึงต้องมีการกำหนดให้มี มาตรการทางกฎหมายในการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียจากการกำหนดพื้นที่อยู่อาศัย ของชนิดพันธุ์ต่างถิ่นด้วยเพื่อไม่ก่อให้เกิดปัญหาจากการดำเนินงานของหน่วยงานตามกฎหมาย ในการจัดการพื้นที่สำหรับลิงเซีย อันอาจนำมาซึ่งความขัดแย้งกันทางด้านความคิดของผู้มี ส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง

5. บทส่งท้าย

จากการศึกษาที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการ ชนิดพันธุ์ต่างถิ่นโดยเฉพาะ การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นอาศัยมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561 เรื่องมาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ซึ่งเป็นเพียง แนวนโยบายของการจัดการมาใช้บังคับและอาศัยการนำกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่งมี วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสัตว์ป่าโดยรวมมาใช้บังคับเฉพาะกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นเป็นรายกรณี และส่วนใหญ่ มาตรการต่าง ๆ ที่นำมาใช้ พบว่า มุ่งเน้นเพียงการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ประเภทที่รุกรานต่อทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น ทำให้การจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่ไม่รุกราน มักถูกละเลย หรือหากมีการจัดการ ก็เป็นการจัดการที่ขาดความรู้ ความเข้าใจต่อชนิดพันธุ์นั้น เช่น กรณีของลิงเซียที่ไม่ได้รับการจัดการอย่างเหมาะสมถูกต้องตามหลักวิชาการ ส่งผลให้เกิด ปัญหาต่อสวัสดิภาพของสัตว์ การจัดการที่ไม่ถูกต้องอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดความเสียหายในอนาคตได้ นอกจากนี้ มาตรการการจัดการ ที่ไม่เหมาะสมกับชนิดพันธุ์ดังกล่าวยังเป็นการปิดโอกาสการส่งเสริมให้มีการศึกษาชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ที่ไม่รุกรานที่มีศักยภาพทางเศรษฐกิจอีกด้วย

ดังนั้น หากประเทศไทยสามารถมีกฎหมายที่ใช้บังคับในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น ได้โดยตรง และสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของแต่ละชนิดพันธุ์ได้ จะส่งผลให้การคุ้มครอง ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อีกทั้งมาตรการทาง กฎหมายที่เหมาะสมจะเป็นเครื่องมือในการขยายเปิดโอกาสให้มีการศึกษาและจัดการชนิดพันธุ์ ต่างถิ่นชนิดอื่น ๆ ที่อาจจะยังไม่เป็นที่รู้จักในประเทศได้อีกทางหนึ่งด้วย

6. คำประกาศเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน

คณะผู้เขียนขอรับรองว่า บทความชิ้นนี้เขียนขึ้นเพื่อประโยชน์ทางวิชาการแต่เพียงประการเดียวเท่านั้น มิได้มีเจตนาพาดพิงที่จะทำให้อุบัติคุณ หน่วยงาน องค์กรใดของภาครัฐและเอกชนได้รับความเสียหายแต่ประการใดทั้งสิ้น

บรรณานุกรม

- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายสิ่งแวดล้อมเปรียบเทียบ**, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและหนังสือเรียนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).
- ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดให้สัตว์ป่าบางชนิดเป็นสัตว์ป่าควบคุม พ.ศ. 2565 ใน ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 139 ตอนพิเศษ 235 ง (2565).
- พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558 ใน ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 132 (2558).
- พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ใน ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 136 (2562).
- สำนักนโยบายและแผนธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, **มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561 เรื่อง มาตรการป้องกัน ควบคุม และกำจัดชนิดพันธุ์ต่างถิ่น**, (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2561).
- สุรศักดิ์ ใจกล้า, **มาตรการทางกฎหมายในการจัดการชนิดพันธุ์ต่างถิ่น**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563).
- อำนาจ วงศ์บัณฑิต, **กฎหมายสิ่งแวดล้อม**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557).
- Arremit, W. and Phaepilin, A., **Thailand's Legal Challenge on the Threat of *Felis catus* to Natural Resources in The 12th Trans-Pacific International Conference (TPIC): Connectivity and Social Changes in the Trans-Pacific Region**, (Busan: Pukyong National University, 2022).
- Boulton, A. M., J. A. Horrocks, and Jean Baulu, **The Barbados Vervet Monkey (*Cercopithecus aethiops sabaues*): Changes in Population Size and Crop Damage**, International Journal of Primatology, Volume 17 Issue 5 (October 1996).
- CBD, **The Conservation on Biological Diversity** [Online], Source: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf%0A%0A>

- Denham, Woodrow W., **West Indian Green Monkeys: Problems in Historical Biogeography** in **Contributions to Primatology**, Vol 24, Edited by Frederick S. Szalay, (Bazel: Karger, 1987).

- Dore, Kerry M., **An Anthropological Investigation of the Dynamic Humanvervet Monkey (*Chlorocebus aethiops sabaesus*) Interface in St. Kitts, West Indies**, (Ph.D. Dissertation, Department of Anthropology, University of Wisconsin-Milwaukee, 2013).

- Galat, Gérard and Anh Galat-Luong, ***Chlorocebus sabaesus* In Mammals of Africa (Vol. II: Primates)**, Edited by T. Butynski, J. Kingdon, and J. Kalina, (London: Bloomsbury Publishing, 2013).

- Gonedelé Bi and others, ***Chlorocebus sabaesus***, (The IUCN Red List of Threatened Species, 2020).

- Hartman and others, **SARS-CoV-2 Infection of African Green Monkeys Results in Mild Respiratory Disease Discernible by PET/CT Imaging and Shedding of Infectious Virus from Both Respiratory and Gastrointestinal Tracts**, PLoS Pathogens, Volume 16 Issue 9 (September 2020).

- Johnston and others, **Detailed Analysis of the African Green Monkey Model of Nipah Virus Disease**, PLoS ONE, Volume 10 Issue 2 (February 2015).

- Lo and others, **Remdesivir (GS-5734) Protects African Green Monkeys from Nipah Virus Challenge**, Science Translational Medicine, Volume 11 Issue 494 (May 2019).

- Malaivijitnond, Suchinda, **Primate (Macaque) Research and Me in Primates Studies**, Edited by Suddan Wisudthiluck and Worrawit Boonthai, (Bangkok: O.S. Printing House, 2021).

- McGuire, Michael T., **The History of the St. Kitts Vervet**, Caribbean Quarterly, Volume 20 Issue 2 (1974).

- Meyerson, Laura A., and Jamie K. Reaser, **Bioinvasions, Bioterrorism, and Biosecurity**, *Frontiers in Ecology and the Environment*, Volume 1 Issue 6 (August 2003).

- Motzel and others, **Diagnosis of Tuberculosis in Nonhuman Primates**, in **International Perspectives: The Future of Nonhuman Primate Resources**, (Washington (DC): National Academies Press, 2003).

- Muehlenbein and others, **Travel Medicine Meets Conservation Medicine in St. Kitts: Disinhibition, Cognitive-Affective Inconsistency, and Disease Risk among Vacationers around Green Monkeys (*Chlorocebus sabaesus*)**, *American Journal of Primatology*, Volume 84 Issue 4-5 (May 2022).

- Poirier, F. E., **The St. Kitts Green Monkey (*Cercopithecus aethiops sabaesus*): Ecology, Population Dynamics, and Selected Behavioral Traits**, *Folia Primatologica*, Volume 17 Issue 1-2 (December 1972).

- Springer, J., **Best Practices in Green Monkey Deterrence: A Manual for Farmers in Barbados**, (Barbados, The Ministry of Environment and National Beautification, 2020).

- Williams, Deborah M., **An Introduced Primate Species, *Chlorocebus sabaesus*, in Dania Beach, Florida: Investigating Origins, Demographics, and Anthropogenic Implications of an Established Population**, (Ph.D. Dissertation, Department of Biological Sciences, Florida Atlantic University, 2019).

- Woolsey and others, **Establishment of an African Green Monkey Model for COVID-19** [Online], Source: <https://doi.org/10.1101/2020.05.17.100289>

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

อนาคตของนักกฎหมาย:

อะไรคือสิ่งที่นักศึกษากฎหมายอาจต้องเผชิญในโลกของ AI

The Future of Lawyers:

What Law Students May Confront in the AI World?

ภรณี เกราะแก้ว*

ผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนครศรีธรรมราช สำนักงานศาลยุติธรรม

Poranee Krawkeo

Judge of the Nakhon Si Thammarat Juvenile and Family Court of Justice

วันที่รับบทความ 11 มิถุนายน 2566; วันที่แก้ไขบทความ 27 มิถุนายน 2566; วันที่ตอบรับบทความ 28 มิถุนายน 2566

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; อีเมลติดต่อ k.poraneelaw1994@gmail.com

บทคัดย่อ

ก่อนการถือกำเนิดของปัญญาประดิษฐ์ งานกฎหมายนับว่าเป็นวิชาชีพที่ต้องใช้ความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะทางจึงมีโอกาสถูกแย่งงานจากมนุษย์ด้วยกันที่ไม่ได้เรียนจบกฎหมายได้ยาก ต่อมาด้วยวิวัฒนาการของเทคโนโลยีทำให้ปัญญาประดิษฐ์ถือกำเนิด ทั้งยังพัฒนาอย่างก้าวกระโดดจนทำให้ปัญญาประดิษฐ์เปลี่ยนสถานะจากอุปกรณ์ที่เป็น “เครื่องช่วยอำนวยความสะดวก” มาเป็นอุปกรณ์ที่ทำงาน “แทนมนุษย์” ได้และอาจทำได้ดีกว่ามนุษย์ในหลายด้าน ทำให้เกิดความกังวลว่ามนุษย์อาจถูกเทคโนโลยีอย่างปัญญาประดิษฐ์แทนที่ อย่างไรก็ตามหนึ่งในอาชีพที่เคยมีการวิเคราะห์ไว้ว่าจะถูกเทคโนโลยีแทนที่ได้ยากคือ “นักกฎหมาย” ซึ่งอาจก่อให้เกิดความนิ่งนอนใจ มองข้ามและประเมินประสิทธิภาพปัญญาประดิษฐ์ของนักกฎหมายต่ำเกินไปไม่ว่าจะเป็นนักศึกษากฎหมาย ทนายความหรือแม้กระทั่งผู้ใช้กฎหมายอย่างผู้พิพากษาว่าสมองกลหรือจะสู่มองนักกฎหมายในเมื่อกฎหมายมีความซับซ้อน มีจิตวิญญาณ จริยธรรมหรือคุณธรรมทางกฎหมายบางประการที่มนุษย์ด้วยกันเท่านั้นถึงจะเข้าใจจึงอาจทำให้นักกฎหมายประเมินประสิทธิภาพปัญญาประดิษฐ์ในระยะยาวต่ำเกินไป บทความนี้ได้รวบรวมข้อสังเกตที่ผู้เขียนเห็นว่ามีประโยชน์และเกี่ยวข้องโดยเฉพาะกับ “นักศึกษากฎหมาย” ที่กำลังจะก้าวเข้าสู่ตลาดแรงงานที่คู่ต่อสู้อาจไม่ได้มีแค่นักศึกษากฎหมายจากมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ที่เป็นมนุษย์ด้วยกันแต่อาจเป็นนักกฎหมายปัญญาประดิษฐ์ในอนาคต

คำสำคัญ: ปัญญาประดิษฐ์; ยุคของปัญญาประดิษฐ์; นักกฎหมาย; การศึกษากฎหมายในประเทศไทย

Abstract

Before the arrival of Artificial Intelligence (AI), legal work was the profession that required specific knowledge and expertise. Consequently, those with no legal background could not easily take away the work. Due to rapid technological development, the age of AI has begun with dramatically strengthened advances. From being a “facilitating tool” for humans, it has become a “human replacing tool.” As AI could work even more efficiently than humans in many fields, therefore a big concern is that human jobs could possibly be replaced by AI. Nonetheless, one of the jobs such as “a lawyer” is viewed as unlikely to be replaced by the new technology. Henceforth, a lawyer, be they law students, lawyers, or even judges, apparently underestimated and overlooked AI. They envisage that AI can never compete with the human brain as the law has such complexity, spirit, ethics, and a legal code of conduct that only humans can fully comprehend. This may lead lawyers to underestimate AI in the long run. This article has compiled the remarks that the author views as beneficial and specifically relevant to “law students” who are about to step into the labor market and whose potential competitors may not be restricted only to fellow human law students from various universities but also AI in the future as well.

Keywords: Artificial Intelligence; The Age of AI; Lawyers; Legal Education in Thailand

1. บทนำ

บทความฉบับนี้เกิดขึ้นจากการที่ผู้เขียนได้อ่านงานเขียนชิ้นหนึ่งเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence: AI)¹ กับวงการกฎหมายชื่อเรื่องว่า “AI Tools for Lawyers: A Practical Guide” โดย Daniel Schwarcz & Jonathan H. Choi ให้คำแนะนำแก่นักกฎหมายและนักศึกษากฎหมายเกี่ยวกับวิธีการใช้ AI อย่างมีประสิทธิภาพในงานกฎหมาย หลังจากนั้นหน้าจอคอมพิวเตอร์และโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้เขียนก็ถูกอัลกอริทึม (algorithm) ที่อยู่ในเว็บไซต์ต่าง ๆ คัดเลือกและนำเสนอเรื่องราวเกี่ยวกับ AI กับวงการกฎหมายมาให้อ่านมากมายส่วนใหญ่เป็นบทความหรือข่าวภาษาต่างประเทศ ในทางกลับกันในประเทศไทยอาจมีงานเขียนเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวค่อนข้างจำกัดและยังไม่ถูกหยิบยกมาพูดถึงอย่างแพร่หลายกันในวงกว้าง ผู้เขียนจึงตั้งใจหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาเพื่อให้เกิดการตระหนักถึงประสิทธิภาพและผลกระทบของ AI กับวงการกฎหมายประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่อาจจะได้รับผลกระทบในอนาคตจากการที่ AI เริ่มคืบคลานเข้ามาในวงการกฎหมายก็คือ “นักศึกษากฎหมาย” โดยผู้เขียนได้รวบรวมประเด็นและข้อสังเกตที่น่าสนใจเกี่ยวกับ AI กับวงการกฎหมายและได้แบ่งออกเป็น 4 หัวข้อ คือ 2. AI คืออะไร 3. AI กับวงการกฎหมาย 4. นักศึกษากฎหมายในอนาคตควรเป็นอย่างไร และ 5. บทส่งท้าย เพื่อให้ นักศึกษากฎหมายตลอดจนนักกฎหมายได้ตระหนักถึงความสำคัญและคาดการณ์ไปยังอนาคตอันใกล้ที่ว่า อะไรคือสิ่งที่นักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายอาจต้องเผชิญในโลกของ AI ตลอดจนถึงข้อสังเกตว่าการเรียนการสอนกฎหมายในปัจจุบันจะสามารถนำพาให้เราอยู่รอดหรือเอาชนะ AI ได้ในอนาคตอันใกล้หรือไม่อย่างไร

2. AI คืออะไร

ก่อนจะกล่าวถึงปัญญาประดิษฐ์กับวงการกฎหมายนั้นจำเป็นที่ผู้อ่านจะต้องทราบเบื้องต้นก่อนกว่า AI คืออะไร และสามารถแบ่งได้ออกเป็นกี่ประเภท

AI คือ ความสามารถของเครื่องจักรในการทำหน้าที่รับรู้ที่เชื่อมโยงกับจิตใจของมนุษย์ เช่น การรับรู้ การให้เหตุผล การเรียนรู้ การโต้ตอบ การแก้ปัญหาและการใช้ความคิดสร้างสรรค์²

¹ ซึ่งต่อไปในบทความฉบับนี้จะเรียกสั้น ๆ ว่า “AI”

² McKinsey & Company, ‘What is AI?’ [Online], 10 May 2023. Source: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/mckinsey-explainers/what-is-ai#/>

AI สามารถแบ่งออกได้เป็นหลายประเภทโดยใช้เกณฑ์แบ่งแยกต่างหาก เช่น AI ประเภทที่มีรูปร่างหรือหุ่นยนต์ กับ AI ประเภทที่ไม่มีรูปร่าง เช่น ระบบปฏิบัติการ³ หรือการแบ่งตามความสามารถของ AI ได้แก่

(1) **Artificial Narrow Intelligence: ANI** คือ AI ที่สามารถทำงานอัตโนมัติในระดับเบื้องต้น⁴ เช่น การโต้ตอบคำถามสั้น ๆ เช่น ระบบสั่งการด้วยเสียงอย่าง Siri การตรวจสอบอัตลักษณ์อย่าง Face ID หรือโปรแกรมเล่นเกมกระดานหมากล้อมอย่าง Alpha Go ของบริษัท DeepMind⁵ ที่เคยสร้างความประหลาดใจไปทั่วโลกด้วยการเอาชนะสมองมนุษย์ในการแข่งเกมโกะ⁶ เป็นต้น

(2) **Artificial General Intelligence: AGI** คือ AI ที่สามารถคิดเป็นเหตุเป็นผลวางแผน เรียนรู้ได้จากประสบการณ์⁷ เช่น รถยนต์ไร้คนขับ หุ่นยนต์โรบอต โปรแกรมโต้ตอบบทสนทนาที่รู้จักกันในชื่อ “แชทบอท” อย่าง ChatGPT ที่มีใช้เพียงโต้ตอบบทสนทนาในชีวิตประจำวันสั้น ๆ แต่ยังสามารถเขียนเพลง บทภาพยนตร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้⁸ นอกจากนี้เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2566 Imran Chaudhri⁹ อดีตพนักงานของบริษัท Apple ที่ทำงานให้กับบริษัท Apple มากกว่า 22 ปี และอยู่เบื้องหลังผลิตภัณฑ์ของ Apple มากมาย

³ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *กฎหมายกับปัญญาประดิษฐ์*, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561), หน้า 499.

⁴ เรื่องเดียวกัน

⁵ Lawtomated, ‘AI for Legal: ANI, AGI and ASI’ [Online], 10 May 2023. Source: <https://lawtomated.medium.com/ai-for-legal-ani-agi-and-asi-cea6e7a4079e>

⁶ ปิยพร อรุณเกรียงไกร, ‘พลิกถ้อย Google คอนเฟิร์ม AlphaGo คือ AI ปริศนาในโลกออนไลน์ที่ชนะเซียนหมากล้อมระดับโลก 60 เกมรวด!’ [ออนไลน์], 13 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://themomentum.co/successful-innovation-alphago-2017/>

⁷ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *กฎหมายกับปัญญาประดิษฐ์*, หน้า 499.

⁸ Yana Khare, ‘Artificial General Intelligence: Definition, Scope, and ChatGPT as an Early AGI’ [Online], 10 May 2023. Source: <https://www.analyticsvidhya.com/blog/2023/04/artificial-general-intelligence-definition-scope-and-chatgpt-as-an-early-agi/>

⁹ ผู้ก่อตั้งและเจ้าของบริษัท Humane

เช่น Mac, iPod, iPad และ Apple Watch ได้ออกมาพูดในเวที Ted Talk¹⁰ และนำเสนอตัวอย่าง “เทคโนโลยีล่องหน” (invisible devices) คาดการณ์ว่าจะมีการเปิดตัวในปี 2566 เทคโนโลยีล่องหนดังกล่าวสามารถมองเห็น ได้ยิน และมีปฏิสัมพันธ์กับโลกแห่งความเป็นจริงในลักษณะเดียวกับที่มนุษย์ทำ เช่น ระหว่างพูด Chaudhri ได้หยิบช็อกโกแลตขึ้นมาจากระเป๋ากางเกงของเขาแล้วถาม AI ว่า “ฉันจะกินมันได้ไหม” AI ตอบว่า “ช็อกโกแลตแห่งนี้มีส่วนประกอบของเนยและโกโก้ อาจก่อให้เกิดอาการแพ้ ให้หลีกเลี่ยง” ยิ่งแสดงให้เห็นถึงความสามารถของ AI ที่เพิ่มมากขึ้นและค่อย ๆ คืบคลานผสมรวมเข้ากับชีวิตของมนุษย์¹¹

(3) **Artificial Superintelligence: ASI** คือ AI ที่สามารถคิดเชิงนามธรรมได้ เรียนรู้และตัดสินใจได้เองโดยอิสระเหนือการควบคุม¹² ซึ่งเป็นเพียงทฤษฎีจึงไม่มีตัวอย่างจริงในปัจจุบัน คงมีเพียงตัวอย่างจากนิยายวิทยาศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงความสามารถของ ASI อย่างหุ่นยนต์ของ R2-D2¹³ ในภาพยนตร์สตาร์วอร์ส¹⁴ หรือ หุ่นยนต์นักรบที่ใช้มันสมองโคลนจากมนุษย์ในภาพยนตร์เรื่อง Jung E ในปี 2566 ของสาธารณรัฐเกาหลีที่มีความคิด และตัดสินใจได้โดยอิสระ เป็นต้น



หุ่นยนต์ R2-D2 จากภาพยนตร์สตาร์วอร์สที่มีความสามารถรอบด้านตั้งแต่ซ่อมยานอวกาศตลอดจนเป็นผู้ช่วยนักบินรบ

¹⁰ TED, *The Disappearing Computer: An Exclusive Preview of Humane’s Screenless Tech* [Online], 9 May 2023. Source: <https://www.youtube.com/watch?v=gMsQQ05u7-NQ>

¹¹ Surur, *Ex-Apple Employee Reveals The Disappearing Computer: A Glimpse into a Future Where AI is Everywhere* [Online], 9 May 2023. Source: <https://www.bigtechwire.com/2023/05/09/ex-apple-employee-reveals-the-disappearing-computer-a-glimpse-into-a-future-where-ai-is-everywhere/>

¹² ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *กฎหมายกับปัญญาประดิษฐ์*, หน้า 499.

¹³ Star Wars, *R2-D2* [Online], 13 May 2023. Source: <https://www.starwars.com/data-bank/r2-d2>

¹⁴ Nick Barney, *What is artificial superintelligence (ASI)?* [Online], 13 May 2023. Source: <https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/definition/artificial-superintelligence-ASI#:~:text=Examples%20of%20ASI,the%20abilities%20of%20a%20human>

3. AI กับวงการกฎหมาย

นับเป็นเวลากว่าทศวรรษที่ความก้าวหน้าของ AI ไม่อาจทำให้นักกฎหมายเสี่ยงต่อการทำงาน¹⁵ รวมถึงก่อนการมี AI นั้นเคยมีผู้วิเคราะห์เอาไว้ว่า¹⁶ งานของนักกฎหมายนั้นเป็นงานที่เทคโนโลยีจะเข้ามาแทนที่ได้ยากมาก แม้ปัจจุบันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้ความเข้าใจและภาพจำเดิมเปลี่ยนไปเมื่อ AI สามารถทำงานหลายอย่างได้ดีกว่ามนุษย์¹⁷ แต่นักกฎหมายหลายคนยังคงเชื่อมั่นว่างานกฎหมายเป็นงานที่ไม่อาจจะถูก AI แทนที่หรือแย่งงานไปได้ แม้แต่ ChatGPT แอปพลิเคชันแชทบอตของบริษัท OpenAI ที่โด่งดังที่สุด ณ ขณะนี้ก็เคยตอบผู้ใช้งานรายหนึ่งว่า อาชีพ “ทนายความ” เป็นหนึ่งในอาชีพที่ AI ไม่สามารถแทนที่ได้ เนื่องจากกฎหมายมีความซับซ้อนและมักมีพื้นที่สีเทาที่ AI ไม่สามารถขับเคลื่อนได้หากปราศจากการแนะนำของมนุษย์¹⁸ ก็ยิ่งอาจทำให้นักกฎหมายอาจนิ่งนอนใจและประเมินผลกระทบของเทคโนโลยีในระยะยาวต่ำเกินไป ดังที่ Roy Amara นักวิทยาศาสตร์ชาวสหรัฐอเมริกาเคยกล่าวไว้ว่า “เรามักจะประเมินผลกระทบของเทคโนโลยีในระยะสั้นสูงเกินไปและประเมินผลกระทบในระยะยาวต่ำเกินไป”¹⁹ เพราะปัจจุบันได้มีการนำ AI อย่าง ChatGPT มาใช้ในอุตสาหกรรม

¹⁵ Steve Lohr, *A.I. Is Coming for Lawyers, Again* [Online], 13 May 2023. Source: <https://www.nytimes.com/2023/04/10/technology/ai-is-coming-for-lawyers-again.html>

¹⁶ Tech Talk, *AI กำลังเข้ามาทดแทนนักกฎหมาย และอาจกลายเป็นวงการแรกที่มนุษย์ทำงานร่วมกับ AI ในธุรกิจแห่งอนาคต* [ออนไลน์], 13 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.techtalkthai.com/ai-is-replacing-lawyer-in-document-analysis/> และผู้จัดการออนไลน์, *มธบ. เผยอาชีพนักกม.ติดโผอาชีพไม่ตกงาน เตรียมปั้นนักกม.รองรับธุรกิจดิจิทัล* [ออนไลน์], 13 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/smes/detail/9630000043302>

¹⁷ Kai Fu Lee and others, *AI 2041: Ten Visions for Our Future AI*, (New York: Currency, 2021), p. 344.

¹⁸ ฐานเศรษฐกิจ, *ChatGPT ตอบเอง 10 อาชีพที่ AI ทำแทนไม่ได้ พร้อมเหตุผล* [ออนไลน์], 13 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.thansettakij.com/technology/technology/558429>

¹⁹ Thevirtulab, *What is Amara’s Law and why it’s more important now than ever* [Online], 13 May 2023. Source: <https://thevirtulab.com/what-is-amaras-law/#:~:text=Roy%20Amara%20was%20an%20American,effect%20in%20the%20long%20run.%E2%80%9D>

ต่าง ๆ อย่างกว้างขวางรวมถึง “งานกฎหมาย” (legal work) แล้ว²⁰ ยิ่งไปกว่านั้น ChatGPT ถูกพัฒนาจนถึงเวอร์ชันที่ 4 หรือ GPT-4²¹ จนมีประสิทธิภาพมากกว่าเดิมอย่างก้าวกระโดด เช่น รับข้อมูลได้ทั้งภาพและตัวหนังสือ ให้ผลลัพธ์ด้วยการเขียนอธิบายภาพ จัดหมวดหมู่หรือวิเคราะห์ภาพและอธิบายภาพสำหรับผู้พิการทางสายตา²² ตลอดจนเขียนงานที่มนุษย์เคยเชื่อว่า จำเป็นจะต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์อย่างบทกวี นิยายหรือนิทานจากการป้อนข้อมูลเพียงว่า ต้องการให้ GPT-4 เขียนเรื่องราวเกี่ยวกับอะไร²³ ซึ่งใช้เวลาไม่กี่ชั่วโมง²⁴

GPT-4 ยังมีประสิทธิภาพมากพอจนกระทั่งสามารถ “ให้เหตุผลทางกฎหมายที่ซับซ้อน” ในการสอบเนติบัณฑิตมาตรฐาน (Uniform Bar Exam: UBE) ของสหรัฐอเมริกาที่ประกอบไปด้วย ข้อสอบแบบปรนัย (Multistate Bar Examination: MBE) อรรถนัย (Multistate Essay Exam: MEE) และความสามารถในการปฏิบัติงาน (Multistate Performance Test: MPT)²⁵ อีกทั้งไม่ใช่แค่สอบผ่านธรรมดา แต่ยังสามารถคะแนนได้ถึง 75 เปอร์เซนต์ สูงกว่าค่าเฉลี่ย 68 เปอร์เซนต์

²⁰ Techsauce Team, PWC เปิดตัว AI Chatbot สำหรับนักกฎหมาย เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการทำงาน [ออนไลน์], 14 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://techsauce.co/news/pwc-introduces-ai-chatbot-lawyers>

²¹ บริษัท OpenAI ได้กล่าวถึง GPT-4 ไว้ว่าการสร้าง GPT-4 ในครั้งนี้ได้ขยายการเรียนรู้เชิงลึก ยอมรับการป้อนรูปภาพและข้อความ และการแสดงผลโต้ตอบกลับด้วยข้อความที่แม้จะมีความสามารถน้อยกว่ามนุษย์ในหลาย ๆ ด้านในโลกแห่งความเป็นจริง แต่ก็แสดงประสิทธิภาพระดับมนุษย์ตามเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพและทางวิชาการต่าง ๆ อ่านต่อได้ในเว็บไซต์ OpenAI ที่ <https://openai.com/research/gpt-4>

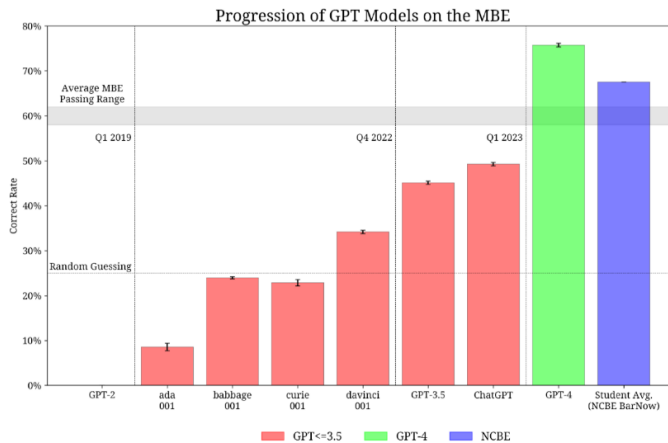
²² The Matter, เปิดตัว GPT-4 แชทบอทเวอร์ชันใหม่ ทำอะไรเพิ่มขึ้นได้บ้าง? [ออนไลน์], 14 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://thematter.co/brief/199092/199092>

²³ PPTV Online, ChatGPT บุกวงการนักเขียนนิยาย หนังสือที่เขียนโดยเอไอสุดเต็มตลาด [ออนไลน์], 14 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.pptvhd36.com/news/%E0%B9%84%E0%B8%AD%E0%B8%97%E0%B8%B5/191081>

²⁴ ต่างจากบทความฉบับนี้ที่ผู้เขียนยืนยันว่าเกิดจากความสร้างสรรค์ วิริยะอุตสาหะของผู้เขียนนานหลายชั่วโมงโดยปราศจากการใช้ GPT-4

²⁵ National Conference of Bar Examiners, About the UBE [Online], 14 May 2023. Source: <https://www.ncbex.org/exams/ube/#:~:text=The%20UBE%20is%20designed%20to,admission%20in%20other%20UBE%20jurisdictions>

และเพียงพอที่จะอยู่ในเปอร์เซ็นต์ไทล์ที่ 90²⁶ เป็นการสันนิษฐานเนื่องจากการกฎหมายแม่กระทั่งศาสตราจารย์ Daniel Martin Katz ศาสตราจารย์กฎหมายแห่งสถาบันเทคโนโลยีแห่งอิสลินอยส์ มหาวิทยาลัยชิคาโก กล่าวไว้ในบทความของเขาว่า ผลการสอบเนติบัณฑิตครั้งนี้ GPT-4 ได้แสดงให้เห็นแล้วว่าสามารถทำงานด้านกฎหมายที่ซับซ้อนได้เทียบเท่ากับหรือดีกว่ามนุษย์²⁷ ทำให้เริ่มมีการถกคิดว่า “หรือ AI จะมาแทนที่นักกฎหมายได้จริง ๆ ?”²⁸



แผนภูมิดังกล่าวสะท้อนให้เห็นประสิทธิภาพของ GPT-4

ในส่วนข้อสอบแบบปรนัย (MBE) ว่าสูงกว่าอัตราการผ่านและประสิทธิภาพของสมองมนุษย์²⁹

²⁶ Kevin Dollear, **GPT-4 Passes the Bar Exam** [Online], 14 May 2023. Source: <https://www.iit.edu/news/gpt-4-passes-bar-exam>

²⁷ Ibid.

²⁸ Niels Martin Brochner, **Will AI Replace Lawyers?** [Online], 14 May 2023. Source: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2023/05/25/will-ai-replace-lawyers/?sh=5d9128eb3124>

²⁹ Katz and others, **GPT-4 Passes the Bar Exam** [Online], 14 May 2023. Source: <https://ssrn.com/abstract=4389233> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4389233>, pp. 4-5.

4. การเรียนการสอนกฎหมายในประเทศไทยแบบเดิมอาจทำให้นักศึกษากฎหมายเสี่ยงต่อการว่างงาน

เป็นที่ยอมรับกันโดยแพร่หลายว่าภาษากฎหมายมีความซับซ้อน³⁰ การฝึกฝนทักษะในการใช้และตีความภาษาที่ซับซ้อนดังกล่าวมักต้องใช้เวลาศึกษาหลายปี³¹ อย่างไรก็ตามหนึ่งในข้อวิพากษ์วิจารณ์ระบบการเรียนการสอนตลอดจนการสอบวัดผลในการเรียนการสอนกฎหมายในประเทศไทย คือ “เน้นท่องจำ ไม่เน้นความเข้าใจ” ทำให้นักศึกษากฎหมายอาจต้องติดพันอยู่กับการท่องจำตัวบทกฎหมายและคำพิพากษากฎีกาด้วยรูปแบบการเรียนการสอนตลอดจนการสอบวัดผลทั้งในระดับปริญญาตรีและเนติบัณฑิตที่ตัวข้อสอบเอง



30 พฤษภาคม 2566.

แหล่งที่มา:

[https://www.](https://www.lexisnexis.com)

[lexisnexis.com](https://www.lexisnexis.com)

อาจไม่เอื้อต่อการวิเคราะห์และวิพากษ์ประเด็นหรือทฤษฎีทางกฎหมายมากนักทำให้เส้นของการศึกษากฎหมายถูกทำลายลง³² อีกทั้งค่านิยมในเรื่องอาชีพบางประการอย่างการสอบเพื่อเข้ารับราชการเป็นผู้พิพากษาหรือพนักงานอัยการในสังคมไทยอาจส่งผลให้สถาบันการศึกษาไม่ว่าในระดับชั้นปริญญาตรีหรือปริญญาโทตลอดจนตัวอาจารย์ผู้สอนกฎหมายอาจถูกคาดหวังไปด้วย³³ ว่า หากหลักสูตร เนื้อหา หรือวิธีการให้เหตุผลทางกฎหมายในการเรียนการสอนไม่เอื้อต่อการสอบเนติบัณฑิต ผู้พิพากษา หรือพนักงานอัยการในอนาคตอาจทำให้สถาบันการศึกษาไม่เป็นที่นิยมหรือนักศึกษาอาจรู้สึกว่าได้ไม่ได้อยากเรียน³⁴

เมื่อเทคโนโลยีก้าวเข้ามามีบทบาทในวงการกฎหมายมากขึ้น สิ่งหนึ่งที่จะต้องไม่ลืมนำจุดแข็งหรือข้อได้เปรียบของ AI คือ สมรรถนะของ AI ที่เรียกว่า “การเรียนรู้เชิงลึก” (deep learning)³⁵ ทำให้ AI สามารถประมวลผลจากคลังข้อมูลมหาศาลอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพโดยเฉพาะ

³⁰ Katz and others, GPT-4 Passes the Bar Exam, p.1.

³¹ Ibid.

³² ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วาท, คำพิพากษาศาลฎีกา META แห่งเนติบัณฑิตไทย [ออนไลน์], 30 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/meta-of-the-thai-bar/>

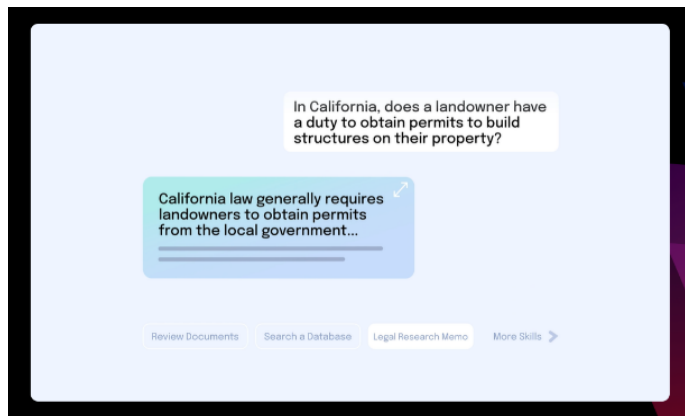
³³ เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, หัวใจสำคัญของนิติศาสตร์คือ การทำให้คนเชื่อว่ายังมีความยุติธรรมอยู่ [ออนไลน์], 29 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/law-must-survive/>

³⁴ เรื่องเดียวกัน

³⁵ หลีไคฟู และคณะ, AI 2041: 10 เรื่องเล่าเทคโนโลยี AI แห่งอนาคต, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บิงโก, ม.ป.ป.), หน้า 50.

ประสิทธิภาพเชิงปริมาณ เช่น สามารถเห็นความสัมพันธ์ที่เล็กน้อยหรือซับซ้อนเกินกว่ามนุษย์จะเข้าใจหรือไม่ทันสังเกตซึ่งจุดนี้ต้องยอมรับว่าสมองคนไม่อาจสัมผัสมองกลได้³⁶ การเรียนการสอนแบบเน้นการท่องจำตัวบทกฎหมายหรือคำพิพากษาฎีกาเพื่อประมวลผลและหาคำตอบทางกฎหมายเพียงอย่างเดียวแล้วนำมาเป็นเกณฑ์สอบวัดผลจึงไม่ต่างอะไรกับการที่สถาบันการศึกษาพยายามจะสร้างสมองคนให้ไปสู้กับสมองกลนั่นเอง

ปัจจุบันในวงการกฎหมายภาคเอกชนอย่างสำนักงานกฎหมาย (law firm) หลายแห่งได้มีการใช้ AI ในการทำงานหลายด้านตั้งแต่การค้นหาทางกฎหมาย (legal research)³⁷ เป็นผู้ช่วยทนายความ (legal assistant) ในการตรวจสอบเอกสาร วิเคราะห์สัญญา และสืบค้นกฎระเบียบและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว เช่น AI ที่ใช้ชื่อว่า “Casetext”³⁸



แผนภาพดังกล่าวแสดงตัวอย่างการใช้ Casetext ค้นหาทางกฎหมายด้วยการที่ผู้ใช้ป้อนคำถามว่า “ในรัฐแคลิฟอร์เนียเจ้าของที่ดินมีหน้าที่ต้องขออนุญาตก่อสร้างเพื่อสร้างสิ่งปลูกสร้างบนทรัพย์สินของตนหรือไม่ ?” ภายในระยะเวลาไม่กี่วินาที Casetext ตอบว่า “ตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียโดยทั่วไปแล้วเจ้าของที่ดินต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลท้องถิ่น...”³⁹

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

³⁷ Josh Kern, *AI in Law: Transforming Legal Practices* [Online], 20 May 2023. Source: <https://www.clio.com/blog/lawyer-ai/>

³⁸ ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่เว็บไซต์ Casetext <https://casetext.com/>

³⁹ Casetext, [Online], 20 May 2023. Source: <https://casetext.com/>

นอกจากนี้ยังมีการนำ AI มาใช้ทำหน้าที่แทนทนายความ เช่น แอปพลิเคชันของบริษัท DoNotPay⁴⁰ ก่อตั้งและพัฒนาโดย Joshua Browder ที่ขนานนามตัวเองว่าได้สร้าง “ทนายความหุ่นยนต์คนแรกของโลก (the world’s first robot lawyer)”⁴¹ ผ่านบริการที่ช่วยผู้บริโภคจัดการประเด็นด้านกฎหมายต่าง ๆ โดยไม่จำเป็นต้องจ้างทนายความตั้งแต่การพูดคุยสอบถามรูปคดี ให้ความเห็นทางกฎหมาย เขียนเอกสารทางกฎหมาย เช่น หนังสือมอบอำนาจ จดหมายบอกกล่าวทวงถาม ยื่นฟ้องคดีและการร้องเรียนเรื่องการเลือกปฏิบัติ⁴² นอกจากนี้แอปพลิเคชัน DoNotPay ยังสามารถทำหน้าที่เสมือนพรายกระซิบด้วยการให้คำแนะนำแก่จำเลยว่าควรพูดหรือไม่ควรพูดอะไรในศาลได้ด้วย⁴³ แอปพลิเคชันดังกล่าวได้รับการตอบเป็นอย่างมากถึงขนาดที่ Browder ได้ออกมาเขียนข้อความผ่านทวิตเตอร์ส่วนตัวของเขา⁴⁴ ว่า “ปัจจุบันได้มีการฟ้องร้องบริษัท Celsius Network⁴⁵ เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในประเด็นเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยนสกุลเงินดิจิทัล (cryptocurrency) กว่า 1,000 คดี ใน 42 รัฐ” อย่างไรก็ตามปัจจุบันบริษัท DoNotPay กำลังประสบปัญหาถูกฟ้องร้องเป็นคดีกลุ่ม (class action) โดย Jonathan Faridian ในฐานะ

⁴⁰ ให้บริการผ่านเว็บไซต์และแอปพลิเคชันบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่เว็บไซต์ DoNotPay <https://donotpay.com/>

⁴¹ Emma Roth, **DoNotPay is launching an AI chatbot that can negotiate your bills** [Online], 25 May 2023. Source: <https://www.theverge.com/2022/12/13/23505873/donot-pay-negotiate-bills-ai-chatbot>

⁴² Bharat Sharma, **Law Firm Sues 'World's First Robot Lawyer' For Not Having A Degree** [Online], 20 May 2023. Source: <https://www.indiatimes.com/technology/news/law-firm-sues-worlds-first-robot-lawyer-595686.html>

⁴³ The Matter, **ให้ AI ขับเคลื่อนความยุติธรรม หุ่นยนต์ทนายความจาก DoNotPay เตรียมสู้คดีในศาลสหรัฐฯ เป็นครั้งแรก** [ออนไลน์], 29 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://thematter.co/brief/193954/193954>

⁴⁴ Joshua Browder, **We have now initiated over 1,000 small claims lawsuits against @CelsiusNetwork in 42 States** [Online], 25 May 2023. Source: <https://twitter.com/jbrowder1/status/1538951540618063872>

⁴⁵ ผู้ให้บริการด้านการรับฝากและกู้ยืมคริปโตเคอร์เรนซี อ่านต่อได้ใน Fatman, **Celsius คืออะไร? เว็บกู้ยืมคริปโตแถวหน้า ที่กำลังถูกจับตามอง!** [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2566. แหล่งที่มา: <https://cryptosiam.com/news/what-is-celsius-network-platform>

ส่วนตัวและในฐานะตัวแทนผู้ที่ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน โดย Faridian อ้างในคำฟ้อง⁴⁶ ว่า เขาในฐานะผู้บริโภคที่ใช้แอปพลิเคชัน DoNotPay ได้ใช้บริการด้านกฎหมายในการเขียนเอกสารทางกฎหมายหลายชุด เช่น หนังสือแสดงความต้องการแรงงาน จดหมายบอกกล่าวทวงถาม การยื่นคำฟ้องหรือคำร้องต่อศาลในคดีเล็กน้อย แต่เขาก็กลับพบข้อบกพร่องต่าง ๆ เช่น DoNotPay ส่งสัญญามาที่บ้านของเขาโดยที่ยังไม่ได้ส่งสัญญาไปให้ผู้สัญญาอีกฝ่าย ไม่สามารถส่งจดหมายบอกกล่าวทวงถามไปยังผู้รับที่ต้องการ นอกจากนี้เขายังจ่ายเงินเพื่อซื้อบริการร่างสัญญาแต่ปรากฏว่าสัญญาที่ได้กลับร่างออกมาไม่ดีหรือไม่ถูกต้องจนเขาไม่สามารถใช้มันได้⁴⁷ ทำให้เขารู้สึกกังวลใจและรู้สึกว่าเป็นเรื่องที่เสี่ยงและอันตรายมากต่อผู้บริโภคและสาธารณชน อีกทั้งยังอาจชี้นำสาธารณชนไปในทางที่ผิดหรือหลอกลวงผู้บริโภคได้ เนื่องจากบริษัท DoNotPay ไม่ใช่สำนักงานกฎหมาย ไม่มีปริญญาด้านกฎหมายและไม่ได้อยู่ภายใต้การดูแลของทนายความ นอกจากนี้ในคำฟ้องยังได้อ้างถึงกรณีที่ผู้บริโภคคนหนึ่งใช้แอปพลิเคชัน DoNotPay เพื่อโต้แย้งข้อพิพาทเรื่องบัตรจอดรถ แต่กลับต้องเสียค่าปรับเพิ่มถึง 114 สหรัฐดอลลาร์ เนื่องจากแอปพลิเคชันดังกล่าวไม่ได้ตอบกลับหมายเรียก หลังจากพยายามยกเลิกบัญชีผู้บริโภคดังกล่าวยังคงถูกเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการสมัครสมาชิก⁴⁸ และขอให้ศาลมีคำสั่งยุติแอปพลิเคชัน DoNotPay⁴⁹ ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าสนใจและน่าติดตามต่อไปว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยไปในทิศทางใด⁵⁰

⁴⁶ Sara Merken, **Lawsuit pits class action firm against 'robot lawyer' DoNotPay** [Online], 20 May 2023. Source: <https://www.reuters.com/legal/lawsuit-pits-class-action-firm-against-robot-lawyer-donotpay-2023-03-09/> and Jonathan Faridian v. DoNotPay Complaint Source: <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/dwvkdzbxjpm/Faridian%20v.%20DoNotPay%20Complaint.pdf>

⁴⁷ Lauren Leffer, **DoNotPay, the 'Robot Lawyer,' Is Being Sued** [Online], 25 May 2023. Source: <https://news.yahoo.com/donotpay-robot-lawyer-being-sued-160500901.html>

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ หากผู้อ่านสนใจติดตามคดีดังกล่าวสามารถเข้าถึงข้อมูลคดีได้ที่เว็บไซต์ของศาลชั้นต้นแห่งแคลิฟอร์เนียด้วยเลขคดี (Case Number): CGC23604987 ได้ที่ <https://webapps.sftc.org/ci/CaseInfo.dll?&SessionID=6CDEEB204079D30C44B2C9608AC82C290C35D463>

ยิ่งไปกว่านั้น สำนักงานกฎหมายบางแห่ง⁵¹ ได้นำ AI ที่ใช้ชื่อว่า “Harvey AI” มาให้ ทนายความในสำนักงานใช้งาน⁵² เช่น ช่วยทนายความในการวิเคราะห์ ร่างสัญญา ตรวจสอบ สถานะของกิจการ (due diligence) สืบค้นกฎหมาย กฎหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องได้มีประสิทธิภาพ มากขึ้น เป็นต้น ซึ่งงานดังกล่าวเป็นงานที่นักศึกษาฝึกงานหรือทนายความใหม่ (junior associate) มักได้รับมอบหมายให้ฝึกปฏิบัติภายใต้การดูแลของทนายความหุ้นส่วนบริษัท (partner) ดังนั้น หากนักศึกษากฎหมายถูกฝึกฝนให้มีเพียงความรู้กฎหมายบนพื้นฐานของการท่องจำ ความสามารถ ในการสืบค้นกฎ ระเบียบ หรือคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องหรือร่างสัญญาแบบมาตรฐานทั่วไป มีความรู้ที่จำกัดอยู่แค่วิชาพื้นฐานตามหลักสูตรก็อาจไม่มีอะไรโดดเด่นไปกว่า AI และเสี่ยง ต่อการถูก AI แย่งงานได้ในอนาคตเพราะในแง่ผู้ประกอบการเมื่อคำนวณเงินเดือนซึ่งเป็นต้นทุน ในการจ้างแรงงานทนายความหนึ่งคนอาจมากกว่าการลงทุนพัฒนาหรือซื้อแอปพลิเคชัน AI มาใช้ในสำนักงานที่อาจให้ประสิทธิภาพมากกว่า ไม่ต้องทดลองงาน ทำงานได้ทุกวันโดยไม่ต้องมี วันหยุด วันลา รวมถึงทำงานล่วงเวลาได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าล่วงเวลาตามกฎหมายแรงงาน นอกจากนี้ในแง่ของประชาชนเองก็อาจมีคำถามเช่นกันว่า เหตุใดจะต้องเสียเงินจ้างทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมายในเมื่อเงินที่จ่ายให้ AI อาจถูกกว่าค่าจ้างว่าความหรือคำวิชาชีพ? นี่เป็น ตัวอย่างที่ชัดเจนว่า AI อาจแย่งงานและเงินจากนักกฎหมายได้ในอนาคต⁵³

⁵¹ Allen & Overy, **A&O announces exclusive launch partnership with Harvey** [Online], 20 May 2023. Source: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/news/aoc-announces-exclusive-launch-partnership-with-harvey>

⁵² อีกทั้ง จากการสำรวจทัศนคตินักกฎหมายในสำนักงานกฎหมายในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และแคนาดาในการใช้ ChatGPT และ AI ในงานด้านกฎหมายโดยสถาบัน Thomson Reuters ปรากฏว่า ร้อยละ 82 เชื่อว่า ChatGPT และ AI สามารถนำไปใช้กับงานด้านกฎหมายได้ ร้อยละ 51 เชื่อว่าควรใช้ ChatGPT และ AI กับงานด้านกฎหมาย สะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติที่เปลี่ยนแปลงไปต่อ AI ในวงการกฎหมาย ว่าเป็นไปในทิศทางบวกมากขึ้น อ่านต่อได้ใน Thomson Reuters, **New report on ChatGPT & generative AI in law firms shows opportunities abound, even as concerns persist** [Online], 20 May 2023. Source: <https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/technology/chatgpt-generative-ai-law-firms-2023/>

⁵³ Joe Palazzolo, **Why Hire a Lawyer? Computers Are Cheaper** [Online], 20 May 2023. Source: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303379204577472633591769336?cb=logged0.17135589593090117>

5. นักศึกษากฎหมายในอนาคตควรเป็นอย่างไร

นักวิชาการและนักกฎหมายทั่วโลกหลายท่านเชื่อว่า แม้ AI จะฉลาดมากขึ้นในอนาคตอันใกล้นี้ AI ก็ยังไม่อาจแทนที่นักกฎหมายได้ ด้วยเหตุผลที่หนักแน่นอย่างหนึ่งคือ AI ยังสร้างข้อผิดพลาดอยู่บ่อยครั้งและอาจจะ “หลอน” (hallucinate)⁵⁴ หรือเพื่อเจตนาถึงขั้นสร้างข้อมูลปลอมจนทำให้ทนายความในรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกาคนหนึ่งชื่อ Steven Schwartz เขาได้รับมอบหมายจากลูกค้าความเชื่อ Roberto Mata ให้ฟ้องคดีแพ่งเรื่องหนึ่งฐานละเมิด Schwartz ได้ใช้ GPT-4 ช่วยทำคดีดังกล่าวด้วยการสืบค้นข้อมูลและหาคำพิพากษาอ้างอิงเพื่ออ้างส่งต่อศาล แต่ Schwartz กลับถูก Mata ฟ้องกลับฐานยื่นข้อมูลเท็จ⁵⁵ เนื่องจากผู้พิพากษาในคดีพบว่าคำพิพากษาอ้างอิงที่ถูกยื่นเข้ามาในคดีไม่มีอยู่จริง⁵⁶ ต่อมา Schwartz ได้ออกมาขอโทษและยอมรับในคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร (affidavit)⁵⁷ ทำนองว่า เขาไม่เคยใช้ ChatGPT เป็นแหล่งสืบค้นข้อมูลกฎหมายมาก่อนตลอดระยะเวลา 30 ปีที่เป็นทนายความ จึงไม่ทราบว่าอาจมีความเป็นไปได้ว่าข้อมูลที่ได้อาจเป็นเท็จ คดีดังกล่าวอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแขวงสหรัฐสำหรับเขตทางตอนใต้ของนิวยอร์ก⁵⁸ ทำให้นักกฎหมายในต่างประเทศใช้ความระมัดระวังในการใช้ GPT-4 มากยิ่งขึ้นและนั่นไม่ได้หมายความว่า การนำ

⁵⁴ Daniel Schwarcz and others, **AI Tools for Lawyers: A Practical Guide** [Online], 23 April 2023. Source: <https://ssrn.com/abstract=4404017> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4404017>, p. 3.

⁵⁵ Team Techsauce, **ทนายความในนิวยอร์กโดนฟ้อง หลังใช้ ChatGPT ช่วยทำคดี แต่มันกลับให้ข้อมูลเท็จ** [ออนไลน์], 2 มิถุนายน 2566. แหล่งที่มา: https://techsauce.co/news/lawyer-made-up-case-by-ai-chatgpt-wrong-data?fbclid=IwAR0324sRTOpFwC4r754zy9dwSypUjigS7CFkzC_h2KVV0rwcscr-4ZhOAza0

⁵⁶ Ramishah Maruf, **Lawyer apologizes for fake court citations from ChatGPT** [Online], 25 May 2023. Source: <https://edition.cnn.com/2023/05/27/business/chat-gpt-avianca-mata-lawyers/index.html>

⁵⁷ Affidavit of Steven A. Schwartz [Online], 1 June 2023. Source: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.575368/gov.uscourts.nysd.575368.32.1_1.pdf

⁵⁸ Ramishah Maruf, **CNN Lawyer apologizes for fake court citations from ChatGPT** [Online], 1 June 2023. Source: <https://edition.cnn.com/2023/05/27/business/chat-gpt-avianca-mata-lawyers/index.html>

AI มาใช้ในงานกฎหมายจะต้องถูกหยุดยั้งลงตราบใดที่บริษัทด้านเทคโนโลยียังคงพัฒนาและพยายามแก้ไขจุดบกพร่องของ AI ดังนั้น เมื่อตลาดของนักกฎหมายไม่เหมือนเดิมอีกต่อไปเนื่องจากบริษัทหรือสำนักงานกฎหมายอาจไม่ได้ต้องการทนายความหรือผู้ช่วยทนายความมาทำงานในลักษณะที่เป็นงานทำซ้ำ เช่น กรอกเอกสาร งานทะเบียนเอกสาร ขอรับใบอนุญาตต่าง ๆ แพลเอกสารสัญญาและสืบค้นกฎหมาย ระเบียบ คำพิพากษาฎีกาอ้างอิง เป็นต้น เพราะต่อให้ฝึกฝนจนมีความชำนาญสามารถกรอกเอกสารได้แม่นยำ พิมพ์ไม่ผิด แพลไม่พลาด ท่องจำมาตราหรือคำพิพากษาฎีกาได้แม่นยำก็ไม่อาจสู้กับสมอง AI ที่แม่นยำและว่องไวกว่าสมองมนุษย์เป็นแน่

สิ่งที่บริษัทหรือสำนักงานกฎหมายอาจต้องการในอนาคตอันใกล้คือ ทนายความผู้ที่มีคุณสมบัติที่ AI ไม่อาจมีได้ (ณ ขณะนี้) คือ ความคิดสร้างสรรค์หรือสร้างแนวคิดใหม่ เนื่องจาก AI หาเป้าหมายหรือคิดสร้างสรรค์เองไม่ได้ กล่าวคือ “คิดนอกกรอบ นอกทฤษฎี หรือใช้สามัญสำนึกไม่ได้” รวมถึงไม่มีความเข้าใจเพราะ AI ไม่มีความรู้สึก ไม่มีอารมณ์ร่วมจึงไม่สามารถทำให้อีกฝ่ายรู้สึกถึงความเข้าใจแบบที่มนุษย์มี⁵⁹ สิ่งเหล่านี้เองน่าจะเป็นทักษะที่นักกฎหมายควรฝึกฝนตั้งแต่เป็นนักศึกษากฎหมายและนับเป็นความท้าทายใหม่แก่สถาบันการศึกษากฎหมายตลอดจนอาจารย์ผู้สอนที่ควรมีบทบาทช่วยปรับเปลี่ยนการเรียนการสอนให้หลุดพ้นจากกรอบและค่านิยมเดิมด้วยส่งเสริมให้นักศึกษาศึกษากฎหมายด้วยความเข้าใจ เน้นการวิเคราะห์ วิพากษ์ทฤษฎีกฎหมาย การให้เหตุผลกฎหมายที่นอกกรอบความคิดเดิมให้มากขึ้น ตลอดจนเสริมสร้างทัศนคติและการเรียนรู้ที่จะทำงานร่วมกับ AI อย่างมีประสิทธิภาพและมีจริยธรรมต่อไปในอนาคต ดังที่ศาสตราจารย์ Chris Hoofnagle มหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย เบิร์กลีย์ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยชั้นนำในสหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในผู้สอนที่สนับสนุนให้นักศึกษาใช้ AI เช่น ChatGPT โดยให้เหตุผลว่า AI คืออนาคตของการเป็นนักกฎหมาย ทำนองเดียวกันกับการใช้ e-mail ในการทำงานที่ทนายความหลายคนอาจประสบความสำเร็จได้แม้จะไม่มี e-mail แต่ทนายความที่เก่งที่สุดจะใช้เทคโนโลยีให้เป็นประโยชน์⁶⁰ นอกจากนี้ Jensen Huang ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (CEO) บริษัท NVIDIA ผู้นำด้านเทคโนโลยีได้กล่าวสุนทรพจน์แก่นักศึกษา

⁵⁹ หลี่ไคฟู และคณะ, AI 2041: 10 เรื่องเล่าเทคโนโลยี AI แห่งอนาคต, หน้า 522.

⁶⁰ Jason Pohl, *From tort law to cheating, what is ChatGPT's future in higher education?* [Online], 10 June 2023. Source: <https://news.berkeley.edu/2023/03/21/from-tort-law-to-cheating-what-is-chatgpts-future-in-higher-education/>

มหาวิทยาลัยแห่งชาติได้หันที่จับใหม่มีใจความสำคัญว่า “คนที่จะมาแย่งงานนักศึกษากฎหมายคือ “คนที่เชี่ยวชาญ AI ไม่ใช่ AI” และเน้นย้ำว่าผู้สำเร็จการศึกษาต้องคว้าโอกาสนี้ไว้ด้วยการยอมรับและใช้ประโยชน์จาก AI เพื่อให้สามารถแข่งขันได้โดยใช้มันเพื่อ “เพิ่มพลัง” ให้กับงานและใช้มันเป็นผู้ช่วยเพื่อให้ได้ประสิทธิภาพสูงสุด⁶¹

6. บทส่งท้าย

ไม่ว่าสุดท้ายแล้วอาชีพนักกฎหมายจะยังคงอยู่โดยไม่มี AI เข้ามาเกี่ยวข้อง หรือนักกฎหมายจะทำงานร่วมกับ AI มากขึ้น หรือ AI จะมาแทนที่นักกฎหมายในท้ายที่สุดก็คงเป็นเรื่องในอนาคตอันไม่ใกล้ไม่ไกลนี้ ด้วยความเป็นพลวัตไม่หยุดนิ่งของ AI แม้กระทั่งขณะที่ผู้เขียนเขียนบทความฉบับนี้หรือบทความฉบับนี้ได้รับการตีพิมพ์ไปแล้ว AI อาจจะทำอะไรได้มากกว่าความรู้ความเข้าใจ ณ ขณะปัจจุบันโดยที่ผู้เขียนเองก็อาจไม่ทันได้รู้ตัว สิ่งหนึ่งที่ผู้เขียนในฐานะนักกฎหมายยังคงเชื่อคือ เส้นของการเรียนกฎหมายคือการตั้งคำถามและหาคำตอบที่ไม่ตายตัว อันจะนำมาซึ่งความคิดสร้างสรรค์นอกกรอบทฤษฎีและความเชื่อแบบเดิมที่ AI ทำไม่ได้ เพราะสิ่งหนึ่งที่ทรงคุณค่าและน่าภูมิใจคือการเป็นนักกฎหมายที่มีเอกลักษณ์พิเศษ (unique) ที่แม้แต่ AI ก็ไม่สามารถทำอะไรได้ ดังที่ Jensen Huang ได้กล่าวไว้ว่า

“Whatever it is, run after it like we did.

*Run. Don't walk. Remember, either you are running for food,
or you are running from becoming food.”⁶²*

(Jensen Huang - May, 2023)

⁶¹ Aran Richardson, **Billionaire NVIDIA CEO Jensen Huang Tells Graduating Students To Embrace New AI-Economy Opportunities** [Online], 10 June 2023. Source: https://finance.yahoo.com/news/billionaire-nvidia-ceo-jensen-huang-213245053.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAADmbksiTcUGeCFXPxEHjyMPfRb8nHPx2sKdG6WXrlCt7PjddPDEFAO0SaX3fTuUpDlzG49YvWn1Dbt7WTGDw-rsTlywtDasvCHTKRyWhpBys-G989ORcpfHVtdcTcrQ4oOTCOD5xYzbmMmQ0uZf1dQuHUncZxDralXYfRZKtVlkz

⁶² TTV News, **RUN ! Don't Wak !** ([Online], 10 June 2023. Source: https://www.youtube.com/watch?v=_sftvrqiflU

“ไม่ว่ามันจะเป็นอะไรก็ตาม ให้วิ่งตามมันเหมือนที่เราเคยทำ
วิ่ง อย่าเดิน จงจำไว้ ไม่ว่าคุณกำลังวิ่งหาอาหาร
หรือคุณกำลังวิ่งหนีจากการกลายเป็นอาหาร”

บรรณานุกรม

- เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, หัวใจสำคัญของนิติศาสตร์คือ การทำให้คนเชื่อว่ายังมี **ความยุติธรรมอยู่** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/law-must-survive/>
- ฐานเศรษฐกิจ, ChatGPT ตอบเอง 10 อาชีพที่ AI ทำแทนไม่ได้ พร้อมเหตุผล [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.thansettakij.com/technology/technology/558429>
- ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, คำพิพากษาศาลฎีกา META แห่งเนติบัณฑิตไทย [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/meta-of-the-thai-bar/>
- ปิยพร อรุณเกรียงไกร, ‘พลิกลือ Google คอนเฟิร์ม AlphaGo คือ AI ปริศนาในโลกออนไลน์ที่ชนะเซียนหมากล้อมระดับโลก 60 เกมรวด!’ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://themomentum.co/successful-innovation-alphago-2017/>
- ผู้จัดการออนไลน์, มธบ. เพชราชีพนักกม.ติดโผอาชีพไม่ตกงาน เตรียมปั้นนักกม.รองรับธุรกิจดิจิทัล [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/smes/detail/9630000043302>
- ภูมินทร์ บุตรอินทร์, กฎหมายกับปัญญาประดิษฐ์, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561).
- หลี่โคฟู และคณะ, AI 2041: 10 เรื่องเล่าเทคโนโลยี AI แห่งอนาคต, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บิงโก, ม.ป.ป.).
- Affidavit of Steven A. Schwartz [Online], Source: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.575368/gov.uscourts.nysd.575368.32.1_1.pdf
- Allen & Overy, A&O announces exclusive launch partnership with Harvey [Online], Source: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/news/ao-announces-exclusive-launch-partnership-with-harvey>
- Aran Richardson, Billionaire NVIDIA CEO Jensen Huang Tells Graduating Students To Embrace New AI-Economy Opportunities [Online], Source: https://finance.yahoo.com/news/billionaire-nvidia-ceo-jensen-huang-213245053.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAADmbksiTCUGeCFXPxEHjyMPfRb8nHPx2sKdG6WXrCt7PjddPDEFAO

0SaX3fTuUpDlzG49YvWn1Dbt7WTGDw-rsTlywtDasvCHTKRyWhpBys-G989ORcpfH
VtdcTcrQ4oOTCOD5xYzbmMmQ0uZf1dQuHUncZxDralXYfRZKtVlkz

- Bharat Sharma, **Law Firm Sues 'World's First Robot Lawyer' For Not Having A Degree** [Online], Source: <https://www.indiatimes.com/technology/news/law-firm-sues-worlds-first-robot-lawyer-595686.html>

- Daniel Schwarcz and others, **AI Tools for Lawyers: A Practical Guide** [Online], Source: <https://ssrn.com/abstract=4404017> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4404017>

- Emma Roth, **DoNotPay is launching an AI chatbot that can negotiate your bills** [Online], Source: <https://www.theverge.com/2022/12/13/23505873/donotpay-negotiate-bills-ai-chatbot>

- Fatman, **Celsius คืออะไร? เว็บกู้ยืมคริปโตแถวหน้าที่กำลังถูกจับตามอง!** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://cryptosiam.com/news/what-is-celsius-network-platform>

- Jason Pohl, **From tort law to cheating, what is ChatGPT's future in higher education?** [Online], Source: <https://news.berkeley.edu/2023/03/21/from-tort-law-to-cheating-what-is-chatgpts-future-in-higher-education>

- Joshua Browder, **We have now initiated over 1,000 small claims lawsuits against @CelsiusNetwork in 42 States** [Online], Source: <https://twitter.com/jbrowder1/status/1538951540618063872>

- Joe Palazzolo, **Why Hire a Lawyer? Computers Are Cheaper** [Online], Source: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303379204577472633591769336?cb=logged0.17135589593090117>

- Josh Kern, **AI in Law: Transforming Legal Practices** [Online], Source: <https://www.clio.com/blog/lawyer-ai/>

- Kai Fu Lee and others, **AI 2041: Ten Visions for Our Future AI**, (New York: Currency, 2021).

- Katz and others, **GPT-4 Passes the Bar Exam** [Online], Source: <https://ssrn.com/abstract=4389233> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4389233>

- Lauren Leffer, **DoNotPay, the 'Robot Lawyer,' Is Being Sued** [Online], Source: <https://news.yahoo.com/donotpay-robot-lawyer-being-sued-160500901.html>
- Lawtomated, **'AI for Legal: ANI, AGI and ASI'** [Online], Source: <https://lawtomated.medium.com/ai-for-legal-ani-agi-and-asi-cea6e7a4079e>
- Mckinsey & Company, **'What is AI?'** [Online], Source: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/mckinsey-explainers/what-is-ai#/>
- Nick Barney, **What is artificial superintelligence (ASI)?** [Online], Source: <https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/definition/artificial-superintelligence-ASI#:~:text=Examples%20of%20ASI,the%20abilities%20of%20a%20human>
- Niels Martin Brochner, **Will AI Replace Lawyers?** [Online], Source: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2023/05/25/will-ai-replace-lawyers/?sh=5d9128eb3124>
- PPTV Online, **ChatGPT บุกวงการนักเขียนนิยาย หนังสือที่เขียนโดยเอไอหลุดเต็มตลาด** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.pptvhd36.com/news/%E0%B9%84%E0%B8%AD%E0%B8%97%E0%B8%B5/191081>
- Ramishah Maruf, **CNN Lawyer apologizes for fake court citations from ChatGPT** [Online], Source: <https://edition.cnn.com/2023/05/27/business/chat-gpt-avianca-mata-lawyers/index.html>
- Sara Merken, **Lawsuit pits class action firm against 'robot lawyer' DoNotPay** [Online], Source: <https://www.reuters.com/legal/lawsuit-pits-class-action-firm-against-robot-lawyer> and Faridian v. DoNotPay Complaint Source: <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/dwvkdzbxpm/Faridian%20v.%20DoNotPay%20Complaint.pdf>
- Steve Lohr, **A.I. Is Coming for Lawyers, Again** [Online], Source: <https://www.nytimes.com/2023/04/10/technology/ai-is-coming-for-lawyers-again.html>
- Surur, **Ex-Apple Employee Reveals The Disappearing Computer: A Glimpse into a Future Where AI is Everywhere** [Online], Source: <https://www.>

bigtechwire.com/2023/05/09/ex-apple-employee-reveals-the-disappearing-computer-a-glimpse-into-a-future-where-ai-is-everywhere/

- Team Techsauce, **ทนายความในนิวยอร์กโดนฟ้อง หลังใช้ ChatGPT ช่วยทำคดี แต่มันกลับให้ข้อมูลเท็จ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://techsauce.co/news/lawyer-made-up-case-by-ai-chatgpt-wrong-data?fbclid=IwAR0324sRTOFPwC4r754zy9dwSypUigS7CFkzC_h2KVV0rwcscr-4ZhOAza0

- Tech Talk, **AI กำลังเข้ามาทดแทนนักกฎหมาย และอาจกลายเป็นวงการแรก ที่มนุษย์ทำงานร่วมกับ AI ในธุรกิจแห่งอนาคต** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.tech-talkthai.com/ai-is-replacing-lawyer-in-document-analysis/>

- Techsauce Team, **PWC เปิดตัว AI Chatbot สำหรับนักกฎหมาย เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการทำงาน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://techsauce.co/news/pwc-introduces-ai-chatbot-lawyers>

- TED, **The Disappearing Computer: An Exclusive Preview of Humane's Screenless Tech** [Online], Source: <https://www.youtube.com/watch?v=gMsQO5u7-NQ>

- The Matter, **เปิดตัว GPT-4 แชตบอตเวอร์ชันใหม่ ทำอะไรเพิ่มขึ้นได้บ้าง?** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thematter.co/brief/199092/199092>

- National Conference of Bar Examiners, **About the UBE** [Online], Source: <https://www.ncbex.org/exams/ube/#:~:text=The%20UBE%20is%20designed%20to,admission%20in%20other%20UBE%20jurisdictions.>

- The Matter, **ให้ AI ขับเคลื่อนความยุติธรรม หุ่นยนต์ทนายความจาก DoNotPay เตรียมสู้คดีในศาลสหรัฐฯ เป็นครั้งแรก** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thematter.co/brief/193954/193954>

- Thevirtulab, **What is Amara's Law and why it's more important now than ever** [Online], Source: <https://thevirtulab.com/what-is-amaras-law/#:~:text=Roy%20Amara%20was%20an%20American,effect%20in%20the%20long%20run.%E2%80%9D>

- Thomson Reuters, **New report on ChatGPT & generative AI in law firms shows opportunities abound, even as concerns persist** [Online], Source: <https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/technology/chatgpt-generative-ai-law-firms-2023/>

- TTV News, **RUN ! Don't Wak !** [Online], Source: https://www.youtube.com/watch?v=_sftvrqlfIU

- Yana Khare, **Artificial General Intelligence: Definition, Scope, and Chat GPT as an Early AGI** [Online], Source: <https://www.analyticsvidhya.com/blog/2023/04/artificial-general-intelligence-definition-scope-and-chatgpt-as-an-early-agi/>

ปกิณกะกฎหมาย (Legal Miscellaneous)

การจัดการมรดกรูปแบบดิจิทัลในยุคแห่งการแปรรูปทางดิจิทัล: “พินัยกรรมดิจิทัล” คืออะไร?

Managing Digital Inheritance in the Era of Digital Transformation:
What is “Digital Legacy”?

สุวลักษณ์ ชันธุ์ปรีक्षा*

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายแพ่งและธุรกิจ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Suwalak Khanpruksa

Lecturer in Civil and Business Law, School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 5 พฤษภาคม 2566; วันที่แก้ไขบทความ 14 พฤษภาคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 15 พฤษภาคม 2566

* นิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยนาโกย่า ประเทศญี่ปุ่น; อยู่ในระหว่างเขียนวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยนาโกย่า ประเทศญี่ปุ่น; อีเมลติดต่อ suwalak.kha@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

บทความเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของคำว่า “พินัยกรรมดิจิทัล” ซึ่งปรากฏในบทความทางเทคโนโลยีภาษาไทยจำนวนมากที่ได้เขียนถึงสิ่งที่เรียกว่า “Digital Legacy” อันเป็นฟังก์ชันใหม่ของบัญชีโซเชียลมีเดียและโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟน ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยว่ามีผลทางกฎหมายอย่างไร ที่มาของการหยิบยกประเด็นปัญหาทางกฎหมายของการทำ “Digital Legacy” เกิดจากการที่ประเทศไทยอยู่ในยุคแห่งการแปรรูปทางดิจิทัลโดยมีความพยายามที่จะผลักดันระบบเศรษฐกิจของประเทศไปสู่ความเป็นเศรษฐกิจดิจิทัล ประชากรไทยมีแนวโน้มการใช้อินเทอร์เน็ตใช้โทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟน และใช้โซเชียลมีเดีย เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ แม้ในประเทศไทยจะยังไม่เคยมีการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการขอเข้าถึงบัญชีโซเชียลมีเดียอันอาจเรียกได้ว่าเป็นมรดกทางดิจิทัลของบุคคลที่ตายไปแล้วดังเช่นที่ได้เกิดขึ้นจริงในต่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะได้ยกตัวอย่างคดีที่มีการฟ้องร้องและศาลมีคำพิพากษาแล้วในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี ประเด็นนี้ก็ไม่ใช่ประเด็นที่ไกลตัว เพราะศาลฎีกาของประเทศไทยได้เคยมีคำตัดสินเกี่ยวกับการส่งข้อความโต้ตอบทางเฟซบุ๊กว่ามีผลทางกฎหมายเป็นการแสดงเจตนาที่มีหลักฐานเป็นหนังสือมาแล้ว โดยในบทความนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ว่า ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย “Digital Legacy” ถือเป็นพินัยกรรมแบบใดแบบหนึ่งหรือไม่ หากคำตอบคือไม่ “Digital Legacy” มีผลบังคับได้ตามกฎหมายภายใต้หลักกฎหมายอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

คำสำคัญ: มรดกรูปแบบดิจิทัล; แบบแห่งพินัยกรรม; กฎหมายมรดก

Abstract

The primary objective of this article is to analyze the legal status of the specific term “Digital Legacy” which lately appears in technology-related articles introducing a new function of social media accounts and smartphones under Thailand’s Civil and Commercial Code. The main reason for raising awareness of legal issues lying under the “Digital Legacy” comes from the status quo of Thai society, the direction of which faces digital transformation with a firm intention of leveling up the country using a digital economy. Meanwhile, there is a high tendency for the expansion of the Thai population using the Internet, smartphones, and social media. Even though in Thailand, there has been no such case of heirs requesting accessing their deceased person’s social media or smartphone account, which may deem as digital inheritance, the issue is around the corner. This kind of case has occurred around the globe, and the author will provide real cases with court judgments from the United States and Germany as examples. The supreme court of Thailand already made a judgment in an analogous case of interchanging messages via Facebook, in which the legal status of those messages and interactions sent can be interpreted as written evidence acceptable by the court. In this paper, the author will examine the legal status of the “Digital Legacy” and whether it could fall under any “Forms of Wills” according to the law of succession of Thailand’s Civil and Commercial Code. If the answer is no, the next question will be whether the “Digital Legacy” could be applicable to any legal principle under Thailand’s Civil and Commercial Code.

Keywords: Digital Legacy; Forms of Wills; Law of Succession

การทำ “พินัยกรรม” ตามหลักกฎหมายว่าด้วยมรดกภายใต้บรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นการที่บุคคลแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเองหรือในการต่าง ๆ อันจะทำให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนได้ตายไป ซึ่งพินัยกรรมที่จะมีผลบังคับได้ตามกฎหมายจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แบบแห่งพินัยกรรมที่จะมีผลตามกฎหมายโดยหลักแล้วผู้ทำพินัยกรรมจะต้องทำเป็นหนังสือหรือเขียนด้วยลายมือตัวเองทั้งฉบับ ลงลายมือชื่อ พร้อมกับวันเดือนปีที่ได้ทำพินัยกรรม และตามหลักกฎหมายว่าด้วยมรดกนั้น “กองมรดก” ที่อาจตกทอดแก่ผู้รับพินัยกรรมก็ไม่ได้จำกัดแค่เพียง “ทรัพย์สิน” เท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่าง ๆ ของผู้ทำพินัยกรรมด้วย แต่ในยุคดิจิทัลที่คนยุคใหม่นี้มีตัวตนบนโลกออนไลน์และเป็นยุคที่อินเทอร์เน็ตกลายเป็นส่วนสำคัญที่ช่วยอำนวยความสะดวกในชีวิตประจำวัน เกิดประเด็นคำถามว่าการทำพินัยกรรมตามหลักกฎหมายภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยครอบคลุมและรองรับการทำ “พินัยกรรมดิจิทัล” (Digital Legacy) อันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในชีวิตวิถีใหม่ที่เป็นผลมาจากการแปรรูปทางดิจิทัล (Digital Transformation) หรือไม่ เพียงใด ดังจะได้อธิบายให้เห็นถึงข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในบทความปกิณกะกฎหมายนี้

คำว่า “พินัยกรรมดิจิทัล” ที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่แล้ว คือถ้อยคำที่ผู้เขียนยกมาแบบตรงตัวจากบทความทางเทคโนโลยีภาษาไทยจำนวนมากที่ได้เขียนถึงสิ่งที่เรียกว่า “Digital Legacy” อันมีลักษณะเป็นกำหนดการเผื่อตายของผู้ใช้บัญชีโซเชียลมีเดียหรือเจ้าของโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนเพื่อส่งต่อมรดกของตนที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลอันเกิดขึ้นจากการปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่นหรือจากข้อมูลที่ถูกสร้างขึ้นในโลกออนไลน์หรืออินเทอร์เน็ต โดยเป็นการกำหนดการส่งต่อมรดกทางดิจิทัลให้กับบุคคลที่ถูกเลือกให้เป็น “ผู้สืบทอดบัญชี” ในการที่จะสามารถเข้าถึงข้อมูลดิจิทัลของผู้ใช้บัญชีโซเชียลมีเดียหรือเจ้าของโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนดังกล่าวได้หลังจากที่บุคคลเหล่านั้นเสียชีวิต ยกตัวอย่างเช่น ผู้ใช้งานโทรศัพท์มือถือไอโฟน (iPhone) ที่มีระบบปฏิบัติการตั้งแต่ iOS 15 ขึ้นไป สามารถเลือกและกำหนดได้ว่าจะให้ใครเข้าถึงและจัดการข้อมูลอะไรในโทรศัพท์มือถือของตนได้บ้างหลังจากตนถึงแก่ความตาย ซึ่งมรดกที่จะส่งต่อในรูปแบบดิจิทัลของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจอยู่ในรูปแบบเอกสารออนไลน์ ภาพถ่าย คลิป ภาพยนตร์ ภาพวาด สกุลเงินคริปโต รวมไปถึงข้อความการโต้ตอบบนโซเชียลมีเดียกับบุคคลอื่น บัญชีธนาคารออนไลน์หรือบัญชีกระเป๋าเงินดิจิทัล (e-wallet) สำหรับชำระเงินผ่านระบบออนไลน์ บัญชีส่วนตัวบนเว็บไซต์สำหรับซื้อขายสินค้า อาทิ Shopee, Lazada, Amazon,

e-Bay บัญชีสื่อโซเชียลมีเดีย อาทิ Line, Facebook, Instagram, Twitter, Tiktok, Youtube บัญชีอีเมล อาทิ Gmail, Outlook, Yahoo! บัญชีให้บริการสำหรับดูหนังหรือฟังเพลงออนไลน์ อาทิ Netflix, HBO Go, LINE TV, Viu, WeTV, Apple Music, Spotify หรือบัญชีสำหรับเก็บไฟล์ไว้บนอินเทอร์เน็ต เช่น Google Drive, OneDrive, Dropbox เป็นต้น ข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลที่กล่าวมานี้ หากผู้ใช้บัญชีโซเชียลมีเดียหรือเจ้าของโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนไม่ได้ทำสิ่งที่บทความทางเทคโนโลยีใช้คำว่า “พินัยกรรมดิจิทัล” เอาไว้ เมื่อตายไปอาจจะไม่มีผู้รู้ชื่อบัญชี (Username) และรหัสผ่าน (Password) เพื่อเข้าไปจัดการทรัพย์สินทางดิจิทัลเหล่านี้ได้เลย อาจจะฟังดูเป็นเรื่องไกลตัว แต่ประเด็นนี้ได้มีการฟ้องร้องคดีและมีคำพิพากษาของศาลเกิดขึ้นจริงแล้วในต่างประเทศ ดังจะยกตัวอย่างต่อไปนี้

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีเหตุการณ์ที่เด็กชายวัย 15 ปี ช่างตัวตายในบริเวณบ้านของตนเองโดยไม่ทราบสาเหตุ พ่อแม่ ญาติ และเพื่อน ๆ ของเด็กชายดังกล่าวพยายามจะค้นหาแรงจูงใจอันเป็นเหตุแห่งการฆ่าตัวตายจากข้อมูลในบัญชีเฟซบุ๊ก (Facebook) ของเขา แต่ไม่สามารถล็อกอินเพื่อเข้าถึงบัญชีได้เนื่องจากไม่ทราบรหัสผ่าน พ่อแม่ของเด็กจึงไปยื่นคำฟ้องเพื่อร้องขอต่อศาลขอให้มีการสั่งให้บริษัทเจ้าของแพลตฟอร์มเปิดเผยข้อมูลในบัญชีโซเชียลมีเดียของผู้ตาย เหตุที่ต้องฟ้องคดีเพราะครอบครัวเคยส่งคำขอให้บริษัทเฟซบุ๊กโดยตรงแล้ว แต่บริษัทเฟซบุ๊กปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลโดยอ้างว่าขัดต่อนโยบายการรักษาความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บัญชี คดีนี้ศาลพิพากษาว่าไม่สามารถสั่งตามคำฟ้องให้ได้เพราะ “อยู่นอกเหนือเขตอำนาจศาล” เนื่องจากกฎหมายไม่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินในรูปแบบดิจิทัล¹ จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในมลรัฐเวอร์จิเนีย ในปี ค.ศ. 2011 นี้ เป็นแรงผลักดันให้ครอบครัวผู้ประสบเหตุต่อสู้เพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์จิเนีย (Code of Virginia) เพื่อให้ผู้ปกครองสามารถเข้าถึงข้อมูลดิจิทัลในสื่อโซเชียลมีเดียของผู้เยาว์ที่ได้เสียชีวิตไปในขณะที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะได้ ซึ่งการขับเคลื่อนครั้งนี้ประสบผลสำเร็จ ส่งผลให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับ

¹ H. Arigato (หงส์ฟ้า), ยกมรดกออนไลน์ ด้วยการทำ ‘พินัยกรรมดิจิทัล’ [ออนไลน์], 1 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.altv.tv/content/pr/6336c1e33f24a6b6210db4a8>

สิทธิของผู้แทนโดยชอบธรรมในการเข้าถึงบัญชีโซเชียลมีเดีย กฎหมายใหม่ดังกล่าวมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 2013²

เหตุการณ์คล้าย ๆ กันได้เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนี มีกรณีของเด็กสาวอายุ 15 ปี ถึงแก่กรรมด้วยการถูกรถไฟใต้ดินชนเมื่อปี ค.ศ. 2012 คุณแม่ของเธอสงสัยในเหตุแห่งการตายจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นแห่งนครรัฐเบอร์ลิน (Berlin District Court) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในปี ค.ศ. 2016 ขอเข้าถึงบัญชีเฟซบุ๊กของบุตรสาวเพื่อหาเบาะแสว่าบุตรสาวของเธอถึงแก่กรรมโดยอุบัติเหตุหรือโดยอัตวินิบาตกรรม เหตุที่มารดาของเด็กสาวผู้ตายต้องมาฟ้องคดีร้องขอต่อศาลก็เพราะว่าเฟซบุ๊กไม่อนุญาตให้เธอเข้าไปดูบัญชีของบุตรสาวโดยอ้างว่าเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ตาย (Right to Privacy) โดยอ้างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ศาลชั้นต้นแห่งนครรัฐเบอร์ลินมีคำพิพากษาคัดสินว่า เฟซบุ๊กจะต้องให้สิทธิแก่ทายาทตามกฎหมายในการเข้าถึงบัญชีเฟซบุ๊กอันเป็นถือเป็นมรดกของผู้ตาย ต่อมาในปี ค.ศ. 2017 ศาลอุทธรณ์แห่งนครรัฐเบอร์ลิน (Berlin Court of Appeal) ได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่า เฟซบุ๊กไม่มีหน้าที่ที่จะต้องอนุญาตให้ทายาทเข้าถึงบัญชีของผู้ตายโดยอ้างสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2018 ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The Federal Court of Justice) ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดอันถือเป็นการวางหลักการใช้การตีความกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นนี้เป็นครั้งแรกในประเทศเยอรมนีว่า นิติสัมพันธ์ สิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบใด ๆ ที่เด็กสาวอายุ 15 ปีมีต่อเฟซบุ๊ก ย่อมเป็นมรดกของผู้ตายที่สามารถตกทอดแก่ทายาทตามกฎหมายของเธอได้ ซึ่งในกรณีนี้ทายาทคือมารดาผู้เป็นทายาทโดยธรรม ดังนั้น ผู้เป็นมารดาจึงมีสิทธิเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการที่จะเข้าถึงและจัดการบัญชีเฟซบุ๊กของบุตรสาวได้อย่างเต็มที่ในฐานะทายาทโดยธรรมผู้ได้รับมรดกตามกฎหมาย³ อาจกล่าวได้ว่าจากคดีนี้ ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี้ได้วางหลักว่า

² Damien McCallig, **Facebook after Death: An Evolving Policy in a Social Network**, *International Journal of Law and Information Technology*, Volume 2 Issue 2 (2014), pp. 134-135.

³ Marcus Dittmann, **German Federal Court of Justice: Facebook Must Grant Heirs Full Access to a Deceased Person's Account (Update 2020)** [Online], 1 May 2023. Source: <https://ihde.de/en/german-federal-court-of-justice-facebook-must-grant-heirs-full-access-to-a-deceased-persons-account-update-2020/>

สิทธิในการรับมรดกของทายาทมาก่อนสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้พิพากษาในองค์คณะที่ได้ตัดสินคดีนี้ท่านหนึ่งมีความเห็นต่อคดีนี้ว่า ภายใต้หลักกฎหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติต่อมรดกในทางดิจิทัลให้แตกต่างจากทรัพย์สินมรดกทั่วไป⁴

จากคดีที่เกิดขึ้นจริงในต่างประเทศที่ไม่ได้มีเพียงแค่ 2 คดีตัวอย่างที่ยกมานี้ ทำให้เกิดการตระหนักรู้จนเป็นแรงกระตุ้นจากบรรดาผู้ใช้บัญชีโซเชียลมีเดีย ครอบครัวผู้ประสบเหตุ สื่อมวลชนเพื่อนร่วมงาน รวมทั้งนักกฎหมาย ส่งผลเป็นการสร้างแรงกดดันไปยังบริษัทโซเชียลมีเดียหรือบริษัทโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟน จนเป็นที่มาของการกำหนดนโยบายให้ริเริ่มการมีฟังก์ชันที่เรียกว่า “Digital Legacy” ขึ้นมา เพื่อให้ผู้ใช้บัญชีโซเชียลมีเดียหรือเจ้าของโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนสามารถตั้งค่ากำหนดผู้สืบทอดบัญชีเพื่อจัดการสิ่งที่อาจเรียกว่าเป็นมรดกทางดิจิทัลหลังจากที่ผู้ใช้บัญชีหรือเจ้าของโทรศัพท์มือถือได้ตายไป โดยมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละแพลตฟอร์ม ยกตัวอย่างเช่น เฟซบุ๊กได้เพิ่มฟังก์ชันชื่อ “Legacy Contact” (ผู้สืบทอดบัญชี) เพื่อให้ผู้ใช้บัญชีสามารถจัดการมรดกทางดิจิทัลของตนโดยการกำหนดไว้ล่วงหน้าเพื่อมอบสิทธิให้บุคคลอื่นสามารถเข้าดูแลและใช้งานบัญชีเฟซบุ๊กต่อหลังจากที่ตนได้เสียชีวิตไปแล้ว ผู้ที่ได้รับสิทธิเป็นผู้สืบทอดบัญชีจะสามารถโพสต์ข้อความอัปโหลดรูปภาพ ลบเพื่อน สร้างคำขอเป็นเพื่อน หรือเปลี่ยนรูปโปรไฟล์ได้ แต่จะไม่สามารถอ่านข้อความการโต้ตอบเก่า ๆ ของผู้ใช้บัญชีเดิมได้ หรือหากผู้ใช้บัญชีไม่ต้องการให้สิทธิบุคคลใดเข้าใช้งานเลยก็สามารถตั้งค่าให้ลบบัญชีได้ หรือจะตั้งค่าให้ทิ้งบัญชีไว้เฉย ๆ ก็ได้ กรณีที่ผู้ใช้บัญชีประสงค์จะปล่อยบัญชีไว้เฉย ๆ เฟซบุ๊กจะเพิ่มข้อความท้ายชื่อบัญชีของบุคคลนั้นด้วยคำว่า “Remembering” หรือ “Memorialized” เพื่อแสดงความรำลึกถึง⁵ หรือโทรศัพท์มือถือไอโฟนที่มีระบบปฏิบัติการตั้งแต่ iOS 15 ขึ้นไปได้เพิ่มฟังก์ชันที่มีชื่อเรียกว่า “Digital Legacy” เพื่อส่งต่อข้อมูลทางดิจิทัลของเจ้าของโทรศัพท์มือถือไอโฟนให้กับบุคคลที่ถูกคัดเลือกให้เป็นผู้สืบทอดบัญชี ผู้สืบทอดบัญชีจะสามารถเข้าถึงและจัดการข้อมูลในโทรศัพท์ไอโฟนได้หลังจาก

⁴ Agence France-Presse, **German Court Says Parents Can Inherit Facebook Data** [Online], 1 May 2023. Source: <https://www.dw.com/en/facebook-court-rules-parents-have-rights-to-dead-daughters-account/a-44642230>

⁵ รัชพงษ์ ฉันทภาวัต, **Digital Legacy พินัยกรรมดิจิทัล** [ออนไลน์], 4 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://medium.com/@tiscomastery/digital-legacy-80682700e696>

เจ้าของโทรศัพท์ตาย ทั้งนี้ จะต้องมีการพิสูจน์การตาย เช่น การแจ้งจากคนในครอบครัว หรือ โดยการแสดงมรณบัตร เป็นต้น ข้อกำหนดเบื้องต้นในการใช้งานฟีเจอร์ “Digital Legacy” ของโทรศัพท์มือถือไอโฟน อาทิ บุคคลที่จะมาเป็นผู้สืบทอดบัญชีกำหนดไว้ได้สูงสุดไม่เกิน 5 คน โดยจะต้องมีอายุตั้งแต่ 13 ปีขึ้นไป (นโยบายเกี่ยวกับอายุผู้สืบทอดบัญชีอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ) ทั้งนี้ บุคคลที่จะเป็นผู้สืบทอดบัญชีไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ใช้งานโทรศัพท์มือถือไอโฟนเท่านั้น เจ้าของโทรศัพท์มือถือไอโฟนจะเลือกบุคคลที่ใช้ระบบปฏิบัติการมือถือใดเป็นผู้สืบทอดบัญชีก็ได้ หากผู้สืบทอดบัญชีใช้ระบบปฏิบัติการมือถือคนละระบบกันอาจจะต้องหาวิธีส่งต่อข้อมูลในโทรศัพท์ไอโฟนด้วยรูปแบบอื่น เช่น การพิมพ์ข้อมูลเป็นเอกสารเพื่อให้นำข้อมูลไปใช้ต่อได้ เป็นต้น⁶

เมื่อพิจารณาคำว่า “พินัยกรรมดิจิทัล” ที่มักใช้พาดหัวเพื่อดึงดูดความสนใจในบทความทางเทคโนโลยีที่มีเนื้อหาเป็นการเขียนถึงฟังก์ชัน “Digital Legacy” ภายใต้อัปเดตแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย การที่ผู้ใช้บัญชีตั้งค่ากำหนดตัวผู้สืบทอดบัญชีเพื่อจัดการสิ่งที่อาจเรียกว่าเป็นมรดกทางดิจิทัลบนสื่อโซเชียลมีเดียหรือโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนนั้น ยังไม่อาจเข้าเงื่อนไขของการเป็นพินัยกรรมแบบใดแบบหนึ่งตามหลักกฎหมายว่าด้วยมรดก เพราะเมื่อพิจารณาหลักการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา มาตรา 1657 วางหลักว่าผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อย 2 คนพร้อมกัน ซึ่งพยาน 2 คนนั้นต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ในขณะนั้น แต่ในทางปฏิบัติแล้วผู้ทำ “Digital Legacy” ไม่ต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยาน และหากพิจารณาหลักการทำพินัยกรรมแบบเขียนเอง ทั้งฉบับ มาตรา 1657 วางหลักว่าต้องเป็นการเขียนด้วยมือตนเองทั้งฉบับ จะใช้วิธีการพิมพ์ไม่ได้ แต่การทำ “Digital Legacy” นั้นผู้ทำไม่ได้เขียนด้วยลายมือของตนเอง ดังนั้น “Digital Legacy” จึงไม่เข้าลักษณะการเป็นพินัยกรรมแบบใดแบบหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม เมื่อ “Digital Legacy” เป็นทางเลือกหนึ่งของ “ข้อตกลงและเงื่อนไขการใช้บริการ” (Terms and Conditions) ผู้เขียนมีความคิดเห็นเกี่ยวกับการตีความประเด็นนี้ว่า เมื่อบุคคลใดได้แสดงเจตนาทำ “Digital Legacy” โดยสมัครใจ ย่อมถือว่าคุณคนนั้นยอมรับข้อตกลงการใช้บริการอันถือเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ใช้บัญชีกับเจ้าของแพลตฟอร์ม ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวนี้สามารถมีผลบังคับได้ตามกฎหมายภายใต้หลักกฎหมายเรื่อง

⁶ จิตต์สุภา ฉิน, Digital Legacy: ทิ้งไว้ให้คนข้างหลัง [ออนไลน์], 1 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: https://www.matichonweekly.com/column/article_434422

นิติกรรมสัญญา แต่ก็เกิดประเด็นคำถามต่อมาว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับ “Digital Legacy” ที่ทำขึ้นบนสื่อโซเชียลมีเดียหรือบนโทรศัพท์มือถือถือเสมือนเป็นเอกสารที่เป็นหนังสือหรือไม่ มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายในกรณีที่กฎหมายบังคับว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้หรือไม่ ประเด็นนี้ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับกรณีการส่งข้อความทางเฟซบุ๊กว่า แม้การส่งข้อความจะไม่มี การลงลายมือชื่อ แต่การส่งข้อความทางเฟซบุ๊กจะปรากฏชื่อผู้ส่งด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ส่งข้อความยอมรับว่ามีการส่งข้อความจริง ย่อมรับฟังได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาที่มีหลักฐานเป็นหนังสือ⁷ ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า การตีความของศาลฎีกาในคดีการส่งข้อความทางเฟซบุ๊กย่อมสามารถปรับใช้กับกรณีการทำ “Digital Legacy” ในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่มีหลักฐานเป็นหนังสือได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากการทำ “Digital Legacy” สามารถรู้ตัวว่าบุคคลใดเป็นผู้ทำ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ใช้บัญชีไม่ได้ทำ “Digital Legacy” เพื่อตั้งค่ากำหนดตัวผู้สืบทอดบัญชีเพื่อจัดการมรดกทางดิจิทัลบนสื่อโซเชียลมีเดียหรือโทรศัพท์มือถือถือเสมือนเอาไว้ มาตรา 1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้วางหลักเอาไว้ว่า “กองมรดก” ของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สิน⁸ ทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบต่าง ๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้และการตีความบทบัญญัติมาตรา 1600 สามารถครอบคลุมถึงข้อมูลในสื่อโซเชียลมีเดียหรือโทรศัพท์มือถือถือเสมือนของผู้ตายว่าถือเป็นกองมรดกของผู้ตายอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมารองรับการจัดการมรดกทางดิจิทัล อันเป็นการใช้และการตีความกฎหมายในแนวทางเดียวกันกับคำตัดสินของศาลสูงสุด

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6757/2560 จำเลยทำสัญญากู้ยืมเงินโจทก์ 595,500 บาท ตกลงชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 1 ต่อเดือน จำเลยได้รับเงินที่กู้ยืมครบถ้วนแล้ว หลังจากทำสัญญาจำเลยไม่ชำระต้นเงินคงชำระดอกเบี้ย 4 ครั้ง รวมเป็นเงิน 6,550 บาท การที่โจทก์ส่งข้อความทางเฟซบุ๊กถึงจำเลยมีใจความว่าเงินทั้งหมด 670,000 บาท ไม่ต้องส่งคืน ยกให้หมด ไม่ต้องส่งดอกเบี้ยอะไรมาให้ จะได้ไม่ต้องมีภาระหนี้สินติดตัว การส่งข้อมูลดังกล่าวเป็นการสนทนาผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ถือว่าเป็นการส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงต้องนำ พ.ร.บ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 7 ถึงมาตรา 9 มาใช้บังคับด้วย แม้ข้อความนี้จะไม่มีการลงลายมือชื่อโจทก์ก็ตาม แต่การส่งข้อความทางเฟซบุ๊กจะปรากฏชื่อผู้ส่งด้วยและโจทก์ก็ยอมรับว่าได้ส่งข้อความถึงจำเลยจริง ข้อความการสนทนาดังกล่าวจึงรับฟังได้ว่า เป็นการแสดงเจตนาปลดหนี้ให้แก่จำเลยโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตาม ป.พ.พ. มาตรา 340 แล้ว หนี้ตามสัญญากู้ยืมย่อมระงับจำเลยไม่ต้องรับผิดชำระหนี้แก่โจทก์ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 บัญญัติเอาไว้ว่า “ทรัพย์สิน หมายรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”

แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เช่นเดียวกับประเทศไทย

โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า ประการแรก การทำ “Digital Legacy” ไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นพินัยกรรมแบบใดแบบหนึ่งตามหลักกฎหมายว่าด้วยมรดกภายใต้บรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ถือเป็นข้อตกลงการใช้บริการ (Terms and Conditions) ระหว่างผู้ใช้บัญชีกับเจ้าของแพลตฟอร์มเพื่อการจัดการข้อมูลดิจิทัล (Digital Data) ที่ผู้ใช้บัญชีโซเชียลมีเดียหรือเจ้าของโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนมีอยู่ในขณะถึงแก่ความตาย ซึ่งมีผลบังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ภายใต้หลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญา เป็นการแสดงเจตนาที่มีหลักฐานเป็นหนังสือที่สามารถระบุตัวผู้กระทำได้ จึงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายในกรณีที่กฎหมายบังคับว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประการที่สอง คำว่า “พินัยกรรมดิจิทัล” ที่ปรากฏและใช้กันอย่างแพร่หลายในบทความทางเทคโนโลยีอันมีที่มาจากการแปลคำศัพท์ต้นทางคำว่า “Digital Legacy” เมื่อวิเคราะห์แล้ว ไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายเข้าลักษณะเป็นพินัยกรรมแบบใดแบบหนึ่งภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย จึงควรใช้คำว่า “มรดกรูปแบบดิจิทัล” ในการแปลหรือกล่าวถึง “Digital Legacy” เพื่อให้ตรงตามสถานะทางกฎหมาย ประการที่สาม แม้ผู้ใช้บัญชีโซเชียลมีเดียหรือเจ้าของโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนจะไม่ได้แสดงเจตนาทำ “Digital Legacy” เอาไว้ แต่หากบุคคลดังกล่าวตายไป ทายาทมีสิทธิที่จะสืบทอดบัญชีในฐานะผู้รับมรดกได้ตามกฎหมายโดยถือเป็นการรับมรดกที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล เนื่องจากกองมรดกของผู้ตาย ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดจนทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่าง ๆ อันครอบคลุมถึงข้อมูลดิจิทัลที่อยู่ในบัญชีโซเชียลมีเดียหรือโทรศัพท์มือถือสมาร์ทโฟนที่ผู้ใช้มีอยู่ในขณะถึงแก่ความตายด้วย

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมในประเด็นเรื่อง “แบบแห่งพินัยกรรม” ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติที่รองรับการทำพินัยกรรมในรูปแบบดิจิทัล (Digital Testament) แม้ประเทศไทยจะมี “พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544” อันเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรองรับการการทำธุรกรรมทางแพ่งและพาณิชย์ใด ๆ ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ให้มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับเอกสารที่เป็นกระดาษ แต่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อสงวนว่าไม่ให้นำไปใช้บังคับกับธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไปใช้บังคับ และได้มีการประกาศใช้ “พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์

ที่ยกเว้นไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549” ที่มีข้อห้ามไม่ให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับแก่ “ธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก” กรณีนี้เห็นว่า แม้คำว่า “กองมรดก” ตามมาตรา 1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะสามารถตีความรวมถึงมรดกรูปแบบดิจิทัล โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมารองรับสถานะทางกฎหมายของมรดกในรูปแบบดิจิทัลเป็นการเฉพาะ แต่ประเด็นการทำพินัยกรรมในรูปแบบดิจิทัลอันถือเป็นธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกนั้น ยังไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นพินัยกรรมแบบใดแบบหนึ่งในระบบกฎหมายไทย ยังอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ ผู้เขียนมองว่าพระราชกฤษฎีกาที่กำหนดไม่ให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับแก่ธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกดังกล่าวได้ประกาศใช้มาเป็นเวลามากกว่า 15 ปีแล้ว ซึ่งวิถีชีวิตโดยปกติของคนไทยใน พ.ศ. 2566 ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างก้าวกระโดด คนไทยยุคใหม่อ่านและเขียนหนังสือบนไอแพด ส่งไฟล์เอกสารโดยอาศัยเครือข่ายอินเทอร์เน็ต องค์กรทั้งภาครัฐและเอกชนที่ต้องการสร้างภาพลักษณ์ความเป็นองค์กรสมัยใหม่ได้ยึดนโยบายมุ่งสู่ความเป็นสำนักงานไร้กระดาษ (Paperless Office) ดังนั้น จึงเห็นว่าควรทบทวนหลักกฎหมายในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเพื่อให้รองรับการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ด้วย ประเด็นนี้ มีวิทยานิพนธ์ที่มีข้อเสนอว่ากฎหมายควรรองรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์⁹ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อเสนอดังกล่าวเพราะว่ากฎหมายในยุคแห่งการแปรรูปทางดิจิทัลเช่นนี้ควรรองรับสถานะทางกฎหมายของพินัยกรรมในรูปแบบอื่นนอกเหนือจากกระดาษด้วย แม้การทำพินัยกรรมจะเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อน แต่การทำพินัยกรรมในยุคสมัยนี้ก็ไม่ควรถูกจำกัดรูปแบบว่าการที่บุคคลจะแสดงเจตนา กำหนดการเมื่อตายจะต้องทำบนกระดาษเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

⁹ จีระพร สุภะกะ, พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564).

บรรณานุกรม

- จิตต์สุภา ฉิน, **Digital Legacy: ทิ้งไว้ให้คนข้างหลัง** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.matichonweekly.com/column/article_434422
- จีระพร สุภะกะ, **พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564).
- ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา, **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6757/2560** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://deka.supremecourt.or.th/>
- รัชพงษ์ ฉันทภาวัต, **Digital Legacy พินัยกรรมดิจิทัล** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://medium.com/@tiscomastery/digital-legacy-80682700e696>
- Agence France-Presse, **German Court Says Parents Can Inherit Facebook Data** [Online], Source: <https://www.dw.com/en/facebook-court-rules-parents-have-rights-to-dead-daughters-account/a-44642230>
- Damien McCallig, **Facebook after Death: An Evolving Policy in a Social Network**, International Journal of Law and Information Technology, Volume 2 Issue 2 (2014).
- H. Arigato (หงส์ฟ้า), **ยกมรดกออนไลน์ ด้วยการทำ ‘พินัยกรรมดิจิทัล’** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.altv.tv/content/pr/6336c1e33f24a6b6210db4a8>
- Marcus Dittmann, **German Federal Court of Justice: Facebook Must Grant Heirs Full Access to a Deceased Person’s Account (Update 2020)** [Online], Source: <https://ihde.de/en/german-federal-court-of-justice-facebook-must-grant-heirs-full-access-to-a-deceased-persons-account-update-2020/>

ปกิณกะกฎหมาย (Legal Miscellaneous)

ความหมายของ “กฎหมาย”

ภายใต้แนวคิดว่าด้วยสัญญาประชาคมของรูสโซ

The Meaning of Law

under the Rousseau’s Concept of Social Contract

ณัฐดนัย นาจันทร์*

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง;
นักศึกษาระดับชั้นปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวิกตอเรียแห่งเวลลิงตัน

Natdanai Nachan

Lecturer in Public Law, School of Law, Mae Fah Luang University;

PhD Candidate, Faculty of Law, Victoria University of Wellington

วันที่รับบทความ 17 มกราคม 2566; วันที่แก้ไขบทความ 31 มกราคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 1 กุมภาพันธ์ 2566

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาวิชากฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; อีเมลติดต่อ natdanai.nac@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

ภายใต้งานเขียนของรุสโซเรื่องสัญญาประชาคมนั้น กฎหมายมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการกำเนิดรัฐ และยังถือเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้ประชาชนทั้งหลายมีเสรีภาพอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม งานทางวิชาการที่พยายามจะตีความความหมายของคำว่ากฎหมายในบริบทของงานของรุสโซกลับพบเห็นได้ยากในประเทศไทย โดยภายใต้การตรวจสอบงานของรุสโซเรื่องสัญญาประชาคม และงานของนักคิดชาวต่างชาติ จะพบว่าคำว่ากฎหมายในงานของรุสโซนั้น หมายความว่าถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ได้หมายถึงกฎหมายในความเข้าใจทั่ว ๆ ไป

คำสำคัญ: กฎหมาย; รุสโซ; สัญญาประชาคม

Abstract

In the Social Contract by Rousseau, the law plays a crucial role in forming a state. It can also be perceived as a critical instrument enabling all people to attain genuine freedom. However, academic works that seek to interpret the meaning of the word law within the context of Rousseau's work are uncommon in Thailand. According to an examination of Rousseau's work on the social contract and the works of foreign scholars, the word law in Rousseau's work refers to constitutional law. It does not refer to the law in the general sense.

Keywords: Law; Rousseau; Social Contract

1. บทนำ

นักกฎหมายมหาชนชาวไทย หรือผู้ที่ได้ศึกษากฎหมายมหาชนแม้จะในระดับเบื้องต้น ย่อมคุ้นชินกับชื่อของรูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) นักปรัชญาการเมืองคนสำคัญผู้ให้กำเนิดแนวคิดเรื่อง “สัญญาประชาคม” ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อการศึกษากฎหมายมหาชน และกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในแง่มุมมองที่เกี่ยวข้องกับระบอบประชาธิปไตยทางตรง นอกจากนี้แล้ว ผู้ที่สนใจศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมรู้จักรูสโซในฐานะผู้สร้างแรงบันดาลใจให้กับซีเอเยส์ (Emmanuel Joseph Sieyès)¹ พระและนักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ผู้ทำให้แนวคิด ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant และ pouvoir constitué) เป็นที่รู้จักไปทั่วโลก และมีอิทธิพลอย่างมากในการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญ ในปัจจุบัน

งานเขียนชิ้นสำคัญของรูสโซที่ให้กำเนิดแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมขึ้นมาคือ งานเขียนเรื่อง “สัญญาประชาคม (On the Social Contract; or, Principles of Political Right หรือ Du contrat social; ou, Principes du droit politique ในภาษาฝรั่งเศส)” ในขณะที่หนังสือเล่มนี้ของรูสโซประกอบไปด้วยแนวคิดและปรัชญาการเมืองที่หลากหลาย ครอบคลุมตั้งแต่ที่มาแห่งองค์อธิปัตย์ (sovereign) กฎหมายและการตรากฎหมาย การแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของประชาชน และการกำหนดแนวทางการปกครองรัฐที่ก่อตั้งขึ้น โดยองค์อธิปัตย์ สิ่งที่เป็นปฏิเสธไม่ได้เลยคือ “กฎหมาย (the law)” มีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง ต่อแนวคิดทางการเมืองของรูสโซ

รูสโซกล่าวไว้ในงานเขียนของเขาอย่างชัดเจนว่า ในขณะที่การมารวมตัวกันของปัจเจกชนทั้งหลายภายใต้สัญญาประชาคมนั้นก่อร่างตัวตนให้กับรัฐ กฎหมายเป็นสิ่งที่มอบเจตจำนง และทำให้ตัวตนเช่นรัฐนั้นเคลื่อนไหวได้² นอกจากนี้ กฎหมาย ในงานเขียนของรูสโซยังมีความสำคัญมากเนื่องจากเป็นสิ่งเดียวที่จะสามารถควบคุมรัฐอันเกิดจากการรวมตัวกันของปัจเจกชนได้ ไม่มีกฎหมายใดตามแนวคิดของรูสโซจะมีสถานะเป็นกฎหมายได้หากปราศจากการรับรองจากประชาชนทั้งหลายภายในรัฐ³ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เฉพาะปัจเจกที่รวมเข้ามาเป็นรัฐ

¹ Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, (New York: Oxford University Press, 2020), p. 29.

² Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, trans. G. D. H. Cole (1762), p. 26.

³ *Ibid.*, p. 74.

เท่านั้นที่จะตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับปัจเจกทั้งหลายภายในรัฐได้ ในแง่นี้ รัฐโซโซจึงได้รับการกล่าวขานว่าเป็นผู้สนับสนุนหลักคนหนึ่งของระบอบประชาธิปไตยทางตรง

ทั้งนี้ ในเมื่อ “กฎหมาย” ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างยิ่งในงานเขียนของรุสโซ การทำความเข้าใจความหมายของคำดังกล่าวจึงถือเป็นหัวใจสำคัญที่จะทำให้ผู้ที่สนใจอ่านงานของรุสโซนั้นสามารถทำความเข้าใจความหมายของงานดังกล่าวได้มากยิ่งขึ้น ความในส่วนถัดไปของบทความชิ้นนี้จึงมุ่งหวังที่จะชี้ชวนให้ผู้อ่านได้ร่วมกันทำความเข้าใจความหมายของ “กฎหมาย” ในงานเขียนของรุสโซ ซึ่งอาจไม่ใช่การทำความเข้าใจและการให้ความหมายที่เห็นกันอย่างแพร่หลายนักในงานเขียนทางวิชาการในประเทศไทย

2. ความหมายของ “กฎหมาย” ในงานเขียนเรื่องสัญญาประชาคมของรุสโซ

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะมีบทบาทสำคัญในงานเขียนของรุสโซ และแนวคิดของรุสโซเองก็ถูกกล่าวอ้างถึงบ่อยครั้งในงานเขียนเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย แต่เรากลับไม่พบงานเขียนในภาษาไทยที่พยายามจะชี้ชวนให้เราทำความเข้าใจถึงความหมายของ “กฎหมาย” ภายใต้แนวคิดของรุสโซอย่างเป็นกิจจะลักษณะเลย งานเขียนโดยมากแม้กระทั่งงานเขียนของผู้เขียนฉบับที่ย้อนไปเมื่อสี่ปีก่อนเองก็ไม่ได้ปรากฏการตีความหรือแสวงหาความหมายของกฎหมายในแนวคิดของรุสโซ โดยมากแล้ว งานเขียนส่วนใหญ่จะละความหมายของกฎหมายไว้โดยถือว่าเป็นความหมายที่เข้าใจกันได้โดยทั่วไป และชี้ให้เห็นเพียงแต่ว่า กฎหมายของรุสโซนั้นเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นได้โดยปัจเจกที่รวมตัวกันเข้ามาเป็นรัฐ และไม่ได้มีการให้ความหมายใดที่มากไปกว่านี้⁴

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณางานของรุสโซอย่างละเอียด รวมถึงงานเขียนของนักคิดชาวต่างชาติ เช่น Joel Colón-Ríos, Christopher Bertram, และ Frank Marini จะพบว่า นักคิดทั้งสามท่านนี้ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าภายใต้งานเขียนของรุสโซ “กฎหมาย” คือคำที่ถูกใช้

⁴ โปรตดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563); บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553); ญัฐดนัย นาจันทร์, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2562).

แทนสิ่งที่เราอาจเรียกได้ว่าเป็น “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”⁵ ทั้งนี้ การตีความความหมายของกฎหมายในงานเขียนของรูสโซให้หมายความถึงกฎเกณฑ์ที่กำหนดรากฐานแห่งความเป็นรัฐคือรัฐธรรมนูญนี้ สอดคล้องกับคำอธิบายว่าด้วยกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในงานเขียนของรูสโซเรื่องสัญญาประชาคมในหลาย ๆ จุด เช่น ในตอนที่อธิบายถึงธรรมชาติของกฎหมาย รูสโซอธิบายว่ากฎหมายเป็นเรื่องของปัจเจกเป็นจำนวนมาก เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นนามธรรม และกฎหมายไม่สามารถถูกตราขึ้นเพื่อผูกมัดกลุ่มบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือควบคุมการกระทำใดเป็นการเฉพาะได้⁶ รูสโซยังกล่าวต่อไปด้วยว่า คำสั่งขององค์อธิปัตย์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องจำเพาะต่าง ๆ ไม่ใช่กฎหมาย แต่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่รูสโซเรียกว่า decree (หากแปลเป็นภาษาไทยอาจหมายถึงกฤษฎีกา หรือพระราชกฤษฎีกา)⁷

คำอธิบายของรูสโซที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ทำให้เราสามารถเข้าใจได้ว่า บรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำกิจกรรมบางประการซึ่งตามความเข้าใจในปัจจุบันถูกเรียกว่ากฎหมายนั้น เป็นคนละอย่างกับกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในงานเขียนของรูสโซ เนื่องจากเป็นสิ่งที่มิได้มีลักษณะขาดความ “ทั่วไป (generality)” ไม่ว่าจะ เป็นในแง่ของกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เหล่านั้น หรือในแง่ของกิจกรรมบางประการที่กฎเกณฑ์ทั้งหลายนั้นเข้าไปควบคุมดูแล ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ Colón-Ríos ที่ว่า เนื่องจากกฎหมายปัจจุบันมุ่งเน้นที่จะใช้บังคับกับบุคคลภายในรัฐในลักษณะที่เป็นปัจเจก ไม่ได้มุ่งหวังที่จะใช้กับบุคคลทั้งหลายในฐานะองค์รวมดังที่งานของรูสโซเรียกว่า องค์อธิปัตย์⁸ และกฎหมายทั้งหลายในปัจจุบันมักมุ่งเน้นควบคุมการกระทำหรือกิจกรรมใด ๆ

⁵ Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, p. 36; Christopher Bertram, *Jean Jacques Rousseau*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020); Frank Marini, *Popular Sovereignty but Representative Government: The Other Rousseau*, *Midwest Journal of Political Science*, Volume 11 Issue 4 (November 1967), p. 459.

⁶ Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, p. 28. “When I say that the object of laws is always general, I mean that law considers subjects en masse and actions in the abstract, and never a particular person or action.”

⁷ *Ibid.*, “Sovereign commands with regard to a particular matter is no nearer being a law, but is a decree, an act, not of sovereignty, but of magistracy.”

⁸ Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, p. 36.

ที่มีลักษณะเฉพาะ ซึ่งแตกต่างจากความมุ่งหมายของคำว่า “กฎหมาย” อันเป็นสิ่งที่ไปจัดการความสัมพันธ์หรือกิจกรรมต่าง ๆ ที่กระทำลงโดยองค์อธิปัตย์ กฎหมายภายใต้ความรับรู้ปัจจุบันจึงเป็นสิ่งที่แตกต่างจากกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในงานของรุสโซ⁹

ทั้งนี้ ความบางตอนจากงานเขียนของรุสโซยังแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า เมื่อเขากล่าวถึง “กฎหมาย” ในงานเขียนเรื่องสัญญาประชาคมนี้ เขาหมายถึงกฎหมายที่กำหนดรูปแบบของรัฐบาล¹⁰ โดยรุสโซเรียกกฎหมายในความหมายนี้ว่าเป็น “กฎหมายว่าด้วยการเมือง (political law)” ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนทั้งหลายภายในรัฐซึ่งรวมกันเป็นตัวตนหนึ่งเดียวคือองค์อธิปัตย์ หรือกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์อธิปัตย์กับรัฐ¹¹ กฎหมายว่าด้วยการเมืองนี้เป็นกฎหมายประเภทเดียวที่รุสโซให้ความสนใจศึกษาในงานเขียนเรื่องสัญญาประชาคม Marini ยกตัวอย่างเนื้อหาของกฎหมายที่ปรากฏในงานเขียนของรุสโซไว้ว่า “กฎหมายพื้นฐานนี้จะกำหนดรูปแบบของรัฐบาล แต่ไม่ระบุว่าใครจะเข้ามาเป็นรัฐบาล จะกำหนดว่าควรจะมีการแบ่งชั้นของประชาชน แต่จะไม่ระบุว่าใครจะอยู่ในลำดับชั้นใด”¹² นั่นทำให้กฎหมายมีลักษณะควบคุมปัจเจกชนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดโดยเฉพาะ หรือควบคุมกิจกรรมใดของเอกชนเป็นการเฉพาะ อันเป็นรูปลักษณะของกฎหมายที่เรามักจะคุ้นชินในปัจจุบันนั้นถูกมองว่าเป็นสิ่ง

⁹ Ibid.

¹⁰ Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, p. 42. “Among the different classes of laws, the political, which determine the forms of the government, are alone relevant to my subject.”

¹¹ Ibid., p. 41. “First, there is the action of the complete body upon itself, the relation of the whole to the whole, of the Sovereign to the State; and this relation, as we shall see, is made up of the relations of the intermediate terms.

The laws which regulate this relation bear the name of political laws, and are also called fundamental laws, not without reason if they are wise.”

¹² Frank Marini, *Popular Sovereignty but Representative Government: The Other Rousseau*, p. 459. “These fundamental laws, such as what form of government will exist (but not who will be the governors) and whether there will be classes of people (but not who will be in each class).”

ที่เกิดขึ้นจากการตีความหรือปฏิบัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้โดยองค์อธิปัตย์ซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกทำลงโดยรัฐบาล¹³

3. บทสรุป

ข้อความทั้งหลายที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นคือตัวอย่างของข้อความที่ปรากฏอยู่ในงานเขียนของรุสโซเอง และตัวอย่างการตีความโดยนักคิดต่างประเทศที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า “กฎหมาย” ในงานของรุสโซนั้นสามารถถูกตีความและอธิบายในฐานะของกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ การตีความในลักษณะนี้จะส่งผลสำคัญอย่างมากต่อการอ่านงานของรุสโซในส่วนอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอำนาจนิติบัญญัติ (legislative power) ซึ่งตามงานของรุสโซแล้วเป็นอำนาจที่ใช้ในการตรารัฐธรรมนูญและถูกใช้ได้โดยประชาชนเท่านั้น ไปจนถึงการทำความเข้าใจงานของรุสโซในบางประการ เช่น ข้อวิพากษ์ของรุสโซที่มีต่อประเทศอังกฤษว่าไม่มีเสรีภาพที่แท้จริงเพราะปล่อยให้รัฐสภาใช้อำนาจในการตรากฎหมาย (ในนัยของรัฐธรรมนูญ) แทนประชาชน¹⁴

ผู้เขียนอยากจะนำเสนอและชี้ชวนให้ผู้ที่มีความสนใจในการศึกษากฎหมายมหาชน รวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญมาร่วมถกเถียงถึงการตีความในประเด็นนี้มากขึ้น ในแง่ของกฎหมายมหาชน ผู้เขียนเชื่อว่าการตีความในลักษณะนี้จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคำอธิบายแนวคิดของรุสโซที่นำเสนออยู่ในประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ การตีความในลักษณะนี้ย่อมมีประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้ที่สนใจศึกษาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดของรุสโซ เพราะหากการตีความค่านักกฎหมายเช่นว่านี้ถูกต้องแล้ว รุสโซก็ควรจะถูกนับว่าเป็นคนแรก ๆ ที่วางรากฐานให้กับแนวคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชน ซึ่งดำรงอยู่ก่อนช่วงเวลาแห่งการปฏิวัติฝรั่งเศสอันเป็น

¹³ Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, pp. 40-41.

¹⁴ Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, p. 74. “The people of England regards itself as free; but it is grossly mistaken; it is free only during the election of members of parliament. As soon as they are elected, slavery overtakes it, and it is nothing. The use it makes of the short moments of liberty it enjoys shows indeed that it deserves to lose them.”

ช่วงเวลาที่ยูเอชเอ็นเอเสนอหลักการแห่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดังกล่าวออกสู่สาธารณะ
นั่นเอง¹⁵

ทั้งนี้ การอ่านและตีความงานเขียนของรุสโซ้นั้นสามารถทำได้ผ่านมุมมองที่แตกต่างกันไป
การตีความดังที่ปรากฏในบทความนี้คือการมองรุสโซ้ในฐานะของผู้สนับสนุนหลัก (proponent)
ของแนวคิดที่ว่าด้วยการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งแพร่หลายเป็นอย่างมากในวงการ
นิติศาสตร์ของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ยังมีรูปแบบการตีความงานของรุสโซ้ที่น่าสนใจ
อีกหลายประการ ตัวอย่างที่สำคัญเช่น การตีความงานเขียนของรุสโซ้โดย ฮันส์ เคลเซน
(Hans Kelsen) ซึ่งมองว่าแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมและการสร้าง “กฎหมาย” ภายใต้
“เจตจำนงร่วมกันของประชาชน” ในงานของรุสโซ้นั้นให้ความสำคัญกับเสรีภาพของปัจเจกชน
ข้างมาก (majority) โดยไม่คำนึงถึงเสียงข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วยกับระบบการปกครองที่เสียงข้างมาก
เลือก (overruled minority) การตีความในลักษณะนี้แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะกล่าวว่
งานของรุสโซ้นั้นมีความขัดแย้ง (paradox) ในตัวเอง เนื่องจากโดยภาพรวมแล้ว งานเขียนเรื่อง
สัญญาประชาคมของรุสโซ้มุ่งแสวงหาระบบการปกครองที่จะทำให้ปัจเจกชนทั้งหลายบรรลุสู่
เสรีภาพที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม งานเขียนเดียวกันนี้ยังแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่ว่า
ภายใต้สังคมที่สร้างขึ้นบนฐานคิดจากงานของรุสโซ้ จะมีประชาชนเสียงข้างน้อยที่ถูกบังคับ
ให้ต้องอยู่ใต้เสรีภาพที่เลือกโดยเสียงข้างมาก (forced to be free)¹⁶ อยู่ ซึ่งการตีความเช่นนี้
และการตีความอื่น ๆ ที่เป็นไปได้สมควรที่จะถูกถกเถียงกันในวงวิชาการของประเทศไทย
ให้มากขึ้น อันจะทำให้การทำความเข้าใจต่องานเขียนของรุสโซ้ซึ่งถูกใช้เป็นฐานการอธิบาย
แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศไทยมีการพัฒนา
และมีความน่าสนใจมากยิ่งขึ้นต่อไป¹⁷

¹⁵ หนังสือเรื่อง Qu'est-ce que le Tiers-État? ของซีเอชเอ็นเอตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1789
ในขณะที่หนังสือเรื่อง Du contrat social ของรุสโซ้ตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1762

¹⁶ Hans Kelsen, *The Essence and Value of Democracy*, (Lanham: Rowman & Littlefield
Publishers, 2013), pp. 33-37.

¹⁷ ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิประเมินคุณภาพบทความที่กรุณาอ่านประเมินคุณภาพ
บทความชิ้นนี้และชี้ให้เห็นถึงประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้ ในความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิฯ นั้นได้ชี้ให้เห็นถึงข้อสรุป
ที่ว่า หากอ้างอิงตามงานเขียนของเคลเซน แนวคิดของรุสโซ้สามารถนำไปสู่การปกครองแบบเผด็จการ
ในนามปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียว (homogeneity of the people) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง

บรรณานุกรม

- Christopher Bertram, **Jean Jacques Rousseau in The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Metaphysics Research Lab: Stanford University, 2020).
- Frank Marin, **Popular Sovereignty but Representative Government: The Other Rousseau**, Midwest Journal of Political Science, Volume 11 Issue 4 (November 1967).
- Jean-Jacques Rousseau, **The Social Contract**, Translated by G. D. H. Cole, Edited by Jonathan Bennett, (1762).
- Joel Colón-Ríos, **Constituent Power and the Law**, (New York: Oxford University Press, 2020).
- Hans Kelsen, **The Essence and Value of Democracy**, (Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2013).
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).
- ญัฐดนัย นาจันทร์, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2562).
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553).

แนะนำหนังสือกฎหมาย (Law Book Recommendation)

การแข่งขันเสมือนจริง: คำสัญญาและภัยอันตรายของเศรษฐกิจ ที่ถูกขับเคลื่อนโดยอัลกอริทึม

Virtual Competition: The Promise and Perils of the
Algorithm-Driven Economy

อาภาเพ็ญ ปันดวง*

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายแพ่งและธุรกิจ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Apapen Panduang

Lecturer in Civil and Business Law, School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 26 มกราคม 2566; วันที่แก้ไขบทความ 7 มีนาคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 8 มีนาคม 2566

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; เนติบัณฑิตไทย; Master of Laws in International Trade and Commercial Law, University of Durham (Distinction); Master of Laws in Intellectual Property and Information Law, King's College London (Merit); อีเมลติดต่อ apapen.pan@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

หนังสือเรื่อง “การแข่งขันเสมือนจริง: คำสัญญาและภัยอันตรายของเศรษฐกิจที่ถูกขับเคลื่อนโดยอัลกอริทึม” โดย Ariel Ezrachi และ Maurice E. Stucke หนังสือเล่มนี้เป็นการบูรณาการในขอบเขตของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้เขียนได้ตั้งคำถามหลายคำถามที่ทันต่ยุคสมัย อีกทั้งนำเสนอคติตัวอย่างที่มีประโยชน์จากสองฝั่งของมหาสมุทรแอตแลนติก ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในยุโรป ในเนื้อหาของหนังสือเล่มนี้ผู้เขียนได้นำเสนอโดยเปรียบเทียบสถานการณ์การสมคบคิดขององค์กรธุรกิจตั้งแต่การดำเนินธุรกิจแบบดั้งเดิมที่องค์กรธุรกิจได้เสนอขายสินค้าและบริการต่อผู้บริโภคแบบตัวต่อตัว จนกระทั่งถึงยุคสมัยที่มีการดำเนินธุรกิจในรูปแบบใหม่ ซึ่งการสมคบคิดแบบใหม่นี้เองได้ก่อกำเนิดขึ้นและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่อาจจะครอบคลุมถึงและเข้าไปแก้ปัญหาในการดำเนินธุรกิจในรูปแบบนี้ได้ หนังสือเล่มนี้ยังให้คำเตือนแก่ผู้อ่านว่าธุรกิจที่ทรงอิทธิพลเหล่านี้ดำเนินธุรกิจและเพิ่มผลกำไรอย่างไร แต่กลับไม่ได้คำนึงถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคเลย นอกจากนี้คำถามที่น่าสนใจอีกข้อหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาในหนังสือเล่มนี้คือ ทฤษฎีมือที่มองไม่เห็นของอดัม สมิธ ว่าแนวคิดนี้สามารถทำงานอยู่ได้มากน้อยเพียงใดในโลกดิจิทัล สุดท้ายนี้ผู้เขียนได้เสนอข้อเสนอแนะโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อผู้บังคับกฎหมายเพื่อที่จะป้องกันหรือยับยั้งไม่ให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด ดังนั้นหนังสือเล่มนี้จึงเหมาะสำหรับผู้ที่มีความสนใจทางด้านการแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นในโลกของเทคโนโลยี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการรับมือกับปัญหาที่เกิดจากการพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้งของเทคโนโลยีที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ไม่ว่าจะเป็นนักเศรษฐศาสตร์ ผู้พิพากษา คณะกรรมการแข่งขัน คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงบุคคลผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายท้ายที่สตุรธบาลมีบทบาทอย่างมากในการกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม

คำสำคัญ: กฎหมายการแข่งขันทางการค้า; การจำกัดการแข่งขัน; การกำหนดราคาโดยอัลกอริทึม; การเลือกปฏิบัติด้านราคา

Abstract

“Virtual competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy” is written by Ariel Ezrachi and Maurice E. Stucke. This book is an integration in the realm of Competition Law and Personal Data Protection Law by raising timely questions as well as illustrating useful cases from two sides of Atlantic, in the United States and Europe. In details, this book compares the collusion scenarios from a traditional business, like brick-and-mortar that offers products and services to its customers face-to-face, to new business models where the new forms of collusions are established and beyond the reach of competition law. This book also provides readers caveat of how powerful firms operate their businesses and maximise their profits while regardless of our personal data safeguards. Another interesting question was raised in the book is to what extent the invisible hand theory of Adam Smith is still at work in the digital world. Finally, suggestions, especially to law enforcers, are introduced by the authors in order to prevent or deter anti-competition. Therefore, this book is suitable for those who are interested in competition in the world of technology, and related agencies in dealing with the problems arising from the relentless development of technology affecting competition. These include economists, judges, Competition Commission, Personal Data Protection Committee, encompassing law enforcement agencies. Ultimately, the government plays a huge role in regulating fair competition policies.

Keywords: Competition Law; Anti-Competition; Pricing Algorithms; Price Discrimination

ชื่อหนังสือ: Virtual Competition: The promise and perils of the Algorithm-driven economy

ผู้เขียน: Ariel Ezrachi และ Maurice E. Stucke

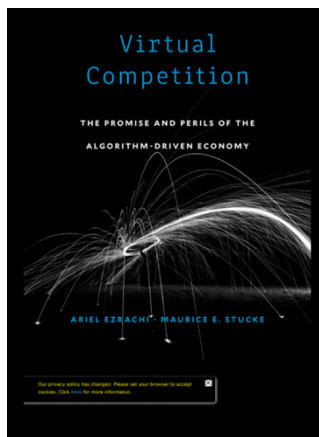
ขนาด: 5.4 x 1 x 8.2 นิ้ว

จำนวน: 368 หน้า

ราคา: 700 บาท

จัดพิมพ์โดย: Harvard University Press

ISBN: 978-067-242-158-9



นับได้ว่าสังคมปัจจุบันได้ก้าวเข้าสู่สังคมดิจิทัลอย่างเต็มรูปแบบซึ่งเทคโนโลยีนี้มีความสำคัญอย่างมากและปฏิเสธไม่ได้เลยว่าเทคโนโลยีเหล่านั้นนี้ให้ความสะดวกแก่ผู้บริโภคมากเพียงใด ไม่ว่าจะเป็นการซื้อของทางออนไลน์ การทำธุรกรรมทางการเงินออนไลน์ การเปรียบเทียบราคาของสินค้าผ่านเว็บไซต์ได้โดยผู้บริโภคไม่ต้องเดินทางไปตามร้านสะดวกซื้อต่าง ๆ เพื่อที่จะเปรียบเทียบราคาสินค้าอุปโภคบริโภคแต่ละชิ้นหรือการให้บริการแต่ละแห่ง ผู้บริโภคสามารถทำสิ่งเหล่านี้ได้เพียงปลายนิ้วโดยใช้สมาร์ทโฟนโดยไม่เสียค่าบริการ เทคโนโลยีเหล่านี้ดูเหมือนจะให้คำสัญญาเป็นการพัฒนาคุณภาพและการเลือกซื้อสินค้าและใช้บริการที่กว้างขึ้นแก่ผู้บริโภค อย่างไรก็ตามผู้บริโภคไม่อาจจินตนาการได้เลยว่าสิ่งที่จะต้องแลกมาเพื่อการใช้บริการโดยให้เปล่านั้น ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วด้วย “ข้อมูลส่วนบุคคล” หรืออาจกล่าวได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลนี้เป็นอัตราแลกเปลี่ยนเงินชนิดใหม่ก็ว่าได้ การให้บริการขององค์กรธุรกิจหรือแพลตฟอร์มใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งานเป็นตัวค้นหาจากการจดจำรูปแบบพฤติกรรมของ

ผู้ใช้เพื่อให้บริการที่ดีขึ้นผ่านเครื่องมืออันชาญฉลาดอย่างอัลกอริทึม แต่อาจเสนอขายสินค้าหรือบริการให้ผู้บริโภคแต่ละรายในราคาที่ไม่เท่ากันส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางราคา (price discrimination) จนนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันทางการค้าในรูปแบบใหม่ผ่านอำนาจการขับเคลื่อนโดยอัลกอริทึม (a new algorithm-driven-power) สถานการณ์เช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ในการแข่งขันแบบเสมือนจริง (virtual competition) ซึ่งประเด็นปัญหาเหล่านี้มีความน่าสนใจและมีความจำเป็นที่หน่วยงานทางการแข่งขันและหน่วยงานที่ควบคุมดูแลข้อมูลส่วนบุคคลรวมถึงผู้บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องควรให้ความสำคัญอย่างมีนัยสำคัญเพื่อกลับมาประเมินและตีความเครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่เพื่อป้องกันและลดโทษการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในรูปแบบใหม่ โดยนำสถานการณ์ตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงและข้อเสนอแนะจากหนังสือเล่มนี้มาพิจารณาและประยุกต์กับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ในตลาดการแข่งขันของประเทศไทย

การแข่งขันในตลาดแบบเสมือนจริงนี้ได้ถูกนำมาอภิปรายกันอย่างกว้างขวางในวงการวิชาการต่างประเทศอย่างประเทศภาคพื้นในยุโรปและสหรัฐอเมริกา และหนังสือที่น่าสนใจเล่มนี้ถูกเขียนโดย Ariel Ezrachi ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบริษัทกฎหมายซึ่งเป็นหนึ่งในบริษัทที่มีชื่อเสียงที่สุดในโลกและเป็นบริษัทกฎหมายชั้นนำในลอนดอน สหราชอาณาจักร นอกจากนี้ยังเป็นผู้อำนวยการของศูนย์กฎหมายและนโยบายการแข่งขันทางการค้าของมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ประเทศอังกฤษอีกด้วย โดยหนังสือเล่มนี้ได้เขียนร่วมกับ Maurice E. Stucke ศาสตราจารย์ทางกฎหมายของมหาวิทยาลัยเทนเนสซี ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีประสบการณ์กว่า 25 ปี ในการจัดการกับปัญหาด้านนโยบายทั้งทางภาครัฐและเอกชน นอกจากนี้ยังเป็นผู้ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล องค์กรระหว่างประเทศ เช่น คณะกรรมาธิการยุโรป (the European Commission), องค์กรสหประชาชาติ (United Nations), องค์กรเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) รวมไปถึงธนาคารโลก (World Bank)

เนื้อหาของหนังสือเล่มนี้แบ่งออกเป็น 5 ส่วน (part) และแบ่งออกเป็นบทย่อย ๆ อีก 19 บท (chapter) ด้วยกัน โดยบทแรกผู้เขียนกล่าวถึงสองประเด็นหลักที่ขัดแย้งกัน (two contradictory themes) ระหว่างคำสัญญาของการดำเนินธุรกิจแบบออนไลน์ที่ดูเหมือนจะทำให้สภาพแวดล้อมการแข่งขันนั้นดีขึ้นและถ่วงถ่วงที่มากพร้อมกับการดำเนินธุรกิจเช่นนั้น โดยใน ส่วนแรกเทคโนโลยีได้ให้ประโยชน์อย่างมากมายแก่สังคมรวมถึงการแสดงให้เห็นถึงข้อดีของการมีออนไลน์แพลตฟอร์ม อย่างเช่น มีการแข่งขันในตลาดที่เพิ่มขึ้น ตลาดมีความโปร่งใส

ผู้บริโภคมีข้อมูลในการเลือกซื้อสินค้าและบริการที่มากขึ้น ดังนั้นความไม่เท่าเทียมทางข้อมูลระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อก็ลดลงตามไปด้วย และท้ายที่สุดเป็นประโยชน์แก่สวัสดิการผู้บริโภค (consumer welfare) นอกจากนี้เทคโนโลยีช่วยลดค่าใช้จ่ายที่ผู้บริโภคจะต้องเปรียบเทียบราคาของสินค้าในร้านสะดวกซื้อ (reducing search costs) และตลาดมีความเป็นพลวัตมากขึ้น มีผู้เข้ามาดำเนินธุรกิจในตลาดมากขึ้น และลดค่าใช้จ่ายของผู้ดำเนินธุรกิจเองโดยนำอัลกอริทึมที่ซับซ้อนเข้ากำหนดราคาเพื่อปรับเปลี่ยนราคาให้สอดคล้องกับราคาตลาดและความต้องการของผู้บริโภค (customer's preferences) ได้ทันทั่วทั้ง ท้ายที่สุดข้อดีต่าง ๆ เหล่านี้นำไปสู่การคาดเดาและสามารถตั้งสมมติฐานได้ว่าปัญหาการจำกัดการแข่งขันทางการค้าดูเหมือนจะลดลงตามไปด้วย การผูกขาดการแข่งขันทางการค้าก็แทบจะเป็นไปไม่ได้ ความตกลงโดยองค์กรธุรกิจที่จะผูกขาดทางการค้า กำหนดราคาและหากำไรจากการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (cartel) ก็ยากที่จะทนทานในโลกดิจิทัลนี้ได้ แต่กระนั้นผู้เขียนก็ได้ตั้งข้อสังเกตเพื่อที่จะทำลายน้ำหนักที่ว่าเทคโนโลยีนั้นนำไปสู่ประโยชน์ทั้งปวงตามคำสัญญา ซึ่งการนำอัลกอริทึมที่เรียนรู้ได้ด้วยตนเอง (self-learning algorithm) ข้อมูลขนาดใหญ่ (big data) และการวิเคราะห์ขนาดใหญ่ (big analytics) โดยออนไลน์แพลตฟอร์มเช่น อเมซอน (Amazon) มาใช้เพื่อก่อให้เกิดการได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ (comparative advantage) แก่ธุรกิจตนเองและเพื่อเอาชนะการค้าแบบดั้งเดิม (Brick-and-Mortar) เช่น ร้านวอลมาร์ต (Walmart Stores, Inc.) ที่ธุรกิจรุ่งเรืองอย่างมากในการดำเนินธุรกิจแบบดั้งเดิม แต่ต้องพ่ายแพ้ให้กับการค้าดำเนินธุรกิจแบบออนไลน์อย่าง อเมซอน (Amazon) เนื่องจากไม่สามารถปรับตัวให้ทันต่อธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปรวดเร็วเช่นนั้นได้ ทั้งในแง่ของเงินทุนและเทคโนโลยีขั้นสูง จากนั้นผู้เขียนจึงเริ่มเข้าสู่การอธิบายในบริบทของปัญหาที่มักพบอยู่เป็นเนื่อง ๆ ในการแข่งขันทางการค้าแบบเดิมที่รัฐบาลแทบจะไม่มีบทบาทและเข้ามาแทรกแซงในการแข่งขัน ซึ่งผู้เขียนได้ตั้งคำถามที่น่าสนใจว่าในการแข่งขันในโลกดิจิทัลที่มีการแข่งขันและพลวัตในตลาดอย่างมากนี้ ระหว่างทฤษฎีมือที่มองไม่เห็นของอดัม สมิท หรือการกำหนดนโยบายโดยรัฐบาล วิธีการไหนสามารถที่จะแก้ปัญหาในเรื่องของการผูกขาด การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาและการสมคบคิดระหว่างองค์กรธุรกิจได้ดีกว่ากัน และสุดท้ายนี้ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นว่า แม้อตลาดออนไลน์ (online market) จะมีประโยชน์อย่างมากแต่เมื่อกลับมาลองอีกครั้งจะพบว่าตลาดออนไลน์ได้เผยให้เห็นถึงอันตรายอย่างมากมาย และหนึ่งในนั้นคงจะหนีไม่พ้นอันตรายที่เกิดขึ้นกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค

ซึ่งผู้เขียนได้ตั้งคำถามให้ชวนคิดอีกข้อหนึ่งว่าเครื่องมือทางกฎหมายที่มีนั้นเพียงพอหรือไม่ในการป้องกันหรือแก้ไขอันตรายที่เกิดขึ้น

ส่วนที่สองนี้ ผู้เขียนกล่าวถึงสถานการณ์การสมคบคิดในรูปแบบต่าง ๆ โดยองค์กรธุรกิจ (the collusion scenarios) อันมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ส่วนนี้เริ่มต้นด้วยคำถามที่ชวนคิดว่า เมื่อคู่แข่งทางธุรกิจร่วมสมคบคิดกันกำหนดราคา (price fixing) เพื่อจำกัดการแข่งขันและบงกชโทษสุดท้ายคือถูกจำคุก แต่จะเกิดอะไรขึ้นหากอัลกอริทึมสามารถที่จะกำหนดราคาได้เองหรือช่วยบุคคลในองค์กรนั้นกำหนดราคาในตลาดได้ ส่วนนี้จึงเป็นการนำเสนอการสมคบคิดในรูปแบบใหม่ที่แตกต่างไปจากการทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันแบบดั้งเดิม (classic cartel agreement) ซึ่งผู้เขียนได้อภิปรายถึง 4 แบบด้วยกันที่คอมพิวเตอร์อัลกอริทึมเข้าไปมีบทบาทในการกำหนดราคาในตลาด

แบบแรกเรียกว่า “Messenger” อัลกอริทึมในรูปแบบนี้เปรียบเสมือนผู้ส่งสารหรือเป็นตัวกลาง (intermediary) ในการช่วยให้มนุษย์แสดงออกถึงเจตนาหรือเจตจำนงเพื่อทำความเข้าใจความตกลงในการจำกัดการแข่งขันให้เกิดขึ้นได้เท่านั้น เพราะคอมพิวเตอร์อัลกอริทึมในรูปแบบนี้เพียงทำตามคำสั่งของผู้เขียนโปรแกรมหรือผู้ควบคุมเท่านั้น ซึ่งจุดนี้ผู้ฟ้องคดีการแข่งขันคงจะไม่พบกับความยากลำบากมากนักที่จะเอาผิดกับผู้กระทำผิดและส่งผลให้ไม่สามารถที่จะลงโทษคอมพิวเตอร์อัลกอริทึมได้ เพียงแต่การใช้คอมพิวเตอร์เป็นตัวกลางและเป็นการลดความรู้สึกผิดของบริษัทที่ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำผิดลงมาเท่านั้น ผู้เขียนได้เปรียบเทียบกรณีนี้กับกรณีศึกษาทางจิตวิทยากรณีหนึ่งโดยกล่าวไว้ได้อย่างน่าสนใจว่า ผู้คนมักจะมีควมรับรู้ว่ายอันตรายโดยอ้อมจะมีปัญหาน้อยกว่าอันตรายโดยตรง และส่งผลให้ความรู้สึกผิดนั้นน้อยลงไปด้วย

รูปแบบที่สองเรียกว่า “Hub and Spoke” โดยผู้เขียนมุ่งอภิปรายถึงกรณีที่คอมพิวเตอร์เปรียบเสมือนเป็น Hub ถูกใช้เป็นเสมือนศูนย์กลางหรือช่องทางติดต่อสื่อสารหรือที่เรียกว่า Algorithm-Fueled Hub and Spoke เพื่ออำนวยความสะดวกในการสร้างความตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่งทางธุรกิจ ส่วนที่น่าสนใจในบทนี้คือคดีตัวอย่าง แพลตฟอร์มอย่างอูเบอร์ (the Hub) อัลกอริทึมของอูเบอร์ถูกเรียกว่าอัลกอริทึมแบบผูกขาด เนื่องจากอัลกอริทึมที่นั่นรับรู้และปรับเปลี่ยนราคาค่าโดยสารจากสถานการณ์หรือความต้องการของผู้โดยสารมากกว่าที่จะเป็นราคาที่แท้จริงในตลาด อูเบอร์ใช้อัลกอริทึมในการกำหนดราคาของคนขับรถ (the Spokes) และเรียกเก็บเงินค่าโดยสารจากบัตรเครดิตของผู้โดยสารโดยอัตโนมัติ

โดยที่คนซบถและผู้โดยสารไม่สามารถที่จะต่อรองราคาโดยสารกันได้ แต่สถานการณ์และความต้องการของผู้โดยสารในแต่ละช่วงเวลาจะเป็นตัวกำหนดราคาโดยสารและในบางครั้งอาจจะสูงกว่าราคาปกติหลายเท่าตัว นอกจากนี้ผู้เขียนได้อธิบายและยกตัวอย่างถึงการดำเนินธุรกิจของอูเบอร์ที่สร้างความกังวลให้กับการแข่งขันทางการค้าในอีกหลาย ๆ สถานการณ์ก่อนที่จะนำผู้อ่านเข้าสู่หัวข้อต่อไปคือความท้าทายของการบังคับใช้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งก่อให้เกิดความกังวลแก่คณะกรรมการการแข่งขัน เช่น หากอัลกอริทึมที่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินธุรกิจธรรมดา (a common algorithm) สามารถสร้างความปั่นป่วนทางราคาในตลาดเองโดยที่ผู้ดำเนินธุรกิจไม่ได้มีความเกี่ยวข้อง สถานการณ์เช่นนี้ทำให้การหาหลักฐานอย่างเช่นเจตนา (intent) เพื่อที่จะเอาผิดกับผู้กระทำผิดก็อาจจะเป็นไปได้ยากมากขึ้น

ส่วนรูปแบบที่สามนี้เรียกว่า “Tacit collusion” (การสมคบคิดโดยปริยาย) และ “Predictable Agent” ซึ่งผู้เขียนเริ่มต้นด้วยการอธิบายความหมายของคำว่า Tacit collusion และมีความแตกต่างจากการสมคบคิดโดยชัดแจ้ง (express collusion) อย่างไร ถึงแม้ว่าวิธีการทั้งสองจะนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกันแต่ Tacit collusion ด้วยตัวมันเองไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะไม่มีความตกลงที่ชัดแจ้งระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญเพื่อพิสูจน์ถึงการเปลี่ยนแปลงพลวัตของตลาดและนำไปสู่ความผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หากแต่เป็นเพียงการปรับลดราคาตามราคาของบริษัทผู้นำราคา (the price leader) เท่านั้น ซึ่งถ้าหากทุก ๆ บริษัทในตลาดโดยเฉพาะตลาดซึ่งมีผู้แข่งขันน้อยราย (oligopolistic market) ปรับลดราคาตามบริษัทผู้นำราคา ท้ายที่สุดก็จะไม่มีบริษัทใดเลยที่ได้กำไรหรือประโยชน์จากการปรับลดราคาและแรงจูงใจในการลดราคานี้ ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างกรณีศึกษาของ Martha’s Vineyard ซึ่งเป็นเกาะทางตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศสหรัฐอเมริกาและมีสถานีบริการน้ำมัน (gas station) อยู่เพียง 9 แห่ง จำเลยในคดีนี้เป็นเจ้าของสถานีบริการน้ำมัน 4 แห่งจาก 9 แห่งบนเกาะนี้ สถานีบริการน้ำมันจำเลยปรับราคาน้ำมันขึ้นทั้ง 4 แห่งทำให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้มาพักอาศัยบนเกาะในช่วงฤดูร้อนไม่พอใจแต่อย่างไรก็ดีศาลในคดีนี้กล่าวว่า การเพิ่มราคาน้ำมันกรณีของ Martha’s Vineyard เป็นการเพิ่มราคาแบบโปร่งใส เนื่องจากสถานีบริการน้ำมันคู่แข่งสามารถเห็นราคาที่เพิ่มขึ้นได้จากป้ายของสถานีบริการน้ำมันและสามารถปรับเปลี่ยนราคาเพื่อให้สอดคล้องกับราคาของสถานีบริการน้ำมันผู้นำราคาได้อย่างทันท่วงที แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำของจำเลยในคดีนี้นำไปสู่ผลลัพธ์ของการจำกัดการแข่งขัน (cartel) เช่นเดียวกัน กล่าวคือ สินค้ามีราคาสูงและผู้ประกอบการ

ได้กำไรมาก โดยปราศจากวิธีการที่ผิดกฎหมาย เช่น การตกลงอย่างชัดแจ้งระหว่างบริษัท ในการกำหนดราคา แต่นอกจากนี้ผู้เขียนอธิบายต่อไปว่าการนำอัลกอริทึมมาใช้ในการกำหนดราคา ยังเป็นการช่วยส่งเสริมการสมคบคิดโดยปริยายได้อย่างไรด้วย เนื่องจากอัลกอริทึมสามารถประเมินและปรับเปลี่ยนราคาสินค้าได้เพียงเสี้ยววินาที โดยศึกษาหรือทำนายจากรูปแบบในการกำหนดราคาและการตัดสินใจทางการค้าของบริษัท ซึ่งทำให้บริษัทสามารถปรับเปลี่ยนให้ทันกับการลดราคาของคู่แข่งได้ ในหัวข้อสุดท้ายผู้เขียนได้อภิปรายถึงความท้าทายการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายพร้อมทั้งตั้งคำถามว่าเหตุใดการสมรู้ร่วมคิดรูปแบบนี้จึงได้หลุดลอดไปจากสายตาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยผู้เขียนกล่าวว่า “ถึงแม้จะเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายแต่ไม่ได้หมายความว่า เป็นสิ่งที่พึงปรารถนา” และถึงแม้ในบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มีความพยายามที่จะเอาผิดกับบริษัทที่กระทำผิดในรูปแบบที่สามนี้ แต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จ

แบบสุดท้ายเรียกว่า “Artificial intelligence, God view, and Digital eye” แตกต่างจากสามรูปแบบแรกอย่างมาก โดยผู้เขียนได้เริ่มกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างการสมคบกันเพื่อกำหนดราคาในการจำกัดการแข่งขันโดยมนุษย์และการจำกัดการแข่งขันโดยรูปแบบของดิจิทัล ขณะที่ปัญญาประดิษฐ์ (artificial intelligence) ได้ถูกพัฒนาต่อเนื่องจากมาสู่รูปแบบของการที่มันสามารถเรียนรู้ได้ด้วยตนเอง (self-learning) และกรณีนี้เองทำให้นำไปสู่ความน่ากังวลใจเพราะถ้าหากอัลกอริทึมที่บริษัทต่าง ๆ ใช้เพื่อตอบสนองการปรับเปลี่ยนราคาในตลาดนั้นสามารถสื่อสารกันได้ ดังนี้ ถึงแม้ว่าบริษัทจะทราบว่าการใช้อัลกอริทึมมีความเสี่ยงที่จะนำไปสู่การสมคบกันโดยปริยายได้ แต่บริษัทไม่มีทางทราบได้เลยว่าอัลกอริทึมได้สมคบกันตั้งแต่เมื่อใดและนานเท่าใดแล้วในการกำหนดราคาในตลาด และด้วยเหตุนี้เองทำให้ยากต่อการพิสูจน์หรือหาหลักฐานได้ว่ามีสัญญาณระหว่างกันระหว่างผู้ประกอบการในการจำกัดการแข่งขัน และนำไปสู่ปัญหาที่ว่ามนุษย์ควรรับผิดชอบสำหรับการกระทำของอัลกอริทึมหรือไม่ หรือสุดท้ายแล้ว ผู้บริโภคจะได้รับผลกระทบโดยไม่สามารถโทษใครได้

สำหรับส่วนที่สามผู้เขียนกล่าวถึงเรื่องการเลือกปฏิบัติจากพฤติกรรมของผู้บริโภค (behavioural discrimination) โดยแบ่งเป็นบทย่อย ๆ อีก 5 บทด้วยกัน บทแรกได้กล่าวถึงการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination) เป็นกรณีที่ผู้บริโภคถูกตั้งราคาสำหรับสิ่งของแต่ละชิ้นหรือบริการแต่ละบริการแตกต่างกันไป แต่ก็ไม่เสมอไปที่ผู้บริโภคต้องชำระราคาสิ่งของหรือบริการแตกต่างกันจนนำไปสู่การเลือกปฏิบัติทางราคา ผู้เขียนได้อธิบายถึง

ความแตกต่างระหว่างพลวัตทางราคา (dynamic pricing) และการเลือกปฏิบัติทางราคา ขณะที่อย่างแรกถูกปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่ออุปสงค์และอุปทานในตลาด แต่ในทางปฏิบัตินี้ ทั้งสองสิ่งนี้อาจมีความคล้ายคลึงกันจนไม่สามารถแยกออกได้โดยง่าย พร้อมกับตั้งคำถามว่า แล้วเหตุใดบริษัทจึงมีการเลือกปฏิบัติทางราคา จากนั้นผู้เขียนจึงชี้ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติทางราคาโดยสมบูรณ์แบบ (perfect price discrimination) และข้อมูลส่วนบุคคลคือปัจจัยสำคัญที่ทำให้การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาสมบูรณ์แบบขึ้นมาได้ แล้วบริษัททำอย่างไรจึงได้ ข้อมูลของผู้บริโภคแต่ละรายมาเพื่อกำหนดราคาให้แตกต่างกัน คำตอบที่ได้ อาจใกล้ตัวเรามากกว่าที่คิด กล่าวคือจากบัตรสมาชิกต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมอบให้เพื่อเป็นการสะสมคะแนนเพื่อแลกซื้อสินค้าในคราวถัดไปหรือเป็นส่วนลด แต่ขณะเดียวกันข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคก็ถูกสอดส่องและถูกติดตามโดยอัลกอริทึมของผู้ประกอบการเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้โต้แย้งว่าการเลือกปฏิบัติทางราคาโดยสมบูรณ์แบบยังไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้ พร้อมกับชี้ให้เห็นถึงปัจจัยที่สำคัญสามประการที่ทำให้การเลือกปฏิบัติทางราคาโดยสมบูรณ์ไม่อาจเกิดขึ้นได้หากขาดปัจจัยเหล่านี้ ซึ่งหนึ่งในนั้นคงจะหนีไม่พ้นเรื่องของคุณภาพข้อมูลส่วนบุคคล บทถัดไปผู้เขียนอภิปรายถึงการอาศัยข้อมูลขนาดใหญ่ (big data) และการวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่ (big analytics) ที่มีส่วนทำให้การเลือกปฏิบัติโดยสังเกตจากพฤติกรรมของผู้บริภคณั้่นเกิดขึ้นซึ่งยังผู้ประกอบการสามารถเก็บข้อมูลได้เร็วและมากเท่าไร ผู้ประกอบการก็ยังสามารถที่จะจัดกลุ่ม (segment) ผู้บริโภคได้ดีขึ้นเท่านั้น และตรงนี้เองได้สร้างอีกหนึ่งความกังวลใจเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จากนั้นผู้เขียนชวนผู้อ่านพิจารณาถึงผลกระทบด้านสวัสดิการ (welfare) จากการเลือกปฏิบัติจากพฤติกรรมของผู้บริโภค ผู้เขียนตั้งคำถามว่าเหตุใดหลายคนจึงชอบการเลือกปฏิบัติทางพฤติกรรม เพราะอาจทำให้บางคนต้องชำระราคาสูงหรือต่ำแตกต่างกันไปตามความชอบ ตำแหน่งที่อยู่ และรายได้ ผู้เขียนได้อภิปรายถึงข้อดีบางประการที่การเลือกปฏิบัตินี้ยังคงมีพื้นที่ในสังคมอยู่ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนกล่าวถึงความกังวลในเรื่องของการเลือกปฏิบัติดังกล่าวจะนำไปสู่ปัญหาความเหลื่อมล้ำได้ (wealth inequality)

ในบทสุดท้ายของส่วนที่สามนี้กล่าวถึงการเปรียบเทียบราคาบนเว็บไซต์ (price comparison on websites: PCWs) และกลไกการค้นหาข้อมูลโดยใช้การค้นหาผ่านทางช่องทางเช่น กูเกิล (Google) บุกกิง (Booking) หรืออเมซอน (Amazon) เป็นต้น ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งที่น่าไปสู่การเลือกปฏิบัติจากพฤติกรรมได้ เว็บไซต์เหล่านี้ให้บริการโดยให้เปล่า

และในภาพรวม การทำธุรกิจเช่นนี้มีข้อดีในแง่ของการส่งเสริมสถานะของการแข่งขันทางการค้าซึ่งผู้บริโภคได้ประโยชน์ตามไปด้วยเพราะสามารถเปรียบเทียบสินค้าและบริการได้โดยง่าย เพียงค้นหาสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการในช่องค้นหา (search engine) แต่อย่างไรก็ตามในข้อดีนั้นมีความเสี่ยงหลายประการที่มาพร้อมกับการดำเนินธุรกิจเช่นนี้ เนื่องจากยิ่งผู้บริโภคค้นหาสินค้าหรือบริการหรือข้อมูลอื่น ๆ ในช่องค้นหามากเท่าไร ยิ่งทำให้แพลตฟอร์มผู้ให้บริการสามารถเก็บข้อมูลอันมีค่าเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้บริโภคได้มากขึ้นเท่านั้น จนกระทั่งสามารถพัฒนาการให้บริการของตนได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ยังผู้บริโภคค้นหาข้อมูลในช่องค้นหามากเท่าไร อำนาจการต่อรองของแพลตฟอร์มผู้ให้บริการยิ่งมีมากขึ้นตามไปด้วยจนนำไปสู่อำนาจที่จะบิดเบือนตลาดในที่สุด ท้ายที่สุดจึงนำไปสู่ประเด็นคำถามที่ว่า จำเป็นหรือไม่ที่คณะกรรมการการแข่งขันผู้มีอำนาจควรเข้ามาแทรกแซงในการแข่งขันที่มีพลวัตเช่นนี้

ส่วนที่สี่เรียกว่า “สถานการณ์ที่เป็นมิตรและศัตรูในขณะเดียวกัน” (Frenemy) เป็นส่วนที่น่าสนใจอย่างมากในหนังสือเล่มนี้เพราะกล่าวถึงการแข่งขันทางการค้าที่ไม่ปกติ เนื่องจากความสัมพันธ์แบบ Frenemy (เป็นทั้งมิตรและศัตรูในขณะเดียวกัน) ไม่สามารถพบเจอได้ในบัญญัติศัพท์ของนโยบายของคณะกรรมการการแข่งขันเลย ผู้เขียนได้สร้างคำนี้ขึ้นเพื่อเปรียบเทียบให้เห็นว่ามีความแตกต่างจากความสัมพันธ์แบบเดิมอย่างไร เช่น ความสัมพันธ์ในแนวนอน (horizontal relationship) หรือความสัมพันธ์ในแนวตั้ง (vertical relationship) โดยผู้เขียนยกตัวอย่างที่เห็นได้ชัดอย่างกรณีของ Uber และ Google ที่มีความสัมพันธ์แบบภาวะที่เป็นมิตรและศัตรูในขณะเดียวกันและอธิบายถึงความไม่เท่าเทียมกันในเชิงอำนาจระหว่างแอปพลิเคชันธรรมดาเช่น Uber และซูเปอร์แพลตฟอร์ม (super-platform) อย่าง Google ที่ซูเปอร์แพลตฟอร์มมีอำนาจอย่างมากในการชักจูงแอปพลิเคชันที่เล็กกว่าซึ่งเปรียบเสมือนเป็นออกซิเจนของแอปพลิเคชันเหล่านั้นทีเดียว แต่กระนั้นแอปพลิเคชันเหล่านี้ก็ไม่ได้อยู่อย่างหวาดกลัวซูเปอร์แพลตฟอร์มเสมอไป แต่เป็นเหมือนผู้ที่คอยสกัดและเก็บข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้จากผู้ใช้งานและส่งให้ซูเปอร์แพลตฟอร์ม ผู้เขียนกล่าวต่อไปถึงกรณีเดิมคือ Uber - Google ในมุมของการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล เมื่อทุกครั้ง que ผู้ใช้งาน Uber ใช้บริการรับหรือส่งอาหาร Uber จะคอยเก็บข้อมูลตำแหน่งของผู้ใช้งานซึ่ง Google เองก็ทำให้ Uber เข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้ได้ง่ายขึ้นแม้กระทั่งผู้ใช้งานแอปพลิเคชันจะไม่ได้ใช้งานในขณะนั้นเลยก็ตาม ดังนั้นทำให้ซูเปอร์แพลตฟอร์มขยายฐาน

อำนาจและกำไรได้มากขึ้นจากการมีข้อมูลส่วนบุคคลในมือจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้จึงลดทอนความสัมพันธ์แบบมิตรไปเพื่อช่วงชิงบัลลังก์ของการเป็นซูเปอร์แพลตฟอร์ม ถึงแม้ผู้บริโภคจะมีแอปพลิเคชันให้ใช้มากมายโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย แต่อย่างไรก็ตาม มันได้สร้างความกังวลใจอย่างมากในเรื่องของสิทธิความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลและยังไม่มีทางออกสำหรับความกังวลนี้ซึ่งทำให้ผู้ใช้งานมีความเสี่ยงต่อซอฟต์แวร์ที่เป็นอันตราย (Malware: malicious software) หรืออาชญากรรมทางไซเบอร์อื่น ๆ รวมถึงการขโมยตัวตน (identity theft) ด้วย นอกจากนี้หากแอปพลิเคชันอิสระเหล่านั้นเกิดให้ความตระหนักถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขึ้นมา ผู้เขียนจึงได้ตั้งคำถามว่า ซูเปอร์แพลตฟอร์มจะเลือกให้แอปพลิเคชันใดอยู่ในแพลตฟอร์มและเป็นมิตรของตนระหว่างแอปพลิเคชันที่เก็บข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมากกับแอปพลิเคชันที่ให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และเชื่อว่าหากหลายท่านได้อ่านหนังสือเล่มนี้ก็จะเกิดคำตอบขึ้นในใจได้อย่างชัดเจนทีเดียว ซึ่งจากกรณีความสัมพันธ์ผู้เขียนได้ยกเรื่องเล่าที่น่าสนใจและถือว่าเป็นบทที่อ่านสนุกที่สุดในหนังสือเล่มนี้เลยก็ว่าได้ อย่างกรณีของ Brightest Flashlight Free และ Disconnect ซึ่งเป็นแอปพลิเคชันอิสระที่ผู้ใช้สามารถดาวน์โหลดได้ใน Google Play Store ที่สื่อให้เห็นถึงความน่ากังวลทั้งในส่วนของกฎหมายการแข่งขันและกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และควรได้รับความระมัดระวังเป็นพิเศษเนื่องจากไม่ตกอยู่ภายใต้การกระทำผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเลย บทสุดท้ายของส่วนนี้กล่าวถึงอนาคตของความสัมพันธ์แบบเป็นทั้งมิตรและศัตรูในขณะเดียวกัน กล่าวคือการเกิดขึ้นของผู้ช่วยส่วนบุคคล (personal assistants) เช่น Siri ของ Apple หรือ Alexa ของ Amazon ที่เปรียบเสมือนหัวหน้าพ่อบ้าน (butler) ในคดีหาวสน์ อย่าง Downton Abbey ที่จะคอยทำทุกอย่างให้เจ้าของบ้านโดยที่ไม่ต้องเอ่ยปาก เช่นเดียวกับกับผู้ช่วยส่วนบุคคลที่จะเรียนรู้จากพฤติกรรมและความคิดเห็นทางสังคมและการเมืองของผู้ใช้งาน และสิ่งนี้เองทำให้ซูเปอร์แพลตฟอร์มยิ่งมีอำนาจมากขึ้น

ส่วนสุดท้ายของหนังสือเล่มนี้เป็นบทที่สำคัญยิ่งเนื่องจากผู้เขียนได้ให้คำแนะนำเกี่ยวกับข้อบังคับที่จะช่วยส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าได้ โดยบทแรกผู้เขียนตั้งคำถามว่ารัฐบาลควรสร้างข้อบังคับที่เข้าไปแทรกแซงในการแข่งขันหรือไม่ จากที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้ในส่วนแรกของหนังสือถึงวิธีการที่ไม่สนับสนุนให้รัฐบาลเข้าไปแทรกแซงการแข่งขันในตลาด แต่อย่างไรก็ตามหลาย ๆ ประเทศได้กำหนดนโยบายการแข่งขัน (competition policy) เพื่อเข้ามาควบคุมหรือจำกัดในเรื่องของการควบรวมกิจการ (mergers) หรือการผูกขาด (monopolies) ในตลาด

เพราะเชื่อว่าจะทำให้การแข่งขันในตลาดดีขึ้นและเป็นธรรมมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีหนึ่งเรียกว่า the Chicago School theory กลับเชื่อว่าหากรัฐบาลเข้ามาแทรกแซงจะทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี เพราะจะเป็นการลดพฤติกรรมการส่งเสริมการแข่งขัน (procompetitive behaviour) โดยทฤษฎีนี้ส่งเสริมแนวคิดที่ว่าควรลดอำนาจหรือบทบาทของรัฐบาลลงจากตลาดแบบเสรี ดังนั้นผลพวงจากแนวคิดทฤษฎีดังกล่าวทำให้เกิดการโต้แย้งกันในหมู่นักเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก (Neoclassical economists) ว่ารัฐบาลควรเข้ามาแทรกแซงในตลาดหรือไม่และถ้าเข้ามาแทรกแซงควรเข้ามาแทรกแซงเมื่อใด และเมื่อเข้าสู่บริบทของตลาดออนไลน์ที่มีพลวัตในตลาดค่อนข้างมากและเติบโตอย่างรวดเร็วจึงเกิดปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าในตลาดที่มีพลวัตเช่นนี้อาจจะเป็นการยากที่จะควบคุมการจำกัดการแข่งขัน ขณะเดียวกันต้องรักษาแรงจูงใจในการสร้างนวัตกรรม หากรัฐบาลเข้ามาแทรกแซงโดยการออกกฎหมายมาควบคุมการจำกัดการแข่งขันก็อาจเกิดผลกระทบต่อแรงจูงใจในการสร้างนวัตกรรมได้ซึ่งเป็นอุตสาหกรรมที่สำคัญอย่างมากในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งผู้เขียนโต้แย้งว่าตลาดออนไลน์ไม่ควรให้ความสำคัญกับการแทรกแซงการจำกัดการผูกขาด (antitrust intervention) ต่อมาผู้เขียนจึงตั้งคำถามว่าทฤษฎีมือที่มองไม่เห็นของอดัม สมิท ยังมีบทบาทมากนักน้อยเพียงใดในพลวัตดิจิทัล เนื่องจากเมื่อมีการนำอัลกอริทึมมาใช้ในการดำเนินธุรกิจแล้วทฤษฎีมือที่มองไม่เห็นก็อาจถูกแทนที่ด้วยมือของดิจิทัลมากกว่า เพราะแพลตฟอร์ม เช่น Uber จะเป็นผู้กำหนดราคาโดยสารทั้งหมดโดยผู้ขับและผู้โดยสารไม่มีอำนาจในการต่อรองราคาดังนั้นได้เลย และการเพิ่มราคาโดยสารของ Uber ปรับเปลี่ยนไปตามความต้องการและช่วงเวลาของผู้โดยสารในขณะนั้นและยังมีข้อมูลมากเท่าไร Uber ก็ยิ่งได้เปรียบมากขึ้นและมีอำนาจในตลาด (market power) มากขึ้นเท่านั้น เช่นเดียวกับกับ super-platforms เช่น Google, Facebook, Apple หรือ Amazon

โดยบทที่ 18 นี้ผู้เขียนกำลังตั้งคำถามต่อทฤษฎีมือที่มองไม่เห็นของอดัม สมิท ว่าทฤษฎีนี้ยังมีบทบาทมากนักน้อยเพียงใดในพลวัตดิจิทัล ยิ่งไปกว่านั้นการจัดการกับปัญหาต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไปในหนังสือเล่มนี้เป็นสิ่งที่มีความท้าทายอย่างมากกับคณะกรรมการการแข่งขัน เพราะคณะกรรมการการแข่งขันอาจจะมองไม่เห็นปัญหาเหล่านี้เลยหรือถึงแม้ว่าจะได้เห็นถึงปัญหาแต่ไม่มีเครื่องมือในการบังคับใช้ (enforcement toolbox) เพื่อที่จะรับมือกับปัญหาได้ เนื่องจากปัญหาความยากลำบากในการที่จะนำมนุษย์มาลงโทษสำหรับการกระทำโดยคอมพิวเตอร์จนกลายเป็นแนวคิดที่ว่า ออนไลน์แพลตฟอร์มขนาดใหญ่อยู่เหนือกฎหมาย ดังนั้นผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทาง

แก้ไขไว้หลายประการซึ่งมีประโยชน์อย่างมากในทางปฏิบัติ โดยผู้เขียนเสนอกฎหมายอื่นที่เข้ามาช่วยคุ้มครองผู้ใช้งานหรือผู้บริโภค เช่น กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเข้ามาเติมเต็มช่องว่างทางกฎหมายนี้ เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันไม่ได้มีบทบาทที่จะเข้าไปคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการเอาเปรียบของแพลตฟอร์ม และสุดท้ายของส่วนนี้จะเป็นการสรุปรวบยอดทางความคิด (หรือที่ผู้เขียนเรียกว่า reflection) ให้กับผู้อ่านได้เห็นภาพรวมที่ผู้เขียนได้กล่าวไปอีกครั้งหนึ่ง

ผู้แนะนำหนังสือเล่มนี้เห็นว่าหนังสือเล่มนี้ทำให้ผู้อ่านได้เห็นภาพพลวัตในตลาดเสมือนจริงว่าสถานการณ์ในปัจจุบันที่กำลังเผชิญอยู่นี้เป็นเช่นไรรวมถึงสถานการณ์ที่กำลังจะเกิดต่อไปในอนาคตด้วย ข้อเสนอในหนังสือเล่มนี้ช่วยเพิ่มการตั้งข้อสังเกตกับการดำเนินกิจการค้าของไทยว่ามีธุรกิจใดบ้างที่เป็นเช่นนี้และมีเครื่องมือที่ช่วยรับมือกับปัญหาเหล่านี้แล้วหรือไม่ ไม่จำกัดเพียงแต่การตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพิ่งประกาศใช้ได้ไม่นานนักสำหรับประเทศไทยก็ยังคงเป็นสิ่งที่ประชาชนตั้งคำถาม เกิดความสับสนและเกิดความไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติ ถึงแม้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป กล่าวคือ GDPR: General Data Protection Regulations หรืออาจเรียกอิทธิพลนี้ว่า “อิทธิพลบรัสเซลส์” (The Brussels effect) ที่สหภาพยุโรปมีอำนาจและอิทธิพลในการกำหนดกฎระเบียบตลาดโลกและได้ชื่อว่าเป็นมหาอำนาจแห่งกฎระเบียบแต่อย่างไรก็ตามแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่ฝังอยู่ในกฎหมายที่นำมานั้นอาจจะไม่ได้รับการถกเถียง อธิบายและนำมาบังคับใช้จนอาจถูกละเลยไป หนังสือเล่มนี้จึงเสมือนเป็นการฉายภาพให้เห็นถึงปัญหาที่ควรกลับมามองเครื่องมือทางกฎหมายที่มีว่าเพียงพอหรือไม่ แม้ว่าหนังสือเล่มนี้จะเขียนขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2559 แต่ยังคงความทันสมัยและทันต่อเหตุการณ์อีกทั้งยังทำนายสถานการณ์ที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย ดังนั้น จึงสามารถหยิบยกตัวอย่างในหนังสือมาเป็นแนวทางศึกษาได้

นอกจากนี้คุณประโยชน์อีกประการหนึ่ง คือ ข้อเสนอแนะในหนังสือเล่มนี้มีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายของประเทศไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีการประกาศใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 และนโยบายการแข่งขันของประเทศไทยซึ่งควรปรับเปลี่ยนเพื่อให้สอดคล้องกับพลวัตของตลาดดิจิทัล ในขณะที่กฎหมายและนโยบายเหล่านั้นต้องไม่ขัดขวาง (discourage) การสร้างนวัตกรรมเทคโนโลยี (technological innovation)

และการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (economic development) ซึ่งกฎหมายการแข่งขันของประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป เช่น Article 101 และ Article 102 TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) โดย Article 101 บัญญัติห้ามมิให้ทำสัญญาหรือทำข้อตกลงใด (concerted practice) อันมีผลกระทบต่อตลาดภายในโดยจุดมุ่งของบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อห้าม (prohibit) หรือป้องกัน (prevention) การจำกัดการแข่งขัน (restriction) หรือการบิดเบือนการแข่งขัน (distortion of competition) และ Article 102 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจของตัวเองในทางมิชอบ โดยบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ไม่อาจเข้าไปควบคุมกิจกรรมทางการค้าที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันได้อย่างครอบคลุมและเพียงพอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเรื่อง Tacit collusion และเรื่องอื่น ๆ ที่หนังสือเล่มนี้ได้วิพากษ์ไว้ และต้องการเครื่องมือที่เข้ามาช่วยรับมือกับปัญหาดังกล่าว เฉกเช่นเดียวกับประเทศไทย นอกจากนี้หนังสือเล่มนี้ยังอาจเข้าไปมีส่วนช่วยในการดำเนินงานของคณะกรรมการการแข่งขันและคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ควรตระหนักถึงเรื่องดังกล่าวนี้ตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากธุรกิจในปัจจุบันเป็นการขับเคลื่อนเศรษฐกิจด้วยข้อมูล (หรือ data-driven economy) ที่ผู้ประกอบการเริ่มมีการนำอัลกอริทึม ปัญญาประดิษฐ์ (artificial intelligence) รวมถึงการใช้ข้อมูลขนาดใหญ่ (big data) เพื่อทำให้ธุรกิจของตนมีความได้เปรียบเหนือคู่แข่งทางการค้า แม้ว่าเทคโนโลยีเหล่านั้นจะนำมาซึ่งประโยชน์มากมาย แต่อย่างไรก็ดีประโยชน์เหล่านั้นนำมาซึ่งการแลกเปลี่ยนกับข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีค่ามากในปัจจุบัน และต้องการความร่วมมือระหว่างคณะกรรมการการแข่งขันในการกำกับดูแลเรื่องการค้าและคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เข้ามามีส่วนช่วยคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในตลาดแบบดิจิทัล

± กระบวนการตีพิมพ์บทความ ±

วารสารมีกระบวนการตีพิมพ์บทความดังต่อไปนี้

- (1) ผู้นิพนธ์ส่งบทความเข้าสู่ระบบ
- (2) บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ได้รับบทความแล้ว”
- (3) ตรวจสอบรายการอ้างอิงของบทความ (ทั้งรายการอ้างอิงในรูปแบบเชิงบรรณานุกรมและรายการอ้างอิงท้ายบทความ) ว่าถูกต้องตามรูปแบบที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์” หรือไม่

(3.1) หากถูกต้อง ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป

(3.2) หากไม่ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์แก้ไขให้ถูกต้อง ถ้าผู้นิพนธ์แก้ไขจนถูกต้องแล้ว ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป แต่ถ้าผู้นิพนธ์ไม่แก้ไขให้ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา”

(4) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาบทความ และบรรณาธิการแจ้งผลการพิจารณาบทความให้ผู้นิพนธ์ทราบตามแต่กรณีดังต่อไปนี้

(4.1) กรณีรับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “รับบทความไว้พิจารณา” และดำเนินการตามข้อ (5) ต่อไป

(4.2) กรณีไม่รับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา” พร้อมทั้งระบุเหตุผลที่ไม่รับบทความไว้พิจารณาให้ผู้นิพนธ์ทราบ

(5) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ (peer reviewer) เพื่อประเมินคุณภาพบทความ และบรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “บทความอยู่ระหว่างการประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิ”

หมายเหตุ สำหรับ “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจำนวน 3 ท่านต่อบทความ ส่วน “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นคณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจำนวน 2 ท่านต่อบทความ

(6) ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความประเมินคุณภาพบทความแบ่งออกเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้

- (6.1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ โดยไม่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติม
- (6.2) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติมก่อน
- (6.3) เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

หมายเหตุ กรณี “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” หากผลการประเมินคุณภาพบทความไม่เป็นเอกฉันท์ ให้ถือตามเสียงข้างมากของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ ส่วนกรณี “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นหากผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความอีกท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์ คณะผู้จัดทำวารสารจะพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยุติ

(7) บรรณาธิการแจ้งผลการประเมินคุณภาพบทความตามข้อ (6) ให้ผู้นิพนธ์ทราบ

(7.1) กรณีตามข้อ (6.1) ดำเนินการตามข้อ (8) ต่อไป

(7.2) กรณีตามข้อ (6.2) ตรวจสอบว่าภายหลังจากที่บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทำการแก้ไขเพิ่มเติม ผู้นิพนธ์ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ถ้าได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ดำเนินการตามข้อ (8) ต่อไป แต่ถ้าไม่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ปฏิเสธการตีพิมพ์”

(8) พิสูจน์อักษรและจัดหน้ากระดาษ

(9) ตีพิมพ์บทความ

✚ จริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ ✚

บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์

1. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความเป็นผลงานของผู้นิพนธ์แต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้นิพนธ์และผู้นิพนธ์ร่วมตามที่ระบุไว้
2. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อนทั้งในลักษณะรูปเล่ม สิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์
3. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น
4. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความมีเนื้อหาถูกต้องตามหลักวิชาการ
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดทำบทความให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์”
6. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ส่งบทความให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ซ้ำซ้อนภายในระยะเวลา 2 เดือนนับจากวันที่ผู้นิพนธ์ส่งบทความให้กับวารสาร
7. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ถอนบทความจากการพิจารณาตีพิมพ์ เว้นแต่มีเหตุผลอันสมควร

บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

1. บรรณาธิการต้องพิจารณาว่าขอบเขตเนื้อหาของบทความอยู่ในขอบเขตของวารสารหรือไม่
2. บรรณาธิการต้องพิจารณาคุณภาพของบทความว่าสมควรที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารหรือไม่
3. บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดระยะเวลาของการประเมินคุณภาพบทความ
4. บรรณาธิการต้องปราศจากอคติกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ
5. บรรณาธิการต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

บทบาทและหน้าที่ของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

1. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องประเมินคุณภาพบทความด้วยตนเอง
2. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องประเมินคุณภาพบทความด้วยความรู้และความสามารถทางวิชาการที่ตนมีอย่างเต็มที่
3. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่สืบทอดว่าผู้นิพนธ์คือผู้ใด
4. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาในบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดระยะเวลาของการประเมินคุณภาพบทความ
5. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องปราศจากอคติกับผู้นิพนธ์
6. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์

± คำแนะนำสำหรับผู้พิมพ์ ±

โปรดดูรายละเอียดในเว็บไซต์ของวารสาร



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100
เว็บไซต์ <https://so08.tci-thaijo.org/index.php/MFULJ>
อีเมล journal.law@mfu.ac.th
เฟซบุ๊ก www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th

