



Mae Fah Luang University

Law Journal

Volume 8 Issue 1

(January - June 2025)

วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 8 ฉบับที่ 1

(มกราคม - มิถุนายน 2568)





SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 • มกราคม - มิถุนายน 2568

Mae Fah Luang University Law Journal

Volume 8 Issue 1 • January - June 2025

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. **ปกิณกะกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยซึ่งเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจ

7. **แนะนำหนังสือกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่แนะนำหนังสือกฎหมายที่น่าสนใจ

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

กำหนดเวลาเปิดรับพิจารณาบทความ

วารสารเปิดรับพิจารณาบทความตลอดทั้งปี

ลักษณะของการประเมินคุณภาพบทความ

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

ในกรณีที่บทความใดนิพนธ์โดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่ว่าผู้นิพนธ์จะอยู่ในสถานะอาจารย์ประจำ อาจารย์อาวุโส เจ้าหน้าที่ หรือนักศึกษา ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความที่ประเมินคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงกรณีที่บทความซึ่งมีผู้นิพนธ์ร่วมกันตั้งแต่ 2 ท่านขึ้นไปและผู้นิพนธ์ท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ภาษาที่รับตีพิมพ์

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

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

ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนผู้นิพนธ์

วารสารไม่มีนโยบายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้นิพนธ์ในทุกขั้นตอนและไม่มีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้นิพนธ์

ค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

วารสารมีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความเป็นจำนวนเงินท่านละ 2,000 บาท (สองพันบาทถ้วน) ทั้งนี้ ไม่ว่าผลสุดท้ายบทความที่ประเมินคุณภาพนั้น จะได้รับการตีพิมพ์หรือไม่ก็ตาม

เลขมาตรฐานสากลของวารสาร

ISSN [Online] : 2774-020X

ISSN [Print] : 2774-0765

เจ้าของ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ทำเนียบบรรณาธิการ

พ.ศ. 2567 เป็นต้นไป อาจารย์ ดร. ณัฐดนัย นาจันทร์

พ.ศ. 2561 - 2566 รองศาสตราจารย์ ดร.วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

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



บรรณาธิการ

Editor

อาจารย์ ดร. ณัฐดนัย นาจันทร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Dr. Natdanai Nachan

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

Assistant Editors

อาจารย์รัชฎ์ มะโนแสน

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Ajarn Rachanatt Manosan

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์อาภาเพ็ญ ปันดวง

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Ajarn Apapen Panduang

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

รองศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Dr. Chukeat Noichim

School of Law, Mae Fah Luang University

รองศาสตราจารย์ ดร.อาณนธ์ มาเมา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Associate Professor Dr. Arnon Mamout

Faculty of Law, Thammasat University

รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Associate Professor Dr. Suphasit Taweejamsup

Faculty of Law, Chulalongkorn 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

บทความวิชาการ

- ข้อวิจารณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในเรื่องเสรีภาพในการพูดและเสรีภาพในการแสดงออกต่อร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ 16
Human Right Criticism about Freedom of Speech and Freedom of Expression on the draft United Nations Convention Against Cybercrime
โชคชัย เนตรงามสว่าง | สุรวิช อคินธนโชติ
Chokchai Netngamsawang | Surawit Akinthanachot

บทความวิจัย

- ปัญหาในการบังคับจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาภายใต้ข้อบทเรื่องบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ 46
Problems in Enforcing Personal Income Tax Collection under the article 'Independent Personal Services'
สรรค์ ตันติจิตตานนท์
Sann Tanticahttanon

บทความวิจัย

- การบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย:
ศึกษากรณีความเหมาะสมของการบัญญัติความรับผิดทางอาญา
เกี่ยวกับบัญชีม้า 85
Preventive Criminalization: A Case Study on the Appropriateness
of Criminal Liability Legislation Regarding “Mule Accounts”
นิรฐกานต์ บุญรอด | วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
Nirattakarn Boonrawd | Wiwat Damrongkulnan
- ปัญหาการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและแก้ไข
ฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบน 120
Addressing Challenges in Implementing Legal Measures
for Controlling and Resolving PM 2.5 In the Upper Northern Region
ศศิธร แจ่มจันทร์
Sasithon Jamjan
- สัญญาระหว่างสมรส: ข้อจำกัดเกี่ยวกับช่วงเวลาภายใต้ระบบทรัพย์สิน
ระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทย 185
Postnuptial Agreement: Limitations of Time Period
under Contractual Matrimonial Regime of Thailand
วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์
Wimpat Rajpradit

บทความวิจัย

- การพัฒนาซอฟต์แวร์เพื่อจัดการความเครียดของนักกฎหมาย 228

Developing Soft Skills for Stress Management of Legal Professionals

ประภาภรณ์ ไรจน์ศิริรัตน์ | พิชชา ใจสมคม

Prapaporn Rojsiriruch | Pitcha Jaisomkom

นักกฎหมายเล่าเรื่อง

- อิฎญากับการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางของผู้พิพากษา 261

Hijab and the Preservation of Judicial Neutrality

ภรณ์ เกราะแก้ว

Poranee Krawkeo

ปกิณกะกฎหมาย

- ความรับผิดทางอาญาในชั้นสมคบ ตระเตรียม พยายาม และบรรลุผล 291

Criminal Liability at the Stage of Conspiracy, Preparation, Attempt, and Completion

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

Wiwat Damrongkulnan

บทความวิชาการ (Academic Article)

ข้อวิจารณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในเรื่องเสรีภาพในการพูด และเสรีภาพในการแสดงออกต่อร่างอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์

Human Right Criticism about Freedom of Speech and
Freedom of Expression on the draft United Nations Convention
Against Cybercrime

โชคชัย เนตรงามสว่าง*

อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการสูงสุด

Chokchai Netngamsawang

Public Prosecutor attached to the Office of the Attorney General

สุรวิช อคินธนโชติ**

นักวิชาการอิสระ

Surawit Akinthanachot

Independent Scholar

วันที่รับบทความ 16 ตุลาคม 2567; วันที่แก้ไขบทความ 12 พฤศจิกายน 2567; วันที่ตอบรับบทความ 17 พฤศจิกายน 2567

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย สำนัก
อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ
chokchai.ne@gmail.com

** Bachelor of Arts, International Liberal Studies (Concentration in Economics),
Waseda University; นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; อีเมลติดต่อ surawit@asagi.waseda.jp

บทคัดย่อ

อาชญากรรมไซเบอร์เป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติและภูมิภาค อาชญากรรมไซเบอร์มีหลากหลายประเภทและภัยทางไซเบอร์เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วตามการพัฒนาของเทคโนโลยี ซึ่งประเทศต่าง ๆ เคยได้ร่วมกันแก้ไขปัญหานี้ โดยเฉพาะสหภาพยุโรปได้มีการตกลงทำอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมไซเบอร์ อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมไซเบอร์ยังเป็นปัญหาที่ทุกประเทศต่างเผชิญอยู่ในปัจจุบัน องค์การสหประชาชาติจึงมีแนวคิดในการทำกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อเจรจาอนุสัญญาเพื่อต่อต้านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนในร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ยังเป็นข้อที่ประชาคมโลกกังวล โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก โดยมีประเด็นปัญหาต่อร่างอนุสัญญากล่าวคือ ปัญหาเรื่องคำจำกัดความ ขอบเขต การยกเว้นการกระทำผิดของเด็ก การค้นและยึดข้อมูลที่เกี่ยวข้อง และเงื่อนไขและการคุ้มครองกันสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศ และความช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและองค์กรไม่แสวงหากำไรอื่น ๆ แนะนำให้มีการอ้างอิงอย่างชัดเจนถึงสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้อง การมีข้อกำหนดการปกป้องหลักสิทธิมนุษยชน มีขอบเขตที่ชัดเจนและเป็นไปอย่างแคบของความผิดทางอาญาภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางไซเบอร์ มีการยกเว้นการกระทำผิดของเด็ก และบทบัญญัติที่ชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการในทางที่มีขอบ

คำสำคัญ: อาชญากรรมไซเบอร์; สิทธิมนุษยชน; เสรีภาพในการพูด; เสรีภาพในการแสดงออก; ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์

Abstract

Cybercrime is a threat to national and regional security. There are many types of cybercrime, and cyber threats are increasing rapidly with the development of technology. Many countries have worked together to solve the problem, especially the European Union, which has agreed to the Convention on Cybercrime. However, cybercrime is still a problem that all countries are currently facing. Therefore, the United Nations (UN) has proposed creating a framework for international cooperation to solve this issue by appointing the UN Ad Hoc Committee Negotiating a Treaty on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes: AHC. However, the human rights issue in the draft United Nations Convention against Cybercrime still concerns the international community, especially regarding freedom of speech or expression. There are problems with the draft convention, namely the problem of definition, scope, exemption from child offenses, search and seizure of stored data, and conditions and protections for international cooperation and legal assistance. The Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and other NGOs recommend explicit references to relevant human rights treaties, provisions protecting human rights principles, a clear and narrow scope of criminal offenses under the Cybercrime Convention, an exception to child offenses, and clear provisions to avoid abusive measures.

Keywords: Cybercrime; Human Rights; Freedom of Speech; Freedom of Expression; Draft United Nations Convention against Cybercrime

1. ปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์

เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (Information and Communications Technologies: ICT) ทำให้การเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและโซเชียลมีเดียเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง แม้ว่าเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจะมีประโยชน์อย่างมหาศาล¹ แต่ผลกระทบเชิงลบที่อาจเกิดขึ้นก็มีความสำคัญเช่นกัน โดยอาชญากรรมไซเบอร์ (Cybercrime) ถูกมองว่าเป็นภัยคุกคามที่ยิ่งใหญ่ที่สุดต่อความมั่นคงของชาติและภูมิภาค ความเจริญรุ่งเรืองทางเศรษฐกิจ และความปลอดภัยสาธารณะ² อาชญากรรมไซเบอร์ที่ปรากฏ เช่น สแปม (Spam), การเจาะระบบ (Hacking), ไวรัส (Virus), สื่อลามก, การขโมยตัวตน (Identity Theft), การขโมยข้อมูล, แรนซัมแวร์ (Ransomware), การโจมตีแบบปฏิเสธการให้บริการแบบวงกว้าง (DDoS), การแทรกแซงอีเมลธุรกิจ (Business E-Mail Compromise), การปลอมแปลงอีเมล (Email Spoofing), การฉ้อโกงการธนาคาร, การใช้โซเชียลมีเดียในทางที่ผิด (Social Media Abuse), การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา³, การฉ้อโกงบัตรเครดิต, การหลอกลวงทางการเงิน

¹ Michael Minges and Christoph Stork, **Economic and Social Impact of ICT in the Pacific** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.theprif.org/documents/regional/information-communication-technology-ict/economic-and-social-impact-ict-pacific-0>

² Commonwealth Secretariat, **Pacific to Establish Cybercrime Collaborative Platform as Threat Escalates** [Online], 5 October 2024. Source: <https://thecommonwealth.org/news/pacific-establish-cybercrime-collaborative-platform-threat-escalates>

³ ITU, **Capacity Building and ICT Policy, Regulatory and Legislative Frameworks Support for Pacific Island Countries (ICB4PAC)** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Projects/ITU-EC-ACP/ICB4PAC/Pages/default.aspx>

(Cyber Fraud)⁴, การกลั่นแกล้งทางไซเบอร์ (Cyberbullying), การคุกคามทางไซเบอร์ และการเผยแพร่ข่าวปลอม (Fake News) ซึ่งภัยทางไซเบอร์เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วตามการพัฒนาของเทคโนโลยี⁵

การที่เทคโนโลยีและบริการการสื่อสารเป็นมาตรฐานสากลและช่วยการเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ตจากทุกที่ทั่วโลกทำให้อาชญากรรมไซเบอร์ไม่มีพรมแดนทางกายภาพซึ่งประเทศกำลังพัฒนาที่มีพื้นฐานทางกฎหมายและทางเทคนิคไม่เพียงพอจะเสี่ยงต่อการถูกโจมตีทางไซเบอร์มากกว่า⁶ การมีมาตรการป้องกันที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพในลักษณะเป็นกฎหมายภายในจึงเป็นสิ่งที่ทุกประเทศต้องมี โดยทุกประเทศควรตรากฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางไซเบอร์ที่ครอบคลุมซึ่งสามารถบังคับใช้เพื่อกำจัดแหล่งหลบภัยสำหรับอาชญากร⁷

⁴ Natadola Jyoti Pratibha, **How Cyber Criminals Defraud Fijians** [Online], 5 October 2024. Source: <https://fjijisun.com.fj/2018/12/08/how-cyber-criminals-defraud-fijians/>

⁵ Commonwealth Secretariat, **Report of the Commonwealth Working Group of Experts on Cybercrime (Meeting of Commonwealth Law Ministers and Senior Officials)** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.combattingcybercrime.org/files/virtual-library/international-cooperation/report-of-the-commonwealth-working-group-of-experts-on-cybercrime.pdf>, p. 16.

⁶ Telecommunication Development Sector ITU, **Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/Cybercrime%20legislation%20EV6.pdf>, p. 4-5.

⁷ Chat Le Nguyen and Wilfred Golman, **Diffusion of the Budapest Convention on Cybercrime and the Development of Cybercrime Legislation in Pacific Island Countries: ‘Law on the Books’ vs ‘Law in Action’**, Computer Law & Security Review, Volume 40 (April 2021), p. 2.

ในอดีต เมื่อปี พ.ศ. 2544 (ค.ศ. 2001) หรือ 20 กว่าปีมาแล้ว ประเทศต่าง ๆ ได้ร่วมกันแก้ไขปัญหอาชญากรรมไซเบอร์ โดยได้มีการตกลงทำอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมไซเบอร์ (Convention on Cybercrime) ซึ่งถูกลงมติยอมรับโดยสภายุโรป (Council of Europe) หรือที่รู้จักกันในชื่ออนุสัญญาบูดาเปสต์ว่าด้วยอาชญากรรมไซเบอร์ (Budapest Convention on Cybercrime) ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นจัดการกับปัญหาอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตและคอมพิวเตอร์ โดยใช้กระบวนการทางอาญาเพื่อช่วยในการจับกุม สืบสวนสอบสวน และดำเนินคดี กับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับระบบ เครือข่าย และข้อมูลคอมพิวเตอร์ รวมทั้งมีประเด็นของเรื่องการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กออนไลน์ อนุสัญญาดังกล่าวได้เผยแพร่ไปทั่วโลก และทำหน้าที่เป็นมาตรฐานหรือกฎหมายตัวอย่าง (Model Law) สำหรับการร่างกฎหมายอาชญากรรมไซเบอร์ระดับชาติในหลายประเทศทั่วโลก⁸ แม้ว่าประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญานี้ แต่หลักการหลายอย่างได้ถูกนำมาช่วยในการใช้การตีความและมีส่วนในการประกอบเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ของไทย⁹

ปัญหอาชญากรรมไซเบอร์เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดแล้ว¹⁰ สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ 1) อาชญากรรมไซเบอร์หลัก หรือที่เกี่ยวข้องกับไซเบอร์ (Core or Cyber-dependent crimes) เป็นความผิดที่ระบบคอมพิวเตอร์เป็นวัตถุที่ถูกกระทำหรือเป็นเครื่องมือโดยตรง อันหมายถึงอาชญากรรมที่ไม่สามารถดำรงอยู่ได้หากไม่มีระบบ ICT เช่น การเจาะระบบ (Hacking), การดักเก็บข้อมูลที่ผิดกฎหมาย (Illegal Interception), การทำลาย การลบ การทำให้เสื่อมสภาพ การเปลี่ยนแปลงหรือการระงับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือการขัดขวางการทำงานของระบบ และ 2) อาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ไซเบอร์ขยายขอบเขตออกไป (Cyber-Enabled crimes) เป็น

⁸ Ibid.

⁹ ilaw, **เปิดนิยาม-แยกองค์ประกอบ “ความผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลเท็จ” ตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ** [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://www.ilaw.or.th/articles/4748>

¹⁰ European Parliament, **Understanding Cybercrime** [Online], 5 October 2024. Source: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/760356/EPRS_BRI\(2024\)760356_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/760356/EPRS_BRI(2024)760356_EN.pdf), p. 2.

อาชญากรรมแบบดั้งเดิมที่ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยี เช่น การเข้าถึง ความรวดเร็ว และการไม่เปิดเผยตัวตนของระบบอินเทอร์เน็ตและแพลตฟอร์มดิจิทัลไปเพิ่มผลกระทบอาชญากรรมไซเบอร์ประเภทนี้ เช่น การโจรกรรมหรือการฉ้อโกงที่เกี่ยวข้องกับ ICT และการชักชวนหรือล่อลวงให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งจะเห็นได้ว่าปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์ยังคงมีอยู่ในปัจจุบันและทวีความรุนแรงมากขึ้นเพราะการใช้เทคโนโลยีทำให้การกระทำความผิดใหญ่ขึ้น เร็วขึ้น และขยายไปยังความผิดหลายแขนง เช่น ก่อการร้าย ยาเสพติด นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือกันระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางไซเบอร์ ดังนั้น องค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) จึงได้มีความพยายามในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ (Convention against Cybercrime) ขึ้นมา

บทความนี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อทำความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์ อันนำมาสู่ความร่วมมือระหว่างประเทศในการร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ และนำเสนอประเด็นข้อกังวลในเรื่องสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก โดยแบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 5 หัวข้อ ได้แก่ 1. ปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์, 2. ความเป็นมาของร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์, 3. หลักการสิทธิมนุษยชนและปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก, 4. ข้อกังวลในประเด็นสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก ในร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ และ 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. ความเป็นมาของร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์

ปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์เป็นปัญหาที่ทุกประเทศต่างเผชิญอยู่ในปัจจุบัน และเนื่องจากอาชญากรรมประเภทนี้เป็นอาชญากรรมไร้พรมแดน¹¹ ทำให้ปัญหาที่เกิดขึ้น

¹¹ Telecommunication Development Sector ITU, **Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response** [Online], 5 October 2024. Source:

เกี่ยวกับการดำเนินการหาตัวผู้กระทำความผิด การนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และปัญหาเกี่ยวกับพยานหลักฐาน ต้องอาศัยการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการต่าง ๆ แต่ด้วยกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในเรื่องกระบวนการทางอาญาเกี่ยวกับอาชญากรรมไซเบอร์ยังมีความแตกต่างกัน ทำให้การดำเนินการในทางระหว่างประเทศเกิดปัญหาจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้ UN จึงมีแนวคิดในการทำกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อเจรจาอนุสัญญาเพื่อต่อต้านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดทางอาญา (UN Ad Hoc Committee Negotiating a Treaty on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes: AHC) ซึ่งเป็นคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญระหว่างรัฐบาลที่เป็นตัวแทนของทุกภูมิภาค¹²

ในการแต่งตั้ง AHC สมัชชาใหญ่รับทราบ bahwa เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารมีศักยภาพมหาศาลสำหรับการพัฒนาประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็สร้างโอกาสใหม่ ๆ ให้กับผู้กระทำความผิด และอาจส่งผลให้ปริมาณและความซับซ้อนของอาชญากรรมเพิ่มขึ้นที่ประชุมจึงรับทราบความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีใหม่ ๆ ในทางที่ผิดรวมทั้งปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence: AI) พร้อมทั้งรับทราบถึงความจำเป็นในการป้องกันและปราบปรามการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อวัตถุประสงค์ทางอาญา นอกจากนั้น ที่ประชุมยังรับทราบต่อความกังวลในอัตราและความหลากหลายของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในโลกดิจิทัลที่เพิ่มขึ้น และผลกระทบต่อเสถียรภาพของโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของรัฐและองค์กร ตลอดจนต่อความเป็นอยู่ที่ดีของบุคคลทุกคน ซึ่งที่ประชุมรับทราบว่า มีอาชญากรหลากหลายประเภท เช่น ผู้กระทำความผิดเรื่องการค้ามนุษย์ กำลังใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อกระทำความผิดในทางอาญา โดยที่ประชุมเน้นย้ำถึงความจำเป็นในการเพิ่มการประสานงานและความร่วมมือระหว่างรัฐ

<https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/Cybercrime%20legislation%20EV6.pdf>, p. 4-5.

¹² United Nations, **A/RES/74/247, Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes** [Online], 5 October 2024. Source: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/440/28/pdf/n1944028.pdf>

ในการปราบปรามการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อวัตถุประสงค์ทางอาญารวมถึงการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคแก่ประเทศกำลังพัฒนาตามคำร้องขอเพื่อปรับปรุงกฎหมายและกรอบการทำงานระดับชาติ และสร้างศักยภาพของหน่วยงานระดับชาติในการจัดการกับการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวในทุกรูปแบบ รวมถึงการป้องกันการตรวจจับ การสืบสวน และการดำเนินคดี โดยเน้นย้ำบทบาทของ UN โดยเฉพาะคณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา และการทำงานของสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Office on Drugs and Crime: UNODC) ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคและสร้างศักยภาพด้านอาชญากรรมทางไซเบอร์¹³

ในปัจจุบันร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ภายหลังจากที่ผ่านการพิจารณาถึง 3 ปี ได้รับการผ่านร่างเนื้อหาโดย AHC และจะนำเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ (General Assembly)¹⁴ ต่อไป อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนในร่างอนุสัญญาดังกล่าวยังเป็นเรื่องที่มีความท้าทายและยังมีความกังวลจำนวนมากซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไป

3. หลักการสิทธิมนุษยชนและปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก

สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน โดยสิทธิมนุษยชนได้ทวีความสำคัญยิ่งขึ้น เมื่อ UN ได้ยกระดับประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน ให้เป็นหนึ่งในสามเสาหลักร่วมกับประเด็นความมั่นคงและประเด็นการพัฒนา และให้ผนวกมิติสิทธิมนุษยชนเข้าไว้ในการดำเนินงานของ UN ในทุกด้าน และได้มีการพัฒนากลไกเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั่วโลกโดยการยกระดับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

¹³ Ibid., p. 3.

¹⁴ Reka Furtos, Press Release United Nations: Member States Finalize a New Cybercrime Convention New York, 9 August 2024 [Online], 5 October 2024. Source: https://www.unodc.org/unodc/frontpage/2024/August/united-nations_-member-states-finalize-a-new-cybercrime-convention.html

แห่งสหประชาชาติ (Commission on Human Rights: CHR) ขึ้นเป็นคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน (United Nations Human Rights Council: HRC) ซึ่งมีสถานะเท่าเทียมกับคณะมนตรีความมั่นคง และคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ¹⁵ และมีหน่วยงานที่ดูแลประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน เช่น สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Office of the High Commissioner for Human Rights: OHCHR) และสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR)

หลักการสิทธิมนุษยชนมีประเด็นที่หลากหลาย เช่น สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยสิทธิมนุษยชนในเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ และเป็นประเด็นหนึ่งที่ทั่วโลกให้ความสำคัญคือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) หรือเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) ซึ่งตราสารระหว่างประเทศเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือเสรีภาพในการแสดงออก ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child: CRC) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)

เสรีภาพในการพูดและการแสดงออกได้รับการยอมรับเป็นสิทธิมนุษยชนภายใต้ข้อ 19¹⁶ ของ UDHR

¹⁵ กระทรวงการต่างประเทศ, คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติ คำมั่นด้านสิทธิมนุษยชนของไทย และกระบวนการ UPR ฉบับประชาชน [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/hrcth.pdf>, หน้า 10.

¹⁶ Universal Declaration of Human Rights “Article 19

Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.”

“ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับและส่งข้อมูลข่าวสาร และข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”¹⁷

และได้รับการยอมรับใน ICCPR ข้อ 19¹⁸ ซึ่งบัญญัติว่า

- “1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูล ข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก
3. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่องแต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

¹⁷ กระทรวงการต่างประเทศ, **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)** [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights “Article 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.
3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:
 - (a) For respect of the rights or reputations of others;
 - (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.”

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน”¹⁹

นอกจากนั้นเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออกสำหรับเด็กยังได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะด้วยปรากฏอยู่ใน CRC ข้อ 13

“1. เด็กจะมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสดงออก สิทธินี้จะรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา ได้รับ หรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร และความคิดทุกลักษณะ โดยไม่ถูกจำกัดโดยเขตแดน ไม่ว่าจะโดยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะหรือผ่านสื่ออื่นใดตามที่เด็กเลือก

2. การใช้สิทธิดังกล่าวนี้อาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ แต่ข้อจำกัดเหล่านี้ต้องเป็นข้อจำกัดเช่นที่บัญญัติตามกฎหมาย และเช่นที่จำเป็นเท่านั้น

(ก) เพื่อการเคารพต่อสิทธิและชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือ

(ข) เพื่อการรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน”²⁰

¹⁹ กระทรวงการต่างประเทศ, **กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)** [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/ICCPR.php>

²⁰ United Nations, **Convention on the Rights of the Child** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, “Article 13

1. The child shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of the child's choice.

2. The exercise of this right may be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(a) For respect of the rights or reputations of others; or

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออกเกิดปัญหาขึ้นอยู่บ่อยครั้ง โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา เช่น การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยพลการหรือมิชอบด้วยกฎหมาย การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสื่ออย่างเคร่งครัด การจับกุมและดำเนินคดีกับผู้วิจารณ์รัฐบาล การตรวจสอบเนื้อหา ก่อนเผยแพร่ การจำกัดเสรีภาพทางอินเทอร์เน็ตอย่างเคร่งครัด และการจำกัดการมีส่วนร่วมทางการเมือง²¹ ปัจจุบันการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองจากหนังสือพิมพ์ และโทรทัศน์ได้ถูกปิดกั้นมากขึ้น จึงทำให้ประชาชนใช้ช่องทางอินเทอร์เน็ตเป็นช่องทางแสดงความคิดเห็นแทน²² ประชาชนที่แสดงออกอย่างสงบอาจตกเป็นเป้าหมายเพื่อปิดปาก โดยอาจถูกตั้งข้อหา ลอบทำร้าย ทรมาณ หรืออุ้มหาย ซึ่งเป็นแนวโน้มที่รัฐบาลต่าง ๆ ในทวีปเอเชียใช้เพื่อจำกัดการแสดงออก ซึ่งข้อหาส่วนใหญ่เป็นข้อหาด้านความมั่นคงแห่งชาติ และข้อหาอื่น ๆ เช่น การยุยงปลุกปั่นทำให้เกิดความแตกแยกเป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ หรือเป็นการหมิ่นประมาทต่อบุคคลหรือสถาบันสำคัญของประเทศ จะเห็นได้ว่าแม้เสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก เป็นสิทธิในระดับสากลที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐบาลมีหน้าที่ต้องคุ้มครอง แต่เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วกลับไม่เป็นเช่นนั้น²³ ทำให้ประชาคมระหว่างประเทศมีความกังวลเกี่ยวกับประเด็นสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก อันนำไปสู่ประเด็นข้อกังวลที่เกิดขึ้นต่อร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์

(b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.”

²¹ สถานทูตสหรัฐฯ และสถานกงสุลในประเทศไทย, รายงานด้านสิทธิมนุษยชนประจำปี พ.ศ. 2565 ประเทศไทย [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://th.usembassy.gov/th/our-relationship-th/official-reports-th/2022-human-rights-reports-thailand-th/>

²² สิงหนาท พงศ์ภิญโญศักดิ์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำข้อมูลบิดเบือนเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ : ศึกษากรณีการเผยแพร่ข้อมูลทางการเมือง [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <http://law.master.kbu.ac.th/StudentTheses/2562/05.pdf>, หน้า 2.

²³ แอมเนสตี้, เสรีภาพในการแสดงออก [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/our-work/freedom-expression/>

4. ข้อกังวลในประเด็นสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก ในร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์

ในคราวการแต่งตั้ง AHC ที่ประชุมเองได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร²⁴ นอกจากนี้ ตลอดการเจรจาที่ผ่านมา กลุ่มประชาสังคมและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอื่น ๆ เน้นย้ำอย่างสม่ำเสมอว่าการต่อสู้กับอาชญากรรมทางไซเบอร์ไม่ควรแลกมาด้วยสิทธิมนุษยชน ความเท่าเทียมทางเพศ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะได้รับผลกระทบจากร่างอนุสัญญานี้ ทั้งไม่ควรส่งผลให้การวิจัยด้านความปลอดภัยหยุดชะงักและส่งผลทำให้ความปลอดภัยของทุกคนน้อยลง การคุ้มกันและข้อจำกัดต่าง ๆ ที่เข้มงวดและสำคัญจึงจำเป็นต้องกำหนดไว้เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้บทบัญญัติของอนุสัญญานี้โดยไม่ชอบโดยใช้ข้ออ้างเรื่องการต่อสู้กับอาชญากรรมทางไซเบอร์²⁵

แม้ในปัจจุบันร่างอนุสัญญาจะผ่านร่างเนื้อหาโดย AHC และนำเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติแล้ว แต่ตลอดเวลาที่ผ่านมาระบวนการในขั้นตอนต่อ ๆ ไป จนถึงการบังคับใช้ร่างอนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้โรยด้วยกลีบกุหลาบ เนื่องจากความเห็นที่แตกต่างกันจำนวนมาก โดยเฉพาะประเด็นในเรื่องสิทธิมนุษยชน ซึ่งร่างอนุสัญญาดังกล่าวยังมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมในด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับคำจำกัดความ เนื้อหาของอนุสัญญา และปัญหาเรื่องข้อมูลส่วนบุคคล โดยในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงข้อกังวลต่าง ๆ ที่ประชาคมโลกและหน่วยงาน NGO ได้ให้ข้อคิดเห็นไว้เพื่อประกอบการพิจารณาร่างอนุสัญญานี้

²⁴ United Nations, *A/RES/74/247, Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes* [Online], 5 October 2024. Source: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/440/28/pdf/n1944028.pdf>, p. 3.

²⁵ Joint Statement, *Joint Statement on the Proposed Cybercrime Treaty Ahead of the Concluding Session January 23, 2024* [Online], 5 October 2024. Source: <https://cdt.org/wp-content/uploads/2024/01/Joint-Advocacy-Statement-Cybercrime-Convention-Jan-23-2024.pdf>

4.1 ปัญหาเรื่องคำจำกัดความ ขอบเขตแคบและกว้าง

ปัญหาเรื่องชื่อและคำจำกัดความของร่างอนุสัญญาเป็นปัญหาใหญ่เนื่องจากการกำหนดคำจำกัดความจะมีผลถึงขอบเขตของอาชญากรรมไซเบอร์ตามร่างอนุสัญญา OHCHR สนับสนุนให้จำกัดขอบเขตของร่างอนุสัญญาให้แคบลงเฉพาะการทำให้อาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับไซเบอร์บางประเภทเป็นอาชญากรรมเท่านั้น กล่าวโดยเฉพาะคือความผิดที่เชื่อมโยงกับข้อมูลหรือระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น เช่น เจตนาเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่มีสิทธิ การขยายขอบเขตของการกำหนดความผิดทางอาญาให้กว้างขึ้นกว่าอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับไซเบอร์อาจเป็นปัญหาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการรวมความผิดที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเนื้อหาผ่านทางออนไลน์เข้าไปด้วย กฎหมายอาชญากรรมไซเบอร์ที่มีบทบัญญัติดังกล่าวมักใช้เพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกอย่างไม่เหมาะสมปราบปรามความคิดเห็นทางการเมืองที่ไม่เห็นด้วย และมักใช้เป็นอาวุธโจมตีเสียงข้างน้อย ซึ่งกรณีเหล่านี้มีข้อกังวลว่าอาจนำไปสู่การทำให้คำพูดที่ได้รับการคุ้มครองกลายเป็นอาชญากรรมมากเกินไป²⁶ ตัวอย่างของขอบเขตที่กว้างของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา เช่น การรวม “การก่อการร้าย” ให้เป็นอาชญากรรมไซเบอร์ตามร่างอนุสัญญาเนื่องจากอาชญากรรมดังกล่าวเกิดขึ้นโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ใช่อาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นโดยขึ้นอยู่กับระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น โดยร่างอนุสัญญาควรจำกัดเฉพาะอาชญากรรมหลักหรือที่เกี่ยวข้องกับไซเบอร์เท่านั้น²⁷ การกำหนดลักษณะที่กว้างและไม่ชัดเจนของ “การก่อการร้าย” อาจทำให้มีการนำบทบัญญัติของร่างอนุสัญญามาใช้ทำให้

²⁶ Katitza Rodriguez, **The UN Cybercrime Draft Convention Remains Too Flawed to Adopt** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.eff.org/deeplinks/2024/06/un-cybercrime-draft-convention-remains-too-flawed-adopt>

²⁷ EFF, Privacy International and Electronic Frontier Foundations' **Comments on the Consolidated Negotiating Document of the UN Cybercrime Treaty** [Online], 5 October 2024. Source: https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/4th_Session/Documents/Multi-stakeholders/PI-EFF_comments_on_consolidated_text_December_2022.pdf, p. 3.

การวิพากษ์วิจารณ์รัฐหรือผู้มีอำนาจโดยชอบธรรมที่สอดคล้องกับเสรีภาพในการแสดงออก กลายเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยใช้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางไซเบอร์ ฉบับนี้เป็นข้ออ้างในการดำเนินคดีทางอาญาได้

จากเหตุผลดังกล่าว OHCHR จึงมีข้อสังเกตด้วยความกังวลถึงข้อใหม่ของร่าง อนุสัญญาว่า “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมทางไซเบอร์ (อาชญากรรมที่กระทำผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร)” “United Nations Convention against Cybercrime (Crimes Committed through the Use of an Information and Communications Technology System)” ซึ่งอาจตีความได้ว่าการกระทำผิดทางอาญาใด ๆ ที่ทำผ่านระบบ ICT เป็นอาชญากรรมทางไซเบอร์ แนวทาง ดังกล่าวอาจสร้างปัญหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากมาตรา 1 ที่กำหนดจุดประสงค์ ของร่างอนุสัญญาว่าเป็นการต่อสู้และป้องกัน “อาชญากรรม ไซเบอร์” และเมื่ออ่าน ร่วมกับชื่อร่างอนุสัญญาแล้ว อาจทำให้มีการตีความจุดประสงค์ในแนวทางที่กว้างขวาง ซึ่งจะขัดแย้งกับความพยายามที่จะจำกัดขอบเขตการกำหนดความผิดทางอาญาภายใต้ร่าง อนุสัญญาเฉพาะความผิดที่ได้กำหนดไว้ชัดเจนและมีขอบเขตอย่างแคบเท่านั้น²⁸

OHCHR ยังกังวลเกี่ยวกับลักษณะที่ไม่จำกัดขอบเขตของมาตรา 4 ที่กำหนดให้รัฐ ต่าง ๆ ต้องใช้มาตรการเพื่อขยายขอบเขตความครอบคลุมของร่างอนุสัญญาให้ครอบคลุม ถึงความผิดภายใต้ตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ด้วย เมื่อมีการกระทำผ่านระบบ คอมพิวเตอร์ ดังนั้น ขอบเขตที่แท้จริงของบทบัญญัตินี้จึงยังไม่ชัดเจน เนื่องจากไม่มีรายการ ความผิดที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ จึงทำให้ไม่สามารถประเมินผลกระทบในอนาคต ได้ บทบัญญัตินี้ยังมีความเสี่ยงที่อาจขยายปัญหาที่กล่าวไปแล้วไปยังการใช้สนธิสัญญาอื่น ๆ เช่น คำจำกัดความของการก่อการร้ายที่กว้างเกินไป และบทบัญญัตินี้ยังอาจนำไปสู่ การกำหนดความรับผิดที่ไม่ได้สัดส่วนสำหรับผู้ให้บริการ ซึ่งจะคุกคามเสรีภาพในการ แสดงออก การลบลบลมาตรา 4 จะช่วยทำให้การใช้ร่างอนุสัญญานี้มีขอบเขตที่แคบลงและ ชัดเจนขึ้น

²⁸ OHCHR, **Human Rights and the Draft Cybercrime Convention** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/civicspace/DRAFT-CYBERCRIME-CONVENTION.pdf>, p. 3.

นอกจากนั้น แผนสำหรับการรับพิธีสารทางเลือกเพิ่มเติมเพื่อครอบคลุมความผิดทางอาญาอื่น ๆ นั้นมีความเสี่ยงอย่างมากต่อการขยายขอบเขตของการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งจะไม่ใช่ไปตามข้อกำหนดของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมถึงหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน²⁹

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับคำจำกัดความนี้ยังมีความเชื่อมโยงกับมาตรา 6 ในเรื่องการเคารพหลักสิทธิมนุษยชน³⁰ อนุสัญญาควรกำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน ไม่ใช่เพียงสอดคล้อง (Consistent) เท่านั้น ถ้อยคำที่ไม่เข้มงวดนี้จะทำให้รัฐสามารถตีความได้กว้างและอาจใช้บังคับได้หลวมขึ้น ซึ่งอาจนำไปสู่การคุ้มครองที่ไม่สอดคล้องกันในเขตอำนาจศาลต่าง ๆ เนื่องจากรัฐที่มีประวัติด้านสิทธิมนุษยชนอ่อนแอกว่าอาจตีความคำว่าสอดคล้องในลักษณะที่ตอบสนองภาระผูกพันของตนได้เพียงเล็กน้อยโดยไม่ได้ปกป้องสิทธิของบุคคลอย่างเต็มที่ นอกจากนี้ มาตรานี้ยังไม่ได้กล่าวถึงหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน อาทิ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความจำเป็น หลักความได้สัดส่วน และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ และข้อจำกัดโดยทั่วไปที่ชัดเจน ในทางปฏิบัติแล้ว

²⁹ Ibid.

³⁰ United Nations, A/AC.291/L.15, Draft United Nations Convention Against Cybercrime Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes [Online], 5 October 2024. Source: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/055/06/pdf/v2405506.pdf>, “Article 6. Respect for human rights

1. States Parties shall ensure that the implementation of their obligations under this Convention is consistent with their obligations under international human rights law.

2. Nothing in this Convention shall be interpreted as permitting suppression of human rights or fundamental freedoms, including the rights related to the freedoms of expression, conscience, opinion, religion or belief, peaceful assembly and association, in accordance and in a manner consistent with applicable international human rights law.”

องค์ประกอบหลายอย่างของร่างอนุสัญญานี้จึงมีแนวโน้มที่จะได้รับการนำไปปฏิบัติในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐที่จะลงนามในร่างอนุสัญญานี้บางรัฐยังปฏิเสธที่จะลงนามและให้สัตยาบันต่อตราสารสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน เช่น ICCPR³¹

4.2 การยกเว้นการกระทำผิดของเด็ก

การคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี³²จากการล่วงละเมิดทางเพศมีความสำคัญอย่างยิ่งและเป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในขณะเดียวกัน กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของเด็กด้วย ดังนั้น แม้ว่าการกำหนดให้การกระทำผิดทางเพศเด็กที่เกี่ยวข้องกับไซเบอร์ (cyber-related) เป็นอาชญากรรมจะเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผล แต่การกำหนดความผิดดังกล่าวควรทำอย่างถูกต้อง และหลีกเลี่ยงการทำให้การแสดงออกโดยชอบธรรมกลายเป็นอาชญากรรม รวมทั้งการแบ่งปันเนื้อหาที่สร้างขึ้นอย่างอิสระโดยเด็กเอง

OHCHR ระบุว่ามาตรา 14 ที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็กทางออนไลน์หรือเนื้อหานั้นยังไม่ถูกต้องเพียงพอ

มาตรา 14 (4) ของร่างปัจจุบันระบุว่า รัฐต่าง ๆ “อาจ (may) ดำเนินการเพื่อยกเว้นการกระทำผิดของเด็กสำหรับเนื้อหาที่สร้างขึ้นเอง” และสำหรับเนื้อหาที่ผลิตขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของการมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจ โดยคำว่า “อาจ” มีลักษณะเป็นทางเลือกซึ่งทำให้ข้อยกเว้นนี้ไม่ชัดเจน และไม่ได้ให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กอย่างเพียงพอตามที่

³¹ Katitza Rodriguez, **The UN Cybercrime Draft Convention Remains Too Flawed to Adopt** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.eff.org/deeplinks/2024/06/un-cybercrime-draft-convention-remains-too-flawed-adopt>

³² United Nations, Convention on the Rights of the Child [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, “Article 1 For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.”

กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด³³ ดังเช่นที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (Committee on the Rights of the Child) ได้กล่าวไว้ว่า “สื่อทางเพศที่เด็กสร้างขึ้นเองและครอบครอง และ/หรือแบ่งปันด้วยความยินยอมและเพื่อการใช้ส่วนตัวเท่านั้น ไม่ควรถือเป็นสิ่งผิดกฎหมาย”³⁴

OHCHR เสนอข้อความของมาตรา 14 (4)³⁵ ดังนี้

“4. ตามกฎหมายในประเทศและสอดคล้องกับข้อผูกพันระหว่างประเทศที่บังคับใช้ รัฐภาคีต้อง (shall) ดำเนินการเพื่อยกเว้นการดำเนินคดีอาญากับ:

(a) การกระทำของเด็กต่อสื่อที่เด็กสร้างขึ้นเอง หรือ

(b) การผลิต การส่งต่อ หรือการครอบครองโดยได้รับความยินยอมของสื่อที่อธิบายไว้ในวรรคสอง (a) ถึง (c) ของมาตรานี้ โดยที่พฤติกรรมพื้นฐานที่บรรยายไว้เป็นไปตามกฎหมายในประเทศ และสื่อดังกล่าวได้รับการเก็บรักษาไว้เพื่อใช้ส่วนตัวโดยสมัครใจของบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น”

นอกจากนั้น ในร่างดังกล่าวยังไม่มีข้อกำหนดข้อยกเว้นโดยชัดแจ้งสำหรับสื่อศิลปะ การศึกษา และวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับคำว่า “สื่อล่วงละเมิดทางเพศเด็ก” ซึ่งทำให้เนื้อหาที่แสดงถึงเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมายในมาตรา 14 (2) อาจครอบคลุมไปถึงการแสดงออกอย่างชอบธรรมในกรณีที่เป็นงานศิลปะ วรรณกรรม และวิทยาศาสตร์ที่

³³ OHCHR, **Human Rights and the Draft Cybercrime Convention** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/civicspace/DRAFT-CYBERCRIME-CONVENTION.pdf>, p. 4.

³⁴ United Nations, **CRC/C/GC/25, General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, “Self-generated sexual material by children that they possess and/or share with their consent and solely for their own private use should not be criminalized”

³⁵ OHCHR, **Human Rights and the Draft Cybercrime Convention** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/civicspace/DRAFT-CYBERCRIME-CONVENTION.pdf>, p. 4, 13.

พรรณนาถึงบุคคลสมมติ ตลอดจนการรายงานข่าวหรือการวิจัยทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับกรณีล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ดังนั้น สิ่งที่สำคัญคือการหลีกเลี่ยงไม่ให้ร่างอนุสัญญานี้ถูกใช้เป็นข้ออ้างสำหรับการปิดกั้นสื่อโดยไม่เหมาะสม และเพื่อกำหนดประเภทและขอบเขตของเนื้อหาที่ถือว่าเป็น “สื่อล่วงละเมิดทางเพศเด็ก” OHCHR แนะนำให้มีข้อยกเว้นโดยชัดแจ้งสำหรับสื่อศิลปะ การศึกษา และวิทยาศาสตร์ โดยให้เป็นมาตราใหม่ตามมาตรา 14 (2): สื่อที่มีลักษณะทางศิลปะ การศึกษา หรือวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจน และไม่มีบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี เข้ามาเกี่ยวข้อง จะได้รับการยกเว้นจากมาตรา 14 (1)³⁶

4.3 การค้นและยึดข้อมูลที่เก็บไว้

มาตรา 28 กำหนดเงื่อนไขในการให้อำนาจแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการค้นและเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลที่เก็บไว้ โดยมาตรา 28 (4) กำหนดให้มีมาตรการที่อนุญาตให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องสั่งให้บุคคลให้ข้อมูลเพื่อให้สามารถทำการค้นและยึดดังกล่าวได้

มาตรการนี้มีความเสี่ยงต่อการที่จะปกป้องสิทธิมนุษยชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) เช่น บทบัญญัติดังกล่าวอาจอนุญาตให้รัฐบาลบังคับให้บุคคลภายนอกเปิดเผยช่องโหว่หรือจุดบกพร่องของซอฟต์แวร์ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ช่วยให้รัฐหาวิธีเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ได้ ในทำนองเดียวกัน รัฐอาจบังคับให้บุคคลภายนอกช่วยเหลือให้รัฐเข้าถึงการสื่อสารที่เข้ารหัสได้ บุคคลภายนอกดังกล่าวนี้ นอกจากรวมถึงตัวผู้ให้บริการระบบ ICT ที่เป็นปัญหาแล้ว ยังรวมถึงบุคคลใด ๆ เช่น พนักงานของผู้ให้บริการด้วย

มาตรการดังกล่าวอาจเปิดช่องให้มีการติดตามการสื่อสารประเภทต่าง ๆ ได้ ซึ่งนำไปสู่การแทรกแซงเรื่องการรักษาความลับในการสื่อสารอย่างไม่ได้สัดส่วน นอกจากนั้น รัฐยังสามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของการสื่อสารได้ ซึ่งถือเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิอื่น ๆ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐต้องละเว้นจากการแทรกแซงสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยไม่เหมาะสม และต้องดำเนินการเพื่อให้แน่ใจว่าการสื่อสาร

³⁶ Ibid., p. 13.

มีความปลอดภัย ครอบคลุม และมีการรักษาความลับอย่างเพียงพอ เพื่อให้บุคคลได้ใช้สิทธิ ความเป็นส่วนตัว ซึ่งหากหน่วยงานได้รับอนุญาตให้บังคับให้บุคคลภายนอกทำตามที่เสนอไว้ในมาตรา 28 (4) การเข้าถึงดังกล่าวจะสามารถนำไปใช้อย่างกว้างขวางเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง เช่น การเฝ้าติดตามโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล³⁷ ดังนั้น OHCHR จึงแนะนำให้ตัดมาตรา 28 (4) นี้ออกจากร่างอนุสัญญา³⁸

4.4 เงื่อนไขและการคุ้มครองกันสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศและความช่วยเหลือทางกฎหมาย

ข้อกังวลสำหรับบทบัญญัตินี้มีความสำคัญ กล่าวคือ การต้องทำให้มั่นใจว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศและความช่วยเหลือทางกฎหมายนั้น สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่รัฐอาจถูกขอให้ร่วมมือกับรัฐอื่นในลักษณะที่อาจกระทบต่อพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน ตัวอย่างเช่น รัฐใช้กฎหมายอาญาเพื่อดำเนินคดีกับฝ่ายตรงข้ามทางการเมืองสำหรับการใช้สิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกโดยชอบธรรม โดยพยายามเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดเก็บไว้ เช่น อีเมลหรือบัญชี โดยที่ไม่อธิบายให้รัฐที่ถูกร้องขอทราบ ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งปันข้อมูลข้ามพรมแดนนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบจากหน่วยงานอิสระหรือมีการคุ้มครองอื่น ๆ ดังนั้น หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายในรัฐที่ถูกร้องขอจึงสามารถส่งมอบข้อมูลส่วนตัวเกี่ยวกับบุคคลนี้ได้โดยที่คำขอไม่ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบจากหน่วยงานอิสระ และรัฐที่ร้องขอไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าข้อมูลนั้นจำเป็นต่อการสืบสวนคดีอาญาใดโดยเฉพาะเจาะจง

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ร่างอนุสัญญาจะต้องกำหนดเงื่อนไขและการคุ้มครองกันในการดำเนินการเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 24 (4)³⁹

³⁷ Ibid., p. 7.

³⁸ Ibid., p. 13.

³⁹ United Nations, A/AC.291/L.15, Draft United Nations Convention Against Cybercrime Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes [Online],5

ของร่างอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตาม กรอบการทำงานที่จัดทำขึ้นยังขาดความชัดเจนและความเฉพาะเจาะจง ข้อเสนอสำหรับข้อกำหนดการคุ้มกันทั่วไปดังที่ไว้ข้างต้นจะช่วยให้กรอบการทำงานด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมีความเข้มแข็งยิ่งขึ้น⁴⁰

นอกจากนั้น ขั้นตอนก่อนการได้รับอนุญาตจากศาล ความโปร่งใส การแจ้งให้ผู้เสียหาย และสิทธิในการได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ ยังเป็นองค์ประกอบที่สำคัญหนึ่งของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งแม้มาตรา 24 (2) จะกำหนดเงื่อนไขและการคุ้มกันไว้⁴¹ อย่างไรก็ตาม การให้การคุ้มครองนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในอาจทำให้ประสิทธิผลของการคุ้มครองลดน้อยลง เนื่องจากกฎหมายในประเทศแตกต่างกันอย่างมากและอาจไม่ให้การคุ้มครองที่เหมาะสม และมาตรา 24 ไม่ได้ระบุหลักการแห่งความถูกต้องตามกฎหมายและ

October 2024. Source: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/055/06/pdf/v2405506.pdf>, “Article 24. Conditions and safeguards

4. The conditions and safeguards established in accordance with this article shall apply at the domestic level to the powers and procedures set forth in this chapter, both for the purpose of domestic criminal investigations and proceedings and for the purpose of rendering international cooperation by the requested State Party.”

⁴⁰ OHCHR, **Human Rights and the Draft Cybercrime Convention** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/civicspace/DRAFT-CYBERCRIME-CONVENTION.pdf>, p. 10

⁴¹ United Nations, **A/AC.291/L.15, Draft United Nations Convention Against Cybercrime Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes** [Online], 5 October 2024. Source: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/055/06/pdf/v2405506.pdf>, “Article 24. Conditions and safeguards

2. In accordance with and pursuant to the domestic law of each State Party, such conditions and safeguards shall, as appropriate in view of the nature of the procedure or power concerned, include, inter alia, judicial or other independent review, the right to an effective remedy, grounds justifying application, and limitation of the scope and the duration of such power or procedure.”

หลักความจำเป็นไว้อย่างชัดเจน การมอบอำนาจที่กว้างขวางแก่รัฐทำให้ร่างอนุสัญญาไม่สามารถรับประกันได้ว่าข้อความดังกล่าวจะถูกนำไปปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน และเสี่ยงที่จะกลายเป็นเครื่องมือสำหรับการละเมิดสิทธิมนุษยชนและการปราบปรามข้ามชาติที่จะกลายเป็นการทำลายความมั่นคงทางไซเบอร์และหลักการที่มุ่งจะคุ้มครองได้⁴²

ขณะที่ปัญหาเรื่องการกำหนดพันธกรณีหรือข้อผูกพันที่อาจจะทำไม่ได้ในทางปฏิบัติซึ่งเคยปรากฏขึ้นในหลายประเทศตอนที่มีการร่วมลงนามในอนุสัญญาบูดาเปสต์⁴³ สำหรับร่างอนุสัญญานี้แคนาดาให้ความเห็นว่าคำขอส่วนใหญ่ที่ได้รับนั้นเป็นคำขอข้อมูลสำหรับอาชญากรรมที่ไม่ระบุขอบเขตชัดเจน และต้องใช้ทรัพยากรในการจัดการกับคำขอเหล่านี้ รวมถึงการอธิบายให้ประเทศภาคีทราบถึงวิธีการปฏิบัติตามเกณฑ์การแบ่งปันข้อมูล หากสนธิสัญญามีขอบเขตกว้าง การนำไปปฏิบัติจริงอาจเป็นเรื่องยากและอาจขัดขวางการใช้ร่างอนุสัญญาได้ ส่วนอิตาลีระบุว่าความร่วมมือสำหรับอาชญากรรมทั้งหมดที่กระทำโดยใช้ ICT จะทำให้เกิดข้อจำกัดด้านงบประมาณ⁴⁴

⁴² Katitza Rodriguez, **The UN Cybercrime Draft Convention Remains Too Flawed to Adopt** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.eff.org/deeplinks/2024/06/un-cybercrime-draft-convention-remains-too-flawed-adopt>

⁴³ Chat Le Nguyen and Wilfred Golman, **Diffusion of the Budapest Convention on Cybercrime and the Development of Cybercrime Legislation in Pacific Island Countries: ‘Law on the Books’ vs ‘Law in Action’**, Computer Law & Security Review, Volume 40 (April 2021), p. 12..

⁴⁴ Summer Walker, **Still Poles Apart UN Cybercrime Treaty Negotiation, June 2023** [Online], 5 October 2024. Source: <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2023/06/Summer-Walker-Poles-apart-UN-cybercrime-treaty-negotiations-GI-TOC-June-2023.pdf>, p. 8.

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์เป็นปัญหาใหญ่ที่ทั่วโลกต่างให้ความสำคัญ เนื่องจากเป็นปัญหาที่กระทบต่อความมั่นคงและเศรษฐกิจ อาชญากรรมไซเบอร์เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ตามการพัฒนาของเทคโนโลยีและมีความซับซ้อนทั้งในเชิงเทคนิคและในมุมมองของกฎหมาย ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายที่ครอบคลุมเพื่อให้ตามทันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีและการพัฒนาไปของอาชญากรรมต่าง ๆ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง แม้ในปัจจุบันจะมีอนุสัญญาบูดาเปสต์ว่าด้วยอาชญากรรมไซเบอร์ หรือในประเทศไทยที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่การแก้ปัญหาในระดับระหว่างประเทศอย่างแท้จริงยังขาดกฎหมายที่ชัดเจน ดังนั้น ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ จึงจะเข้ามาช่วยอุดช่องว่างดังกล่าว โดยเฉพาะการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการต่าง ๆ ทั้งในเชิงป้องกันการกระทำความผิด และการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

อย่างไรก็ตาม หลักการสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับร่วมกันของประเทศต่าง ๆ เป็นเรื่องที่ไม่อาจละเลยได้ ไม่ว่าจะเป็นความพยายามในการร่างกฎหมายใด ๆ ซึ่งสหประชาชาติเอง รวมถึงองค์กรไม่แสวงหากำไรต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ยังมีความเห็นว่า ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ยังมีปัญหาในประเด็นสิทธิมนุษยชน และโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก ซึ่งปัญหาการนำกฎหมายมาใช้เพื่อจำกัดเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออกเกิดขึ้นบ่อยครั้งกับการดำเนินคดีกับผู้ที่วิจารณ์รัฐบาลและการจำกัดการมีส่วนร่วมทางการเมือง ซึ่งเป็นการนำกฎหมายมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้อง ดังนั้น เพื่อป้องกันการนำกฎหมายไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นอันเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ ควรมีการพิจารณาถึงประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ 1. ปัญหาเรื่องคำจำกัดความของความผิดว่าควรมีขอบเขตแคบและกว้างอย่างไร 2. ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำของเด็กและการยกเว้นการกระทำผิดของเด็กที่จะขัดขวางเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออกของเด็ก 3. ปัญหาการค้นและยึดข้อมูลที่เก็บไว้ ซึ่งจะนำไปสู่การแทรกแซงเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิอื่น ๆ 4. ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขและการคุ้มครอง

สำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศและความช่วยเหลือทางกฎหมายที่ยังขาดความชัดเจน และความเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติ

เมื่อพิจารณาประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนที่มีปัญหาแล้ว OHCHR และองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรต่าง ๆ ได้มีคำแนะนำเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ⁴⁵ เช่น

1) การอ้างอิงอย่างชัดเจนถึงสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้อง และให้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเพื่อชี้แจงว่าไม่มีสิ่งใดในร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ที่จะตีความว่าทำให้ขอบเขตของภาระผูกพันของรัฐภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศลดลงหรือลดน้อยลง

2) การมีข้อกำหนดการปกป้องหลักสิทธิมนุษยชนทั่วไปเพื่อให้แน่ใจว่ารัฐที่ปฏิบัติตามภาระผูกพันภายใต้ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์จะปฏิบัติโดยสอดคล้องกับภาระผูกพันภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยร่างอนุสัญญาจะต้องรวมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ครอบคลุม รวมถึงหลักการของความถูกต้องตามกฎหมาย การไม่เลือกปฏิบัติ จุดประสงค์ที่ถูกต้อง ความจำเป็น ความสมส่วน ความโปร่งใส การเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ และการอนุญาตจากศาลล่วงหน้าที่ใช้ได้ตลอดทั้งร่างอนุสัญญา

3) การมีขอบเขตที่ชัดเจนและเป็นไปอย่างแคบของความผิดทางอาญาภายใต้ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ ที่หลีกเลี่ยงการทำให้การกระทำที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเป็นความผิดทางอาญา เช่น การใช้เสรีภาพในการแสดงออก นอกจากนี้ ร่างอนุสัญญาจะต้องรวมการคุ้มครองที่เข้มงวดสำหรับนักวิจัยด้านความปลอดภัย ผู้แจ้งเบาะแส นักเคลื่อนไหว และนักข่าว เพื่อป้องกันไม่ให้ถูกดำเนินคดีอย่างไม่เป็นธรรมเนื่องจากปฏิบัติหน้าที่

4) การมีบทบัญญัติที่ชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการในทางที่มีขอบ เช่น การแบ่งปันข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงต้องจำกัดเฉพาะการสืบสวนคดีอาญาโดยเฉพาะ และต้องอยู่ภายใต้มาตรการป้องกันขั้นต่ำที่เข้มงวด เช่น ความถูกต้องตามกฎหมาย

⁴⁵ OHCHR, **Human Rights and the Draft Cybercrime Convention** [Online], 5 October 2024. Source: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/ntss/issues/civicspace/DRAFT-CYBERCRIME-CONVENTION.pdf>

ความจำเป็น ความได้สัดส่วน ความโปร่งใส การแจ้งให้ผู้ใช้ทราบ และการได้รับอนุญาตจากศาลก่อน หรือขอขอบเขตและความร่วมมือระหว่างประเทศจะต้องจำกัดอยู่เฉพาะอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับไซเบอร์ที่กำหนดไว้

5) การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศและความช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกันเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นกับภาระผูกพันของรัฐภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ซึ่งการแก้ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะช่วยให้หลักการสิทธิมนุษยชนได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง โดยกระบวนการของ UN หลังจากผ่านร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ โดย AHC แล้ว จะเป็นขั้นตอนต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำให้ร่างอนุสัญญานี้ได้บังคับใช้ ซึ่งประเด็นสิทธิมนุษยชนยังคงเป็นปัญหาที่มีข้อวิจารณ์อยู่ และเป็นประเด็นที่ UN เองให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง สำหรับในมุมมองของประเทศไทยเองมีความจำเป็นต้องศึกษาและทำความเข้าใจกับรายละเอียดของร่างอนุสัญญาดังกล่าวเพื่อเตรียมความพร้อมและพิจารณาดำเนินการต่าง ๆ ต่อไปร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์นี้อาจกล่าวได้ว่าจะเป็นหมุดหมายในการการต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์ที่กำลังทวีความรุนแรงและสร้างความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมเป็นอย่างมาก แต่ก็ต้องตระหนักว่าไม่ควรละทิ้งประเด็นสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการหลักร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ

รายการอ้างอิง

- แอมเนสตี้, **เสรีภาพในการแสดงออก** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/our-work/freedom-expression/>
- กระทรวงการต่างประเทศ, **กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/ICCPR.php>
- กระทรวงการต่างประเทศ, **คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติ คำมั่นด้านสิทธิมนุษยชนของไทย และกระบวนการ UPR ฉบับประชาชน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/hrcth.pdf>
- กระทรวงการต่างประเทศ, **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>
- สถานทูตสหรัฐอเมริกา และสถานกงสุลในประเทศไทย, **รายงานด้านสิทธิมนุษยชน ประจำปี พ.ศ. 2565 ประเทศไทย** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://th.usembassy.gov/th/our-relationship-th/official-reports-th/2022-human-rights-reports-thailand-th/>
- สิงหาคม พงศ์ภิญโญศักดิ์, **ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำข้อมูลบิดเบือนเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์: ศึกษากรณีการเผยแพร่ข้อมูลทางการเมือง** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://law.master.kbu.ac.th/StudentTheses/2562/05.pdf>
- ilaw, **เปิดนิยาม-แยกองค์ประกอบ “ความผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลเท็จ” ตาม พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.ilaw.or.th/articles/4748>
- Chat Le Nguyen and Wilfred Golman, **Diffusion of the Budapest Convention on Cybercrime and the Development of Cybercrime Legislation in Pacific Island Countries: ‘Law on the Books’ vs ‘Law in Action’**, Computer Law & Security Review Volume 40 (April 2021).

- Commonwealth Secretariat, **Pacific to Establish Cybercrime Collaborative Platform as Threat Escalates** [Online], Source: <https://thecommonwealth.org/news/pacific-establish-cybercrime-collaborative-platform-threat-escalates>

- Commonwealth Secretariat, **Report of the Commonwealth Working Group of Experts on Cybercrime (Meeting of Commonwealth Law Ministers and Senior Officials)** [Online], Source: <https://www.combattingcybercrime.org/files/virtual-library/international-cooperation/report-of-the-commonwealth-working-group-of-experts-on-cybercrime.pdf>

- EFF, Privacy International and Electronic Frontier Foundations' **Comments on the Consolidated Negotiating Document of the UN Cybercrime Treaty** [Online], Source: https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/4th_Session/Documents/Multi-stakeholders/PI-EFF_comments_on_consolidated_text_December_2022.pdf

- European Parliament, **Understanding Cybercrime** [Online], Source: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/760356/EPRS_BR\(2024\)760356_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/760356/EPRS_BR(2024)760356_EN.pdf)

- ITU, **Capacity Building and ICT Policy, Regulatory and Legislative Frameworks Support for Pacific Island Countries (ICB4PAC)** [Online], Source: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Projects/ITU-EC-ACP/ICB4PAC/Pages/default.aspx>

- Joint Statement, **Joint Statement on the Proposed Cybercrime Treaty Ahead of the Concluding Session January 23, 2024** [Online], Source: <https://cdt.org/wp-content/uploads/2024/01/Joint-Advocacy-Statement-Cybercrime-Convention-Jan-23-2024.pdf>

- Katitza Rodriguez, **The UN Cybercrime Draft Convention Remains Too Flawed to Adopt** [Online], Source: <https://www.eff.org/deeplinks/2024/06/un-cybercrime-draft-convention-remains-too-flawed-adopt>

- Michael Minges and Christoph Stork, **Economic and Social Impact of ICT in the Pacific** [Online], Source: <https://www.theprif.org/documents/regional/information-communication-technology-ict/economic-and-social-impact-ict-pacific-0>

- Natadola Jyoti Pratibha, **How Cyber Criminals Defraud Fijians** [Online], Source: <https://fijisun.com.fj/2018/12/08/how-cyber-criminals-defraud-fijians/>

- OHCHR, **Human Rights and the Draft Cybercrime Convention** [Online], Source: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/civicspace/DRAFT-CYBERCRIME-CONVENTION.pdf>

- Reka Furtos, **Press Release United Nations: Member States Finalize a New Cybercrime Convention New York, 9 August 2024** [Online], Source: https://www.unodc.org/unodc/frontpage/2024/August/united-nations_member-states-finalize-a-new-cybercrime-convention.html

- Summer Walker, **Still Poles Apart UN Cybercrime Treaty Negotiation, June 2023** [Online], Source: <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2023/06/Summer-Walker-Poles-apart-UN-cybercrime-treaty-negotiations-GI-TOC-June-2023.pdf>

- Telecommunication Development Sector ITU, **Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response** [Online], Source: <https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/Cybercrime%20legislation%20EV6.pdf>

- United Nations, **A/AC.291/L.15, Draft United Nations Convention Against Cybercrime Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes** [Online], Source: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/055/06/pdf/v2405506.pdf>

- United Nations, **A/RES/74/247, Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes** [Online], Source: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/440/28/pdf/n1944028.pdf>

- United Nations, **Convention on the Rights of the Child** [Online], Source: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

- United Nations, **CRC/C/GC/25, General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment** [Online], Source: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>

ปัญหาในการบังคับจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา
ภายใต้ข้อบทเรื่องบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ*

Problems in Enforcing Personal Income Tax Collection under
the article ‘Independent Personal Services’

สรศักดิ์ ตันติจิตตานนท์**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Sann Tanticahttanon

Assistant Professor, School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 3 กรกฎาคม 2567; วันที่แก้ไขบทความ 12 สิงหาคม 2567; วันที่ตอบรับบทความ 19 สิงหาคม 2567

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง “แนวทางการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากการให้บริการข้ามพรมแดน” ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายภาษี) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ sann.tan@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

การจัดเก็บภาษีจากบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระเป็นประเด็นที่มีความยุ่งยากในการพิจารณาจัดเก็บภาษีตามกฎหมายภายในประเทศไทยและยังเผชิญความซับซ้อนยิ่งขึ้นเมื่อต้องพิจารณาประกอบกับอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ระหว่างประเทศ บทความนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศและเข้ามาทำงานในประเทศไทยโดยวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ประมวลรัษฎากรไทยและการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนและปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายภาษีในปัจจุบัน รวมทั้งเสนอแนะถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาล่าช้า

ปัญหาในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรของประเทศไทย เริ่มต้นจากการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่ต้องจำแนกประเภทของเงินได้ตามมาตรา 40 ซึ่งเงินได้ที่บุคคลได้รับนั้นถือเป็นเงินได้ประเภทใดจะไปมีความสัมพันธ์กับเรื่องการหักภาษี ณ ที่จ่าย สำหรับกรณีการให้บริการของบุคคลธรรมดานี้ หากได้มีการดำเนินการโดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทยจะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 50 และคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 ซึ่งผู้เสียภาษีจะเผชิญกับความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ในส่วนของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ บทความนี้จะมุ่งเน้นไปที่ข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระตามโครงสร้างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ UN ซึ่งจะวิเคราะห์ถึงการบังคับใช้และสภาพของปัญหาที่เกิดขึ้น ประกอบกับการเปรียบเทียบการบังคับใช้กับโครงสร้างต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ของ OECD ซึ่งไม่มีข้อบทที่ 14 และจะมีผลย้อนกลับไปให้บังคับใช้ข้อบทที่ 5 เรื่องสถานประกอบการถาวรแทน การศึกษาถึงข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นี้กล่าวถึงความหมายของคำว่า “ฐานประกอบการประจำ” ที่ยังไม่มีแนวทางการตีความที่ชัดเจนในประเทศไทย รวมทั้งเงื่อนไขและหลักเกณฑ์อื่นที่ปรากฏตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ เช่น ประเด็นเรื่องการนับระยะเวลาประเด็นการตีความบังคับกรณีเกณฑ์รายได้ขั้นต่ำที่กำหนดไว้

การแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นสำหรับการบังคับจัดเก็บภาษีเงินได้จากการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระภายใต้กฎหมายราชการของประเทศไทย และอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นั้น อาจต้องทำการปรับปรุงกฎหมายและเพิ่มเติมแนวปฏิบัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นธรรมต่อผู้เสียภาษีซึ่งจะมีผลทำให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายภาษีที่มีประสิทธิภาพและลดข้อพิพาทระหว่างประเทศอีกด้วย

คำสำคัญ: ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา; อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ; การให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ

Abstract

The taxation of independent personal services is a complex issue under Thai domestic law and becomes even more complicated when considering double taxation conventions between countries. This article aims to study the personal income tax obligations of non-residents working in Thailand by analyzing the problems arising from the application of the Thai Revenue Code and the enforcement of double taxation conventions. It will highlight the issues caused by ambiguities and the current tax law enforcement problems, as well as propose solutions to address these challenges.

The problems in collecting personal income tax under the provisions of the Thai Revenue Code begin with classifying income types under Section 40. The type of income an individual receives relates to the withholding tax issue. For the case of independent personal services performed by non-residents, withholding tax must be applied under Section 50 and the Revenue Department's Order Tor. Por. 4/2528. Taxpayers face uncertainties due to unclear legal provisions.

Regarding double taxation conventions, this article focuses on Article 14, which pertains to independent personal services according to the UN Model Tax Convention. It will analyze the enforcement and issues arising from it, alongside comparing it with the OECD Model Tax Convention, which does not include Article 14 and instead reverts to Article 5 concerning permanent establishment. The study of Article 14 under double taxation conventions covers the definition of a "fixed base" that lacks clear interpretation in Thailand, as well as other conditions and criteria in double taxation

conventions such as the duration test and the minimum income threshold criteria.

To address the issues of enforcing personal income tax on independent personal services under the Thai Revenue Code and double taxation conventions, it may be necessary to amend the law and provide additional guidelines to ensure clarity and fairness for taxpayers. This will result in more effective tax law enforcement and reduce international disputes.

Keywords: Personal Income Tax; Double Taxation Agreements; Independent Personal Services

1. บทนำ

ในโลกยุคปัจจุบัน การเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นปกติอย่างแพร่หลาย เนื่องจากความสะดวกรวดเร็วในการเดินทาง การที่บุคคลต่างชาติเข้ามาทำงานในประเทศไทยนั้นถือเป็นกลไกส่วนหนึ่งที่มีส่วนช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ อย่างไรก็ตาม การเข้ามาของแรงงานต่างชาตินั้นเป็นสิ่งที่ต้องมีการควบคุมและจัดการอย่างเหมาะสมเพื่อให้เกิดความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ การทำความเข้าใจเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของผู้ที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยถือเป็นเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญยิ่ง โดยเฉพาะประเทศไทยที่มีความต้องการแรงงานจากต่างชาติสูง

บทความนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศและเข้ามาทำงานในประเทศไทย โดยเฉพาะกรณีการให้บริการของบุคคล เรื่องจากการให้บริการของบุคคลนั้นเป็นเรื่องที่พบเห็นได้ทั่วไปในทางธุรกิจต่าง ๆ เช่น การบริการทางด้านวิทยาศาสตร์ การบริการทางด้านบัญชี การบริการให้คำปรึกษาต่าง ๆ การวิเคราะห์ถึงภาระภาษีเงินได้ของบุคคลธรรมดาเริ่มต้นจากการศึกษาการจัดเก็บภาษีตามประมวลรัษฎากรไทย ซึ่งเริ่มจากประเภทของเงินได้พึงประเมินที่บุคคลธรรมดาอาจได้รับจากการทำงานในประเทศไทย และภาระการหักภาษี ณ ที่จ่ายที่จะเกิดขึ้น เมื่อบุคคลธรรมดามีเงินได้เกิดขึ้นในประเทศไทยจะต้องเสียภาษีเงินได้ให้กับประเทศไทยตามประมวลรัษฎากรตามหลักแหล่งเงินได้ แต่หากบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ ความยุ่งยากซับซ้อนในการบังคับจัดเก็บภาษีจะเพิ่มมากขึ้นจากการที่จะต้องพิจารณาถึงอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประกอบกับการเสียภาษีของบุคคลนั้นเนื่องจากจะเกิดภาวะการเก็บภาษีซ้ำซ้อนกันระหว่างสองประเทศขึ้น ซึ่งอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ จะชี้สิทธิในการจัดเก็บภาษีว่ากรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น ประเทศแหล่งเงินได้หรือประเทศถิ่นที่อยู่จะเป็นผู้มีสิทธิในการจัดเก็บภาษีเงินได้ การศึกษานี้จะชี้ให้เห็นถึงสภาพของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับจัดเก็บภาษีที่จะต้องพิจารณากฎหมายทั้งตามบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรและบทบัญญัติตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ซึ่งทำให้การเสียภาษีเงินได้จะต้องเผชิญกับความไม่แน่นอนในการเสียภาษีในหลายกรณี ที่ยังไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจน

อนึ่ง สำหรับการเสียภาษีเงินได้ของบุคคลธรรมดานั้นตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ มีข้อบทที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่สำคัญคือ ข้อบทเรื่องการให้บริการ

ส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ และข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระ แต่ทั้งนี้ ภาษีเงินได้ของบุคคลธรรมดาอาจจะเข้าข้อบทอื่นได้อีก เช่น ข้อบทเรื่องเงินปันผล ข้อบทเรื่องค่าสิทธิ ข้อบทเรื่องครู ศาสตราจารย์ นักวิจัย เป็นต้น บทความนี้มุ่งเน้นศึกษาถึงเฉพาะกรณีการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่อยู่ภายใต้บังคับข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ

การให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ (Independent Personal Services) หมายถึง การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา โดยไม่มีลักษณะความสัมพันธ์ในลักษณะลูกจ้างกับบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ว่าจ้าง ซึ่งทำให้บุคคลที่ทำหน้าที่การให้บริการนี้มีอิสระในการทำงาน และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือคำสั่งจากผู้อื่น ซึ่งการได้รับเงินได้จากการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระนี้จะไม่เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงลักษณะการได้รับเงินได้จากผู้จ่ายว่าเป็นนายจ้างผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ หรือโดยสถานประกอบการถาวรหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่แตกต่างกับข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระ

2. ปัญหาในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่เกิดจากการให้บริการตามบทบัญญัติในประมวลรัษฎากร

การที่บุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศเข้ามาทำงานในประเทศไทยและได้รับเงินได้จากประเทศไทยนั้น ประเทศไทยมีสิทธิในการจัดเก็บภาษีเงินได้ตามหลักแหล่งเงินได้ตามมาตรา 41 วรรคแรก อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี การที่บุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ในรัฐอธิปไตยหนึ่งก่อให้เกิดสิทธิในการจัดเก็บภาษีของรัฐอธิปไตยหนึ่งนั้นด้วยซึ่งกรณีเช่นนี้จะต้องพิจารณาถึงอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ในข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประกอบด้วย

2.1 ปัญหาการพิจารณาว่าการให้บริการของบุคคลเป็นเงินได้พึงประเมินในลักษณะใดตามมาตรา 40

การให้บริการของบุคคลอาจเข้าลักษณะเงินได้พึงประเมินในประเภทใดนั้นขึ้นกับข้อเท็จจริง เนื่องจากบุคคลอาจจะได้รับเงินได้เนื่องจากการจ้างแรงงานตามมาตรา 40 (1) หรือได้รับเงินได้จากหน้าที่หรือตำแหน่งงานที่ทำ หรือจากการรับทำงานให้ตามมาตรา 40 (2) หรือ ค่าสิทธิตามมาตรา 40 (3) หรือเงินได้จากวิชาชีพอิสระตามมาตรา 40 (6) หรือ

เงินได้จากการรับเหมาตามมาตรา 40 (7) หรือ เงินได้จากธุรกิจหรืออื่น ๆ ตามมาตรา 40 (8) ซึ่งในทางปฏิบัติเรามักพบเห็นข้อโต้แย้งระหว่างเจ้าหน้าที่สรรพากรกับผู้เสียภาษีเกิดขึ้นเสมอว่าเงินได้ที่ได้รับนั้นถือว่าเป็นเงินได้พึงประเมินประเภทใด ลักษณะของการให้บริการของบุคคลนั้นบางครั้งอาจมีความไม่แน่นอนว่าการทำงานให้ของบุคคลนั้นอาจจะคาบเกี่ยวกันระหว่างลักษณะเงินได้แต่ละประเภทกันได้ ซึ่งในเรื่องนี้จะส่งผลตามมาในเรื่องการยื่นรายการเพื่อเสียภาษี และการหักภาษี ณ ที่จ่ายของผู้จ่ายเงินได้ ทั้งนี้ สำหรับกรณีการบังคับตามประมวลรัษฎากรประกอบกับข้อบ่งชี้เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ เห็นว่าจะไม่สัมพันธ์กับมาตรา 40 (1) เนื่องจาก ลักษณะของเงินได้จากการจ้างแรงงานนั้น จะต้องเป็นการได้เงินได้จากนายจ้างซึ่งอยู่ในบังคับข้อบ่งชี้เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระ (Dependent Personal Services)

2.2 ปัญหาเรื่องการหักภาษี ณ ที่จ่าย ตามมาตรา 50 กรณีการจ่ายให้กับผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย

ในการหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 50¹ สำหรับเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) จะพบว่าใช้คำว่า “จ่ายให้กับผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย”

¹ มาตรา 50 แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า

“ให้บุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หรือคณะบุคคลผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 หักภาษีเงินได้ไว้ทุกคราวที่จ่ายเงินได้พึงประเมินตามวิธีดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) และ (2) ให้คูณเงินได้พึงประเมินที่จ่ายด้วยจำนวนคราวที่จะต้องจ่าย เพื่อให้ได้จำนวนเงินเสมือนหนึ่งว่าได้จ่ายทั้งปี แล้วคำนวณภาษีตามเกณฑ์ในมาตรา 48 เป็นเงินภาษีทั้งสิ้นเท่าใดให้หารด้วยจำนวนคราวที่จะต้องจ่าย ได้ผลลัพธ์เป็นเงินเท่าใดให้หักเป็นเงินภาษีไว้เท่านั้น

ถ้าการหารด้วยจำนวนคราวที่จะต้องจ่ายตามความในวรรคก่อนไม่ลงตัว เหลือเศษเท่าใดให้เพิ่มเงินเท่าจำนวนที่เหลือเศษนั้นรวมเข้ากับเงินภาษีที่จะต้องหักไว้ครั้งสุดท้ายในปีนั้น เพื่อให้ยอดเงินภาษีที่หักรวมทั้งปีเท่าจำนวนภาษีที่จะต้องเสียทั้งปี

ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) และ (2) ซึ่งเป็นเงินที่นายจ้างจ่ายให้ครั้งเดียว เพราะเหตุออกจากงาน ซึ่งได้คำนวณจ่ายจากระยะเวลาที่ทำงาน และได้จ่ายตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด ให้คำนวณภาษีตามเกณฑ์ในมาตรา 48 (5) เป็นเงินภาษีทั้งสิ้นเท่าใดให้หักเป็นเงินภาษีไว้เท่านั้น

โดยมีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้หักไว้ในแต่ละกรณี ตามบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรจะพบคำว่า “ผู้อยู่ในประเทศไทย” ในมาตรา 41 ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่อยู่ในประเทศไทยชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะ รวมเวลาทั้งหมดถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวันในปีภาษีใด

ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) นอกจากที่ระบุไว้ในวรรคสาม ที่จ่ายให้แก่ผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้ที่อยู่ในประเทศไทย ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 15.0 ของเงินได้

(2) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (3) และ (4) ให้คำนวณหักตามอัตราภาษีเงินได้เว้นแต่

(ก) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (3) และ (4) นอกจากที่ระบุไว้ใน (ข) (ค) (ง) และ (จ) ที่จ่ายให้แก่ผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้ที่อยู่ในประเทศไทย ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 15.0 ของเงินได้

(ข) ในกรณีเงินได้พึงประเมินที่ระบุในมาตรา 48 (3) (ก) และ (ค) ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 15.0 ของเงินได้

(ค) ในกรณีเงินได้พึงประเมินที่ระบุในมาตรา 48 (3) (ข) ให้ถือว่าผู้ออกตัวเงิน ผู้ออกตราสารแสดงสิทธิในหนี้ หรือนิติบุคคลผู้โอนตัวเงินหรือตราสารดังกล่าว ให้แก่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้ตามส่วนนี้ เป็นผู้จ่ายเงินได้พึงประเมิน และให้เรียกเก็บภาษีเงินได้จากผู้มีเงินได้ ในอัตราร้อยละ 15.0 ของเงินได้ และให้ถือว่าภาษีที่เรียกเก็บนั้นเป็นภาษีที่หักไว้

(ง) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (4) (ก) ที่มีได้ระบุใน (ข) และ (ค) แห่งมาตรานี้ ถ้าผู้จ่ายเงินได้มิใช่เป็นนิติบุคคล และจ่ายให้แก่ผู้รับซึ่งเป็นผู้อยู่ในประเทศไทย ไม่ต้องหักภาษีตามมาตรา

(จ) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (4) (ข) ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 10.0 ของเงินได้

(ฉ) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (4) (ข) และ (ฉ) ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 15.0 ของเงินได้

(3) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (5) และ (6) ที่จ่ายให้แก่ผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้ที่อยู่ในประเทศไทย ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 15.0 ของเงินได้”

ปัญหาอาจเกิดขึ้นในการบังคับให้หัก ณ ที่จ่ายตามมาตรา 50 หากพิจารณาถึง บทบัญญัติในมาตรา 41 จะเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีของประเทศไทย กับผู้เสียภาษีโดยใช้หลักถิ่นที่อยู่ตามมาตรา 41 วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งตามความหมาย ของคำว่า “ผู้อยู่ในประเทศไทย” ที่ปรากฏบัญญัตินี้เพื่อใช้โยกกับการจัดเก็บภาษีตามหลัก ถิ่นที่อยู่เมื่ออยู่ในประเทศไทยครบ 180 วันในปีภาษีนั้น

การที่บุคคลใดจะอยู่ในประเทศไทยครบ 180 วันในปีภาษีใดหรือไม่นั้น จะทราบ ได้แน่ชัดเมื่อถึงสิ้นปีและนับระยะเวลาตลอดทั้งปีว่าผู้นั้นอยู่ในประเทศไทยครบตาม ระยะเวลาดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น หากบุคคลนั้นเข้ามาทำงานในประเทศไทยในช่วง ระยะเวลาต้นปีหรือระหว่างปี อาจจะไม่สามารถทราบได้เลยว่าบุคคลผู้นั้นจะเป็นผู้อยู่ใน ประเทศไทยหรือไม่ แต่การหักภาษี ณ ที่จ่าย เป็นการบังคับให้ต้องหักภาษีเมื่อจ่ายเงินได้ ให้กับผู้รับนั้นทันที และนำเงินภาษีที่หัก ณ ที่จ่ายส่งกรมสรรพากร ดังนั้น เงื่อนไขการ กำหนดให้หักภาษี ณ ที่จ่าย โดยอิงกับคำว่า “ผู้อยู่ในประเทศไทย” จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าการ หักภาษีในกรณีการจ่ายให้กับผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทยนั้น จะบังคับอย่างไร เมื่อไม่มีความแน่นอนว่าผู้รับนั้นจะถือว่าเป็นผู้อยู่ในประเทศไทยหรือไม่

หากเป็นกรณีเงินได้ตามมาตรา 40 (2) หากผู้รับเงินได้นั้นเป็นผู้ที่อยู่ในประเทศ ไทยจะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 50 (1) วรรคแรก แต่ในกรณีที่ผู้รับเงินได้พึง ประเมินนั้นเป็นผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทยจะคำนวณหักในอัตราร้อยละ 15 ของ เงินได้ตามมาตรา 50 (1) วรรคที่สี่ ซึ่งวิธีในการคำนวณภาษีหัก ณ ที่จ่ายสองกรณีนี้มีความ แตกต่างกัน เมื่อทั้งผู้จ่ายเงินได้ และผู้รับเงินได้ไม่ทราบแน่ว่าผู้รับเงินได้นั้นจะถือเป็นผู้อยู่ ในประเทศไทยในปีภาษีนั้นหรือไม่ การหักภาษีตามบทบัญญัติมาตรา 50 นี้จะเกิดปัญหา ในทางปฏิบัติ เพราะหากหักผิด และนำภาษีไปส่งไม่ครบจำนวนที่ถูกต้อง ผู้มีหน้าที่หักภาษี ซึ่งเป็นผู้จ่ายเงินจะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้มีเงินได้ในการเสียภาษีที่ต้องชำระตามจำนวนเงิน ภาษีที่ไม่ได้หัก และไม่ได้นำส่งตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลรัษฎากร และต้อง เสียเงินเพิ่มอีกร้อยละ 1.5 ต่อเดือน หรือเศษของเดือน ของเงินภาษีที่ต้องเสีย ตามมาตรา 27 แห่งประมวลรัษฎากร จะเห็นได้ว่าการบังคับตามกฎหมายในกรณีเช่นนี้ยากจะปฏิบัติ ตามในความเป็นจริง และเกิดโทษกับผู้เสียภาษีได้ง่าย

กรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้หักภาษี ณ ที่จ่ายไว้โดยไม่มีเงื่อนไขที่แตกต่างกันระหว่างกรณีผู้รับที่เป็นผู้อยู่ในประเทศ และกรณีที่ผู้รับเป็นผู้ที่ไม่ได้อยู่ในประเทศจะขจัดปัญหาดังกล่าวนี้ได้ และหากมีการแก้ไขกรณีการหัก ณ ที่จ่ายตามบทบัญญัติมาตรา 50 (1) ให้เป็นการหักในอัตราเดียวแทนจะคำนวณโดยคูณจำนวนครั้งที่ต้องจ่ายและหารด้วยจำนวนคราวที่ต้องจ่าย ก็อาจจะช่วยลดความยุ่งยากลงได้อีก ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้รับเงินได้ที่อาจอ้างสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ได้หากผู้เสียภาษีนั้นได้สิทธิประโยชน์ที่ดีกว่าก็สามารถอ้างเพื่อยกเว้นการหักภาษี ณ ที่จ่ายได้

กรณีที่เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) ตามบทบัญญัติเห็นว่ายังมีความคลุมเครือ เพราะตามมาตรา 50 (1) วรรคที่สี่บัญญัติเฉพาะกรณีเงินได้พึงประเมินมาตรา 40 (2) ที่จ่ายให้กับผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย ดังนั้น หากผู้รับเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) นั้นจะมีภาระการหักภาษี ณ ที่จ่ายหรือไม่ หากเป็นผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย ตามมาตรา 50 (1) ซึ่งประเด็นนี้อาจตีความได้ว่า ก.) ไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย เพราะไม่ได้กำหนดบัญญัติไว้เช่นกรณีเงินได้พึงประเมินมาตรา 40 (2) หรือ ข.) ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย โดยถือปฏิบัติเช่นเดียวกับกรณีที่ผู้รับซึ่งเป็นผู้อยู่ในประเทศไทย ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ของการบัญญัติในเรื่องภาษีหัก ณ ที่จ่าย นั้นเพื่อจัดเก็บภาษีไว้ก่อนการเสียภาษีสิ้นปี ดังนั้น ไม่น่าจะตีความไปในทาง ก.) ที่ไม่บังคับหักภาษี ณ ที่จ่ายเลย กฎหมายน่าจะมีเจตนารมณ์ให้หักภาษีไว้ทุกกรณีมากกว่า

2.3 ปัญหาการหักภาษี ณ ที่จ่าย ตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528

ตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 เป็นการกำหนดการหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินมาตรา 40 โดยกำหนดถึงหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายไว้ในแต่ละกรณี ในที่นี้ผู้เขียนจะขอยกเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องเฉพาะกับปัญหา

ในเรื่องการให้บริการของบุคคลธรรมดา คือ ตามข้อ 7 และ 8 ของคำสั่งกรมสรรพากรที่
ท.ป.4/2528^{2 3}

2.3.1 ปัญหาการหักภาษี ณ ที่จ่ายกรณีการจ่ายเงินได้จากวิชาชีพ

อิสระ

ตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 กำหนดให้หักภาษี ณ ที่จ่ายใน
กรณีจ่ายเงินได้จากวิชาชีพอิสระตามมาตรา 40 (6) ในข้อ 7 ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป.
4/2528 บัญญัติว่า “ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา หรือภาษีเงินได้นิติบุคคล
เฉพาะที่เป็นผู้มีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรืออยู่ในประเทศไทย หรือประกอบกิจการใน
ประเทศไทย แล้วแต่กรณี” เห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดการหักภาษี ณ ที่จ่ายในกรณีของ
บุคคลธรรมดา คือ เฉพาะกรณีคำว่า “ผู้มีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรืออยู่ในประเทศไทย”
ส่วนกรณีคำว่า “ประกอบกิจการในประเทศไทย” คงใช้เฉพาะกับกรณีของนิติบุคคล

² คำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 บัญญัติว่า

“ข้อ 7 ให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือนิติบุคคลอื่น ซึ่งเป็นผู้จ่ายเงินได้จากวิชาชีพ
อิสระ ตามมาตรา 40 (6) แห่งประมวลรัษฎากร ให้แก่ผู้รับซึ่งเป็น

(1) ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาหรือภาษีเงินได้นิติบุคคลนอกจากที่ระบุใน (2)
เฉพาะที่เป็นผู้มีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรืออยู่ในประเทศไทย หรือประกอบกิจการในประเทศไทย
แล้วแต่กรณี หักภาษี ณ ที่จ่าย โดยคำนวณหักไว้ในอัตราร้อยละ 3.0

“(1/1) ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาหรือภาษีเงินได้นิติบุคคล นอกจากที่ระบุใน (2)
เฉพาะที่เป็นผู้มีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรืออยู่ในประเทศไทย หรือประกอบกิจการในประเทศไทย
แล้วแต่กรณี หักภาษี ณ ที่จ่าย สำหรับเงินได้พึงประเมินที่จ่ายตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2563 ถึงวันที่
30 กันยายน พ.ศ. 2563 โดยคำนวณหักไว้ในอัตราร้อยละ 1.5”

ข้อ 8 ให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือนิติบุคคลอื่น ซึ่งเป็นผู้จ่ายเงินได้พึงประเมิน
เฉพาะที่เป็นค่าจ้างทำของ ให้แก่ผู้รับซึ่งเป็น

(1) ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา เฉพาะค่าจ้างทำของที่เข้าลักษณะเป็นเงินได้พึง
ประเมินตามมาตรา 40 (7) หรือ (8) แห่งประมวลรัษฎากร หักภาษี ณ ที่จ่าย โดยคำนวณหักไว้ในอัตราร้อยละ 3.0”

³ ตามข้อ 9 ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 เป็นกรณีการจ่ายเงินได้สำหรับนักแสดง
สาธารณะ ซึ่งตามโครงสร้างต้นแบบของ OECD จะเข้าข้อบทที่ 17 เรื่อง นักแสดงและนักกีฬา ผู้เขียนจึง
ไม่ยกมากล่าวในที่นี้

คำว่า “เฉพาะที่เป็นผู้มีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรืออยู่ในประเทศไทย” จะบังคับเพียงใด ผู้เขียนเห็นว่าคำว่า “ผู้อยู่ในประเทศไทย” นั้นคงต้องบังคับตามมาตรา 41 วรรคที่สามคืออยู่ในประเทศไทยชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมทั้งหมดถึง 180 วันในปีภาษี ส่วนคำว่า “ผู้มีภูมิลำเนาในประเทศไทย” นั้น ความหมายของคำว่า “ภูมิลำเนา” ไม่ปรากฏตามประมวลรัษฎากร แต่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 37 ซึ่งบัญญัติว่า “ภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดา ได้แก่ ถิ่นอันบุคคลนั้นมีสถานที่อยู่เป็นแหล่งสำคัญ” ดังนั้นกรณีการจ่ายเงินได้ให้กับผู้มีเงินได้จากวิชาชีพอิสระนี้ จึงอาจต้องพิจารณาถึงภูมิลำเนาเพิ่มเติมประกอบจากการอยู่ในประเทศไทยมากกว่า 180 วัน โดยไม่มีการหัก ณ ที่จ่ายสำหรับกรณีที่เป็นผู้รับซึ่งมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย ในเรื่องนี้ มีข้อสงสัยเกิดประการหนึ่งคือ หากมองในมุมมองกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐแหล่งเงินได้นั้นจะถือเป็นรัฐแรกที่มีสิทธิในการจัดเก็บภาษีก่อน และหากรัฐแหล่งเงินได้ยกเว้นการจัดเก็บภาษีจากเงินได้ก้อนนั้นแล้ว รัฐถิ่นที่อยู่ซึ่งเป็นรัฐที่สองจึงจะได้สิทธิเก็บภาษี แต่การหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับเงินได้จากวิชาชีพอิสระตามกฎหมายไทยกลับกำหนดให้หักภาษีเงินได้ตามหลักถิ่นที่อยู่ก่อน โดยไม่กำหนดให้หักภาษีตามหลักแหล่งเงินได้

การจัดเก็บภาษีเงินได้จากบุคคลภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ในข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ ตามโครงสร้างต้นแบบนั้นมีเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือเรื่องการทดสอบระยะเวลา หากผู้มีเงินได้นั้นอยู่ในประเทศแหล่งเงินได้ไม่ครบตามระยะเวลาที่อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประเทศแหล่งเงินได้จะไม่ได้สิทธิในการจัดเก็บภาษี เมื่อพิจารณารวมกับบทบัญญัติเรื่องหักภาษี ณ ที่จ่ายแล้วจะเห็นว่าเกิดปัญหาที่สำคัญเกิดขึ้นประการหนึ่งคือ หากกฎหมายภายในกำหนดให้หักภาษี ณ ที่จ่ายไว้ก่อน และบุคคลนั้นในท้ายที่สุดเมื่อครบรอบปีภาษีปรากฏว่าไม่ต้องเสียภาษีในรัฐแหล่งเงินได้อันเป็นไปตามข้อตกลงตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กรณีเช่นนี้ภาษีที่ถูกหัก ณ ที่จ่ายไว้จะมีปัญหาในการขอคืนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นคนชาวต่างชาติที่อยู่ในไทยเฉพาะในช่วงเวลาที่เข้ามาทำงานให้บริการและเดินทางกลับเมื่อสิ้นสุดการจ้างงาน การขอคืนภาษีเงินได้ของชาวต่างชาติกรณีเช่นนี้อาจเกิดความยากลำบากเพราะไม่ได้อยู่ในประเทศไทยแล้ว

2.3.2 ปัญหาการหักภาษี ณ ที่จ่าย กรณีการจ่ายเงินได้จากการจ้างทำ ของตามมาตรา 40 (7) (8)

การจ้างทำของนั้นอาจเข้าลักษณะเงินได้พึงประเมินได้หลายประเภทแต่ตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 ในข้อที่ 8 กำหนดให้หักภาษี ณ ที่จ่ายเฉพาะกรณีที่เป็นเงินได้จากการจ้างทำของที่เข้าลักษณะเงินได้พึงประเมินมาตรา 40 (7) และ (8) เท่านั้น ซึ่งตามบทบัญญัติในข้อนี้ไม่ได้กำหนดการหักภาษี ณ ที่จ่ายไว้เช่นเดียวกับกรณีเงินได้พึงประเมินมาตรา 40 (6) โดยไม่มีการกำหนดให้หักภาษี ณ ที่จ่ายไว้เฉพาะสำหรับผู้มีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรืออยู่ในประเทศไทย ดังนั้นการจ่ายเงินได้สำหรับการจ้างทำของตามข้อที่ 8 ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 นี้จึงต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายในทุกกรณีไม่ว่าบุคคลที่มีภูมิลำเนาต่างประเทศ หรือไม่ได้อยู่ในประเทศไทย

3. ปัญหาในการจัดเก็บภาษีตามข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระภายใต้ อนุสัญญาภาษีซ้อน⁴

ตามต้นแบบของ UN ในข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระพบว่ามีต้นแบบทั้งสิ้น 3 ฉบับ คือฉบับปี ค.ศ. 1980 2011 และ 2017 ซึ่งในส่วนการแก้ไขที่สำคัญที่พบคือ บทบัญญัติตามอนุวรรค (ค) ที่พบในต้นแบบฉบับปี ค.ศ. 1980 ถูกตัดทิ้งในต้นแบบฉบับปี 2011 และไม่ปรากฏการนำมาใช้อีก และประเด็นในเรื่องของการนับระยะเวลาที่มีการแก้ไขถ้อยคำ ทั้งนี้ ตามโครงสร้างต้นแบบของ UN นี้เห็นได้ว่าถูกนำมาใช้เป็นแม่แบบสำคัญในการเจรจาตกลงทำอนุสัญญาภาษีซ้อน⁴ ของหลายประเทศ ทั้งนี้ ต้นแบบของ OECD ได้ตัดข้อบทที่ 14 นี้ออกนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000⁴

⁴ OECD ได้แสดงจุดยืนว่าการมีฐานประกอบการประจำในกรณีของเงินได้จากการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระตามข้อบทที่ 14 นั้นไม่มีความแตกต่างจากกรณีของสถานประกอบการถาวรและการจัดเก็บภาษีกำไรจากธุรกิจตามข้อบทที่ 7 จึงตัดข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระออก และแก้ไขหัวข้อเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระใหม่ เป็นข้อบทเรื่อง “เงินได้จากการจ้างงาน” (income from employment) : Organization for Economic Cooperation and Development, **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2000**, (OECD, 2000), p. 174.

ตาราง ข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระตามโครงสร้างต้นแบบ UN ในแต่ละฉบับ

UN 1980	UN 2011	UN 2017
1. เงินได้ที่บุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับบริการวิชาชีพ หรือกิจกรรมอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นอิสระให้แก่ภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้เงินได้เช่นนั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (ก) ถ้าผู้นั้นมีฐานประกอบการประจำอยู่เป็นปกติวิสัยในรัฐผู้ทำสัญญาอีก	1. เงินได้ที่บุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับบริการวิชาชีพ หรือกิจกรรมอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นอิสระให้แก่ภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้เงินได้เช่นนั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (ก) ถ้าผู้นั้นมีฐานประกอบการประจำอยู่เป็นปกติวิสัยในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเพื่อความมุ่ง	1. เงินได้ที่บุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับบริการวิชาชีพ หรือกิจกรรมอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นอิสระให้แก่ภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้เงินได้เช่นนั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (ก) ถ้าผู้นั้นมีฐานประกอบการประจำอยู่เป็นปกติวิสัยในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเพื่อความมุ่ง

UN 1980	UN 2011	UN 2017
รัฐหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ในการประกอบกิจกรรมของผู้นั้น ในกรณีเช่นนั้นเงินได้เฉพาะที่พึงถือว่าเป็นของฐานประกอบการประจําอันอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือ (ข) ถ้าการอยู่ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง สำหรับช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันเป็นจำนวนเท่ากันหรือเกินกว่า 183 วัน ภายในปี ภาษีที่เกี่ยวข้อง หากเป็นกรณีเช่นนั้น รัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้นอาจเก็บภาษีได้จากเงินได้เฉพาะ ที่ผู้นั้นได้รับ	ประสงค์ในการประกอบกิจกรรมของผู้นั้น ในกรณีเช่นนั้นเงินได้เฉพาะที่พึงถือว่าเป็นของฐานประกอบการประจําอันอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือ (ข) ถ้าการอยู่ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง สำหรับช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันเป็นจำนวนเท่ากันหรือเกินกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ ซึ่งอาจเริ่มต้น หรือสิ้นสุดภายในปีภาษีที่เกี่ยวข้อง หากเป็นกรณีเช่นนั้น รัฐผู้ทำสัญญา	ประสงค์ในการประกอบกิจกรรมของผู้นั้น ในกรณีเช่นนั้นเงินได้เฉพาะที่พึงถือว่าเป็นของฐานประกอบการประจําอันอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือ (ข) ถ้าการอยู่ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง สำหรับช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันเป็นจำนวนเท่ากันหรือเกินกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ ซึ่งอาจเริ่มต้น หรือสิ้นสุดภายในปีภาษีที่เกี่ยวข้อง หากเป็นกรณีเช่นนั้น รัฐผู้ทำสัญญา

UN 1980	UN 2011	UN 2017
จากการประกอบกิจการในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือ (ค) ถ้าค่าตอบแทนที่ผู้ันั้นได้รับจากกิจกรรมในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งจ่ายโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้นหรือตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้นและในปรัษากรเกินกว่า..... (จำนวนเงินที่จะตั้งขึ้นผ่านการเจรจาระดับทวิภาคี)	อีกรัฐหนึ่งนั้นอาจเก็บภาษีได้จากเงินได้เฉพาะ ที่ผู้ันั้นได้รับจากการประกอบกิจการในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น	อีกรัฐหนึ่งนั้นอาจเก็บภาษีได้จากเงินได้เฉพาะที่ผู้ันั้นได้รับจากการประกอบกิจการในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น

UN 1980	UN 2011	UN 2017
2. คำว่า “บริการวิชาชีพ” ให้รวมถึงกิจกรรมอิสระโดยเฉพาะด้านวิทยาศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะ การศึกษาหรือการสอน รวมทั้งกิจกรรมอิสระของแพทย์ หนายความ วิศวกร สถาปนิก ทันตแพทย์ และนักบัญชี	2. คำว่า “บริการวิชาชีพ” ให้รวมถึงกิจกรรมอิสระโดยเฉพาะด้านวิทยาศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะ การศึกษาหรือการสอน รวมทั้งกิจกรรมอิสระของแพทย์ หนายความ วิศวกร สถาปนิก ทันตแพทย์ และนักบัญชี	2. คำว่า “บริการวิชาชีพ” ให้รวมถึงกิจกรรมอิสระโดยเฉพาะด้านวิทยาศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะ การศึกษาหรือการสอน รวมทั้งกิจกรรมอิสระของแพทย์ หนายความ วิศวกร สถาปนิก ทันตแพทย์ และนักบัญชี

ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่นส่วนใหญ่เห็นว่ามิได้มีเค้าโครงสำคัญเป็นไปตามโครงสร้างต้นแบบของ UN แต่อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ บางฉบับนั้นอาจมีรายละเอียดที่ไม่เหมือนกับโครงสร้างต้นแบบ เช่นในเรื่องของการนับระยะเวลา หรืออาจมีการตัดอนุวรรคใด อนุวรรคหนึ่งออก เป็นต้น ดังนั้น ในการบังคับใช้จึงมีข้อควรพึงระวังคือ ต้องดูอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับที่ใช้บังคับตามกรณีนั้นว่ามีความแตกต่างจากโครงสร้างต้นแบบอย่างไร เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับสาธารณรัฐเช็ก

¹จะพบว่าข้อบทที่ 14 นั้นไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการให้สิทธิกับรัฐถิ่นที่อยู่เลย ดังนั้นจึงดูเหมือนว่าการได้รับเงินได้จากการให้บริการส่วนบุคคลกรณีเช่นนี้จะต้องถือว่ารัฐแหล่งเงินได้ได้รับสิทธิเด็ดขาดในการเก็บภาษี

3.1 ความหมายของคำว่า “ฐานประกอบการประจำ”

คำว่า “ฐานประกอบการประจำ” (fixed base) เป็นคำที่ไม่มีนิยามความหมายทั้งในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ และประมวลรัษฎากร แต่ตามคำอธิบายต้นแบบนั้นพบว่ามีกรอ้างอิงถึงคำว่าฐานประกอบการประจำว่ามีความหมายเช่นเดียวกับ “สถานประกอบการถาวร”⁵² ซึ่งเป็นคำที่มีนิยามเฉพาะอยู่ในข้อบทที่ 5 ซึ่งหมายความว่าถึง สถานธุรกิจประจำซึ่งวิสาหกิจใช้ประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

¹ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับสาธารณรัฐเช็ก ข้อบทที่ 14 บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ บัญญัติว่า

“1. ในกรณีที่ผู้ถิ่นของรัฐบาลผู้ทำสัญญาได้รับเงินได้จากผู้ทำสัญญาแก่รัฐหนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับบริการวิชาชีพหรือกิจกรรมคล้ายคลึงอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นอิสระ ให้เก็บภาษีได้ในรัฐผู้อีกรัฐหนึ่งนั้น ในการกำหนดเงินได้ให้กับการให้บริการนั้น จะยอมให้หักเป็นค่าใช้จ่ายซึ่งเกิดขึ้นในการให้บริการเช่นนั้น รวมถึงค่าใช้จ่ายในการบริหารและจัดการทั่วไป ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาที่การให้บริการนั้นเกิดขึ้นหรือที่อื่น

2. คำว่า “บริการวิชาชีพ” ให้รวมถึง กิจกรรม อิสระโดยเฉพาะด้านวิทยาศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะ การศึกษา หรือการสอน รวมทั้งกิจกรรมอิสระ ของแพทย์ ทนายความ วิศวกร สถาปนิกและนักบัญชี”

⁵² อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 6

ประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาลำดับแรกคือ ฐานประกอบการประจำ หมายความว่าถึงสถานประกอบการถาวรในทุกลักษณะหรือไม่ ในเรื่องนี้เมื่อศึกษาถึงประวัติศาสตร์และบทบัญญัติของสถานประกอบการถาวร จะพบสถานประกอบการถาวรนั้นเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้สิทธิการจัดเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ เมื่อวิสาหกิจในรัฐคู่สัญญาหนึ่งเข้าไปประกอบการในรัฐอีกรัฐหนึ่งหากมีสถานประกอบการถาวรตั้งอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ จะกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้มีสิทธิในการจัดเก็บภาษี ซึ่งความหมายของสถานประกอบการถาวรนั้นหากพิจารณาตามลำดับช่วงเวลาจะพบว่าการเพิ่มเติมสถานประกอบการถาวรในลักษณะเสมือน (Deemed PE) ขึ้นเนื่องจากคุณลักษณะของสถานธุรกิจประจำเพียงอย่างเดียวไม่เหมาะสมต่อการอ้างอิงการจัดเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้จึงทำให้การมีโครงการก่อสร้าง การให้บริการ หรือการมีตัวแทนในรัฐแหล่งเงินได้นั้นถือเสมือนว่ามีสถานประกอบการถาวรด้วยเช่นกันหากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ⁵³ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าตามความหมายของฐานประกอบการประจำควรต้องอ้างอิงเฉพาะกับกรณีสถานธุรกิจประจำเท่านั้น ไม่โยงถึงความหมายของสถานประกอบการถาวรในลักษณะเสมือนอื่น (Deemed PE)

3.2 ปัญหาการนับระยะเวลาของฐานประกอบการประจำ

หากเปรียบเทียบความหมายของคำว่า “ฐานประกอบการประจำ” กับ “สถานธุรกิจประจำ” ตามความหมายของคำว่าสถานประกอบการถาวรจะพบว่าในคำอธิบายต้นแบบได้กล่าวถึงกรณีการเกิดเป็นสถานธุรกิจประจำนั้นไม่มีกำหนดการนับระยะเวลา แตกต่างกับกรณีของสถานประกอบการถาวรในลักษณะโครงการก่อสร้างหรือการให้บริการที่มีการกำหนดเวลาในข้อบทย่างชัดเจน เนื่องจากคุณลักษณะของคำว่า “ประจำ” (fixed) นี้ใช้เพื่อชี้บ่งถึงความสัมพันธ์อันแน่นแฟ้นระหว่างการประกอบกิจการและดินแดนของรัฐแหล่งเงินได้ ซึ่งคุณลักษณะประจำตามคำอธิบายต้นแบบของ OECD ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์กับจุดทางภูมิศาสตร์อันสามารถกำหนดได้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งอาจจะต้องพิจารณาถึงกรณีของสิ่งปลูกสร้างอันมีลักษณะเป็นการยึดโยงกับที่ดินของรัฐ

⁵³ สรรค์ ตันติจิตตานนท์, คำอธิบายกฎหมายภาษีระหว่างประเทศ: ข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวรภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประวัติศาสตร์ ทฤษฎีแนวคิด แนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: ปณณรัช, 2560), หน้า 5-45.

แหล่งเงินได้นั้น สิ่งปลูกสร้างนั้นอาจมีขึ้นเพื่อใช้สำหรับวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เรือที่ให้บริการเป็นร้านอาหารที่ซึ่งติดกับสมอกับเชือก⁵⁴ ทั้งนี้เห็นได้ว่าปัจจุบันได้มีการยอมรับถึงการตีความของคำว่า “ประจำ” นี้ในความหมายที่กว้างมากยิ่งขึ้น เช่น ในกรณีการตีความของแท่นขุดเจาะน้ำมันแบบลอย (Floating Oil Rigs) กับแท่นขุดเจาะน้ำมันแบบถาวร (Permanently Anchored Oil Rigs) เห็นว่าสองกรณีนี้ควรทำให้เกิดผลลัพธ์เช่นเดียวกัน คือถือว่ามิใช่สถานธุรกิจอันมีลักษณะ “ประจำ” ขึ้นซึ่งสิ่งสำคัญที่ควรนำมาใช้ในการพิจารณาคือประเด็นเรื่องความสัมพันธ์กับจุดอ้างอิงในทางภูมิศาสตร์ที่จะต้องนำมาใช้ทดสอบกับเรื่องลักษณะความ “ประจำ”⁵⁵

แนวทางการตีความที่ใช้ของคำว่า “ประจำ” ดังที่ปรากฏในการให้คำอธิบายในเรื่องสถานธุรกิจประจำนั้นโดยพื้นฐานควรเป็นเช่นเดียวกับการให้ความหมายของ “ฐานประกอบการประจำ” ซึ่งเมื่อปรากฏลักษณะการยึดโยงกับพื้นที่ในรัฐแหล่งเงินได้แล้ว จะถือว่าเกิดลักษณะประจำขึ้นโดยไม่คำนึงถึงเงื่อนไขเรื่องเวลา ทั้งนี้ สำหรับเงื่อนไขในเรื่องเวลาตามข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวรจะพบว่าถูกนำมาใช้เพื่อทดสอบถึงการเป็นสถานประกอบการถาวรในลักษณะเสมือนตามโครงสร้างต้นแบบ คือสถานประกอบการถาวรในลักษณะโครงการก่อสร้าง และสถานประกอบการถาวรในลักษณะการให้บริการ ซึ่งจะกำหนดว่าโครงการก่อสร้าง หรือการให้บริการนั้นจะต้องมีระยะเวลาในการดำรงอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ยาวนานเพียงใดจึงจะให้ถือว่าเป็นสถานประกอบการถาวรขึ้น

อย่างไรก็ดี ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่นนั้นพบว่า ในข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระบางฉบับนั้นกำหนดถึงเงื่อนไขของฐานประกอบการประจำด้วยว่าจะต้องมีระยะเวลาเท่าไร จึงให้สิทธิจัดเก็บภาษีจากรัฐแหล่งเงินได้ ในกรณีเช่นนี้จะต้องถือว่าการมีฐานประกอบการประจำและให้สิทธิกับรัฐแหล่งเงินได้ในการจัดเก็บภาษีจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับนั้น ๆ เช่น ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ข้อบทที่ 14 วรรคแรก บัญญัติว่า “... กำหนดให้ผู้นั้นมีอยู่เป็นปกติซึ่งฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ในการประกอบกิจกรรมของผู้นั้น

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-67.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน

สำหรับรอบระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วันภายในระยะเวลา 12 เดือนใด ๆ ...” กรณีเช่นนี้ก็ต้องถือว่าการมีฐานประกอบภาระประจำจะต้องมีระยะเวลามากกว่า 183 วันภายในระยะเวลา 12 เดือนใด ๆ จึงจะเกิดสิทธิในการจัดเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ในการจัดเก็บภาษีเงินได้ที่ได้รับจากการบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ

อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่น ปรากฏความในข้อบทที่ 14 วรรคแรกในเรื่องฐานประกอบภาระประจำโดยมีกำหนดถึงระยะเวลาในการทดสอบการเป็นฐานประกอบภาระประจำด้วยพบในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ 16 ฉบับ โดยได้กำหนดระยะเวลาทดสอบฐานประกอบภาระประจำที่แตกต่างกันดังนี้

ตาราง ฐานประกอบการประจำที่มีกำหนดระยะเวลาการทดสอบตามข้อที่ 14 อนุ (ก)

ลำดับ	ประเทศ	ระยะเวลาในการทดสอบถึงการเป็นฐานประกอบการประจำ
1	เดนมาร์ก	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 90 วัน ภายในระยะเวลา 12 เดือนใด ๆ
2	ไต้หวัน	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันเกินกว่า 183 วัน ในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ
3	เนปาล	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ
4	บาเรนห์	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ
5	โปแลนด์	ผู้รับมิได้มีสถานประกอบการประจำ....ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันไม่เกิน 183 วันในปีนั้น ๆ
6	ฝรั่งเศส	ผู้รับมิได้มีสถานประกอบธุรกิจประจำ....ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะ ซึ่งรวมกันแล้วไม่เกินกว่า 183 วัน ในปีนั้น ๆ

ลำดับ	ประเทศ	ระยะเวลาในการทดสอบถึงการเป็นฐานประกอบการ ประจำ
7	ลักเซมเบิร์ก	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ
8	ลาว	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลา 12 เดือนใด ๆ
9	เวียดนาม	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วัน ภายในปีปฏิทินที่เกี่ยวข้อง
10	ศรีลังกา	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลาซึ่งรวมกันแล้วเป็น จำนวนหรือเกินกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือน
11	สเปน	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลาซึ่งรวมกันแล้วเป็น จำนวนหรือเกินกว่า 183 วัน ภายในสิบสองเดือนใด ๆ
12	ออสเตรเลีย	ผู้รับมิได้มีฐานประกอบการประจำ.....ระยะเวลาหนึ่งหรือ หลายระยะเวลารวมกันเกินกว่า 183 วัน ในปีนั้น
13	อินโดนีเซีย	ไม่ได้มีฐานประกอบการประจำ....ระยะเวลาหนึ่งหรือหลาย ระยะเวลารวมกันแล้วเกิน 183 วัน ในปีปฏิทินดังกล่าว

ลำดับ	ประเทศ	ระยะเวลาในการทดสอบถึงการเป็นฐานประกอบการ ประจำ
14	อิสราเอล	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันเท่ากับหรือเกิน กว่า 183 วัน ภายในระยะเวลา 12 เดือนใด ๆ
15	เอมิเรตส์	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ
16	ฮังการี	ระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันถึงหรือมากกว่า 183 วัน ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ

นอกจากนี้ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ บางฉบับพบว่า มีข้อบทที่ 14 เรื่องบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ แต่ไม่มีบทบัญญัติตามอนุวรรค (ก) กำหนดไว้¹ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าไม่มีการกำหนดถึงการให้สิทธิจัดเก็บภาษีกับรัฐแหล่งเงินได้ในกรณีที่มีฐานประกอบการประจำอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ กรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะไปบังคับโดยนำข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวรมาบังคับใช้แทนไม่ได้ เพราะเมื่อมีการเจรจาตกลงกันในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ และมีข้อบทเฉพาะในเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระแล้ว แต่ไม่กำหนดสิทธิในการจัดเก็บภาษีจากการมีฐานประกอบการประจำไว้ จะต้องถือว่าประเทศคู่สัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ไม่กำหนดให้สิทธิการจัดเก็บภาษีจากฐานประกอบการประจำเลย แม้จะพบว่า มีฐานประกอบการประจำตั้งอยู่ในรัฐนั้นจริง สิทธิในการจัดเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ในกรณีเช่นนี้คงเหลือแต่การได้สิทธิการจัดเก็บภาษีตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุวรรคอื่น

ยกตัวอย่างเช่นอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศพม่า ที่มีข้อบทที่ 14 เรื่องบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระแต่ไม่มีอนุวรรค (ก) หรือเงื่อนไขในการให้สิทธิจัดเก็บภาษีจากการมีฐานประกอบการประจำ หากผู้มีเงินได้เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ เช่น อยู่ในรัฐนั้นเกินกว่า 183 วันในปีภาษีที่เกี่ยวข้องก็จะให้สิทธิจัดเก็บภาษีกับรัฐแหล่งเงินได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

3.3 ปัญหาการนับระยะเวลา

การนับระยะเวลานี้ ตามโครงสร้างต้นแบบของ UN วางเงื่อนไขโดยถ้อยคำที่แตกต่างกันสองกรณี คือ กำหนดว่า “ภายในปีภาษีที่เกี่ยวข้อง” (in the fiscal year concerned) ที่พบในโครงสร้างต้นแบบฉบับเดิมในปี ค.ศ. 1980 กรณีหนึ่ง² และ “ภายในสิบสองเดือนใด ๆ ซึ่งอาจเริ่มต้น หรือสิ้นสุดในปีภาษีที่เกี่ยวข้อง” (in any twelve-month period commencing or ending in the fiscal year concerned) ที่ได้เริ่มนำมาใช้ใน

¹ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับที่พบว่า มีข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ แต่ไม่ปรากฏเงื่อนไขในเรื่องฐานประกอบการประจำพบในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศเช็ก พม่า รัสเซีย อังกฤษและไอร์แลนด์เหนือ อิตาลี

² UN, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 1980, pp. 31-32.

โครงสร้างต้นแบบในปี ค.ศ. 2011 และใช้มาจนกระทั่งปัจจุบัน อีกกรณีหนึ่ง³ อย่างไรก็ตาม คำอธิบายต้นแบบของ UN ไม่ได้อธิบายถึงบทบัญญัติที่จะก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกัน⁴ ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่นนั้นจะพบถึงบทบัญญัติที่แตกต่างกัน คือ มีการใช้คำว่า “ในปฏิญญาที่เกี่ยวข้อง”⁵ “ในปีภาษีหรือปีเงินได้”⁶ “ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ ที่เริ่มต้นหรือสิ้นสุดในปฏิญญาที่เกี่ยวข้อง”⁷ และ “ภายในระยะเวลาสิบสองเดือนใด ๆ”⁸ ซึ่งยังคงเกิดคำถามว่าจะเกิดผลในการบังคับใช้ที่แตกต่างกันหรือไม่ นอกจากนี้ การบังคับการจัดเก็บภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นั้น อาจจะพบความขัดแย้งกับการบังคับใช้ประกอบกับประมวลรัษฎากรอีก

ยกตัวอย่างเช่น นายลูแปงเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศฝรั่งเศสในข้อบทที่ 14 กำหนดเงื่อนไขการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลจากการให้บริการอิสระให้ต้องอยู่รวมกัน 183 วันในปฏิญญาที่เกี่ยวข้อง โดยนายลูแปงเข้ามาดำเนินการให้บริการที่ประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม 2023 ได้เงินได้ในปีนี้ 200,000 บาท โดยนายลูแปงได้อยู่ประเทศไทยตลอดจนกระทั่งเสร็จภาระงานและเดินทางออกจากประเทศไทยในวันที่ 1 เมษายน 2024 และได้เงินได้ในปี 2024 นี้ 300,000 บาท กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าว มีคำถามว่าเงินได้ทั้งสิ้น 500,000 บาท ประเทศไทยจะมีสิทธิในการจัดเก็บภาษีหรือไม่ จำนวนเท่าไร แม้ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ให้สิทธิประเทศไทยในฐานะ

³ UN, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2011, p. 21.

⁴ UN, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017, Article 14, para. 6, p. 384.

⁵ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศแคนาดา ไซปรัส ปากีสถาน โปแลนด์ ฝรั่งเศส โรมานี สหราชอาณาจักร ออสเตรีย อิตาลี อินโดนีเซีย

⁶ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศออสเตรเลีย

⁷ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศเกาหลีใต้ ซิลิ เซเชลส์ บังกลาเทศ ยูเครน สโลวีเนีย แอฟริกาใต้ ฮังการี

⁸ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศกัมพูชา คุเวต จีน เดนมาร์ก ไต้หวัน ตุรกี นอร์เวย์ นิวซีแลนด์ เนปาล บาเรนห์ เบลารุส ฟินแลนด์ ฟิลิปปินส์ ลักเซมเบิร์ก ศรีลังกา สวีเดน สิงคโปร์ อาร์เมเนีย อินเดีย อิสราเอล อุซเบกิสถาน เอมิเรตส์ เอสโตเนีย ไอร์แลนด์ ฮังการี

ประเทศแหล่งเงินได้จัดเก็บภาษีตามเงื่อนไขที่ผู้เสียภาษีอยู่ในประเทศเกินกว่า 183 วันในปี ภาษีอากรที่เกี่ยวข้อง แต่เงินได้จำนวน 200,000 บาทที่ได้รับในปี 2023 ต้องถือว่ายังไม่มี สิทธิในการจัดเก็บเพราะการยื่นเสียภาษีในปีภาษี 2023 นั้นยังอยู่ในประเทศไทยไม่ครบ ตามเงื่อนไข 183 วัน และในปี 2024 จะเกิดปัญหาขึ้นว่าเงินได้ 200,000 บาทที่ได้รับในปี 2023 อาจไม่สามารถนำมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีให้กับประเทศไทยได้ แม้อนุสัญญาภาษี ซ้อนๆ จะกำหนดให้สิทธิก็ตาม เพราะตามประมวลรัษฎากรเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ตามเกณฑ์เงินสด และเก็บภาษีจากเงินได้ที่ได้รับตามปีภาษี

สำหรับประเด็นเรื่องการนับระยะเวลาตามโครงสร้างต้นแบบกำหนดการทดสอบ ระยะเวลาการอยู่ในรัฐที่ให้บริการคือ 183 วัน แต่ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนๆ ที่ประเทศไทย ตกลงทำกับประเทศอื่นนั้นพบว่ามิอนุสัญญาภาษีซ้อนๆ บางฉบับที่กำหนดระยะเวลาไว้ แตกต่างกัน

ตาราง กำหนดระยะเวลาตามข้อบทที่ 14 วรรคแรก (ข)

ข้อบทที่ 14 วรรคแรก อนุ วรรค ข (จำนวนวัน)	ประเทศ
183 วัน	กัมพูชา เกาหลีใต้ คูเวต จีน ซิลี เซเชลส์ ไชปรัส ไต้หวัน ตุรกี นิวซีแลนด์ เนปาล บาเรนห์ บังกลาเทศ เบลารุส ปากีสถาน โปแลนด์ ฝรั่งเศส พม่า ยูเครน โรมาเนีย ลักเซมเบิร์ก ศรีลังกา สิงคโปร์ สโลวีเนีย ออสเตรเลีย อาร์เมเนีย อินเดีย อินโดนีเซีย อิสราเอล เอมิเรตส์ เอสโตเนีย แอฟริกาใต้ ไอร์แลนด์ ฮังการี ฮ่องกง
120 วัน	ฟิลิปปินส์
90 วัน	แคนาดา เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ สวีเดน สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อูซเบกิสถาน
40 วัน	อิตาลี

ทั้งนี้ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ บางฉบับนั้นมีข้อบทที่ 14 แต่ไม่ปรากฏการตกลงกันในบทบัญญัติในอนุวรรค (ข) กรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องถือว่าการมีอยู่ของบุคคลในรัฐที่ให้บริการนั้นแม้จะอยู่นานเพียงใดก็ไม่ทำให้เกิดสิทธิในการจัดเก็บภาษีของรัฐนั้น⁹ เพราะคู่สัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ไม่กำหนดถึงการให้สิทธิในการจัดเก็บภาษีในกรณีนี้

3.4 ปัญหาการบังคับตามข้อบทที่ 14 วรรคแรก อนุวรรค (ค)

ตามโครงสร้างต้นแบบของ UN เดิมในฉบับปี ค.ศ. 1980 ได้กำหนดเงื่อนไขการเก็บภาษีเงินได้ให้กับรัฐคู่สัญญาในกรณีที่ได้มีการจ่ายโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ หรือโดยสถานประกอบการถาวร หรือฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐที่มีการให้บริการนั้นเกินกว่าจำนวนเงินที่กำหนดที่เจรจาตกลงกันถือว่าให้สิทธิกับรัฐที่มีการให้บริการนั้นเกิดสิทธิในการจัดเก็บภาษี แม้จะไม่มีฐานประกอบการประจำตามอนุวรรค (ก) หรือไม่มีการอยู่ในรัฐเกินกว่าระยะเวลาที่กำหนดตามอนุวรรค (ข)

แม้ว่าตามโครงสร้างต้นแบบของ UN จะได้ตัดข้อบทที่ 14 อนุวรรค (ค) ออกแล้วนับตั้งแต่ต้นแบบของ UN ปี 2011 แต่อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่นบางฉบับยังคงปรากฏความในอนุวรรค (ค) นี้อยู่ ดังนั้นหากผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศรัฐคู่สัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับที่ได้ตกลงกันนั้น ได้รับเงินได้ในรัฐแหล่งเงินได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้จะต้องถือว่าเกิดสิทธิให้จัดเก็บภาษีเงินได้จากการให้บริการแก่รัฐแหล่งเงินได้เมื่อครบถึงตามจำนวนที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ บางฉบับกำหนดข้อตกลงในอนุวรรค (ค) ไว้แต่ไม่ได้กำหนดถึงจำนวนเงินที่ได้รับว่าจะต้องเกินกว่าจำนวนเท่าไร กรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องถือว่าหากมีการจ่ายเงินให้โดยผู้มีถิ่นที่อยู่ หรือโดยสถานประกอบการถาวร หรือฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้นตามเงื่อนไขแล้วจะเกิดสิทธิให้รัฐแหล่งเงินได้นั้นจัดเก็บภาษีเลย เพราะต้องถือว่าตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กำหนดเพียงเงื่อนไขว่าได้รับเงินได้ผ่านผู้มีถิ่นที่อยู่ หรือสถานประกอบการถาวร หรือฐานประกอบการประจำเท่านั้น

⁹ ได้แก่ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศเช็ก ทาจิกิสถาน บัลแกเรีย มอริเชียส รัสเซีย ลาว เวียดนาม สเปน อังกฤษและไอร์แลนด์เหนือ โอมาน

ตาราง อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับที่มีข้อบทที่ 14 อนุวรรค (ค)

ลำดับที่	ประเทศ	จำนวนเงิน
1	เกาหลีใต้	เกินกว่า 12,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือในจำนวนเทียบเท่ากับบาทไทยหรือวอนเกาหลี
2	แคนาดา	ไม่ระบุจำนวนเงิน
3	คูเวต	ไม่ระบุจำนวนเงิน
4	จีน	ไม่ระบุจำนวนเงิน
5	ไต้หวัน	ไม่ระบุจำนวนเงิน
6	เนปาล	ไม่ระบุจำนวนเงิน
7	บาเรนห์	ไม่ระบุจำนวนเงิน
8	พม่า	เกินกว่า 7,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ในกรณีของประเทศพม่า ในปีงบประมาณที่เกี่ยวข้อง และในกรณีของประเทศไทย ในปีภาษีที่เกี่ยวข้อง)
9	ยูเครน	ไม่ระบุจำนวนเงิน
10	ลักเซมเบิร์ก	ไม่ระบุจำนวนเงิน
11	ศรีลังกา	ไม่ระบุจำนวนเงิน
12	สวีเดน	ไม่ระบุจำนวนเงิน
13	สหรัฐอเมริกา	เกินกว่า 10,000 ดอลลาร์สหรัฐหรือเป็นเงินไทยในจำนวนเทียบเท่ากันในปีฐานภาษานั้น

ลำดับที่	ประเทศ	จำนวนเงิน
14	อิสราเอล ¹⁰	เกินกว่า 50,000 บาท ในปีปฏิทินหนึ่งหรือเป็นจำนวนเงินสกุลอิสราเอลที่มีค่าเท่ากัน
15	เอมิเรตส์	ไม่ระบุจำนวนเงิน
16	แอฟริกาใต้	ไม่ระบุจำนวนเงิน
17	ฮังการี	ไม่ระบุจำนวนเงิน

3.5 ปัญหาความหมายของคำว่า “บริการวิชาชีพ”

คำว่า “บริการวิชาชีพ” เป็นคำที่ปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ แต่ไม่พบปรากฏในประมวลรัษฎากร โดยในข้อบทที่ 14 วรรคท้ายได้บัญญัติถึงตัวอย่างของคำว่า “บริการวิชาชีพ” ว่าให้รวมถึงกิจกรรมอิสระโดยเฉพาะด้านวิทยาศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะ การศึกษา หรือการสอน รวมทั้งกิจกรรมอิสระของแพทย์ หนายความ วิศวกร สถาปนิก ทันตแพทย์ และนักบัญชี ตามบทบัญญัตินี้เห็นได้ว่าเป็นเพียงการแสดงตัวอย่างสำหรับงานที่อาจถือได้ว่าเป็น “บริการวิชาชีพ” ปัญหาในการบังคับใช้ข้อบทที่ 14 ประการหนึ่งคือ กิจกรรมอิสระอื่นใดอีกบ้างที่นอกเหนือจากที่แสดงไว้นั้นจะถือว่าเป็นการ “บริการวิชาชีพ”

หากยกบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรมาเปรียบเทียบกับ ประเภตเงินได้ของบุคคลธรรมดาตามมาตรา 40 (6) บัญญัติว่า “เงินได้จากวิชาชีพอิสระ คือ วิชากฎหมาย การประกอบโรคศิลปะ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม การบัญชี ประณีตศิลปกรรม หรือวิชาชีพอิสระอื่นซึ่งจะได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดชนิดไว้”

ข้อแตกต่างระหว่างเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (6) แห่งประมวลรัษฎากร กับข้อบทที่ 14 วรรคท้ายของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ 3 ประการ ดังนี้

¹⁰ ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศอิสราเอล มีพิธีสารทำอนุสัญญาที่กำหนดเพิ่มเติมถึงความเข้าใจว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจใช้วิธีตกลงร่วมกันเพื่อตกลงเพิ่มวงเงินเพื่อกำหนดถึงผลกระทบของเงินเพื่อเป็นคราว ๆ ไป

ประการแรก ข้อบทที่ 14 วรรคท้ายนั้น บัญญัติเพียงตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงกรณี ที่อาจถือได้ว่าเป็น “บริการวิชาชีพ” โดยอาจมีอาชีพอื่นใดนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ถือว่าเป็น บริการวิชาชีพได้ เนื่องจากตามข้อบทนั้นใช้คำว่า “ว่าให้รวมถึง” ดังนั้นจึงอาจมีวิชาชีพ อื่นที่นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้และถือว่าเป็นบริการวิชาชีพตามข้อบทนี้ได้ แต่ตามมาตรา 40 (6) แห่งประมวลรัษฎากรนั้น วิชาชีพอิสระตามบทบัญญัติมีเพียงเฉพาะตามที่บัญญัติ กำหนดไว้เท่านั้นแม้จะมีวิชาชีพอิสระอื่นที่กำหนดให้ออกพระราชกฤษฎีกาเพิ่มเติมได้ตาม ความในวรรคท้ายแต่ปัจจุบันยังไม่มีพระราชกฤษฎีกาได้กำหนดชนิดวิชาชีพอิสระอื่นใด เพิ่มเติมอีก ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า “บริการวิชาชีพ” ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นี้มีความกว้าง มากกว่า “วิชาชีพอิสระ” ตามประมวลรัษฎากร

ประการที่สอง กิจกรรมที่มีลักษณะเดียวกันตามมาตรา 40 (6) แห่งประมวล รัษฎากร กับข้อบทที่ 14 วรรคท้ายของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ควรมีข้อพิจารณาอย่างไร ยกตัวอย่างเช่น เงินได้ที่ได้รับจากวิชากฎหมายตามมาตรา 40 (6) แห่งประมวลรัษฎากร เช่น เงินได้จากการว่าความ การให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย การร่างนิติกรรมสัญญาถือเป็น เงินได้ตามมาตรา 40 (6) นี้แต่หากบุคคลที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายประกอบกิจการอื่น เช่น ติดตามลูกหนี้ ติดต่อกับส่วนราชการ เงินได้ที่ได้รับจะต้องถือว่าไม่ใช่เงินได้ตามมาตรา 40(6) แต่สำหรับการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระตามข้อบทที่ 14 วรรคท้ายนั้นตัวบท ใช้คำว่า “กิจกรรมอิสระ” จึงอาจมีปัญหาการตีความว่าการกระทำการกิจการอย่างอื่นของ หนายความเช่น การติดตามลูกหนี้ หรือติดต่อกับส่วนราชการนี้ จะถือว่าเป็นเงินได้จากการ ให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรต้องตีความว่าถือ เป็นเงินได้ตามข้อบทที่ 14 นี้ด้วยและพิจารณาสิทธิในการจัดเก็บภาษีตามเงื่อนไขที่กำหนด ไว้ตามข้อบทที่ 14 นี้เพราะเป็นกิจกรรมอิสระของหนายความ แต่เมื่อบุคคลนั้นหากต้อง ยื่นเสียภาษีเงินได้ให้กับสรรพากรไทยจะต้องยื่นแบบแสดงว่าเงินได้ที่ได้รับนั้นเป็นเงินได้ พึงประเมินในอนุมาตราอื่นที่ไม่ใช่อนุมาตรา 6

เช่นเดียวกันกับกิจกรรมอื่นในลักษณะเดียวกันตามมาตรา 40 (6) แห่งประมวล รัษฎากร ได้แก่ กิจกรรมอิสระของแพทย์ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม การบัญชี และประณีต ศิลปกรรม เมื่อพิจารณากับข้อบทที่ 14 วรรคท้ายของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กิจกรรมเหล่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีข้อในการพิจารณาเช่นเดียวกัน คือหากเป็นการดำเนินกิจกรรมและ

ได้รับเงินได้จากวิชาชีพเหล่านี้ควรต้องถือเป็นเงินได้ตามข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ แต่เมื่อมายื่นเสียภาษีจะต้องพิจารณาอีกที่ว่าเงินได้จากกิจกรรมที่ได้รับนั้นเข้าลักษณะเงินได้ประเภทไหนตามมาตรา 40 แห่งประมวลรัษฎากร

ประการที่สาม กิจกรรมวิชาชีพอื่นที่มีปรากฏในข้อบทที่ 14 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ แต่ไม่มีในมาตรา 40 (6) แห่งประมวลรัษฎากร ได้แก่ วิทยาศาสตร์ วรรณคดี การศึกษา หรือการสอน กรณีเหล่านี้เห็นว่าหากต้องมีการเสียภาษีตามกฎหมายภายในคือประมวลรัษฎากรอาจต้องถือว่าเข้าลักษณะเงินได้พึงประเมินในอนุมาตราอื่นที่ไม่ใช่มาตรา 40 (6) ดังนั้น เห็นได้ว่าความหมายของคำว่า “บริการวิชาชีพ” ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กับคำว่า “วิชาชีพอิสระ” ตามประมวลรัษฎากร จึงเป็นคำที่มีขอบเขตความหมายบางประการแตกต่างกัน

ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่นพบว่าโดยส่วนใหญ่แล้วความตามข้อบทที่ 14 วรรคท้ายนี้ได้ทำการตกลงเหมือนกับโครงสร้างต้นแบบของ UN นอกจากอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับดังต่อไปนี้ที่ไม่ได้กำหนดถึงบริการวิชาชีพไว้ในบางกรณี คือ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับโปแลนด์ ไม่ได้กำหนดถึง “นักบัญชี” และ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับเอมิเรตส์ ไม่ได้กำหนดถึง “วรรณคดี”

กรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ไม่ได้กำหนดถึงวิชาชีพอิสระตามโครงสร้างต้นแบบนั้นมีประเด็นน่าคิดว่าวิชาชีพที่ไม่ได้กำหนดนั้นจะถือว่าเป็นวิชาชีพอิสระหรือไม่ ซึ่งหากตีความว่าไม่ถือว่าเป็นวิชาชีพอิสระตามข้อบทที่ 14 แล้วกรณีจะต้องบังคับไปตามข้อบทที่ 21 เรื่องเงินได้อื่น หากเป็นกรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับนั้นไม่มีการตกลงกันในข้อบทเรื่องเงินได้อื่นอีก เช่นนี้จะต้องถือว่าให้จัดเก็บไปตามกฎหมายภายในของรัฐแหล่งเงินได้ เช่นเดียวกับกรณีที่ไม่มีข้อตกลงทำอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ เลย เพราะต้องถือว่าคู่สัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ไม่ได้ตกลงกันถึงการขจัดภาษีซ้อนในกรณีเงินได้ดังกล่าวนั้น ๆ ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ บางฉบับไม่ได้มีการกำหนดถึงวิชาชีพบางวิชาชีพไว้ตามโครงสร้างต้นแบบแต่การให้บริการวิชาชีพนั้นยังควรที่จะต้องถือว่าเป็นวิชาชีพอิสระ และถือบังคับไปตามข้อบทที่ 14 เรื่องบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระอยู่นั่นเอง เพราะถ้อยคำตามบทบัญญัติในข้อที่ 14 วรรคท้ายนั้นบัญญัติว่าให้หมายความ

รวมถึง (Include) ซึ่งวิชาชีพที่บัญญัติไว้ตามมาในวรรณคดีเป็นเพียงการยกตัวอย่างของวิชาชีพที่เป็นอิสระเท่านั้น หากมีวิชาชีพอื่นใดที่มีลักษณะอิสระดังกล่าวจะต้องถือว่าบังคับไปตามข้อบทที่ 14 ด้วยเช่นกัน หากไม่เช่นนั้นถ้าตีความว่าอาชีพที่ไม่ได้บัญญัติกำหนดไว้ในความวรรคท้ายที่บัญญัติไว้ตามโครงสร้างต้นแบบแต่ไม่ได้บัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับใดจะต้องถือว่าไม่ใช่วิชาชีพอิสระและไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระแล้ว กรณีก็จะต้องถือบังคับต่อไปเช่นเดียวกันว่าวิชาชีพอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้จะต้องไม่ใช่วิชาชีพอิสระในทุกกรณีซึ่งเห็นได้ว่าไม่เป็นไปตามคำอธิบายต้นแบบตามที่ได้ศึกษามา

นอกจากนี้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ บางฉบับพบข้อตกลงที่เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากโครงสร้างต้นแบบของ UN คืออนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับอินเดีย กำหนดเพิ่มเติมกรณี “ศัลยแพทย์” (Surgeons) กรณีนี้เห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติถึงตัวอย่างเพิ่มเติมที่นอกเหนือไปจากโครงสร้างต้นแบบที่ได้กำหนดไว้ ในเรื่องนี้เห็นได้ว่าไม่น่าจะมีปัญหาในการตีความเพราะเป็นการบัญญัติเพิ่มเติมให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่อาจจะมีปัญหาในการเทียบเคียงต่อไปว่ากรณีของศัลยแพทย์ที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับอื่นจะถือว่าเป็นบริการวิชาชีพเช่นกันหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจนำมาเทียบเคียงได้

3.6 อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับที่ไม่มีข้อบทเรื่องบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระกับการนำข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวรมาบังคับใช้

กรณีทีอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ไม่ได้มีข้อตกลงในข้อบทที่ 14 เรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระนั้น กรณีเช่นนี้จะต้องบังคับจัดเก็บภาษีที่เกิดขึ้นจากการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระโดยอาศัยข้อบทที่ 5 เรื่องสถานประกอบการถาวร กรณีเช่นนี้จะถือว่าเป็นไปตามแนวทางของต้นแบบ และคำอธิบายต้นแบบของ OECD¹¹

แต่เดิมก่อนโครงสร้างต้นแบบของ OECD ปี 2000 ยังมีข้อบทที่ 14 แต่ตามต้นแบบของ OECD จะมีความแตกต่างจากโครงสร้างต้นแบบของ UN คือ เงินได้ที่ได้รับจากกรณี

¹¹ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่นนั้น มีอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ 6 ฉบับที่ไม่มีข้อตกลงในข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ ได้แก่ อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับประเทศญี่ปุ่น เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม มาเลเซีย เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์

การให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระนั้นจะให้สิทธิในการจัดเก็บกับรัฐแหล่งเงินได้เฉพาะกรณีเมื่อมีฐานประกอบการประจำเท่านั้น¹² โดยไม่มีการกำหนดให้สิทธิจัดเก็บภาษีกับรัฐแหล่งเงินได้ในกรณีที่ได้มีการอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้เกินกว่า 183 วัน ตามต้นแบบของ UN ข้อบทที่ 14 (ข) ต่อมาในปี 2000 OECD ได้ตัดสินใจตัดข้อบทที่ 14 ออกจากโครงร่างต้นแบบโดยตามคำอธิบายต้นแบบได้ระบุว่า การตัดข้อบทที่ 14 นี้แสดงให้เห็นถึงความไม่มีความแตกต่างกันระหว่างสถานประกอบการถาวรที่ใช้เพื่อคำนวณภาษีตามข้อบทที่ 7 กับฐานประกอบการประจำในข้อบทที่ 14 ผลของการตัดข้อบทที่ 14 ออกนี้คือทำให้เงินได้ที่เกิดขึ้นของบริการวิชาชีพ หรือกิจกรรมอื่นๆ ที่มีลักษณะอิสระจะถูกจัดเก็บภาษีไปตามข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจ¹³ หากผู้เสียภาษีไม่ได้ดำเนินการประกอบธุรกิจโดยผ่านสถานธุรกิจประจำในรัฐแหล่งเงินได้ สิทธิในการจัดเก็บภาษีจะเป็นสิทธิโดยเด็ดขาดของรัฐถิ่นที่อยู่ของผู้เสียภาษีนั่น แต่หากผู้เสียภาษีประกอบการดำเนินธุรกิจโดยผ่านสถานธุรกิจประจำในรัฐแหล่งเงินได้ สิทธิในการจัดเก็บภาษีจะตกเป็นของรัฐแหล่งเงินได้เฉพาะในส่วนของการกำไรทั้งหมดที่สถานธุรกิจประจำนั้นได้รับ¹⁴

ลองพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างการใช้บทบัญญัติตามต้นแบบที่มีการให้สิทธิเฉพาะการมีฐานประกอบการประจำ กับ กรณีที่มีการกำหนดให้สิทธิโดยการอยู่ในรัฐแหล่ง

¹² ตามต้นแบบ OECD ปี 1997 วางแนวทางในข้อบทที่ 14 บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ ว่า

“1. เงินได้ที่ได้รับจากผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือหนึ่งจากการให้บริการวิชาชีพหรือกิจกรรมอื่น ๆ โดยเป็นอิสระจะต้องเสียภาษีเฉพาะในรัฐหนึ่งนั้น ยกเว้นในกรณีที่บุคคลนั้นมีฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งอย่างเป็นปกติวิสัยในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หากบุคคลนั้นมีฐานประกอบการประจำ เงินได้อาจถูกเก็บภาษีได้ในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น แต่โดยเฉพาะส่วนของเงินได้ที่ถือว่าเป็นของฐานประกอบการประจำนั้นเท่านั้น

2. คำว่า “บริการวิชาชีพ” รวมถึงโดยเฉพาะกิจกรรมทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม ศิลปะ การศึกษา หรือการสอนที่มีลักษณะเป็นอิสระ รวมถึงกิจกรรมที่เป็นอิสระของแพทย์ ทนายความ วิศวกร สถาปนิก ทันตแพทย์ และนักบัญชี”

¹³ Organization for Economic Cooperation and Development, **Model Tax Convention** on Income and on Capital: Condensed Version 2000, (OECD, 2000), p. 174.

¹⁴ Reimer, E., & Rust, A. (Eds.). **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions** - FOURTH Edition). CPI Group UK) Ltd., 2015), pp. 405-406.

เงินได้นั้นเกินกว่า 183 วันตามอนุ (ข) จะเห็นได้ว่า หากบังคับจัดเก็บภาษีจากการมีฐานประกอบการประจําที่ตามบทบัญญัติจะกำหนดให้เก็บภาษีจากเงินได้เฉพาะที่พึงถือว่าเป็นของฐานประกอบการประจําเท่านั้น ซึ่งเป็นถ้อยคำเช่นเดียวกับที่บัญญัติตามข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจ¹⁵ ซึ่งจะมีผลตามมามีเงินได้ที่บุคคลได้รับจากประเทศแหล่งเงินได้นั้น หากได้รับในส่วนที่นอกเหนือจากที่ผ่านฐานประกอบการประจํา ประเทศแหล่งเงินได้จะไม่ได้สิทธิในการจัดเก็บภาษี

แต่ตามบทบัญญัติที่กำหนดตามข้อบทที่ 14 อนุ (ข) นั้นกำหนดให้สิทธิจัดเก็บภาษีแก่รัฐแหล่งเงินได้เมื่อผู้นั้นอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้เกินกว่า 183 วันแม้ว่าจะไม่มีฐานประกอบการประจําซึ่งจะมีผลว่าประเทศแหล่งเงินได้จะได้สิทธิในการจัดเก็บภาษีจากเงินได้ทั้งหมดที่บุคคลได้มีการให้บริการในรัฐนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศแหล่งเงินได้นั้นจะมีสิทธิในการจัดเก็บภาษีจากฐานภาษีที่กว้างกว่ากรณีแรก

คำถามที่ยังอาจเกิดขึ้นอีกจากการบังคับใช้บทบัญญัติอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ดูคลุมเครือนี้ก็คือ หากบุคคลนั้นมีฐานประกอบการประจําในรัฐแหล่งเงินได้ และหากบุคคลนั้นอยู่ในรัฐนั้นเกินกว่า 183 วัน อีกกรณีเช่นนี้รัฐแหล่งเงินได้ควรจะได้สิทธิในการจัดเก็บ

¹⁵ ตามโครงสร้างต้นแบบ OECD ปี 2008 ข้อบทที่ 7 วรรคแรก บัญญัติว่า “กำไรของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่งให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่วิสาหกิจนั้นประกอบธุรกิจในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งโดยผ่านทางสถานประกอบการถาวรซึ่งตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น ถ้าวิสาหกิจนั้นประกอบธุรกิจดังกล่าวแล้ว กำไรของวิสาหกิจนั้นอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่ง แต่ต้องเก็บจากกำไรเพียงเท่าที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้น”

ทั้งนี้ ตามต้นแบบของ OECD ข้อบทที่ 7 ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงและพัฒนาทำให้เกิดความแตกต่างกับต้นแบบของ UN ผู้เขียนจึงขอยกโครงสร้างต้นแบบของ OECD ในปี 2008 ช่วงก่อนที่มีการแก้ไขเพื่อเป็นตัวอย่างประกอบความเข้าใจเท่านั้น

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งที่จะพบเห็นในจุดนี้คือจะเห็นถึงความซับซ้อนของสภาพปัญหาที่มีความพัวพันกันในข้อกฎหมายหลายฉบับ ทั้งจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในตัวโครงสร้างต้นแบบ และคำอธิบายต้นแบบทั้งของ OECD และ UN ที่เกิดขึ้นตลอดเวลา ในขณะที่การจัดเก็บภาษีของสรรพากรไทยไม่ได้แสดงถึงจุดยืนที่ชัดเจน ทำให้ผู้เสียภาษียิ่งเผชิญกับความไม่แน่นอนเพิ่มขึ้นอีก

ภาษีจากเงินได้ที่ได้รับโดยไม่ผ่านฐานประกอบการประจำหรือไม่ ในเมื่อการให้สิทธิจากการอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้นั้นกว้างกว่าฐานประกอบการประจำ

เมื่อตามต้นแบบของ OECD ได้ตัดข้อบทที่ 14 ออก และอ้างการจัดเก็บภาษีตามข้อบทที่ 7 ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการบังคับตามข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจ ในประเทศไทยก็ยังไม่มีความปฏิบัติมารองรับอีก¹⁶ ทั้งนี้ ข้อโต้แย้งในการบังคับใช้ข้อบทที่ 7 ที่ผ่านมาของประเทศไทยนั้นจะพบเห็นเฉพาะกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างกรมสรรพากรกับบริษัทข้ามชาติเท่านั้น ยังไม่ปรากฏข้อพิพาทในการบังคับใช้ข้อบทที่ 7 กับกรณีการบังคับจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ซึ่งคงเป็นเรื่องที่ต้องติดตามกันต่อไป

4. บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องการจัดเก็บภาษีจากบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระตามประมวลรัษฎากรไทยและอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ พบว่ามีปัญหาหลายประการที่ต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบ ในประเด็นการจำแนกประเภทของเงินได้ตามมาตรา 40 ของประมวลรัษฎากร ในทางปฏิบัติพบว่าข้อโต้แย้งเกิดขึ้นบ่อยครั้งระหว่างเจ้าหน้าที่สรรพากรและผู้เสียภาษีว่าเงินได้ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเงินได้พึงประเมินประเภทใดตามมาตรา 40 นอกจากนี้ ปัญหาการหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 50 และคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 ยังเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญในการปรับปรุงกฎหมายให้มีความสอดคล้องกันเพื่อลดปัญหาข้อพิพาทในกรณีที่จ่ายเงินให้กับผู้ที่ไม่ได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย

ในส่วนของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ตามข้อบทที่ 14 ของโครงสร้างต้นแบบของ UN ถือว่ามีบทบาทสำคัญในการกำหนดเงื่อนไขการจัดเก็บภาษีจากบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ แต่การตีความและการบังคับใช้ข้อบทนี้สำหรับประเทศไทยยังคงมีความคลุมเครือ ดังนั้น จึงควรออกเป็นแนวปฏิบัติของกรมสรรพากรเพื่อให้เกิดความชัดเจนโดยเฉพาะในประเด็นเรื่อง 1) “ฐานประกอบธุรกิจประจำ” จะถือตีความในทางปฏิบัติอย่างไร 2) แนว

¹⁶ สรรค์ ตันติจิตตานนท์, ข้อบทเรื่อง “กำไรจากธุรกิจ” ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน: ปัญหาและแนวปฏิบัติในบริบทกฎหมายไทย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 52 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม - ธันวาคม 2566), หน้า 1080-1107.

ปฏิบัติในการกำหนดระยะเวลาตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่บัญญัติไว้แตกต่างกันจะถือปฏิบัติอย่างไร

ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติสำหรับการเสียภาษีของประเทศไทยนั้นจะพบว่ามีการนำหนังสือตอบข้อหารือที่กรมสรรพากรเคยวินิจฉัยไว้มาเป็นแนวทางในการปฏิบัติสำหรับข้อเท็จจริงในเรื่องต่อมา แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนไม่พบข้อหารือที่ลงลึกถึงการตีความ หรือการวินิจฉัยในประเด็นข้อบทเรื่องการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ¹⁷ ดังนั้น หากต่อไปมีข้อหารือกรมสรรพากรที่มีการอธิบายอย่างละเอียดรอบคอบก็อาจนำมาใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในกรณีที่คลุมเครือได้ เช่น ความหมายของคำว่า “ฐานประกอบการประจำ” และ “บริการวิชาชีพ” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ปรากฏในข้อบทที่ 14 ซึ่งการให้ความเห็นในคำอธิบายและการตีความแม้ว่าจะมาจากหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากรก็ตาม แต่ก็ถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมากเพราะจะทำให้ผู้เสียภาษีเกิดความชัดเจนและส่งเสริมให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายภาษีที่มีประสิทธิภาพ และอาจช่วยลดข้อพิพาทระหว่างประเทศในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ

¹⁷ หนังสือข้อหารือกรมสรรพากรที่ผู้เขียนพบจะเป็นการให้คำตอบกับผู้เสียภาษีว่าบุคคลนั้นเข้าเงื่อนไขตามข้อบทที่ 14 หรือไม่ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยว่าผู้นั้นเป็นอยู่ในประเทศไทยครบระยะเวลาตามที่กำหนดหรือไม่ หรือคำตอบแทนนั้นตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรซึ่งบุคคลผู้จ่ายคำตอบแทนมีอยู่ในรัฐหรือไม่ เป็นต้น โปรดดู หนังสือกรมสรรพากรที่ กค 0702/3060 ลงวันที่ 3 เมษายน 2556, กค 0702/7602 ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2558, กค 0802/10615 ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2538, กค 0802/18352 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2537

รายการอ้างอิง

- สรรค์ ดันติจิตตานนท์, คำอธิบายกฎหมายภาษีระหว่างประเทศ: ข้อบทเรื่อง
สถาน ประกอบการถาวรภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประวัติศาสตร์ ทฤษฎีแนวคิด
แนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: ปณณรัช, 2560).

- สรรค์ ดันติจิตตานนท์, ข้อบทเรื่อง “กำไรจากธุรกิจ” ภายใต้อนุสัญญาภาษี
ซ้อน : ปัญหาและแนวปฏิบัติในบริบทกฎหมายไทย, วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 52 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2566).

- Reimer, E. and Rust, A, **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**
(FOURTH Edition), CPI Group (UK) Ltd., 2015).

- Organization for Economic Cooperation and Development, **Model
Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2000**,
(OECD: OECD Publishing, 2000).

- Organization for Economic Cooperation and Development, **Model
Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017**,
(OECD: OECD Publishing, 2017).

- United Nations, **Model Double Taxation Convention between
Developed and Developing Countries 1980**, (United Nations, 1980).

- United Nations, **Model Double Taxation Convention between
Developed and Developing Countries 2011**, (United Nations, 2011).

s- United Nations, **Model Double Taxation Convention between
Developed and Developing Countries 2017**, (United Nations, 2018).

การบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย:
ศึกษากรณีความเหมาะสมของการบัญญัติความรับผิด
ทางอาญาเกี่ยวกับบัญชีม้า*

Preventive Criminalization: A Case Study on the
Appropriateness of Criminal Liability Legislation
Regarding “Mule Accounts”

นิรรฎกานต์ บุนนรอด**

นักศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Nirattakarn Boonrawd

Master Student in Law, School of Law, Mae Fah Luang University

* บทความนี้สรุปมาจากส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “การปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง โดย มีรองศาสตราจารย์ ดร.วิวรรณ คำรงค์กุลนันท์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** ผู้ประพันธ์อันดับแรก; ร้อยตำรวจเอกหญิง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ; รัฐประศาสนศาสตรบัณฑิต (ตำรวจศาสตร์) โรงเรียนนายร้อยตำรวจ; นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช; อีเมลติดต่อ 6451601253@lamduan.mfu.ac.th

วืวรรณั ตำรณัคกุลณัณท์***

รอนศาสตรำจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายอาญา
สำนักรวณานิตศาสตรั มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Wiwat Damrongkulnan

Associate Professor in Criminal Law,
School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 23 สิงหาคม 2567; วันที่แก้ไขบทความ 23 กันยายน 2567; วันที่ตอบรับบทความ 23 กันยายน 2567

*** ผู้ประพันธ์บรรณกิจ; นิตศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; นิตศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; นิตศาสตรดุษฎีบัณฑิต (กฎหมายอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; อีเมลติดต่อ wiwat.dam@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

บทความนี้ได้ทำการวิเคราะห์ “ความเหมาะสมของการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับบัญชีม้า” ภายใต้แนวคิดและหลักการของ “การบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย” โดยเป็นการวิเคราะห์ความเหมาะสมทั้งในเชิงเนื้อหา (Content) และในเชิงรูปแบบ (Format) กล่าวคือ ในเชิงเนื้อหาได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมา และในเชิงรูปแบบได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการที่รัฐเลือกที่จะตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 ผลการวิเคราะห์พบว่า การที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะมีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจาก (1) บัญชีม้ามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นในอนาคต (2) บัญชีม้ามีลักษณะที่น่าตำหนิ (3) บัญชีม้าจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวม และ (4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับบัญชีม้าคือมาตรการสุดท้าย และการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 มีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากสถานการณ์และความรวดเร็วของเทคโนโลยีในช่วงเวลานั้น (พ.ศ. 2566) เป็นกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะในรูปแบบ “พระราชกำหนด” เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยของสาธารณะ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ

คำสำคัญ: ความรับผิดทางอาญา; การป้องกันความเสียหาย; บัญชีม้า

Abstract

This article analyzes the “appropriateness of enacting criminal liability regarding mule accounts” under the concept and principles of “preventive criminalization.” The analysis examines the appropriateness in terms of both content and form. Specifically, in terms of content, it assesses whether it is appropriate for the state to enact provisions concerning mule accounts. In terms of form, it evaluates the appropriateness of the state’s decision to incorporate these provisions into the Emergency Decree on Measures for the Prevention and Suppression of Technological Crimes B.E. 2566 (2023). The analysis concludes that the state’s specific enactment of provisions related to mule accounts is appropriate because (1) mule accounts have the potential to cause future harm, (2) mule accounts are inherently blameworthy, (3) mule accounts pose a threat to public safety, and (4) criminal liability for mule accounts represents a measure of last resort. Additionally, the decision to include provisions on mule accounts in the Emergency Decree on Measures for the Prevention and Suppression of Technological Crimes B.E. 2566 (2023) is deemed appropriate due to the urgent and unavoidable necessity arising from the rapid technological advancements during that period (B.E. 2566). The situation constituted an emergency, requiring immediate legislative action in the form of an “Emergency Decree” to protect national security, public safety, and economic stability.

Keywords: Criminal Liability; Harm Prevention; Mule Accounts

1. บทนำ

ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบันได้มีการใช้วิธีการทางเทคโนโลยีหลอกลวงประชาชนทั่วไปผ่านอุปกรณ์เทคโนโลยีต่าง ๆ จนทำให้ประชาชนสูญเสียทรัพย์สินเป็นจำนวนมาก และผู้หลอกลวงได้โอนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดดังกล่าวผ่านบัญชีเงินฝาก บัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือบัญชีเงินอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งที่เป็นสถาบันการเงิน (Bank) และที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน (Non-Bank) ของบุคคลอื่นซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า “บัญชีม้า” (Mule Account)¹ ต่อไปเป็นทอด ๆ อย่างรวดเร็ว เพื่อปกปิดหรืออำพรางการกระทำความผิด ซึ่งในแต่ละวันมีประชาชนผู้สุจริตถูกหลอกลวงเป็นจำนวนมากและมีมูลค่าความเสียหายสูงมาก และการหลอกลวงดังกล่าวซึ่งเป็นการกระทำความผิดได้เพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง รวมทั้งเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ²

¹ “บัญชีม้า” (Mule Account) คือการที่บุคคลหนึ่งเปิดบัญชีเงินฝากธนาคารขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นกรณีทำการเปิดโดยการทำคำร้องผ่านเจ้าหน้าที่ธนาคาร เปิดบัญชีแบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือเปิดบัญชีออนไลน์ โดยผู้ออกได้ออกให้แก่ผู้มีสิทธิใช้ แต่กลับนำสมุดบัญชีเงินฝาก บัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือข้อมูล รหัส หมายเลขบัญชี หมายเลขชุดทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือเครื่องมือทางตัวเลขใด ๆ มอบให้แก่ผู้อื่น แม้ว่าเจ้าของบัญชีจะทราบหรือไม่ก็ตามว่าผู้นั้นจะนำไปใช้เป็นช่องทางในการรับเงินและถ่ายโอนเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เพื่อป้องกันไม่ให้มีพยานหลักฐานเชื่อมโยงมาถึงตัวได้ และการได้มาซึ่งบัญชีม้ามีทั้งจากการจ้างให้บุคคลอื่นเปิดบัญชี รับซื้อบัญชีเงินฝากธนาคารของบุคคลทั่วไปเพื่อนำไปใช้กระทำความผิด หลอกลวงให้เปิดบัญชีโดยอ้างว่าใช้สำหรับรับเงินจากนายจ้าง หรือโครงการข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อนำไปใช้เปิดบัญชีในชื่อของคนนั้น ๆ ซึ่งพบได้อย่างแพร่หลายในสื่อสังคมออนไลน์ที่มีการซื้อขายบัญชีเงินฝากธนาคารกันอย่างเปิดเผย

² หมายเหตุท้ายพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูเชิงอรรถที่ 8

เดิมการดำเนินคดีอาญากับผู้หลอกลวงจะใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกง³ หรือมาตรา 343 วรรคหนึ่ง ความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน⁴ แล้วแต่กรณี เป็นหลัก ส่วนการดำเนินคดีอาญากับเจ้าของบัญชีม้าจะใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ประกอบกับมาตรา 86 ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดฉ้อโกง⁵ หรือมาตรา 343 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 86 ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดฉ้อโกงประชาชน แล้วแต่กรณี เป็นหลัก⁶ อย่างไรก็ตาม การที่จะดำเนิน

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 “ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 343 วรรคหนึ่ง “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 341 ได้กระทำได้ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีไม่รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2120/2563 “นางสาว ส. ถูกคนร้ายร่วมกันหลอกลวงโดยแสดงตนเป็นคนอื่น โฉทก์ร่วมหลงเชื่อโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของบุคคลที่จำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 ว่าจ้างให้เปิดบัญชีธนาคารและทำบัตรอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเบิกถอนเงินสด โฉทก์ฟ้องจำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 ฐานเป็นตัวการร่วมกระทำความผิด แต่จำเลยที่ 5 อ้างว่าถูกจำเลยที่ 1 หลอกลวงให้หาคนมาเปิดบัญชีเงินฝากโดยจำเลยที่ 1 จะนำไปดำเนินใช้ในการดำเนินธุรกิจของชาวต่างชาติ ส่วนจำเลยที่ 6 และที่ 7 อ้างว่าถูกจำเลยที่ 5 ชักชวนให้หาคนมาเปิดบัญชีเพื่อให้คนต่างชาติโอนเงินมาเข้าบัญชีเพื่อทำธุรกิจอีกทอดหนึ่ง โดยจำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำบัญชีเงินฝากไปกระทำความผิด แต่จำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 ให้การในชั้น

คดีอาญากับเจ้าของบัญชีมาได้ นั่นต้องรอให้ผู้หลอกลวงกระทำการถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเสียก่อน ซึ่งก็คือขั้น “ลงมือ” ฉ้อโกงนั่นเอง หากการกระทำของผู้หลอกลวงยังไม่ถึงขั้นลงมือฉ้อโกง เช่น ยังอยู่ในขั้น “สมคบกัน” ฉ้อโกง หรือยังอยู่ในขั้น “เตรียมการ” ฉ้อโกง ก็ยังไม่สามารถที่จะดำเนินคดีอาญากับเจ้าของบัญชีมาได้⁷

เมื่อการหลอกลวงประชาชนทั่วไปด้วยวิธีการทางเทคโนโลยีผ่านอุปกรณ์เทคโนโลยีต่าง ๆ ได้มีการนำบัญชีม้ามาใช้เป็นช่องทางในการโอนเงินสินที่ได้จากการหลอกลวงต่อไปเป็นทอด ๆ อย่างรวดเร็ว เพื่อปกปิดหรืออำพรางการกระทำความผิด แต่การที่จะดำเนินคดีอาญากับเจ้าของบัญชีม้าได้ต้องรอให้ผู้หลอกลวงกระทำการถึงขั้นลงมือฉ้อโกงเสียก่อน จึงนับว่ากฎหมายอาญาในเรื่องนี้ยังเดินตามหลังเจ้าของบัญชีม้าอยู่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ต้องรอให้ความเสียหายจากการฉ้อโกงของผู้หลอกลวงเกิดขึ้นเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินคดีอาญากับเจ้าของบัญชีม้าได้ รัฐเล็งเห็นและตระหนักถึงปัญหาในจุดนี้จึงมี

สอบสวนว่าได้รับค่าจ้างให้หาคนมาเปิดบัญชีพร้อมทำบัตรอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเบิกถอนเงินสด พฤติการณ์ของจำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 ได้รับค่าจ้างเพื่อหาคนมาเปิดบัญชีเงินฝาก ย่อมเล็งเห็นได้ว่าคนร้ายจะใช้สมุดบัญชีเงินฝากและนำบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของบัญชีไปใช้ในการกระทำความผิดกฎหมาย จำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 จะอ้างว่าถูกหลอกใช้ไม่ได้ การกระทำของจำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 จึงเป็นการให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดฐานฉ้อโกงและฐานใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์รับเบิกถอนเงินสดของผู้อื่นโดยมิชอบ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 342, 83, 86, 269/5, 269/7)”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5191/2563 “การยอมเปิดบัญชีเงินฝากให้เพื่อแลกกับผลตอบแทนการกู้ยืมเงิน เปรียบเหมือนเป็นการก่ออาชญากรรมทางอ้อม อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่ามีคนร้ายหลอกลวงให้ผู้เสียหายโอนเงินผ่านบัญชีเงินฝากของจำเลยและได้ถอนเงินออกจากบัญชี อันเป็นการฉ้อโกงผู้เสียหาย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดฉ้อโกง”

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 215-218; วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2563), หน้า 169-187.

ความพยายามที่จะเดินนำหน้าเจ้าของบัญชีมาด้วยการตรากฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นมาคือ “พระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566”⁸ ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีมาได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดฉบับนี้ มีความว่า “ผู้ใดเปิดหรือยินยอมให้บุคคลอื่นใช้บัญชีเงินฝาก บัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือบัญชีเงินอิเล็กทรอนิกส์ของตน โดยมิได้มีเจตนาใช้เพื่อตนหรือเพื่อกิจการที่ตนเกี่ยวข้อง หรือยินยอมให้บุคคลอื่นใช้หรือยืมใช้เลขหมายโทรศัพท์สำหรับบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของตน ทั้งนี้ โดยประการที่รู้หรือควรรู้ว่าจะนำไปใช้ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือความผิดทางอาญาอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁸ พระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 140 ตอนที่ 18 ก หน้า 1-7 วันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2566

มีข้อสังเกตว่า มาตรา 2 แห่งพระราชกำหนดฉบับนี้ได้กำหนดให้พระราชกำหนดฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ซึ่งก็คือ ตั้งแต่วันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2566 เป็นต้นไปนั่นเอง นอกจากนี้พระราชกำหนดฉบับนี้ได้ระบุเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ไว้ในหมายเหตุว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่ปัจจุบันมีการใช้วิธีการทางเทคโนโลยีหลอกลวงประชาชนทั่วไปผ่านอุปกรณ์เทคโนโลยีต่าง ๆ จนทำให้ประชาชนสูญเสียทรัพย์สินเป็นจำนวนมาก และผู้หลอกลวงได้โอนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดดังกล่าว นั้นผ่านบัญชีเงินฝาก บัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือบัญชีเงินอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลอื่นต่อไปเป็นทอด ๆ อย่างรวดเร็ว เพื่อปกปิดหรืออำพรางการกระทำความผิด ซึ่งแต่ละวันประชาชนผู้สุจริตถูกหลอกลวงจำนวนมากและมีมูลค่าความเสียหายสูงมาก และการหลอกลวงดังกล่าวซึ่งเป็นการกระทำความผิดได้เพิ่มมากขึ้น ส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้างและเป็นอันตรายร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะต้องมีการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีดังกล่าว เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้”

เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 มีลักษณะเป็น “การบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย” (preventive criminalization) ก่อปรกับเป็นกฎหมายใหม่ ซึ่งรัฐเลือกที่จะตราเป็นกฎหมายพิเศษคือ พระราชกำหนดฉบับนี้ ไม่ได้เลือกที่จะแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายอาญาหลักของประเทศ บทความนี้จึงได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมทั้งในเชิงเนื้อหา (content) และในเชิงรูปแบบ (format) กล่าวคือ ในเชิงเนื้อหาได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมา และในเชิงรูปแบบได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการที่รัฐเลือกที่จะตราบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในพระราชกำหนดฉบับนี้ แบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 5 หัวข้อ ได้แก่ หัวข้อที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย หัวข้อที่ 3 หลักการเกี่ยวกับการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย หัวข้อที่ 4 ความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าของบัญชีม้าในอดีตและปัจจุบัน หัวข้อที่ 5 บทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับบัญชีม้า และหัวข้อที่ 6 บทสรุป โดยเนื้อหาในแต่ละหัวข้อมียรายละเอียดดังต่อไปนี้

2. แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย

“มนุษย์เป็นสัตว์สังคม” (Human Being is Social Animal) คือคำกล่าวของ อริสโตเติล (Aristotle)⁹ หมายความว่า โดยธรรมชาติการดำเนินชีวิตของมนุษย์จำเป็นต้องอาศัยการอยู่ร่วมกันและพึ่งพาช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ทั้งต้องมีการสื่อสารระหว่างกันเพื่อความเข้าใจที่ตรงกันและใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ แต่เมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันมีการขยายตัวเป็นกลุ่มคนจำนวนมากขึ้นการใช้สิทธิและเสรีภาพจึงต้องมีขอบเขต การสื่อสารอย่างเดียว

⁹ อริสโตเติลคือนักปราชญ์ชาวกรีกในช่วง 384 ปีก่อนคริสตกาล เป็นผู้เชี่ยวชาญทั้งด้านปรัชญา การเมือง ตรรกศาสตร์ จริยศาสตร์ และวิทยาศาสตร์ในหลายแขนง จนได้รับการยกย่องว่าเป็นนักปรัชญาที่ทรงอิทธิพลทางความคิดคนหนึ่งของโลก

อาจจะไม่สามารถควบคุมความสงบสุขในสังคมนั้น ๆ ได้ ดังนั้น สังคมจึงต้องมีกฎเกณฑ์ที่เรียกว่ากฎหมาย¹⁰

“ที่ใดมีสังคม ที่นั่นย่อมมีกฎหมาย” (*Ubi Societas, Ibi Ius*) คือนิติภาษิตภาษาละตินที่กล่าวถึงความสัมพันธ์อันแน่นแฟ้นระหว่างสังคมกับกฎหมาย ตามที่กล่าวไว้ข้างต้น เมื่อมนุษย์อยู่รวมกันจนเกิดเป็นสังคมความแตกต่างระหว่างความคิดและนิสัยเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความวุ่นวายในสังคมได้ ฉะนั้น สังคมย่อมต้องมีเครื่องมือที่ใช้สำหรับจัดระเบียบสังคม จึงเกิดกฎหมายขึ้นจากการที่มนุษย์ยอมสละสิทธิบางอย่างเพื่อความปลอดภัยและประโยชน์ของสังคมมวลรวม หากสังคมใดไม่มีกฎหมายสังคมนั้นก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้¹¹ มนุษย์จึงทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อก่อตั้งกฎหมายขึ้นมา ข้อตกลงนี้เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (social contract) ซึ่งแนวคิดเรื่องสัญญาประชาคมเป็นแนวคิดที่ต้องการแสดงให้เห็นว่าการเกิดขึ้นของรัฐรัฐหนึ่งนั้นต้องมีการกำหนดแนวทางการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน แนวคิดดังกล่าวมาจากนักปรัชญาคนสำคัญของโลกคือ ฌ็อง ฌัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) และจอห์น ล็อก (John Locke) โดยแนวคิดสัญญาประชาคมของรูสโซและแนวคิดแบ่งแยกการใช้อำนาจของมองเตสกีเออ (Montesquieu) ก่อให้เกิดผลต่อกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติคือ กฎหมายต้องมีความเป็นกลางและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ใช้ได้กับประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและ

¹⁰ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, โทษจำคุก: แนวคิด ความหมาย ประเภท ทฤษฎี และข้อสังเกต บางประการว่าด้วยการปรับใช้ทฤษฎี ใน หนังสือรพีพัฒนศักดิ์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, บรรณาธิการโดย ญัฐดนัย นาจันทร์, (นนทบุรี: โรงพิมพ์ไทภูมิพัลลขิง, 2567), หน้า 131.

¹¹ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 41.

เท่าเทียม นอกจากนี้ยังสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้¹² โดยหนึ่งในกฎหมายต่าง ๆ เหล่านั้นคือ กฎหมายอาญา (Criminal Law)¹³

“ที่ใดมีกฎหมายอาญา ที่นั่นย่อมมีอาชญากรรม” อาชญากรรมเป็นปรากฏการณ์ปกติของสังคม (Crime is a Social Phenomenon) แม้ว่าจะเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์สำหรับสังคมก็ตาม แต่ก็มิบทบาทในการกำหนดชนชั้นของสังคมว่าเป็นคนดีหรือเป็นคนร้าย ตามมาด้วยสิทธิและเสรีภาพที่คนดีได้รับ ส่วนคนร้ายถูกลิดรอน การมีอยู่ของอาชญากรรมในสังคมก่อให้เกิดสถาบันต่าง ๆ เพราะอาชญากรรมไม่เพียงแต่สร้างอาชญากรรมเท่านั้น แต่ยังเป็นผู้ทำให้กฎหมายอาญาเกิดขึ้น¹⁴ อย่างไรก็ตาม การกำหนดกฎหมายอาญาขึ้นมานั้นมีทั้งความผิดในตัวเอง (*Mala In Se*) และความผิดเพราะกฎหมายกำหนด (*Mala Prohibita*) ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในสังคมขึ้นได้ เพราะหากอาชญากรรมนั้นมีความผิดในตัวเองเป็นความผิดอาญาโดยแท้แล้วย่อมเป็นเรื่องที่ดีแล้วที่มีกฎหมายอาญาบัญญัติความรับผิดชอบไว้ แต่หากเป็นอาชญากรรมที่กฎหมายบัญญัติขึ้นมาเป็นความผิดจะถือเป็นการประกอบอาชญากรรมนั้น กฎหมายอาญาต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนและการกำหนดโทษที่เหมาะสม หากผ่อนปรนได้ก็ควรมีมาตรการอื่นรองรับ

“ที่ใดมีอาชญากรรม ที่นั่นย่อมมีความเสียหาย” ความเสียหายเป็นปรากฏการณ์ปกติของอาชญากรรมและย่อมมีผลกระทบตามมา ความเสียหายที่เกิดขึ้นมีทั้งในรูปแบบของเหยื่อหรือผู้เสียหาย อาจจะเป็นรายบุคคลหรือเป็นประชาชนหมู่่มาก และอาชญากรรมบางอย่างอาจสร้างความเสียหายต่อความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศได้ เมื่ออาชญากรรมอาจเกิดขึ้นได้ในทุกสังคมและเมื่อเกิดขึ้นก็ย่อมทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงควรมีการป้องกันอาชญากรรมโดยการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษ

¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 79, 274-275.

¹³ วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์, **โทษจำคุก: แนวคิด ความหมาย ประเภท ทฤษฎี และข้อสังเกต** บางประการว่าด้วยการปรับใช้ทฤษฎี ใน หนังสือรพีพัฒนศักดิ์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, หน้า 132.

¹⁴ อัจฉริยา ชูตินันท์, **อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 41-43.

อาชญากรและปราชญ์ที่คิดจะก่ออาชญากรรมให้เห็นถึงโทษทางกฎหมายอาญาที่จะตามมา หากกระทำความผิดแล้วถูกจับกุมตัวได้ กฎหมายอาญาจึงเป็นกระบวนการหนึ่งที่จะช่วย ป้องกันอาชญากรรมและลดอัตราการเกิดของอาชญากรรมลงได้ แต่ก็ควรเป็นตัวเลือก สุดท้ายในการบัญญัติให้การกระทำหรือไม่กระทำนั้นเป็นกฎหมายอาญา

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ความเสียหายจากการประกอบอาชญากรรม เป็นเรื่องปกติธรรมดาของสังคม อย่างไรก็ตามในสังคมยังคงต้องการความปลอดภัย จากการประกอบอาชญากรรมและรัฐก็มีหน้าที่ป้องกันอาชญากรรมเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นในสังคม¹⁵ ซึ่งความต้องการความปลอดภัย (Safety Needs) เป็น 1 ใน 5 ของ ลำดับความต้องการพื้นฐานตามทฤษฎีของมาสโลว์ (Maslow's Hierarchical Theory of Motivation) จะเกิดขึ้นเมื่อความต้องการทางกายภาพได้รับการตอบสนองแล้ว ความปลอดภัยเป็นสิ่งที่คนในสังคมต้องการตั้งแต่ในครอบครัวไปจนถึงในสถาบันอื่น ๆ ซึ่ง ได้กลายเป็นแรงผลักดันให้เกิดการจัดตั้งกลุ่มบุคคลที่มีหน้าที่รักษาความปลอดภัยขึ้น โดยมี ตัวแทนของรัฐนั้น ๆ เป็นผู้ออกกฎหมายและกำหนดหน้าที่ให้คนบางกลุ่มมีหน้าที่รักษา ความปลอดภัย ไม่ว่าจะเป็นความปลอดภัยในเรื่องของสุขภาพร่างกายและสุขภาพจิต ความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ และความปลอดภัยในการอยู่ร่วมกันของคนใน สังคมเพื่อให้สังคมสงบสุข เป็นอาทิ ยิ่งการพัฒนาด้านเทคโนโลยีของมนุษย์ทำให้วิทยาการ ต่าง ๆ พัฒนาก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว สิ่งใดในอดีตที่เคยทำให้รู้สึกปลอดภัยแต่ปัจจุบัน กลับกลายเป็นสิ่งที่กระทบต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ การก่ออาชญากรรมในอดีตและ ปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปมาก จากที่เคยกำหนดกฎหมายสำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อ แก่แค้นทดแทน เพื่อเป็นการชดเชยความผิด เพื่อเป็นการข่มขู่หรือปราบปราม หรือเพื่อเป็น การปรับปรุงแก้ไขหรือดัดนิสัย แต่ตราใบที่กฎหมายอาญายังคงเดินตามหลังความเสียหาย อันเกิดจากอาชญากรรมหมายความว่ากลไกการป้องปรามไม่ทำให้บุคคลกระทำความผิด

¹⁵ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัว**, วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2565), หน้า 140; วิวรรณ ดำรงค์ กุลนันท์, **มาตรการการกำหนดโทษและรอการลงโทษจำคุกเพื่อป้องกันสังคม**, (วิทยานิพนธ์ปริญญา เอก หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2565), หน้า 16-17.

กฎหมายอาญาจะสามารถบังคับใช้ลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีการสังเวชชีวิต ร่างกาย สิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของประชาชนให้แก่อาชญากรรมเสียก่อนเสมอ หรือความเสียหายของสังคมกลายเป็นต้นทุนที่ประชาชนจะต้องจ่ายในราคาแพงเพื่อให้รัฐดำเนินการปราบปรามอาชญากรรม¹⁶ จึงต้องมีการปรับปรุงรูปแบบของกฎหมายในเรื่องของการป้องกันก่อนเกิดเหตุที่การกระทำนั้นแม้จะยังไม่ถึงขั้นพยายาม ถ้าหากไม่มีกฎหมายและบทลงโทษกำกับกับการกระทำนั้นอาจนำไปสู่ความผิดและเกิดความเสียหายขึ้น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือฝ่ายปกครองจำต้องรอให้กระบวนการกระทำความผิดอาญาของอาชญากรดำเนินไปโดยตลอดจนเป็นความผิดสำเร็จเสียก่อนหรืออย่างน้อยจะต้องถึงขั้นพยายามจึงจะสามารถเริ่มดำเนินคดีได้ เช่นนี้จะไม่สามารถคุ้มครองสังคมให้อยู่ในความสงบเรียบร้อยได้ รัฐซึ่งมีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงมีหน้าที่ในการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดอาชญากรรมที่นำไปสู่ความเสียหายขึ้นในสังคม การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมมีความจำเป็นที่จะต้องมีการเข้ามาควบคุมหรือลงโทษผู้ที่กระทำความผิด หากไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมก็จะทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม นอกจากนี้กฎหมายแล้วกฎหมายนั้นก็ต้องมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามเจตนารมณ์ที่สร้างกฎหมายขึ้นมาด้วย รัฐจึงจะมีความชอบธรรมในการกำหนดให้บุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำเช่นนั้น

3. หลักการเกี่ยวกับการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย

การบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำที่มีความเสี่ยงต่อการถูกใช้ประโยชน์ไปสู่การกระทำความผิด แม้การกระทำนั้นจะยังไม่สร้างความเสียหายอย่างแท้จริง แต่หากมีความเสี่ยงในอนาคตและจะก่อความเสียหายต่อสาธารณะ ก็มีความเหมาะสมที่จะตรากฎหมายเพื่อป้องกันก่อนเกิดเหตุ การทำให้การกระทำในขั้นตอนก่อน

¹⁶ ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วุฒิ, *ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสากระทำความผิด*, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 48 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2562), หน้า 658-659; Douglas Husak, *Why Punish the Deserving?* in *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays*, Edited by Douglas Husak, (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 393.

เกิดความเสียหายเป็นความผิดทางอาญาจะช่วยให้เจ้าหน้าที่สามารถแทรกแซงและยับยั้งไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ แนวคิดนี้เรียกว่า “การบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย (Preventive Criminalization)”¹⁷ ซึ่งแม้จะเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรม แต่ก็ลดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หากการกำหนดลักษณะการกระทำที่มีความเสี่ยงอยู่ห่างไกลจากผลแห่งความเสียหายมากเกินไป อาจทำให้กฎหมายอาญาถูกใช้เป็นเครื่องมือของเจ้าหน้าที่ที่ประพฤติมิชอบในการคุกคามประชาชนได้ เพราะยิ่งการกระทำอยู่ห่างไกลจากความเสียหายมากเท่าใด ความชัดเจนว่าบุคคลนั้นจะกระทำความผิดกฎหมายอาญาก็ยิ่งน้อยลงเท่านั้น ซึ่งทำให้เหตุผลอันชอบธรรมของรัฐในการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหายลดลงตามไปด้วย¹⁸ ดังนั้นการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหายจึงต้องมีหลักการสำคัญเพื่อจำกัดอำนาจนิติบัญญัติและรักษาสมดุลระหว่างอำนาจของรัฐในการควบคุมกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักการดังกล่าวมีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ ได้แก่¹⁹ (1) การกระทำนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นในอนาคต (2) การกระทำนั้นมีลักษณะที่น่าตำหนิ (3) การกระทำนั้นจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวม และ (4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำนั้นคือมาตรการสุดท้าย โดยแต่ละหลักการมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) การกระทำนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นในอนาคต (Potentially Harmful)

¹⁷ ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสาระทำความผิด, หน้า 659; Andrew Cornford, **Preventive Criminalization** [Online], 20 June 2023. Source: <https://online.ucpress.edu/nclr/article/18/1/1/68807/Preventive-Criminalization>

¹⁸ ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสาระทำความผิด, หน้า 659-660; Andrew Ashworth, **Principles of Criminal Law**, 6th edition (New York: Oxford University Press, 2009), p. 456.

¹⁹ ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสาระทำความผิด, หน้า 660.

การกระทำใด ๆ ที่เมื่อกระทำลงไปแล้วขณะนั้นไม่เป็นความผิด เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด แต่อาจแสดงให้ปรากฏออกมาถึงความเสี่ยงอันตรายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง²⁰ เพราะการกระทำบางอย่างไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าจะไม่เกิดผลกระทบในอนาคต ด้วยพฤติการณ์แห่งคดีที่เคยเกิดขึ้นในลักษณะนี้มีจุดเริ่มต้นจากการกระทำที่ในตอนแรกเป็นการกระทำโดยทั่วไปไม่น่าจะเป็นเหตุที่นำไปสู่ความเสียหายได้ แต่เมื่อการกระทำนั้นถูกอาชญากรสานต่อและนำไปใช้ประโยชน์ในการกระทำความผิด ผู้กระทำนั้นถือว่าได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงขึ้น หากปล่อยไว้และไม่มีมาตรการป้องกันไว้เสียแต่แรกก็จะเกิดความเสียหายขึ้นในสังคม ครั้นจะตามแก้ปัญหาหลังเกิดเหตุก็จะไม่ทันการณ์และยากที่จะชดเชยความเสียหายได้ ถ้าพิจารณาแล้วว่าเป็นกรณีที่มีการกระทำนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นในอนาคตก็ควรที่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไว้

(2) การกระทำนั้นมีลักษณะที่น่าตำหนิ (Wrongful Act)

การกระทำใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อคุณธรรมอันดีงามที่ได้รับการยอมรับโดยสาธารณะ ควรจะต้องถูกประณาม²¹ ซึ่งส่วนใหญ่มุ่งมองการตัดสินความผิดของประชาชนในสังคมเดียวกันมองว่าสิ่งใดทำแล้วเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมนำไปสู่การยอมรับและถือปฏิบัติสืบทอดกันมาเป็นจารีตประเพณี เนื่องจากประชาชนเห็นว่าสามารถใช้เป็นกลไกควบคุมสังคมของตนได้ในกรณีที่ไม่ได้พึงพารัฐ ถ้าหากจะยึดถือเพียงแค่หลักกฎหมายอาญาที่รัฐเป็นผู้กำหนดว่า ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายเป็นพื้นฐาน ก็ไม่อาจควบคุมการฝ่าฝืนต่อคุณธรรมอันดีงามที่ได้รับการยอมรับโดยสังคมนั้น ๆ ได้ การกระทำบางอย่างในสังคมอาจจะเพิ่งเกิดขึ้นภายหลังที่มีการใช้บังคับกฎหมายและสังคมมองว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง หากบุคคลใดกระทำลักษณะเช่นนั้นอาจจะส่งผลเสียต่อประชาชนในสังคม ประชาชนก็จะมองว่าสิ่งนั้นไม่ถูกต้องไม่เป็นที่ยอมรับ และอาจลุกลามไปถึงการใช้บทลงโทษของสังคมได้ ฉะนั้น รัฐควรนำความเดือดร้อนของประชาชนที่เกิดจากการกระทำ

²⁰ เรื่องเดียวกัน; R. A. Duff, **Criminalizing Endangerment**, Louisiana Law Review, Volume 65 Issue 3 (Spring 2005), pp. 941, 953.

²¹ เรื่องเดียวกัน

ใดที่ไม่มีความหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด แต่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อประชาชน และกลายเป็นสิ่งที่สังคมยอมรับไม่ได้มาพิจารณาถึงการกำหนดความผิด

(3) การกระทำนั้นจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวม (Public Wrong)

การบัญญัติความรับผิดทางอาญาควรถูกจำกัดไว้ปรับใช้เฉพาะการกระทำที่จะนำไปสู่ผลภัยอันตรายอันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาต่อส่วนรวม ซึ่งอาจนำไปสู่ผลกระทบต่อการใช้ชีวิตและคุณค่าของการดำรงอยู่ร่วมกันของประชาชน²² เหตุที่ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวมก็เพราะว่าการปกครองแต่ละประเทศไม่เหมือนกัน หากประเทศใดที่ให้ความสำคัญกับหลักของแนวคิดสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค การจะกำหนดการกระทำใด ๆ เป็นความผิดเป็นเรื่องที่น่ากังวลว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาจะกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคหรือไม่ ประเทศไทยก็เช่นกัน ให้ความสำคัญเรื่องของสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาจึงต้องพิจารณาว่าความผิดนั้นส่งผลร้ายภัยอันตรายใดต่อสังคมและประเทศชาติ ฉะนั้นเป้าหมายหลักของการสร้างกฎหมายขึ้นมาควรเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม กฎหมายต้องมีขอบเขตชัดเจนในการที่จะจำกัดสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคในด้านใดและเป็นไปเพื่อประโยชน์อันใด เพราะการบัญญัติกฎหมายต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะและไม่ควรจำกัดสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคมากเกินไปจนเกินสมควร

(4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำนั้นคือมาตรการสุดท้าย (Last Resort)

การบัญญัติความรับผิดทางอาญาควรถูกนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามาตรการทางกฎหมายอื่นอันได้แก่ กฎหมายแพ่ง และกฎหมายปกครอง ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอสำหรับการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต²³ ถ้าคำนึงถึงประสิทธิภาพ

²² ดิศรณ์ ลิขิตวิทิตยาวุฒิ, ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสาระทำความผิด, หน้า 660; Jeroen ten Voorde, **Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control**, Utrecht Law Review, Volume 10 Issue 1 (January 2014), pp. 163, 173.

²³ ดิศรณ์ ลิขิตวิทิตยาวุฒิ, ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสาระทำความผิด, หน้า 660; Andrew Ashworth and Lucia Zedner, **Prevention and Criminalization:**

และประสิทธิผลของกฎหมายแล้ว หากบัญญัติความผิดทุกอย่างเป็นความผิดทางอาญา เสมอ ก็จะส่งผลให้เกิดปัญหากฎหมายอาญาเฟ้อ (Overcriminalization) ซึ่งเป็นปัญหาอัน เกิดจากการกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดอาญามากเกินความจำเป็น ด้วยความ เชื่อที่ว่า โทษทางอาญาจะสามารถทำให้ผู้คนเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดได้ แม้โทษทาง อาญาที่รุนแรงที่สุดคือ โทษประหารชีวิตก็ไม่อาจควบคุมการก่ออาชญากรรมได้ การกระทำ ของคนเราเกิดขึ้นได้ทั้งโดยเจตนาหรือประมาทซึ่งเป็นปัจจัยที่ยากที่จะควบคุมไม่ให้เกิด บางคนกระทำความผิดโดยเจตนาและถูกลงโทษแล้วก็สามารถกลับมาทำผิดซ้ำได้ หากไม่ ถูกจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต บางคนกระทำความผิดโดยประมาทก็อาจเกิดเหตุไม่ คาดคิดกระทำความผิดขึ้นอีกในอนาคตได้เช่นกัน แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคสาม ได้วางหลักไว้ให้กำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิด ร้ายแรง แต่ความเป็นจริงความผิดเล็กน้อยหรือความผิดที่มีลักษณะของการกระทำไม่ สมควรจะเป็นความผิดอาญาหลายประการยังคงได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย อาญา ทำให้บางฐานความผิดค่อนข้างที่จะกระทบสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของ ผู้กระทำความผิดเกินความจำเป็น ฉะนั้น ความผิดบางอย่างหากพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะ ก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นในอนาคต มีลักษณะที่น่าตำหนิ และการกระทำนั้นจะนำไปสู่ ภัยอันตรายต่อส่วนรวมแล้ว ก่อนที่จะบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาควรพิจารณาเรื่อง มาตรการอื่นก่อนที่จะนำโทษทางอาญามาปรับใช้ด้วย

4. ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของบัญชีม้าในอดีตและปัจจุบัน

การใช้ “บัญชีม้า” เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกง ประชาชนได้กลายเป็นปัญหาสำคัญในระบบการเงินและกฎหมายของประเทศ ในอดีตการ รับมือกับปัญหานี้มักจะเน้นไปที่การตรวจสอบและลงโทษผู้ที่ใช้บัญชีม้าในการกระทำ ความผิด แต่การลงโทษเจ้าของบัญชีม้ายังไม่เป็นที่แพร่หลายและยังไม่มีบทบัญญัติเฉพาะ ในการดำเนินคดี ทำให้เกิดช่องว่างในการหารายได้จากการรับจ้างเปิดบัญชีม้า หากสถานะ เช่นนี้ดำเนินอยู่อาจไม่สามารถรับมือกับปัญหาการฉ้อโกงในปัจจุบันได้ เนื่องจากการฉ้อโกง

Justifications and Limits, New Criminal Law Review, Volume 15 Issue 4 (October 2012), p. 552.

ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อาศัยเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารกับผู้เสียหายโดยไม่จำเป็นต้องพบเจอหน้ากัน สามารถที่จะแอบอ้างเป็นใครก็ได้ในสื่อสังคมออนไลน์และการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินก็ใช้วิธีการโอนเงินผ่านการทำธุรกรรมทางธนาคารโดยมีบัญชีม้าเป็นตัวกลางรับเงินของผู้เสียหายส่งต่อให้กับคนร้าย ซึ่งต่างจากการฉ้อโกงในอดีตที่ต้องพบเจอกันจึงจะสามารถสื่อสารคำพูดโกหกหลอกลวงออกมาให้อีกฝ่ายหลงเชื่อและส่งมอบทรัพย์สินผ่านมือระหว่างผู้เสียหายไปยังคนร้าย ฉะนั้น บัญชีม้าจึงเป็นตัวกลางสำคัญในความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชนในปัจจุบัน หัวข้อนี้ได้แบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 2 หัวข้อย่อย ได้แก่ 4.1 ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของบัญชีม้าในอดีต: บทบัญญัติ ข้อจำกัด และผลที่ตามมา และ 4.2 ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของบัญชีม้าในปัจจุบัน: บทบัญญัติและการกระทำความผิดเป็นความผิดกฎหมายหลายบท โดยเนื้อหาในแต่ละหัวข้อย่อยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของบัญชีม้าในอดีต: บทบัญญัติ ข้อจำกัด และผลที่ตามมา

ในอดีตไม่ได้มีการบัญญัติความรับผิดทางอาญาของเจ้าของบัญชีม้าไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้เกิดข้อจำกัดหลายประการส่งผลให้การจัดการกับปัญหาการฉ้อโกงโดยมีบัญชีม้าเป็นตัวกลางรับเงินของผู้เสียหายส่งต่อให้กับคนร้ายไม่สามารถดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ บทบัญญัติทางกฎหมายในยุคนั้นมุ่งเน้นไปที่การลงโทษผู้กระทำความผิดหลักหรือผู้ที่ใช้บัญชีม้าในการกระทำความผิด ไม่ได้มุ่งเน้นไปที่การลงโทษเจ้าของบัญชีม้า ความยากลำบากในการพิสูจน์ความรู้และเจตนาของเจ้าของบัญชีม้า ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเผชิญกับข้อจำกัดและความท้าทายที่ซับซ้อน ส่งผลให้เจ้าของบัญชีม้ามักรอดพ้นจากการถูกลงโทษหรือได้รับโทษน้อยเกินควร เมื่อกฎหมายไม่สามารถทำให้เจ้าของบัญชีม้าเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดได้ จึงทำให้มีการเปิดบัญชีม้าเพื่อทำการซื้อขายกันเป็นจำนวนมาก และบัญชีม้าก็ถูกนำมาใช้ในการกระทำความผิดอย่างกว้างขวาง หัวข้อย่อยได้นำนี้แบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 3 กรณี ได้แก่ (1) ตัวการในการกระทำความผิด (2) ผู้ใช้ให้กระทำความผิด และ (3) ผู้สนับสนุนการกระทำความผิด โดยเนื้อหาในแต่ละกรณีมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ตัวการในการกระทำความผิด

บทบัญญัติของตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” หลักเกณฑ์ของตัวการต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา กล่าวคือ การเปิดบัญชีม้าต้องเป็นความผิดเสียก่อน ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกันกระทำความผิดและมีเจตนาร่วมกันในขณะที่กระทำความผิด ก่อนที่พระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 จะมีผลใช้บังคับ การเปิดบัญชีม้าไม่เป็นความผิด เจ้าของบัญชีม้าจึงไม่สามารถเป็นตัวการร่วมกับคนร้ายในการกระทำความผิดได้ เพราะสิ่งที่คนร้ายกระทำความผิดคือการฉ้อโกงหรือการฉ้อโกงประชาชน มิใช่ร่วมกันเปิดบัญชีม้า และโดยทั่วไปแล้วความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของบัญชีม้ากับคนร้ายมักเป็นเพียงผู้ซื้อกับผู้ขายบัญชีม้าเท่านั้น แม้เจ้าของบัญชีควรจะทราบว่าการนำบัญชีของตนให้ผู้อื่นใช้อาจส่งผลร้ายต่อตนเองได้แต่ก็ไม่อาจทราบถึงการนำบัญชีม้าไปใช้ในการกระทำความผิดฐานใด ซึ่งคนร้ายอาจนำบัญชีม้าไปใช้ในการรับเงินจากความผิดอื่น ๆ นอกเหนือจากความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชนก็ได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับการพนันออนไลน์ ความผิดเกี่ยวกับการรับสินบน เป็นต้น เมื่อเจ้าของบัญชีม้าไม่เคยรู้จักกับคนร้ายมาก่อนและไม่ทราบว่าคนร้ายจะนำบัญชีม้าไปใช้กระทำความผิดฐานใด หากมีความผิดเหล่านี้เกิดขึ้นเจ้าของบัญชีม้าจึงไม่อาจเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดได้ เมื่อไม่ใช่ตัวการจึงไม่สามารถที่จะดำเนินคดีเจ้าของบัญชีม้าอย่างเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชนได้ ส่งผลให้เจ้าของบัญชีม้าเป็นตัวกลางสำคัญที่ทำให้การกระทำความผิดสำเร็จ คือการที่คนร้ายได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้เสียหายและพยานหลักฐานที่จะเชื่อมโยงไปถึงคนร้ายขาดตอน เช่นนี้แล้วการรับจ้างเปิดบัญชีจึงเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากเพียงแค่จูงใจด้วยค่าจ้างเปิดบัญชี หรือขายบัญชีจำนวนเงินหลักร้อยถึงหลักพันบาทก็ก่อให้เกิดอาชญากรรมที่มีความเสียหายจำนวนมากต่อประชาชนและเศรษฐกิจของประเทศ

(2) ผู้ใช้ให้กระทำความผิด

บทบัญญัติของผู้ใช้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 “ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเชื้อ จ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำความผิด ยังมิได้กระทำความผิดหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ และถ้าผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิการ ผู้ทุพพลภาพ ลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้ใช้ ผู้ที่มีฐานะยากจน หรือผู้ต้องพึ่งพาผู้ใช้เพราะเหตุป่วยเจ็บหรือไม่ว่าทางใด ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้กึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับผู้นั้น”

ผู้ใช้ต้องมีเจตนากระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ไม่ว่าจะโดยประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล แต่เมื่อพิจารณาการกระทำของเจ้าของบัญชีมาที่เปิดบัญชีให้คนร้ายนำไปใช้ในการกระทำความผิดแล้ว โดยทั่วไปไม่ใช่กรณีที่เจ้าของบัญชีเปิดบัญชีขึ้นมาแล้วก่อให้เกิดผู้อื่นนำบัญชีไปใช้รับเงินที่ได้จากการกระทำความผิด เพียงแต่เปิดบัญชีขึ้นมาเพื่อเจตนาขายหรือมอบให้คนร้ายตามที่คนร้ายต้องการโดยหวังค่าตอบแทนจากการขายหรือมอบบัญชีให้ เมื่อคนร้ายนำบัญชีมาไปใช้รับเงินของผู้เสียหายจากการกระทำความผิด เจ้าของบัญชีก็ไม่อาจเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดในความผิดนั้น ๆ ได้ เนื่องจากเจ้าของบัญชีมาไม่ได้ก่อให้เกิดคนร้ายกระทำความผิดนั้นเอง เจ้าของบัญชีมาจึงไม่มีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ในการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชน หรือในการกระทำความผิดฐานอื่นใดได้ เมื่อไม่สามารถดำเนินคดีเจ้าของบัญชีมาในฐานะผู้ใช้ในการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชนก็ไม่อาจรับโทษเสมือนตัวการได้ การดำเนินคดีกับเจ้าของบัญชีมาจึงเป็นไปได้ยาก ส่งผลให้กฎหมายไม่สามารถที่จะปกป้องสังคมได้อย่างเต็มที่ ปริมาณของการเปิดบัญชีมาได้ทวีมากขึ้น ความเสียหายยังคงเกิดขึ้นทุกวัน ทั้งนี้ หากปล่อยไว้นานวันอาจส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจย่ำแย่และอาจก่อให้เกิดอาชญากรรมอื่น ๆ ตามมา

(3) ผู้สนับสนุนการกระทำความผิด

บทบัญญัติของผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 “ผู้ใดกระทำความผิดโดยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความ

สะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วน ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น” แม้ว่าในอดีตก่อนที่พระราชกำหนด มาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 จะมีผลใช้บังคับ การกระทำ ของเจ้าของบัญชีที่เปิดบัญชีให้กับคนร้ายถือได้ว่าเป็นการกระทำด้วยประการ ใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่คนร้ายจะนำบัญชีนั้นไปใช้รับเงิน ของผู้เสียหายและเพื่อตัดตอนพยานหลักฐานที่จะสืบสาวไปถึงตัวคนร้าย แต่ก็ต้องเป็นกรณี ที่คนร้ายได้ลงมือกระทำความผิดนั้น ๆ เสียก่อน หากคนร้ายซื้อบัญชีมาจากเจ้าของบัญชีไป จริง แต่ยังมีได้นำไปรับเงินที่ได้จากการกระทำความผิด เจ้าของบัญชีก็ไม่อาจเป็น ผู้สนับสนุนได้ ต้องรอให้มีการกระทำความผิดและความเสียหายเกิดขึ้นเสียก่อน หากพบ เจอเจ้าของบัญชีประกาศขายบัญชี หรือพบเจอผู้ประกาศรับซื้อบัญชีตามสื่อสังคมออนไลน์ ก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการตามกฎหมายกับบุคคลเหล่านี้ได้ ส่งผลให้การก่ออาชญากรรม เพิ่มขึ้นและรอแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ ทั้งที่สามารถป้องกันยับยั้งได้ทันทีเมื่อพบต้นเหตุที่ จะนำไปสู่การกระทำความผิดอื่น แต่เนื่องจากในอดีตไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดของผู้ซื้อ บัญชี ผู้มอบให้ หรือผู้เป็นธุระจัดหาบัญชีมาไว้เป็นความผิดเฉพาะ จึงเกิดความเสียหายต่อ ประชาชนและเศรษฐกิจอย่างมาก

4.2 ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของบัญชีม้าในปัจจุบัน: บทบัญญัติและการ กระทำกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท

เนื่องจากในอดีตเจ้าของบัญชีม้าจะมีความผิดฐานสนับสนุนการฉ้อโกงหรือ สนับสนุนการฉ้อโกงประชาชนก็ต่อเมื่อมีผู้เสียหายเกิดขึ้นและการกระทำความผิดประกอบ ของความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชน แล้วแต่กรณี²⁴ เจ้าของบัญชีม้าที่ผู้เสียหาย โอนเงินไปมักจะตกเป็นผู้ต้องหาคนแรกและผู้เสียหายจะดำเนินคดี เพราะเป็นที่แน่ชัดว่าได้ โอนเงินให้กับบัญชีม้างกล่าว ทำให้พยานหลักฐานที่แน่นอนที่สุดที่ปรากฏให้ตรวจสอบ อันดับแรกก็คือบัญชีม้าที่ผู้เสียหายโอนเงินไป ดังนั้น เจ้าของบัญชีม้างจึงมักตกเป็นผู้ต้องหา

²⁴ รวมถึงมีความผิดฐานฟอกเงินในกรณีที่การกระทำความผิดประกอบของความผิดฐานฟอก เงินตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ด้วย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ สอดคล้องกับเนื้อหาในหัวข้อที่ 4.1 บทความนี้ขอกล่าวถึงเฉพาะความผิดฐานสนับสนุนการฉ้อโกงและ สนับสนุนการฉ้อโกงประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น

ในความผิดฐานฉ้อโกง หรือฐานสนับสนุนการฉ้อโกง บทใดบทหนึ่ง แล้วแต่กรณี ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายบทเดียว

ในปัจจุบันเมื่อมีการบัญญัติความรับผิดทางอาญาของเจ้าของบัญชีมาไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ผลทางกฎหมายย่อมแตกต่างไปจากเดิม หากปรากฏข้อมูลจากธนาคารว่าเจ้าของบัญชีมีการเปิดบัญชีตั้งแต่วันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2566 ซึ่งเป็นวันที่พระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 มีผลใช้บังคับ จะมีความผิดฐานเป็นเจ้าของบัญชีมา โดยแยกออกเป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่หนึ่ง มีการเปิดบัญชีมาแต่บัญชียังมิได้ถูกนำไปใช้ในการกระทำความผิดใด ๆ กรณีนี้หากตรวจสอบพบมีความเสี่ยงที่จะนำบัญชีไปขาย อย่างเช่น มีการเปิดบัญชีจำนวนมากโดยไม่มีความเกี่ยวข้องในทางธุรกิจ หรือมีการประกาศขายบัญชี เจ้าของบัญชีจะถูกดำเนินคดีในความผิดฐานเป็นเจ้าของบัญชีมา ตามมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายบทเดียว

กรณีที่สอง มีการเปิดบัญชีมาและบัญชีถูกนำไปใช้รับเงินที่ได้จากการกระทำความผิด กรณีนี้เจ้าของบัญชีมีความผิดฐานเป็นเจ้าของบัญชีมา ตามมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 ทั้งนี้เมื่อบัญชีถูกนำไปใช้รับเงินที่ได้จากการฉ้อโกง ก็มีความผิดฐานสนับสนุนการฉ้อโกงตามมาตรา 341 ประกอบกับมาตรา 86 หรือมีความผิดฐานสนับสนุนการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แล้วแต่กรณี อีกบทหนึ่ง ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท²⁵ จึง

²⁵ มีข้อสังเกตว่า เหตุที่ถือเป็นการกระทำความผิดเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ไม่ใช่การกระทำความผิดหลายกรรมต่างกัน เนื่องจากลักษณะการกระทำของเจ้าของบัญชีมา อันได้แก่การเปิดบัญชีมาและบัญชีมาถูกนำไปใช้รับเงินที่ได้จากการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำที่เจ้าของบัญชีมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลเดียวคือช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนหรือขณะที่ผู้อื่นกระทำความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชนครั้งเดียว (โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 579/2549 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 47/2566 เทียบเคียง)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 579/2549 “การกระทำความผิดฐานหลอกลวงหรือฉ้อโกงผู้เสียหาย ทั้งสิบและประชาชน โดยสภาพแห่งการกระทำเป็นการกระทำต่อบุคคลหลายคนซึ่งอาจกระทำต่อบุคคล เหล่านั้นต่างวาระกันได้ แต่ที่จะเป็นความผิดกรรมเดียวหรือหลายกรรมสำหรับความผิดฐานนี้ย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำที่มีเจตนามุ่งกระทำเพื่อให้เกิดผลต่อผู้เสียหายหรือประชาชนเพียงครั้งเดียว หรือหลายครั้ง มิได้พิจารณาจากจำนวนของผู้เสียหายหรือประชาชนที่ถูกหลอกลวงแต่ละคนเพียงอย่าง เดียว เมื่อข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยทั้งสองหลอกลวงผู้ยืมเงินผู้เสียหายทั้งสิบเป็นคนละวันเวลาและใน สถานที่ต่างกัน จะถือว่าจำเลยทั้งสองกระทำความผิด 10 กระทง หาได้ไม่ แต่การที่จำเลยทั้งสอง หลอกลวงผู้ยืมเงินผู้เสียหายที่ 1 ที่ 4 ที่ 6 และที่ 7 กลุ่มหนึ่ง จากนั้นได้แบ่งแยกหน้าที่กันทำในลักษณะ เดียวกันโดยจำเลยที่ 1 หลอกลวงผู้ยืมเงินผู้เสียหายที่ 2 ที่ 5 และนาง ม. กลุ่มหนึ่ง และจำเลยที่ 2 หลอกลวงผู้ยืมเงินผู้เสียหายที่ 3 ที่ 8 ที่ 9 ที่ 10 นาย ล. นางสาว ข. และนาย ข. อีกกลุ่มหนึ่ง เห็นได้ชัด ว่าจำเลยทั้งสองได้กระทำการหลอกลวงผู้เสียหายและประชาชนต่างกลุ่มต่างเวลาและสถานที่กันโดย เจตนาให้เกิดผลต่อผู้เสียหายและประชาชนแต่ละกลุ่มแยกต่างหากจากกัน การกระทำของจำเลยทั้งสอง จึงเป็นความผิดหลายกรรม รวม 3 กระทง”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 47/2566 “การกระทำความผิดฐานฉ้อโกงประชาชนตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 343 วรรคแรก จะเป็นความผิดกรรมเดียวหรือหลายกรรมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำความผิดประสงค์ต่อผลในการหลอกลวงครั้งเดียวหรือหลายครั้ง เมื่อคดีนี้ไม่มีการสืบพยานจึง ต้องฟังข้อเท็จจริงตามที่โจทก์บรรยายมาในฟ้องว่าจำเลยกับพวกร่วมกันแสดงข้อความอันเป็นเท็จแก่ ประชาชนทั่วไปทางแอปพลิเคชันเฟซบุ๊กซึ่งเปิดเป็นสาธารณะชักชวนบุคคลทั่วไปให้โอนเงินมาลงทุนกับ จำเลยและพวก และหลอกลวงผู้เสียหายให้หลงเชื่อว่าจะได้รับผลตอบแทนเป็นเงินจำนวนมาก เป็นเหตุ ให้ผู้เสียหายหลงเชื่อโอนเงินให้จำเลยหลายครั้งตามวันเวลาที่โจทก์แยกบรรยายฟ้อง ซึ่งในแต่ละข้อที่ โจทก์แยกบรรยายมานั้นมีข้อความทำนองเดียวกันว่า ผู้เสียหายหลงเชื่อจากการหลอกลวงของจำเลยกับ พวกดังกล่าวและโอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากธนาคารของจำเลยกับพวก แม้การโอนเงินของผู้เสียหาย ดังกล่าวจะกระทำหลายคราว แต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในภายหลังอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการ หลอกลวงในครั้งแรก ซึ่งไม่ปรากฏตามฟ้องว่าจำเลยกับพวกได้กล่าวข้อความหลอกลวงใด ๆ ขึ้นใหม่ จึง ต้องฟังว่าจำเลยกับพวกหลอกลวงผู้เสียหายเพียงครั้งเดียวโดยมีเจตนาเดียวเพื่อให้ได้เงินจากผู้เสียหาย ถึงจะต่างวาระกันก็เป็นความผิดกรรมเดียวกัน”

ต้องใช้กฎหมายบทที่มีอัตราโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90²⁶ ประกอบกับมาตรา 17²⁷ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

5. บทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับบัญชีม้า

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นของบทความนี้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 มีลักษณะเป็น “การบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย” กอปรกับเป็นกฎหมายใหม่ ซึ่งรัฐเลือกที่จะตราเป็นกฎหมายพิเศษคือ พระราชกำหนดฉบับนี้ ไม่ได้เลือกที่จะแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายอาญาหลักของประเทศ ฉะนั้นหัวข้อนี้จึงได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมทั้งในเชิงเนื้อหาและในเชิงรูปแบบ กล่าวคือในเชิงเนื้อหาได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัตินี้ดังกล่าวขึ้นมา และในเชิงรูปแบบได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการที่รัฐเลือกที่จะตราบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในพระราชกำหนดฉบับนี้ แบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 2 หัวข้อย่อย ได้แก่

- 5.1 ความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะ และ
- 5.2 ความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 โดยเนื้อหาในแต่ละหัวข้อย่อยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 ความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะ

การวิเคราะห์ว่า การที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะมีความเหมาะสมหรือไม่นั้น เมื่อนำองค์ความรู้ในหัวข้อที่ 2 ถึงหัวข้อที่ 4 โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวข้อที่ 3 หลักการเกี่ยวกับการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย มาใช้เป็นฐานในการพิจารณาแล้ว สามารถแบ่งการวิเคราะห์นี้ออกเป็น 4 กรณี ได้แก่ (1) บัญชี

²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 “เมื่อการกระทำใดอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบทให้ใช้กฎหมายบทที่มีอัตราโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด”

²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17 “บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ให้ใช้ ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

ถ้ามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตรายขึ้นในอนาคตหรือไม่ (2) บัญชีม้ามีลักษณะที่น่าตำหนิหรือไม่ (3) บัญชีม้าจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวมหรือไม่ และ (4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับบัญชีม้าคือมาตรการสุดท้ายหรือไม่ โดยแต่ละกรณีมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) บัญชีม้ามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตรายขึ้นในอนาคตหรือไม่

เมื่อบัญชีม้าไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ จึงเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย (Gap in the Law) เนื่องจากความผิดฐานฉ้อโกงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันอาศัยเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารกับผู้เสียหายโดยไม่จำเป็นต้องพบเจอหน้ากัน สามารถที่จะแอบอ้างเป็นใครก็ได้ในสื่อสังคมออนไลน์และการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินก็ใช้วิธีการโอนเงินผ่านการทำธุรกรรมทางธนาคารโดยมีบัญชีม้าเป็นตัวกลางรับเงินของผู้เสียหายส่งต่อให้กับคนร้าย ซึ่งต่างจากการฉ้อโกงในอดีตที่การหลอกลวงมักต้องพบเจอพูดคุยจนทำให้หลงเชื่อและส่งมอบทรัพย์สินผ่านมือระหว่างผู้เสียหายกับคนร้าย บัญชีม้าจึงเป็นตัวกลางสำคัญในความผิดฐานฉ้อโกงในปัจจุบัน แต่ไม่มีกฎหมายที่จะดำเนินคดีกับเจ้าของบัญชีม้าได้เลยแม้ว่าจะพบเห็นการประกาศซื้อขายบัญชีม้าจำนวนมากในสื่อสังคมออนไลน์ หากตรวจสอบและทำการสืบสวนสอบสวนทางเทคโนโลยีก็จะสามารถรู้ตัวผู้ลงข้อความหรือรูปภาพบนเว็บไซต์ (กระดานทางอินเทอร์เน็ต) โดยสอบถามข้อมูลจากผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์เพื่อให้ได้หมายเลขประจำเครื่องคอมพิวเตอร์ (IP Address: Internet Protocol Address) แต่ละเครื่อง ในระบบเครือข่ายสามารถบอกได้ว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ตั้งอยู่ที่ใดโดยแต่ละหมายเลขจะไม่ซ้ำกันอาจใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการลงข้อความประกาศขายบัญชีม้าในสื่อสังคมออนไลน์ได้ หรืออาจทำการล่อซื้อบัญชีม้าที่ประกาศขายได้ ขึ้นอยู่กับกระบวนการสืบสวนสอบสวน แต่เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน มอบให้ซึ่งบัญชีม้าเป็นความผิด การสืบสวนสอบสวนดังที่กล่าวมาก็ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใด ผู้ที่เล็งเห็นผลประโยชน์จากการไม่มีกฎหมายบัญญัติให้บัญชีม้าเป็นความผิดโดยเฉพาะก็อาศัยโอกาสนี้กระทำความผิดฐานฉ้อโกง ทั้งที่สามารถป้องกันตั้งแต่มีก่อนเกิดเหตุได้ทั้งมาตรการเข้มงวดในการเปิดบัญชี และการดำเนินคดีเจ้าของบัญชีที่นำมาบัญชีมาประกาศขายเป็นบัญชีม้า แม้ยังไม่มีผู้ซื้อหรือยังไม่ได้นำบัญชีม้าไปใช้ในการกระทำความผิด ถ้าหากปล่อยให้บัญชีม้าไปถึงมือของคนร้ายก็ไม่อาจควบคุมความเสียหายหรือ

เยียวความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้บัญชีม้าจึงมีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นในอนาคต

(2) บัญชีม้ามีลักษณะที่น่าตำหนิหรือไม่

ประชาชนเปิดบัญชีธนาคารรวมถึงบัตรเครดิตหรือสินเชื่อของธนาคารก็เพื่อทำธุรกรรมทางการเงิน เมื่อเข้าเงื่อนไขธนาคารก็จะสร้างบัญชีให้แก่ผู้ที่ยื่นคำร้องขอเปิดบัญชี โดยอาศัยข้อมูลของผู้ยื่นเองและอนุญาตแต่เพียงเจ้าของบัญชีเท่านั้นที่จะเข้าถึงข้อมูลต่างๆ ของบัญชีธนาคารของตนเองได้ บัญชีธนาคารสามารถแสดงให้ผู้อื่นทราบเพียงแต่ชื่อธนาคาร ชื่อบัญชี และเลขหมายบัญชีเท่านั้น เพื่อใช้สำหรับรับโอนเงินหรือตรวจสอบการโอนเงิน ข้อมูลอื่นอยู่ในชั้นความลับ เช่น รหัสบัตรเครดิตเงินสด รหัสเข้าถึงแอปพลิเคชันธนาคาร รหัสเหล่านี้ควรมีเพียงแค่เจ้าของบัญชีที่ทราบและใช้สำหรับการทำธุรกรรมทางการเงินของบัญชีธนาคารตนเองเท่านั้น การเปิดบัญชีเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะขายหรือมอบให้ผู้อื่นใช้โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่นหรือประชาชน โดยจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ก็ตามเป็นการกระทำที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวไม่คำนึงถึงผลกระทบที่จะตามมา ทั้งยังเป็นพฤติกรรมเลียนแบบเมื่อมีเจ้าของบัญชีม้าที่ขายบัญชีแล้วได้เงินอย่างง่ายดายก็จะเกิดการกระทำซ้ำและมีการบอกต่อขยายวงกว้างออกไป ทำให้มีเจ้าของบัญชีที่เปิดบัญชีเพื่อใช้เป็นบัญชีม้าจำนวนมาก ส่งผลให้คนร้ายใช้ประโยชน์จากบัญชีม้าเหล่านี้ในการรับเงินของผู้เสียหายที่ได้จากการฉ้อโกง ด้วยเหตุนี้บัญชีม้าจึงมีลักษณะที่น่าตำหนิ

(3) บัญชีม้าจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวมหรือไม่

การเปิดบัญชีธนาคารโดยมีเจตนาที่จะไม่ได้ใช้เพื่อธุรกรรมทางการเงินของตนเองหรือแม้แต่ตอนแรกเปิดบัญชีธนาคารขึ้นมาเพื่อที่จะใช้สำหรับธุรกรรมทางการเงินของตนเองแต่ภายหลังกลับนำบัญชีของตนเองไปให้ผู้อื่นใช้ ไม่ว่าจะกรณีใดและไม่ว่าเจ้าของบัญชีธนาคารจะทราบหรือไม่ว่าผู้ที่รับมอบบัญชีธนาคารของตนจะนำไปใช้กระทำความผิด ก็เป็นเรื่องที่ไม่สมควรที่จะมอบบัญชีธนาคารของตนเองให้ผู้อื่นใช้เป็นช่องทางการผ่านของเงิน เพราะทุกคนมีสิทธิที่จะเปิดบัญชีธนาคารได้ด้วยตนเอง แต่ละคนมีหลายเหตุผลที่ไม่ใช้บัญชีของตนเองในการทำธุรกรรมทางการเงิน เช่น ภาษี ต้องการหลบเลี่ยงการตรวจสอบเส้นทางการเงิน เพราะไม่ต้องการเสียภาษีหรือเงินที่ได้มาอาจได้มาอย่างผิดกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันการฉ้อโกงกระทำโดยใช้สื่อสังคมออนไลน์ในการพูดคุยหลอกลวงผู้เสียหายจนทำให้

ผู้เสียหายหลงเชื่อและโอนเงินผ่านบัญชีธนาคารไปยังบัญชีม้าตามที่คนร้ายแจ้งให้โอน ซึ่งคนร้ายจะไม่ใช่บัญชีที่เป็นชื่อของคนร้ายเองแต่อาศัยบัญชีม้าในการรับเงินและถ่ายโอนเงินด้วยเหตุปัจจัยการใช้อินเทอร์เน็ตของคนไทยคนร้ายจึงเห็นโอกาสในการหลอกลวง โดยคนไทยใช้อินเทอร์เน็ตกว่า 61.21 ล้านคน คิดเป็นร้อยละ 85.3 ของประชากรทั้งประเทศ (71.75 ล้านคน) ข้อมูล ณ เดือนมกราคม พ.ศ. 2566 เพิ่มขึ้นร้อยละ 0.2 จากตัวเลขในปี พ.ศ. 2565 แบ่งเป็นผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ในไทย 52.25 ล้านคน คิดเป็นร้อยละ 72.8 ของประชากรทั้งหมด แบ่งเป็นสื่อสังคมออนไลน์ประเภทเฟซบุ๊ก (Facebook) ที่มีจำนวนผู้ใช้งานมากที่สุดเป็นอันดับ 1 มีคนไทยกว่า 48.10 ล้านคน และมีอัตราการเข้าถึงโฆษณาบนแพลตฟอร์ม (Ad Reach) คิดเป็นร้อยละ 67.0 ของประชากรทั้งประเทศ รองลงมาคือไลน์ (Line) ด้วยอัตราที่ใกล้เคียงกันมาก ตามด้วยเฟซบุ๊กแมสเซนเจอร์ (Facebook Messenger) ติกต็อก (Tiktok) และอินสตาแกรม (Instagram) จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นทำให้ทราบว่าคนไทยใช้อินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมากและชั่วโมงการใช้โดยเฉลี่ยคือ 8 ชั่วโมง 6 นาทีต่อวัน โดยประมาณ 5 ชั่วโมงอยู่บนสมาร์ทโฟน และ 3 ชั่วโมงอยู่บนคอมพิวเตอร์หรือแท็บเล็ต²⁸ พฤติกรรมการใช้อินเทอร์เน็ตของคนไทยและสถานการณ์บ้านเมืองที่สงบจึงทำให้คนร้ายเล็งเห็นช่องทางการแสวงหาผลประโยชน์ในทางที่ผิดกฎหมายทำให้เกิดการฉ้อโกงที่ใช้การพูดคุยหลอกลวงผ่านสื่อสังคมออนไลน์บนโลกอินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมากและไม่มีที่ท่าว่าจะลดลง จากที่กล่าวมาข้างต้นหากคนร้ายใช้สื่อสังคมออนไลน์พูดคุยหลอกลวงผู้เสียหายก็ทำได้แค่คำพูดหลอกลวงแต่ก็ยังไม่สามารถสร้างความเสียหายที่แท้จริงได้ แต่การมีอยู่ของบัญชีม้าคือสิ่งสำคัญที่ทำให้การฉ้อโกงสำเร็จ เพราะเมื่อใดก็ตามที่ผู้เสียหายหลงเชื่อพร้อมทั้งโอนเงินให้แก่คนร้ายไปยังบัญชีม้า เงินในบัญชีม้าก็จะถูกถ่ายโอนต่อไปยังบัญชีม้าแถวที่ 2 ต่อไปเรื่อย ๆ อย่างรวดเร็วภายใน 1 นาที อย่างช้าไม่เกิน 2 ชั่วโมง จากนั้นเงินจะถูกกดถอน แลกเปลี่ยนเป็นเงินสดดิจิทัล หรือแลกเปลี่ยนเป็นเงินสดต่างประเทศ ขั้นตอนเหล่านี้สามารถใช้เวลาไม่กี่ชั่วโมง แต่กว่าที่ผู้เสียหายจะรู้ตัวและแจ้งความอายัดบัญชีม้าก็ไม่มีเงินเหลือในบัญชีม้าให้อายัดแล้วและยากที่จะสืบสาวไปถึงตัวการใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังการฉ้อโกงแต่ละครั้ง ซึ่งกรณีเหล่านี้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากในประเทศ

²⁸ Simon Kemp, **Digital 2023: Thailand** [Online], 15 November 2023. Source: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-thailand>

ไทย ตามสถิติการรับแจ้งความออนไลน์ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตั้งแต่เปิดระบบแจ้งความออนไลน์ 1 มีนาคม พ.ศ. 2565 จนถึงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2566 มีสถิติการแจ้งความออนไลน์จำนวน 150,864 เรื่อง มูลค่าความเสียหายกว่าร้อยล้านบาท²⁹ จะเห็นได้ว่ารูปแบบอาชญากรรมดังกล่าวมีปัจจัยสำคัญคือบัญชีม้า หากสามารถที่จะตัดช่องทางการเปิดบัญชีม้าคดีฉ้อโกงก็จะลดลงไปทันที เพราะการควบคุมพฤติกรรมของคนร้ายไม่ให้กระทำความผิดเป็นเหตุปัจเจกบุคคลที่ไม่สามารถควบคุมได้อย่างแท้จริง ครั้นจะจำกัดช่องทางการใช้สื่อสังคมออนไลน์ก็เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนไทยมากเกินไป สมควร ทั้งประโยชน์ที่ได้รับจากสื่อสังคมออนไลน์ก็มีหลายด้านมีความจำเป็นมากกว่าการถูกจำกัด หรือจะประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนถูกหลอกลวงก็ขึ้นอยู่กับความรู้และความเข้าใจรูปแบบการหลอกลวงของแต่ละบุคคลว่ามีความเข้าใจมากน้อยเพียงใด แต่สิ่งที่สามารถป้องกันได้ก่อนที่จะมีการก่ออาชญากรรมรูปแบบนี้ก็คือบัญชีม้า ถ้าไม่มีบัญชีม้าวงจรการฉ้อโกงก็จะยุติลงทันที เพราะคนร้ายไม่มีช่องทางการรับเงินของผู้เสียหายที่สะดวก รวดเร็วและปิดบังตัวตนได้

ด้วยเหตุนี้บัญชีม้าจึงเป็นตัวกลางสำคัญที่นำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวม หากไม่มีมาตรการป้องกันยับยั้งตั้งแต่ก่อนเกิดเหตุเมื่อเกิดเหตุขึ้นก็ยากที่จะติดตามกลุ่มคนร้ายที่อยู่เบื้องหลังการฉ้อโกงเพราะส่วนใหญ่แล้วเส้นทางการเงินและแหล่งกบดานจะอยู่ต่างประเทศ เมื่อคนร้ายไม่เคยถูกจับได้ก็ยังคงลอยนวลและก่อเหตุเช่นนี้ซ้ำ ๆ เรื่อยไป ประกอบกับบัญชีม้าในประเทศไทยยังคงเปิดได้อย่างง่ายดาย ไม่มีมาตรการป้องกันที่เข้มงวดทำให้ยังคงมีการซื้อขายหรือมอบบัญชีม้าให้คนร้ายใช้สร้างความเสียหายให้กับคนไทย ผลกระทบที่เกิดจากการใช้บัญชีม้านอกจากคนร้ายได้รับประโยชน์แล้ว สุดท้ายผู้ที่ต้องรับผลของการกระทำก็หนีไม่พ้นเจ้าของบัญชีม้าที่จะต้องถูกดำเนินคดี บัญชีม้านอกจากก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นแล้วยังสร้างความเดือดร้อนแก่เจ้าของบัญชีม้าและครอบครัว รวมตลอดถึงเศรษฐกิจของประเทศ และเป็นต้นเหตุของหลายคดีที่มีการฆ่าตัวตายเพราะผู้เสียหายสูญเสียเงินที่สำคัญสำหรับผู้เสียหายไปหมด ไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เสียเงินเก็บ

²⁹ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, คณะทำงานสร้างเสริมภูมิคุ้มกันภัยอาชญากรรมทางเทคโนโลยี สำนักงานตำรวจแห่งชาติ [ออนไลน์], 15 พฤศจิกายน 2566. แหล่งที่มา: <https://24hicarecenter.com/cybervaccinated>

มาทั้งชีวิตหรือเงินจำนวนหนึ่งก็ตาม นอกจากนี้เมื่อคนสิ้นเนื้อประดาตัวก็อาจหลงผิด กระทำสิ่งที่ผิดกฎหมาย เพื่อให้ตนมีกินมีใช้ชดเชยเงินที่สูญเสียไป และอาจนำไปสู่การก่อ อาชญากรรมรูปแบบอื่น ๆ ต่อไป

(4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับบัญชีม้าคือมาตรการสุดท้ายหรือไม่

การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำใด ๆ ควรเป็นมาตรการสุดท้าย เนื่องจากโทษในทางอาญานั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย สิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชนโดยตรง³⁰ จึงเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือของรัฐในการควบคุม ความประพฤติและมีการลงโทษหากมีการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมาย กล่าวอีก นัยหนึ่งคือ ควรเป็นการกระทำที่ร้ายแรง เมื่อพิจารณาถึงการกระทำของบัญชีม้าพบว่าก่อน หน้าที่จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปราม อาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 ไม่มีมาตรการใด ๆ ควบคุมการเปิดบัญชีม้าได้ หรือหากจะกำหนดมาตรการอื่นเพื่อป้องกันการเปิดบัญชีม้า อย่างเช่น การระงับบัญชีที่ได้ กระทำความผิดและบัญชีอื่นที่เปิดด้วยเลขบัตรประจำตัวประชาชนของบุคคลคนเดียวกัน เป็นระยะเวลา 3 ปี รัฐก็ไม่สามารถจำกัดช่องทางการเปิดบัญชีอื่นที่ไม่ได้ใช้ในการกระทำ ความผิดได้ตลอด หรือแม้จะเป็นมาตรการลงโทษทางปกครอง เช่น การระงับการจ่ายเงิน สวัสดิการแห่งรัฐ ก็จะเป็นการตัดการได้รับเงิน ผู้ที่ถูกตัดการได้รับเงินก็ขายบัญชีเพื่อให้ได้ เงินแทน หรือจะเป็นการปรับทางแพ่งก็ไม่ได้แก้ปัญหาได้อย่างแท้จริง ต้นเหตุของการเปิด บัญชีม้าส่วนใหญ่มาจากการที่เจ้าของบัญชีนำบัญชีของตนเองให้ผู้อื่นใช้ มักเกิดขึ้นกับคนที่ มีรายได้น้อย เมื่อการขายบัญชีหรือเป็นคนกลางให้ยืมบัญชีเพื่อให้เงินผ่านบัญชีตนจะทำให้ ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงิน เมื่อเปรียบเทียบสิ่งที่ต้องทำคือการเปิดบัญชีกับสิ่งที่ได้มาคือเงิน จากการขายบัญชินับว่าเป็นการหารายได้อีกทางที่คุ้มค่า ซึ่งเงินจำนวนที่เจ้าของบัญชีได้รับ สามารถใช้ดำรงชีวิตได้ ด้วยความที่ไม่รู้และไม่ได้คิดให้รอบด้านว่าจะเกิดผลร้ายใด ๆ ตามมาสำหรับตนเองและผู้อื่นหรือไม่ ทำให้ขายบัญชีหรือมอบบัญชีของตนให้แก่ผู้อื่น จึง เป็นปัญหาซึ่งเป็นไปได้ยากในการแก้ไขและควบคุม ด้วยเหตุนี้การบัญญัติความรับผิดทาง

³⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 3.

อาญาสำหรับบัญชีม้าจึงเป็นมาตรการสุดท้าย แม้ว่าจะมีมาตรการอื่นใดนอกเหนือจาก มาตรการทางอาญาก็ตาม แต่มาตรการอื่นเหล่านั้นไม่สามารถควบคุมบัญชีม้าได้อย่างมี ประสิทธิภาพและมีประสิทธิภาพ

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในหัวข้อย่อยที่ 5.1 นี้จึงสรุปความได้ว่า (1) บัญชีม้ามีความ เป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นในอนาคต (2) บัญชีม้ามีลักษณะที่น่าตำหนิ (3) บัญชี ม้าจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวม และ (4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับบัญชี ม้าคือมาตรการสุดท้าย ดังนั้น ในทรรศนะของผู้เขียนการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชี ม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะจึงนับว่ามีความเหมาะสมแล้ว ก่อให้เกิดประโยชน์ตามมาคือ การ ลดลงของปริมาณการเปิดบัญชีเพิ่มในอนาคตเพราะเมื่อประชาชนทราบแล้วว่าการเปิด บัญชีแล้วนำบัญชีไปให้ผู้อื่นใช้หรือนำไปขายเป็นความผิดอาจได้รับโทษจำคุกหรือโทษปรับ ได้ บุคคลที่คิดจะเปิดบัญชีก็จะไม่เปิดบัญชี บุคคลที่เปิดบัญชีแล้วแต่ยังไม่ได้มีการนำบัญชี ไปใช้ในการกระทำความผิดก็จะดำเนินการปิดบัญชี ส่วนบัญชีม้าที่ลงประกาศขายหรือ เจ้าหน้าที่ตำรวจพบว่าเป็นบัญชีเสี่ยงก็จะถูกดำเนินคดีทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีความเสียหาย เกิดขึ้นเสียก่อน

5.2 ความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราช กำนตมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566

โดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าสามารถที่จะแก้ไขเพิ่มเติมในประมวล กฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิด ลักษณะ 7 ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง หมวด 4 ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ แต่การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมหรือออก กฎหมายใหม่ในรูปแบบ “พระราชบัญญัติ” ในแต่ละครั้งนั้นต้องใช้เวลายาวนาน โดย ในการออกพระราชบัญญัติแต่ละฉบับจะต้องผ่านกระบวนการ 3 ส่วนหลัก ได้แก่ (1) กระบวนการก่อนการเข้าสู่สภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นกระบวนการเกี่ยวกับการเสนอร่าง พระราชบัญญัติ (2) กระบวนการภายในสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเกี่ยวกับการพิจารณาในสภา ผู้แทนราษฎรทั้งสิ้น 3 วาระ (แบ่งเป็นวาระรับหลักการ วาระพิจารณารายมาตรา และวาระ ลงมติทั้งฉบับ) และ (3) กระบวนการหลังสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นกระบวนการที่วุฒิสภา

จะพิจารณาและประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป³¹ ทั้งนี้ กระบวนการออกกฎหมายที่ดีนั้น ปฏิเสธไม่ได้ว่าจะต้องมีประสิทธิภาพและมีความรวดเร็ว เนื่องจากการออกกฎหมายจะต้องตอบสนองต่อสถานการณ์โลกที่เปลี่ยนแปลงไป และแก้ไขปัญหาของประเทศได้อย่างรวดเร็วเพียงพอ เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนของประชาชน การที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะโดยบัญญัติไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้ว เพราะด้วยสถานการณ์และความรวดเร็วของเทคโนโลยีในช่วงเวลานั้น (พ.ศ. 2566) เป็นกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะในรูปแบบ “พระราชกำหนด” เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยของสาธารณะ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ

ตารางแสดงความเหมาะสมในการที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566

หัวข้อ	การที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566	หากรัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในประมวลกฎหมายอาญา
ระยะเวลาที่ใช้ในการตราบทบัญญัติ	รวดเร็ว	ยาวนาน
การระบุรายละเอียดของบทบัญญัติ	ด้วยลักษณะของการเป็นกฎหมายพิเศษหรือการเป็น	ด้วยลักษณะของการเป็นกฎหมายอาญาหลักของ

³¹ ฉันทธรณ์ โรจน์มัทมงคล, กฎหมายออกก็โง่ง?: ข้าหละความล่าช้าในการออกกฎหมาย และข้อเสนออัปสปีดสภาไทย [ออนไลน์], 6 มกราคม 2567. แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/legislative-process-inefficiency/>

หัวข้อ	การที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566	หากรัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในประมวลกฎหมายอาญา
	กฎหมายเฉพาะจึงสามารถระบุรายละเอียดของบทบัญญัติได้มาก	ประเทศจึงเป็นการไม่เหมาะสมหากระบุรายละเอียดของบทบัญญัติมากเกินไป
การรับรู้บทบัญญัติของประชาชนในสังคม	การเป็นกฎหมายพิเศษหรือการเป็นกฎหมายเฉพาะช่วยสร้างการรับรู้บทบัญญัติของประชาชนในสังคมได้เป็นอย่างดี	การเป็นกฎหมายอาญาหลักของประเทศอาจสร้างการรับรู้บทบัญญัติของประชาชนในสังคมได้ไม่ดีเท่าที่ควร
ความสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน	ด้วยลักษณะของการเป็นกฎหมายพิเศษหรือการเป็นกฎหมายเฉพาะจึงสามารถสร้างหลักและข้อยกเว้นเกี่ยวกับบัญชีม้าได้สะดวกส่งผลให้บทบัญญัติมีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน	ด้วยลักษณะของการเป็นกฎหมายอาญาหลักของประเทศที่รวบรวมความผิดทางอาญามากมายหลายฐานเข้าไว้ด้วยกัน การที่จะสร้างหลักและ/หรือข้อยกเว้นเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะนั้นย่อมไม่สะดวกจึงอาจส่งผลให้บทบัญญัติมีความไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันได้

6. บทสรุป

มนุษย์ในสังคมต้องการความปลอดภัยจากการประกอบอาชญากรรมและรัฐมีหน้าที่ป้องกันอาชญากรรมเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นในสังคม โดยวิธีการหนึ่งของรัฐในการป้องกันอาชญากรรมคือ “การบัญญัติความรับผิดทางอาญาเพื่อป้องกันความเสียหาย” ซึ่งมีหลักการสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ (1) การกระทำนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตรายขึ้นในอนาคต (2) การกระทำนั้นมีลักษณะที่น่าตำหนิ (3) การกระทำนั้นจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวม และ (4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำนั้นคือมาตรการสุดท้าย จากการวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับบัญชีม้า ผู้เขียนมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ประการ **ประการที่หนึ่ง** การที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะมีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจาก (1) บัญชีม้ามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตรายขึ้นในอนาคต (2) บัญชีม้ามีลักษณะที่น่าตำหนิ (3) บัญชีม้าจะนำไปสู่ภัยอันตรายต่อส่วนรวม และ (4) การบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับบัญชีม้าคือมาตรการสุดท้าย ก่อให้เกิดประโยชน์ตามมาคือ การลดลงของปริมาณการเปิดบัญชีเพิ่มในอนาคตเพราะเมื่อประชาชนทราบแล้วว่าการเปิดบัญชีแล้วนำบัญชีไปให้ผู้อื่นใช้หรือนำไปขายเป็นความผิดอาจได้รับโทษจำคุกหรือโทษปรับได้ บุคคลที่คิดจะเปิดบัญชีก็จะไม่เปิดบัญชี บุคคลที่เปิดบัญชีแล้วแต่ยังไม่ได้มีการนำบัญชีไปใช้ในการกระทำความผิดก็จะดำเนินการปิดบัญชี ส่วนบัญชีม้าที่ลงประกาศขายหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจพบว่าเป็นบัญชีเสี่ยงก็จะถูกดำเนินคดีทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีความเสียหายเกิดขึ้นเสียก่อน

และประการที่สอง การที่รัฐตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าไว้ในพระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 มีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากสถานการณ์และความรวดเร็วของเทคโนโลยีในช่วงเวลานั้น (พ.ศ. 2566) เป็นกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องตราบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีม้าขึ้นมาเป็นการเฉพาะในรูปแบบ “พระราชกำหนด” เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยของสาธารณะ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ

รายการอ้างอิง

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562).
- ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วุฒิ, **ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสารกระทำผิด**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 48 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2562).
- ธันยธรณ์ โรจน์มงามงคล, **กฎหมายออกกัโฆง?: ชำแหละความล่าช้าในการออกกฎหมายและข้อเสนออัปสปีดสภาไทย** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/legislative-process-inefficiency/>
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2563).
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **โทษจำคุก: แนวคิด ความหมาย ประเภท ทฤษฎี และข้อสังเกตบางประการว่าด้วยการปรับใช้ทฤษฎี** ใน หนังสือรพีพัฒนศักดิ์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, บรรณาธิการโดย ญัฐดนัย นาจันทร์, (นนทบุรี: โรงพิมพ์ไทภูมิพับลิชชิ่ง, 2567).
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเพื่อป้องกันสังคม**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาเอก หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2565).
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัว**, วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2565).
- สมยศ เชื้อไทย, **ความรู้กฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551).

- สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, **คณะทำงานสร้างเสริมภูมิคุ้มกันภัยอาชญากรรมทางเทคโนโลยี สำนักงานตำรวจแห่งชาติ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://24hicarecenter.com/cybervaccinated>

- อัจฉรียา ชูตินันท์, **อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).

- Andrew Ashworth and Lucia Zedner, **Prevention and Criminalization: Justifications and Limits**, New Criminal Law Review, Volume 15 Issue 4 (October 2012).

- Andrew Ashworth, **Principles of Criminal Law**, 6th edition (New York: Oxford University Press, 2009).

- Andrew Cornford, **Preventive Criminalization**, [Online], Source: <https://online.ucpress.edu/nclr/article/18/1/1/68807/Preventive-Criminalization>

- Douglas Husak, **Why Punish the Deserving?** in **The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays**, Edited by Douglas Husak, (Oxford: Oxford University Press, 2010).

- Jeroen ten Voorde, **Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control**, Utrecht Law Review, Volume 10 Issue 1 (January 2014).

- R. A. Duff, **Criminalizing Endangerment**, Louisiana Law Review, Volume 65 Issue 3 (Spring 2005).

- Simon Kemp, **Digital 2023: Thailand** [Online], Source: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-thailand>

ปัญหาการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุม
และแก้ไขฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบน*

Addressing Challenges in Implementing Legal Measures
for Controlling and Resolving PM 2.5
In the Upper Northern Region

ศศิธร แจ่มจันทร์**

นักศึกษาลัทธิสุตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์
วิชาเอกกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

Sasithon Jamjan

Master Students of Laws

Sukhothai Thammathirat Open University

วันที่รับบทความ 22 กันยายน 2567; วันที่แก้ไขบทความ 3 ธันวาคม 2567; วันที่ตอบรับบทความ 5 ธันวาคม 2567

* บทความนี้สรุปมาจากการศึกษาค้นคว้าอิสระของ ศศิธร แจ่มจันทร์ เรื่อง “ปัญหาการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและแก้ไขฝุ่นขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) ในภาคเหนือตอนบน” หลักสูตรปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา

** นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช; อีเมลติดต่อ
sasithon.jam@gmail.com

บทคัดย่อ

ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบนของประเทศไทย ส่งผลกระทบต่อประชาชนในพื้นที่ทั้งในด้านสุขภาพ อนามัย และการดำเนินชีวิต ซึ่งถือเป็นภัยคุกคามอย่างหนึ่งที่กระทบต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชน โดยในช่วงเดือนธันวาคม-เมษายน ของทุกปี จะเกิดฝุ่น PM 2.5 ในปริมาณที่สูง อันเนื่องมาจากปัญหาไฟป่า การเผาในพื้นที่เกษตร และฝุ่นควันข้ามแดน เนื่องจากสภาพภูมิศาสตร์ของภาคเหนือส่วนใหญ่เป็นภูเขาสูงและมีที่ราบคล้ายแอ่งกระทะ จึงทำให้ฝุ่นละอองไม่แพร่กระจายและสามารถแขวนลอยอยู่ในชั้นบรรยากาศได้นานโดยไม่ตกลงสู่พื้นดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาหมอกควันข้ามแดนที่มีต้นเหตุมาจากการกระทำนอกราชอาณาจักร ส่วนหนึ่งมาจากภาคเอกชนของไทยที่มีส่วนสนับสนุนการทำเกษตรทั้งในภาคเหนือตอนบนและประเทศเพื่อนบ้าน ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดที่จะบังคับการกระทำที่ก่อให้เกิดมลพิษเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้ จากปัญหาที่เกิดขึ้น ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ร่วมลงนามในความตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษหมอกควันข้ามแดน (ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution) เพื่อให้ประเทศภาคีวิเคราะห์ต้นเหตุ และระดับความรุนแรงของไฟป่าและหมอกควันเพื่อหาแนวทางแก้ปัญหาร่วมกัน แต่ด้วยข้อกำหนดและแนวทางการดำเนินงานเป็นเพียงการรวมตัวเพื่อบันทึกความเข้าใจและความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกเท่านั้น ซึ่งไม่มีนัยยะผูกพันทางกฎหมายที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด จึงทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาฝุ่น ควันข้ามแดนได้อย่างเป็นรูปธรรม

จากผลกระทบที่ประชาชนได้รับ ถือเป็นการถูกละเมิดสิทธิในชีวิต และสิทธิในสุขภาพ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิมนุษยชน ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของนานาอารยประเทศ และในปัจจุบันองค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) ได้ยกระดับความคุ้มครองสิทธิของประชาชนในด้านสิ่งแวดล้อม โดยประกาศให้การเข้าถึงสิ่งแวดล้อมที่สะอาด ดีต่อสุขภาพ และยั่งยืน เป็นสิทธิมนุษยชนสากลเทียบเท่าสิทธิขั้นพื้นฐานด้านอื่น แต่อย่างไรก็ตาม ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังไม่ปรากฏความคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมตามมาตรฐานสากล จึงทำให้ปัญหาการ

ถูกคุกคามสิทธิจากสิ่งแวดล้อมไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร สาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งที่เป็นอุปสรรคต่อการป้องกันและการแก้ไขปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบน คือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีหลายฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับมีการบัญญัติและใช้บังคับมานานจึงทำให้เกิดความล่าช้า ทั้งในมาตรฐานการกำหนดคุณภาพอากาศที่เปลี่ยนไป และแหล่งกำเนิดมลพิษยังขาดมาตรฐานการควบคุมมลพิษทางอากาศ ซึ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบจะกำหนดมาตรฐานคุณภาพอากาศที่แตกต่างกัน ทำให้ขาดการบูรณาการในการทำงาน และการแก้ปัญหาไม่สามารถดำเนินได้อย่างเป็นระบบและทันทั่วถึง

จากข้อเรียกร้องขององค์การสหประชาชาติที่ให้รัฐสมาชิกเร่งความพยายามในการแก้ปัญหา จึงเป็นผลให้ประเทศสมาชิก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้นำหลักการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของตนเอง เพื่อคุ้มครองพลเมืองของรัฐให้พ้นจากการถูกคุกคามจากภัยธรรมชาติ นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติกฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) เพื่อใช้บังคับในการแก้วิกฤตมลพิษทางอากาศที่เกิดขึ้นตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจนประสบความสำเร็จ สำหรับมาตรการทางกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ได้มีการบัญญัติกฎหมายสิ่งแวดล้อมขึ้นเป็นการเฉพาะ และภายหลังได้นำกฎหมายดังกล่าวไปบัญญัติแนบท้ายรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประการหนึ่งด้วย สำหรับประเทศไทยหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชนได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหา จึงได้ผลักดันร่างพระราชบัญญัติอากาศสะอาดขึ้นมารวมทั้งสิ้น 7 ฉบับ โดยเฉพาะร่างพระราชบัญญัติกักตุนและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ที่ได้ถูกเสนอโดยภาคประชาชนจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 22,000 รายชื่อ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า มีหลักการที่คล้ายคลึงกับกฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) ของสหรัฐอเมริกา ที่ได้ใช้บังคับใช้ในการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศได้อย่างมีประสิทธิภาพจนถึงปัจจุบัน เพื่อให้เกิดการแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบนอย่างเป็นรูปธรรม และให้ประชาชนชาวไทยได้รับความคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อม จึงสมควรตรากฎหมายสำหรับแก้ปัญหามลพิษทางอากาศขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้มีหน่วยงานที่รับผิดชอบในการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศโดยตรง มีคณะทำงานซึ่งขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อตัดสินใจและแก้ปัญหาได้อย่างเร่งด่วน มีการกระจายอำนาจจากส่วนกลางไปยังภูมิภาค และกำหนดพื้นที่เฉพาะที่มีปัญหา

มลพิษทางอากาศเป็นประจำทุกปีและมีค่าฝุ่นละอองที่เกินมาตรฐานกระทบต่อสุขภาพของประชาชน เพื่อเฝ้าระวังและกำหนดแผนการดำเนินงานที่แตกต่างไปจากพื้นที่ทั่วไป นอกจากนี้ เพื่อให้สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรฐานสากล จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติ ให้บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตด้วยอากาศที่สะอาดโดยไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และต้องไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควรจากมลพิษในอากาศ โดยปราศจากการกระทำละเมิดไม่ว่าจากบุคคลหรือจากหน่วยงานของรัฐ

คำสำคัญ: ฝุ่น PM 2.5; คุณภาพอากาศ; สิทธิด้านสิ่งแวดล้อม; กฎหมายอากาศสะอาด

Abstract

The PM 2.5 pollution crisis in Northern Thailand poses significant health, hygiene, and lifestyle challenges, threatening the well-being and livelihoods of the local population. From December to April each year, the region experiences heightened levels of PM 2.5 due to a combination of forest fires, agricultural burning, and transboundary haze. The geography of Northern Thailand, characterized by high mountains and basin-like plains, exacerbates the problem as particulate matter becomes trapped in the atmosphere, lingering for extended periods. Agricultural burning in neighbouring countries is a critical contributor to the transboundary haze issue, often linked to Thai private sector activities supporting cross-border agriculture. Currently, the lack of enforceable legal mechanisms within Thailand hinders efforts to address pollution caused both domestically and internationally. ASEAN member states have signed the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution to combat these challenges, a cooperative framework designed to analyse and mitigate the causes and impacts of forest fires and haze. However, the agreement remains non-binding, relying on voluntary compliance and mutual cooperation. This absence of enforceable obligations significantly limits the effectiveness of efforts to address transboundary haze in a tangible and sustainable manner. Stronger legal frameworks and actionable policies are urgently needed to tackle this pressing environmental issue and protect the region's ecosystems and communities.

The PM 2.5 pollution crisis in Northern Thailand represents a significant violation of fundamental human rights, including the right to life and the right to health, as recognized under international and domestic law in many advanced nations. Recently, the United Nations (UN) elevated environmental

protection by declaring access to a clean, healthy, and sustainable environment as an international human right, placing it on par with other fundamental rights. However, the Constitution of the Kingdom of Thailand has yet to fully align with these international standards, leaving environmental rights inadequately protected. This gap undermines the safeguarding of individuals' rights and weakens efforts to address critical environmental issues such as air pollution. A significant obstacle to resolving the PM 2.5 problem lies in the fragmented and outdated legal framework governing air quality. Many current laws were enacted years ago, leading to inefficiencies in addressing contemporary challenges. Air quality standards remain outdated, and specific pollution control regulations targeting major sources are lacking. Furthermore, differing air quality standards set by various responsible agencies create inconsistencies, hindering coordination and integrated action. This disjointed regulatory approach prevents systematic and timely resolution of the PM 2.5 crisis, highlighting the urgent need for comprehensive legal reform, modernized standards, and effective interagency collaboration to protect public health and environmental rights.

The United Nations' call for accelerated action on environmental protection has prompted countries like the United States and the French Republic to incorporate environmental rights into their constitutions. These initiatives aim to safeguard citizens from environmental threats, including those posed by natural disasters. The Clean Air Act in the United States stands as a landmark framework, effectively addressing air pollution crises and achieving sustained success over decades. Similarly, the French Republic enacted specific environmental laws that were subsequently integrated into its constitution as fundamental rights, underscoring the critical importance of environmental protection at the constitutional level.

In Thailand, increasing awareness of the air pollution crisis among government agencies, the private sector, and the public has led to the proposal of seven drafts of the Clean Air Act. Among these, the Integrated Clean Air Management for Health Act B.E. was submitted with the support of 22,000 eligible voters. Studies indicate that this draft law incorporates principles akin to the U.S. Clean Air Act, which has been instrumental in mitigating air pollution.

To address the persistent PM 2.5 pollution problem in Northern Thailand and protect the environmental rights of its citizens, the following recommendations are proposed: Enact a Specific Clean Air Law: A dedicated law should be introduced to address air pollution comprehensively. This legislation should establish an agency specifically tasked with air pollution management, equipped with a task force reporting directly to the prime minister. Such a structure would enable swift decision-making and prompt action. Decentralize Authority: Decision-making power should be devolved from central government to regional and local authorities, particularly in areas with recurring air pollution exceeding health standards. Tailored monitoring and operational plans should be developed for these areas, distinct from general national measures. Amend the Constitution: To align with international standards, Thailand's Constitution should be amended in Chapter 3: Rights and Freedoms of the Thai People to explicitly recognize the right to live in an environment with clean air that does not harm health. Furthermore, protections should ensure that no individual suffers premature death due to air pollution, with enforceable measures to prevent violations by individuals or government agencies.

These recommendations aim to establish a robust and integrated legal framework, ensuring effective management of air pollution, safeguarding

public health, and upholding Thai citizens' environmental rights per global standards.

Keywords: PM 2.5; Air Quality; Environmental Rights; Clean Air Law

1. บทนำ

ปัญหามลพิษทางอากาศ (Air Pollution) เป็นวิกฤติการณ์ที่กำลังทวีความรุนแรงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ โดยอากาศที่ไม่สะอาดก่อให้เกิดวิกฤติการณ์ด้านสุขภาพและสาธารณสุข จากข้อมูลพบว่า มีผู้เสียชีวิตก่อนวัยอันควรจากมลพิษทางอากาศกว่า 5 ล้านคนทั่วโลกในแต่ละปี¹ ในขณะเดียวกันสถานการณ์ฝุ่น PM 2.5² ในภาคเหนือตอนบนของประเทศไทยได้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลากว่า 10 ปี ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนในพื้นที่อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งมลพิษทางอากาศเป็นภัยเงียบที่ส่งผลอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของประชาชน ดังจะเห็นได้จากการที่องค์การอนามัยโลกได้ประกาศเตือนถึงผลร้ายที่กระทบต่อระบบการหายใจเรื้อรัง ทั้งโรคจมูกอักเสบ ภูมิแพ้ โรคหืด และโรคถุงลมโป่งพอง และอาจมีส่วนทำให้เกิดมะเร็งปอดได้เพิ่มขึ้น³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนกลุ่มเปราะบาง เช่น เด็ก หญิงมีครรภ์ ผู้ป่วยโรคเรื้อรัง ผู้สูงอายุ และผู้ทำงานในที่โล่ง⁴ นอกจากนี้ ยังส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการท่องเที่ยวเป็นวงกว้าง ประชาชนต้องยกเลิกการจองห้องพัก และสายการบินต้องงดเที่ยวบินเพื่อความปลอดภัยของผู้โดยสาร⁵ ด้วยสภาพภูมิศาสตร์ของภาคเหนือส่วนใหญ่เป็นภูเขาสูงและมีที่ราบคล้ายแอ่งกระทะ จึงเป็นอุปสรรคต่อการกระจายตัวของมลพิษหมอกควันและฝุ่นละอองขนาดเล็กเพิ่มขึ้น ประกอบกับในช่วงเวลาดังกล่าวเกษตรกรในพื้นที่มีการเผาเศษวัสดุพืชและเศษวัสดุทาง

¹ SDGs, พ.ร.บ. อากาศสะอาด หลักประกันให้คนไทยกลับมาสูดอากาศที่ดีต่อลมหายใจ [ออนไลน์], 15 สิงหาคม 2567, แหล่งที่มา: <https://www.sdgmovement.com/2021/05/13/sdg-updates-thailandcan-clean-air-act-for-thai-people/>

² ฝุ่นขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) ซึ่งต่อไปนี้จะใช้คำย่อว่า “ฝุ่น PM 2.5”

³ สำนักงานรัฐมนตรีกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, รู้จักฝุ่นพิษ PM 2.5 ที่มากับมลภาวะ และวิธีการเลือกหน้ากากป้องกัน [ออนไลน์], 20 กรกฎาคม 2566, แหล่งที่มา: <http://www.tlclab.net/pm25/>

⁴ กรมอนามัย, คู่มือฉบับประชาชน การเฝ้าระวัง PM 2.5 อย่างไรให้ปลอดภัย, (นนทบุรี: ชุมชนสมรรถนะการเกษตรแห่งประเทศไทย, 2563) หน้า 9.

⁵ กรมควบคุมมลพิษ, มลพิษหมอกควันในพื้นที่ภาคเหนือ: ปัญหาและแนวทาง [ออนไลน์], 26 กรกฎาคม 2566, แหล่งที่มา: https://www.pcd.go.th/wp-content/uploads/2020/06/pcdnew-2020-06-05_07-33-31_040770.pdf

การเกษตรเพื่อเตรียมพื้นที่สำหรับการเกษตรในช่วงฤดูฝน จึงทำให้เพิ่มความรุนแรงของปัญหายิ่งขึ้น อีกทั้ง ปัญหาหมอกควันข้ามแดนจากไฟป่าในพื้นที่ติดกับประเทศเพื่อนบ้านในกลุ่มภูมิภาคกลุ่มน้ำโขง ได้แก่ ประเทศสาธารณประชาธิปไตยประชาชนลาว และประเทศเมียนมา⁶ ในขณะที่หน่วยงานภาครัฐได้มีความพยายามบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁷ เพื่อแก้ปัญหาในด้านต่าง ๆ แต่มาตรการเหล่านี้ยังไม่สามารถแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ที่เกิดขึ้นเป็นประจำทุกปีได้ กระทรวงสาธารณสุขได้ทำการสำรวจข้อมูลจำนวนผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากฝุ่นควันตั้งแต่ปี พ.ศ. 2563-2566 มีจำนวนทั้งสิ้น 2,648,243 คน โดยจังหวัดที่มีผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากมลพิษมากที่สุด 3 อันดับแรก ได้แก่ จังหวัดเชียงใหม่ จำนวน 649,032 ราย รองลงมา คือ จังหวัดเชียงราย จำนวน 467,574 ราย และจังหวัดลำปาง จำนวน 396,271 ราย⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนกลุ่มเปราะบาง⁹ และในปี พ.ศ. 2567 มีผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาด้วยผลกระทบจากฝุ่น PM 2.5 ในโรงพยาบาลมหาราชนครเชียงใหม่ในช่วงวันที่ 1 มกราคม – 15 มีนาคม 2567 มีจำนวนทั้งสิ้น 30,339 ราย ซึ่งมากกว่าจำนวนผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาในช่วงเดียวกันของปี พ.ศ. 2566 กว่า 1 เท่าตัว ส่วนใหญ่พบมีอาการของโรคภูมิแพ้กำเริบ เยื่อจมูกอักเสบ โรคติดเชื้อทางเดินหายใจส่วนบน เยื่อบุตาอักเสบ โรคหืด เลือดกำเดาไหล โรคถุงลมโป่งพอง¹⁰ จากผลกระทบที่ประชาชนได้รับอย่างต่อเนื่องนั้น ถือได้ว่าเป็นการถูกระงับละเมิดในสิทธิ

⁶ ทวีศักดิ์ ใจคำสืบ, สถานการณ์หมอกควันในภาคเหนือตอนบน [ออนไลน์], 26 สิงหาคม 2566, แหล่งที่มา: <https://www.tei.or.th/thaicityclimate/public/document-36.pdf>

⁷ อภิรัฐ ดีทองอ่อน, มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมมลพิษทางอากาศอันเกิดจากการเผาในที่โล่งในภาคเกษตรกรรม [ออนไลน์], 12 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://so01.tci-thaijo.org>

⁸ เรื่องเดียวกัน

⁹ ไ้แก้ว เด็ก สตรีมีครรภ์ ผู้ป่วยโรคเรื้อรัง ผู้สูงอายุ เป็นต้น

¹⁰ รุจน์ ชื่นบาน และนันทรัฐ ไผ่เจริญ, ปี 67 เชียงใหม่มีผู้ป่วยจาก PM2.5 แล้วกว่า 3 หมื่นราย [ออนไลน์], 20 กรกฎาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.benarnews.org/thai/news/th-air-pollution-patients-chiangmai-03202024150824.html>

พื้นฐาน¹¹ อย่างร้ายแรง ซึ่งในบริบทของสิทธิมนุษยชนให้ถือว่าการเข้าถึงสิ่งแวดล้อมที่สะอาด ดีต่อสุขภาพ และยั่งยืน เป็นสิทธิมนุษยชนสากล¹² ที่ต้องให้การเคารพและจะละเมิดไม่ได้

นอกจากผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนและกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวมแล้ว ฝุ่น PM 2.5 ยังเป็นหนึ่งในปัจจัยที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ¹³ เพราะเศษวัสดุเหลือใช้ทางการเกษตรเป็นสารอินทรีย์ที่เป็นแหล่งกักเก็บพลังงานจากธรรมชาติหรือเรียกว่าชีวมวลที่สามารถนำมาใช้ผลิตพลังงานได้¹⁴ หากใช้วิธีการกำจัดโดยการเผาจะทำให้ชีวมวลเหล่านี้จะกลายเป็นก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ ซึ่งมีปริมาณมากที่สุดของก๊าซเรือนกระจกทั้งหมด¹⁵ ปัญหามลพิษทางอากาศจึงเป็นเรื่องที่สำคัญและเร่งด่วนที่นานาอารยประเทศได้ให้ความสำคัญและได้ร่วมลงนามอนุสัญญาของว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ รับรองให้ สิ่งแวดล้อมสะอาดเป็นสิทธิมนุษยชน [ออนไลน์], 2 พฤศจิกายน 2566. แหล่งที่มา: 22 พฤษภาคม 2566. สืบค้นจาก <https://lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?Id=858&Type=1>

¹² สำนักข่าวไทยรัฐ, สมัชชาใหญ่ UN ประกาศให้การเข้าถึงสิ่งแวดล้อมที่ดีเป็นสิทธิมนุษยชน เพิ่มพลังให้การต่อสู้ด้านสิ่งแวดล้อม [ออนไลน์], 23 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://plus.thairath.co.th/topic/naturematter/101915>

¹³ กรมอุตุนิยมวิทยา, ภาวะเรือนกระจก [ออนไลน์], 15 สิงหาคม 2566. แหล่งที่มา: <http://climate.tmd.go.th>

¹⁴ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, พลังงานชีวมวล พลังงานจากสิ่งมีชีวิต ต่อชีวิตให้ชาวโลก [ออนไลน์], 15 สิงหาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.opsmoac.go.th/kamphaengphet-manual-files-421891791835>

¹⁵ กิตติยาภรณ์ รองเมือง, การประเมินการปลดปล่อยมลพิษจากการเผาไหม้เศษวัสดุเหลือใช้ทางการเกษตรในที่โล่งแจ้ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี, 2558.) หน้า 7.

Change – UNFCCC)¹⁶ และประเทศไทยได้ร่วมลงนามเป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย¹⁷ ภายหลังได้จัดทำพิธีสารเกียวโต¹⁸ และข้อตกลงปารีส¹⁹ ตามมาอีก 2 ฉบับ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกลดการก่อให้เกิดภาวะเรือนกระจก ซึ่งประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามอันเป็นข้อผูกมัดที่เกิดจากฉันทามติ (Consensus) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันในการทำสัญญาระหว่างกันของรัฐ²⁰ เพื่อจุดประสงค์ในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐ ที่จะตระหนักถึงความสำคัญตามข้อกำหนด และผลผูกพันของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้กำหนดขึ้น เพื่อดำรงไว้ซึ่งความปกติสุขและให้พลเมืองในรัฐมีคุณภาพชีวิตที่ดีภายใต้สภาวะแวดล้อมและทรัพยากรที่สมบูรณ์อย่างยั่งยืน

จากปัญหาที่เกิดขึ้น หน่วยงานภาครัฐ ภาคเอกชน และพรรคการเมือง ได้ผลักดันร่างพระราชบัญญัติอากาศสะอาดจำนวนทั้งสิ้น 7 ฉบับ โดยพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. เป็นร่างกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่ได้เสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 22,000 รายชื่อ และปัจจุบันอยู่ในขั้นตอน

¹⁶ นัทธมน คงเจริญ, เอกสารประกอบการสอนกฎหมายกับสิ่งแวดล้อม (177452) ปีการศึกษา 1/2561 [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.law.cmu.ac.th/law2011/journal/e1559374102.pdf>

¹⁷ กระทรวงการต่างประเทศ, ความตกลงปารีส: ก้าวสำคัญของการดำเนินการด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ. [ออนไลน์], 5 กรกฎาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://thai-inter-org.mfa.go.th>

¹⁸ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการจัดการปัญหาด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, จุลนิต, ปีที่ 20 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2566). หน้า 7.

¹⁹ กรมอุตุนิยมวิทยา, การเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ [ออนไลน์], 15 สิงหาคม 2566. แหล่งที่มา: <http://climate.tmd.go.th>

²⁰ ปณิธิ์ ปทุมวัฒน์, ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ, จุลนิต, ปีที่ 53 ฉบับที่ 1 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2553), หน้า 181.

การพิจารณาในวาระที่ 2 และ 3 เพื่อให้มีผลบังคับใช้ต่อไป²¹ โดยร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. นั้น มีสาระสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิในสุขภาพ และนำไปสู่การมีสิทธิที่จะหายใจในอากาศสะอาด และไม่ถูกละเมิดจากบุคคลและหน่วยงานของรัฐ ทั้งเป็นการสร้างความตระหนักรู้ให้กับทุกภาคส่วน ให้คำนึงถึงผลกระทบในด้านสิ่งแวดล้อม และการมีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนและประเทศชาติต่อไป ผู้ศึกษาได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นและความปลอดภัยในชีวิตของประชาชนในพื้นที่ จึงได้ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบน ตามมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติในการแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบนอย่างยั่งยืน เพื่อผลักดันให้เกิดการบังคับใช้เป็นกฎหมายเฉพาะในการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศในระยะยาวต่อไป

2. ความหมายและผลกระทบของฝุ่น PM 2.5

2.1 ความหมายของฝุ่น PM 2.5

คำว่า PM ย่อมาจาก Particulate Matters เป็นคำเรียกค่ามาตรฐานของฝุ่นละอองขนาดเล็กที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 2 ชนิด ได้แก่ PM 10 และ PM 2.5 ส่วนตัวเลข 2.5 นั้นมาจากหน่วย 2.5 ไมครอนหรือไมโครเมตร²² ซึ่งเป็นอนุภาคที่มีขนาดเล็กเส้นผ่านศูนย์กลางเฉลี่ยน้อยกว่า 2.5 ไมโครเมตร สามารถแขวนลอยอยู่ในอากาศพร้อมกับไอน้ำ คาร์บอน และก๊าซต่าง ๆ ได้และไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า แต่เมื่ออยู่

²¹ สำนักข่าวอิสรา, กางร่าง พ.ร.บ.อากาศสะอาด 7 ฉบับ ญกแจงแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศของไทย [ออนไลน์], 19 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://isranews.org/article/isranews-scoop/128236-isra-news-6.html>

²² สำนักงานรัฐมนตรีกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, รู้จักฝุ่นพิษ PM 2.5 ที่มา กับมลภาวะ และวิธีการเลือกหน้ากากป้องกัน.

รวมกันจะกินพื้นที่ในอากาศอย่างมหาศาล²³ ล่องลอยอยู่ในชั้นบรรยากาศปริมาณสูง เกิดเป็นหมอกควัน ฝุ่นละออง PM 2.5 จึงถือเป็นมลพิษต่อสุขภาพของมนุษย์ ตามที่ องค์การอนามัยโลกให้ความสำคัญและออกประกาศแจ้งเตือน เพราะเป็นฝุ่นที่มีขนาดเล็กมากโดยมีขนาดเล็กกว่าเส้นผมถึง 20 เท่า ซึ่งฝุ่น PM 2.5 นี้เกิดจากการเผาไหม้ทั้งจาก ยานพาหนะ การเผาวัสดุเหลือทิ้งทางการเกษตร ไฟป่า และกระบวนการอุตสาหกรรม²⁴ เป็นต้น

2.2 ผลกระทบจากฝุ่น PM 2.5

ผลกระทบจากฝุ่น PM 2.5 นั้น ส่งผลต่อสุขภาพทั้งในระยะสั้นและระยะยาว และยังกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการท่องเที่ยวของประเทศโดยรวม ดังนี้

2.2.1 ผลกระทบต่อสุขภาพภาพ

จากการที่พื้นที่ในภาคเหนือตอนบนยังคงพบเจอกับปัญหามลพิษจากฝุ่น ควันอย่างหนัก ซึ่งส่งกระทบและเป็นอุปสรรคในการคมนาคมขนส่งผลกระทบต่อธุรกิจ การท่องเที่ยว และที่สำคัญที่สุดยังส่งผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนอีกด้วย ซึ่งผลกระทบต่อสุขภาพจากฝุ่น PM 2.5 ขึ้นอยู่กับระดับการรับสัมผัส และระยะเวลาที่รับ สัมผัส คือ ระยะสั้น หรือระยะยาว²⁵ แต่ละบุคคลอาจมีความอ่อนไหวในด้านสุขภาพจาก ฝุ่นละอองขนาดเล็กแตกต่างกัน ผลกระทบต่อสุขภาพในระยะสั้น เช่น การระคายเคืองตา จมูก และลำคอ การไอ การหายใจเสียงหวีด และการติดเชื้อทางเดินหายใจส่วนล่าง เฉียบพลันถึงถึงปอด²⁶ ในระยะยาวการรับสัมผัสอย่างต่อเนื่องเป็นเวลานานไม่ว่าจะ ในรับในปริมาณสูงหรือต่ำ ย่อมนำไปสู่การเพิ่มความเสี่ยงของการติดเชื้อทางเดินหายใจ การกำเริบของโรคหอบหืด โรคหลอดเลือดอักเสบ หรือผลกระทบรุนแรงที่เรื้อรัง และการ

²³ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เรียนรู้อยู่กับฝุ่น [ออนไลน์], 26 กรกฎาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.chula.ac.th/wp-content/uploads/2019/10/Chula-PM25.pdf>

²⁴ เรื่องเดียวกัน

²⁵ เรื่องเดียวกัน

²⁶ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง ปัญหาฝุ่นละอองขนาดเล็ก เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) ในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานครและปริมณฑล, (กรุงเทพมหานคร: สำนัก กรรมการ 1, 2563), หน้า 40.

เสียชีวิตก่อนวัยอันควร²⁷ ยิ่งไปกว่านั้น ฝุ่น PM 2.5 ยังมีองค์ประกอบของสารประกอบหลายชนิดที่ถูกจัดว่าเป็นสารก่อมะเร็ง²⁸ เช่นเดียวกับไอเสียของเครื่องยนต์ดีเซล เมื่อสะสมในร่างกายเป็นระยะเวลานานอาจก่อให้เกิดเป็นมะเร็งปอดได้

2.2.2 ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการท่องเที่ยว

ในช่วงเดือนพฤศจิกายนถึงเดือนมีนาคมของทุกปีของภาคเหนือตอนบนจะมีนักท่องเที่ยวเข้ามาท่องเที่ยวมากในช่วงเนื่องจากเข้าสู่ฤดูหนาวซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่เกิดปัญหาหมอกควันคือช่วงเดือนมกราคมถึงเดือนเมษายน จากปริมาณค่าฝุ่น PM 2.5 ที่สูงเกินค่ามาตรฐานมีผลกระทบต่อสุขภาพและกระทบต่อการทำกิจกรรมภายนอกเป็นเวลานาน จึงส่งผลให้นักท่องเที่ยวเกิดความกังวลในเรื่องของผลกระทบต่อสุขภาพ เมื่อจำนวนนักท่องเที่ยวในภาคเหนือลดลง จึงเกิดสภาวะการว่างงานของประชาชนในพื้นที่จังหวัดภาคเหนือเป็นจำนวนมาก²⁹ จึงเป็นผลให้รายได้ภาคธุรกิจท่องเที่ยวลดลงอย่างกะทันหัน สร้างความสูญเสียทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล จากการประเมินผลกระทบของเศรษฐกิจภาคเหนือของศูนย์วิจัยกสิกรไทยพบว่าวิกฤตฝุ่น PM 2.5 อาจก่อให้เกิดความสูญเสียโอกาสในการสร้างรายได้จากการท่องเที่ยว โดยเฉพาะในช่วงเทศกาลสงกรานต์ไม่ต่ำกว่า 700 ล้านบาท จากปกติที่สร้างรายได้ให้กับธุรกิจในพื้นที่ภาคเหนือตอนบน เป็นมูลค่าราว 2,000 ล้านบาท³⁰

²⁷ กรมอนามัย, คู่มือฉบับประชาชน การเฝ้าระวัง PM 2.5 อย่างไรให้ปลอดภัย, หน้า 9.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

²⁹ THE CITIZEN.PLUS Thai PBS, **ส่องวิกฤตปัญหาฝุ่นควันภาคเหนือตอนบน ที่ส่งผลกระทบต่อหลายภาคส่วนมาอย่างยาวนาน** [ออนไลน์], 15 สิงหาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://thecitizen.plus/node/75677>

³⁰ ศูนย์วิจัยกสิกร, **วิกฤตฝุ่นขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) อาจยังแย่งถ้าไม่เร่งจัดการ** [ออนไลน์], 8 สิงหาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.kasikornresearch.com/th/analysis/k-econ/business/Pages/PM25-Pollution-CIS3401-10-04-2023.aspx>

2.3 มาตรฐานดัชนีคุณภาพอากาศตามมาตรฐานองค์การอนามัยโลกและประเทศไทย

ดัชนีคุณภาพอากาศ (Air Quality Index: AQI) เป็นการรายงานข้อมูลคุณภาพอากาศในรูปแบบที่ง่ายต่อความเข้าใจของประชาชนทั่วไป เพื่อเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ให้สาธารณชนได้รับทราบถึงสถานการณ์มลพิษทางอากาศในแต่ละพื้นที่ว่าอยู่ในระดับใด มีผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยหรือไม่³¹ ใช้เป็นตัวแทนค่าความเข้มข้นของสารมลพิษทางอากาศ 6 ชนิด³² ได้แก่ ฝุ่นละอองขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) ฝุ่นละอองขนาดเล็กไม่เกิน 10 ไมครอน (PM 10) ก๊าซโอโซน (O₃) ก๊าซคาร์บอนมอนอกไซด์ (CO) ก๊าซไนโตรเจนไดออกไซด์ (NO₂) ก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์ (SO₂) องค์การอนามัยโลก (WHO) ได้ประกาศเกณฑ์แนะนำคุณภาพอากาศ (Air Quality Guidelines: AQGs) เพื่อเป็นมาตรฐานสำหรับการลดผลกระทบมลพิษทางอากาศที่มีต่อสุขภาพมวลมนุษยชาติ³³ โดยกำหนดมาตรฐานค่าเฉลี่ยรายปีของฝุ่น PM 2.5 อยู่ที่ 5 ไมโครกรัมต่อลูกบาศก์เมตร และค่าเฉลี่ยราย 24 ชั่วโมงของฝุ่น PM 2.5 อยู่ที่ 15 ไมโครกรัมต่อลูกบาศก์เมตร³⁴

2.3.1 ดัชนีคุณภาพอากาศของประเทศไทย

กรมควบคุมมลพิษได้กำหนดมาตรฐาน AQI ของประเทศไทยซึ่งมีค่าตั้งแต่ 0 ถึง 201 ขึ้นไป โดยใช้สีในการแบ่งระดับของผลกระทบต่อสุขภาพ ซึ่งหาก AQI เฉลี่ย 24 ชั่วโมงมีค่าสูงกว่า 100 จัดเป็นระดับที่มีผลกระทบต่อสุขภาพ³⁵ โดยดัชนีคุณภาพอากาศของประเทศไทยแบ่งเป็น 5 ระดับ คือ ตั้งแต่ 0 ถึงมากกว่า 300 ซึ่งแต่ละระดับจะใช้สีเป็นสัญลักษณ์

³¹ พงษ์ศักดิ์ ปัตตา, กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมฝุ่น PM 2.5 [ออนไลน์], 5 มิถุนายน 2566. แหล่งที่มา: https://cdc.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2365

³² สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ (วช.), ดัชนีคุณภาพอากาศ [ออนไลน์], 5 มิถุนายน 2566. แหล่งที่มา: https://pm2_5.nrct.go.th/definition

³³ The Citizen. Plus, Thai PBS, ค่ามาตรฐานฝุ่น แคไหนที่ปลอดภัยกับสุขภาพ [ออนไลน์], 6 มิถุนายน 2566. แหล่งที่มา: <https://thecitizen.plus/node/51914>

³⁴ สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ (วช.), ดัชนีคุณภาพอากาศ

³⁵ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ค่า AQI ดัชนีคุณภาพอากาศ (Air Quality Index) [ออนไลน์], 6 มิถุนายน 2566. แหล่งที่มา: <https://www.eng.chula.ac.th/th/29782>

เปรียบเทียบระดับของผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย³⁶ โดยดัชนีคุณภาพอากาศ 100 จะมีค่าเทียบเท่ามาตรฐานคุณภาพอากาศในบรรยากาศโดยทั่วไป หากดัชนีคุณภาพอากาศมีค่าสูงเกินกว่า 100 แสดงว่าค่าความเข้มข้นของมลพิษทางอากาศมีค่าเกินมาตรฐานและคุณภาพอากาศในวันนั้นจะเริ่มมีผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน

ตารางที่ 1 เกณฑ์ดัชนีคุณภาพอากาศของประเทศไทย (PM 2.5 ค่าเฉลี่ย 24 ชั่วโมง)

AQI	Pm 2.5	PM 10	สี	ความหมาย	ข้อควรแจ้ง
0-25	0-25	0-50	ฟ้า	คุณภาพอากาศดีมาก	เหมาะสำหรับกิจกรรมกลางแจ้งและการท่องเที่ยว
26-50	26-37	51-80	เขียว	คุณภาพอากาศดี	สามารถทำกิจกรรมกลางแจ้งและการท่องเที่ยวได้ตามปกติ
51-100	38-50	81-120	เหลือง	ปานกลาง	สามารถทำกิจกรรมกลางแจ้งได้ตามปกติ อาจมีอาการเบื้องต้น เช่น ไอ หายใจลำบาก ระคายเคืองตา
101-200	51-90	121-180	ส้ม	เริ่มมีผลกระทบต่อสุขภาพ	ควรลดเวลาทำกิจกรรมกลางแจ้ง หรือใช้อุปกรณ์ป้องกันตนเองหากมีความจำเป็น ควรเฝ้าระวังสุขภาพ ถ้ามีอาการเบื้องต้น เช่น ไอ หายใจลำบาก ระคายเคืองตา
201 ขึ้นไป	91 ขึ้นไป	181 ขึ้นไป	แดง	มีผลกระทบต่อสุขภาพ	ทุกคนควรหลีกเลี่ยงกิจกรรมกลางแจ้ง หรือต้องใช้อุปกรณ์ป้องกันตนเองหากมีความจำเป็นต้องอยู่กลางแจ้ง

ข้อมูลจาก : สถาบันวิจัยและพัฒนาพลังงาน นครพิงค์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ณ วันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2566

2.3.2 สถิติข้อมูลย้อนหลังปริมาณค่าฝุ่นละออง PM 2.5 ตั้งแต่ปี

พ.ศ. 2564 - พ.ศ. 2567

ข้อมูลสถิติปริมาณการเกิดฝุ่น PM 2.5 ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2564 - พ.ศ. 2567 ซึ่งตรวจวัด ณ เวลา 09.00 น. ในพื้นที่ภาคเหนือตอนบน 9 จังหวัด ระหว่างเดือนมกราคม ถึง เดือนเมษายน

³⁶ กรมควบคุมมลพิษ, ประกาศดัชนีคุณภาพอากาศของประเทศไทย พ.ศ. 2566 ปรับค่าสารมลพิษเข้มข้นขึ้น ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว [ออนไลน์], 10 กรกฎาคม 2566. แหล่งที่มา: https://www.pcd.go.th/pcd_news/30028

ตารางที่ 2 สถิติค่าเฉลี่ยสูงสุดในการเกิด PM 2.5 ณ เวลา 09.00 น. ในพื้นที่ 9 จังหวัด

ภาคเหนือตอนบน ระหว่างเดือนมกราคม – เมษายน

ในช่วงปี พ.ศ. 2564- พ.ศ. 2567³⁷

จังหวัด/ เดือน	พ.ศ. 2564				พ.ศ. 2565				พ.ศ. 2566				พ.ศ. 2567			
	ม.ค	ก.พ	มี.ค	เม.ย	ม.ค	ก.พ	มี.ค	เม.ย	ม.ค	ก.พ	มี.ค	เม.ย	ม.ค	ก.พ	มี.ค	เม.ย
เชียงราย	79	74	402	358	42	41	60	105	53	157	519	344	42	67	210	208
เชียงใหม่	89	75	132	169	41	74	117	105	88	264	365	342	38	82	162	224
ลำปาง	85	140	148	105	43	60	66	77	73	186	153	186	70	100	178	108
ลำพูน	61	67	102	74	44	68	59	57	75	231	176	194	53	62	164	135
แม่ฮ่องสอน	50	85	329	197	24	102	142	158	53	150	422	398	30	76	201	252
น่าน	55	65	90	109	40	66	61	130	64	143	268	418	51	72	137	119
แพร่	65	98	99	98	46	79	63	98	65	107	152	166	59	76	131	83
พะเยา	83	74	106	104	56	70	58	78	63	172	186	234	41	68	117	123
ตาก	72	120	128	67	54	61	68	92	62	127	190	75	60	91	107	82

ข้อมูลจาก : กรมควบคุมมลพิษ ณ วันที่ 15 ตุลาคม 2567

จากข้อมูลสถิติพบปริมาณฝุ่นละออง PM 2.5 ในอากาศโดยเฉลี่ยมีปริมาณที่สูงอยู่ในเกณฑ์ที่กระทบต่อสุขภาพของประชาชนตั้งแต่อาการเบื้องต้น เช่น ไอ หายใจลำบาก ระคายเคืองตา ไปจนถึงกระทบต่อสุขภาพอย่างรุนแรง ซึ่งควรหลีกเลี่ยงกิจกรรมกลางแจ้ง หรือต้องใช้อุปกรณ์ป้องกันตนเอง หากประชาชนมีความจำเป็นต้องอยู่กลางแจ้งก็อาจได้รับผลกระทบต่อสุขภาพจากการได้รับฝุ่นละอองในปริมาณที่มาก ต่อเนื่องเป็นระยะเวลานานและอาจนำไปสู่โรคในระบบทางเดินหายใจ โรคปอด และกลายเป็นโรคมะเร็งได้

³⁷ กรมควบคุมมลพิษ, ข้อมูลสถิติย้อนหลัง [ออนไลน์], 7 มิถุนายน 2566. แหล่งที่มา:

<http://air4thai.pcd.go.th/webV3/#/History>

2.4 แหล่งกำเนิดของฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบนและมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบัน

ฝุ่น PM 2.5 ที่เกิดขึ้นในภาคเหนือตอนบน มีสาเหตุมาจาก 3 ปัจจัยหลัก³⁸ คือ การเผาในพื้นที่เกษตร ไฟป่า และฝุ่นควันข้ามแดน โดยอาจจำแนกเป็นแหล่งกำเนิดที่เกิดขึ้นในประเทศ และแหล่งกำเนิดที่เกิดขึ้นนอกประเทศ ซึ่งในปัจจุบันมีมาตรการควบคุมและแก้ไข ดังต่อไปนี้

2.4.1 แหล่งกำเนิดภายในประเทศ

2.4.1.1 การเผาในพื้นที่เกษตร

ปัญหาการเผาวัสดุเหลือทิ้งทางการเกษตรส่วนใหญ่เกิดจากการเผาตอซังข้าว ชากพืชเกษตร เศษวัชพืช และการเผาหน้าดิน เพื่อเตรียมพื้นที่ทางการเกษตรสำหรับการเพาะปลูกในครั้งต่อไป ซึ่งส่วนใหญ่จะใช้วิธีการเผาในไร่อ้อย ข้าว และข้าวโพดเลี้ยงสัตว์ โดยเฉพาะอ้อยและข้าวโพดเลี้ยงสัตว์ ที่ได้รับการสนับสนุนให้เกษตรกรทำการเพาะปลูกเนื่องจากเป็นพืชเศรษฐกิจหลักที่สร้างรายได้ให้แก่ประเทศ เพื่อเป็นสินค้าส่งออกของอุตสาหกรรมน้ำตาลและอาหารสัตว์ ในปัจจุบันมีกฎหมายที่นำมาใช้บังคับในการเผาในที่โล่งหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 ซึ่งมีมาตรการทางกฎหมายดังนี้

1) มาตรการควบคุมมลพิษทางอากาศ

1.1) ผู้มีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพอากาศ

ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 32(4)³⁹ ให้อำนาจคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพอากาศในบรรยากาศโดยทั่วไป ในกรณีที่เห็นสมควรสามารถกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้สูงกว่ามาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่

³⁸ อนุชา ตีสวัสดิ์, ปัญหาฝุ่นพิษภาคเหนือของประเทศไทย [ออนไลน์], 10 สิงหาคม 2566
แหล่งที่มา: <https://dl.parliament.go.th/handle/20.500.13072/611509>

³⁹ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 32

กำหนดไว้ในมาตรา 32 ได้⁴⁰ กล่าวคือ หากคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเห็นว่าในพื้นที่ใดมีสภาพปัญหาคุณภาพสิ่งแวดล้อมรุนแรงเข้าขั้นวิกฤตจำเป็นจะต้องได้รับการแก้ไขโดยทันที ซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่สามารถที่จะทำการแก้ไขปัญหาได้ ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเสนอต่อคณะรัฐมนตรีขออนุมัติเข้าดำเนินการเพื่อใช้มาตรการคุ้มครอง ตามความจำเป็นและเหมาะสมเพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหาในพื้นที่นั้นได้⁴¹ และในกรณีที่ปรากฏว่าท้องที่ใดมีปัญหามลพิษซึ่งมีแนวโน้มที่ร้ายแรงถึงขนาดเป็นอันตรายต่อสุขภาพ อนามัยของประชาชน หรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้ท้องที่นั้นเป็นเขตควบคุมมลพิษเพื่อดำเนินการควบคุม ลด และขจัดมลพิษได้⁴²

1.2) มาตรการควบคุมมลพิษทางอากาศจากแหล่งกำเนิด

ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้การกระทำใดที่ก่อให้เกิดฝุ่น ละออง เขม่า เถ้า หรือกรณีอื่นใด เป็นเหตุให้เป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือเกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง ถือว่าเป็นเหตุรำคาญ ตามมาตรา 25 (4)⁴³ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจห้ามผู้นั้นก่อเหตุรำคาญในที่สาธารณะหรือสถานที่เอกชน รวมทั้งมีอำนาจระงับเหตุรำคาญ ตลอดจนมีอำนาจดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา สถานที่ต่าง ๆ ให้ปราศจากเหตุรำคาญ นอกจากนี้เจ้าพนักงานท้องถิ่นยังมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับ กำจัด และควบคุมเหตุรำคาญต่าง ๆ ได้ด้วย⁴⁴ ซึ่งจำแนกเป็นกรณี ดังนี้

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน มาตรา 33

⁴¹ เรื่องเดียวกัน มาตรา 45

⁴² เรื่องเดียวกัน มาตรา 59

⁴³ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 25

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน มาตรา 26

1.2.1) กรณีเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นในพื้นที่

สาธารณะ⁴⁵

เมื่อมีเหตุรำคาญเกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นในที่สาธารณะให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดเหตุรำคาญนั้น ระวังหรือป้องกันเหตุรำคาญภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และถ้าเหตุสมควรจะให้กระทำโดยวิธีการใดเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญนั้น หรือป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นอีกในอนาคต ให้ระบุไว้ในคำสั่งได้ กรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่น และเหตุรำคาญนั้นอาจเกิดอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นระงับเหตุรำคาญนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญนั้นขึ้นอีก โดยบุคคลซึ่งก่อให้เกิดเหตุรำคาญต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดการนั้น

1.2.2) กรณีเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นในพื้นที่

เอกชน⁴⁶

เมื่อเหตุรำคาญเกิดขึ้นในสถานที่เอกชนให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้น ระวังเหตุรำคาญภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และเจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจให้กระทำโดยวิธีใด หรือกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นได้ กรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจระงับเหตุรำคาญนั้นโดยจัดการตามความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นอีก และถ้าเหตุรำคาญเกิดขึ้นจากการละเลย หรือการยินยอมของเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้น เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับการนั้น

ถ้าปรากฏแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นนั้น อาจเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ หรือกระทบต่อสภาวะความเป็นอยู่ในการดำรงชีพของประชาชนเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะออกคำสั่งเป็นหนังสือห้ามมิให้เจ้าของ

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน มาตรา 27

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน มาตรา 28

หรือผู้ครอบครองใช้หรือยินยอมให้บุคคลใช้สถานที่นั้นทั้งหมดหรือบางส่วนจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าได้มีการระงับเหตุรำคาญนั้นและก็ได้

1.2.3) กรณีการเผาในที่ที่เกษตรกรรม

ตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ตามมาตรา 220⁴⁷ ได้กำหนดให้การกระทำที่ก่อให้เกิดเพลิงไหม้แก่วัตถุใด ๆ แม้เป็นของตนเองก็ตาม หากการเกิดเพลิงไหม้นั้นน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของผู้อื่นต้องระวางโทษตามกฎหมายอาญา อนึ่ง แม้การกระทำที่ก่อให้เกิดเพลิงไหม้นั้น ได้กระทำโดยประมาทและเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหาย หรือน่าจะเป็นอันตรายแก่ชีวิตของบุคคลอื่น ต้องระวางโทษตามกฎหมายอาญาทั้งจำและปรับตามมาตรา 225⁴⁸

1.3) กรณีเป็นสาธารณภัย

พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 มีขอบเขตการดำเนินการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยครอบคลุมเรื่อง อุบัติภัยและอัคคีภัยตลอดจนภัยอื่น ๆ อันมีผลกระทบต่อสาธารณชน⁴⁹ ไม่ว่าจะเกิดโดยธรรมชาติ มีผู้ทำให้เกิด อุบัติเหตุ หรือเหตุอื่นใด ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายของประชาชนการควบคุมมลพิษทางอากาศจากการเผาในที่โล่งในภาคเกษตรกรรม ในกรณีที่เกิดสารมลพิษจากการเผาสร้างความเดือดร้อนให้แก่ประชาชนในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบเป็นจำนวนมากจนถึงขนาดเป็นสาธารณภัย รัฐอาจนำมาตรการทางกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยมาบังคับใช้ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ โดยการใช้มาตรการในลักษณะนี้อาจปรากฏได้ 2 กรณี ได้แก่ การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 และการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ดังนี้

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 220

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน มาตรา 225

⁴⁹ กฤติยา สุขเพิ่ม, มาตรการทางกฎหมายของการป้องกันและควบคุมมลพิษหมอกควันจากการเผาในที่โล่ง กรณีศึกษา ในพื้นที่ 8 จังหวัดภาคเหนือตอนบน, (วิทยานิพนธ์ปริญญาเอก หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), หน้า 129.

1.3.1) อำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและ

บรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550

ตามมาตรา 21⁵⁰ ได้กำหนดว่า กรณีที่เกิดหรือคาดว่าจะเกิดสาธารณภัยขึ้นในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพื้นที่ใด ให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีหน้าที่เข้าดำเนินการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยโดยเร็วและแจ้งให้ผู้อำนวยการอำเภอ ที่รับผิดชอบในเขตพื้นที่นั้นและผู้อำนวยการจังหวัดทราบทันที และได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้อำนวยการอำเภอและผู้อำนวยการจังหวัดให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้อำนวยการท้องถิ่น ตามมาตรา 22⁵¹ เพื่อให้สั่งการได้สำหรับในเขตจังหวัดของตน

ในกรณีเกิดสาธารณภัยขึ้นในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด ผู้อำนวยการท้องถิ่นซึ่งมีพื้นที่ติดต่อหรือใกล้เคียงกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเกิดสาธารณภัยนั้น มีหน้าที่ในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยที่เกิดขึ้น⁵² สำหรับหน้าที่ในการบรรเทาสาธารณภัยที่เกิดขึ้น ให้เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ประสบเหตุต้องเข้าดำเนินการเพื่อระงับสาธารณภัยนั้น แล้วรีบรายงานให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นที่รับผิดชอบในพื้นที่เพื่อสั่งการ ในกรณีจำเป็นซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เจ้าพนักงานอาจดำเนินการเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลได้⁵³

1.3.2) อำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบ

บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

ตามมาตรา 54⁵⁴ กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้รับนโยบายและคำสั่งจากนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล คณะรัฐมนตรีกระทรวง ทบวง กรม มาปฏิบัติการให้เหมาะสมกับท้องถิ่นและประชาชน และเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหาร ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัด

⁵⁰ พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 มาตรา 21

⁵¹ เรื่องเดียวกัน มาตรา 22

⁵² เรื่องเดียวกัน มาตรา 23

⁵³ เรื่องเดียวกัน มาตรา 24

⁵⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 54

และรับผิดชอบในราชการจังหวัดและอำเภอ ซึ่งอำนาจและหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นนั้น จะกระทำภายใต้อำนาจของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ กล่าวคือ อำนาจขององค์การบริหารส่วนจังหวัดตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 45⁵⁵ มาตรา 46⁵⁶ มาตรา 47⁵⁷ นอกจากนี้ ยังมีอำนาจอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง (พ.ศ. 2541) ซึ่งออกตามความในมาตรา 6 และมาตรา 45 (8) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ที่ได้กำหนดกิจการซึ่งราชการส่วนท้องถิ่นอื่นสมควรให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดร่วมดำเนินการ หรือให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดจัดทำ

2.4.1.2 ไฟป่า

ไฟป่า (Wildfire) คือ ไฟที่เกิดจากการเผาไหม้เชื้อเพลิงธรรมชาติ เช่น เศษดิน เศษหญ้า กิ่งไม้ และใบไม้แห้ง รวมไปถึงต้นไม้ที่ยังมีชีวิตอยู่ภายในป่า (Forest) หรือสวนป่า (Urban Forest) จนเกิดไฟลุกไหม้ที่ปราศจากการควบคุม สามารถลุกลามต่อเนื่องไปได้อย่างอิสระ โดยไม่มีขอบเขต⁵⁸ ซึ่งอาจจำแนกเป็นไฟป่าที่เกิดจากธรรมชาติ และเกิดจากการกระทำของมนุษย์ ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมไฟป่าโดยตรง ในทางปฏิบัติจึงต้องอาศัยพระราชบัญญัติเกี่ยวกับป่าไม้ 4 ฉบับ ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามจุดไฟเผาป่า และมีบทกำหนดโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว ได้แก่

1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

มาตราที่เกี่ยวข้องกับควบคุมไฟป่าตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2518 มาตรา 54⁵⁹ ได้กำหนดห้ามมิให้ก่อสร้าง แผ้วถาง หรือเผาป่า หรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำลายป่า หรือเข้ายึดถือหรือครอบครองป่าเพื่อตนเองหรือผู้อื่น เว้นแต่จะกระทำภายในเขตที่ได้จำแนกไว้เป็น

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน มาตรา 45

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน มาตรา 46

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน มาตรา 47

⁵⁸ มูลนิธิสืบนาคะเสถียร, สาเหตุและผลกระทบของการเกิดไฟป่า [ออนไลน์], 30 กันยายน 2567. แหล่งที่มา: <https://www.seub.or.th/blogging/knowledge/2024-74/>

⁵⁹ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 54

ประเภทเกษตรกรรม และรัฐมนตรีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือโดยได้รับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องระวางโทษตามกฎหมาย

2) พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507

ตามมาตรา 14⁶⁰ ตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 กำหนดว่าในเขตป่าสงวนแห่งชาติห้ามมิให้บุคคลยึดถือครอบครอง ทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในที่ดิน ก่อสร้าง แผ้วถาง เผาป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำการด้วยประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ เว้นแต่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หากฝ่าฝืนระวางโทษตามกฎหมาย⁶¹

3) พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 16 ได้กำหนดห้ามกระทำการภายในเขตอุทยาน อันได้แก่ ห้ามยึดถือครอบครองที่ดิน รวมตลอดถึงก่อสร้าง แผ้วถางหรือเผาป่า⁶² ห้ามยิงปืน ทำให้เกิดระเบิดซึ่งวัตถุระเบิดหรือ จุดดอกไม้เพลิง⁶³ ห้ามทั้งสิ่งที่เป็นเชื้อเพลิง ซึ่งอาจทำให้เกิดเพลิง⁶⁴ หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษตามกฎหมาย⁶⁵

4) พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535

ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ได้กำหนดห้าม⁶⁶ยึดถือหรือครอบครองที่ดิน ปลูก ก่อสร้างสิ่งใด หรือตัดโค่น แผ้วถาง เผา หรือทำลายต้นไม้ ชุกหาแร่ ดิน หิน หรือเลี้ยงสัตว์ หรือปล่อยสัตว์ หรือกระทำการอื่นใดที่กระทบต่อป่าไม้หรือสัตว์ป่า หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษ⁶⁷

⁶⁰ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 14

⁶¹ เรื่องเดียวกัน มาตรา 31

⁶² พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 16 (1)

⁶³ เรื่องเดียวกัน มาตรา 16 (16)

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน มาตรา 16 (19)

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน มาตรา 24 และ มาตรา 27

⁶⁶ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 มาตรา 38 วรรคแรก และมาตรา 42

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน มาตรา 54

2.4.2 แหล่งกำเนิดต่างประเทศ

2.4.2.1 ฝุ่นควันข้ามแดน

ปัญหาฝุ่นควันข้ามแดนแบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนแรก อาเซียนตอนบน เกิดในช่วงเดือนธันวาคม - เมษายนของทุกปี ส่วนที่สอง อาเซียนตอนล่าง เกิดตั้งแต่ มิถุนายน - สิงหาคมของทุกปีอันมาจากการเผาในอินโดนีเซียส่งผลกระทบต่อหลายจังหวัดของภาคใต้ ซึ่งในการศึกษานี้ ได้ศึกษาในพื้นที่ภาคเหนือตอนบนซึ่งอยู่ในเขตอาเซียนตอนบน จากสถิติการเผาในที่โล่งแจ้งในอาเซียนรายประเทศตั้งแต่ปี 2562 – 2566 ปรากฏพบการเผาที่โล่งมากที่สุดคือ สปป.ลาว เมียนมา และกัมพูชา ส่วนประเทศไทยอยู่ที่ 10^{68} ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามลพิษจากการเผาในที่โล่งแจ้งในอาเซียนตอนเหนือมีรุนแรงกว่าอาเซียนตอนล่าง

1) มาตรการทางกฎหมาย

ปัญหาฝุ่นควันข้ามพรมแดนได้เกิดขึ้นในเขตอาเซียนตั้งแต่ พ.ศ. 2523 โดยเฉพาะในปี 2540 – 2541 ที่เป็นช่วงระยะเวลาที่วิกฤตรุนแรงมากที่สุดและเกิดผลกระทบในหลายประเทศ อย่างเช่น บรูไน อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และประเทศไทย⁶⁹ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2545 ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ลงนามในความตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษหมอกควันข้ามแดน (ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution)⁷⁰ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศภาคี ดำเนินการทั้งด้วยตนเองและร่วมกับประเทศภาคีอื่น เพื่อวิเคราะห์แหล่งต้นเหตุ สาเหตุ ลักษณะ และระดับความรุนแรงของไฟบนพื้นดิน และไฟป่า และหมอกควันที่เกิดขึ้นตามมา เพื่อป้องกันและควบคุมแหล่งกำเนิดของมลพิษ

⁶⁸ ศิริรัตน์ เปลี่ยนเพ็ญ, ปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 และกฎหมายมลพิษข้ามพรมแดน [ออนไลน์], 15 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: https://cdc.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=3503

⁶⁹ สำนักข่าวอิสรา, ฝุ่นพิษ PM 2.5 ข้ามพรมแดน กลไกอาเซียนไร้ความหมาย ต้องใช้ กม. ระหว่างประเทศ [ออนไลน์], 30 กันยายน 2567. <https://www.isranews.org/article/isranews-scoop/119777-isranews-336.html>

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน

โดยนโยบาย วิถีปฏิบัติ และเทคโนโลยีที่เป็นผลดีต่อสิ่งแวดล้อมมาใช้ ตลอดจนเพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถทั้งระดับชาติและระดับภูมิภาค และเสริมสร้างความร่วมมือในการวิเคราะห์ การป้องกัน การลด และการจัดการไฟบนพื้นดินและไฟป่า และหมอกควันที่เกิดขึ้นตามมา

2) ผู้มีอำนาจดำเนินการตามข้อตกลงว่าด้วยมลพิษหมอกควัน

ข้ามแดน

มีการแต่งตั้งหน่วยงานรับผิดชอบภายใต้ข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษหมอกควันข้ามแดน ตามมาตรา 6 และ มาตรา 7 โดยกำหนดให้ประเทศภาคีแต่งตั้งหน่วยงานกลางประสานการดำเนินงาน และศูนย์ติดตามตรวจสอบแห่งชาติ (National Monitoring Centre) เพื่อดำเนินงานตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษหมอกควันข้ามแดน ซึ่งประเทศไทยได้แต่งตั้งหน่วยงานต่าง ๆ ดังนี้⁷¹

1. หน่วยงานกลางประสานการดำเนินงาน ได้แก่ กรมควบคุมมลพิษ
2. ศูนย์ติดตามตรวจสอบแห่งชาติ ได้แก่ กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช
3. หน่วยงานที่มีอำนาจ ได้แก่ (1) กรมควบคุมมลพิษ (2) กรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืช (3) กรมป่าไม้ (4) กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น (5) กรมการปกครอง (6) กรมส่งเสริมการเกษตร (7) กรมทางหลวง (8) กรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

3) กลไกการดำเนินงานภายใต้กรอบการดำเนินงานด้านมลพิษหมอกควันข้ามแดน⁷²

1. การประชุมประเทศภาคีต่อข้อตกลงอาเซียนเรื่องมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน เพื่อพิจารณาแนวทางในการแก้ไขปัญหาหมอกควันข้ามแดน อันมีสาเหตุเนื่องมาจากปัญหาการเผาในที่โล่งในประเทศต่าง ๆ

⁷¹ กระทรวงต่างประเทศ, การดำเนินงานตามข้อตกลงอาเซียนเรื่องมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน [ออนไลน์], 30 กันยายน 2567. <https://fad.mnre.go.th/th/as/content/255>

⁷² เรื่องเดียวกัน

2. การประชุมรัฐมนตรีสิ่งแวดล้อม และคณะทำงานภายใต้รัฐมนตรีสิ่งแวดล้อม 5 ประเทศอนุภูมิภาคแม่โขง ได้แก่ เมียนมา สปป. ลาว เวียดนาม กัมพูชา และไทย โดยเป็นการประชุมเรื่อง มลพิษจากหมอกควันข้ามแดน

3) การประชุมรัฐมนตรีสิ่งแวดล้อมและคณะทำงานภายใต้รัฐมนตรีสิ่งแวดล้อม 5 ประเทศ ได้แก่ บรูไน อินโดนีเซีย มาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย โดยเป็นการประชุมเรื่อง มลพิษจากหมอกควันข้ามแดน

4) แผนการผลักดันข้อตกลงอาเซียน⁷³

1) จัดตั้งศูนย์ประสานงานกลาง (ACC THPC) ที่อินโดนีเซีย

2) ประชุมรัฐมนตรีสิ่งแวดล้อม 5 ประเทศอนุภูมิภาคแม่โขง เรื่องมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน จุดประสงค์เพื่อลดจำนวนจุดความร้อนในอนุภูมิภาคแม่โขง ลงเหลือไม่เกิน 50,000 จุด ในปี 2563 ภายใต้ 4 ยุทธศาสตร์หลักของ ASEAN Transboundary Haze Free Roadmap ทั้งนี้ ได้ถูกขยายออกไปอีก 5 ปี⁷⁴ จนถึงปี 2568

3) ประเทศไทย โดยกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ได้ริเริ่มและผลักดันให้มีการจัดทำ ASEAN Transboundary Haze-Free Roadmap เพื่อเป็นกรอบแนวทางในการนำข้อตกลงอาเซียนเรื่องไปสู่การปฏิบัติ ส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือแลกเปลี่ยนความรู้ ข้อมูล แนวทางปฏิบัติที่ดี และเทคโนโลยีในการแก้ไขปัญหา รวมถึงการพัฒนาศักยภาพบุคลากรเพื่อให้สามารถรับมือกับปัญหาได้อย่างถูกต้องเหมาะสม

4) Roadmap อาเซียนปลอดหมอกควันเพื่อให้อาเซียนปลอดจากหมอกควันภายในปี พ.ศ. 2563 และที่ประชุมได้มีมติให้ขยายออกไปจนถึงปี 2573

ดังนั้น จากข้อกำหนดและแนวทางการดำเนินงานของความตกลงในระดับอาเซียนนั้นจึงมีความแตกต่างจากสหภาพยุโรป (European Union: EU)

⁷³ เรื่องเดียวกัน

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน

เพราะความตกลงในระดับอาเซียนเป็นการรวมตัวของประเทศสมาชิกเพื่อสร้างความร่วมมือในเรื่องต่าง ๆ ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งไม่มีนัยยะผูกพันทางกฎหมายที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เป็นเพียงบันทึกความเข้าใจและความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกเท่านั้น ปัญหาฝุ่นควันข้ามแดน และฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบนนั้น ส่วนหนึ่งมาจากภาคเอกชนของไทยที่มีส่วนสนับสนุนการทำเกษตรทั้งในภาคเหนือตอนบนและประเทศเพื่อนบ้าน และประเทศไทยมีการนำเข้าสินค้าเกษตรจากประเทศเมียนมาร์สูงสุดเป็นอันดับ 1⁷⁵ จึงไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดที่จะบังคับการกระทำที่ก่อให้เกิดมลพิษเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้

2.5 มาตรการคุ้มครองและเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ

กฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันเพื่อเยียวยาความเสียหายผู้ได้รับผลกระทบจากสิ่งแวดล้อมนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 96⁷⁶ และมาตรา 97⁷⁷ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิด กล่าวคือ เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดเท่าใด ศาลจะพิพากษากำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายได้ไม่เกินจากความเสียหายที่แท้จริง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438⁷⁸ ดังนั้นจึงเป็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยในกรณีความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับอย่างร้ายแรง หรือสูญเสียชีวิตจะมีมาตรการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบอย่างไร

2.6 มาตรการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อม

ในปัจจุบันประชากรโลกส่วนใหญ่จำเป็นต้องรับเอาสารพิษและของเสียโดยไม่ยินยอม ทำให้เพิ่มความเสี่ยงในการก่อให้เกิดโรคและความพิการ รวมถึงการตายก่อนวันอันควร (Premature Death) ข้อมูลจากสหประชาชาติ (United Nations: UN) พบว่า ในปี 2020 ภัยธรรมชาติทำให้ผู้คนต้องพลัดถิ่นมากถึง 30 ล้านคน มลพิษทางอากาศส่งผลให้มี

⁷⁵ สำนักข่าวอิศรา, ฝุ่นพิษ PM 2.5 ข้ามพรมแดน' กลไกอาเซียนไร้ความหมาย ต้องใช้ กม. ระหว่างประเทศ

⁷⁶ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน มาตรา 97

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438

ผู้เสียชีวิตปีละประมาณ 7 ล้านราย⁷⁹ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ จึงได้ประกาศว่าการเข้าถึงสิ่งแวดล้อมที่สะอาดดีต่อสุขภาพ และยั่งยืน เป็นสิทธิมนุษยชนสากล⁸⁰ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม เป็นภัยคุกคามเร่งด่วนต่ออนาคตของมนุษยชาติ และเรียกร้องให้รัฐชาติสมาชิกเร่งความพยายามในการดำเนินการแก้ปัญหา และได้เรียกร้องให้ประเทศต่าง ๆ ยกระดับความสามารถในการรักษาสิ่งแวดล้อม รวมถึงการพัฒนากฎหมายและนโยบายการปกป้องสิ่งแวดล้อมที่เข้มข้นและสอดคล้องกันมากขึ้น

สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นแนวทางการปกป้องคุณภาพของสิ่งแวดล้อมโดยใช้แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน ซึ่งองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมสนับสนุนเพื่อปกป้องระบบนิเวศที่ดีต่อสุขภาพของมนุษย์⁸¹ โดยเชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนด้านสุขภาพและด้านอื่น ๆ เช่น สิทธิมนุษยชนในน้ำและการสุขาภิบาล (Human Right to Water and Sanitation) สิทธิในอาหาร (Right to Food) และสิทธิในสุขภาพ สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นต้น⁸² ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมไว้หลายประการ ดังนี้

ก) สิทธิในการมีส่วนร่วมจัดการสิ่งแวดล้อม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้บุคคลและชุมชนมีสิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตาม

⁷⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติรับรองให้สิ่งแวดล้อมสะอาดเป็นสิทธิมนุษยชน [ออนไลน์], 2 พฤศจิกายน 2566. แหล่งที่มา: 22 พฤษภาคม 2566. สืบค้นจาก <https://lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?Id=858&Type=1>

⁸⁰ Amnesty International Thailand, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน [ออนไลน์] 20 พฤษภาคม 2566, แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr/>

⁸¹ วรรณภา ดิระสังขะ, กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมประเทศฝรั่งเศส: หลักการพื้นฐานในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Le Code de l'environnement) [ออนไลน์], 2 พฤศจิกายน 2566. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=707>

⁸² วีรวัฒน์ เพ็ชรสม, การคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมในรัฐธรรมนูญกับศาลยุติธรรม, (การศึกษาค้นคว้าอิสระ หลักสูตรผู้พิพากษาหัวหน้าศาล รุ่นที่ 18 วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม, 2562).

วิธีการที่กฎหมายบัญญัติ⁸³ โดยให้สิทธิแก่ชุมชนและบุคคลมีส่วนร่วมในการฟ้องร้องหน่วยงานรัฐ และสิทธิชุมชนที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องบัญญัติออกมาในลักษณะของกฎหมายลูกอีกครั้ง จึงอาจทำให้สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมในด้านสิ่งแวดล้อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญโดยตรง

ข) สิทธิของบุคคลในการมีส่วนร่วมในโครงการต่าง ๆ โดยการแสดงความคิดเห็นหรือให้ความยินยอมต่อการดำเนินการของหน่วยงานภาครัฐ โดยให้สิทธิในการเสนอแนะในกิจการต่าง ๆ ที่อาจกระทบต่อความเป็นอยู่อย่างสงบสุขของประชาชน⁸⁴ และรัฐต้องประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมและชุมชน⁸⁵ ก่อนจะมีการอนุญาตประกอบกิจการใด

ค) สิทธิในการรับฟังความเห็นจากประชาชนและชุมชนในการดำเนินการของรัฐที่อาจกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ โดยรัฐจะต้องระมัดระวังให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนชุมชน สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด ต้องจัดทำรายงานผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้องก่อนเพื่อประกอบการพิจารณาอนุญาต⁸⁶ ซึ่งบุคคลและชุมชนมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนมีการอนุญาตโครงการใด ๆ

แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมยังไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไม่มีการคุ้มครองสิทธิในด้านสิ่งแวดล้อมของประชาชนไว้ดังเช่นสิทธิพื้นฐานในด้านอื่น จะเป็นผลให้ประชาชนถูกรังทำละเมิดจากฝุ่น PM 2.5 โดยไม่มีการคุ้มครองเยียวยา ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจึงมีสิทธิเรียกร้องได้เพียงค่าเสียหายกรณีละเมิดตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยต้องพิสูจน์ความเสียหายจนเป็นที่ประจักษ์ว่าความเดือดร้อนเสียหายนั้น เป็นผลกระทบจากฝุ่น PM 2.5 จริง ซึ่งหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของประชาชนให้มีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น เป็นเจตนารมณ์ขององค์การสหประชาชาติที่ได้ประกาศไว้ในปฏิญญาสากล

⁸³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43 (2)

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน มาตรา 43 (3)

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน มาตรา 58

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน

ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อมุ่งคุ้มครองพลเมืองจากการถูกคุกคามจากมลพิษทางอากาศซึ่งประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกได้เผชิญ

2.7 พันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ประเทศไทยได้รับการจัดลำดับจากองค์กร German watch ให้เป็น 1 ใน 10 ของประเทศที่มีความเสี่ยงสูงต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระยะยาว⁸⁷ ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่พึ่งพาการใช้พลังงานจากเชื้อเพลิงฟอสซิลและมีการเติบโตของพื้นที่เมืองอย่างต่อเนื่อง จึงมีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เพิ่มขึ้น นับตั้งแต่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) เมื่อปี พ.ศ. 2537⁸⁸ ประเทศไทยมีการกำหนดเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทยภายหลังปี พ.ศ. 2563 ที่ร้อยละ 20 – 25 จากกรณีปกติ⁸⁹ และได้จัดตั้งคณะทำงานจัดทำแผนการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ภายใต้คณะอนุกรรมการการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศด้านการบูรณาการนโยบายและแผนเพื่อพิจารณาและจัดทำร่างแผนที่นำทางการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ปี พ.ศ. 2564 – 2573⁹⁰ เพื่อนำมาเป็นข้อเสนอในการมีส่วนร่วมของประเทศไทย ในการลดก๊าซเรือนกระจกและการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศกับประชาคมโลก ผ่านการดำเนินการใน

⁸⁷ ไทยพับลิก้า, ประเทศไทยถูกจัดให้มีความเสี่ยงด้านภูมิอากาศสูงเป็นอันดับ 9 ของโลก [ออนไลน์], 5 มีนาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://thaipublica.org/2021/04/complex-world-prasart01>

⁸⁸ อนันต์ คงศรีอพันธ์ุ, กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Law and Climate Change), กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2559).

⁸⁹ กองประสานการจัดการการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, แผนที่นำทางการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ปี พ.ศ. 2564-2573 [ออนไลน์], 10 พฤศจิกายน 2566. แหล่งที่มา: <https://climate.onep.go.th/th/topic/policy-and-strategy/thailand-ndc-roadmap-on-mitigation/>

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน

สาขาต่าง ๆ 4 สาขา⁹¹ ได้แก่ สาขาลังงาน สาขาคมนาคมขนส่ง สาขาอุตสาหกรรม และ
สาขาจัดการของเสีย เพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่ได้ตั้งไว้

3. มาตรการทางกฎหมายในการแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบน ตามร่าง พระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ.

สถานการณ์ฝุ่น PM 2.5 ในพื้นที่ภาคเหนือกำลังวิกฤตในหลายพื้นที่ โดยเฉพาะ
จังหวัดเชียงใหม่ที่ติดอันดับ 2 ของเมืองที่มีมลพิษมากที่สุดในโลก⁹² ในขณะที่ร่าง
พระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ.
กำลังอยู่ในขั้นพิจารณาของคณะกรรมการ เพื่อให้มีผลบังคับใช้ต่อไปนั้น ร่าง
พระราชบัญญัตินี้มีหลักการสำคัญของการรับรองและคุ้มครองสิทธิในชีวิต และสิทธิใน
สุขภาพ ซึ่งนำไปสู่การมีสิทธิที่จะหายใจอากาศสะอาด โดยมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกคน
ในการดำรงชีวิตด้วยอากาศสะอาดที่ไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควร
รวมถึงการคุ้มครองกลุ่มเปราะบางเป็นพิเศษ โดยมีการบูรณาการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
อย่างเป็นระบบ ปราศจากการบริหารราชการแบบแยกส่วน หากมีกรณีที่มีการขัดหรือแย้ง
กับกฎหมายฉบับอื่น ให้ถือว่าพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายหลักและกฎหมายเฉพาะ
ในการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการที่ต้องนำมาใช้บังคับก่อน ซึ่งมี
สาระสำคัญดังนี้

⁹¹ วชิรินทร์ ชินวรวัฒนา, นโยบายการเปลี่ยนผ่านสู่เศรษฐกิจสีเขียว เปรียบเทียบของไทยและ
ต่างประเทศ [ออนไลน์], 16 ตุลาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.bot.or.th/th/research-and-publications/research/economic-pulse/economic-pulse-202307.html>

⁹² Thai PBS, เทียบร่างกฎหมายอากาศสะอาด 7 ฉบับ [ออนไลน์], 15 ตุลาคม 2567
แหล่งที่มา: <https://policywatch.thaipbs.or.th/article/environment-16>

3.1 ผู้มีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพอากาศ

3.1.1 อำนาจควบคุมส่วนกลาง

ตามมาตรา 40⁹³ ของร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ได้กำหนดให้องค์การอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพ มีหน้าที่กำกับดูแล ติดตาม และดำเนินการจัดการอากาศสะอาดที่เชื่อมโยงมิติสุขภาพกับสิ่งแวดล้อม โดยมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐ ที่ไม่ใช่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ อยู่ในกำกับของคณะกรรมการกำกับ และสำนักนายกรัฐมนตรี โดยมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ อาทิ ดำเนินงานตามนโยบายและแผนแม่บท ประสานงานและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานของคณะกรรมการทั้งหลาย และหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพ และรายงานข้อมูลการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการบริหารจัดการกองทุนอากาศสะอาด การวิเคราะห์และกำหนดเครื่องมือ ที่เกี่ยวกับการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพ โดยการมีส่วนร่วมของประชาชน⁹⁴ เป็นต้น

3.1.2 อำนาจควบคุมส่วนจังหวัด

ตามมาตรา 54⁹⁵ ของร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการร่วมด้านอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพระดับจังหวัด เน้นองค์ประกอบที่มาจากภาคประชาสังคม มีอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำแผนแม่บทในจังหวัด กำหนดหลักเกณฑ์การกำกับติดตามหน่วยงานของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินการป้องกัน แก้ไข และเยียวยา เพื่อเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการกำกับเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาคุณภาพทางอากาศเพื่อสุขภาพ ประสานงานกับหน่วยงานของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมาย หรือดำเนินนโยบายที่เกี่ยวข้อง และต้องติดตามการดำเนินงานอย่างต่อเนื่อง⁹⁶

⁹³ ร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. มาตรา 40

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 41

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 54

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 58 มาตรา 59

นอกจากนี้ ผู้บริหารองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่แจ้งเตือนประชาชน⁹⁷ หากปรากฏผลในระบบติดตามข้อมูลคุณภาพอากาศในพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบมีคุณภาพอากาศต่ำกว่าดัชนีคุณภาพอากาศ หรือดัชนีคุณภาพอากาศเพื่อสุขภาพ

3.1.3 อำนาจควบคุมส่วนท้องถิ่น

ตามมาตรา 60⁹⁸ ของร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาด เพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. กำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยต้องคำนึงถึงกลุ่มเปราะบาง และให้คณะกรรมการกำกับ โดยความเห็นของคณะกรรมการร่วม กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการส่งเสริมและสนับสนุนด้านงบประมาณ ทรัพยากร เครื่องมือ และองค์ความรู้ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพ ร่วมกับภาคประชาสังคม ภาคเอกชน สถาบันการศึกษา และชุมชน เพื่อให้ประชาชนเข้าถึงสิทธิที่จะหายใจอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพ

3.1.4 อำนาจควบคุมในเขตพื้นที่เฉพาะ

ตามมาตรา 64⁹⁹ และมาตรา 65¹⁰⁰ ได้กำหนดให้คณะกรรมการร่วม มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกา เพื่อกำหนดเขตพื้นที่เฉพาะ และแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมด้านอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพในเขตพื้นที่เฉพาะ กรณีที่พื้นที่ใดมีปัญหาคุณภาพอากาศที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อม ต้องทบทวนเขตพื้นที่เฉพาะ ทุกหนึ่งปี และให้องค์กรเอกชนหรือองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมสุขภาพ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สถาบันการศึกษา หรือภาคประชาสังคมกำหนดเขตพื้นที่เฉพาะได้โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ค่าดัชนีคุณภาพอากาศ ดัชนีคุณภาพอากาศเพื่อสุขภาพ หรือเขตพื้นที่ที่มีผู้ป่วยเป็นกลุ่มเปราะบาง และเป็นโรคระบบทางเดินหายใจอันเนื่องมาจากหมอกควันพิษ

3.2 มาตรการควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด

(ก) มาตรการจัดเก็บค่าธรรมเนียมแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษ

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 62

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 60

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน..... มาตรา 64

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 65

เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษต้องเสียค่าธรรมเนียมการจัดการหมอกควันพิษ¹⁰¹ เพื่อนำมาเป็นเงินค่าบริการในการบำบัดหรือจัดการหมอกควันพิษที่เกิดขึ้น ซึ่งแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษที่ต้องเสียค่าธรรมเนียม¹⁰² ได้แก่ เครื่องยนต์ที่มีการเผาไหม้เชื้อเพลิงในยานพาหนะทุกชนิด เครื่องจักรที่มีการเผาไหม้เชื้อเพลิงในกระบวนการผลิตภาคอุตสาหกรรม รวมถึงโรงไฟฟ้าโครงการก่อสร้างและการพัฒนาเมือง โดยภาครัฐและภาคเอกชน กิจกรรมเหมืองแร่ กิจกรรมทางการเกษตร และการเผาในที่โล่ง รวมถึงแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษอื่นตามที่คณะกรรมการกำกับประกาศกำหนดด้วย

(ข) มาตรการจัดเก็บเงินกองทุนสำหรับสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดมลพิษและกระทบต่อสุขภาพ

สินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดหมอกควันพิษและส่งผลกระทบต่อสุขภาพ ต้องนำส่งเงินเข้ากองทุนในอัตราร้อยละสิบของภาษีที่จัดเก็บจากสินค้าหรือบริการนั้น¹⁰³ ซึ่งสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดหมอกควันพิษและส่งผลกระทบต่อสุขภาพ แบ่งเป็น 3 ประเภท¹⁰⁴ คือ 1) ประเภทสินค้า 2) ประเภทกิจการ และ 3) สินค้าหรือบริการ ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต ที่ประกาศกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

(ค) ฝุ่นควันข้ามแดน

ผู้ที่เป็นเจ้าของหรือครอบครองแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษนอกราชอาณาจักรไทย ซึ่งก่อให้เกิดหรือเป็นแหล่งกำเนิดการรบกวนหรือแพร่กระจายหมอกควันพิษเข้ามาในราชอาณาจักรไทยจนเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพอนามัยของประชาชนในราชอาณาจักรไทย¹⁰⁵ ต้องระวางโทษตามกฎหมาย¹⁰⁶ และมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายนั้น เว้นแต่¹⁰⁷ พิสูจน์ได้ว่าหมอกควันพิษเช่นนั้นเกิดจาก

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 95

¹⁰² เรื่องเดียวกัน. มาตรา 72 มาตรา 96

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 72

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 73

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 108

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 110

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 109

ปรากฏการณ์ธรรมชาติหรือการกระทำสงครามที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ หรือไม่อาจต้านทานได้ และไม่สามารถป้องกันได้โดยการกระทำของมนุษย์ ทั้งนี้ ผู้ใช้และผู้สนับสนุนในการกระทำ ความผิด นายจ้าง ผู้ว่าจ้าง หรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้กระทำผิด¹⁰⁸

3.3 มาตรการคุ้มครองและเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ

ในกรณีที่มีความเสียหายจากหมอกควันพิษที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรกระทบต่อ สิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัยของประชาชน ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้องค์กร เอกชนที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับสุขภาพ สิ่งแวดล้อม ผู้บริโภค เด็ก ผู้สูงอายุ หญิงมีครรภ์ ผู้ป่วย และผู้ทำงานกลางแจ้ง¹⁰⁹ มีสิทธิในการดำเนินคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง และดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ รวมถึงเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายในคดี ที่เกี่ยวกับอากาศสะอาดได้

กรณีความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพอนามัยของประชาชนจากแหล่งกำเนิดที่ เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดซึ่งกระทำในราชอาณาจักรไทย และให้ศาลแพ่ง ศาลอาญา หรือศาลปกครองมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีตามแต่ กรณี¹¹⁰ โดยให้ผู้เสียหายหรือผู้อาจเสียหายที่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีจากการกระทำ ความผิดนั้นได้ รวมถึงบุคคล นิติบุคคล ชุมชน กลุ่มบุคคล ประชาชนที่อยู่อาศัยในพื้นที่ที่ ได้รับผลกระทบจากหมอกควันพิษในช่วงเวลาที่มีการกระทำความผิด¹¹¹ สำหรับอายุความ ของการดำเนินฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดให้มีอายุความ 10 ปี¹¹² นับแต่วันที่หมอก ควันพิษข้ามแดนเข้ามาในราชอาณาจักรไทย

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 111

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 16

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 113

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 114

¹¹² เรื่องเดียวกัน. มาตรา 118

3.4 มาตรการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อม

(ก) สิทธิด้านสิ่งแวดล้อม

ได้กำหนดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะหายใจอากาศสะอาด กล่าวคือ บุคคลมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตด้วยอากาศที่สะอาด ไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควร¹¹³ ซึ่งมีความสอดคล้องและสัมพันธ์กับสิทธิในสุขภาพและสิทธิในชีวิต อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองคุ้มครองในฐานะสิทธิมนุษยชน¹¹⁴ ที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของนานาอารยประเทศ รวมถึงราชอาณาจักรไทย

(ข) สิทธิได้รับการตรวจสอบสุขภาพ

ผู้ที่อยู่ในกลุ่มเปราะบาง ซึ่งมีภูมิด้านทาน และความทนทานการรับปริมาณสารมลพิษต่ำกว่าบุคคลทั่วไป¹¹⁵ เช่น เด็ก หญิงมีครรภ์ ผู้สูงอายุ ผู้ป่วยเรื้อรัง ผู้ป่วยโรคทางเดินหายใจ ผู้ทำงานกลางแจ้ง และผู้ที่ต้องอยู่ในพื้นที่ที่มีหมอกควันพิษปกคลุม มีสิทธิได้รับการตรวจสอบสุขภาพจากโรงพยาบาลของรัฐ หรือสถานพยาบาลที่มีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าโรงพยาบาลที่รัฐจัดให้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย¹¹⁶ เพื่อเป็นการเฝ้าระวังแนวโน้มที่อาจเกิดโรคอันมีสาเหตุจากหมอกควันพิษ

(ค) สิทธิได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพอากาศและผลกระทบต่อสุขภาพ

บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคุณภาพของอากาศและผลกระทบต่อคุณภาพอากาศที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และสิทธิในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการกำหนดนโยบาย จัดทำกฎหมาย และกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาด รวมถึง สิทธิในการเข้าถึงและได้รับความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม¹¹⁷

(ง) หน้าที่ของรัฐในการดำเนินการ

¹¹³ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 8

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 5

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 3

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 8

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 9

รัฐมีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการเพื่อให้บุคคลทุกคนได้รับสิทธิดังกล่าวตามที่กล่าวมานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการประเมินผลกระทบต่อสุขภาพ¹¹⁸ โดยทุกฝ่ายต้องร่วมพิจารณาผลกระทบด้านสุขภาพ โดยการประยุกต์ใช้แนวทางและเครื่องมือที่มีการคาดการณ์ และพิจารณาผลกระทบด้านสุขภาพที่อาจเกิดขึ้น¹¹⁹ ทั้งในระดับนโยบายและระดับปฏิบัติการ

4. มาตรการทางกฎหมายในการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศของต่างประเทศ

ประเทศตัวอย่างที่ได้ศึกษา ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยสหรัฐอเมริกามีการใช้บังคับกฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 และเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาประสบความสำเร็จในการลดมลพิษทางอากาศในระยะยาวได้ ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการตามกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ได้ลงนามในอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC) ซึ่งมีกลไกการจัดการมลพิษทางอากาศในภาวะวิกฤตได้อย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

4.1 สหรัฐอเมริกา

สถานการณ์ปัญหาฝุ่นในสหรัฐอเมริกานั้น เกิดขึ้นในวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ 1948 ณ เมืองอุตสาหกรรมโดโนรา (Donora) รัฐเพนซิลเวเนีย โดยเกิดการปรากฏการณ์ท้องฟ้าถูกปกคลุมไปด้วยหมอกควันพิษสีเทาอยู่เหนือเมืองเล็ก ๆ ที่มีประชากรประมาณ 14,000 คน เป็นระยะเวลา 5 วัน¹²⁰ ส่งผลให้ประชาชนในพื้นที่ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ดังกล่าว เช่น มีอาการระคายเคือง แสบตาแสบจมูก และหลอดลม ซึ่งเมฆหมอกนี้เกิดจากสารคาร์บอนมอนอกไซด์ ซัลเฟอร์ไดออกไซด์ และฝุ่นพิษโลหะ ที่มาจากโรงงานถลุงเหล็ก และโรงงานหล่อสังกะสีที่อยู่ใกล้เคียง เป็นเหตุให้มีประชาชนเสียชีวิตถึง 20 คน และ

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 12

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 3

¹²⁰ อันโตนิโอ โฉมซา. ย้อนรอยฝุ่นควันมรณะทั่วโลก. [ออนไลน์], 15 ตุลาคม 2567
แหล่งที่มา: <https://www.blockdit.com/posts/5e2e791e5070e60cabffb120>

เจ็บป่วยเป็นจำนวนกว่า 6,000 คน¹²¹ ด้วยโรคทางเดินหายใจเรื้อรัง จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น จึงเป็นสัญญาณเตือนให้เห็นถึงอันตรายที่มลภาวะทางอากาศมีผลต่อสุขภาพ จนเป็นเหตุให้มีการตรากฎหมายหลายฉบับ ทั้งกฎหมายในระดับสหรัฐและกฎหมายของมลรัฐ เพื่อสนองตอบต่อปัญหาดังกล่าว รวมไปถึงกฎหมายอากาศสะอาดของสหรัฐอเมริกา หรือ Clean Air Act ที่เป็นฉบับดั้งเดิมในปี ค.ศ. 1963 ด้วย¹²² เพื่อแก้ปัญหามลพิษทางอากาศ จนกระทั่งต่อมา ในปี ค.ศ. 1970 สภาคองเกรสได้ตรากฎหมาย Clean Air Act¹²³ ที่ครอบคลุมในการแก้ปัญหายิ่งขึ้น และได้ตั้งสำนักงานปกป้องสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection Agency: EPA) ขึ้นมาโดยมีหน้าที่ในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว มีสาระสำคัญ ดังนี้

4.1.1 มาตรการควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด

(1) ในเขตพื้นที่ไม่ผ่านเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพอากาศ รัฐบาลระดับมลรัฐจะอนุญาตการประกอบกิจการหรือกิจกรรมอันเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษใหม่ไม่ได้ เว้นแต่จะได้มีการลดปริมาณการปล่อยมลพิษจากแหล่งกำเนิดที่มีอยู่เดิมลง¹²⁴ การอนุญาตให้ผู้ประกอบการเดิมขยายโรงงาน จะต้องกำหนดให้ลดปริมาณการปล่อยมลพิษจากแหล่งกำเนิดเดิม หรือซื้อสิทธิการปล่อยมลพิษ (Emission Credits) จากผู้ประกอบการอื่นที่ลดปริมาณการปล่อยมลพิษลงได้แล้ว

(2) การอนุญาตให้ประกอบกิจการอันเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษใหม่นี้รัฐบาลระดับมลรัฐจะต้องกำหนดให้ใช้กระบวนการตรวจสอบแหล่งกำเนิดมลพิษใหม่ในพื้นที่ไม่ผ่านเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพอากาศ (Non-Attainment New Source Review) โดยอย่างน้อย

¹²¹ รักษ์ไท เทพปัญญา, กฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) ของสหรัฐอเมริกา, กฎศีกาสาร, ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม-กันยายน 2564), หน้า 21.

¹²² เรื่องเดียวกัน

¹²³ เรื่องเดียวกัน

¹²⁴ ปรางทิพย์ ระเบียบ, กฎหมายเพื่อการจัดการมลพิษทางอากาศของประเทศไทยและของต่างประเทศ และข้อเสนอเพื่อแก้ไขปัญหามลพิษขนาดเล็กและสารมลพิษอื่น [ออนไลน์], 15 ตุลาคม 2567 แหล่งที่มา: https://www.ocs.go.th/static/content/right/resources/20240524NTFCGVFU_448.pdf

ต้องกำหนดให้ต้องใช้เทคโนโลยีการควบคุมมลพิษที่ดีที่สุด¹²⁵ที่มีอยู่ ณ วันที่อนุญาต (Best Available Control Technology - BACT) และเมื่อพิจารณาจากค่าความหนาแน่นของมลพิษ ณ วันที่อนุญาต จะไม่ทำให้ค่าความหนาแน่นของมลพิษในภาพรวมเพิ่มสูงขึ้นเกินเกณฑ์มาตรฐานระดับชาติและไม่ก่อความเสียหายให้แก่พื้นที่อนุรักษ์ เช่น อุทยานแห่งชาติ หรือพื้นที่คุ้มครองอื่น

(3) ในกรณีที่สำนักงานปกป้องสิ่งแวดล้อม (EPA) กำหนดเขตพื้นที่ในมลรัฐใด ให้เป็นเขตพื้นที่ไม่ผ่านเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพอากาศ (Non-Attainment Areas) รัฐบาลของมลรัฐนั้นจะต้องจัดทำแผนลดมลพิษและกำหนดมาตรการเพื่อลดมลพิษภายในเขตพื้นที่ดังกล่าว โดยมาตรการที่กำหนดนั้นจะต้องทำให้เกิดการลดความหนาแน่นของมลพิษชนิดนั้นได้จริงภายในกำหนดระยะเวลา 5 ปี โดยในกรณีที่เกิดปัญหามลพิษเข้าขั้นรุนแรง สำนักงานปกป้องสิ่งแวดล้อม อาจกำหนดระยะเวลาดำเนินการสูงกว่า 5 ปี ได้แต่ต้องไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้ มลรัฐจะต้องรายงานผลการลดความหนาแน่นของมลพิษรายปีต่อสำนักงานปกป้องสิ่งแวดล้อมด้วย ซึ่งจะต้องมีความก้าวหน้าอันสมเหตุสมผลอันจะทำให้สามารถลดความหนาแน่นของมลพิษให้ได้ตามเป้าหมายภายในกำหนดระยะเวลาในพื้นที่ดังกล่าว หน่วยงานที่รับผิดชอบในการอนุมัติแผนพัฒนาด้านการขนส่งจะต้องพิจารณาแผนลดมลพิษระดับมลรัฐประกอบด้วย

4.1.2 มาตรการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมในรัฐธรรมนูญ

ในการรับรองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของพลเมืองสหรัฐนั้น ได้ปรากฏหลักการคุ้มครองสิทธิในรัฐธรรมนูญของมลรัฐนิวยอร์ก เพื่อให้พลเมืองของตนได้อยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี และถือว่ารัฐมีหน้าที่ในการปกป้องรักษาและป้องกันเพื่อคงไว้ซึ่งสิ่งแวดล้อมที่ดี และลดการทำลายสิ่งแวดล้อมในอนาคต¹²⁶ ซึ่งการรับรองสิทธิของมลรัฐนิวยอร์กนั้น มีเหตุและปัจจัยจากปัญหาสิ่งแวดล้อมที่พลเมืองนิวยอร์กได้รับผลกระทบจากมลพิษด้าน

¹²⁵ รักษ์ไท เทพปัญญา. กฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) ของสหรัฐอเมริกา. หน้า 24.

¹²⁶ ภัทธิดา สุคนธี, การมีส่วนร่วมของประชาชนในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. [ออนไลน์], 20 ตุลาคม 2567 แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=153

สิ่งแวดล้อม อาทิ การปนเปื้อนในอากาศ จากสาร Perfluoro-and Polyfluorinated Alkyl Substances (PFAS)¹²⁷ ที่ยังไม่ได้รับการควบคุมอย่างจริงจังในรัฐนิวยอร์ก ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนอย่างรุนแรงจากโรงงานผลิตพลาสติกเป็นระยะเวลานาน จึงได้มีการเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้บัญญัติรับรองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ทำให้การบังคับใช้และตีความกฎหมายที่มีอยู่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น

สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของมลรัฐนิวยอร์ก ทำให้พลเมืองนิวยอร์กทุกคนสามารถใช้สิทธินี้เพื่อมีอำนาจกำหนดโครงสร้างของรัฐบาล โดยกำหนดให้คณะกรรมการผังเมือง สภาเมืองและเทศบาล สมาชิกนิติบัญญัติ และผู้ว่าการรัฐ กำหนดนโยบายตามสิทธิที่พลเมืองและมีการจัดการที่เด็ดขาดต่อผู้ละเมิดสิทธิสิ่งแวดล้อมดังกล่าว¹²⁸ นอกจากนี้การบัญญัติรับรองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพด้านอื่นจะส่งผลให้สิทธิดังกล่าวไม่อาจถูกพรากไป หรือยกให้แก้กันได้ เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา และสิทธิในการลงคะแนนเสียง ซึ่งหลักการสำคัญของสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของรัฐธรรมนูญนิวยอร์กนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 19¹²⁹ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของพลเมืองนิวยอร์ก ในการมีสิทธิในอากาศและน้ำที่สะอาด และสิทธิในการอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ จึงก่อให้เกิดมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของพลเมืองนิวยอร์กที่สำคัญ อันได้แก่ (1) มาตรฐานการดำเนินงานของ

¹²⁷ คือ กลุ่มสารเคมีที่ประกอบด้วยคาร์บอนและฟลูออรีน เป็นกลุ่มสารที่มีคุณสมบัติทนความร้อน ป้องกันความชื้นและไขมันได้ดี จึงมีการนำสารกลุ่ม PFAS มาใช้อย่างแพร่หลายในอุตสาหกรรมการผลิตสิ่งของต่างๆ เช่น พรหม เสื้อผ้า เฟอร์นิเจอร์ บรรจุภัณฑ์กระดาษสำหรับอาหาร และเครื่องครัวเคลือบกันเปื้อน (Non-Stick) เป็นต้น

¹²⁸ เนตรธิดา บุญนาค, พลเมืองรัฐนิวยอร์กเห็นชอบแก้ไขรัฐธรรมนูญ ให้ทุกคนมีสิทธิในอากาศและน้ำสะอาด และสิ่งแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ [ออนไลน์], 20 ตุลาคม 2567 แหล่งที่มา: <https://www.sdgmovement.com/2021/11/12/environmental-rights-amendment-pass-in-new-york-constitution/>

¹²⁹ รัฐธรรมนูญนิวยอร์ก มาตรา 19

หน่วยงานรัฐ¹³⁰ (2) มาตรฐานความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม¹³¹ (3) มาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของพลเมืองในสหรัฐ¹³² (4) การรับรองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมในมลรัฐอื่นของสหรัฐอเมริกา เช่น เพนซิลเวเนีย¹³³ และมอนทานา¹³⁴

4.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

กฎหมายด้านคุณภาพอากาศของฝรั่งเศส มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ตลอดจนสิ่งมีชีวิตอื่น ในระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อมด้วย¹³⁵ ทั้งได้มีการรับรองสิทธิในอากาศอันปลอดภัยต่อสุขภาพ และสิทธิในข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับคุณภาพอากาศและผลกระทบต่อสุขภาพ¹³⁶ สิทธิทั้ง 2 ประการดังกล่าวเป็นสิทธิที่รับรองโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ซึ่งได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่กำหนดนโยบายและดำเนินมาตรการป้องกันการแผ่กระจาย และการลดมลพิษ และการรักษาไว้ซึ่งคุณภาพทางอากาศที่ดี ตลอดจนแจ้งเตือนประชาชนในเชิงรุกเพื่อให้ประชาชนสามารถป้องกันตนจากสภาวะมลพิษได้โดยทันทีทันใด นอกจากนี้ ยังกำหนดอำนาจให้เจ้าหน้าที่ในการสั่งระงับกิจกรรมที่ก่อให้เกิดมลพิษได้

¹³⁰ Earth Justice. **Article 1 Section 19: New York's new Environmental Right.** September 12, 2023. Retrieved from : https://earthjustice.org/wp-content/uploads/20230209_green_amendment.pdf

¹³¹ เรื่องเดียวกัน

¹³² เรื่องเดียวกัน

¹³³ เรื่องเดียวกัน

¹³⁴ Thai Publica, ศาลตัดสินกลุ่มเยาวชนชนะ รัฐละเมิดสิทธิที่จะมีสภาพแวดล้อมที่สะอาดตามรัฐธรรมนูญ [ออนไลน์], 28 พฤศจิกายน 2566. แหล่งที่มา: [https://thaipublica.org/2023/08/judge-rules-in-favor-of-young-activists-in-mon tana-climate-trial/](https://thaipublica.org/2023/08/judge-rules-in-favor-of-young-activists-in-mon-tana-climate-trial/)

¹³⁵ กรณีศึกษา สิทธิพิงซ์, เจตนาธรรมและขอบเขตของกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม [ออนไลน์], 28 พฤศจิกายน 2566. แหล่งที่มา: <https://www.admincourt.go.th/admincourt/editorupload/files/1.pdf>

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน

4.2.1 มาตรการควบคุมมลพิษ

(1) การรับรองสิทธิในอากาศอันปลอดภัยต่อสุขภาพ และสิทธิในข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับคุณภาพอากาศและผลกระทบต่อสุขภาพ

แนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป เกี่ยวกับเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารในทางสิ่งแวดล้อม โดยมีเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารทั้งที่เป็นข้อมูลแบบเขียน แบบวีดิทัศน์ แบบเสียง หรือ ที่เก็บไว้ในแฟ้มข้อมูลในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ¹³⁷ ซึ่งมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับสภาพสิ่งแวดล้อม กิจกรรม หรือมาตรการต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม รวมทั้งกรณีที่เป็นการป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ด้วย การแจ้งเตือนประชาชนในเชิงรุกนี้ได้กำหนดเป็นแนวทางให้รัฐสมาชิกเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ โดยรัฐสมาชิกต้องแจ้งเตือนสภาวะมลพิษแก่ประชาชนเมื่อความหนาแน่นสูงกว่า ค่ามาตรฐาน โดยวิธีทางวิทยุ โทรทัศน์ และสื่อ โดยปรากฏในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมฝรั่งเศส มาตรา 7¹³⁸ ที่กำหนดให้ต้องมีการแจ้งเตือนประชาชนโดยทันทีที่ตรวจวัดความหนาแน่นของมลพิษได้สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพอากาศ¹³⁹ โดยรายการข้อมูลที่ต้องแจ้งประกอบด้วยค่าความหนาแน่นของมลพิษที่ตรวจวัดได้ ผลกระทบต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อม ตลอดจนวิธีป้องกันตนจากมลพิษ

(2) มาตรการควบคุมมลพิษ

เดิมกฎหมายกำหนดให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัด¹⁴⁰ ในการสั่งให้ระงับหรือจำกัดกิจกรรมการปล่อยมลพิษ ในระยะเริ่มต้น ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ใช้อำนาจดังกล่าว เนื่องจากเป็นคำสั่งที่กระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของประชาชนโดย

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน

¹³⁸ กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของฝรั่งเศส มาตรา 7

¹³⁹ สิริโฉม พรหมโฉม, มาตรการแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศและฝุ่นละออง PM 2.5 ตามกฎหมายต่างประเทศ. หน้า 242.

¹⁴⁰ ปรางทิพย์ ระเบียบ, กฎหมายเพื่อการจัดการมลพิษทางอากาศของประเทศไทยและของต่างประเทศ และข้อเสนอเพื่อแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศขนาดเล็กและสารมลพิษอื่น [ออนไลน์], 15 ตุลาคม 2567 แหล่งที่มา: https://www.ocs.go.th/static/content/right/resources/20240524NTFCGVFU_448.pdf

กว้างขวาง จึงทำให้ไม่มีการใช้บังคับกฎหมายและไม่สามารถแก้ไขปัญหาวิกฤตมลพิษได้ ต่อมาจึงได้มีการปรับปรุงกฎหมาย¹⁴¹ เพื่อกำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีหน้าที่ดำเนิน มาตรการเร่งด่วนเพื่อจำกัดหรือพักกิจกรรมก่อมลพิษทางอากาศเมื่อเกิดวิกฤตมลพิษขึ้น

เมื่อได้ผลตรวจวัดค่าความหนาแน่นของมลพิษทางอากาศสารหนึ่งสารใด หรือรวมกัน สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพอากาศเพื่อการแจ้งเตือน หรือสูงกว่าเกณฑ์ มาตรฐานคุณภาพอากาศเพื่อการแจ้งเตือนสำหรับกลุ่มเปราะบางได้ในพื้นที่บริเวณใด ให้ถือว่าเกิดวิกฤตมลพิษขึ้นในบริเวณนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องประกาศให้พื้นที่นั้นให้ เป็นเขตแจ้งภัยมลพิษโดยทันที¹⁴² และสั่งให้งดกิจกรรมประเภทที่กระทบกระเทือนต่อ เสรีภาพ และการประกอบอาชีพของประชาชนน้อยกว่าเสียก่อน ในกรณีที่เกิดสภาวะวิกฤต มลพิษต่อเนื่อง เป็นระยะเวลายาวกว่า 3 วัน ติดต่อกัน ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องสั่งให้ใช้ มาตรการอื่นเพิ่มเติมที่เข้มงวดขึ้น ซึ่งจะกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพตลอดจนกิจกรรมทาง เศรษฐกิจอย่างรุนแรงขึ้นก็ได้ ซึ่งประเภทกิจกรรมที่จะสั่งให้งดเมื่อเกิดวิกฤตมลพิษ และสภาวะวิกฤตมลพิษต่อเนื่อง เป็นไปตามแผนระดับภูมิภาคซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัด ร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำขึ้น หรือแผนคุ้มครองคุณภาพอากาศ (Plan de protection de l'atmosphère – PPA) ในเขตเมืองมีผู้อยู่อาศัยตั้งแต่ 250,000 คนขึ้นไป โดยกำหนดรายการและกำหนดระยะเวลาที่จะสั่งให้งดกิจกรรมแต่ละประเภทโดยละเอียด และชัดเจน

4.2.2 มาตรการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมในรัฐธรรมนูญ

ในอดีตสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ สิ่งแวดล้อมไว้เป็นหมวดหมู่ในรูปของประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Le Code de l'environnement)¹⁴³ บังคับใช้เป็นกฎหมายพื้นฐานและมีกฎหมายอีกหลายฉบับทั้ง ระดับรัฐกำหนด รัฐกฤษฎีกา และกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ รวบรวมไว้¹⁴⁴ ต่อมา ได้มีการนำ

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน

¹⁴² สิริโฌม พรหมโฌม. มาตรการแก้ไขปัญหาหมลพิษทางอากาศและฝุ่นละออง PM 2.5 ตาม กฎหมายต่างประเทศ. หน้า 243.

¹⁴³ วรณภา ตีระสังขะ, กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมประเทศฝรั่งเศส.

¹⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

หลักการต่าง ๆ ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมไปบัญญัติใหม่เป็นหลักการแนบท้ายในรัฐธรรมนูญ ในการอนุรักษ์และปรับปรุงทรัพยากรธรรมชาติ¹⁴⁵ รวมถึงการป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม¹⁴⁶ โดยให้มีสถานะเทียบเท่าสิทธิขั้นพื้นฐานด้านอื่น ส่งผลให้ประชาชนฝรั่งเศสมีสิทธิที่จะมีอากาศที่ดีและสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ¹⁴⁷ และยังได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบต่อผู้อื่น ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นต้องเยียวยาความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมตามเงื่อนไขที่กำหนด¹⁴⁸ อันเป็นหลักขดเชยความเสียหายตามหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย¹⁴⁹ และแม้ในกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นยังไม่เป็นที่แน่นอนจากการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ แต่ผลกระทบนั้นเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมและไม่อาจทำให้กลับคืนสภาพเดิมได้ กฎบัตรนี้ได้ให้สิทธิเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สอดส่องดูแลโดยการใช้หลักกว่าด้วยการป้องกันภัยไว้ก่อน¹⁵⁰ โดยนำกระบวนการประเมินความเสี่ยงมาใช้เพื่อป้องกันการเกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้น

5. วิเคราะห์และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาฝุ่น PM 2.5 ของประเทศไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายแก้ปัญหามลพิษทางอากาศและปัญหาฝุ่น PM 2.5 ของประเทศไทย โดยจำแนกเป็นมาตรการที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และมาตรการตามร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ... เปรียบเทียบกับมาตรการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศของต่างประเทศ อันได้แก่

¹⁴⁵ กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมฝรั่งเศส มาตรา 2

¹⁴⁶ เรื่องเดียวกัน มาตรา 3

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน มาตรา 1

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน มาตรา 4

¹⁴⁹ นฤมล เสกธีระ, *ความมีประสิทธิภาพของพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ในการป้องกันและแก้ไขปัญหามลพิษสิ่งแวดล้อม*, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (พฤษภาคม 2558) หน้า 53.

¹⁵⁰ กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมฝรั่งเศส มาตรา 5

สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ซึ่งในอดีตได้เผชิญวิกฤตการณ์มลพิษทางอากาศ เช่นเดียวกับประเทศไทย และประสบความสำเร็จในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้ง ยังมีการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในด้านสิ่งแวดล้อมเพื่อไม่ให้ถูกละเมิด จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ จึงนำไปสู่การวิเคราะห์และเปรียบเทียบในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

5.1 มาตรการทางกฎหมายในการแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 จากแหล่งกำเนิด

สถานการณ์ปัญหาฝุ่นในสหรัฐอเมริกาเป็นสัญญาณเตือนให้เห็นถึงอันตรายที่มลภาวะทางอากาศมีผลต่อสุขภาพ จนเป็นเหตุให้มีการตรากฎหมายหลายฉบับทั้งกฎหมายในระดับรัฐและกฎหมายของมลรัฐ เพื่อสนองตอบต่อปัญหาดังกล่าว รวมไปถึงกฎหมายอากาศสะอาดของสหรัฐอเมริกา หรือ Clean Air Act โดยจัดตั้งสำนักงานปกป้องสิ่งแวดล้อม (EPA) ให้รับผิดชอบโครงการต่าง ๆ ซึ่งมีขอบเขตของอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้ข้อกำหนดตามกฎหมายเพื่อลดการปล่อยมลพิษสู่สิ่งแวดล้อม

มาตรการแก้ปัญหามลพิษของสหรัฐอเมริกานั้น ได้มีการออกกฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) เพื่อใช้บังคับในการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศเป็นการเฉพาะ¹⁵¹ โดยรัฐบาลของสหรัฐและรัฐบาลของมลรัฐสามารถออกกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการปล่อยมลพิษหรือก๊าซต่าง ๆ และนำไปใช้บังคับกับโรงงานอุตสาหกรรมและยานพาหนะโดยตั้งสำนักงานปกป้องสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection Agency: EPA) เป็นองค์กรเฉพาะ ทำหน้าที่ออกกฎระเบียบและช่วยเหลือมลรัฐในการวางแผนการลดมลพิษและควบคุมตรวจสอบให้ปฏิบัติตามกฎหมาย และกำหนดมาตรฐานคุณภาพอากาศระดับชาติสำหรับมลพิษที่แพร่กระจายโดยทั่วไป¹⁵² แต่มลรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในการกำหนดกระบวนการเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐาน โดยมลรัฐจะต้องจัดทำแผนที่เรียกว่า แผนปฏิบัติการของมลรัฐ

¹⁵¹ เนตรจิตต์ บุนนาค, ครบรอบ 50 ปี พ.ร.บ. อากาศสะอาด ปี 1970 ที่สร้างการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในการจัดการปัญหามลพิษทางอากาศของสหรัฐอเมริกา [ออนไลน์], 20 สิงหาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.sdgmovement.com/2021/04/06/50th-anniversary-of-usa-clean-air-act-of-1970/>

¹⁵² กฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) มาตรา 112

(State Implementation Plans: SIPs)¹⁵³ และส่งแผนให้สำนักงานปกป้องสิ่งแวดล้อมพิจารณาว่าเป็นไปตามมาตรฐานหรือไม่ พื้นที่ที่ไม่ส่งแผนปฏิบัติการของมลรัฐ หรือส่งแผนปฏิบัติการของมลรัฐที่ไม่ได้มาตรฐาน หรือไม่ปฏิบัติตามแผนปฏิบัติการของมลรัฐ หรือกำหนดกิจกรรมที่ไม่สอดคล้องกับแผนปฏิบัติการของมลรัฐ จะไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางให้ดำเนินการ (Federal Permits) และไม่ได้รับความช่วยเหลือทางการเงินสำหรับการควบคุมมลพิษ¹⁵⁴

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. เปรียบเทียบกฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) ของสหรัฐอเมริกา พบว่ามีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยมีการตั้งองค์การอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพ¹⁵⁵ มีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินงานตามนโยบายและแผนแม่บทวิเคราะห์และกำหนดเครื่องมือและมาตรการทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพ¹⁵⁶ นอกจากนี้ ได้มีการกระจายอำนาจการดำเนินงานไปยังส่วนจังหวัด¹⁵⁷ ส่วนท้องถิ่น¹⁵⁸ และพื้นที่เฉพาะ¹⁵⁹ ให้มีอำนาจและหน้าที่ดำเนินงานภายในเขตอำนาจของตน โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับและคณะกรรมการร่วม สำหรับมาตรการควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด มีการกำหนดมาตรการควบคุมมลพิษออกเป็น 3 ประเภท คือ 1) จัดเก็บค่าธรรมเนียมแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษ¹⁶⁰ 2) การจัดเก็บเงินกองทุนสำหรับสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดหมอกควันพิษและกระทบต่อสุขภาพ จากสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดหมอกควันพิษและส่งผลกระทบต่อ

¹⁵³ ริกไท เทพปัญญา, กฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) ของสหรัฐอเมริกา, หน้า 23.

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน

¹⁵⁵ ร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. มาตรา 40

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 36

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 54

¹⁵⁸ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 60

¹⁵⁹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 64

¹⁶⁰ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 95 มาตรา 96

สุขภาพ¹⁶¹ และ 3) แหล่งกำเนิดที่เป็นฝุ่นควันข้ามแดน¹⁶² ซึ่งบังคับกับผู้ที่เป็นเจ้าของหรือครอบครองแหล่งกำเนิดหมอกควันพิษนอกราชอาณาจักร รวมถึงผู้ใช้ ผู้สนับสนุน นายจ้าง ผู้ว่าจ้าง หรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง¹⁶³

5.2 มาตรการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมไว้ในรัฐธรรมนูญ

ปัญหามลพิษทางอากาศที่ประชาชนต้องเผชิญอย่างต่อเนื่องยาวนาน เป็นวิกฤตมลพิษที่หน่วยงานภาครัฐไม่มีหลักประกันความเสี่ยงภัยให้กับประชาชน อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่พึงมีตามเจตนารมณ์ของสหประชาชาติ¹⁶⁴ เพื่อเป็นการยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของปวงชนชาวไทย จึงจำเป็นต้องพิจารณามาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเปรียบเทียบกับประเทศไทยเพื่อนำไปสู่มาตรการที่เหมาะสม ดังต่อไปนี้

สหรัฐอเมริกา มีรูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐมีรัฐธรรมนูญของตนเอง¹⁶⁵ ผู้ศึกษาจึงได้เลือกศึกษารัฐธรรมนูญของมลรัฐนิวยอร์กและมลรัฐมอนทานาที่ได้มีการบัญญัติสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมไว้ในรัฐธรรมนูญของตนเอง¹⁶⁶ ส่งผลให้พลเมืองของมลรัฐทุกคนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อกำหนดโครงสร้างของรัฐบาลได้¹⁶⁷ ซึ่งรัฐธรรมนูญของมลรัฐนิวยอร์กได้ก่อให้เกิดมาตรฐานต่าง ๆ คือ มาตรฐานในการดำเนินการของรัฐ มาตรฐานความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม และมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิพลเมืองในสหรัชนอกจากนี้ ในมลรัฐมอนทานายังได้สร้างบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีของศาล¹⁶⁸ โดยได้

¹⁶¹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 73

¹⁶² เรื่องเดียวกัน. มาตรา 108

¹⁶³ เรื่องเดียวกัน. มาตรา 111

¹⁶⁴ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, **สมุดปกเขียวอากาศสะอาด (Clean Air Green Paper): บุรณาการข้ามศาสตร์เพื่อข้อเสนอเชิงนโยบายสำหรับอากาศสะอาด**, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ภาพพิมพ์ จำกัด, 2565), หน้า 13-600.

¹⁶⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 83.

¹⁶⁶ รัฐธรรมนูญมลรัฐนิวยอร์ก มาตรา 19

¹⁶⁷ Earth Justice. Article 1 Section 19: New York's new Environmental Right.

¹⁶⁸ Thai Publica, ศาลตัดสินกลุ่มเยาวชนชนะ รัฐละเมิดสิทธิที่จะมีสภาพแวดล้อมที่สะอาดตามรัฐธรรมนูญ

พิพากษาให้กลุ่มประชาชนที่ถูกละเมิดจากการกระทำของรัฐบาลที่ไม่จัดการมลพิษทางอากาศเป็นการกระทำละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ¹⁶⁹ ซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานในการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของประชาชนในสหรัฐอเมริกา

สำหรับมาตรการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีการนำกฎหมายสิ่งแวดล้อมซึ่งเดิมเป็นกฎหมายแยกต่างหากจากรัฐธรรมนูญ ต่อมาได้นำกฎหมายสิ่งแวดล้อมนั้นมาบัญญัติแนบท้ายรัฐธรรมนูญ เรียกว่า กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม¹⁷⁰ โดยให้สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมมีสถานะเทียบเท่าสิทธิขั้นพื้นฐานในด้านอื่น ๆ และให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม และมีส่วนร่วมในกระบวนการการตัดสินใจในกิจการของสาธารณะที่อาจจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้¹⁷¹ นอกจากนี้ การกำหนดนโยบายต่าง ๆ ของรัฐไม่เพียงแต่เป็นแนวทางการดำเนินงานในด้านสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ยังมีผลเป็นกฎหมายที่จะบังคับให้รัฐบาลต้องปฏิบัติตามนโยบาย หากรัฐไม่ดำเนินการตามนโยบายดังกล่าว ประชาชนสามารถฟ้องร้องให้รัฐบาลดำเนินการตามนโยบายที่กำหนดไว้ นั่นได้

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้มีการบัญญัติให้สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน คงมีเพียงสิทธิของบุคคลและชุมชน¹⁷² ในการมีส่วนร่วมอนุรักษ์ ฟื้นฟู บำรุง จัดการทรัพยากรและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ¹⁷³ ส่วนหน้าที่ในการอนุรักษ์ ฟื้นฟู รวมถึงการบริหารจัดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐต้องศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพของประชาชน¹⁷⁴ และชุมชนบนหลักการมีส่วนร่วม

¹⁶⁹ รัฐธรรมนูญมลรัฐมอนทานา มาตรา 15

¹⁷⁰ กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม มาตรา 1

¹⁷¹ กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม มาตรา 7

¹⁷² คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม, *ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, วารสารรวมคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์, ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2562). หน้า 15-16.

¹⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43

¹⁷⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 57

จากประชาชน¹⁷⁵ การที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดไม่ได้คุ้มครองประชาชนให้มีสิทธิดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี การใช้สิทธิเรียกร้องการชดเชยเยียวยาความเสียหายของประชาชน จึงเป็นข้อเรียกร้องที่ไม่มีน้ำหนักในแง่ของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมอยู่เสมอ

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ได้บัญญัติให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองในสิทธิด้านสิ่งแวดล้อม¹⁷⁶ และยังส่งเสริมการคุ้มครองด้านการตรวจสุขภาพ สำหรับผู้ที่อยู่ในกลุ่มเปราะบางที่ภูมิคุ้มกันและความทนทานการรับปริมาณสารมลพิษต่ำกว่าบุคคลทั่วไป ให้มีสิทธิได้รับการตรวจสุขภาพจากโรงพยาบาลของรัฐ หรือสถานพยาบาลที่มีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าโรงพยาบาลที่รัฐจัดให้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ ประชาชนยังมีสิทธิได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพอากาศและผลกระทบของคุณภาพอากาศ¹⁷⁷ ที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพด้วย

5.3 มาตรการลดก๊าซเรือนกระจก ตามอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศพิธีสารเกียวโต และข้อตกลงปารีส ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกซึ่งประเทศภาคีสมาชิกต้องดำเนินการในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกภายในประเทศ และต้องรายงานผลการดำเนินงานต่อสหประชาชาติทุก ๆ 5 ปี ซึ่งในปัจจุบันฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบนยังไม่มีแนวโน้มที่ลดลง แต่ยิ่งทวีความรุนแรงเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากปัญหาไฟป่า การเผาในที่เกษตร และฝุ่นควันข้ามแดน ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่จะบังคับใช้ให้เกิดผลเป็นรูปธรรมได้ และมลพิษที่เกิดขึ้นล้วนก๊าซเรือนกระจกทั้งสิ้น จึงอาจส่งผลให้ประเทศไทยไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามอนุสัญญาดังกล่าวได้

¹⁷⁵ เรื่องเดียวกัน 2560 มาตรา 58

¹⁷⁶ ร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ... มาตรา 8

¹⁷⁷ เรื่องเดียวกัน มาตรา 5

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมและปัญหามลพิษ ภายหลังได้ลงนามในข้อตกลงปารีส สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์ตามความตกลงปารีส เป็นผลให้พันธกรณีในความตกลงปารีสมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายใน ส่งผลให้มาตรการทางกฎหมายในการแก้ปัญหาทางอากาศ ตลอดจนเป้าหมายในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก จึงเป็นเป้าหมายที่มีสภาพบังคับให้รัฐบาลต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ซึ่งความในข้อนี้เชื่อมโยงกับสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับสหรัฐอเมริกาซึ่งปล่อยคาร์บอนไดออกไซด์สูงสุดเป็นลำดับที่ 2 ของโลก และเป็นภาคีสมาชิกตามอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ แต่สหรัฐอเมริกาไม่เข้าร่วมการประชุมในพิธีสารเกียวโต ที่ได้จัดขึ้นที่ประเทศญี่ปุ่น เพราะไม่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ให้ลดคาร์บอนไดออกไซด์อย่างเข้มงวดได้ และต่อมาจึงได้มีการจัดประชุมขึ้นอีกครั้ง เพื่อต้องการให้สหรัฐอเมริกาซึ่งมีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเป็นอันดับต้นได้ร่วมลงนามในข้อตกลงด้วย จึงเกิดการลงนามในข้อตกลงปารีสขึ้น แต่ภายหลังสหรัฐอเมริกาได้ประกาศถอนตัวจากข้อตกลงปารีส เพราะข้อกำหนดต่าง ๆ นั้นกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการเติบโตของประเทศ จึงไม่อาจดำเนินการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบนของประเทศไทยกว่า 10 ปี มีสาเหตุมาจาก 3 ปัจจัยหลัก คือ ไฟป่า การเผาในพื้นที่เกษตร และฝุ่นควันข้ามแดน หน่วยงานภาครัฐได้มีความพยายามในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อแก้ปัญหา แต่ก็ไม่อาจแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จากปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจึงนำไปสู่การศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์เปรียบเทียบทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหามลพิษทางอากาศของประเทศไทยและต่างประเทศ อันได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ซึ่งเคยเกิดวิกฤตฝุ่นควันและสามารถจัดการปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรม เพื่อนำไปสู่การค้นหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ที่เกิดขึ้นในภาคเหนือตอนบน

ของประเทศไทย และนำมาตรการคุ้มครองชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชนในการถูกละเมิดจากสิ่งแวดล้อม โดยจากการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่าง ๆ ทำให้ผู้ศึกษาทราบแนวทางและมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญสำหรับการนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาฝุ่น PM 2.5 ในภาคเหนือตอนบน ซึ่งแยกเป็นประเด็น ดังต่อไปนี้

6.1.1 ปัญหาฝุ่น PM 2.5 จากแหล่งกำเนิด

มาตรการแก้ปัญหาการเกิดฝุ่น PM 2.5 จากแหล่งกำเนิดในภาคเหนือตอนบนของประเทศไทยในปัจจุบัน พบว่า มีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535¹⁷⁸ พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2535¹⁷⁹ พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550¹⁸⁰ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในระดับท้องถิ่น ซึ่งมาตรการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจนั้นมีลักษณะเป็นการมาตรการลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ เมื่อกรณีเกิดฝุ่นควัน หรือฝุ่น PM 2.5 หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะใช้อำนาจในการระงับเหตุ นั้น โดยถือว่าเป็นเหตุเดือดร้อนรำคาญ ตามพระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะออกคำสั่งเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญนั้น สำหรับกรณีที่เกิดสาธารณภัยไม่ว่าโดยธรรมชาติหรือมีผู้ทำให้เกิด หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 เพื่อระงับสาธารณภัยนั้นภายในเขตอำนาจของตน จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานนั้นมีหลายฉบับ จึงทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาว่าภัยพิบัติที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใด ซึ่งเป็นปัญหาการใช้กฎหมายที่มีความทับซ้อนกัน อีกทั้ง มาตรการทางกฎหมายในการแก้ปัญหายังไม่อาจแก้ปัญหาที่ต้นเหตุได้อย่างตรงจุด

สำหรับมาตรการแก้ไขปัญหามลพิษจากแหล่งกำเนิดที่เกิดประสิทธิภาพมากที่สุดพบว่า การบัญญัติกฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) ของสหรัฐอเมริกาเพื่อแก้ปัญหาวิกฤตมลพิษทางอากาศเป็นมาตรการที่ดีที่สุด ที่จะนำมาบังคับใช้ในแก้ปัญหา

¹⁷⁸ ปิยนันท์ ศรีทองทิม, มาตรการทางกฎหมายในการลดมลพิษทางอากาศจากฝุ่น PM 2.5, วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร, ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2563). หน้า 285.

¹⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 286.

¹⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 287.

มลพิษทางอากาศที่เกิดขึ้นจากแหล่งกำเนิดโดยตรง ซึ่งมีการกำหนดบทบังคับสำหรับผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ และมาตรการลงโทษกรณีก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศขึ้น มีการจัดตั้งองค์กรเฉพาะทำหน้าที่แก้ปัญหามลพิษทางอากาศโดยตรง และมีการกระจายอำนาจไปยังมลรัฐต่าง ๆ ทำให้ครอบคลุมทุกพื้นที่ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมาตรการดังกล่าวประเทศไทยยังไม่มีการบังคับใช้ แต่อย่างไรก็ตาม ได้ปรากฏหลักการในร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ.

6.1.2 มาตรการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมไว้ในรัฐธรรมนูญ

องค์การสหประชาชาติได้ประกาศในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ให้สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิมนุษยชนสากล เพื่อมุ่งคุ้มครองพลเมืองจากการถูกคุกคามจากมลพิษทางอากาศที่ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกได้เผชิญ จึงนับเป็นวิกฤตการณ์ที่รุนแรง โดยสหประชาชาติได้เรียกร้องให้แต่ละประเทศให้ความสำคัญต่อสิทธิของพลเมืองในด้านสิ่งแวดล้อม ด้วยการบัญญัติสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมไว้ในรัฐธรรมนูญของตน จากการศึกษาพบว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญของตนเอง โดยให้มีสถานะเทียบเท่าสิทธิขั้นพื้นฐานในด้านอื่น ทั้งยังให้สิทธิแก่ประชาชนในการรับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับคุณภาพอากาศ และผลกระทบต่อสุขภาพอีกด้วย นอกจากนี้ หากประชาชนถูกกระทำละเมิดจากการไม่ดำเนินการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศของหน่วยงานรัฐ หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศต่อประชาชนให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ ศาลมีอำนาจพิจารณาถึงสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองไว้ และมีอำนาจพิพากษาให้หน่วยงานหรือผู้กระทำละเมิดกระทำการยับยั้งการละเมิดนั้นหรือการให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้นได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเหล่านี้ ยังไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย คงมีเพียงหลักการทั่วไปในการจัดการ บำรุงรักษา และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ในการเรียกร้องค่าเสียหายจากผลกระทบของสิ่งแวดล้อมนั้นต้องบังคับตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁸¹ซึ่งยากต่อการพิสูจน์ได้ จึงทำให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายไม่อาจได้รับการคุ้มครองเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

¹⁸¹ ประภาภรณ์ โรจน์ศิริรัตน์. มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากฝุ่นมลพิษ, วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น, ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2564) หน้า 155.

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้มีการบัญญัติให้สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน คงมีเพียงหลักการจัดการสิ่งแวดล้อมทั่วไปในด้านการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หลักการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของประชาชนได้ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. โดยให้บุคคลมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตด้วยอากาศที่สะอาด ไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควร ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้สอดคล้องกับสิทธิสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการรับรองคุ้มครองในฐานะสิทธิมนุษยชน อีกทั้งยังให้สิทธิกับประชาชนกลุ่มเปราะบางที่มีภูมิئاتาน และความทนทานการรับปริมาณสารมลพิษต่ำกว่าบุคคลทั่วไป ในการตรวจสอบสุขภาพจากโรงพยาบาลรัฐ หรือสถานพยาบาลที่มีมาตรฐาน ไม่ต่ำกว่าโรงพยาบาลที่รัฐจัดให้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งให้ความสำคัญต่อบุคคลทุกคนที่จะมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลและผลกระทบของคุณภาพอากาศที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมด้วย

6.1.3 มาตรการลดก๊าซเรือนกระจก ตามอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความพยายามอย่างยิ่งในการกำหนดแนวทางดำเนินงานในการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศ โดยได้ออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการตามความตกลงปารีส เป็นผลให้พันธกรณีในความตกลงปารีสมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในที่มีสภาพบังคับให้รัฐบาลต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด สำหรับมาตรการลดก๊าซเรือนกระจกสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ได้กำหนดนโยบายเพื่อแก้ปัญหาที่รัฐบาลเคยให้เงินอุดหนุนน้ำมันดีเซล ทำให้ปริมาณรถยนต์ส่วนบุคคลเพิ่มมากขึ้นและควันพิษจากอุตสาหกรรมหนักเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย ดังนั้น แผนการลดก๊าซเรือนกระจกจึงเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุจากนโยบายที่ภาครัฐได้กำหนด คือการเพิ่มบริการสาธารณะ และสนับสนุนการใช้พลังงานธรรมชาติ จึงทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถดำเนินการตามพันธกรณีในความตกลงปารีสได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ประเทศไทยจึงควรให้ความสำคัญต่อการลดมลพิษทางอากาศ และลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอย่างจริงจัง รัฐต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการแก้ปัญหามลพิษทางอากาศที่เกิดขึ้นดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพราะมาตรการเหล่านี้ย่อมนำไปสู่

การแก้ปัญหาที่ต้นเหตุของการเกิดก๊าซเรือนกระจกไปในตัวเอง และย่อมเป็นผลให้แผนการดำเนินงานลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทยเกิดผลสัมฤทธิ์ตามไปด้วย นอกจากนี้ในการจัดทำรายงานแผนการดำเนินงานลดก๊าซเรือนกระจกเพื่อเสนอต่อองค์การสหประชาชาติในทุกๆ 5 ปี หน่วยงานที่รับผิดชอบสามารถนำรายงานการดำเนินงานและฐานข้อมูลการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของมลพิษทางอากาศจากการรายงานผลของคณะกรรมการอากาศสะอาดมาจัดทำรายงานเพื่อเสนอต่อที่ประชุมสหประชาชาติได้

6.2 ข้อเสนอแนะ

ประการแรก สมควรตรากฎหมายสำหรับแก้ปัญหามลพิษทางอากาศขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โดยพิจารณาหลักการตามร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลและการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. เพื่อให้มีความเหมาะสมกับบริบททางสังคมไทยมากขึ้น โดยให้ครอบคลุมปัญหาในพื้นที่ต่าง ๆ ของประเทศไทย ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

1) มาตรการคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้านสิ่งแวดล้อม

1.1) บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิในชีวิต และสิทธิในสุขภาพ และนำไปสู่การมีสิทธิที่จะหายใจในอากาศสะอาด อันเป็นสิทธิที่ทำให้บุคคลทุกคนดำรงชีวิตด้วยอากาศสะอาดที่ไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควร ซึ่งสอดคล้องกับสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ได้รับรองและคุ้มครองไว้ รวมถึงการกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ปฏิบัติตามและบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเคร่งครัด โดยปราศจากการบริหารราชการแบบแยกส่วนจนเป็นเหตุกระทบสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของประชาชน โดยอยู่บนหลักธรรมาภิบาลและหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน

1.2) กำหนดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิในการได้รับอากาศที่สะอาด และสิทธิในการดำรงชีวิตด้วยอากาศที่ไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และต้องไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควรจากมลพิษในอากาศ รวมถึงกำหนดให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่สำคัญเกี่ยวกับมลพิษในอากาศและคุณภาพอากาศที่จะส่งผลกระทบต่อตนเอง สิทธิในการเฝ้าระวังและ ป้องกันตนเองและบุคคลอื่นจากภัยอันตรายที่เกิดจากมลพิษในอากาศ

1.3) ต้องให้สิทธิแก่ประชาชน องค์กร กลุ่มบุคคล คณะบุคคล หรือชุมชน ที่จะมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในกระบวนการของรัฐ รวมถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมกำหนดนโยบายที่เกี่ยวกับการจัดการเพื่ออากาศสะอาด การกำหนดแผน การจัดทำแผน การนำแผนไปสู่การปฏิบัติ การติดตามผลการดำเนินการให้เป็นไปตามแผน รวมถึงติดตามและร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐในการร่วมแก้ไขสถานการณ์ปัญหามลพิษในอากาศ

2) มาตรการควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด

จัดทำระบบฐานข้อมูลคุณภาพอากาศแห่งชาติ ให้คณะกรรมการอากาศสะอาดจัดทำข้อมูลที่ระบุแหล่งกำเนิดมลพิษในอากาศที่ตั้งอยู่ในระดับจังหวัด ระดับอำเภอไว้ในแผนที่ข้อมูลสารสนเทศของแต่ละจังหวัด โดยอย่างน้อยต้องมีแหล่งกำเนิดมลพิษในอากาศในแต่ละจังหวัด ดังนี้

- (1) แหล่งกำเนิดมลพิษจากการเผาป่า
- (2) แหล่งกำเนิดมลพิษจากพื้นที่เกษตร
- (3) แหล่งกำเนิดมลพิษจากการเผาในที่โล่ง ซึ่งไม่รวมถึง (1) และ (2)
- (4) แหล่งกำเนิดมลพิษจากยานพาหนะ
- (5) แหล่งกำเนิดมลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรม
- (6) แหล่งกำเนิดมลพิษจากการก่อสร้าง
- (7) แหล่งกำเนิดมลพิษจากสถานที่ประกอบกิจการ
- (8) แหล่งกำเนิดมลพิษในอากาศที่อยู่นอกราชอาณาจักรไทย
- (9) แหล่งกำเนิดมลพิษในอากาศอื่น ๆ

2.1) แหล่งกำเนิดประเภทเผาในที่โล่ง

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอากาศสะอาด ประกาศกำหนดรายการที่ต้องห้ามเผาในที่โล่ง หากไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด โดยผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจกำหนดมาตรการ หลักเกณฑ์ วิธีการ หรือแนวทางในการบริหารการเผาในที่โล่ง พื้นที่เกษตรกรรม เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหามลพิษในอากาศ โดยกำหนดช่วงระยะเวลาที่จะให้ดำเนินการประเภทกิจกรรม พื้นที่ และเงื่อนไขการเผาในที่โล่ง ตามความเหมาะสมในแต่ละพื้นที่

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดมาตรการ หลักเกณฑ์ วิธีการ และแนวทางการแก้ไขปัญหา การเผาในที่โล่ง และประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนในพื้นที่ รับทราบถึงและผลร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นจากการเผาในที่โล่ง

2.3) แหล่งกำเนิดประเภทเผามลพิษข้ามแดน

กำหนดความรับผิดชอบของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษในอากาศนอกราชอาณาจักรไทย ที่ก่อให้เกิดหรือมีส่วนก่อให้เกิดภาวะมลพิษในอากาศแพร่กระจายเข้ามาในราชอาณาจักรไทยจนก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพอนามัยของประชาชน ในราชอาณาจักรไทย ให้ถือว่าเจ้าของ หรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษนั้นเป็นผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร และต้องรับผิดชอบชดเชย ค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายเพื่อการนั้น

เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษนอกราชอาณาจักร ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายรายบุคคล และค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องซึ่งรัฐต้องจ่ายไปกับการบำบัด ขจัด เยียวยา และความสูญเสียหรือเสียหาย ทางเศรษฐกิจทางสิ่งแวดล้อมทางสุขภาพอนามัยต่อประชาชนและราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าการแพร่กระจาย ของมลพิษนั้น จะเกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิด มลพิษในอากาศหรือไม่ก็ตาม

ประการที่สอง แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติ ให้บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตด้วยอากาศที่สะอาด โดยไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และต้องไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควรจากมลพิษในอากาศ โดยปราศจากการกระทำละเมิดไม่ว่าจากบุคคลหรือจากหน่วยงานของรัฐ และให้หมายรวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่สำคัญเกี่ยวกับมลพิษในอากาศและคุณภาพอากาศที่จะส่งผลกระทบต่อตนเองด้วย โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตด้วยอากาศที่สะอาด โดยไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และต้องไม่เสียชีวิตก่อนวัยอันควรจากมลพิษในอากาศ โดยปราศจากการกระทำละเมิดไม่ว่าจากบุคคลหรือจากหน่วยงานของรัฐ

สิทธิตามวรรคหนึ่ง ให้หมายรวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่สำคัญเกี่ยวกับมลพิษในอากาศและคุณภาพอากาศที่จะส่งผลกระทบต่อตนเองด้วย”

รายการอ้างอิง

- กรมควบคุมมลพิษ, ข้อมูลสถิติย้อนหลัง [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://air4thai.pcd.go.th/webV3/#/History>
- กรมควบคุมมลพิษ, ประกาศดัชนีคุณภาพอากาศของประเทศไทย พ.ศ. 2566 **ปรับค่าสารมลพิษเข้มข้นขึ้น ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.pcd.go.th/pcd_news/30028
- กรมควบคุมมลพิษ, มลพิษหมอกควันในพื้นที่ภาคเหนือ: ปัญหาและแนวทาง [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.pcd.go.th/wp-content/uploads/2020/06/pcdnew-2020-06-05_07-33-31_040770.pdf
- กรมอุตุนิยมวิทยา, การเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://climate.tmd.go.th>
- กรมอนามัย, คู่มือฉบับประชาชน การเฝ้าระวัง PM 2.5 อย่างไรให้ปลอดภัย, (นนทบุรี: ชุมชนสหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทย, 2563).
- กรมอุตุนิยมวิทยา, ภาวะเรือนกระจก [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://climate.tmd.go.th>
- กรณีศึกษา สินธิพงษ์, เจตนารมณ์และขอบเขตของกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.admincourt.go.th/admincourt/editorupload/files/1.pdf>
- กองประสานการจัดการการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, **แผนที่นำทางการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ปี พ.ศ. 2564-2573** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://climate.onep.go.th/th/topic/policy-and-strategy/thailand-ndc-roadmap-on-mitigation/>
- กฤติยา สุขเพิ่ม, **มาตรการทางกฎหมายของการป้องกันและควบคุมมลพิษหมอกควันจากการเผาในที่โล่ง กรณีศึกษา ในพื้นที่ 8 จังหวัดภาคเหนือตอนบน, (วิทยานิพนธ์ปริญญาเอก หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558).**

- กระทรวงต่างประเทศ, การดำเนินงานตามข้อตกลงอาเซียนเรื่องมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน [ออนไลน์], <https://fad.mnre.go.th/th/as/content/255>

- กระทรวงการต่างประเทศ, ความตกลงปารีส: ก้าวสำคัญของการดำเนินการด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ. [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thai-inter-org.mfa.go.th>

- กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, พินิจสารเกียวก๊ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://fad.mnre.go.th/th/mph/content/207>

- กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, ความตกลงปารีส [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://fad.mnre.go.th/th/mph/content/208>

- กิตติยาภรณ์ รองเมือง, การประเมินการปลดปล่อยมลพิษจากการเผาไหม้เศษวัสดุเหลือใช้ทางการเกษตรในที่โล่งแจ้ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี, 2558.)

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).

- คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม, ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์, ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2562).

- จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ค่า AQI ดัชนีคุณภาพอากาศ (Air Quality Index) [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.eng.chula.ac.th/th/29782>

- จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เรียนรู้เกี่ยวกับฝุ่น [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.chula.ac.th/wp-content/uploads/2019/10/Chula-PM25.pdf>

- ทวีศักดิ์ ใจคำสืบ, สถานการณ์หมอกควันในภาคเหนือตอนบน [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.tei.or.th/thaicityclimate/public/document-36.pdf>

- ไทยพับลิก้า, ประเทศไทยถูกจัดให้มีความเสี่ยงด้านภูมิอากาศสูงเป็นอันดับ 9 ของโลก [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thaipublica.org/2021/04/complex-world-prasart01>

- นัทธมน คงเจริญ, เอกสารประกอบการสอนกฎหมายกับสิ่งแวดล้อม (177452) **ปีการศึกษา 1/2561** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.law.cmu.ac.th/law2011/journal/e1559374102.pdf>

- นฤมล เสกธีระ, **ความมีประสิทธิภาพของพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ในการป้องกันและแก้ไขปัญหามลพิษสิ่งแวดล้อม**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (พฤษภาคม 2558).

- เนตรธิดา บุณนาค, **ครบรอบ 50 ปี พ.ร.บ. อากาศสะอาด ปี 1970 ที่สร้างการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในการจัดการปัญหามลพิษทางอากาศของสหรัฐอเมริกา** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.sdgmovement.com/2021/04/06/50th-anniversary-of-usa-clean-air-act-of-1970/>

- เนตรธิดา บุณนาค, **พลเมืองรัฐนิวยอร์กเห็นชอบแก้ไขรัฐธรรมนูญ ให้ทุกคนมีสิทธิในอากาศและน้ำสะอาด และสิ่งแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.sdgmovement.com/2021/11/12/environmental-rights-amendment-pass-in-new-york-constitution/>

- ประภาภรณ์ โรจน์ศิริรัตน์, **มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากฝุ่นมลพิษ**, วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น, ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2564).

- ปณิธิ์ ปทุมวัฒน์, **ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ**, จุลนิต, ปีที่ 53 ฉบับที่ 1 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2553).

- ปิยนันท์ ศรีทองทิพย์, **มาตรการทางกฎหมายในการลดมลพิษทางอากาศจากฝุ่น PM 2.5**, วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร, ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2563).

- พงษ์ศักดิ์ ปัตถา, **กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมฝุ่น PM 2.5** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://cdc.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2365

- ภัทริดา สุขนนี่, **การมีส่วนร่วมของประชาชนในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=153

- รักไท เทพปัญญา, กฎหมายอากาศสะอาด (Clean Air Act) ของสหรัฐอเมริกา , ภาษฎีกาสาร, ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม-กันยายน 2564).

- รุจน์ ชื่นบาน และนนทรัฐ ไผ่เจริญ, ปี 67 เชียงใหม่มีผู้ป่วยจาก PM2.5 แล้วกว่า 3 หมื่นราย [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.benarnews.org/thai/news/th-air-pollution-patients-chiangmai-03202024150824.html>

- วรรณภา ตีระสังขะ, กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมประเทศฝรั่งเศส: หลักการพื้นฐานในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Le Code de l'environnement) [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=707>

- วีรวัฒน์ เพ็ชรสม, การคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมในรัฐธรรมนูญกับศาลยุติธรรม, (การศึกษาค้นคว้าอิสระ หลักสูตรผู้พิพากษาหัวหน้าศาล รุ่นที่ 18 วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม, 2562).

- วัชรินทร์ ชินวรวัฒนา, นโยบายการเปลี่ยนผ่านสู่เศรษฐกิจสีเขียว เปรียบเทียบของไทยและต่างประเทศ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.bot.or.th/th/research-and-publications/research/economic-pulse/economic-pulse-202307.html>

- ศิริรัตน์ เปลี่ยนเพ็ญ, ปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 และกฎหมายมลพิษข้ามพรมแดน [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://cdc.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=3503

- ศูนย์วิจัยกสิกร, วิกฤตฝุ่น PM 2.5 อาจยังแย่งลงถ้าไม่เร่งจัดการ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.kasikomresearch.com/th/analysis/k-econ/business/Pages/PM2_5_-_Pollution-CIS3401-10-04-2023.aspx

- สำนักข่าวไทยรัฐ, สมัชชาใหญ่ UN ประกาศให้การเข้าถึงสิ่งแวดล้อมที่ดีเป็นสิทธิมนุษยชน เพิ่มพลังให้การต่อสู้ด้านสิ่งแวดล้อม [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://plus.thairath.co.th/topic/naturematter/101915>

- สำนักข่าวอิสรา, กางร่าง พ.ร.บ.อากาศสะอาด 7 ฉบับ ญ่ญแ่งแก้ไขปัญหามลพิษทางอากาศของไทย [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://isranews.org/article/isranews-scoop/128236-isra-news-6.html>

- สำนักข่าวอิศรา, **ฝุ่นพิษ PM 2.5 ข้ามพรมแดน' กลไกอาเซียนไร้ความหมาย ต้องใช้ กม.ระหว่างประเทศ** [ออนไลน์], <https://www.isranews.org/article/isranews-scoop/119777-isranews-336.html>

- สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, **สมุดปกเขียวอากาศสะอาด (Clean Air Green Paper): บูรณาการข้ามศาสตร์เพื่อข้อเสนอเชิงนโยบายสำหรับอากาศสะอาด**, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ภาพพิมพ์ จำกัด, 2565).

- สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ, **ดัชนีคุณภาพอากาศ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://pm2_5.nrct.go.th / definition

- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ รับรองให้ สิ่งแวดล้อมสะอาดเป็นสิทธิมนุษยชน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://lawforasean.krisdika.go.th/ Content/ View?Id=858&Type=1>

- สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, **พลังงานชีวมวล พลังงานจากสิ่งมีชีวิต ต่อชีวิตให้ชาวโลก** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.opsmoac.go.th/kamphaengphet-manual-files-421891791835>

- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการจัดการปัญหาด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ**, จุลินิติ, ปีที่ 20 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2566).

- สำนักงานรัฐมนตรีกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, **รู้จักฝุ่นพิษ PM 2.5 ที่มากับมลภาวะ และวิธีการเลือกหน้ากากป้องกัน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.tlclab.net/pm25/>

- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง ปัญหาฝุ่นละอองขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) ในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานครและปริมณฑล**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักกรรมการ 1, 2563).

- อนันต์ คงเครือพันธุ์, **กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Law and Climate Change)**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2559).

- อนุชา ดีสวัสดิ์, **ปัญหาฝุ่นพิษภาคเหนือของประเทศไทย** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://dl.parliament.go.th/handle/20.500.13072/611509>

- อภิรัฐ ดีทองอ่อน, **มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมมลพิษทางอากาศอันเกิดจากการเผาในที่โล่งในภาคเกษตรกรรม** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://so01.tci-thaijo.org>

- อันโตนิโอ โคมซา. **ย้อนรอยฝุ่นควันมรสุมทั่วโลก**. [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.blockdit.com/posts/5e2e791e5070e60cabffb120>

- Earth Justice, **Article 1 Section 19: New York's new Environmental Right**. [Online], Source: https://earthjustice.org/wp-content/uploads/20230209_green_amendment.pdf

- SDGs, พ.ร.บ. อากาศสะอาด หลักประกันให้คนไทยกลับมาสูดอากาศที่ดีต่อลมหายใจ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.sdgmovement.com/2021/05/13/sdg-updates-thailandcan-clean-air-act-for-thai-people/>

- Thai PBS, **เทียบร่างกฎหมายอากาศสะอาด 7 ฉบับ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://policywatch.thaipbs.or.th/article/environment-16>

- Thai Publica, **ศาลตัดสินกลุ่มเยาวชนชนะ รัฐละเมิดสิทธิที่จะมีสภาพแวดล้อมที่สะอาดตามรัฐธรรมนูญ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thaipublica.org/2023/08/judge-rules-in-favor-of-young-activists-in-montana-climate-trial/>

- THE CITIZEN.PLUS Thai PBS, **ส่องวิกฤตปัญหาฝุ่นควันภาคเหนือตอนบน ที่ส่งผลกระทบต่อหลายภาคส่วนมาอย่างยาวนาน**, [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thecitizen.plus/node/75677>

- The Citizen. Plus, Thai PBS, **ค่ามาตรฐานฝุ่น แคลไหนที่ปลอดภัยกับสุขภาพ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thecitizen.plus/node/51914>

- Amnesty International Thailand, **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr/>

บทความวิจัย (Research Article)

สัญญาระหว่างสมรส: ข้อจำกัดเกี่ยวกับช่วงเวลา ภายใต้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญา ของประเทศไทย*

Postnuptial Agreement: Limitations of Time Period
under Contractual Matrimonial Regime of Thailand

วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์**

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Wimpat Rajpradit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 4 ตุลาคม 2567; วันที่แก้ไขบทความ 16 พฤศจิกายน 2567;

วันที่ตอบรับบทความ 17 พฤศจิกายน 2567

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ระดับนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่อง "การพัฒนาหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสภายใต้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย" โดยมีอาจารย์ ดร.วรุตม์ ทรงสุจริตกุล เป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิสิตระดับนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; อีเมลติดต่อ wimpat.r@chula.ac.th

บทคัดย่อ

โดยทั่วไป ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสย่อมเป็นไปตามกฎหมายครอบครัว หรือที่เรียกว่า “ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย” แต่คู่สมรสแต่ละคู่ย่อมมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไปจนเป็นเหตุให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายอาจไม่เหมาะสมกับคู่สมรสบางคู่ จึงต้องเปิดโอกาสให้คู่สมรสมีเสรีภาพในการทำสัญญาร่วมกันเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันได้ด้วย หรือที่เรียกว่า “ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญา” ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสมีกฎหมายเป็นบ่อเกิดลำดับแรกและสัญญาเป็นบ่อเกิดลำดับรอง ในระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของต่างประเทศ ทั้งสัญญาก่อนสมรส และสัญญาระหว่างสมรสต่างมีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทยประกอบไปด้วยสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรสเช่นเดียวกัน แต่กลับมีเพียงสัญญาก่อนสมรสเท่านั้นที่มีเนื้อหาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย เนื่องจากสัญญาระหว่างสมรสมีเนื้อหาในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องซึ่งเกิดขึ้นข้อจำกัดเกี่ยวกับช่วงเวลาในการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างสมรสเพื่อขยายขอบเขตช่วงเวลาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทย

คำสำคัญ: ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญา; สัญญาระหว่างสมรส; เสรีภาพในการทำสัญญา

Abstract

Generally, property relations between spouses are governed by family law called “Statutory Matrimonial Regime”. However, since each spouse has different facts, which may cause property relations arising from the legal marital property system to be inappropriate for some spouses. Therefore, spouses must be given the freedom to jointly enter into contracts to determine their property relations which is known called “Contractual Matrimonial Regime”. Property relations between spouses have the law as the primary origin and the contract as the secondary origin. Under the contractual matrimonial regime of foreign countries, both prenuptial agreements and postnuptial agreements share have the common objective of amending and changing the statutory matrimonial regime. However, even though the contractual matrimonial regime of Thailand consists of both prenuptial agreement and postnuptial agreement, only the prenuptial agreement contains the content to amend and change the statutory matrimonial regime. While the postnuptial agreement of Thailand contains the content to determine the property relations between spouses in specific matters, which ‘restricts’ the period during which spouses can exercise their freedom of contract, which creates a limitation on the period of time for spouses to exercise their freedom of contracts for amend and change the statutory matrimonial regime. Therefore, it is necessary to amend provisions related to the postnuptial agreement to extend the time period of Thailand's contractual matrimonial regime.

Keywords: Contractual Matrimonial Regime; Postnuptial Agreement; Freedom of Contract

1. บทนำ

หลักการสร้างความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสเป็นหลักการพื้นฐานสำหรับการสร้างระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาโดยอาศัยกลไกต่าง ๆ อันได้แก่เนื้อหาของสัญญา วิธีการทำสัญญา ผลผูกพันของสัญญา และช่วงเวลาในการทำสัญญา สำหรับกลไกที่มีบทบาทสำคัญที่สุดต่อการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาระหว่างสมรสย่อมเป็นช่วงเวลาในการทำสัญญาเนื่องจากจำเป็นต้องพิจารณาว่าพึงจำกัดช่วงเวลาในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสหรือไม่อย่างไร (1) นอกจากนี้ในเชิงหลักการแล้ว ประเทศต่าง ๆ ได้นำกลไกเหล่านี้มาบังคับใช้ในระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาอย่างเป็นรูปธรรมเช่นกัน ในส่วนของประเทศในยุโรปต่างให้เสรีภาพแก่คู่สมรสในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันได้ทั้งก่อนและระหว่างสมรส แต่อาจมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันโดยอาศัยกลไกอื่น สัญญาระหว่างสมรสจึงมีเนื้อหาสำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายเช่นเดียวกับสัญญาก่อนสมรส (2) ในขณะที่สัญญาระหว่างสมรสตามระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของประเทศไทยกลับไม่ได้มีเนื้อหาเหมือนกับสัญญาระหว่างสมรสของประเทศในยุโรป แต่กลับเป็นเพียงสัญญาระหว่างคู่สมรสเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินเฉพาะเรื่องเท่านั้น (3) คู่สมรสจึงมิได้มีเสรีภาพอย่างบริบูรณ์ในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินในระหว่างสมรสอันเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับช่วงเวลาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทย (4) ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างสมรสเพื่อขจัดข้อจำกัดดังกล่าวออกจากระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของประเทศไทย (5)

2. ช่วงเวลาในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส: กลไกในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสเพื่อสร้างระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญา

จากหลักอิสระในทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ปัจเจกบุคคลย่อมมีอิสระในการทำสัญญากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนเพื่อตอบสนองความจำเป็นและผลประโยชน์ของตนได้¹ การทำสัญญาดังกล่าวย่อมครอบคลุมตั้งแต่การตัดสินใจเข้าทำสัญญา การกำหนดเนื้อหาของสัญญา ตลอดจนการกำหนดวิธีการทำสัญญา แต่การใช้เสรีภาพยังต้องอยู่ภายใต้กรอบของศีลธรรมและขอบเขตทางกฎหมายของบุคคลอื่นซึ่งเรียกว่า “กรอบความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”² ทั้งนี้ การกำหนดกรอบดังกล่าวย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐเข้ามาจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวเพื่อเป็นการรักษาประโยชน์ของส่วนรวมไว้³ ซึ่งมีความสำคัญมากกว่าเนื่องจากประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละคนอาจขัดต่อประโยชน์ความปลอดภัยและสันติสุขของสังคม⁴ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวอาจปรากฏเป็นตัวอย่างเช่น การจำกัดคุณสมบัติของคู่สัญญาบางประเภท การกำหนดแบบในการทำสัญญาบางประเภท การคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต และการคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่า⁵ ในบริบทของกฎหมายครอบครัว กรอบความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีมักปรากฏในรูปของการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่มีฐานะด้อยกว่าและการคุ้มครองประโยชน์ของบุตร⁶

¹ ศักดา ธนิตกุล, แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 12.

² ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 26-27.

³ Katharine K. Baker, *Equality and Family Autonomy*, *Journal of Constitutional Law*, Volume 24 Issue 2 (April 2022), p. 460.

⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 11.

⁵ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 283-284.

⁶ Cristina González Beilfuss, *Agreements in European Family Law – The Findings, Theoretical Assessments and Proposals of the Commission on European*

ในมิติของเสรีภาพในการทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สมรส “ทรัพย์สิน” เป็นสิ่งที่มีประโยชน์ในทางเศรษฐกิจและแสดงออกถึงความมั่งคั่งในสังคมมนุษย์ ในอดีต การเข้าถือเอาทรัพย์สินมาเป็นของตนย่อมตั้งอยู่บนฐานของการใช้กำลัง และเมื่อถือเอาทรัพย์สินได้แล้ว บุคคลอื่นก็อาจใช้กำลังเข้าเบียดบังและแก่งแย่งทรัพย์สินเพื่อนำมาเป็นของตน กติกาของสังคมจึงต้องมีการรับรองให้ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ⁷ เพื่อเปลี่ยนแปลงฐานของทรัพย์สินจาก “การใช้กำลัง” กลายเป็นเรื่องของ “การรับรองสิทธิ”⁸ จากการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล คู่สมรสในฐานะปัจเจกบุคคลย่อมมีอิสระในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินได้⁹ โดยมีสัญญาเป็นกลไกในการสร้างความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ¹⁰ ด้วยเหตุนี้ ในฐานะที่คู่สมรสล้วนเป็นปัจเจกบุคคล การกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสจึงตั้งอยู่บนฐานของเสรีภาพในการทำสัญญาประกอบกับสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายเอกชน¹¹ คู่สมรสย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อการริเริ่ม เปลี่ยนแปลง และระงับซึ่งสิทธิในทรัพย์สินได้ ตลอดจนการกำหนดกติกาสำหรับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินที่เหมาะสมระหว่างกัน¹² อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพดังกล่าวอย่างไม่จำกัดอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างคู่สมรส ความไม่มั่นคงของกองทรัพย์สินของครอบครัว การเสียสิทธิในทรัพย์สินของ

Family Law (CEFL), *European Review of Contract Law*, Volume 18 Issue 2 (2022), p. 160.

⁷ อานนท์ มาเฝ้า, *กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไปและบทเบ็ดเสร็จทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 31.

⁸ ศักดา ธนิตกุล, *แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ*, หน้า 26.

⁹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 274.

¹⁰ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม สัญญา*, หน้า 36.

¹¹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, หน้า 259.

¹² Nina Dethloff, *Contracting in Family Law: A European Perspective in The Future of Family Property in Europe*, Edited by Katharina Boele-Woelki, Joanna K. Miles and Jens M. Scherpe, (Cambridge: Intersentia, 2011), p. 71.

บุคคลภายนอก¹³ ตลอดจนความไม่มั่นคงของระบบทรัพย์สินภายใต้ระบบเศรษฐกิจของประเทศ การปราศจากซึ่งกรอบการใช้เสรีภาพย่อมกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสซึ่งขัดต่อประโยชน์ความปลอดภัยและสันติสุขของสังคม¹⁴ กรอบดังกล่าวจึงมีฐานะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแล้ว ศีลธรรมอันดีของประชาชนอยู่ในตัวด้วย¹⁵

ด้วยเหตุที่การคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสและการประกันความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสต่างมีมุมมองที่แตกต่างกัน¹⁶ ในมุมมองหนึ่ง หากให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส คู่สมรสย่อมทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันได้อย่างไม่จำกัด¹⁷ โดยมีได้มีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวแต่อย่างใด ย่อมเป็นการละเลยความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสซึ่งอาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่สมาชิกในครอบครัวทั้งหมด¹⁸ ในอีกมุมมองหนึ่ง หากไม่มีบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้คู่สมรสทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสได้เลย คู่สมรสย่อมปราศจากเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสโดยสิ้นเชิงเนื่องจากกฎหมายครอบครัวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม

¹³ Nigel Lowe, Marital Property Agreement in Family Law and Culture in Europe, Edited by Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart, (Cambridge: Intersentia, 2014), p. 14.

¹⁴ เสนีย์ ปราโมทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 94-95.

¹⁵ เสนีย์ ปราโมทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัวมฤตก พุทธศักราช 2508, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 81.

¹⁶ Darling Samuel Jed, Regulating Prenuptial Agreements: Balancing Autonomy and Protection, (Master's Thesis, Faculty of Law, Durham University, 2013), p. 39.

¹⁷ เสนีย์ ปราโมทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัวมฤตก พุทธศักราช 2508, หน้า 79.

¹⁸ Ruth Lamont, Family Law, (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 17.

อันดีของประชาชน¹⁹ จึงมีความจำเป็นต้องสร้างความได้สัดส่วนของหลักการทั้งสองเข้าด้วยกันเพื่อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรส

อนึ่ง การสร้างความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสต้องอาศัยกลไกต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มต้นจากการพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตเนื้อหาของสัญญาว่าคู่สมรสอาจใช้เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันในลักษณะใดได้บ้าง เพื่อแยกแยะความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินที่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ออกจากความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินที่ต้องสงวนไว้เพื่อความมั่นคงในสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสเมื่อกำหนดกรอบของเนื้อหาในการทำสัญญาได้แล้ว การสร้างความได้สัดส่วนก็ยังจำเป็นต้องอาศัยกลไกเกี่ยวกับช่วงเวลาในการใช้เสรีภาพดังกล่าวพึงอยู่ในช่วงเวลาใดนอกจากในมิติของเนื้อหาและช่วงเวลาแล้ว กลไกการสร้างความได้สัดส่วนที่จำเป็นยังปรากฏในรูปของวิธีการใช้เสรีภาพในการทำสัญญา และการกำหนดผลผูกพันของการใช้เสรีภาพดังกล่าวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องประกอบเข้าด้วยกัน ทั้งนี้ อาจสรุปเห็นเป็นภาพรวมของกลไกในการสร้างความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสได้ดังนี้

¹⁹ สอาด นาวิเจริญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (2504), หน้า 133.



ภาพที่ 1 สรุปกลไกการสร้างความสำเร็จส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา
ของคู่สมรส

หากพิจารณาเจาะลึกลงไปเกี่ยวกับสัญญาระหว่างสมรส จำเป็นต้องลงรายละเอียดของกลไกเกี่ยวกับช่วงเวลาในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส โดยทั่วไป กติกาที่จะบังคับใช้ระหว่างบุคคลพึงมีขึ้นตั้งแต่ก่อนเริ่มต้นสถานะความเป็นคู่สมรสหรือเรียกว่า “สัญญาก่อนสมรส” ในช่วงเวลาดังกล่าว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังมีได้อยู่ในสถานะของคู่สมรส คู่สัญญาในสัญญาก่อนสมรสย่อมมีอำนาจต่อรองซึ่งกันและกัน คล้ายกับการทำสัญญาอื่น อีกทั้งยังมีเวลาในการพิจารณาข้อดีข้อเสียของการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันในสัญญาก่อนสมรส²⁰ อย่างไรก็ตาม หลังจากการเปลี่ยนสถานะจากคนโสดมาเป็นคู่สมรสแล้ว การทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสก็ยังสามารถกระทำได้อยู่ แต่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายย่อมมีการเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ของคู่สมรสตามกฎหมายประกอบกับอยู่ภายใต้อิทธิพลของความรัก และความเสน่หาที่มีให้แก่กัน²¹ ด้วยเหตุนี้ เนื้อหาในสัญญาก่อนสมรสย่อมมีความน่าเชื่อถือว่ามาจากเจตนาที่แท้จริงของคู่

²⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 230.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 235.

สมรสทั้งสองฝ่าย ในขณะที่การแสดงเจตนาของคู่สมรสเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกัน ในระหว่างสมรสอาจมิได้มาจากเจตนาที่แท้จริงซึ่งกระทบต่อความน่าเชื่อถือของเนื้อหาในสัญญา เมื่อพิจารณาในแง่ของการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสแล้ว การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสอย่างเด็ดขาดย่อมกระทำมิได้ ไม่ว่าจะเป็นช่วงเวลาใด²² เนื่องจากการจำกัดอย่างเด็ดขาดย่อมกระทบกระเทือนไปถึงสาระสำคัญของเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรส แต่ด้วยข้อเท็จจริงของคู่สมรสในระหว่างสมรสที่แตกต่างจากเวลาเริ่มต้นสถานะความเป็นคู่สมรส ย่อมเป็นเหตุผลเพียงพอในการเพิ่มระดับความเข้มข้นในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในระหว่างสมรสให้มากกว่าในช่วงเริ่มต้นสถานะความเป็นคู่สมรส ทั้งนี้ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวย่อมสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสโดยที่อาจปรากฏในลักษณะต่าง ๆ อันได้แก่ การจำกัดการทำสัญญาระหว่างสมรสบางช่วงเวลา²³ และการให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการทำสัญญาระหว่างสมรส²⁴

อนึ่ง ในประเด็นดังกล่าว ก็ปรากฏอีกแนวความคิดหนึ่งซึ่งเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นช่วงเวลาใด คู่สมรสต่างได้รับอิทธิพลจากความรักระหว่างกันเป็นปกติอยู่แล้ว ข้อเท็จจริงของคู่สมรสทั้งสองช่วงเวลาจึงมิได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด การจดทะเบียนสมรสเป็นแต่เพียงกระบวนการที่ทำให้ความรักนั้นได้รับการรับรองทางกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ การใช้ชีวิตร่วมกันไปแล้วอาจเป็นเหตุที่ทำให้คู่สมรสตระหนักได้ว่าความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสไม่เหมาะสมกับคู่ของตนเอง จึงมีเจตนาร่วมกันในการทำสัญญา

²² Katharina Boele-Woelki and Maarit Jänterä-Jareborg, **Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations between Spouses in The Future of Family Property in Europe**, Edited by Katharina Boele-Woelki, Joanna K. Miles and Jens M. Scherpe, (Cambridge: Intersentia, 2011), p. 59.

²³ François Terré et Philippe Simler, **Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés**, 9 ed. (Paris: Dalloz, 2024), p. 181.

²⁴ Christophe Blanchard, **Droit des régimes matrimoniaux**, 2 ed. (Paris: LexisNexis, 2023), p. 234.

ระหว่างสมรสเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่เหมาะสมขึ้น การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างสมรสย่อมไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป การทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ไม่ว่าจะทำขึ้นในช่วงเวลาใด ก็พึงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน²⁵ แนวความคิดแบบหลังนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญกับเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่มีมากกว่าความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส

3. “สัญญาระหว่างสมรส” ภายใต้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศในยุโรป: สัญญาระหว่างคู่สมรสเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย

ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทยได้รับอิทธิพลส่วนใหญ่จากประเทศในยุโรป²⁶ การศึกษาสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยจึงตั้งบนฐานของหลักการของกฎหมายครอบครัวเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของ คณะกรรมาธิการกฎหมายครอบครัวยุโรป (Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses of the Commission on European Family Law (หลักการ CEFL)) ประกอบกับระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของแต่ละประเทศอื่นได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าแก่นของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของต่างประเทศ จะพบว่าระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของต่างประเทศมีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย โดยปราศจากการจำกัดในแง่ของช่วงเวลาในการทำสัญญา (2.1) อย่างไรก็ตาม สำหรับกลไกอื่นในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรส กลับจำเป็นต้องแยกพิจารณาตามระบบกฎหมายของแต่ละประเทศเนื่องจากมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันอย่างมี

²⁵ Anne Sanders, *Private Autonomy and Marital Property Agreements*, The International and Comparative Law Quarterly, Volume 59 Issue 3 (July 2010), p. 577.

²⁶ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 236.

นัยสำคัญ²⁷ กล่าวคือ ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาามีเนื้อหาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายในทุก ๆ ส่วน²⁸ ตั้งแต่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำแนกทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ความรับผิดชอบหนี้สินของคู่สมรส ตลอดจนความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลังสิ้นสุดระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ในขณะที่ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีวัตถุประสงค์จำกัดไว้เฉพาะการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลังการหย่าเป็นสำคัญ²⁹ ด้วยความแตกต่างของเนื้อหาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาดังกล่าวย่อมส่งผลให้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมีความแตกต่างกันด้วย (2.2)

2.1 หลักเกณฑ์ที่แต่ละประเทศมีร่วมกัน: การให้เสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายโดยไม่จำกัดช่วงเวลา

ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายอาจมีความไม่เหมาะสมกับคู่สมรสบางคู่เนื่องจากคู่สมรสแต่ละคู่ย่อมมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไป³⁰ การกำหนดให้คู่สมรสมีเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันได้อย่าง

²⁷ Anne Sanders, *Private Autonomy and Marital Property Agreements*, p. 574.

²⁸ Nigel Lowe, *Marital Property Agreement* in *Family Law and Culture in Europe*, Edited by Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart, p. 34.

²⁹ Katharina Boele-Woelki, *General Rights and Duties in the CEFL Principles on Property Relations between Spouses* in *Family Law and Culture in Europe*, Edited by Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart, (Cambridge: Intersentia, 2014), p. 11.

³⁰ Christophe Blanchard, *Droit des régimes matrimoniaux*, p. 229.

เป็นเรื่องที่มีความสำคัญยิ่ง³¹ ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาทั้งประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์จำเป็นต้องรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้เป็นการทั่วไป ตามหลักการ CEFL คู่สมรสพึงมีเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตั้งแต่ก่อนสมรสและในระหว่างสมรส³² โดยที่การทำสัญญาดังกล่าวปรากฏอยู่ในรูปของ “สัญญาก่อนสมรส” และ “สัญญาระหว่างสมรส” สัญญาทั้งสองประเภทจึงมีวัตถุประสงค์ในการเปิดโอกาสให้คู่สมรสแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายให้เหมาะสมแก่คู่ของตนได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของทั้งสองระบบกฎหมายต่างไม่มีการจำกัดช่วงเวลาในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส หลักเกณฑ์ที่แต่ละประเทศมีร่วมกันนี้ย่อมแสดงออกถึงแก่นสำคัญของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาในปัจจุบัน

2.2 หลักเกณฑ์ที่แต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน: การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสโดยอาศัยกลไกเกี่ยวกับเนื้อหา วิธีการ และผลผูกพันของสัญญา

เมื่อเปรียบเทียบระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์แล้ว จะพบว่าการนำกลไกเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา วิธีการทำและเปลี่ยนแปลงสัญญา และการกำหนดผลผูกพันของสัญญามาบังคับใช้แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกันค่อนข้างมากดังปรากฏตามตารางนี้

³¹ Jens M. Scherpe, Introduction in Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, Edited by Jens M. Scherpe, (Oregon: Hart Publishing, 2012), p. 1.

³² หลักการ CEFL, ข้อ 4:9-4:10.

ประเด็นเปรียบเทียบ/ ประเภทของระบบกฎหมาย			ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ตามสัญญาของระบบประมวล กฎหมาย		ระบบทรัพย์สิน ระหว่างคู่สมรส ตามสัญญาของ ระบบคอมมอนลอว์	
			สัญญาก่อนสมรส	สัญญา ระหว่าง สมรส	สัญญา ก่อน สมรส	สัญญา ระหว่าง สมรส
เนื้อหา ของ สัญญา	หลักทั่วไป		กรอบความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน+ เงื่อนไขอื่น		การกำหนด ความสัมพันธ์ทาง ทรัพย์สินระหว่างคู่ สมรสภายหลังการ หย่า	
	การแก้ไขระบบ ทรัพย์สินระหว่าง คู่สมรสตาม กฎหมาย		- การจำแนกประเภทของ ทรัพย์สิน - การกำหนดการจัดการทรัพย์สิน - การกำหนดหนี้สินของคู่สมรส - การกำหนดความสัมพันธ์ทาง ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลัง สิ้นสุดระบบทรัพย์สินระหว่างคู่ สมรส			
	การเลือกระบบ ทรัพย์สิน ทางเลือก ระหว่าง คู่สมรส	มี	- การเลือกระบบทรัพย์สิน ทางเลือกระหว่างคู่สมรสตามที่ กฎหมายกำหนด - การแก้ไขระบบทรัพย์สิน ทางเลือกระหว่างคู่สมรส		ไม่มีการเลือกระบบ ทรัพย์สินระหว่างคู่ สมรส	
		ไม่มี	การแก้ไขระบบทรัพย์สินระหว่าง คู่สมรสตามกฎหมายให้สอดคล้อง กับระบบทรัพย์สินระหว่างคู่ สมรสที่ประสงค์ได้			

ประเด็นเปรียบเทียบ/ ประเภทของระบบกฎหมาย		ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ตามสัญญาของระบบประมวล กฎหมาย		ระบบทรัพย์สิน ระหว่างคู่สมรส ตามสัญญาของ ระบบคอมมอนลอว์	
		สัญญาก่อนสมรส	สัญญา ระหว่าง สมรส	สัญญา ก่อน สมรส	สัญญา ระหว่าง สมรส
วิธีการทำและเปลี่ยนแปลง		- ทำสัญญาเป็น หนังสือ+จด ทะเบียนต่อนาย ทะเบียน - โดยทั่วไป มักให้ เปลี่ยนแปลงในรูปแบบ สัญญาระหว่าง สมรสได้ แต่บาง ประเทศกำหนด ห้ามการ เปลี่ยนแปลง สัญญาก่อนสมรส	โดยทั่วไป มี หลักเกณฑ์ เหมือน สัญญาก่อน สมรส แต่ ในบาง ประเทศ อาจต้องขอ ศาลในบาง กรณี	ทำเป็นหนังสือ+ ได้รับคำแนะนำทาง กฎหมาย+เปิดเผย ข้อมูลเกี่ยวกับ ทรัพย์สิน	
ผล ผูกพัน	คู่สมรส	มีผลผูกพันระหว่างคู่สมรสใน กรณีที่ทำถูกต้องตามหลักเกณฑ์		ความเป็นธรรมของ สัญญาภายใต้การ	
	บุคคลภายนอก	มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกเมื่อ มีการประกาศอย่างเป็นทางการ หรือบุคคลภายนอกทราบถึง สัญญา		พิจารณาของศาล	

เมื่อพิจารณาดูร่างข้างต้นแล้ว จะพบว่าการเปรียบเทียบความแตกต่างของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาพึงแยกพิจารณาออกเป็นสองระดับ ในระดับแรก จำต้องพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของระบบประมวลกฎหมายกับระบบคอมมอนลอว์ซึ่งอาจจำแนกเป็นประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

(1) เนื้อหาของสัญญา ประเทศในระบบประมวลกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สมรสสามารถทำสัญญากำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสได้ตั้งแต่เริ่มต้นสถานะการเป็นคู่สมรส³³ ซึ่งครอบคลุมทั้งการจำแนกประเภททรัพย์สินระหว่างคู่สมรส การกำหนดการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ความรับผิดชอบหนี้สินของคู่สมรส ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลังสิ้นสุดระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ตลอดจนการเลือกระบบทรัพย์สินทางเลือกระหว่างคู่สมรส³⁴ แต่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จำกัดขอบเขตเนื้อหาไว้เพียงแค่การกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลังการหย่าเท่านั้น³⁵ ขอบเขตของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของระบบประมวลกฎหมายจึงมีความกว้างมากกว่าระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของระบบคอมมอนลอว์

(2) วิธีการทำสัญญา ทั้งประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ต่างให้ความสำคัญกับการทำสัญญาเป็นหนังสือ แต่ก็ปรากฏความแตกต่างในรายละเอียด อาทิ ระบบประมวลกฎหมายกำหนดการจดทะเบียน³⁶ ระบบคอมมอนลอว์

³³ Jens M. Scherpe, **Chapter 14 Contracting out of the Default Relationship Property Regime – Comparative Observation in Law and Policy in Modern Family Finance**, Edited by Nicola Peart, Jessica Palmer Margaret Briggs and Mark Henaghan, (Cambridge: Intersentia, 2017), p. 361.

³⁴ Nigel Lowe, **Marital Property Agreement** in Family Law and Culture in Europe, Edited by Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart, p. 34.

³⁵ Katharina Boele-Woelki, **General Rights and Duties in the CEFL Principles on Property Relations between Spouses** in Family Law and Culture in Europe, Edited by Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart, p. 11.

³⁶ หลักการ CEFL, ข้อ 4:11., French Civil Code (Current), Art. 1394 Para. 1., German Civil Code (Current), Art. 1410. and Japan Civil Code (Current), Art. 755.

กำหนดการได้รับคำแนะนำทางกฎหมาย³⁷ และหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส³⁸

(3) ผลผูกพันของสัญญา การพิจารณาผลผูกพันของสัญญาของระบบกฎหมายทั้งสองระบบมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก กล่าวคือ ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมิได้กำหนดผลผูกพันระหว่างคู่สมรสไว้เป็นการเฉพาะแต่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับผลผูกพันของสัญญาที่มีต่อบุคคลภายนอกโดยอาศัยการประกาศอย่างเป็นทางการและการทราบถึงสัญญาของบุคคลภายนอกเป็นสำคัญ³⁹ ในทางกลับกัน ระบบคอมมอนลอว์กลับให้อำนาจศาลในการพิจารณาความผูกพันของสัญญาดังกล่าวโดยอาศัย “ความเป็นธรรม” ในสัญญาเป็นเกณฑ์⁴⁰ บทบาทของศาลในการแทรกแซงความผูกพันของสัญญาดังกล่าวจึงมีความแตกต่างกัน

ในระดับที่สอง การเปรียบเทียบระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย กฎหมายครอบครัวของแต่ละประเทศต่างมีจุดร่วมกันเกี่ยวกับขอบเขตเนื้อหาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญา กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อแก้ไขระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายซึ่งมีขอบเขตตั้งแต่เริ่มสถานะความเป็นคู่สมรสจนกระทั่งภายหลังสิ้นสุดระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีประเด็นที่พึงเปรียบเทียบดังนี้

³⁷ Walter Pintens, **Marital Agreements and Private Autonomy in France and Belgium** in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Edited by Jens M. Scherpe, (Oregon: Hart Publishing, 2012), p. 99.

³⁸ Dalling Samuel Jed, **Regulating Prenuptial Agreements: Balancing Autonomy and Protection**, (Master's Thesis, Faculty of Law, Durham University, 2013), p. 106.

³⁹ หลักการ CEFL, ข้อ 4:14., French Civil Code (Current), Art. 1394 Para. 3. and German Civil Code (Current), Art. 1412 (1).

⁴⁰ Walter Pintens, **Marital Agreements and Private Autonomy in France and Belgium** in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Edited by Jens M. Scherpe, p. 104-105.

(1) กรอบความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของเนื้อหาของสัญญา ทั้งสัญญา ก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรสต่างจำต้องอยู่ภายใต้กรอบความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่รูปแบบของการบัญญัติกรอบดังกล่าวอาจมีความแตกต่าง กัน บางประเทศอาจกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายครอบครัว⁴¹ แต่บางประเทศอาจ ต้องกลับไปใช้หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา⁴² นอกจากนี้ บางประเทศอาจมี การกำหนดเงื่อนไขอื่นซึ่งส่งผลให้กรอบความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังตัวอย่างเช่น การห้ามมิให้คู่สมรสทำสัญญาเพื่อแก้ไขเกี่ยวกับ สิทธิและหน้าที่พื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สมรส⁴³ การห้ามมิให้คู่สมรสทำสัญญาเพื่อ กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร⁴⁴ การห้ามกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการ รับมรดก⁴⁵ การห้ามมิให้คู่สมรสนำระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่ยกเลิกไปแล้วหรือระบบ ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของประเทศอื่นมาใช้บังคับ⁴⁶ เป็นต้น

(2) ระบบทรัพย์สินทางเลือกระหว่างคู่สมรส กฎหมายครอบครัวของบางประเทศ อาจกำหนดระบบทรัพย์สินทางเลือกระหว่างคู่สมรสไว้เพื่อเป็นการง่ายแก่คู่สมรสในการ กำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันเนื่องจากการกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน ดังตัวอย่างเช่น กฎหมายครอบครัวของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ระบบ ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสแบบสินบริคณห์ทั่วไป⁴⁷ ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสแบบ แบ่งปันผลประโยชน์ภายหลังสิ้นสุดระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส⁴⁸ ระบบทรัพย์สิน

⁴¹ French Civil Code (Current), Art. 1387.

⁴² Aurelia Colombi Ciacchi, Chantal Mak and Zeeshan Mansoor, **Case 7: Nuptial Agreements in Immoral Contracts in Europe**, Edited by Aurelia Colombi Ciacchi, Chantal Mak and Zeeshan Mansoor, (Cambridge: Intersentia, 2014), p. 421.

⁴³ French Civil Code (Current), Art. 1388.

⁴⁴ French Civil Code (Current), Art. 1388.

⁴⁵ French Civil Code (Current), Art. 1389.

⁴⁶ German Civil Code (Current), Art. 1409.

⁴⁷ French Civil Code (Current), Art. 1526.

⁴⁸ French Civil Code (Current), Art. 1569.

ระหว่างคู่สมรสแบบแยกทรัพย์สิน⁴⁹ เป็นระบบทรัพย์สินทางเลือกระหว่างคู่สมรส ในขณะที่กฎหมายครอบครัวของประเทศเยอรมนีกำหนดให้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสแบบสินบริภคณ์ทั่วไป⁵⁰ และระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสแบบแยกทรัพย์สิน⁵¹ เป็นระบบทรัพย์สินทางเลือกระหว่างคู่สมรส ทั้งนี้ การเลือกระบบทรัพย์สินทางเลือกระหว่างคู่สมรสอาจทำได้ทั้งสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรส

(3) วิธีการทำและเปลี่ยนแปลงสัญญา โดยหลักแล้ว คู่สมรสพึงมีเสรีภาพในการทำสัญญาดังกล่าวทั้งก่อนและระหว่างสมรส โดยทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน⁵² แต่กฎหมายครอบครัวมักกำหนดวิธีการพิเศษสำหรับการทำสัญญาระหว่างสมรสไว้แตกต่างจากวิธีการทำสัญญาก่อนสมรส อาทิ การให้อำนาจศาลในการควบคุมเปลี่ยนแปลงสัญญาในกรณีสำคัญบางประการ⁵³ เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า

(4) ผลผูกพันของสัญญาที่มีต่อบุคคลภายนอก กฎหมายครอบครัวของประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดไปในทิศทางเดียวกันในการพิจารณาผลผูกพันที่มีต่อบุคคลภายนอก กล่าวคือ จำเป็นต้องพิจารณาการประกาศอย่างเป็นทางการหรือการทราบถึงสัญญาของบุคคลภายนอก⁵⁴ จุติร่วมกันในส่วนนี้จึงถือเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก

2.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่อง

แม้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศในระบบประมวลกฎหมายจะมีวัตถุประสงค์จำกัดเฉพาะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย แต่ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของกฎหมายไทยกลับครอบคลุมไปถึงการทำสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องด้วย

⁴⁹ French Civil Code (Current), Art. 1536.

⁵⁰ German Civil Code (Current), Art. 1415.

⁵¹ German Civil Code (Current), Art. 1414.

⁵² หลักการ CEFL, ข้อ 4:11.

⁵³ Christophe Blanchard, *Droit des régimes matrimoniaux*, p. 236.

⁵⁴ หลักการ CEFL, ข้อ 4:14.

จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าประเทศในระบบประมวลกฎหมายมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในประเด็นดังกล่าวไว้อย่างไร ภายใต้มุมมองที่แตกต่างกันระหว่างการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของครอบครัว จึงส่งผลไปถึงหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องที่แตกต่างกันโดยที่แบ่งออกเป็นสามแนวทางอันได้แก่

(1) การทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างกันได้อย่างเสรี หลักเกณฑ์นี้ให้ความสำคัญกับสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลมากกว่าความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของครอบครัว ดังนั้น แม้จะมีการจดทะเบียนสมรสเกิดขึ้นแล้ว คู่สมรสก็ยังคงอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของตนเพื่อเปลี่ยนแปลงสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวกับคู่สมรสอีกฝ่ายได้ ทั้งนี้ หลักการนี้มีได้ปรากฏอยู่ในหมวดของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส แต่กลับปรากฏในส่วนหนึ่งของผลของการสมรสตามมาตรา 177 ของ Swiss Civil Code (1907)⁵⁵ หลักการดังกล่าวได้ถูกบังคับใช้เรื่อยมาซึ่งมีการเพิ่มเติมไปถึงการทำสัญญาระหว่างคู่สมรสกับบุคคลภายนอกด้วยดังปรากฏในมาตรา 168 ของ Swiss Civil Code (Current)⁵⁶ บทบัญญัติดังกล่าวมีความสำคัญต่อการศึกษาสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยเพราะมีส่วนหนึ่งของการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาก่อนสมรสของประเทศไทย⁵⁷

(2) ข้อห้ามในการทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างกันประกอบกับข้อยกเว้นบางประการ หลักเกณฑ์นี้ค่อนข้างให้ความสำคัญกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของครอบครัว โดยทั่วไป คู่สมรสจึงไม่อาจทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างกันได้ เว้นแต่เป็นการทำสัญญาที่เข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย ทั้งนี้ หลักการนี้มีได้ปรากฏอยู่ในหมวดของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส แต่กลับปรากฏเป็นบทบัญญัติในหมวดของสัญญาซื้อขาย

⁵⁵ *Married persons shall have power to enter into acts with each other.*

⁵⁶ *Each spouse may enter into transactions with the other or with third parties unless the law provides otherwise.*

⁵⁷ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี*, หน้า 236.

ตามมาตรา 1595 ของ French Civil Code (1804)⁵⁸ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกตั้งแต่ ค.ศ. 1985⁵⁹ คู่สมรสในประเทศฝรั่งเศสจึงมีสิทธิทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องได้โดยเสรีจวบจนปัจจุบัน⁶⁰

(3) การทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างกันได้ภายใต้ข้อจำกัดเกี่ยวกับการบอกล้าง หลักเกณฑ์นี้เป็นความพยายามให้เกิดความเป็นกลางระหว่างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของครอบครัวกับสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล จึงกำหนดให้คู่สมรสอาจทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างกันได้ แต่ก็ให้สิทธิในการเพิกถอนในภายหลังเพื่อเปิดโอกาสให้คู่สมรสพิจารณาถึงผลผูกพันทางกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ในหมวดของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส แต่กลับปรากฏในส่วนของผลของการสมรสตามมาตรา 792 ของ Japan Civil Code (1896)⁶¹ และมาตรา 754 ของ Japan Civil Code (1947) อีกทั้งยังคงบังคับใช้ต่อมาจนถึงปัจจุบัน บทบัญญัติของ

⁵⁸ « *Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :*

1° Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits ;

2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté ;

3° Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté ;
Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. »

⁵⁹ *Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, article 35.*

⁶⁰ François Terré et Philippe Simler, **Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés**, p. 6.

⁶¹ *A contract made between husband and wife may be cancelled at any time during the marriage by either party, but without prejudice to the rights of third persons.*

กฎหมายครอบครัวญี่ปุ่นนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการศึกษาสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยเนื่องจากเป็นต้นแบบของสัญญาระหว่างสมรสในระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย⁶²

3. “สัญญาระหว่างสมรส” ภายใต้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทย: สัญญาระหว่างคู่สมรสเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่อง

ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมครั้งแรกในประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในพ.ศ. 2478 (ป.พ.พ. (2478)) ซึ่งแยกออกเป็นสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรส ป.พ.พ. (2478) จึงเป็นการวางรากฐานสำคัญของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญา (3.1) อย่างไรก็ตามขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสได้ถูกจำกัดไว้เฉพาะสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินดังปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในปี พ.ศ. 2519 (ป.พ.พ. (2519)) หลักเกณฑ์ของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาตาม ป.พ.พ. (2519) ได้ถูกบังคับใช้เรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน (3.2) แม้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในปี พ.ศ. 2567 แต่ก็มีได้กระทบต่อสาระสำคัญของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจสรุปวิวัฒนาการของสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยได้ดังนี้

⁶² คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี, หน้า 236.

มาตรา 1469 ของป.พ.พ. (ปัจจุบัน) สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินใดที่คู่สมรสได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นคู่สมรสกันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นคู่สมรสกันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นคู่สมรสกันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต

มาตรา 792 ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น (1896) (ต้นแบบของสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทย) - ให้คู่สมรสทำสัญญาระหว่างกันได้โดยมีสิทธิบอกล้างในเวลาใดที่เป็นคู่สมรสกันอยู่ - สิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต	มาตรา 1469 ของป.พ.พ. (2478) ขยายสิทธิการบอกล้างภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นคู่สมรส	มาตรา 1469 ของป.พ.พ. (2519) จำกัดไว้เฉพาะสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน	มาตรา 1465 ของป.พ.พ. (ปัจจุบัน) + คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3714/2548 ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับสัญญาก่อนสมรส แต่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สมรสที่ทำสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องกับคู่สมรสอีกฝ่าย โดยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของความเสนหาหรือเหตุอื่นใดอันทำให้ตนต้องเสียประโยชน์
--	---	---	--

ภาพที่ 2 สรุปวิวัฒนาการของสัญญาระหว่างสมรสตามระบบกฎหมายไทย

3.1 เนื้อหาของ “สัญญาระหว่างสมรส” ตาม ป.พ.พ. (2478): สัญญาทุกประเภทที่คู่สมรสทำขึ้นในระหว่างสมรส

ในประเด็นเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสดังกล่าว จำต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างคู่สมรสในช่วงเวลาที่เป็นคู่สมรสกัน ตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย คู่สมรสเปรียบเสมือนเป็นคนเดียวกัน การทำสัญญาเกี่ยวกับสินเดิระหว่างกันจึงไม่อาจกระทำได้ หากมีการหย่าเกิดขึ้น จึงต้องคืนทรัพย์สินเหล่านั้นให้แก่เจ้าของเดิม⁶³ ในการร่าง ป.พ.พ. (2478) ได้มีการนำหลักกฎหมายของต่างประเทศมาพิจารณาซึ่งพบว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องของประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกัน ดังตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดห้ามคู่สมรสทำสัญญาซื้อขายระหว่างกันตามมาตรา 1595 ของ French Civil

⁶³ พระยาพิจารณาปฤชามาตย์, คำอธิบายลักษณะผัวเมีย, (พระนคร: โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2461), หน้า 72.

Code (1804)⁶⁴ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์อนุญาตให้คู่สมรสทำสัญญาระหว่างกันได้อย่างเสรี ตามมาตรา 177 ของ Swiss Civil Code (1907) ประเทศญี่ปุ่นอนุญาตให้คู่สมรสทำสัญญา ระหว่างกันได้ แต่ให้สิทธิในการเพิกถอนได้ตามมาตรา 792 ของ Japan Civil Code (1896)⁶⁵ ในท้ายที่สุด คณะกรรมการร่าง ป.พ.พ. (2478) ได้เลือกหลักเกณฑ์การทำสัญญา ของญี่ปุ่นมาเป็นต้นแบบหลักเกณฑ์ของสัญญาระหว่างสมรส การพิจารณาขอบเขตเนื้อหา ของสัญญาระหว่างสมรสจึงต้องศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรา 792 ของ Japan Civil Code (1896)

สัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา 1461 ของ ป.พ.พ. (2478) มิได้จำกัดเฉพาะ สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินเช่นกัน แต่กลับอยู่ในหมวดทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา จึงเกิดเป็น ประเด็นปัญหาว่าสัญญาระหว่างสมรสตาม ป.พ.พ. (2478) มีความหมายครอบคลุมเฉพาะ สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือไม่ อย่างไร หากพิจารณาว่ามาตรา 1461 ของ ป.พ.พ. (2478) อยู่ในหมวดของทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งประสงค์ให้สัญญา ดังกล่าวจำกัดเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน แต่ไม่รวมถึงสัญญาอื่น⁶⁶ เช่น สัญญาเกี่ยวกับ ทรัพย์สินตามมาตรา 1500 (7) ของ ป.พ.พ. (2478) เนื่องจากเป็นสัญญาเกี่ยวกับ ความประพณี⁶⁷ และการให้สิทธิบอกล้างจะทำให้ฝ่ายที่ทำพันธบัตรมีสิทธิบอกล้างได้ทุก เมื่อเพื่อทำผิดได้อย่างอิสระ⁶⁸ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงสัญญาระหว่างคู่สมรสตามมาตรา 792 ของ Japan Civil Code (1896) ก็จะพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิได้จำกัดเฉพาะ ทรัพย์สินและอยู่ในหมวดผลของการสมรส หากผู้ร่างประสงค์ให้สัญญาระหว่างสมรส

⁶⁴ บทบัญญัติดังกล่าวถูกยกเลิกตั้งแต่ ค.ศ. 1985.

⁶⁵ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี*, หน้า 236.

⁶⁶ เสนีย์ ปราโมทย์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัวมฤตก พุทธศักราช 2508*, หน้า 89-90.

⁶⁷ มานิต มานะทัต, *โน้ตแนะนำและสัมมนาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), หน้า 54.

⁶⁸ เสนีย์ ปราโมทย์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัวมฤตก พุทธศักราช 2508*, หน้า 199.

ครอบคลุมถึงสัญญาอื่นด้วยก็พึงบรรจบบัญญัติดังกล่าวไว้ในส่วนอื่น อย่างไรก็ตาม หากตีความจำกัดเฉพาะทรัพย์สินก็จะขัดกับตัวอักษรที่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมาย⁶⁹ จึงปรากฏแนวคำพิพากษาที่กำหนดให้สัญญาระหว่างสมรสครอบคลุมถึงสัญญาอื่น ๆ ด้วย⁷⁰ ในทางปฏิบัติ จะพบว่าเป็นสัญญาที่ค้นพบเป็นส่วนมาก⁷¹

อนึ่ง หากพิจารณาเจาะลึกลงไปในส่วนของสัญญาระหว่างสมรสที่เกี่ยวกับทรัพย์สินแล้ว การพิจารณาขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสยังต้องคำนึงถึงบทบัญญัติเฉพาะในแต่ละเรื่องด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่บทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะว่าต้องทำเป็นสัญญาก่อนสมรส ก็ไม่สามารถทำเป็นสัญญาระหว่างสมรสได้ ดังตัวอย่างเช่น การจัดการสินบริภัณฑ์ตามมาตรา 1468 มาตรา 1469 และมาตรา 1473 วรรคแรกของ ป.พ.พ. (2478) อย่างไรก็ตาม กลับปรากฏปัญหาการบังคับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการแยกสินส่วนตัวออกจากสินบริภัณฑ์ตามมาตรา 1486 ของ ป.พ.พ. (2478) ซึ่งใช้คำว่า “เมื่อได้แยกทรัพย์สินไว้เป็นสินส่วนตัวโดยความตกลง” โดยมีได้กำหนดว่าเป็นสัญญาก่อนสมรส แต่บทบัญญัติดังกล่าวใช้รองรับสินส่วนตัวตามมาตรา 1464 (1) ของ ป.พ.พ. (2478) ซึ่งต้องทำเป็นสัญญาก่อนสมรส จึงควรจำกัดการแยกสินส่วนตัวไว้ตามมาตรา 1486 ของ

⁶⁹ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516), หน้า 99.

⁷⁰ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1246/2509 ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าสัญญาระหว่างสมรสจำกัดเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้น จึงไม่ครอบคลุมถึงข้อตกลงเกี่ยวกับค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร แต่ศาลฎีกากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์โดยวินิจฉัยให้สัญญาระหว่างสมรสครอบคลุมสัญญาอื่น ๆ ด้วย เนื่องจากมิได้มีบทบัญญัติระบุไว้เฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินเหมือนกับกรณีสัญญาก่อนสมรสดังปรากฏใน ศรี มลิลลา, คำบรรยายวิชาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 44.

⁷¹ รายงานการประชุมคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. ... ครั้งที่ 1/2519 วันที่ 16 สิงหาคม 2519, หน้า 28.

ป.พ.พ. (2478) เฉพาะการทำสัญญาก่อนสมรสเท่านั้น⁷² แต่กลับปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตีความให้ครอบคลุมถึงสัญญาระหว่างสมรสด้วย⁷³

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรส ประกอบแนวทางการตีความและการใช้บังคับกฎหมายตามคำพิพากษาของศาลแล้วจะพบว่า สัญญาระหว่างสมรสตาม ป.พ.พ. (2478) มีขอบเขตที่ค่อนข้างกว้างขวางกว่าสัญญาก่อนสมรส อีกทั้งยังมีข้อถกเถียงจำนวนมากซึ่งอาจเป็นที่ยุติตามคำพิพากษาศาลฎีกาบ้างแล้ว แต่ก็ยังไม่เป็นที่ยุติในวงวิชาการ สัญญาระหว่างสมรสในช่วงเวลานี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่อง

3.2 การปรับปรุงเนื้อหา “สัญญาระหว่างสมรส” ตาม ป.พ.พ. (2519-ปัจจุบัน): การจำกัดเนื้อหาให้ครอบคลุมเฉพาะการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่อง

ป.พ.พ. (2519) ได้จำกัดให้สัญญาระหว่างสมรสต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเท่านั้นซึ่งบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน สัญญาระหว่างสมรสจึงมีขอบเขตครอบคลุมถึงการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินในฐานะที่เป็นคู่สมรสซึ่งอาจเกี่ยวพันกับทรัพย์สินได้ทุกประเภท⁷⁴ โดยทั่วไป สัญญาระหว่างสมรสมีเนื้อหาในลักษณะของการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินเฉพาะเรื่อง ดังตัวอย่างเช่น สัญญาให้โดยเสนหา⁷⁵ สัญญาประนีประนอมยอมความเกี่ยวกับทรัพย์สิน⁷⁶ สัญญาจำกัดหรือสละสิทธิ

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 801/2474 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 114/2488 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 635/2490 และมานิต มานะทัต, โน้ตแนะนำและสัมมนาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 29.

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 890/2517 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1720/2518 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1274/2521 และไพโรจน์ กัมพูสิริ, **รวมบทความ กฎหมายลักษณะครอบครัว**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 353.

⁷⁴ ซาติชาย อัครวิบูลย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 328.

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3714/2548 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 818/2546 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 337/2530.

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1274/2521 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 674/2543.

ในทรัพย์สิน⁷⁷ สัญญาแบ่งแยกสินสมรส⁷⁸ สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาซื้อขาย เป็นต้น⁷⁹ แต่ด้วยความกว้างขวางของคำว่า “สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน” ตามมาตรา 1469 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) อาจทำให้เกิดการตีความขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสให้ครอบคลุมสัญญาอื่นด้วย จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาว่าสัญญาระหว่างสมรสพึงครอบคลุมถึงสัญญาอื่นใดอีกหรือไม่ อย่างไร การตอบคำถามนี้จำเป็นต้องพิจารณาไปพร้อมกับขอบเขตเนื้อหาของสัญญาก่อนสมรสเนื่องจากอยู่ภายใต้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ อาจเริ่มต้นจากการพิจารณาสัญญาระหว่างสมรสที่เปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะไว้แล้ว (1) ในส่วนถัดมาก็ต้องพิจารณาสัญญาระหว่างสมรสที่เปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายในส่วนอื่น (2) และส่วนสุดท้าย ในกรณีที่สัญญาระหว่างสมรสกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลังการหย่า (3)

(1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายในส่วนที่มีหลักเกณฑ์เฉพาะให้ทำเป็นสัญญาก่อนสมรส

ภายใต้ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงการจัดการสินสมรสจำเป็นต้องทำเป็นสัญญาก่อนสมรสตามมาตรา 1476/1 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) การทำสัญญาระหว่างสมรสเพื่อเปลี่ยนแปลงส่วนดังกล่าวย่อมมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน)⁸⁰ เนื่องจากขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม กลับปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งตีความให้สัญญาระหว่างสมรสครอบคลุมไปถึงการให้

⁷⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 319/2530 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4358/2531.

⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 890/2517 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2001/2511 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 812/2533 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 79/2529.

⁷⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9, หน้า 235.

⁸⁰ ขาดิชา อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 197.

ความยินยอมเกี่ยวกับการจัดการสินสมรสเป็นการทั่วไปด้วย⁸¹ การให้ความยินยอมในลักษณะนี้มีความแตกต่างจากการทำนิติกรรมเฉพาะเรื่องเนื่องจากแม้การให้ความยินยอมดังกล่าวจะได้เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การจัดการสินสมรสโดยตรง แต่กลับส่งผลให้คู่สมรสอีกฝ่ายอาจจัดการสินสมรสได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสฝ่ายที่ให้ความยินยอมเป็นการทั่วไปอีก จึงเปรียบเสมือนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการจัดการสินสมรสโดยอ้อมซึ่งพึงกำหนดในสัญญาก่อนสมรสตามมาตรา 1476/1 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) ด้วยเหตุนี้ การให้ความยินยอมในลักษณะดังกล่าวจึงหมิ่นเหม่ต่อการขัดกฎหมายโดยชัดแจ้งเช่นกัน

(2) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย ส่วนอื่น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตาม ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) แล้ว จะพบว่านอกจากการกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การจัดการสินสมรสต้องกระทำเป็นสัญญาก่อนสมรสแล้ว ก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติเฉพาะอื่นที่กำหนดให้การเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายกระทำเป็นสัญญาแบบใดอีก ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการทำสัญญาระหว่างสมรสเพื่อเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายส่วนอื่น นอกจากการจัดการสินสมรส อาทิ การเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การจำแนกประเภททรัพย์สินระหว่างคู่สมรส การเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การจัดการสินส่วนตัว ในการตอบประเด็นปัญหานี้ อาจแยกออกเป็นสองแนวทางดังนี้

(1) สัญญาระหว่างสมรสไม่ครอบคลุมไปถึงการเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายส่วนอื่นด้วย แนวทางนี้ปรากฏตามความเห็นของ

⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2236/2562 “...ใบสมัครสมาชิกของพลโท บ. มีข้อความยินยอมของผู้ร้องสอดที่ 1 มีข้อความระบุว่า ผู้ร้องสอดที่ 1 ยินยอมให้พลโท บ. ทำนิติกรรมจัดการสินสมรสของตนและพลโท บ. กับจำเลยได้ทุกกรณีนับแต่วันสมัครสมาชิกและถือว่าคำยินยอมในเอกสารนี้เป็นคำยินยอมของผู้ร้องสอดที่ 1 ในการทำนิติกรรมทุกฉบับกับจำเลยจึงมีลักษณะเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่พลโท บ. และผู้ร้องสอดที่ 1 ได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างสมรสอันเป็นสัญญาระหว่างสมรสตาม ป.พ.พ. มาตรา 1469...”

คณะกรรมการกฤษฎีกาในการร่าง ป.พ.พ. (2533) ซึ่งพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรส คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า “...มาตรา 1465 ก็บัญญัติไว้แจ้งชัดว่าระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 1470 ถึงมาตรา 1493 เว้นแต่จะมีสัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เท่านั้น การเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินหลังจากการสมรสแล้วโดยมิได้ทำสัญญาก่อนสมรสไว้ต่อกันนั้น ระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่ยอมให้กระทำ...”⁸² ความเห็นดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า แม้จะมีได้มีการกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายส่วนอื่นต้องกระทำเป็นสัญญาก่อนสมรส แต่สัญญาระหว่างสมรสก็ไม่ครอบคลุมถึงส่วนดังกล่าวโดยอาศัยมาตรา 1465 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) นอกจากนี้ มาตรา 1469 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) มีรากฐานความคิดมาจาก Art. 792 Japan Civil Code (1896)⁸³ ⁸⁴ ซึ่งมีได้ปรากฏอยู่ในหมวดของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสและมิได้จำกัดสัญญาดังกล่าวให้ครอบคลุมเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินแต่อย่างใด อีกทั้งระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของประเทศญี่ปุ่นก็จำกัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายไว้เฉพาะการทำสัญญาก่อนสมรสเท่านั้นดังปรากฏตาม Art. 755 Japan Civil Code (Current)⁸⁵ การตีความให้สัญญาระหว่างสมรสครอบคลุมไปถึงการเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายย่อมไม่สอดคล้องกับกรอบของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาและระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของญี่ปุ่นซึ่งเป็นต้นร่างของบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทย

⁸² รายงานผลการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การปรับปรุงกฎหมายครอบครัว (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...) พุทธศักราช 2528, หน้า 209.

⁸³ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี*, หน้า 236.

⁸⁴ บทบัญญัตินี้มีเนื้อความเดียวกับ Art. 754 Japan Civil Code (Current).

⁸⁵ Satoshi Minamikata, *Family and Succession Law in Japan*, 3 ed. (Netherlands: Wokters Kluwer, 2020), p. 183.

(2) สัญญาระหว่างสมรสครอบคลุมไปถึงการเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายส่วนอื่นด้วย แนวทางนี้สอดคล้องกับการเสนอมตรา 1475 ทวิ ของร่าง ป.พ.พ. (2533)⁸⁶ ซึ่งกำหนดขอบเขตเนื้อหาของสัญญาก่อนสมรสเพิ่มเติมเพื่อกำหนดขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสไปในเวลาเดียวกันเนื่องจากการเพิ่มบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างเห็นว่ามีจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตเนื้อหาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาไว้เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนของขอบเขตเนื้อหาของสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรส ประกอบกับการให้เหตุผลนี้อยู่บนพื้นฐานของหลักการตีความที่ว่า “ในกรณีที่อาจตีความไปได้สองแนวทาง พึงตีความแนวทางที่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับ”⁸⁷ เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 1465 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) กับมาตรา 1476/1 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) จะพบว่า มาตรา 1465 เปรียบเสมือนเป็นบทบัญญัติทั่วไปของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสทั้งหมด ในขณะที่มาตรา 1476/1 เป็นบทบัญญัติเฉพาะเพียงบทบัญญัติเดียวที่กำหนดขอบเขตเนื้อหาของการทำสัญญาก่อนสมรส ดังนั้น หากตีความตามแนวทางแรกที่สามารถบังคับใช้มาตรา 1465 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) ได้อยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะใด ๆ ไว้ก็ย่อมส่งผลให้มาตรา 1476/1 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) ไม่มีความจำเป็นที่ต้องบัญญัติขึ้นและไม่สามารถบังคับใช้ได้ นอกจากนี้ มาตรา 1469 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) ก็บัญญัติขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสไว้เพียงแค่ว่ากว้าง ๆ เท่านั้น การตีความตามแนวทางนี้จึงมิได้เกินเลยไปกว่าตัวอักษรตามบทบัญญัตินี้

อนึ่ง แม้ประเด็นปัญหาดังกล่าวอาจตีความไปได้สองแนวทางข้างต้น แต่ด้วยเหตุผลในเชิงที่มาของกฎหมายประกอบกับแนวทางการตีความของศาลแล้ว

⁸⁶ มาตรา 1475 ทวิ วรรคแรกของร่าง ป.พ.พ. (2533) ซึ่งเสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา บัญญัติว่า

“การตกลงเปลี่ยนแปลงประเภททรัพย์สินจากสินส่วนตัวเป็นสินสมรสหรือจากสินสมรสเป็นสินส่วนตัวให้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1471 มาตรา 1472 หรือมาตรา 1474 สามียกย่องทำได้แต่โดยสัญญาก่อนสมรส”

⁸⁷ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 183.

ก็พึงยึดถือแนวทางแรกเป็นหลัก เนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสจึงไม่ครอบคลุมถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย สัญญาระหว่างสมรสมีเนื้อหาที่แตกต่างจากสัญญาก่อนสมรสเนื่องจากสัญญาระหว่างสมรสมิได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายเหมือนในกรณีของสัญญาก่อนสมรส แต่สัญญาระหว่างสมรสกลับมีขอบเขตเนื้อหาในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินเฉพาะเรื่องเท่านั้นโดยให้สิทธิแก่คู่สมรสในบอกล้างสัญญาเหล่านั้นเพื่อคุ้มครองคู่สมรสที่ทำสัญญากับคู่สมรสอีกฝ่ายโดยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของความเสน่หาหรือเหตุอื่นใดอันทำให้ตนต้องเสียประโยชน์⁸⁸

(3) การกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินภายหลังการหย่า

คู่สมรสสามารถทำข้อตกลงแบ่งทรัพย์สินระหว่างกันได้สำหรับการหย่ากัน โดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย⁸⁹ แม้ข้อตกลงนี้มิได้เป็นความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในขณะที่เป็นคู่สมรสกัน แต่ก็ เป็นความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการเป็นคู่สมรสและทำขึ้นในระหว่างสมรส จึงเกิดเป็นประเด็นว่าข้อตกลงดังกล่าวมีสถานะเป็นสัญญาระหว่างสมรสหรือไม่ อย่างไร แนวทางการตอบคำถามดังกล่าวอาจแบ่งออกเป็นสองส่วนดังต่อไปนี้

(1) ข้อตกลงแบ่งทรัพย์สินระหว่างกันมิใช่สัญญาระหว่างสมรส แนวทางนี้อยู่บนฐานคิดที่ว่าข้อตกลงเรื่องการหย่าและข้อตกลงการแบ่งทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเป็นข้อตกลงที่แบ่งแยกจากกันมิได้ ข้อตกลงการแบ่งทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสจึงเป็นส่วนหนึ่งของหนังสือสัญญาหย่าและมีได้เป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอย่างเดี่ยวโดยตรง⁹⁰ แนวทางนี้เป็นการตีความจำกัดขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสไม่ให้

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3714/2548.

⁸⁹ ไพบูลย์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9, หน้า 301.

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3666/2535 “...ข้อตกลงเรื่องการหย่าและแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นข้อตกลงที่แบ่งแยกจากกันมิได้ จึงมิได้เป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

เกินเลยไปยังหมวดอื่นของบรรพ 5 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) ซึ่งสอดคล้องกับการตีความขอบเขตเนื้อหาของสัญญาก่อนสมรส⁹¹ ทั้งยังสร้างความมั่นคงให้กับหนังสือสัญญาหย่าและความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลังการหย่า

(2) ข้อตกลงแบ่งทรัพย์สินระหว่างกันเป็นสัญญาระหว่างสมรส แม้ข้อตกลงนี้เป็นส่วนหนึ่งของหนังสือสัญญาหย่า แต่ตราบไต่ที่ยังไม่มีการจดทะเบียนหย่า สถานะความเป็นคู่สมรสย่อมยังคงดำรงอยู่ จึงจำเป็นต้องให้สิทธิในการบอกล้างตามหลักเกณฑ์ของสัญญาระหว่างสมรส⁹² ทั้งนี้ หากเห็นว่าคู่สมรสอาจทำข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินขึ้นภายใต้อิทธิพลของความสับสนหาหรือเหตุอื่นใดอันทำให้ตนต้องเสียประโยชน์ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาระหว่างสมรส ก็จำเป็นต้องมีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของคู่สมรสได้ อย่างไรก็ตาม ในการหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ข้อตกลงเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินภายหลังการหย่าย่อมเป็นปัจจัยที่สำคัญ

อย่างเดียวโดยตรง อันจะมีผลทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะบอกล้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1469...”

⁹¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2553), หน้า 191.

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2039/2544 “บันทึกข้อตกลงตามรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีเอกสารหมาย จ.5 แม้จะมีข้อตกลงว่าโจทก์และจำเลยตกลงหย่ากัน แต่ตราบไต่ที่ยังไม่ไปจดทะเบียนหย่าก็ต้องถือว่าโจทก์จำเลยยังเป็นสามีภริยากัน เมื่อมีข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วย จึงเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากัน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1469...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5974/2538 “...โจทก์จำเลยเป็นสามีภริยาโดยจดทะเบียนสมรส แม้จะตกลงหย่าขาดกันตามประเพณีศาสนาอิสลามและทำสัญญาแบ่งผลประโยชน์และทรัพย์สินโดยมีเงื่อนไขระบุไว้ด้วยว่าจำเลยยินยอมผูกพันตามสัญญาตลอดไป และจะไม่ยกเลิกสัญญานี้ แต่เมื่อโจทก์จำเลยยังมีได้จดทะเบียนหย่า ก็ต้องถือว่าโจทก์จำเลยยังเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย สัญญาแบ่งผลประโยชน์และทรัพย์สินดังกล่าวจึงเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1469”

อย่างยิ่งในการแสดงเจตนาของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย หากไม่มีข้อตกลงการแบ่งทรัพย์สินในลักษณะดังกล่าว คู่สมรสอาจไม่ยินยอมที่จะหย่ากันก็ได้ ดังนั้น หากตีความให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นสัญญาระหว่างสมรส และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิบอกล้างได้ภายใน 1 ปี นับแต่วันจดทะเบียนหย่า กรณีนี้ย่อมบั่นทอนการแสดงเจตนาของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายและกระทบต่อความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสภายหลังการหย่ากันแล้วอย่างมีนัยสำคัญ

ด้วยเหตุที่สองแนวทางมีเหตุผลสนับสนุนด้วยกันทั้งคู่ประกอบกับมีคำพิพากษาของศาลฎีกาวินิจฉัยตามทั้งสองแนวทาง จึงเป็นประเด็นที่ยังมิได้ข้อยุติ

4. ข้อจำกัดเกี่ยวกับช่วงเวลาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญา: ปัญหาความไม่ได้สัดส่วนในจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรส

ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสของประเทศไทยประกอบไปด้วยสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรสซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการให้เสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกัน แต่กลับพบปัญหาเกี่ยวกับความไม่ได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเนื่องมาจากขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสซึ่งก่อให้เกิดการจำกัดช่วงเวลาในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในระหว่างสมรส ในการพิจารณาประเด็นปัญหานี้จำเป็นต้องคำนึงถึงวิวัฒนาการของสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทย สัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยได้นำมาบังคับใช้ครั้งแรกตาม ป.พ.พ. (2478) โดยได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 792 ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น (1896)⁹³ ซึ่ง อนุญาตให้คู่สมรสทำสัญญาระหว่างกันได้ แต่ให้สิทธิเพิกถอน บทบัญญัติของประเทศญี่ปุ่นนี้มิได้ปรากฏอยู่ในหมวดของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสและมิได้จำกัดสัญญาดังกล่าวให้ครอบคลุมเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินแต่อย่างใด⁹⁴ อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยก็มีการดัดแปลง

⁹³ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี*, หน้า 236.

⁹⁴ Satoshi Minamikata, *Family and Succession Law in Japan*, p. 183.

ให้มีความแตกต่างโดยการจำกัดให้ครอบคลุมเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสซึ่งทำให้ขอบเขตของสัญญาระหว่างสมรสครอบคลุมเฉพาะสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่อง

แม้มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง แต่สัญญาระหว่างสมรสก็ยังคงมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่อง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อ “คุ้มครองสิทธิของคู่สมรสโดยทั่วไปที่ได้ทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินไว้ในระหว่างสมรส โดยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของความเล่ห์เหลี่ยมหรือเหตุอื่นใดอันทำให้ตนต้องเสียประโยชน์ มิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบหรือถูกข่มเหงโดยไม่เป็นธรรมและเป็นการป้องกันมิให้ครอบครัวต้องร้าวฉานแตกแยกกัน”⁹⁵ อีกทั้งยังสอดคล้องกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในการร่าง ป.พ.พ. (2533) ซึ่งพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสที่ว่า “...มาตรา 1465 ก็บัญญัติไว้แจ้งชัดว่าระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 1470 ถึงมาตรา 1493 เว้นแต่จะมีสัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เท่านั้น การเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินหลังจากการสมรสแล้วโดยมิได้ทำสัญญาก่อนสมรสไว้ต่อกันนั้น ระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่ยอมให้กระทำได้...”⁹⁶

ความเห็นดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า แม้จะมีได้มีการกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายส่วนอื่นต้องกระทำเป็นสัญญาก่อนสมรส แต่สัญญาระหว่างสมรสก็ไม่ครอบคลุมถึงส่วนดังกล่าวโดยอาศัยมาตรา 1465 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน)

ด้วยเหตุนี้ การเปรียบเทียบสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยกับต่างประเทศ จึงให้ความสำคัญกับสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องเท่านั้น ในต่างประเทศ การทำสัญญาลักษณะดังกล่าว ปรากฏหลักเกณฑ์ในสามลักษณะ อันได้แก่

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8739/2551 และ 5974/2538.

⁹⁶ รายงานผลการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การปรับปรุงกฎหมายครอบครัว (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...) พุทธศักราช 2528, หน้า 209.

(1) การห้ามทำสัญญาระหว่างกัน ดังปรากฏตามมาตรา 1595 ของ French Civil Code (1804)⁹⁷

(2) การเปิดโอกาสให้ทำสัญญาระหว่างกันได้อย่างเสรีดังปรากฏตามมาตรา 177 ของ Swiss Civil Code (1907)⁹⁸

(3) การเปิดโอกาสให้ทำสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เฉพาะเรื่องได้ภายใต้เงื่อนไขการเพิกถอนดังปรากฏตามมาตรา 792 ของ Japan Civil Code (1896)⁹⁹

จากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องทั้งสามประเภท ในปัจจุบัน ประเทศส่วนใหญ่ได้ให้อิสระในการทำสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเฉพาะเรื่องได้อย่างเต็มที่ตามแนวทางที่ (2) เพื่อเพิ่มการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลให้มากยิ่งขึ้น การมีอยู่ของสิทธิในการเพิกถอนสัญญาระหว่างสมรสตามกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยจึงสวนทางกับกฎหมายต่างประเทศ นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่สัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทยมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากสัญญาก่อนสมรสของประเทศไทยและสัญญาระหว่างสมรสของต่างประเทศยังทำให้เกิดเป็นปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนของขอบเขตเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสอีกด้วย

ด้วยเหตุที่สัญญาระหว่างสมรสมิได้มีลักษณะเหมือนกับสัญญาก่อนสมรส การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายจึงจำกัดเฉพาะการทำสัญญาก่อนสมรสเท่านั้น ในระหว่างสมรส คู่สมรสย่อมปราศจากเสรีภาพในการกำหนดกติกาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสโดยสิ้นเชิงตามหลักการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรส คู่สมรสพึงมีเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินได้ตั้งแต่ก่อนและในขณะสมรสซึ่งหมาย

⁹⁷ บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการยกเลิกตั้งแต่ค.ศ. 1985.

⁹⁸ บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการแก้ไขแต่ยังคงหลักการเดียวกันมาจนถึงปัจจุบันดังปรากฏตามมาตรา 168 ของ Swiss Civil Code (Current)

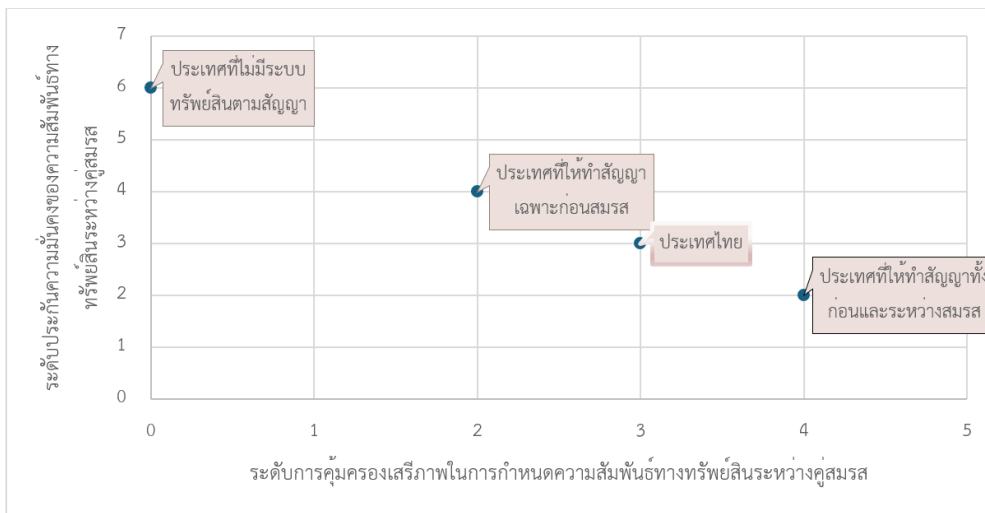
⁹⁹ บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการเปลี่ยนเลขของบทบัญญัติแต่ยังคงหลักการเดียวกันดังปรากฏตามมาตรา 754 ของ Japan Civil Code (1947)

รวมทั้งการทำสัญญาระหว่างคู่สมรสและการทำสัญญากับบุคคลภายนอก¹⁰⁰ แม้เสรีภาพดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยเหตุของช่วงเวลาในการทำสัญญา แต่กลไกดังกล่าวพึงเป็นการจำกัดเสรีภาพเพียงบางส่วนเท่านั้น อาทิ การจำกัดการทำสัญญาระหว่างสมรสบางช่วงเวลา¹⁰¹ และการให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการทำสัญญาระหว่างสมรส¹⁰² การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวโดยสิ้นเชิงย่อมแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสจนเกิดความไม่ได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสซึ่งปรากฏให้เห็นดังภาพด้านล่างนี้

¹⁰⁰ Katharina Boele-Woelki and Maarit Jänterä-Jareborg, **Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations between Spouses in The Future of Family Property in Europe**, Edited by Katharina Boele-Woelki, Joanna K. Miles and Jens M. Scherpe, p. 59.

¹⁰¹ François Terré et Philippe Simler, **Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés**, p. 181.

¹⁰² Christophe Blanchard, **Droit des régimes matrimoniaux**, p. 234.



ภาพที่ 3 การเปรียบเทียบระดับการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสในมิติของช่วงเวลาระหว่างระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทยกับของต่างประเทศ

จากภาพข้างต้น จะพบว่า ประเทศที่ไม่มีระบบทรัพย์สินตามสัญญา ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสย่อมเป็นไปตามระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายโดยที่คู่สมรสไม่มีเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่ของตนได้ ระดับการประกันความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสย่อมอยู่ในระดับที่สูงที่สุด แต่ย่อมปราศจากการคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ส่วนประเทศที่กำหนดให้มีเฉพาะการทำสัญญาก่อนสมรสย่อมมีระดับการประกันความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่ลดลง แต่ก็มี การคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากคู่สมรสมีเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่ของตนได้โดยที่ยังจำกัดอยู่ในช่วงเวลาก่อนการสมรสเท่านั้น และในท้ายที่สุด ประเทศที่กำหนดให้มีการทำสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรส ระดับการประกันความมั่นคงของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสย่อมต่ำที่สุด แต่ย่อมมีการคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในระดับที่สูงที่สุดเนื่องจากคู่สมรสมี

เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่ของตนได้ทั้งก่อนและระหว่างสมรส

ในส่วนของประเทศไทย สัญญาระหว่างสมรสมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามกฎหมาย แต่มีเพียงการเปิดโอกาสให้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินในสัญญาหย่าซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส จึงส่งผลให้คู่สมรสมีข้อจำกัดเกี่ยวกับช่วงเวลาในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกันค่อนข้างสูง ระดับการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทยจึงอยู่ในระดับใกล้เคียงกับประเทศที่ให้ทำสัญญาเฉพาะก่อนสมรส ข้อจำกัดนี้ค่อนข้างมีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากไม่สอดคล้องกับระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายส่วนใหญ่ จึงเป็นความจำเป็นต้องพิจารณาปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาระหว่างสมรสเพื่อให้เสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินมีความบริบูรณ์มากยิ่งขึ้น

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาดังอยู่บนแนวคิดในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสซึ่งต้องคำนึงถึงแนวคิดย่อยทั้งหมดสองประการอันได้แก่ เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส และความมั่นคงในความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส แนวคิดย่อยทั้งสองประการต่างมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน การสร้างระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาจึงใช้กลไกต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการสร้างความได้สัดส่วนของแนวคิดดังกล่าวเพื่อตอบสนองอัตลักษณ์ของครอบครัว ในส่วนระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทย บ.พ.พ. (ปัจจุบัน) ได้คำนึงถึงแนวคิดทั้งสองอย่างได้สัดส่วนในระดับหนึ่ง แต่ก็ยังพบถึงปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดช่วงเวลาในการทำสัญญาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสโดยสิ้นเชิงซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของต่างประเทศ ทั้งยังแสดงออกถึงความไม่ได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรส

จากเหตุผลข้างต้น จึงเห็นควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาระหว่างสมรสให้สอดคล้องกับสัญญาก่อนสมรสเพื่อขยายขอบเขตช่วงเวลาของระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามสัญญาของประเทศไทยซึ่งจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

(1) การยกเลิกความในมาตรา 1469 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) ซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาระหว่างสมรสในปัจจุบันเพื่อจัดหลักการเดิมของสัญญาระหว่างสมรสของประเทศไทย

(2) การเพิ่มเติม “สัญญาระหว่างสมรส” เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของมาตรา 1465 ถึงมาตรา 1467 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อลักษณะของสัญญาระหว่างสมรส การเพิ่มเติมดังกล่าวย่อมส่งผลให้สัญญาระหว่างสมรสมีขอบเขตของเนื้อหาเช่นเดียวกันสัญญาก่อนสมรสซึ่งเป็นการเพิ่มเติมระยะเวลาในการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สมรสเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสให้บริบูรณ์

(3) การยกเลิกมาตรา 1476/1 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) เนื่องจากวรรคแรกของบทบัญญัตินี้เป็นการจำกัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสไว้เฉพาะสัญญาก่อนสมรส จึงจำเป็นต้องยกเลิกบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเพิ่มเปิดโอกาสให้คู่สมรสทำสัญญาระหว่างสมรสเพื่อแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย ในขณะที่วรรคสองของบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดผลของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสไว้เพียงบางส่วนซึ่งไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใด เนื่องจากอาศัยการตีความตามมาตรา 1465 ของ ป.พ.พ. (ปัจจุบัน) ได้อยู่แล้ว

รายการอ้างอิง

- จิต เศรษฐบุตร, **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522).
- คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, **บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557)
- ชาติชาย อัครวิบูลย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552)
- โชค จารุจินดา, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว**, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516)
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, **ทฤษฎีสถิตขั้นพื้นฐาน**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565).
- ประสพสุข บุญเดช, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2553).
- พระยาพิจารณาปฤษฎาคมัตย์, **คำอธิบายลักษณะผัวเมีย**, (พระนคร: โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2461).
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **รวมบทความ กฎหมายลักษณะครอบครัว**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559).
- มานิต มานะทัต, **โน้ตแนะนำและสัมมนาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2517)
- ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, **คำอธิบายนิติกรรม สัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554).
- ศรี มลิลลา, **คำบรรยายวิชาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516).
- ศักดา ธนิตกุล, **แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555).

- สมยศ เชื้อไทย, **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557).
- สอาด นาวิเจริญ, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**, (2504).
- เสนีย์ ปราโมทย์, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561).
- เสนีย์ ปราโมทย์, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัวมฤตก พุทธศักราช 2508**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508).
- อานนท์ มาเม้า, **กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- Anne Sanders, **Private Autonomy and Marital Property Agreements**, *The International and Comparative Law Quarterly*, Volume 59 Issue 3 (July 2010).
- Aurelia Colombi Ciacchi, Chantal Mak and Zeeshan Mansoor, **Case 7: Nuptial Agreements in Immoral Contracts in Europe**, Edited by Aurelia Colombi Ciacchi, Chantal Mak and Zeeshan Mansoor, (Cambridge: Intersentia, 2014).
- Christophe Blanchard, **Droit des régimes matrimoniaux**, 2 ed. (Paris: LexisNexis, 2023).
- Cristina González Beilfuss, **Agreements in European Family Law – The Findings, Theoretical Assessments and Proposals of the Commission on European Family Law (CEFL)**, European Review of Contract Law, Volume 18 Issue 2 (2022).
- Dalling Samuel Jed, **Regulating Prenuptial Agreements: Balancing Autonomy and Protection**, (Master's Thesis, Faculty of Law, Durham University, 2013).

- François Terré et Philippe Simler, **Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés**, 9 ed. (Paris: Dalloz, 2024).

- Jens M. Scherpe, **Chapter 14 Contracting out of the Default Relationship Property Regime – Comparative Observations in Law and Policy in Modern Family Finance**, Edited by Nicola Peart, Jessica Palmer Margaret Briggs and Mark Henaghan, (Cambridge: Intersentia, 2017).

- Jens M. Scherpe, **Introduction in Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective**, Edited by Jens M. Scherpe, (Oregon: Hart Publishing, 2012).

- Katharina Boele-Woelki, **General Rights and Duties in the CEFL Principles on Property Relations between Spouses in Family Law and Culture in Europe**, Edited by Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart, (Cambridge: Intersentia, 2014).

- Katharina Boele-Woelki and Maarit Jänterä-Jareborg, **Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations between Spouses in The Future of Family Property in Europe**, Edited by Katharina Boele-Woelki, Joanna K. Miles and Jens M. Scherpe, (Cambridge: Intersentia, 2011).

- Katharine K. Baker, **Equality and Family Autonomy**, Journal of Constitutional Law, Volume 24 Issue 2 (April 2022).

- Nigel Lowe, **Marital Property Agreement in Family Law and Culture in Europe**, Edited by Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart, (Cambridge: Intersentia, 2014).

- Nina Dethloff, **Contracting in Family Law: A European Perspective in The Future of Family Property in Europe**, Edited by Katharina Boele-Woelki, Joanna K. Miles and Jens M. Scherpe, (Cambridge: Intersentia, 2011).

- Ruth Lamont, **Family Law**, (Oxford: Oxford University Press, 2018).

- Satoshi Minamikata, **Family and Succession Law in Japan**, 3 ed. (Netherlands: Wokters Kluwer, 2020).

- Walter Pintens, **Marital Agreements and Private Autonomy in France and Belgium in Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective**, Edited by Jens M. Scherpe, (Oregon: Hart Publishing, 2012).

บทความวิจัย (Research Article)

การพัฒนาซอฟต์แวร์สกีลเพื่อจัดการความเครียดของนักกฎหมาย*

Developing Soft Skills for Stress Management of Legal Professionals

ประภาภรณ์ ไรจน์ศิริรัตน์**

รองคณบดีฝ่ายแผนและยุทธศาสตร์เพื่อสังคม

คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ

Prapaporn Rojsiriruch

Deputy Dean for Planning and Social Strategy

Faculty of Social Sciences, Srinakharinwirot University

* งานวิจัยฉบับนี้ได้รับทุนรายได้จากคณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประจำปีงบประมาณ 2566

** รองคณบดีฝ่ายแผนและยุทธศาสตร์เพื่อสังคม อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.บ.ท.; LL.M. Suffolk University, USA; LL.M. Fordham University, USA; นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (หลักสูตรภาษาอังกฤษ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง (ทุนวิจัยฟูลไบรท์) ติดต่อผู้เขียนได้ที่ Facebook Page: Teachergift Email: prapapornr@g.swu.ac.th

พิชชา ใจสมคม***

อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต
คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ

Pitcha Jaisomkom

Lecturer, Bachelor of Laws program
Faculty of Social Sciences, Srinakharinwirot University

วันที่รับบทความ 18 ตุลาคม 2567; วันที่แก้ไขบทความ 14 พฤศจิกายน 2567;

วันที่ตอบรับบทความ 14 พฤศจิกายน 2567

*** อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. (กฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ Email: pitcha@sgswu.ac.th.

บทคัดย่อ

บทความวิจัยเรื่อง การพัฒนาซอฟต์แวร์สเกลเพื่อจัดการความเครียดของนักกฎหมาย มีวัตถุประสงค์ในการเสนอแนวทางในการใช้ทักษะ Soft Skills การจัดการความเครียดของนักกฎหมาย โดยใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ผ่านการศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary Research) และการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) คณะผู้วิจัยพบว่า การจัดการความเครียดของผู้ประกอบวิชาชีพนักกฎหมายเป็นเรื่องที่สำคัญ เนื่องจากนักกฎหมายต้องเผชิญกับความกดดันและความเครียดที่สูงจากลักษณะงานที่ซับซ้อนและมีความรับผิดชอบสูง รวมถึงต้องรับมือกับผู้ที่กำลังมีปัญหาเกี่ยวกับคดีความและข้อพิพาทต่าง ๆ การพัฒนา Soft Skill แก่นักกฎหมาย โดยเฉพาะตั้งแต่ยังเป็นนักเรียนกฎหมายเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการพัฒนาความสามารถในการจัดการกับความเครียดและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน นอกจากนี้ ยังมุ่งศึกษาแนวทางที่มหาวิทยาลัยและสถาบันการศึกษากฎหมายชั้นนำในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ในการพัฒนาทักษะในการบริหารจัดการความเครียดของนักเรียนกฎหมาย ตัวอย่างเช่น หลักสูตร "Mindfulness for Law Students" จาก University of California Berkeley และหลักสูตร "Law Student Wellness Program" จาก Georgetown University Law Center รวมถึงรายวิชาเกี่ยวกับ Mindfulness Program ที่ University of Toronto ที่มีหลักสูตรการลดความเครียดด้วยการฝึกการรู้สึกตัว (Mindfulness-Based Stress Reduction (MBSR) Courses) และการบูรณาการการฝึกสติตามหลักปฏิบัติของพระพุทธศาสนาในการจัดการความเครียดของนักกฎหมาย จากการวิจัยพบว่าโรงเรียนสอนกฎหมายในประเทศไทยนั้นสามารถนำแนวทางการบริหารจัดการความเครียดจากต่างประเทศมาประยุกต์ใช้เพราะจะทำให้นักเรียนกฎหมายมีแนวทางและมีโอกาสได้พัฒนาทักษะที่สำคัญในการบริหารจัดการความเครียดสำหรับใช้การประกอบวิชาชีพกฎหมายในอนาคต รวมถึงเป็นเหมือนภูมิคุ้มกันให้สามารถใช้ชีวิตการทำงาน การเรียน และชีวิตส่วนตัวได้อย่างมีความสุขอีกด้วย

คำสำคัญ: ความเครียด; Soft Skill; นักกฎหมาย; นักกฎหมายในศตวรรษที่ 21

Abstract

The research article "Developing Soft Skills for Stress Management of Legal Professionals" aims to propose guidelines for utilizing soft skills in managing stress among legal professionals through qualitative research methods, involving documentary research and in-depth interviews. The researchers found that stress management is crucial for legal practitioners due to the high levels of pressure and stress inherent in their complex and high-responsibility work. Moreover, they often deal with clients facing legal issues and disputes. Developing soft skills in law practitioners, especially starting from when they are law students, is an effective way to enhance their stress management abilities and improve work performance. The study also explores approaches used by leading law schools in the United States for developing stress management skills among law students. Examples include the "Mindfulness for Law Students" course at the University of California, Berkeley, and the "Law Student Wellness Program" at Georgetown University Law Center. Additionally, the University of Toronto offers Mindfulness-Based Stress Reduction (MBSR) courses and integrates mindfulness practices rooted in Buddhist principles to help law students manage stress. The research concluded that law schools in Thailand could adapt these international stress management approaches to provide law students with strategies and opportunities to develop essential skills for managing stress in their future legal careers. This adaptation could serve as a form of resilience that enables them to balance work, studies, and personal life more happily and effectively.

Keywords: Stress; Soft Skills; Lawyers; Lawyers in the 21st Century

1. บทนำ

การบริหารจัดการความเครียดเป็นสิ่งสำคัญสำหรับนักกฎหมาย เนื่องจากวิชาชีพนี้มักต้องเผชิญกับความกดดันในการทำงาน การพัฒนา Soft Skills เช่น การสื่อสารอย่างมีประสิทธิภาพ การจัดการเวลา การคิดเชิงบวก และการพัฒนาสุขภาวะจิต สามารถช่วยให้นักกฎหมายลดความเครียดและมีความสามารถในการจัดการกับปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพ¹ งานวิจัยนี้มุ่งเน้นเรื่องแนวทางการพัฒนา Soft Skills สำหรับนักกฎหมายเพื่อการจัดการความเครียดในบริบทการเรียนและการทำงานของนักกฎหมายในยุคปัจจุบัน พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้คำนิยามของ “Soft Skill” ว่า จรณทักษะ คณะกรรมการจัดทำพจนานุกรมศัพท์ศึกษาศาสตร์ร่วมสมัยระบุว่า "จรณทักษะ" หมายถึง ทักษะหรือคุณลักษณะเฉพาะของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความฉลาด ความสามารถทางอารมณ์ และคุณธรรม โดยเป็นลักษณะที่เป็นนามธรรม เช่น บุคลิกภาพ อุปนิสัย ความสุภาพ ความนุ่มนวลในการเข้าสังคม ความสามารถในการใช้ภาษาสื่อสาร ความเป็นมิตร การมองโลกในแง่ดี วุฒิภาวะ ความคิดริเริ่ม การควบคุมอารมณ์ และการเข้าใจสถานการณ์อย่างแท้จริง ทักษะเหล่านี้มีบทบาทสำคัญในการช่วยให้บุคคลสามารถดำรงชีวิตร่วมกับผู้อื่นอย่างราบรื่น และสามารถพัฒนาอาชีพการงานได้อย่างมั่นคงและก้าวหน้า²

ภาวะเครียด หรือความเครียด (Stress) นั้นเป็นปัญหาสุขภาพจิตประเภทหนึ่งที่เกิดจากการตอบสนองของร่างกายต่อสิ่งที่มากระทบทั้งภายในและภายนอก³ โดยปัจจัยสำคัญ

¹ Jordana Alter Confino. Where Are We on the Path to Law Student Well-Being?: Report on the ABA CoLAP Law Student Assistance Committee Law School Wellness Survey. Journal of Legal Education, Volume 68, Number 3 (2019), pp. 653-654.

² คณะกรรมการจัดทำพจนานุกรมศัพท์ศึกษาศาสตร์ร่วมสมัย ราชบัณฑิตยสถาน อธิบายว่า ประกอบด้วย สมรรถนทักษะ (hard skill) และจรณทักษะ [จะระนะ-] (soft skill) บุคคลที่มีจรณทักษะจะเป็นผู้ปฏิบัติงานได้ดี ส่วนบุคคลที่มีสมรรถนทักษะจะเป็นผู้ปฏิบัติงานได้เก่ง และได้อธิบายความหมายของ สมรรถนทักษะ (hard skill)

³ จุฬารัตน์ สติปัญญา และวิทยา เหมพันธ์, ความเครียดของนักศึกษามหาวิทยาลัย, วารสารศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่โจ้, ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2556), หน้า 45.

ที่เป็นก่อให้เกิดความเครียดมากที่สุดคือ “ภาระงานที่เพิ่มสูงขึ้นที่อยู่ภายใต้การจำกัดของระยะเวลา” ซึ่งภาระงานที่เพิ่มสูงขึ้นนั้นมักจะลดประสิทธิภาพในการทำงานของตัวบุคคล เนื่องจากปัจจุบันกระแสสังคมโลกในการเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ซึ่งกลายเป็นสังคมที่จะต้องรับรู้หรือเรียนรู้สิ่งใหม่อยู่ตลอดเวลา หากไม่เรียนรู้สิ่งใหม่ก็จะเกิดภาวะหยุดนิ่งหรือตามโลกไม่ทันซึ่งก็จะกลายเป็นสาเหตุอย่างหนึ่งของความเครียด ซึ่งหากเกิดความเครียดสะสมจะมีผลทำให้เกิดความไม่สมดุลของระบบฮอร์โมนซึ่งเป็นชีวเคมีที่สำคัญต่อร่างกาย เมื่อร่างกายเกิดภาวะฮอร์โมนไม่สมดุลการทำงานของระบบต่าง ๆ ภายในร่างกายจะเกิดการบกพร่องโดยเฉพาะระบบไหลเวียนของเลือด ระบบภูมิคุ้มกัน จึงทำให้เกิดความเสี่ยงต่อโรคต่าง ๆ ตามมา เช่น โรคความดันโลหิตสูง โรคหัวใจ และโรคต่อมไทรอยด์เป็นพิษ เป็นต้น

นอกจากนี้ภาวะเครียดยังนำสู่พฤติกรรมที่ผิดปกติ ได้แก่ การรับประทานอาหารมากขึ้นหรือลดลง การถอนตัวจากการทำงาน ปัญหาการติดสุราและยาเสพติด อีกทั้งยังมีรายงานว่าภาวะเครียดเรื้อรังยังมีความสัมพันธ์กับความเสี่ยงต่อการเกิดโรคเรื้อรังต่าง ๆ เช่น ภาวะอ้วนลงพุง โรคหัวใจและหลอดเลือด และโรคทางระบบประสาท รวมถึงโรคอัลไซเมอร์ เป็นต้น⁴ การเกิดภาวะหมดไฟนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกสาขาอาชีพ โดยมีสาเหตุจากแรงกดดันจากการทำงานอย่างต่อเนื่อง และมักจะมีอาการของภาวะหมดไฟหลังจากการสะสมความเครียดมาเป็นเวลานานหลายปี เช่น ความเจ็บปวดทางร่างกายที่ไม่ทราบสาเหตุ อាកารวิงเวียนศีรษะ ปวดกล้ามเนื้อ เป็นต้น⁵

วิชาชีพนักกฎหมายเป็นวิชาชีพที่ต้องเผชิญกับความเครียดอย่างมาก เนื่องจากบทบาทและหน้าที่ที่มีความรับผิดชอบสูง เช่น การให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย การว่าความในคดีแพ่งและอาญา การจัดทำและรับรองเอกสารทางกฎหมาย และการให้คำแนะนำเกี่ยวกับปัญหาส่วนบุคคลหรือธุรกิจ งานเหล่านี้ต้องการความละเอียดรอบคอบสูง

⁴ คณิน จินตนาปราโมทย์ และพรชัย สิทธิศรัณย์กุล, สรีรวิทยาความเครียดจากการทำงาน และการแก้ปัญหาเมื่อเผชิญความเครียดในอาชีพแพทย์, วารสารการแพทย์และวิทยาศาสตร์สุขภาพ, ปีที่ 26 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม 2562), หน้า 112-123.

⁵ โรงพยาบาลบางปะกอก 1. ภาวะเครียดสะสม ภัยเงียบเสี่ยงเกิดโรค. [ออนไลน์], (2566), แหล่งที่มา: https://www.bangpakok1.com/care_blog/view/75.

เนื่องจากเกี่ยวข้องโดยตรงกับความยุติธรรมและคุณภาพชีวิตของประชาชน การทำงานของนักกฎหมายจึงมักต้องอยู่ภายใต้แรงกดดันและความคาดหวังที่เข้มงวด เพื่อให้มั่นใจว่าสามารถให้ความยุติธรรมและการช่วยเหลือที่ดีที่สุดแก่ลูกความและสังคม⁶ นอกจากนี้ นักกฎหมายจะต้องเผชิญกับความกดดันของเวลาที่จำกัดในการทำงาน จึงทำให้เกิดความเครียดจากการทำงานเพราะนอกจากต้องมีความละเอียด เป็นอย่างมากแล้วยังต้องแข่งกับเวลาที่จำกัดอีกด้วย

นอกจากนี้ภาวะเครียดจากการทำงานที่สะสมมาเป็นเวลานานจะส่งผลให้เกิดภาวะหมดไฟ ซึ่ง Maslach ได้อธิบายว่า ภาวะหมดไฟเป็นความรู้สึกอ่อนล้าทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ อันเกิดจากการที่ต้องอยู่ในสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความเครียดเป็นเวลานาน นอกจากนี้ภาวะเครียดนี้ยังส่งผลให้ประสิทธิภาพการทำงานของตัวบุคคลลดลง เนื่องจากภาวะเครียดนั้นทำให้ตัวบุคคลมีความรู้สึกเหนื่อยหน่าย หมดเรี่ยวแรง ขาดพลังชีวิตและจิตใจ เมื่อประสิทธิภาพการทำงานของตัวบุคคลลดลงแล้วนั้นก็ย่อมส่งผลกระทบต่อองค์กรด้วยเช่นกัน⁷ ดังที่ Mc Carney (1987) กล่าวว่า ความเครียดเกิดจากการทำงานที่หนักเกินไป ซึ่ง International Labour Organization (องค์การแรงงานระหว่างประเทศ) ได้นิยามความเครียดที่เกิดจากการทำงานว่า เป็นภาวะอันตรายทางกายหรือทางจิตอันเกี่ยวเนื่องจากความไม่สมดุลของความต้อการและทรัพยากรของแต่ละบุคคลที่จะจัดการกับความต้อการนั้น ทั้งนี้อาจเกิดขึ้นจาก สถานที่ทำงาน ลักษณะงาน หรือจากปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล นอกจากนี้ National Institute of Safety and Health (องค์กรความปลอดภัยและอาชีวอนามัยแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา) ก็ยังได้นิยามความเครียดที่เกิดจากการทำงานว่า เป็นการตอบสนองต่อภาวะอันตรายทั้งด้านกายภาพ

⁶ James J. Alfini. Is There a Solution to the Problem of Lawyer Stress? The Law School Perspective. Journal of Law and Health 10 #1 1995, Volume 10, (1996), pp. 61-63.

⁷ วลีรัตน์ เชื้อ เทิดทูนภูษ และพีรพนธ์ ลือบุญรัชชัย, ภาวะเครียดจากการทำงาน และภาวะหมดไฟในทนายความผู้มีใบอนุญาตทนายความ ณ สถานทนายความในพระบรมราชูปถัมภ์, จุฬาลงกรณ์เวชสาร, ปีที่ 61 ฉบับที่ 5 (กันยายน - ตุลาคม 2560), หน้า 670-675.

และด้านอารมณ์ต่อความไม่สมดุลระหว่างความสามารถ ทรัพยากร และความต้องการของ
คนทำงาน จนอาจนำไปสู่การบาดเจ็บหรืออันตรายได้⁸

การประกอบวิชาชีพนักกฎหมายนั้น นักกฎหมายต้องมีความรู้ด้านกฎหมาย
(Legal Knowledge) ซึ่งเป็น "Hard Skills" และ Hard Skills เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้
นักกฎหมายมีผลงานที่เพิ่มขึ้น นักกฎหมายต้องมีทักษะ Soft Skills ที่จำเป็นกับวิชาชีพ
อย่างมากเช่นเดียวกัน⁹ เนื่องจาก Soft Skills นั้นเป็นทักษะที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคล
สามารถบ่งบอกถึงบุคลิกภาพ รวมไปถึงคุณลักษณะนิสัย ทักษะคิด และพฤติกรรม ซึ่งถือได้
ว่า เป็นเรื่องภายในของบุคคล หรือทักษะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ในปัจจุบันนี้องค์กร
ต่าง ๆ ที่ต้องการบุคคลเข้าทำงานจึงให้ความสำคัญกับทักษะ Soft Skills เช่นเดียวกับ
ทักษะ Hard Skills¹⁰ เนื่องจากทักษะ Soft Skill เป็นทักษะที่ช่วยให้องค์กรดำเนินการ
ทำงานด้วยความผาสุก ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นไปในทิศทางที่ดี ลดความขัดแย้ง
ทำให้หน่วยงาน หรือองค์กรประสบผลสำเร็จในการดำเนินงาน¹¹ ดังนั้นบทความวิจัยฉบับนี้
จึงมุ่งนำเสนอแนวทางในการพัฒนา Soft Skills เพื่อจัดการความเครียดของนักกฎหมายซึ่ง
ถือเป็นทักษะที่จำเป็นสำหรับนักกฎหมายอย่างยิ่ง โดยการวิจัยครั้งนี้ใช้วิธีการวิจัยเชิง
คุณภาพ (Qualitative Research) ผ่านการศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary Research)
และการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) โดยจะศึกษา Soft Skills ที่มีผลต่อการ
จัดการความเครียด การบูรณาการ Soft Skills เพื่อจัดการความเครียดสำหรับการศึกษา

⁸ จุฑารัตน์ สติรปัญญา และวิทยา เหมพันธ์, ความเครียดของนักศึกษามหาวิทยาลัย, หน้า 45.

⁹ ประภาภรณ์ โรจน์ศิริรัตน์, Soft Skills สำหรับนักกฎหมายในศตวรรษที่ 21: การพัฒนา
ทักษะการโค้ชเพื่อการสื่อสารอย่างเห็นอกเห็นใจสำหรับนักกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2565), หน้า 95-115.

¹⁰ Agus Purwanto, Hard Skills versus Soft Skills: Which are More Important for
Indonesian Employees Innovation Capability. International Journal of Control and
Automation, Vol. 13, No. 2, (2020), pp. 156–175.

¹¹ ศิริมา พนาภินันท์ และทัศนัย เพ็ญสิทธิ, Soft Skills ที่มีความจำเป็นสำหรับนักศึกษา
สาขาวิชาดนตรี มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, วารสารศิลปปริทัศน์ คณะศิลปกรรมศาสตร
มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (2564), หน้า 108-112.

กฎหมายในประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาโดยศึกษาหลักสูตรกฎหมายของทั้งสองประเทศ บทวิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการพัฒนา Soft Skills ในการจัดการความเครียด ของนักกฎหมายโดยจะนำเสนอเป็นภาพรวม และสุดท้ายคือ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. Soft Skills ที่มีผลต่อการจัดการความเครียด

Soft Skills เป็นทักษะที่ไม่เกี่ยวข้องกับความสามารถทางวิชาการหรือความรู้เฉพาะทาง แต่เกี่ยวข้องกับความฉลาดทางอารมณ์ ความสามารถในการทำงานร่วมกับผู้อื่น และการจัดการอารมณ์ตนเอง ทักษะเหล่านี้มีความสำคัญอย่างมากสำหรับนักกฎหมายในการเผชิญกับความเครียดที่มาจากการทำงานหนัก และการตัดสินใจที่มีผลกระทบต่อผู้คนในสังคม ทักษะที่สำคัญในการจัดการความเครียดของนักกฎหมายมีหลายประการซึ่งมีผลต่อการจัดการความเครียด โดยสามารถสรุป Soft Skills ที่มีผลต่อการจัดการความเครียด ความหมาย และผลต่อการจัดการความเครียด ได้ดังตารางที่ 1 นี้

ตารางที่ 1 สรุป Soft Skills ที่มีผลต่อการจัดการความเครียด ความหมาย และผลต่อการจัดการความเครียด

Soft Skills	ความหมาย	ผลต่อการจัดการความเครียด
ความฉลาดทางอารมณ์ (Emotional Intelligence)	ความสามารถในการรับรู้ เข้าใจ และควบคุมอารมณ์ตนเองและผู้อื่น	การเข้าใจและจัดการอารมณ์ตัวเอง ลดความวิตกกังวลและความเครียดในสถานการณ์ที่กดดัน
การจัดการเวลา (Time Management)	ความสามารถในการวางแผนและใช้เวลาอย่างมีประสิทธิภาพ	การจัดการเวลาที่ดีช่วยลดความเครียดจากการทำงานที่คั่งค้างและการเร่งรีบ

Soft Skills	ความหมาย	ผลต่อการจัดการ ความเครียด
การแก้ปัญหา (Problem Solving)	ความสามารถในการระบุ และจัดการกับปัญหาที่ เกิดขึ้น	มีวิธีการที่ชัดเจนในการ แก้ปัญหาที่ ก่อให้เกิด ความเครียด ลดความ กังวลที่เกิดจากความไม่ แน่นอน
การสื่อสารที่ดี (Effective Communication)	ความสามารถในการ สื่อสารอย่างชัดเจนและมี ประสิทธิภาพ	ลดความเข้าใจผิดและ ความขัดแย้งในการทำงาน ลดความเครียดที่เกิดจาก การสื่อสารไม่เข้าใจ
การคิดเชิงบวก (Positive Thinking)	การมองโลกในแง่ดีและมี ทัศนคติที่ดีต่อสถานการณ์ ต่าง ๆ	ปรับมุมมองให้เป็นบวก และลดความกดดันจาก การมองโลกในแง่ลบ
การปรับตัว (Adaptability)	ความสามารถในการ ปรับตัวกับการ เปลี่ยนแปลง และ สถานการณ์ใหม่ ๆ	รับมือกับการเปลี่ยนแปลง โดยไม่เกิดความเครียด มากเกินไป
การฟังอย่างตั้งใจ (Active Listening)	การฟังอย่างเต็มใจและ เข้าใจสิ่งที่ผู้อื่นสื่อออกมา	ลดความขัดแย้งในที่ ทำงานและสร้างความ เข้าใจที่ดีขึ้น ลด ความเครียดจากการ สื่อสารที่ผิดพลาด
การสร้างสมดุลชีวิตและงาน (Work-Life Balance)	ความสามารถในการรักษา สมดุลระหว่างชีวิตส่วนตัว และการทำงาน	ลดความเครียดจากการ ทำงานมากเกินไป ทำให้มี เวลาพักผ่อนและทำ กิจกรรมที่ชอบ

Soft Skills	ความหมาย	ผลต่อการจัดการ ความเครียด
การคิดเชิงสร้างสรรค์ (Creative Thinking)	ความสามารถในการคิด นอกกรอบและหาวิธีการ ใหม่ ๆ ในการแก้ปัญหา	สร้างวิธีการในการ แก้ปัญหาในรูปแบบที่ไม่ เคยทำมาก่อน ลด ความเครียดที่เกิดจากการ แก้ปัญหาด้วยวิธีการเดิม ๆ
การควบคุมตนเอง (Self-Regulation)	ความสามารถในการ ควบคุมพฤติกรรมและ อารมณ์ของตนเอง	ป้องกันการตอบสนองต่อ ความเครียดที่ไม่ดี เช่น การตอบสนองด้วยวิธี รุนแรง โกรธหรือความ วิตกกังวลเกินไป
การทำงานเป็นทีม (Teamwork)	ความสามารถในการ ทำงานร่วมกับผู้อื่นอย่างมี ประสิทธิภาพ	ช่วยให้การทำงานราบรื่น ลดความขัดแย้งในทีม และ ลดความเครียดจากการ ทำงานร่วมกับผู้อื่น
การตัดสินใจ (Decision Making)	ความสามารถในการ ตัดสินใจที่ดีและมั่นคงใน สถานการณ์ต่าง ๆ	ลดความเครียดที่เกิดจาก ความไม่แน่ใจและความ ลังเลในการตัดสินใจ
การมีสติ (Mindfulness)	การตระหนักรู้ถึงปัจจุบัน และการฝึกสมาธิ	ช่วยให้จิตใจสงบ ลดความ กังวล และช่วยในการ จัดการกับความเครียดใน สถานการณ์ที่กดดัน
การเจรจาต่อรอง (Negotiation Skills)	ความสามารถในการเจรจา เพื่อหาข้อตกลงร่วมกัน	ลดความขัดแย้งและความ กดดันในสถานการณ์ที่ต้อง

Soft Skills	ความหมาย	ผลต่อการจัดการ ความเครียด
		มีการต้อรองหรือความเห็นต่าง

3. การบูรณาการทักษะ Soft Skills เพื่อจัดการความเครียดสำหรับการศึกษากฎหมายในประเทศไทย และประเทศสหรัฐอเมริกา

การบูรณาการทักษะ Soft Skills เข้าสู่การศึกษากฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นในการเตรียมความพร้อมให้นักกฎหมายหรือนักศึกษากฎหมายสามารถจัดการกับความเครียดในวิชาชีพ โดยการมุ่งเน้นไปที่ความฉลาดทางอารมณ์ การสื่อสาร การจัดการเวลา การแก้ปัญหา และความยืดหยุ่น การศึกษากฎหมายด้วยการบูรณาการทักษะ Soft Skills สามารถผลิตนักกฎหมายที่มีความรอบรู้และมีความยืดหยุ่นมากขึ้น การนำทักษะเหล่านี้เข้าสู่การศึกษาผ่านการผสมผสานของหลักสูตร การเรียนรู้เชิงประสบการณ์ โครงการที่ปรึกษา และโครงการสุขภาพสามารถเสริมสร้างสุขภาพส่วนบุคคลและความสามารถทางวิชาชีพของนักกฎหมายในอนาคตอย่างมีนัยสำคัญ การศึกษากฎหมายโดยทั่วไปที่มุ่งเน้นการพัฒนาทักษะที่เป็นทักษะทางวิชาการ เช่น ความรู้ทางกฎหมาย การคิดเชิงวิเคราะห์และความสามารถในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายก็มีความสำคัญ แต่เนื่องด้วยลักษณะงานที่ทำทนายและมีความกดดันสูงในวิชาชีพกฎหมายมักนำไปสู่ความเครียดสูง การผสมผสานทักษะ Soft Skills ให้เข้ากับการศึกษากฎหมายสามารถมีบทบาทสำคัญในการจัดการความเครียดและเสริมสร้างสุขภาพโดยรวม โดยคณะผู้วิจัยดำเนินการศึกษาประเทศไทยและต่างประเทศ ดังนี้

3.1 หลักสูตรกฎหมายและการจัดการความเครียดในประเทศไทย

เชิงชาย ถาวรยุธร ศึกษาเรื่องความเครียดของนักศึกษาที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาพบว่านักศึกษาร้อยละ 58.7 มีความเครียดในระดับสูงถึงรุนแรง ซึ่งเมื่อเวลาผ่านไปและ สภาพสังคมเปลี่ยนแปลง ความเครียดที่พบอาจมีความแตกต่างจากเดิมได้ ในปี พ.ศ. 2557 ได้มีการศึกษาใหม่เกี่ยวกับความเครียดของนักศึกษา สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา มีการเก็บข้อมูลจากนักศึกษาจำนวน

435 คนผ่านแบบสอบถามที่รวมข้อมูลพื้นฐาน แบบทดสอบความเครียดสวนปรังชุด 20 ข้อ และแบบสอบถามเกี่ยวกับวิถีจัดการความเครียด ผลการศึกษาแสดงว่าร้อยละ 41.6 ของ นักศึกษามีความเครียดในระดับสูง และร้อยละ 14.3 มีความเครียดในระดับรุนแรง ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับความเครียดประกอบด้วยโรคทางกาย แหล่งรายได้หลัก ความเพียงพอของ รายได้ การมีรายได้เหลือเก็บ การมีหนี้สิน สถานภาพสมรส และการใช้พฤติกรรมเชิงลบ เพื่อจัดการความเครียด โดยปัจจัยที่ทำนายความเครียด ได้แก่ ความเพียงพอของรายได้ ปัญหาสุขภาพ และสถานภาพสมรส นักศึกษาส่วนใหญ่มีความเครียดในระดับสูงถึงรุนแรง คิดเป็นร้อยละ 55.9 ซึ่งลดลงเล็กน้อยจากปี พ.ศ. 2551 ปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อความเครียด ได้แก่ ความเพียงพอของรายได้ ปัญหาสุขภาพ และสถานภาพสมรส¹²

ในปัจจุบัน แม้ว่าหลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทยนั้นยังมิได้มีรายวิชาหรือ หลักสูตรที่เกี่ยวกับ Soft Skills และการจัดการความเครียดสำหรับนักเรียนกฎหมาย โดยเฉพาะและเป็นระบบ แต่ก็มีบทระหนักถึงความสำคัญของการพัฒนา Soft Skills ของนักเรียนกฎหมาย ประเทศไทยมีหลักสูตรด้านกฎหมายที่รวมการจัดการความเครียด และการฝึกทักษะที่สำคัญเพื่อเตรียมพร้อมนักศึกษาให้เผชิญกับความท้าทายในวิชาชีพ ตัวอย่างหลักสูตรที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องมีดังนี้ หลักสูตรปริญญาตรีด้านกฎหมายและการเรียนรู้ผ่านประสบการณ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หลักสูตรนี้เน้นการพัฒนาทักษะ ความเป็นผู้นำ การคิดเชิงวิเคราะห์ และการทำงานร่วมกับผู้อื่นในสังคมที่มีความ หลากหลาย รวมถึงโอกาสในการฝึกงานในคลินิกกฎหมายและการให้บริการทางกฎหมาย อาสา (Pro Bono Service) กิจกรรมเหล่านี้ช่วยให้นักศึกษามีทักษะที่จำเป็นในการจัดการ กับความเครียดในวิชาชีพกฎหมายผ่านการเรียนรู้จากประสบการณ์จริง¹³ นอกจากนี้

¹² เจริญชัย ถาวรบุษย์ และรัตนมน กัลยาศิริ. ความเครียดของนักศึกษาซึ่งศึกษา ณ สำนักอบรม ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. เวชศาสตร์ร่วมสมัย, ปีที่ 60 ฉบับที่ 1 (มกราคม - กุมภาพันธ์, 2559), หน้า 85-100.

¹³ Faculty of law, Chulalongkorn University,. An Innovative Legal Education through an Integration of Knowledge, Skills, and Real Experiences,. [Online], Source: <https://www.law.chula.ac.th/study-at-law-chula/bachelor-of-laws-experiential-learning-in-business-and-tech-law-llbel-international-program/>.

หลักสูตร ปริญญาตรีด้านกฎหมายที่มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงมีเป้าหมายในการผลิตบัณฑิตที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมและมีจรรยาบรรณในวิชาชีพกฎหมาย นอกจากนี้ยังพัฒนาทักษะการใช้เทคโนโลยีและการสื่อสารในภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงการทำงานในสังคมที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรม ซึ่งช่วยให้นักศึกษามีความพร้อมในการทำงานในสภาพแวดล้อมที่มีความเครียดสูง¹⁴

3.2 หลักสูตรกฎหมายและการจัดการความเครียดในประเทศสหรัฐอเมริกา

ก่อนจะกล่าวถึงหลักสูตรกฎหมายและการจัดการความเครียดในสหรัฐอเมริกา คณะผู้วิจัย ขอยกผลการสำรวจความเครียดประจำปีของสมาคมจิตวิทยาอเมริกัน (American Psychological Association (APA)) ในปี 2018 ระดับความเครียดโดยเฉลี่ยในสหรัฐอเมริกาอยู่ที่ 4.9 ในระดับตั้งแต่ 1 ถึง 10 การสำรวจพบว่าความเครียดที่พบบ่อยที่สุดคือเรื่องการทำงานและการเงิน สำหรับความเครียดของนักกฎหมายนั้นก็เกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุเช่นกัน หนายความในองค์กรหรือหน่วยงาน (In-House Lawyer) ประมาณ 8 จาก 10 คนรายงานว่ารู้สึกเครียดหรือเหนื่อยหน่ายกับงานที่กำลังทำอยู่ นอกจากนี้ ความกดดันจากการรับผิดชอบในปัญหาและข้อพิพาทของลูกค้า นักกฎหมายจึงต้องรับผิดชอบในเรื่องสำคัญ ๆ ที่มีผลกระทบต่อชีวิตของลูกค้า และการตัดสินใจที่ผิดพลาดอาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์และเพิ่มความกดดันให้กับนักกฎหมาย และปัจจัยที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการเผชิญกับสถานการณ์ที่เครียดเพราะนักกฎหมายต้องเผชิญกับสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งสูง การฟ้องร้อง และการเจรจาที่ยากลำบาก ซึ่งทำให้เกิดความเครียดได้¹⁵

สำหรับสถิติความเครียดของนักเรียนกฎหมายในสหรัฐอเมริกานั้นพบว่า นักเรียนกฎหมายในสหรัฐอเมริกามีความเครียดในระดับสูงเนื่องจากความคาดหวังทางวิชาการที่เข้มข้นและความคาดหวังสูงต่ออาชีพในอนาคต จากการสำรวจของ American Bar

¹⁴ หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ปริญญาตรี สำนักวิชานิติศาสตร์, [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://mfu.ac.th/education/program/program-bachelor/bachelor-law/llb-program-law/bachelor-law-llb.html>.

¹⁵ ประภาภรณ์ รัตนศิริรัตน์, Soft Skills สำหรับนักกฎหมายในศตวรรษที่ 21: การพัฒนาทักษะการโค้ชเพื่อการสื่อสารอย่างเห็นอกเห็นใจสำหรับนักกฎหมาย, หน้า 95-115.

Association (ABA) ในปี 2014 พบว่า ร้อยละ 96 ของนักเรียนกฎหมายรายงานว่ามีความเครียดในระดับสูงหรือปานกลาง และการศึกษาของ Yale Law School พบว่า ร้อยละ 70 ของนักเรียนกฎหมายรายงานว่ามีอาการซึมเศร้าหรือวิตกกังวลในระดับที่น่าเป็นห่วง การสำรวจของ ABA ในปี 2016 พบว่า ร้อยละ 25 ของนักเรียนกฎหมายรายงานว่ามีปัญหาในการดื่มแอลกอฮอล์ นักเรียนกฎหมายบางส่วนยังรายงานว่าใช้สารเสพติด เช่น ยาแก้ลมประสาทเพื่อช่วยให้ผ่านพ้นความเครียดจากการเรียน การสำรวจของ National Task Force on Lawyer Well-Being พบว่า นักเรียนกฎหมายมีความเสี่ยงที่จะเกิดภาวะหมดไฟเนื่องจากความกดดันในการเรียนและการเตรียมตัวสำหรับอาชีพ การสำรวจจาก Indiana University Maurer School of Law พบว่า ร้อยละ 44 ของนักเรียนกฎหมายรู้สึกว่าการเรียนมีความเครียดต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวและครอบครัว จากการสำรวจของ ABA ในปี 2014 พบว่านักเรียนกฎหมายส่วนใหญ่รับมือกับความเครียดโดยการออกกำลังกาย ร้อยละ 59 และการพูดคุยกับเพื่อนหรือครอบครัว ร้อยละ 55 อย่างไรก็ตาม นักเรียนบางส่วนยังใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสม เช่น การดื่มแอลกอฮอล์ ร้อยละ 25 หรือการใช้สารเสพติด ร้อยละ 14 นักเรียนกฎหมายในสหรัฐอเมริกาต้องเผชิญกับระดับความเครียดที่สูงเนื่องจากความกดดันทางวิชาการและความคาดหวังจากอาชีพในอนาคต ความเครียดนี้มีผลกระทบต่อสุขภาพจิตและชีวิตส่วนตัวของนักเรียน การพัฒนาหลักสูตรเพื่อสนับสนุนและการจัดการความเครียดเป็นสิ่งสำคัญเพื่อช่วยให้นักเรียนกฎหมายสามารถรับมือกับความเครียดได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีสุขภาพจิตที่ดีขึ้น

ในสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักสูตรและรายวิชาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการความเครียดในสถาบันการศึกษากฎหมายในสหรัฐอเมริกา โดยมีตัวอย่างดังนี้¹⁶

1. University of California Berkeley มีการจัดการเรียนการสอนวิชา "Mindfulness for Law Students" (สติสำหรับนักเรียนกฎหมาย) และวิชา "Mindfulness in Legal Education" (สติในการศึกษากฎหมาย) ที่สอนเทคนิคการฝึกสติและการผ่อนคลายเพื่อช่วยนักศึกษากฎหมายจัดการกับความเครียดและเพิ่มสมาธิในการ

¹⁶ American Bar Association (ABA),. (2014). Law Student Mental Health, [Online],. (2014), Source: <https://www.americanbar.org>.

เรียน¹⁷ นอกจากนี้ University of California, Berkeley School of Law ยังได้มีการจัดการเรียนการสอนในวิชา “กฎหมายและชีวิตของคุณ” (Law 427 - Law and Your Life) นักเรียนจะสำรวจการปฏิบัติตามกฎหมายจากมุมมองของแนวทางชีวิตส่วนบุคคล และคุณค่าที่สำคัญสำหรับพวกเขามากที่สุด ตลอดจนตรวจสอบความขัดแย้งที่มักเกิดขึ้นระหว่างการกำหนดข้อเท็จจริงและกฎหมาย และชีวิต ด้วยคุณธรรมอารมณ์ที่เกิดขึ้น โดยหลักสูตรนี้จะช่วยให้นักเรียนระบุและปรับค่านิยมส่วนบุคคล ของตนให้สอดคล้องกับการปฏิบัติตามกฎหมายที่ตั้งใจไว้ และจัดเตรียมเครื่องมือตลอดชีวิตเพื่อรับมือกับความท้าทายในการปฏิบัติตามกฎหมาย การจัดการความเครียด และการรักษาความสมดุล และความพึงพอใจในชีวิต

2. Columbia Law School มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย โปรแกรม Columbia Law School Mindfulness ก่อตั้งในปี 2017 มุ่งเน้นการฝึกสติให้กับนักศึกษา อาจารย์ และเจ้าหน้าที่ โดยการฝึกสตินี้ช่วยให้ผู้เข้าร่วมมีความรู้สึกตัวในปัจจุบันโดยไม่ตัดสิน และช่วยจัดการกับอารมณ์และความเครียดในสภาพแวดล้อมที่กดดันสูง เช่น โรงเรียนกฎหมายและวิชาชีพกฎหมาย¹⁸

3. University of California, Davis มหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย เดวิส มีรายวิชาเกี่ยวกับ การฝึกสติและการจัดการความเครียดสำหรับเจ้าหน้าที่และนักศึกษา ชื่อว่า Mindfulness and Professional Identity เน้นส่งเสริมสุขภาวะทางอารมณ์และจิตใจ รวมถึงการจัดการความเครียดผ่านการฝึกสมาธิแบบมีคำแนะนำ เช่น Mindfulness Meditation และ Mindful Awareness Practice (MAP) ซึ่งไม่มีค่าใช้จ่ายสำหรับบุคลากร¹⁹ นอกจากนี้ยังมีโครงการ Mindfulness Ambassadors และ Seeds of Well-

¹⁷ Berkeley Law,. Mindfulness in Legal Education, [Online], Source: <https://www.law.berkeley.edu/students/mindfulness-at-berkeley-law/resources/mindfulness-in-legal-education/>.

¹⁸ Columbia Law School,. (2017). Columbia Law School Mindfulness Program,. (2017), [Online], Source: https://scholarship.law.columbia.edu/mindfulness_program/.

¹⁹ UC Davis Health. (n.d.),. Guided Mindfulness Practices, [Online], Source: <https://health.ucdavis.edu/well-being/program/guided-mindfulness-practices>.

being Workshops²⁰ ที่ช่วยสร้างสภาพแวดล้อมสนับสนุนการฝึกสติในที่ทำงาน โปรแกรมเหล่านี้มีเป้าหมายเพื่อเสริมสร้างความสามารถในการจัดการความเครียดและพัฒนาคุณภาพชีวิตการทำงานของเจ้าหน้าที่และนักศึกษา²¹

4. Georgetown University Law Center (GULC) มีโปรแกรม "Law Student Wellness Program" และ "Lawyers in Balance (LIB)" ที่เน้นการให้ความรู้และทักษะในการจัดการความเครียด รวมถึงการฝึกสติและการทำสมาธิ ซึ่งผู้เรียนสามารถนำไปใช้ในชีวิตประจำวันเพื่อช่วยคลายความเครียด รับมือกับความท้าทายของโรงเรียนกฎหมาย และปลูกฝังความรู้สึกเป็นอยู่ที่ดีของนักกฎหมาย และเตรียมผู้ศึกษากฎหมายให้ประสบความสำเร็จ Lawyers in Balance (LIB) เป็นหลักสูตรเสริมความรู้ของ Georgetown Law ที่จัดมาแล้วกว่า 15 ปี โดยเป็นหลักสูตรฟรีระยะเวลา 8 สัปดาห์ที่แนะนำทักษะและการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการฝึกสติให้กับนักศึกษา เพื่อช่วยลดความเครียด จัดการกับความท้าทายในการเรียนกฎหมาย และสร้างสุขภาวะที่ดีขึ้น การสอนจะจัดเป็นกลุ่มเล็กที่นำโดยคณาจารย์และเจ้าหน้าที่ที่มีประสบการณ์ นักศึกษาจะได้สำรวจเครื่องมือการฝึกสติต่าง ๆ เช่น การทำสมาธิ การเคลื่อนไหวแบบมีสติ การเขียนบันทึก การฟังแบบมีสติ และการใช้ภาพแนะนำ หลักสูตรนี้จะแนะนำเทคนิคใหม่ทุกสัปดาห์และให้โอกาสในการฝึกปฏิบัติในชั้นเรียน ผู้เข้าร่วมจะได้รับชุดเครื่องมือสำหรับการฝึกสติและการดูแลตนเอง พร้อมทั้งได้รับประโยชน์จากการได้หยุดพักผ่อนและเชื่อมโยงกับผู้อื่นในสภาพแวดล้อมที่เป็นส่วนตัว²²

5. University of Toronto School of Law สำหรับรายวิชาเกี่ยวกับ Mindfulness Program ที่ University of Toronto มีเป้าหมายในการลดความเครียด

²⁰ Healthy UC Davis. (n.d.),. Mindfulness, .[Online], Source: <https://healthy.ucdavis.edu/mental-emotional/resource-library/general/mindfulness>.

²¹ Angela Harris,. (2012). Mindfulness and Professional Identity,. (2012), [Online], Source: https://www.law.berkeley.edu/files/Mindfulness_and_Professional_Identity_2012_syllabus_FINAL_AHarris.pdf

²² Georgetown Law. (n.d.),. Lawyers in Balance, [Online]. Source: <https://www.law.georgetown.edu/your-life-career/health-fitness/center-for-wellness-promotion/mind/lawyers-in-balance/>.

เช่น อาการนอนไม่หลับ วิตกกังวล และตื่นตระหนก รวมถึงเสริมสร้างความเป็นอยู่ที่ดี ความเห็นอกเห็นใจ การมีสมาธิ และการทำงานของสมอง นอกจากนี้ยังช่วยลดภาวะหมดไฟ ปรับปรุงอารมณ์ และเพิ่มความพึงพอใจในการทำงานและความสัมพันธ์ เน้นกิจกรรมเชิงปฏิบัติที่สามารถนำไปใช้ในชีวิตประจำวัน โดยมีการสำรวจงานวิจัยด้านประสาทวิทยาที่เกี่ยวข้องกับการฝึกสติ พร้อมทั้งช่วยให้ผู้เข้าร่วมสร้างแผนการฝึกจิตตามความต้องการส่วนบุคคลในแต่ละช่วง การฝึกหลักสูตร An Introduction to Mindful Awareness มีเป้าหมายเพื่อให้ผู้เรียนได้ฝึกปฏิบัติ การฝึกสติที่สามารถใช้ในชีวิตส่วนตัวและการทำงาน เช่น ก่อนการสอบ การนำเสนอ และการสัมภาษณ์ นอกจากนี้ยังเน้นการพัฒนาความยืดหยุ่นและการควบคุมตนเอง เพิ่มประสิทธิภาพทางสมอง จัดการภาวะ หมดไฟและความเครียด และสร้างทักษะในการสื่อสารอย่างชาญฉลาดในสถานการณ์ที่มีความกดดันสูง²³

6. Yale Law School ได้พัฒนาโปรแกรมการฝึกสติเข้าในหลักสูตร การศึกษากฎหมาย โดยมีวิชาและกิจกรรมการฝึกสติที่เปิดให้นักศึกษากฎหมายเข้าร่วมทั้ง โปรแกรมการเจริญสติและสุขภาพ ประกอบด้วยโครงการริเริ่มที่หลากหลายที่เน้นเรื่อง สุขภาพจิตและร่างกาย โดยมีสติเป็นองค์ประกอบหลัก โปรแกรมนี้มอบทรัพยากรและการสนับสนุนสำหรับนักศึกษาเพื่อใช้ในการพัฒนาทักษะนิสัยที่ทำให้สุขภาพดีและจัดการแรงกดดันที่เกิดขึ้นในมหาวิทยาลัย Koru Mindfulness Class ที่โรงเรียนสอนกฎหมายแห่ง มหาวิทยาลัยเยลเป็นคลาสฝึกสติที่มีระยะเวลา 4 สัปดาห์ โดยมี Maria Sperduto ผู้สอนที่มีประสบการณ์ กว่า 8 ปีในมหาวิทยาลัย Ivy League เป็นผู้สอนในกลุ่มเล็ก ๆ โดยเน้น การฝึกทักษะสมาธิหลายรูปแบบ เพื่อให้นักศึกษาสามารถค้นหาวิธีที่เหมาะสมกับตนเอง ในช่วงชีวิตปัจจุบัน โปรแกรม Koru ได้รับการออกแบบมาเพื่อช่วยให้ผู้เข้าร่วมฝึกสมาธิ ซึ่งช่วยลดความเครียด ปรับปรุงการนอนหลับ และเพิ่มความเมตตาต่อตนเองด้วยการฝึกเพียง วันละ 10 นาที Maria มีความเชี่ยวชาญในการช่วยผู้ที่เริ่มต้นฝึกสมาธิและผู้ที่ มีประสบการณ์ให้พัฒนาการฝึกสมาธิที่พวกเขาชื่นชอบ และยังเคยทำงานกับศูนย์ต่าง ๆ เช่น

²³ Faculty of Law, University of Toronto. (n.d.). Mindfulness program at the Faculty of Law., [Online], Source: <https://www.law.utoronto.ca/student-life/personal-support/health-and-well-being/mindfulness-program-faculty-law>.

Yale Center for Emotional Intelligence²⁴ เพื่อสร้างโปรแกรมที่เกี่ยวกับการดูแลตนเอง การพัฒนาความตั้งใจ และการสร้างทักษะทางอารมณ์โดยในหลักสูตรได้ครอบคลุมประโยชน์ของการมีสติสำหรับผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย รวมถึงการจัดการความเครียดที่ดีขึ้น และส่งเสริมการตัดสินใจที่มีจริยธรรมได้ดียิ่งขึ้น²⁵

7. University of Miami School of Law (Miami Law) ในปี 2011 Miami Law ได้ก่อตั้งโปรแกรม Mindfulness in Law Program เป็นครั้งแรกในประเทศสะท้อนถึงความมุ่งมั่นในการเตรียมนักศึกษากฎหมายให้มีความเป็นเลิศทางวิชาการสูงสุด พร้อมทั้งมอบเครื่องมือในการพัฒนาและรักษาทักษะทางปัญญาและสุขภาวะทางอารมณ์²⁶ หลักสูตรนี้นำโดย Scott Rogers ผู้เชี่ยวชาญด้านการฝึกสติในกฎหมายที่มีชื่อเสียงระดับนานาชาติ ซึ่งได้ทำงานร่วมกับนักศึกษา อาจารย์ และผู้บริหารทั้งใน Miami Law และสถาบันอื่น ๆ ทั่วประเทศมานานกว่าสิบปี โดย Professor Rogers ยังได้ร่วมงานวิจัยเกี่ยวกับประสาทวิทยาศาสตร์เพื่อสำรวจประสิทธิภาพของการฝึกสติในการเพิ่มความสามารถในการจดจ่อ การควบคุมอารมณ์ และความจำในการทำงานสำหรับอาชีพที่มีความเครียดสูง

โดยสรุปหลักสูตรการฝึกสติและการจัดการความเครียดในสหรัฐอเมริกาเหล่านี้ถือว่าประสบความสำเร็จในด้านการช่วยลดความเครียดและเสริมสร้างสุขภาวะของนักกฎหมาย โดยหลักสูตรเหล่านี้สามารถช่วยให้นักกฎหมายและนักศึกษากฎหมายสามารถพัฒนาทักษะ Soft Skills ที่สำคัญในการจัดการความเครียด เช่น ความฉลาดทางอารมณ์ การจัดการเวลา การแก้ปัญหา และความยืดหยุ่น เพื่อเสริมสร้างสุขภาพจิตและความสามารถทางวิชาชีพในอนาคต ดังนั้นจะเห็นว่า การบูรณาการทักษะ Soft Skills เข้า

²⁴ Yale School of Medicine. (n.d.),. Yale Center for Emotional Intelligence (YCEI), [Online], Source: <https://medicine.yale.edu/childstudy/services/community-and-schools-programs/center-for-emotional-intelligence/>.

²⁵ Yale Law School. (n.d.),. Wellness and mindfulness initiatives,. [Online], Source: Retrieved from <https://law.yale.edu>.

²⁶ Miami School of Law. (n.d.),. Mindfulness in Law Program, [Online], Source:.. <https://www.law.miami.edu/academics/programs/mindfulness/>.

สู่การศึกษากฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นในการเตรียมความพร้อมให้นักศึกษากฎหมายสามารถจัดการกับความเครียดในวิชาชีพ โดยการมุ่งเน้นไปที่ความฉลาดทางอารมณ์ การสื่อสาร การจัดการเวลา การแก้ปัญหา และความยืดหยุ่น การศึกษากฎหมายสามารถผลิตนักกฎหมายที่มีความรอบรู้และมีความยืดหยุ่นมากขึ้น การนำทักษะเหล่านี้เข้าสู่การศึกษา โดยผ่านการผสมผสานของหลักสูตร การเรียนรู้เชิงประสบการณ์สามารถเสริมสร้างสุขภาพส่วนบุคคลและทางวิชาชีพของนักกฎหมายในอนาคตอย่างมีนัยสำคัญ²⁷ จะเห็นได้ว่าหลักสูตรเหล่านี้มีผลที่ได้เห็นได้ชัด เช่น ช่วยนักเรียนกฎหมายรับมือกับความกดดันและส่งเสริมความสมดุลในชีวิต นอกจากนี้ยังมีการเสริมสร้างทักษะสำคัญ เช่น ความยืดหยุ่น การควบคุมอารมณ์ และการจัดการตนเอง ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการทำงานที่มีความกดดันสูง การบูรณาการหลักสูตรการจัดการความเครียดและการพัฒนาสุขภาวะจิตใจจึงถือว่าประสบความสำเร็จในระดับที่ช่วยนักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน

²⁷ Stefano Moscato,. Teaching Foundational Lawyering Skills to First-Year Students,. The Journal of the Legal Writing Institute,. Volume 13, (2007), pp. 208 - 240.

4. บทวิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการพัฒนา Soft Skills ในการจัดการความเครียดของนักกฎหมายในประเทศไทย

นักกฎหมายต้องเผชิญกับความเครียดอย่างมากในวิชาชีพ เนื่องจากต้องทำงานภายใต้ความกดดันสูงและมีความรับผิดชอบที่เกี่ยวข้องกับการให้คำปรึกษา การว่าความ และการตัดสินใจที่ส่งผลต่อชีวิตของผู้คน จากการสำรวจและวิจัยพบว่า นักกฎหมายมีความเสี่ยงสูงต่อภาวะซึมเศร้า การใช้สารเสพติด และปัญหาสุขภาพจิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายที่ทำงานในสำนักงานกฎหมายเอกชน ซึ่งมักเผชิญกับแรงกดดัน จากชั่วโมงการทำงานที่ยาวนานและความคาดหวังของผู้ที่เกี่ยวข้อง

4.1 ปัญหาการบูรณาการ Soft Skills และการจัดการความเครียดเข้าไปในรายวิชาหลักอย่างเป็นระบบ

ปัจจุบันหลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทยส่วนใหญ่ยังขาดการบูรณาการ Soft Skills และ การจัดการความเครียดเข้าไปในรายวิชาหลักอย่างเป็นระบบและตรงประเด็น การที่ไม่มีการสอนทักษะเหล่านี้อย่างชัดเจนในหลักสูตรส่งผลให้นักศึกษากฎหมายไม่ได้รับการเตรียมความพร้อมที่เพียงพอในการจัดการกับความเครียดที่สูงจากการเรียนและการปฏิบัติงานในวิชาชีพกฎหมาย โดยสาเหตุของปัญหานี้สามารถอธิบายได้จากมุมมองหลายด้าน เช่น การเรียนกฎหมายเน้นการเรียนและการวิเคราะห์ทางวิชาการมากกว่า การฝึกทักษะ Soft Skills หลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทยมักเน้นเรื่องการท่องจำบทกฎหมายและการวิเคราะห์ ตัวบทกฎหมาย ทางวิชาการเพื่อเตรียมนักศึกษาให้พร้อมสำหรับการสอบเนติบัณฑิตและการสอบเพื่อเข้าสู่ การประกอบวิชาชีพ ทักษะที่เน้นพัฒนาจึงมักเป็น Hard Skills เช่น ความรู้ในกฎหมายและการวิเคราะห์คดี แต่ไม่ได้มุ่งเน้นการพัฒนา Soft Skills เช่น การจัดการอารมณ์ ความสามารถในการสื่อสาร การฝึกสติ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การเจรจาต่อรอง หรือการบริหารจัดการความเครียด ซึ่งเป็นทักษะที่สำคัญในการทำงานด้านกฎหมาย นอกจากนี้ การสนับสนุนด้านสุขภาพจิตของหลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทยยังไม่เพียงพอ แม้ว่าหลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทยมีการจัดกิจกรรมหรือหลักสูตรที่มุ่งเน้นเรื่องการดูแลสุขภาพจิตอยู่บ้าง แต่ยังไม่มีแนวทางในการฝึกทักษะในการจัดการความเครียดอย่างชัดเจน ทำให้นักศึกษาไม่ได้รับการสนับสนุนในการรับมือกับความกดดันจากการเรียนอันส่งผลต่อความสามารถในการรับมือกับความเครียด

และการประกอบวิชาชีพกฎหมายในอนาคต หากเปรียบเทียบหลักสูตรกฎหมายในประเทศไทยและในสหรัฐอเมริกา พบว่า หลักสูตรกฎหมายในสหรัฐอเมริกามีการบรรจุการพัฒนา Soft Skills เช่น ทักษะการจัดการความเครียด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฝึกสติ (Mindfulness) ในรายวิชาในหลักสูตร รวมถึงโครงการ กิจกรรม และการสัมมนาในหัวข้อดังกล่าวในการเรียนการสอนนิติศาสตร์อย่างเป็นระบบและชัดเจน²⁸

สำหรับประเทศไทย แม้ว่าสติจะมีรากฐานมาจากศาสนาพุทธซึ่งเป็นวัฒนธรรมของประเทศไทย แต่หลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทยยังมิได้มีการเชื่อมโยงสติในบริบทของศาสนาพุทธเข้ากับการเรียนการสอนในมหาวิทยาลัย การขาดการเชื่อมโยงนี้อาจเกิดจากการมองว่าการฝึกสติเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศาสนาโดยตรง แต่ในความเป็นจริงสติสามารถถูกประยุกต์ใช้เป็นเครื่องมือทางจิตวิทยาที่ไม่จำกัดอยู่เพียงด้านศาสนา ซึ่งสามารถช่วยให้นักศึกษาจัดการกับความเครียดได้อย่างมีประสิทธิภาพ การศึกษากฎหมายก็ยังไม่ได้นำบูรณาการเรื่องสติ (Mindfulness) ซึ่งมีรากฐานในศาสนาพุทธเข้ากับการเรียนการสอนในหลักสูตรนิติศาสตร์อย่างเพียงพอ แม้ว่าความรู้เรื่องการฝึกสติจะเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตและวัฒนธรรมไทยมาช้านาน และสามารถเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดการความเครียดได้ก็ตาม การขาดการนำสติมาใช้ในหลักสูตรกฎหมายทำให้นักศึกษาขาดเครื่องมือในการจัดการความเครียดและอารมณ์ตนเอง ซึ่งส่งผลต่อคุณภาพชีวิตและประสิทธิภาพในการทำงานในอนาคต

การขาดเครื่องมือในการจัดการความเครียดในวิชาชีพที่มีความกดดันสูง วิชาชีพกฎหมายเป็นอาชีพที่ต้องเผชิญกับความเครียดสูง การจัดการกับคดีที่ซับซ้อน การทำงานภายใต้กำหนดเวลาที่เข้มงวด และความรับผิดชอบที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของลูกความ ล้วนสร้างความกดดันต่อผู้ปฏิบัติงาน ซึ่งการฝึกสติ (Mindfulness) สามารถเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับความเครียดเหล่านี้ได้ แต่การขาดการบูรณาการฝึกสติเข้ากับการศึกษาในหลักสูตรทำให้นักศึกษากฎหมายขาดการเตรียมพร้อมทางจิตใจ

²⁸ Elizabeth F. Emens, „Law's Contributions to the Mindfulness Revolution,„ Columbia Public Law Research Paper, Number 2, (August, 2022), p. 79.

ซึ่งส่งผลให้เกิดความเครียดและปัญหาทางด้านร่างกายและจิตใจได้²⁹ สติในฐานะเครื่องมือทางจิตวิทยาและการสร้างทักษะ Soft Skills สติเป็นทักษะที่ช่วยเสริมสร้าง Soft Skills เช่น ความฉลาดทางอารมณ์ (Emotional Intelligence) การตระหนักรู้ในตนเอง และการควบคุมอารมณ์ ทักษะเหล่านี้มีความสำคัญในการทำงานร่วมกับลูกความ เพื่อนร่วมงาน และการจัดการความขัดแย้งในวิชาชีพที่มีความท้าทายอย่างนักกฎหมาย การขาดการบูรณาการสติในการเรียนการสอนทำให้นักศึกษาไม่ได้พัฒนาทักษะเหล่านี้อย่างเต็มที่

4.2 บทบาทของหลักสูตรนิติศาสตร์ของประเทศไทยในการพัฒนา Soft Skills และการจัดการความเครียด

หลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทย มีบทบาทสำคัญในการเตรียมความพร้อมให้นักศึกษาเผชิญกับความท้าทายในวิชาชีพที่มีความกดดันสูง การพัฒนา Soft Skills และการจัดการความเครียดเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้นักศึกษาสามารถปรับตัวและประสบความสำเร็จในอาชีพนี้ได้ บทบาทหลักสูตรนิติศาสตร์ของประเทศไทยในการพัฒนา Soft Skills ประกอบด้วย การบูรณาการ Soft Skills ในการเรียนการสอนหลักสูตรนิติศาสตร์ในหลายมหาวิทยาลัยของประเทศไทยเริ่มมีการบูรณาการทักษะ Soft Skills เข้าไปในการเรียนการสอนผ่านการเรียนรู้เชิงปฏิบัติ เช่น การทำงานกลุ่ม การฝึกงาน และคลินิกกฎหมาย (Legal Clinics) ซึ่งช่วยให้นักศึกษามีโอกาสฝึกทักษะการสื่อสาร การทำงานร่วมกับผู้อื่น และการคิดเชิงวิเคราะห์ในการจัดการกับคดีความและปัญหาต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ การฝึกอบรมการฝึกสติและการจัดการความเครียด แม้ว่าหลักสูตรกฎหมายในประเทศไทยยังไม่ได้มีการฝึกอบรมการฝึกสติอย่างเป็นทางการเหมือนในต่างประเทศ แต่มีการเริ่มต้นให้ความรู้เรื่องการดูแลสุขภาพจิตผ่านการจัดการอบรมเชิงปฏิบัติการ การสัมมนา หรือกิจกรรมเสริมทักษะการจัดการความเครียด ซึ่งนักศึกษาได้เรียนรู้วิธีการลดความเครียดและเสริมสร้างสุขภาพจิต เช่น การฝึกสมาธิ การจัดการเวลา และการสื่อสารเชิงสร้างสรรค์ และการสนับสนุนการทำงานร่วมกับชุมชน หลักสูตร

²⁹ Peter H. Huang, „Adventures in Higher Education, Happiness, and Mindfulness,“ Br. J. Am. Leg. Studies, Volume 7 Number 2, (2018), pp. 427 – 484.

นิติศาสตร์หลายแห่งได้เปิดโอกาสให้นักศึกษามีส่วนร่วมในการทำงานเพื่อสังคม เช่น การให้บริการทางกฎหมายโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย (Pro Bono Service) ซึ่งนอกจากจะช่วยพัฒนาทักษะทางกฎหมายแล้วยังเป็นการส่งเสริมความฉลาดทางอารมณ์ (Emotional Intelligence) และ ความเข้าใจผู้อื่น (Empathy) ซึ่งเป็น Soft Skills สำคัญในการทำงาน กับลูกความและการจัดการความเครียด การสร้างความตระหนักรู้และทักษะการเป็นผู้นำ หลักสูตรนิติศาสตร์ในหลายมหาวิทยาลัยยังเน้นการพัฒนาทักษะการเป็นผู้นำผ่านการ เรียนรู้แบบปฏิบัติ โดยเฉพาะการพัฒนาทักษะการเจรจาและการไกล่เกลี่ย ซึ่งช่วยให้นักศึกษามีความสามารถในการจัดการกับความขัดแย้งและสถานการณ์ที่ท้าทาย ลดความเครียดและสร้างความมั่นใจในการปฏิบัติงานจริง รวมถึงการให้คำปรึกษาและ สนับสนุนด้านสุขภาพจิต หลายมหาวิทยาลัยในประเทศไทย มีการจัดบริการให้คำปรึกษา ด้านสุขภาพจิตแก่นักศึกษาเพื่อสนับสนุนการจัดการความเครียดที่เกิดขึ้นจากการเรียน กฎหมายที่มีความท้าทาย

ดังนั้น ความรับผิดชอบที่สำคัญของโรงเรียนและหลักสูตรกฎหมายคือการช่วยนักศึกษาในการพัฒนาอัตลักษณ์ทางวิชาชีพหรือความหมายของการเป็นนักกฎหมาย ในโลกปัจจุบัน ควรมุ่งเน้นไปที่การสร้างจริยธรรมในวิชาชีพ ไม่เพียงแค่สิ่งที่นักกฎหมาย ควรรู้หรือควรทำ แต่ยังรวมถึงสิ่งที่พวกเขาควรเป็น เพื่อให้สอดคล้องกับอุดมคติที่ดีที่สุด ของวิชาชีพ โดยการพัฒนาการเรียนรู้ทางกฎหมายควรเป็นกระบวนการพัฒนามนุษย์ที่ ครอบคลุมความสัมพันธ์และความดีใจของตัวเอง และระหว่างตนเองกับ ลูกความ และสังคม³⁰

4.3 แนวทางการพัฒนา Soft Skills ในการจัดการความเครียดสำหรับนักกฎหมาย

การฝึกอบรมการฝึกสติในหลักสูตรกฎหมาย การนำการฝึกสติเข้ามาในหลักสูตรกฎหมาย เช่น หลักสูตร Mindfulness in Law ของ Miami Law ที่ให้การฝึกอบรมการฝึก สติร่วมกับการเรียนกฎหมาย ช่วยให้นักศึกษาสามารถรับมือกับความเครียดได้ดียิ่งขึ้น

³⁰ Harvard Medical School. (n.d.). Stress Management and Resiliency Training (SMART) Program. [Online], Source: <https://cmecatalog.hms.harvard.edu/stress-management-and-resiliency-training-smart-program>.

หลักสูตรนี้เน้นการเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานและการดูแลสุขภาพจิตของนักศึกษา การสนับสนุนการพัฒนาทักษะความฉลาดทางอารมณ์ ควรมีการฝึกอบรมด้านความฉลาดทางอารมณ์ เช่น หลักสูตร Mindful Ethics ที่ Miami Law ซึ่งช่วยให้นักศึกษากฎหมายพัฒนาความเข้าใจเกี่ยวกับจริยธรรมของนักกฎหมายและการดูแลตนเอง ทั้งยังช่วยให้นักศึกษา มีความสามารถในการรับมือกับสถานการณ์ที่มีความกดดันและยังรักษาคุณค่าและความเป็นอยู่ที่ดีของ ตนเองได้ การฝึกอบรมการจัดการเวลาและการจัดลำดับความสำคัญ การฝึกการจัดการเวลาช่วยให้นักกฎหมายสามารถจัดการกับงานที่มีอยู่มากมายและทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะช่วยลดความเครียดจากการทำงานภายใต้ความกดดันและความคาดหวังของผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยประเทศไทยสามารถนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้ในบริบทที่เหมาะสม ดังนี้

1) การบูรณาการหลักสูตรฝึกสติในมหาวิทยาลัย โดยหลักสูตรการฝึกสติและการจัดการความเครียด เช่น Mindfulness for Law Students ที่สอนในมหาวิทยาลัยในสหรัฐฯ มีประโยชน์ในการช่วยนักศึกษาเพิ่มสมาธิและจัดการกับความเครียด ไทยควรพิจารณานำแนวคิดนี้มาใช้โดยปรับให้เข้ากับบริบทวัฒนธรรมไทยที่มีพื้นฐานความเชื่อในพุทธศาสนาและการฝึกสมาธิอยู่แล้ว ซึ่งจะช่วยส่งเสริมสุขภาพจิตและเพิ่มประสิทธิภาพการเรียนรู้ของนักศึกษาในทุกสาขาวิชา ไม่เพียงแต่กฎหมายเท่านั้น

2) การเน้นการพัฒนาทักษะ Soft Skills โดยหลักสูตรในสหรัฐฯ เน้นการพัฒนาทักษะด้านการจัดการความเครียด เช่น การจัดการเวลา ความยืดหยุ่น และความฉลาดทางอารมณ์ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการทำงานที่มีความกดดันสูง ไทยควรส่งเสริมการสอนทักษะเหล่านี้ในหลักสูตรมหาวิทยาลัยต่าง ๆ เพื่อเตรียมความพร้อมให้กับนักศึกษาในทุกสาขาอาชีพ

3) การสร้างสภาพแวดล้อมการเรียนรู้ที่สนับสนุนสุขภาวะจิตใจ ซึ่งมหาวิทยาลัยในสหรัฐฯ เช่น Yale และ Georgetown University Law Center มีโปรแกรมที่มุ่งเน้นสร้างสุขภาวะจิตใจและช่วยนักศึกษาจัดการกับความท้าทายในการเรียน ไทยสามารถนำแนวทางนี้มาใช้โดยการจัดโปรแกรมและเวิร์กช็อปที่ส่งเสริมสุขภาพจิต การเจริญสติ และการดูแลตัวเอง ซึ่งสามารถจัดในรูปแบบกิจกรรมภายในมหาวิทยาลัยหรือผ่านการร่วมมือกับศูนย์สุขภาพจิต

คณะผู้วิจัยเห็นว่า การปรับใช้แนวทางเหล่านี้สามารถช่วยลดระดับความเครียดในกลุ่มนักศึกษาและวิชาชีพที่มีความกดดันสูง ส่งเสริมให้มีสุขภาวะที่ดี และเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานและการศึกษาในประเทศไทย และแนวทางอีกประการหนึ่งที่สำคัญคือการบูรณาการสติในการเรียนการสอนกฎหมาย การบรรจุ การฝึกสติ ในรายวิชาต่าง ๆ ของหลักสูตรนิติศาสตร์ การบรรจุรายวิชาที่เกี่ยวข้องกับ Soft Skills เช่น การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือการให้คำปรึกษาลูกความ ช่วยให้นักศึกษากฎหมายได้รับการฝึกทักษะที่สามารถใช้ในการจัดการความเครียดและการทำงานในสถานะที่มีความกดดันสูง การจัดการอบรมเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับการฝึกสติ สำหรับนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษา เพื่อสร้างความรู้และความเข้าใจในการใช้สติเป็นเครื่องมือในการดูแลสุขภาพจิต รวมถึงการฝึกสติในการทำงาน (Mindfulness at Work) นักกฎหมายสามารถฝึกสติได้ในที่ทำงาน เช่น การหยุดพักเพียงไม่กี่นาทีระหว่างการทำงานเพื่อหายใจอย่างมีสติ การเดินแบบมีสติระหว่างเดินทางไปประชุม หรือการฝึกฟังอย่างมีสติเมื่อสนทนากับลูกความหรือเพื่อนร่วมงาน การฝึกสติแบบง่าย ๆ เหล่านี้ช่วยลดความเครียดและเพิ่มความสามารถในการตัดสินใจที่ดีขึ้น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

นักกฎหมายเป็นกลุ่มวิชาชีพที่ต้องเผชิญกับความเครียดสูงอันเนื่องมาจากความซับซ้อนและความสำคัญของหน้าที่การงาน การทำงานภายใต้แรงกดดันอย่างต่อเนื่องสามารถส่งผลกระทบต่อทั้งสุขภาพกายและจิตใจของนักกฎหมายได้อย่างมาก ความเครียดที่เกิดจากการทำงานกับเอกสารกฎหมายที่ซับซ้อน การจัดการข้อขัดแย้ง และการทำงานล่วงเวลาเป็นปัจจัยที่ทำให้นักกฎหมายเผชิญกับความท้าทายในการรักษาสสมดุลระหว่างงานและชีวิตส่วนตัว ดังนั้นการจัดการความเครียดจึงเป็นสิ่งสำคัญสำหรับนักกฎหมาย การขาดการบูรณาการสติ (Mindfulness) ในหลักสูตรนิติศาสตร์ในประเทศไทยทำให้นักศึกษากฎหมายขาดทักษะสำคัญในการจัดการความเครียดและการพัฒนา Soft Skills ที่จำเป็นในการทำงาน การนำการฝึกสติมาบูรณาการในรายวิชาและการสนับสนุนให้นักศึกษาฝึกสติเป็นเครื่องมือในการจัดการความเครียดและเสริมสร้างทักษะการทำงานร่วมกับผู้อื่นจะช่วย

ให้นักศึกษาเหล่านี้สามารถพัฒนาตนเองเป็นนักกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและมีสุขภาพจิตที่ดีในระยะยาว เนื่องจากลักษณะงานที่มีความซับซ้อนและกดดันสูง การพัฒนาทักษะด้าน Soft Skills เป็นแนวทางที่มีประสิทธิภาพในการช่วยลดความเครียดและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน ทักษะเหล่านี้ไม่ได้เพียงช่วยให้นักกฎหมายสามารถจัดการกับความเครียดได้ดียิ่งขึ้น แต่ยังเสริมสร้างความสามารถในการทำงานร่วมกับผู้อื่น การตัดสินใจ และการบริหารเวลาที่ดีขึ้นอีกด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

การนำหลัก Soft Skills มาใช้เป็นแนวทางในการจัดการความเครียดจึงเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพ ช่วยให้นักกฎหมายสามารถรักษาสุขภาพจิตและร่างกายที่ดี พร้อมทั้งเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานในระยะยาว โดยคณะผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. บุรณาการการฝึกสติ (Mindfulness) ในหลักสูตรนิติศาสตร์ การบรรจุรายวิชาที่เกี่ยวข้องกับการฝึกสติ เช่น การสอนการฝึกสมาธิ การหายใจอย่างมีสติ และการตระหนักรู้ถึงปัจจุบันในหลักสูตรการเรียนการสอน ช่วยให้นักศึกษาสามารถใช้เครื่องมือเหล่านี้ในการจัดการความเครียดจากการเรียนและการทำงาน จัดกิจกรรมการฝึกสติเป็นประจำ เช่น การจัดการอบรมเชิงปฏิบัติการหรือการทำสมาธิร่วมกัน โดยเชิญผู้เชี่ยวชาญด้านการฝึกสติมาสอนในช่วงเวลาว่าง เพื่อช่วยเสริมสร้างทักษะการควบคุมอารมณ์และการมีสมาธิ

2. สถาบันการศึกษาและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพกฎหมาย และหน่วยงานต่าง ๆ ควรมีการพัฒนาหลักสูตรฝึกอบรมที่มุ่งเน้นการเสริมสร้างทักษะ Soft Skills ที่จำเป็น เช่น การจัดการอารมณ์ การสื่อสารที่มีประสิทธิภาพ การสื่อสารด้วยสันติวิธี การเจรจาต่อรอง การจัดการเวลา และการตัดสินใจและการแก้ปัญหาเชิงสร้างสรรค์เพื่อช่วยให้นักกฎหมายสามารถรับมือกับความเครียดได้ดีขึ้นในสภาพแวดล้อมที่มีความกดดันสูง

3. สถาบันการศึกษาและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพกฎหมาย และหน่วยงานต่าง ๆ ควรสร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับผลกระทบของความเครียดและการจัดการสุขภาพจิตในนักกฎหมายผ่านการจัดกิจกรรมหรือโครงการเสริมสร้างความรู้ทางด้านการดูแลสุขภาพ ซึ่งควรเน้นถึงความสำคัญของ Soft Skills ในการช่วยลดความเครียด รวมถึงการเก็บรวบรวม

สถิติความเครียดของนักกฎหมาย การทำนโยบายที่ชัดเจนเกี่ยวกับสุขภาพจิตและ การจัดการความเครียดของนักเรียนกฎหมายและนักกฎหมาย

4. สถาบันการศึกษาและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพกฎหมาย และหน่วยงานต่าง ๆ ควรสนับสนุนการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับสาเหตุและผลกระทบของความเครียดในนักกฎหมาย เพิ่มเติม โดยเฉพาะในบริบทของประเทศไทย ซึ่งการศึกษานี้จะช่วยให้เห็นภาพชัดเจน ยิ่งขึ้นเกี่ยวกับปัจจัยที่ก่อให้เกิดความเครียดและแนวทางในการจัดการความเครียด

5. สถาบันการศึกษาและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพกฎหมาย และหน่วยงานต่าง ๆ ควรมีการใช้เทคโนโลยีและแพลตฟอร์มออนไลน์ (Platform Online) ในการจัดการ ฝึกอบรมและส่งเสริมการพัฒนาทักษะ Soft Skills ที่จำเป็นสำหรับนักกฎหมาย เช่น แอปพลิเคชันที่ช่วยในการจัดการเวลา การบริหารจัดการความเครียด หรือการเรียนรู้ทักษะ การสื่อสารที่มีประสิทธิภาพ

6. สถาบันการศึกษาและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพกฎหมาย และหน่วยงานต่าง ๆ ควรสนับสนุนการฝึกอบรมทักษะความฉลาดทางอารมณ์ (Emotional Intelligence - EI) เพราะการฝึกทักษะการรับรู้และควบคุมอารมณ์ของตนเอง รวมถึงการเข้าใจอารมณ์ของ ผู้อื่น สามารถช่วยนักกฎหมายรับมือกับสถานการณ์ที่ท้าทายและมีความกดดันสูงได้ดียิ่งขึ้น การอบรม ความฉลาดทางอารมณ์ สามารถช่วยให้ผู้เข้าร่วมมีทักษะการตัดสินใจและ การทำงานที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงการจัดการอบรมเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับการ สื่อสารและการเจรจาต่อรอง ช่วยให้นักศึกษากฎหมายสามารถพัฒนาทักษะการสื่อสารที่ จำเป็นในการทำงานและการลดความขัดแย้งในการทำงาน

7. สถาบันการศึกษาและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพกฎหมาย และหน่วยงานต่าง ๆ ควรมีการบูรณาการพัฒนา Soft Skills ไปกับการเรียนรู้แบบปฏิบัติในวิชาชีพกฎหมาย (Clinical Legal Education) เช่น การนำการฝึกสติมาใช้ในคลินิกกฎหมาย เพื่อให้ นักศึกษาได้ใช้เครื่องมือเหล่านี้ในการทำงานกับลูกค้า และการรับมือกับสถานการณ์ ท้าทายที่เกิดขึ้นในวิชาชีพ การสร้างการเรียนรู้เชิงประสบการณ์ในการเผชิญกับความกดดัน เช่น การทำงานในคดีที่ซับซ้อน หรือการรับมือกับการเจรจาที่มีความท้าทาย เป็นต้น

8. หน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องควรส่งเสริมให้สถาบันการศึกษาทางกฎหมายใน ประเทศไทยบูรณาการทักษะ Soft Skills จากต่างประเทศเข้าสู่หลักสูตรการเรียนการสอน

ในสถาบันการศึกษาของประเทศไทย เช่นการสอนเทคนิคการสื่อสารระหว่างบุคคลและการแก้ไขข้อขัดแย้งเพื่อลดความกดดันและความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการทำงาน การนำแนวทางการบริหารจัดการความเครียดจากหลักสูตรในต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ในสถาบันการศึกษาหรือสถาบันสอนกฎหมายในประเทศไทยนั้นจะถือเป็นการเสริมสร้างและพัฒนาทักษะให้นักกฎหมายนำไปปรับใช้ในการจัดการความเครียดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น การจัดการความเครียดอย่างมีประสิทธิภาพเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับนักกฎหมายในการรักษาสุขภาพจิต สุขภาพกาย และประสิทธิภาพการทำงานในระยะยาว การจัดการความเครียดอย่างมีประสิทธิภาพไม่เพียงแต่ช่วยให้นักกฎหมายสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ยังส่งผลดีต่อสุขภาพจิตและสุขภาพกายในระยะยาว การลงทุนเวลาและความพยายามในการดูแลตัวเองจะช่วยให้นักกฎหมายสามารถเผชิญกับความท้าทายและความกดดันในงานได้ดียิ่งขึ้น

รายการอ้างอิง

- คณิน จินตนาปราโมทย์ และพรชัย สิทธิศรีณย์กุล, **สรีรวิทยาความเครียดจากการทำงาน และการแก้ปัญหาเมื่อเผชิญความเครียดในอาชีพแพทย์**, วารสารการแพทย์และวิทยาศาสตร์สุขภาพ, ปีที่ 26 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม 2562).
- เชิงชาย ถาวรยุธร และรัศมีน กัลยาศิริ, **ความเครียดของนักศึกษาซึ่งศึกษา ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา**, เวชศาสตร์ร่วมสมัย, ปีที่ 60 ฉบับที่ 1 (มกราคม - กุมภาพันธ์, 2559).
- จุฑารัตน์ สติธิปัญญา และวิทยา เหมพันธ์, **ความเครียดของนักศึกษามหาวิทยาลัย**, วารสารศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่โจ้, ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2556).
- โรงพยาบาลบางปะกอก 1, **ภาวะเครียดสะสม ภัยเงียบเสี่ยงเกิดโรค**, (2566), แหล่งที่มา: https://www.bangpakok1.com/care_blog/view/75
- วลีรัตน์ เชื้อก เทิดทูนภูกุช และพีรพนธ์ ลือบุญวัชชัย, **ภาวะเครียดจากการทำงาน และภาวะหมดไฟในทนายความผู้มีใบอนุญาตทนายความ ณ สภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์**, จุฬาลงกรณ์เวชสาร, ปีที่ 61 ฉบับที่ 5 (กันยายน - ตุลาคม 2560).
- ประภาภรณ์ โรจน์ศิริรัตน์, **Soft Skills สำหรับนักกฎหมายในศตวรรษที่ 21: การพัฒนาทักษะการโค้ชเพื่อการสื่อสารอย่างเห็นอกเห็นใจสำหรับนักกฎหมาย**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2565).
- ศิริมา พนาภินันท์ และทัศนัย เพ็ญสิทธิ, **Soft Skillss ที่มีความจำเป็นสำหรับนักศึกษาสาขาวิชาดนตรี มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา**, วารสารศิลปปริทัศน์ คณะศิลปกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (2564).
- หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, **หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ปริญญาตรี สำนักวิชานิติศาสตร์**, แหล่งที่มา: <https://mfu.ac.th/education/program/program-bachelor/bachelor-law/llb-program-law/bachelor-law-llb.html>.

- Agus Purwanto, **Hard Skills versus Soft Skills: Which are More Important for Indonesian Employees Innovation Capability**, International Journal of Control and Automation, Vol. 13, No. 2, (2020).

- American Bar Association (ABA). (n.d.), **Law Student Mental Health**, [Online], Source: <https://www.americanbar.org>

- Angela Harris, **Mindfulness and Professional Identity**, (2012), [Online], Source: https://www.law.berkeley.edu/files/Mindfulness_and_Professional_Identity_2012_syllabus_FINAL_AHarris.pdf

- Benson-Henry Institute for Mind Body Medicine. (n.d.), **Mindfulness programs for lawyers**, [Online], Source: <https://bensonhenryinstitute.org>

-Berkeley Law. (n.d.), **Mindfulness in Legal Education**, [Online], Source: <https://www.law.berkeley.edu/students/mindfulness-at-berkeley-law/resources/mindfulness-in-legal-education/>

- Columbia Law School, **Columbia Law School Mindfulness Program**, (2017), [Online], Source: https://scholarship.law.columbia.edu/mindfulness_program/

- Elizabeth F. Emens, **Law's Contributions to the Mindfulness Revolution**, Columbia Public Law Research Paper, Number 2, (August, 2022).

- Faculty of law, Chulalongkorn University, **An Innovative Legal Education through an Integration of Knowledge, Skills, and Real Experiences**, [Online], Source: <https://www.law.chula.ac.th/study-at-law-chula/bachelor-of-laws-experiential-learning-in-business-and-tech-law-llbel-international-program/>

- Faculty of Law, University of Toronto. (n.d.), **Mindfulness program at the Faculty of Law**, [Online], Source: <https://www.law.utoronto.ca/student-life/personal-support/health-and-well-being/mindfulness-program-faculty-law>

- Georgetown Law. (n.d.), **Lawyers in Balance**, [Online], Source: <https://www.law.georgetown.edu/your-life-career/health-fitness/center-for-wellness-promotion/mind/lawyers-in-balance/>

- Harvard Medical School. (n.d.), **Stress Management and Resiliency Training (SMART) Program**, [Online], Source: <https://cmecatalog.hms.harvard.edu/stress-management-and-resiliency-training-smart-program>

- Jordana Alter Confino, **Where Are We on the Path to Law Student Well-Being?: Report on the ABA CoLAP Law Student Assistance Committee Law School Wellness Survey**, Journal of Legal Education, Volume 68, Number 3 (2019).

- James J. Alfini, **Is There a Solution to the Problem of Lawyer Stress? The Law School Perspective**, Journal of Law and Health 10 #1 1995, Volume 10, (1996).

- Healthy UC Davis. (n.d.), **Mindfulness**, [Online], Source: <https://healthy.ucdavis.edu/mental-emotional/resource-library/general/mindfulness>

- Miami School of Law. (n.d.), **Mindfulness in Law Program**, [Online], Source: <https://www.law.miami.edu/academics/programs/mindfulness/>

- National University of Singapore (NUS). (n.d.), **Psychological support for law students**, [Online], Source: <https://www.nus.edu.sg>

- Peter H. Huang, **Adventures in Higher Education, Happiness, and Mindfulness**, Br. J. Am. Leg. Studies, Volume 7 Number 2, (2018).

- Thomson Reuters, **Lawyer well-being: The hidden dangers**, (2023), [Online], Source: <https://legal.thomsonreuters.com>

- UC Davis Health. (n.d.), **Guided Mindfulness Practices**, [Online], Source: <https://health.ucdavis.edu/well-being/program/guided-mindfulness-practices>

- Singapore Academy of Law (SAL). (n.d.), ***Stress management programs for legal professionals***, [Online], Source: <https://www.sal.org.sg>

- Stefano Moscato, **Teaching Foundational Lawyering Skills to First-Year Students**, The Journal of the Legal Writing Institute, Volume 13, (2007).

- Yale Law School. (n.d.), ***Wellness and mindfulness initiatives***, [Online], Source: <https://law.yale.edu>

- Yale School of Medicine. (n.d.), **Yale Center for Emotional Intelligence (YCEI)**, [Online], Source: <https://medicine.yale.edu/childstudy/services/community-and-schools-programs/center-for-emotional-intelligence/>

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

ฮิญาบกับการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางของผู้พิพากษา

Hijab and the Preservation of Judicial Neutrality

ภรณี เกราะแก้ว*

ผู้พิพากษาศาลจังหวัดปัตตานี สำนักงานศาลยุติธรรม

Poranee Krawkeo

Judge of Pattani Provincial Court of Justice

วันที่รับบทความ 5 พฤศจิกายน 2567; วันที่แก้ไขบทความ 29 พฤศจิกายน 2567;

วันที่ตอบรับบทความ 5 ธันวาคม 2567

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; ปัจจุบันอยู่ระหว่างการลาศึกษาต่อระดับปริญญาโท ณ Goethe-Universität Frankfurt am Main สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทุนสำนักงานศาลยุติธรรม ประจำปี 2566; อีเมลติดต่อ k.poraneelaw1994@gmail.com

บทคัดย่อ

หลักความเป็นกลางถือเป็นหนึ่งในหลักการสากลที่สำคัญสำหรับผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้พิพากษาจำเป็นต้องรักษาหรือดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นกลางดังกล่าวเพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้สาธารณชนทั้งในระดับตัวบุคคลและสถาบัน หลักการนี้ยังเป็นหลักประกันที่สำคัญในการมอบความยุติธรรมให้แก่ประชาชนโดยทำให้มั่นใจว่าการพิจารณาพิพากษาคดีจะดำเนินการโดยผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลางและปราศจากอคติ บทความนี้นำเสนอกรณีศึกษาในต่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้พิพากษาหญิงที่แสดงออกถึงเสรีภาพในการนับถือศาสนาของเธอในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการปะทะกันระหว่างหลักเสรีภาพในการนับถือศาสนากับหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาในฐานะตัวแทนของรัฐ แม้เรื่องนี้จะประเด็นอ่อนไหวและยากในการหาสมดุลแต่บทความฉบับนี้มุ่งตั้งคำถามและชวนผู้อ่านค้นหาคำตอบผ่านการศึกษาคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีในประเด็นดังกล่าว ท้ายที่สุดแล้วคำตอบที่ได้อาจไม่จำเป็นต้องมีแค่หนึ่งเดียวเพราะแม้แต่ในโลกตะวันตกประเทศหนึ่งให้การคุ้มครองการใช้เสรีภาพดังกล่าวแต่ในอีกประเทศหนึ่งให้น้ำหนักกับหลักความเป็นกลางซึ่งเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงไปถึงความเป็นกลางของรัฐ แม้ในประเทศไทยยังไม่เคยเผชิญกับประเด็นดังกล่าวในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาก็ตาม แต่ก็เป็นที่ของนักกฎหมายทุกคนที่อาจตั้งประเด็นให้เกิดการถกคิดเพื่อนำไปสู่การพัฒนาในทางวิชาการต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ: ฝ่าคลุ่มศิริชะ; ฮิญาบ; เสรีภาพในการนับถือศาสนา; ความเป็นกลาง; ผู้พิพากษา

Abstract

The principle of neutrality is considered one of the important universal principles for judges in carrying out their duties. Judges must maintain or uphold neutrality and shape such neutrality to build public trust at both the individual and the justice system as a whole. This principle also serves as a crucial safeguard for delivering justice to the public by ensuring that case hearings are conducted by impartial and unbiased judges.

This article presents a case study from abroad involving a female judge who expressed her freedom of religion during her duties, highlighting a conflict between the freedom of religion and the neutrality of judges as representatives of the state. While this issue is sensitive and challenging to balance, this article aims to raise questions and encourage readers to seek answers through an examination of the Federal Constitutional Court of Germany on this matter. Ultimately, the answers may not be singular; for instance, one country in the Western countries may protect the exercise of such freedom, while another may prioritize the principle of neutrality, which is connected to state neutrality. Even in Thailand, where this issue has not yet been encountered, it is the duty of all legal professionals to provoke thought on the subject, leading to further academic development in the future.

Keywords: Headscarf; Veil; Hijab; Freedom of Religion; Neutrality; Impartiality; Judge

1. บทนำ

บทความฉบับนี้ผู้เขียนได้รับแรงบันดาลใจจากข่าว³¹ ของสำนักข่าว Deutsche Welle แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือประเทศเยอรมนีที่ตีแผ่เรื่องราวของหญิงมุสลิมชาวเยอรมันคนหนึ่งที่ถูกศาล Higher Regional Court (Oberlandesgerichte) ของรัฐ North Rhine-Westphalia สั่งห้ามไม่ให้รับตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบ (schöffengerichte; lay judge) หลังจากได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวในปี 2566 เพราะเหตุที่เธอสวมผ้า



ภาพของ Nadia Kahf ผู้พิพากษาหญิงมุสลิมถือค้อนของเธอหลังจากได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาล Passaic County Superior Court แห่งรัฐ New Jersey ประเทศสหรัฐอเมริกา

คลุมศีรษะ³² เนื่องจากอาจเป็นการละเมิดต่อหลักการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง (neutrality) โดยศาลให้เหตุผลว่าสัญลักษณ์ทางศาสนาใด ๆ ที่ผู้พิพากษาสมทบสวมระหว่างการพิจารณาคดีจะฝ่าฝืนหลักการสำคัญของรัฐในการดำรงความเป็นกลางซึ่งเป็นการปะทะกันระหว่างหลักเสรีภาพในการนับถือศาสนาที่ได้รับการคุ้มครองกับหลักการของรัฐดังกล่าวโดยเฉพาะขณะปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาสมทบใน

³¹ Marcel Fürstenau, **German Lay Judge Challenges a Headscarf Ban in Court** [Online], 1 October 2024. Source: <https://www.dw.com/en/german-lay-judge-challenges-a-headscarf-ban-in-court/a69648119#:~:text=A%20lay%20judge%2C%20who%20wears,was%20elected%20to%20in%202023> นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้รับแรงบันดาลใจจากบทสนทนาระหว่างผู้เขียนกับเพื่อนสนิทท่านหนึ่งที่ไม่ประสงค์จะออกนามอันเป็นมวลสารสำคัญในการริเริ่มก่อร่างสร้างจินตนาการในทางวิชาการของผู้เขียนในงานเขียนชิ้นนี้ให้สำเร็จลุล่วงเป็นรูปธรรม

³² Ibid.

ฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ปัจจุบันเรื่องดังกล่าวอยู่ระหว่างการโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมนี (Bundesverfassungsgericht)

ในอีกมุมหนึ่งของโลกตะวันตกที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2566 เพิ่งมีผู้พิพากษาหญิงมุสลิมคนแรกที่สวมผ้าคลุมศีรษะหรือฮิญาบบนบัลลังก์พิจารณาคดี³³ ผู้พิพากษาดังกล่าวคือ Nadia Kahf เธอผ่านพิธีสาบานตนต่อคัมภีร์อัลกุรอานก่อนเข้ารับตำแหน่ง³⁴ แม้เธอจะไม่ใช่หญิงมุสลิมคนแรกที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกา³⁵ แต่เธอเป็นผู้พิพากษาหญิงคนแรกที่สวมฮิญาบบนบัลลังก์พิจารณาคดีสร้างความฮือฮาให้กับสาธารณชนและสำนักข่าวต่างนำภาพตลอดจนเรื่องราวดังกล่าวของเธอไปเขียนข่าวโด่งดังไปทั่วโลก นี่ไม่ใช่ครั้งแรกที่ในประเทศเยอรมนีห้ามไม่ให้หญิงมุสลิมสวมผ้าคลุมศีรษะในขณะทำงาน เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจและสามารถติดตามประเด็นในบทความฉบับนี้ จำเป็นที่ผู้เขียนจะต้องกล่าวถึงความหมายและแนวคิดโดยสังเขปของศาสนาอิสลามเป็นอันดับแรก จากนั้นจะกล่าวถึงหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาในหัวข้อที่ 3 ปรากฏ

³³ Anadolu Agency, **Muslim Woman Becomes 1st Headscarf-wearing Judge in US** [Online], 1 October 2024. Source: <https://www.dailysabah.com/world/americas/muslim-woman-becomes-1st-headscarf-wearing-judge-in-us>; Hannan Adely, **‘Proud and Historic’: Two Hijab-wearing Women Sworn in as Judges in NJ** [Online], 1 October 2024. Source: <https://eu.northjersey.com/story/news/2023/03/28/hijabi-judges-sworn-into-nj-superior-court/70053745007>

³⁴ Hannan Adely, **‘Proud and Historic’: Two Hijab-wearing Women Sworn in as Judges in NJ** [Online], 1 October 2024. Source: <https://eu.northjersey.com/story/news/2023/03/28/hijabi-judges-sworn-into-nj-superior-court/70053745007>; Islam Channel, **USA’s First Hijab-wearing Judge Takes Oath** [Online], 2 October 2024. Source: <https://www.youtube.com/watch?v=a4QzRiTVyDQ>

³⁵ Nusrat Choudhury คือ ผู้หญิงมุสลิมคนแรกที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา อ่านต่อใน Sakshi Venkatraman, **First Muslim Woman Confirmed as a Federal Judge** [Online], 2 October 2024. Source: <https://www.nbcnews.com/news/asian-america/first-muslim-woman-confirmed-us-federal-judge-rcna89546>

การณียญาในประเทศเยอรมนีในหัวข้อที่ 4 และจะได้ชี้ให้เห็นถึงประเด็นโดยละเอียดในหัวข้อที่ 5 ตามลำดับดังต่อไปนี้

2. ศาสนาอิสลาม: ความหมายและแนวคิดโดยสังเขป

2.1 ศาสนาอิสลาม

คำว่า “อิสลาม” เป็นคำภาษาอาหรับหมายถึง สันติภาพ ความบริสุทธิ์ การยอมจำนน และการเชื่อฟังต่อพระเจ้า³⁶ มีต้นกำเนิดจากคำว่า “Salaam” หมายถึง สันติสุขหรือสันติภาพ³⁷ ดังนั้น คำว่า อิสลาม จึงหมายถึง³⁸ การยอมตน ยอมตาม ยอมจำนน ต่อพระผู้เป็นเจ้า (อัลลอฮ์) เพื่อให้ประสบสันติทั้งโลกนี้และโลกหน้า ทั้งนี้หมายความว่าต้องมอบกายและจิตใจแก่อัลลอฮ์เพียงพระองค์เดียว

มุสลิม เป็นคำภาษาอาหรับเช่นกันหมายถึง ผู้ที่นอบน้อมและยอมจำนนต่อข้อบัญญัติของอัลลอฮ์และหมายถึงผู้ที่ยอมรับนับถือศาสนาอิสลาม³⁹

คัมภีร์อัลกุรอาน (Qur'an)⁴⁰ เป็นบันทึกถ้อยคำที่อัลลอฮ์ทรงเปิดเผยผ่านทางทูตสวรรค์ถึงศาสดามุฮัมมัด ศาสดามุฮัมมัดเป็นผู้จดจำจากนั้นจึงบอกให้สหายของเขาจดบันทึก บทบัญญัติในคัมภีร์ดังกล่าวครอบคลุมวิถีชีวิตของมนุษยชาติในทุก ๆ ด้านเสมือน

³⁶ Muslim Unity Center, **What is Islam?** [Online], 20 October 2024. Source: <https://muslimunitycenter.org/what-is-islam/>

³⁷ The Pluralism Project at Harvard University, **Islam Means Being “Muslim”** [Online], 20 October 2024. Source: https://hwpi.harvard.edu/files/pluralism/files/islam_means_being_22muslim22_1.pdf

³⁸ ดลมนรรัตน์ บากา และแวอุเซ็ง มะแดเฮาะ, **อิสลามศึกษาเบื้องต้น**, (ปัตตานี: มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี, 2536), หน้า 1

³⁹ กระทรวงการต่างประเทศ, **ศาสนาอิสลาม** [ออนไลน์], 20 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: https://image.mfa.go.th/mfa/0/XS0Mt9WAaq/migrate_directory/other-20180716-162134-598684.pdf

⁴⁰ Isamanic Bulletin, **Understanding Islam and Muslims** [Online], 20 October 2024. Source: https://islamicbulletin.org/?page_id=22&gad_source=1&gclid=EAIaIQobChMI6rvpveOriQMVLCDBx2cQgD_EAAYASAAEgKYKvD_BwE#12

ธรรมเนียมของชีวิตชาวมุสลิมที่ทุกคนต้องน้อมรับปฏิบัติตาม⁴¹ ไม่ว่าจะเป็นหลักศรัทธา การเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ตลอดจนมีการบัญญัติถึงการแต่งกายของผู้หญิงไว้ด้วยเช่นกัน

2.2 อีญาบในศาสนาอิสลาม

คำว่าอีญาบ (Hijab) มีความหมายดั้งเดิมหมายถึง การปกคลุม⁴² คำว่าอีญาบไม่เคยถูกกล่าวถึงในคัมภีร์อัลกุรอาน⁴³ ว่าเป็นรูปแบบที่กำหนดสำหรับผู้หญิงแต่ถ้อยคำนี้ถูกกล่าวถึงและตีความในบริบทและความหมายที่หลากหลายเกี่ยวกับสถานะตลอดจนการแต่งกายของผู้หญิงโดยเฉพาะในอัลอะห์ซาบ (Al-Ahzab) อายะห์ที่ 53 ความว่า⁴⁴

“โอ้บรรดาผู้ศรัทธาเอ๋ย พวกเจ้าอย่าได้เข้าไปในบ้านทั้งหลายของนบี เว้นแต่จะเป็นที่อนุมัติแก่พวกเจ้า เพื่อรับประทานอาหารโดยมิต้องคอยการปรุงอาหารให้สุกเสียก่อน แต่เมื่อพวกเจ้าได้รับเชิญก็จงเข้าไป ครั้นเมื่อพวกเจ้ารับประทานเสร็จแล้วก็จงแยกย้ายกันออกไป และอย่าเป็นผู้ขอวิสาสะในการสนทนา แท้จริง ในการนั้นย่อมทำความรำคาญให้แก่ท่านนบี ซึ่งท่านกระดากอายพวกเจ้า แต่อัลลอฮ์ไม่ทรงกระดากอายต่อความจริง และเมื่อพวกเจ้าขอลสิ่งใดจากพวกนาง ก็จงขอพวกนางจากหลังม่าน เช่นนั้นแหละเป็นการบริสุทธิ์อย่างยิ่งแก่จิตใจของพวกเจ้าและจิตใจของพวกนาง และไม่เป็นการบังควรแก่พวกเจ้าที่จะก่อความรำคาญให้แก่ร่อซูลของอัลลอฮ์ และพวกเจ้าจะต้องไม่แต่งงานกับ

⁴¹ มยุรา วงษ์สันต์ (อาอิชะห์ มุณีร), **รู้จักอิสลาม**, (กรุงเทพมหานคร: สภาयุมมุสลิมโลก สำนักงานประเทศไทย, 2546), หน้า 33-34. อ้างถึงใน ธิปัตย์ ภัคดีเศรษฐกุล, **อีญาบกับการรักษาอัตลักษณ์ของชาวมุสลิมในภาคใต้: กรณีศึกษาการคลุม อีญาบในสถาบันการศึกษาในจังหวัด นครศรีธรรมราช และจังหวัดสงขลา**, (การค้นคว้าอิสระปริญญาโท หลักสูตรรัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 2.

⁴² ธิปัตย์ ภัคดีเศรษฐกุล, **อีญาบกับการรักษาอัตลักษณ์ของชาวมุสลิมในภาคใต้: กรณีศึกษา การคลุม อีญาบในสถาบันการศึกษาในจังหวัดนครศรีธรรมราชและจังหวัดสงขลา**, (การค้นคว้าอิสระ ปริญญาโท หลักสูตรรัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 3.

⁴³ Rasha Awad, **Dissecting the Hijab Concept**, SIHA Journal: Women in Islam, Issue 1 (2014), pp. 86-89.

⁴⁴ Quran [Online], 20 October 2024. Source: <https://quran.com/th/al-ahzab/53>

บรรดาภรรยาของท่าน หลังจากท่าน (ได้สิ้นชีพไปแล้ว) เป็นอันขาด แท้จริงในการนั้น ณ ที่อัลลอฮ์เป็นเรื่องที่ใหญ่หลวงนัก”

โองการนี้กล่าวถึงบรรดาผู้หญิงในครอบครัวของศาสดาและคำว่าอิญาบถูกกล่าวถึงในความหมายของ “ม่านกัน”⁴⁵ ซึ่งแยกบรรดาภรรยาของศาสดาออกจากผู้ที่เข้ามาในบ้าน จึงเป็นการห้ามปะปนระหว่างชายหญิงและกำหนดว่าการสนทนาระหว่างชายและหญิงจะต้องกระทำจากเบื้องหลังผนังหรือสิ่งกีดขวางให้เป็นไปตามโองการที่ว่า “...เมื่อพวกเจ้าขอลสิ่งใดจากพวกนาง ก็จงขอพวกนางจากหลังม่าน...” แต่เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ที่จะจำกัดให้ผู้หญิงต้องอยู่ในบ้าน ผู้หญิงจึงต้องสวมเสื้อผ้าที่ปกปิดร่างกายทั้งหมด รวมถึงใบหน้าและมือหากต้องออกไปนอกบ้านดังที่กล่าวไว้ในอัลอะห์ซาบ (Al-Ahzab) อายะห์ที่ 59⁴⁶ ความเป็น

“โอ้นบีเอ๋ย จงกล่าวแก่บรรดาภรรยาของเจ้า และบุตรสาวของเจ้า และบรรดาหญิงของบรรดาผู้ศรัทธา ให้พวกนางดึงเสื้อคลุมของพวกนางลงมาปิดตัวของพวกนาง นั่นเป็นการเหมาะสมกว่าที่นางจะเป็นที่รู้จัก เพื่อที่พวกนางจะไม่ถูกรบกวน และอัลลอฮ์ทรงเป็นผู้ภัยผู้ทรงเมตตาเสมอ” และในอัล-นุร (An-Nur) อายะห์ที่ 31 ความเป็น⁴⁷

“และจงกล่าวเถิด (มุฮัมมัด) แก่บรรดามุอมีนะฮ์ ให้พวกเธอลดสายตาของพวกเธอลงต่ำ และให้พวกเธอรักษาทวารของพวกเธอ และอย่าเปิดเผยเครื่องประดับของพวกเธอ เว้นแต่สิ่งที่พึงเปิดเผยได้ และให้เธอปิดด้วยผ้าคลุมศีรษะของเธอลงมาถึงหน้าอกของเธอ และอย่าให้เธอเปิดเผยเครื่องประดับของพวกเธอเว้นแต่แก่สามีของพวกเธอ หรือบิดาของพวกเธอ หรือบิดาของสามีของพวกเธอ หรือลูกชายของพวกเธอ หรือลูกชายของสามีของพวกเธอ หรือพี่ชายน้องชายของพวกเธอ หรือลูกชายของพี่ชายน้องชายของพวกเธอ หรือลูกชายของพี่สาวน้องสาวของพวกเธอ หรือพวกผู้หญิงของพวกเธอ หรือที่มือขวาของพวก

⁴⁵ Rasha Awad, *Dissecting the Hijab Concept*, pp. 86-87.

⁴⁶ Quran [Online], 20 October 2024. Source: <https://quran.com/th/al-ahzab/59>

⁴⁷ Quran [Online], 20 October 2024. Source: <https://quran.com/th/an-nur/30-31>

เธอครอบครอง (ทาสและทาสี) หรือคนใช้ผู้ขายที่ไม่มีความรู้ลึกทางเพศ หรือเด็กที่ยังไม่รู้เรื่องเพศสวงของผู้หญิง และอย่าให้เธอกระต๊อบเท้าของพวกเธอเพื่อให้ผู้อื่นรู้สิ่งที่พวกเธอควรปกปิดในเครื่องประดับของพวกเธอ และพวกเจ้าทั้งหลายจงขอลุแกโทษต่ออัลลอฮ์เถิด โอ้บรรดาผู้ศรัทธาเอ๋ย เพื่อว่าพวกเจ้าจะได้รับชัยชนะ”

เมื่อการแต่งกายของผู้หญิงมุสลิมได้รับการบัญญัติไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งเป็นธรรมนูญชีวิตของชาวมุสลิม⁴⁸ ที่ทุกคนต้องน้อมรับปฏิบัติตามทำให้การคลุมฮิญาบถือเป็นข้อบังคับหรืออวยิบตามหลักศาสนาที่หญิงมุสลิมทุกคนต้องปฏิบัติตาม ถือเป็นสัญลักษณ์แห่งความสุภาพเรียบร้อยและเป็นสัญลักษณ์ของความศรัทธาทางศาสนา ดังนั้น การกีดกันมิให้หญิงมุสลิมคลุมฮิญาบถือเป็นการบังคับให้ผู้หญิงเหล่านั้นมิได้เป็นมุสลิมที่แท้จริง⁴⁹

3. หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา

3.1 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาในทางสากล

หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาโดยทั่วไปหมายความว่า ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของความเป็นกลางมากกว่าบนพื้นฐานของความลำเอียง อคติ ความเอนเอียงเข้าข้างในประโยชน์ได้เสียของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโดยไม่มีเหตุผลอันควร⁵⁰ โดยผู้พิพากษาจะต้องวางตัวเป็นกลางและจะต้องแสดงออกให้สาธารณชนเห็นถึงความเป็นกลางด้วยเพื่อให้คู่ความในคดีตลอดจนสาธารณชนทั่วไปมีความเชื่อมั่นว่าผู้พิพากษามีความเป็นกลางอย่างแท้จริง ในประเทศประชาธิปไตยที่มีการแบ่งแยกอำนาจเป็นนิติบัญญัติ บริหาร

⁴⁸ ธิปไตย ภักดีเศรษฐกุล, ฮิญาบกับการรักษาอัตลักษณ์ของชาวมุสลิมในภาคใต้: กรณีศึกษาการคลุม ฮิญาบในสถาบันการศึกษาในจังหวัดนครศรีธรรมราชและจังหวัดสงขลา, หน้า 7.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

และตุลาการต่างมีหลักประกัน⁵¹ มาตรฐานในการคัดกรองและควบคุมบุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีให้ดำรงไว้ซึ่งหลักความเป็นกลางเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อสถาบันตุลาการนั่นเอง โดยอาจบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ประมวลจริยธรรม หรือในคำพิพากษา⁵² อันเป็นหลักการสากลที่ทั่วโลกต่างให้ความสำคัญซึ่งคณะมนตรีด้านเศรษฐกิจและสังคม (The Economic and Social Council) แห่งสหประชาชาติได้กล่าวถึงการเสริมสร้างหลักการพื้นฐานของจริยธรรมตุลาการ (Strengthening Basic Principles of Judicial Conduct) ในการประชุม ECOSOC 2006/23⁵³ อ้างถึงกฎบัตรของสหประชาชาติที่ประเทศสมาชิกได้รับรอนั้นยืนยันถึงความมุ่งมั่นในการสร้างเงื่อนไขที่ทำให้สามารถรักษาความยุติธรรมเพื่อบรรลุความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานโดยไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งกำหนดหลักการโดยเฉพาะหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย หลักสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิในการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและเปิดเผยโดยผู้พิพากษาที่มีความสามารถ เป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งกำหนดไว้โดยกฎหมาย นำมาซึ่งการจัดทำเอกสารฉบับหนึ่งชื่อว่า “หลักการบังกัลลอร์ว่าด้วยจริยธรรมของตุลาการ (The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002)⁵⁴ ณ เมืองบังกัลลอร์ (Bangalore) ประเทศอินเดียจากการประชุมร่วมกันของผู้พิพากษาในประเทศ Common Law ทั่วโลกที่มีความมุ่งหมายเดียวกันที่จะร่วมกันร่างต้นแบบประมวลจริยธรรมตุลาการให้เป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถนำไปอนุวัติใช้เป็นกฎหมาย โดยมีถ้อยคำในคำปรารภตอนหนึ่งว่า “ความเชื่อมั่นของสาธารณชนในระบบตุลาการในคุณธรรมเกียรติศักดิ์ของตุลาการเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในสังคมประชาธิปไตยในปัจจุบัน ผู้พิพากษา

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

⁵³ The Economic and Social Council, ECOSOC 2006/23 [Online], 20 October 2024. Source: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2006/ECOSOC/Resolution_2006-23.pdf

⁵⁴ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), **The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

จะต้องเคารพและอ้างเกียรติในตำแหน่งตุลาการที่สาธารณชนให้ความเชื่อถือศรัทธาและจะต้องรักษา ส่งเสริมความเชื่อมั่นในระบบตุลาการ” หลักการบังกลอร์ว่าด้วยจริยธรรมของตุลาการดังกล่าวประกอบไปด้วยหลักการที่ผู้พิพากษาต้องยึดถือเป็นแนวทางในการดำรงตน⁵⁵ เพื่อให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาลว่ามีความยุติธรรมอย่างแท้จริง คือ หลักความเป็นอิสระ (Independence) หลักความเป็นกลาง (Impartiality) หลักความซื่อสัตย์ (Integrity) หลักการวางตน (Propriety) หลักความเท่าเทียม (Equality) และหลักความสามารถและความพากเพียร (Competence and Diligence)

3.2 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาในประเทศเยอรมนี

แนวทาง ข้อบังคับหรือประมวลจริยธรรมของผู้พิพากษาในประเทศเยอรมนีอาจกล่าวได้ว่ามีบัญญัติและได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz; Basic Law)⁵⁶ ที่เป็นหลักประกันความซื่อสัตย์ ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นเสาหลักที่สามของอำนาจรัฐนอกเหนือจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร แต่ไม่ได้มีการจัดทำประมวลจริยธรรมให้ผู้พิพากษาในประเทศถือปฏิบัติเป็นการ

⁵⁵ ถาวร เกษะณี, **หลักความเป็นกลางของศาล**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 23.

⁵⁶ Deutsches Richtergesetz, **Judicial Ethics in Germany** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Ethik/1901_DRB-Broschuere_Richterethik_EN_Judicial_Ethics.pdf

ทั่วไป⁵⁷ อย่างในประเทศไทย⁵⁸ นอกจากกฎหมายพื้นฐานแล้วแนวทางการดำรงตนของผู้พิพากษายังบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติผู้พิพากษา (Deutsches Richtergesetz; DRiG)⁵⁹ ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดสถานะ คุณสมบัติ การสอบ การฝึกอบรม มาตรฐานจริยธรรมของผู้พิพากษาโดยมีการกล่าวถึงหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา การดำรงไว้ซึ่งหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ว่า⁶⁰ ผู้พิพากษาจะต้องดำรงตนในลักษณะที่ไม่เป็นการทำลายหลักการดังกล่าวทั้งในขณะปฏิบัติหน้าที่และไม่ปฏิบัติหน้าที่ ตลอดจนก่อนดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาจะต้องสาบานตนด้วยถ้อยคำว่า⁶¹

⁵⁷ คงมีเพียงแต่ประมวลจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี (Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts) ที่มีการจัดทำไว้โดยเฉพาะซึ่งเป็นหลักปฏิบัติสำหรับตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับผู้พิพากษาที่ครอบคลุมหลักการต่าง ๆ เช่น การรักษาชื่อเสียงของสถาบันศาล หลักความเป็นกลาง และการจำกัดกิจกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ผู้พิพากษา นอกจากนี้ยังมีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการปฏิบัติตนหลังพ้นจากตำแหน่งเพื่อป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์อีกด้วย อ่านต่อได้ใน Bundesverfassungsgerichts, **Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html

⁵⁸ สำนักการต่างประเทศ, **ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ** [ออนไลน์], 20 ตุลาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://oia.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8028/cid/8150/iid/93938>

⁵⁹ Federal Ministry of Justice, **German Judiciary Act** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html

⁶⁰ German Judiciary Act, Section 39 Maintenance of independence
“Both while performing and not performing their official duties, including political activities, judges are to conduct themselves in such a manner that confidence in their independence is not jeopardised.”

⁶¹ German Judiciary Act, Section 38 Judicial oath
(1) “Judges are to take the following oath at a public sitting of a court: I swear to exercise judicial office in conformity with the Basic Law of the Federal Republic of Germany and with the law, to adjudicate to the best of my knowledge and belief, without distinction of person, and to serve the cause of truth and justice alone – so help me God.”

“ข้าพเจ้าขอสาบานว่าจะใช้ตำแหน่งตุลาการ/ผู้พิพากษาตามกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและกฎหมาย พิจารณาพิพากษาคดีตามความรู้และความเชื่อของข้าพเจ้าอย่างดีที่สุด โดยไม่แบ่งแยกบุคคลและจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยแห่งความจริงและความยุติธรรมเพียงอย่างเดียว ถ้าผิดคำสาบานขอให้มือนั้นเป็นไป (ขอให้พระเจ้าลงโทษฉันด้วย)”

นอกจากนี้สมาคมผู้พิพากษาเยอรมนี (Richterethik in Deutschland) เห็นว่าแนวทาง ข้อบังคับหรือประมวลจริยธรรมที่มีอยู่นั้นต้องอาศัยตัวผู้พิพากษาเองที่จะต้องตระหนักและแสดงออกให้เห็นถึงจริยธรรมดังกล่าวจึงจะได้มีการร่างแนวทาง ข้อบังคับ หรือประมวลจริยธรรมของผู้พิพากษาออกมาในรูปแบบของจรรยาบรรณวิชาชีพ⁶² แต่ได้เรียกร้องให้ผู้พิพากษารวมถึงอัยการตระหนักถึงตำแหน่งหน้าที่ของตนสะท้อนออกมาในเอกสารฉบับหนึ่งที่มีชื่อเรียกว่า “Richterliche Ethik” เอกสารดังกล่าวตั้งอยู่บนสมมติฐานพื้นฐานที่ว่าอาชีพผู้พิพากษาและอัยการเป็นวิชาชีพที่ไม่ควรถูกเข้าใจว่าเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการบริการสาธารณะของรัฐทั่วไป เนื่องจากสถานะพิเศษของผู้พิพากษาในฐานะผู้ใช้อำนาจตุลาการเป็นหนึ่งในอำนาจรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ สิ่งที่ต้องมีและตระหนักไว้เสมอคือจรรยาบรรณในการดำรงตำแหน่ง ได้แก่⁶³ ความเป็นอิสระ (Independence) ความเป็นกลาง (Impartiality) ปราศจากอคติ (Lack of Bias) ความซื่อสัตย์ (Integrity) สำนึกรับผิดชอบ (a Sense of Responsibility) ความพอประมาณ และการยับยั้งชั่งใจ (Moderation/Restrain) มนุษยธรรม (Humanity) ความกล้าหาญ (Courage) ความพากเพียร (Diligence) และความโปร่งใส (Transparency) ถือเป็นหลักปฏิบัติที่ผู้พิพากษาและอัยการต้องถือปฏิบัติและแสดงออกให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่น

⁶² Richterethik in Deutschland, **Judicial Ethics in Germany** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Ethik/1901_DRB-Broschuere_Richterethik_EN_Judicial_Ethics.pdf, p.3.

⁶³ Ibid., pp. 5-21.

4. ปราบปรามการปฏิบัติในเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพในความเชื่อ (Freedom of Faith) หรือศาสนา (Freedom of Religion) ในกฎหมายพื้นฐานซึ่งมีค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 4⁶⁴ นอกจากนี้เสรีภาพดังกล่าวยังได้รับการรับรองไว้ในพระราชบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (The General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz; AGG))⁶⁵ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันหรือยุติการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ เพศ ศาสนาหรือความเชื่อ ความพิการ อายุ หรือรสนิยมทางเพศ โดยมีหลักการสำคัญคือห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของศาสนาหรือความเชื่อที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานและอาชีพ⁶⁶

อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงหญิงมุสลิมที่สวมผ้าคลุมศีรษะด้วยเหตุผลทางศาสนาเคยถูกนายจ้างจำกัดหรือห้ามการสวมผ้าคลุมศีรษะในที่ทำงานจนเป็นคดีขึ้นสู่ศาลศาลแรงงานและมีการโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะตามหลักศาสนาขณะปฏิบัติหน้าที่ขึ้นในปี 2558⁶⁷ จากการโต้แย้งคำสั่งของศาลแรงงานในประเทศเยอรมนีของผู้ร้องซึ่งเป็นครูโรงเรียนรัฐบาลใน 16 แคว้นที่ถูกออกหนังสือเตือนและเลิกจ้างเนื่องจากพวกเธอปฏิเสธคำสั่งที่ให้ถอดผ้าคลุมศีรษะหรือฮิญาบขณะปฏิบัติหน้าที่ว่าการกระทำได้กล่าวอาจขัดต่อกฎหมายพื้นฐานเนื่องจากละเมิดเสรีภาพในความเชื่อหรือการนับถือศาสนา เนื่องจากการสวมผ้าคลุมศีรษะเป็นหน้าที่และเป็น

⁶⁴ GG, Article 4 Freedom of faith and conscience

“(1) Freedom of faith and of conscience and freedom to profess a religious or philosophical creed shall be inviolable.”

⁶⁵ Federal Ministry of Justice, **General Act on Equal Treatment** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_agg/englisch_agg.html#p0014

⁶⁶ AGG, Article 2

⁶⁷ BVerfG, **Order of the First Senate of 27 January 2015 – Case No. 1 BvR 471/10 - 1 BvR 1181/10** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html

องค์ประกอบพื้นฐานของวิถีชีวิตของชาวมุสลิม⁶⁸ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2558 โดยสรุปว่า ข้อกำหนดดังกล่าวของนายจ้างขัดต่อกฎหมายพื้นฐานโดยให้เหตุผลไว้ว่าเสรีภาพในความเชื่อและการแสดงออกซึ่งความเชื่อได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่งและวรรคสองของกฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองผู้ร้องซึ่งเป็นบุคลากรทางการศึกษาของรัฐที่เป็นกลางทางศาสนา คำสั่งห้ามดังกล่าวที่อ้างว่าอาจเกิดอันตรายต่อสันติภาพในโรงเรียนหรือความเป็นกลางของรัฐเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน (Disproportionate) การห้ามดังกล่าวอาจห้ามได้อย่างจำกัดคือต้องมีอันตรายที่เฉพาะเจาะจงที่เป็นรูปธรรมและเพียงพอที่แสดงให้เห็นว่าการสวมผ้าคลุมศีรษะจะทำให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขในโรงเรียนหรือความเป็นกลางของรัฐในโรงเรียน⁶⁹ ดังนั้นข้อกำหนดของโรงเรียนรัฐบาลดังกล่าวที่สั่งห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะหรืออัญญาบขณะปฏิบัติหน้าที่ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรคสาม⁷⁰ และมาตรา 33 วรรคสาม⁷¹ ของกฎหมายพื้นฐานและคำวินิจฉัยของศาลแรงงานที่ คุ้มครองโต้แย้งมายังศาลรัฐธรรมนูญต้องถูกเพิกถอนลง⁷²

⁶⁸ Ibid., paras. 88.

⁶⁹ Ibid., paras. 101.

⁷⁰ GG, Article 3 (3)

“No person shall be favoured or disfavoured because of sex, parentage, race, language, homeland and origin, faith or religious or political opinions. No person shall be disfavoured because of disability.”

⁷¹ GG, Article 33

“Neither the enjoyment of civil and political rights nor eligibility for public office nor rights acquired in the public service shall be dependent upon religious affiliation. No one may be disadvantaged by reason of adherence or non-adherence to a particular religious denomination or philosophical creed.”

⁷² BVerfG, **Order of the First Senate of 27 January 2015, Case No. 1 BvR 471/10 - 1 BvR 1181/10** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html, paras. 157.

ต่อมาในปี 2563 ผู้ฝึกหัดด้านกฎหมาย (Rechtsreferendarin) หญิงมุสลิมที่สวมผ้าคลุมศีรษะขณะปฏิบัติหน้าที่ในรัฐ Hesse ถูกสั่งห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะขณะปฏิบัติหน้าที่ในทำนองเดียวกัน⁷³ เธอได้แย้งคำสั่งของกระทรวงยุติธรรมแห่งรัฐ Hesse และคำสั่งของศาลปกครองในประเด็นดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2563⁷⁴ โดยให้เหตุผลแตกต่างออกไปจากคดีที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เพื่อให้ผู้อ่านสามารถติดตามประเด็นดังกล่าวได้โดยสะดวก ผู้เขียนจะได้อธิบายภูมิหลังของคดี ข้อโต้แย้งของผู้ร้อง ผลของคำวินิจฉัยโดยสรุปตามลำดับดังต่อไปนี้

4.1 ภูมิหลังของคดี

ผู้ร้องเรียนเป็นผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายในรัฐ Hesse เธอสวมผ้าคลุมศีรษะในที่สาธารณะตั้งแต่ก่อนที่จะเข้ารับการฝึกอบรม ศาล Oberlandesgericht ได้ตัดสินเธอว่าตามกฎหมายของรัฐ Hesse กำหนดไว้ว่าผู้เข้ารับการฝึกอบรมด้านกฎหมายมีหน้าที่ต้องประพฤติตนเป็นกลางในเรื่องศาสนา เมื่อสวมผ้าคลุมศีรษะเธอจึงถูกห้ามไม่ให้ทำงานใด ๆ ที่อาจถูกมองว่าเป็นตัวแทนของระบบยุติธรรมหรือของรัฐ ผู้ร้องเรียนได้ยื่นคำขอรับการคุ้มครองทางกฎหมายเบื้องต้นต่อศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtshof) ซึ่งศาลปกครองระดับสูงของรัฐ Hesse ปฏิเสธในขั้นตอนการอุทธรณ์ ต่อมาผู้ร้องได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง การดำเนินการเหล่านี้ถูกระงับภายหลังผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

⁷³ Bundesverfassungsgericht, **Ban on Wearing a Headscarf for Legal Trainees is Constitutional** [Online], 20 October 2024. Source: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-013.html>

⁷⁴ BVerfG, **Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2017, Case No. 2 BvR 1333/17** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/06/rk20170627_2bvr133317.html

4.2 ข้อโต้แย้งของผู้ร้อง

ผู้ร้องโต้แย้งว่าเธอถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเธอภายใต้มาตรา 12 (1)⁷⁵ มาตรา 4⁷⁶ (1) และ (2), มาตรา 2 (1)⁷⁷ ประกอบมาตรา 1 (1)⁷⁸ และมาตรา 3⁷⁹ (1) และ (3) ของกฎหมายพื้นฐาน โดยมีคำขอให้ยกเลิกคำสั่งห้ามที่ไม่ให้เธอสวมผ้าคลุมศีรษะขณะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการต่อหน้าสาธารณะในฐานะผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายของเธอและให้ชดเชยค่าใช้จ่ายที่จำเป็นที่เกิดขึ้นระหว่างดำเนินคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ⁸⁰

⁷⁵ GG, Article 12

“(1) All Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or pursuant to a law.

(2) No person may be required to perform work of a particular kind except within the framework of a traditional duty of community service that applies generally and equally to all.”

⁷⁶ GG, Article 4

“(2) The undisturbed practice of religion shall be guaranteed.”

⁷⁷ GG, Article 2

“(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.”

⁷⁸ GG, Article 1

“(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.”

⁷⁹ GG, Article 3

“(1) All persons shall be equal before the law.

(3) No person shall be favoured or disfavoured because of sex, parentage, race, language, homeland and origin, faith or religious or political opinions. No person shall be disfavoured because of disability.”

⁸⁰ BVerfG, **Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2017, Case No. 2 BvR 1333/17** [Online], 20 October 2024. Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/06/rk20170627_2bvr133317.html, paras. 22.

4.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในคดีนี้โดยสรุปว่า ขณะผู้ร้องปฏิบัติหน้าที่ผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายในรัฐ Hesse อาจถูกมองว่าเป็นตัวแทนของรัฐ ผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ Hesse ที่ห้ามไม่ให้แสดงความเกี่ยวข้องกับศาสนาผ่านการแต่งกายอันเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อหรือศาสนาของบุคคลที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 4 (1) และ (2) แห่งกฎหมายพื้นฐาน⁸¹ และแม้ผู้ร้องจะเป็นผู้ฝึกงานด้านกฎหมายในงานที่เป็นหน้าที่ของรัฐ (State Duty) สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวก็ย่อมได้รับการคุ้มครอง⁸²

อย่างไรก็ตามการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวอาจทำได้โดยชอบภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ⁸³ กล่าวคือ เมื่อผลประโยชน์ทางรัฐธรรมนูญขัดแย้งกับเสรีภาพดังกล่าวย่อมเป็นเหตุผลอันชอบธรรมที่รัฐจะจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ได้แก่ หลักความเป็นกลางทางอุดมการณ์และศาสนา หลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรม (The Proper Functioning of Justice System) และความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นกับเสรีภาพดังกล่าวในเชิงลบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่น ในทางตรงกันข้ามข้อกำหนดเรื่องความเป็นกลางของผู้พิพากษาและการมุ่งสร้างสภาพแวดล้อมที่สันติสุขทางอุดมการณ์และศาสนาไม่อาจใช้เป็นเหตุผลในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้⁸⁴ ซึ่งในมาตรา 4 (1) มาตรา 3 (3) (ตาม queผู้ร้องอ้าง) และมาตรา 33 (3)⁸⁵ ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้รัฐมีหน้าที่รักษาความเป็นกลางทางอุดมการณ์และศาสนา หน้าที่ดังกล่าวครอบคลุมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเนื่องจากรัฐ

⁸¹ Ibid., paras. 77.

⁸² Ibid., paras. 79.

⁸³ Ibid., paras. 81-82.

⁸⁴ Ibid., paras. 86.

⁸⁵ GG, Article 33 Equal citizenship – Public service

“(3) Neither the enjoyment of civil and political rights nor eligibility for public office nor rights acquired in the public service shall be dependent upon religious affiliation. No one may be disadvantaged by reason of adherence or non-adherence to a particular religious denomination or philosophical creed.”

สามารถแสดงออกผ่านบุคคลเท่านั้น อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำของรัฐในทุกกรณี⁸⁶ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ยกตัวอย่างกรณีที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจถูกมองว่าเป็นการกระทำของรัฐ⁸⁷ คือ การที่กฎหมายได้กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาล การแต่งกายอย่างเป็นทางการของผู้พิพากษา (Official Dress) และการรักษาไว้ซึ่งแบบแผนดั้งเดิม เช่น วิธีการที่ผู้พิพากษาเดินเข้าห้องพิจารณา การยืนขึ้นในชั้นตอนหรือกระบวนการสำคัญในห้องพิจารณา แขนงห้องพิจารณาคดี เป็นต้น ล้วนเป็นส่วนหนึ่งของภาพลักษณ์ของรัฐต่างจากโรงเรียนของรัฐซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อส่งเสริมความหลากหลายและเปิดกว้าง ในแง่นี้จากมุมมองด้วยความเป็นกลางการสวมผ้าคลุมศีรษะหรือฮิญาบของชาวมุสลิมระหว่างกระบวนการพิจารณาของผู้พิพากษาหรืออัยการอาจถูกมองว่าอาจกระทบต่อความเป็นกลางทางอุดมการณ์และศาสนาและอาจถูกมองว่าเป็นการกระทำของรัฐได้ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องมีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์

ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวไว้ว่า เสรีภาพในทางศาสนาอาจถูกจำกัดได้โดยชอบภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน คือ หลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรมในภาพรวมซึ่งเป็นหนึ่งในองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมซึ่งฝังรากลึกไว้ในค่านิยมสะท้อนให้เห็นในกฎหมายพื้นฐาน การทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรมจำเป็นต้องให้สังคมไม่เพียงแต่วางใจในตัวผู้พิพากษาเป็นรายบุคคลแต่ต้องเชื่อมั่นในระบบยุติธรรมโดยรวมซึ่งอาจเสริมสร้างหรือได้รับผลกระทบจากหลายปัจจัย แม้การสร้างคามเชื่อมั่นอย่างแท้จริงต่อประชาชนทุกคนไม่อาจจะกระทำได้โดยสมบูรณ์แต่เป็นหน้าที่ของรัฐในการเพิ่มระดับความเชื่อมั่นนี้⁸⁸ เมื่อพิจารณาถึงการปรับปรุงมาตรฐานของรัฐ รัฐย่อมมีดุลพินิจในการตัดสินใจโดยเฉพาะหากเป็นการเพิ่มการยอมรับต่อระบบยุติธรรมของประชาชน การกิจของรัฐในการบริหารกระบวนการยุติธรรมและการยึดมั่นในคุณค่าที่กฎหมาย

⁸⁶ Ibid., paras. 89.

⁸⁷ Ibid., paras. 90.

⁸⁸ Ibid., paras. 91.

พื้นฐานบัญญัติไว้นั้นอาจมีความเสี่ยงต่อระบบยุติธรรมโดยรวมและคำพิพากษาของศาลบางกรณีอาจถูกสังคมต่อต้านซึ่งรัฐจำเป็นต้องรับความเสี่ยงนั้นและรัฐได้รับอนุญาตให้ใช้มาตรการเพื่อเน้นย้ำความเป็นกลางของระบบยุติธรรมจากมุมมองของบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลาง ดังนี้ การห้ามแสดงออกซึ่งศาสนาหรือการใช้สัญลักษณ์ทางศาสนาโดยรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐขณะปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะขณะปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาสามารถมีส่วนช่วยเสริมสร้างความเชื่อมั่นโดยรวมในความเป็นกลางของระบบยุติธรรม ในทางกลับกันการแสดงออกซึ่งสัญลักษณ์ในทางศาสนาผ่านการใช้อำนาจรัฐอาจส่งผลกระทบในทางลบต่อภาพลักษณ์ของระบบยุติธรรมโดยรวม⁸⁹ แม้ว่าการใช้สัญลักษณ์ทางศาสนาของผู้พิพากษาขณะปฏิบัติหน้าที่ไม่สามารถก่อให้เกิดข้อสงสัยในความเป็นกลางของผู้พิพากษาได้ในตัวเองแต่การแสดงสัญลักษณ์ทางศาสนาบนบัลลังก์พิจารณาคดีอาจก่อให้เกิดข้อกังวลเรื่องอคติในกรณีเฉพาะได้หากความเชื่อทางศาสนาของกลุ่มความเป็นประเด็นสำคัญ เช่น การพิจารณาให้เหตุผลในการลี้ภัยในคดีขอลี้ภัย เป็นต้น⁹⁰

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการรักษาสมดุลที่เหมาะสมระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อหรือศาสนากับการจำกัดหรือแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องตีความอย่างกว้าง เพราะเสรีภาพดังกล่าวที่ได้รับผลกระทบมีคุณค่าหรือน้ำหนักมากเนื่องจากเชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นคุณค่าสูงสุดในระบบสิทธิขั้นพื้นฐาน⁹¹ เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าสำหรับผู้ร้องนั้นผ้าคลุมศีรษะไม่เพียงแต่เป็นสัญลักษณ์แสดงถึงการเป็นสมาชิกของกลุ่มศาสนาที่สามารถถอดออกได้ตลอดเวลาเช่นเดียวกับไม้กางเขนที่ห้อยอยู่บนสร้อยคอ (หมายความว่า เป็นสัญลักษณ์ที่ไม่สามารถถอดออกได้โดยง่ายทำนองเดียวกับสร้อยคอรูปไม้กางเขน)⁹² แต่การสวมผ้าคลุมศีรษะเป็นการปฏิบัติตามข้อกำหนดในทางศาสนาที่ผู้ร้องเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องกระทำ การห้ามแสดงออกซึ่งความเชื่อทาง

⁸⁹ Ibid., paras. 92-95.

⁹⁰ Ibid., paras. 99.

⁹¹ Ibid., paras. 101.

⁹² ผู้เขียน

ศาสนาเป็นการทั่วไปจึงมีผลกระทบกับผู้ร้องเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับเจ้าหน้าที่รัฐรายอื่นที่นับถือศาสนาคริสต์⁹³ อย่างไรก็ตาม คำสั่งห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ โดยมีเหตุผลสนับสนุน คือ การห้ามดังกล่าวจำกัดเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่หรืองานที่รัฐให้ความสำคัญกับหลักความเป็นกลางภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งมีผลใช้บังคับกับผู้ฝึกหัดงานด้านกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่เข้าร่วมการพิจารณาคดีในฐานะตัวแทนสำนักงานอัยการ เช่น การเป็นประธานคณะกรรมการที่ดำเนินการพิจารณาคดีตามกฎหมายปกครอง ในแง่นี้ผู้ฝึกหัดงานด้านกฎหมายมีสถานะเช่นเดียวกับข้าราชการในสำนักงานอัยการหรือย่อมมีสถานะเป็นข้าราชการฝ่ายบริหารทั่วไป ผู้ฝึกหัดงานด้านกฎหมายจึงต้องเป็นตัวแทนของคุณค่าที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้สำหรับกระบวนการยุติธรรม⁹⁴

ด้วยเหตุผลทุกประการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญด้วยมติ 7 ต่อ 1 จึงเห็นว่า⁹⁵ การห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะขณะปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดีเป็นการจำกัดเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายพื้นฐาน เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือเป้าหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐมุ่งประสงค์ คือ ความเป็นกลางทางอุดมการณ์และศาสนา หลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรม และความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นกับเสรีภาพดังกล่าวในเชิงลบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่นเป็นผลประโยชน์ของชุมชน (Community Interests) ที่มีน้ำหนักมากซึ่งเป็นเหตุผลอันสมควรในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้

⁹³ BVerfG, *Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2017, Case No. 2 BvR 1333/17* [Online], 20 October 2024. Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/06/rk20170627_2bvr133317.html, paras. 103.

⁹⁴ Ibid., paras. 104 and 105.

⁹⁵ Ibid., paras. 110-112.

5. บทวิเคราะห์

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า แม้การใช้สัญลักษณ์ทางศาสนาขณะปฏิบัติหน้าที่ในกรณีนี้คือการสวมผ้าคลุมศีรษะนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความสงสัยต่อความเป็นกลางในตัวเองจึงไม่มีเหตุผลที่จะห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะอย่างเด็ดขาดในห้องพิจารณาคดีอันเป็นการให้น้ำหนักกับหลักความเป็นกลางทางอุดมการณ์และศาสนา หลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรมและความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นกับเสรีภาพดังกล่าวในเชิงลบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่นในลักษณะซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐในลักษณะเป็นองค์รวมอันเป็นเจตนารมณ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้สอดแทรกไว้ในกฎหมายดังที่ได้มีการกล่าวอ้างถึงหลักการดังกล่าวไว้ในหลายตอนในคำวินิจฉัย หน้าที่ของรัฐดังกล่าวย่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐด้วยอย่างมีนัยสำคัญเนื่องจากรัฐสามารถกระทำผ่านบุคคลเท่านั้นซึ่งในกรณีนี้แม้ผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายจะยังมิได้ผ่านการสอบคัดเลือกและแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาหรืออัยการก็ตามแต่ศาลมองว่าหน้าที่บางอย่างที่ผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายต้องปฏิบัติต่อสาธารณชนโดยเฉพาะงานที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นอาจมีอิทธิพลโดยตรงต่อหลักความเป็นกลางทางอุดมการณ์ทางศาสนาและหลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรมได้ ดังนั้น การห้ามหรือจำกัดเสรีภาพเฉพาะกรณีที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อสาธารณชนโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีและในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐด้วยเหตุผลดังกล่าวย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การห้ามดังกล่าวเท่ากับว่าตราบเท่าที่ผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายใช้สัญลักษณ์ทางศาสนาผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายย่อมไม่อาจปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการที่ต้องปรากฏตัวต่อสาธารณชนโดยตรง กล่าวคือ สาธารณชนสามารถมองเห็นสัญลักษณ์ทางศาสนาที่สะท้อนอยู่ในตัวผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายโดยเฉพาะการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งต้องกระทำบนบัลลังก์ (Bench) ในห้องพิจารณาคดี เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมองว่าอาจมีผลกระทบต่อภาพลักษณ์โดยรวมของรัฐที่มุ่งเชิดชูความเป็นกลางทางอุดมการณ์ทางศาสนาและหลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรม แต่ในงานส่วนอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีสามารถปฏิบัติได้ ซึ่งผู้เขียนในฐานะส่วนตัวไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากผู้ฝึกหัดงานด้านกฎหมายยังมิใช่ผู้พิพากษาหรืออัยการ ในฐานะตัวแทนของรัฐเต็มตัว หากแต่การใช้อำนาจในทางตุลาการหรือบริหารดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้การดูแลของผู้พิพากษาหรืออัยการที่ฝึกหัด แม้ในสายตาหรือมุมมองของ

สาธารณชนย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสาธารณชนอาจเห็นว่าผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายเป็นตัวแทนของรัฐโดยอ้อมหรืออาจมีอิทธิพลไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อการให้ความเห็นไม่ว่าข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายต่อผู้พิพากษาหรืออัยการ เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นการปกป้องความเป็นกลางทางอุดมการณ์ทางศาลและหลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรมไว้ล่วงหน้าโดยอาจไม่คำนึงว่าผู้ฝึกหัดงานด้านกฎหมายจะได้พิจารณาคดีใด ความเชื่อทางศาสนาของคู่ความเป็นประเด็นสำคัญในคดีไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมหรือไม่ หากคดีใดที่มีได้มีประเด็นที่เกี่ยวข้องเนื่องเชื่อมโยงกับความเชื่อทางศาสนาแล้วการปกป้องความเป็นกลางและหลักการดังกล่าวโดยไม่เหลียวแลกับหลักเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งสัญลักษณ์ทางศาสนานั้นแท้จริงแล้วจะเป็นเหตุผลที่สมควรและมีน้ำหนักมากพอที่จะจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้อย่างแท้จริงหรือไม่ อีกทั้งก่อให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าหากผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายคนดังกล่าวผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรและสามารถสอบผ่านเข้ารับราชการเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการแล้วในท้ายที่สุดเธอจะสามารถดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงประเด็นในปัจจุบันผ่านเรื่องราวของหญิงมุสลิมชาวเยอรมันคนหนึ่งที่ถูกศาล Higher Regional Court (Oberlandesgerichte) ของรัฐ North Rhine-Westphalia สั่งห้ามไม่ให้รับตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบหลังจากได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวในปี 2566 เพราะเหตุที่เธอสวมผ้าคลุมศีรษะ เนื่องจากอาจเป็นการละเมิดต่อหลักการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางโดยศาลให้เหตุผลว่าสัญลักษณ์ทางศาสนาใด ๆ ที่ผู้พิพากษาสมทบสวมระหว่างการพิจารณาคดีอาจฝ่าฝืนหลักการสำคัญของรัฐในการดำรงความเป็นกลางที่ผู้เขียนได้บอกเล่าไว้ในบทนำซึ่งปัจจุบันเรื่องดังกล่าวอยู่ระหว่างการโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงเป็นประเด็นที่น่าติดตามว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยและให้เหตุผลดังเช่นในกรณีของผู้ฝึกหัดด้านกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากสถานะของบุคคลที่เป็นผู้ร้องแตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีแรกเป็นผู้ฝึกหัดด้านกฎหมาย ส่วนกรณีหลังเป็นผู้พิพากษาสมทบซึ่งในประเทศเยอรมนีผู้พิพากษาสมทบ (schöffengerichte; schöffe) จะร่วมนั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะกับผู้พิพากษาคดีอาญา (strafrichter) หรือผู้พิพากษาอาชีพในคดีอาญาความผิดระดับกลาง (Medium Level Offences) มีระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี ส่วนความผิดลหุโทษมีระวางโทษจำคุกสูงสุดสอง

ปี⁹⁶ ด้วยสถานะของผู้พิพากษาสมทบกฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองหลักประกันในเรื่องความเป็นอิสระเช่นเดียวกันกับผู้พิพากษาอาชีพ⁹⁷ อีกทั้งต้องสาบานตนก่อนเข้ารับตำแหน่งเช่นเดียวกันกับผู้พิพากษาอาชีพ จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้พิพากษาสมทบอยู่ในสถานะทางกฎหมายเดียวกันกับผู้พิพากษาอาชีพคือมีฐานะเป็นตัวแทนรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจตุลาการโดยตรงจึงต้องดำรงไว้ซึ่งหลักความเป็นกลางทางอุดมการณ์ทางศาสนาและหลักการทำงานที่เหมาะสมของระบบยุติธรรมอันเป็นหน้าที่ของรัฐในลักษณะเป็นองค์กรอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ต่างจากผู้ฝึกหัดกฎหมายที่ในการปฏิบัติหน้าที่อาจมีงานหลายส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับ การพิจารณาคดีที่จำเป็นจะต้องกระทำต่อสาธารณชนอันอาจถูกมองว่าเป็นตัวแทนของรัฐ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในอีกมุมหนึ่ง ผู้เขียนในฐานะส่วนตัวประสงค์จะชี้ประเด็นให้เห็นว่า แม้การสวมผ้าคลุมศีรษะจะเป็นการแสดงสัญลักษณ์ทางศาสนาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะเหตุผลในเรื่องศาสนาก็ตามแต่การจะห้ามไม่ให้ผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาสมทบสวมผ้าคลุมศีรษะขณะปฏิบัติหน้าที่ในกรณีนี้อาจเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อทางศาสนาเกินสมควรโดยละเลยต่อหลักเสรีภาพในความเชื่อหรือการนับถือศาสนาหรือไม่ เนื่องด้วยสถานะของตำแหน่งที่ดำรงอยู่ไม่ว่าขณะปฏิบัติหน้าที่ในภาคส่วนใดและไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่นอกห้องหรือในห้องพิจารณาคดีย่อมอยู่ในสถานะเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญในคดีหมายเลข 2 BvR 1333/17 กรณีผู้ฝึกหัดทางกฎหมายที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้นได้กล่าวในตอนหนึ่งว่า “การใช้สัญลักษณ์ทางศาสนาของผู้พิพากษาขณะปฏิบัติหน้าที่ไม่สามารถก่อให้เกิดข้อสงสัยในความเป็นกลางของผู้พิพากษาได้ในตัวเองแต่การแสดงสัญลักษณ์ทางศาสนาบนบัลลังก์พิจารณาคดีอาจก่อให้เกิดข้อกังวลเรื่องอคติในกรณีเฉพาะได้หากความเชื่อทางศาสนาของ

⁹⁶ Justiz NRW, **Witnesses and Lay Judges** [Online], 24 October 2024. Source: https://www.lg-bonn.nrw.de/beh_sprachen/beh_sprache_EN/50_Services/570_Zeugen_und_Schoeffen/index.php#:~:text=Lay%20judges%20assist%20in%20criminal,Strafkammer%22%20at%20the%20regional%20courts.

⁹⁷ GG, Article 45

“(1) Honorary judges are independent to the same extent as professional judges. They must preserve the secrecy of deliberations (section 43).”

คู่ความเป็นประเด็นสำคัญ เช่น การพิจารณาให้เหตุผลในการลี้ภัยในคดีขอลี้ภัย เป็นต้น”
ดังนี้ หากเป็นกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีที่ไม่เกี่ยวข้องกับความเชื่อทางศาสนาหรือ
ความเชื่อทางศาสนาไม่ใช่ประเด็นสำคัญในคดีไม่ว่าโดยตรงและโดยอ้อม การที่ผู้พิพากษา
ใช้หรือแสดงสัญลักษณ์ทางศาสนาขณะปฏิบัติหน้าที่ย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดข้อสงสัยใน
ความเป็นกลางของผู้พิพากษาได้ในตัวนั้นเอง แต่หากคู่ความ
เกิดข้อสงสัยในความเป็นกลางของผู้พิพากษากฎหมายก็เปิดช่องให้มีการคัดค้านผู้พิพากษา
ด้วยเหตุตามกฎหมายได้ตั้งแต่ก่อนเริ่มพิจารณาคดี⁹⁸ ดังนี้ การห้ามไม่ให้ดำรงตำแหน่ง
เพราะเหตุการแสดงสัญลักษณ์ทางศาสนาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้โดยนัยหนึ่งอาจเป็นการให้
น้ำหนักกับหลักความเป็นกลางทางอุดมการณ์และศาสนา หลักการทำงานที่เหมาะสมของ
ระบบยุติธรรมแต่ย่อมเป็นการละเลยต่อหลักเสรีภาพในความเชื่อหรือการนับถือศาสนา
โดยสิ้นเชิงนั่นเอง

6. บทสรุป

ไม่ว่าในท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะให้เหตุผลและ
วินิจฉัยคดีดังกล่าวที่ผู้เขียนหยิบยกขึ้นมาบอกเล่าไปในทางใดหรือหากในอนาคตหากมี
ประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทย คำพิพากษาของศาลในต่างประเทศแม้เพียง
ตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายภายในของประเทศนั้น แต่การให้เหตุผลที่สะท้อนอยู่ในคำ
พิพากษาย่อมเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงศิลปะในการให้เหตุผลซึ่งต้องละวางจากอคติทั้ง

⁹⁸ Strafprozeßordnung – stop, Section 24 Challenge of judges; fear of bias

“(1) Judges may be challenged both if they have been barred by law from exercising judicial office and for fear of bias.

(2) A challenge for fear of bias may be brought where there is reason to doubt the impartiality of a judge.

(3) The public prosecution office, the private prosecutor and the accused may exercise the right of challenge. The court personnel appointed to participate in the decision are to be named upon the request of the parties entitled to exercise the right of challenge.”

ปวงให้เหลือเพียงแก่นแท้แห่งเหตุผล อันเป็นเสน่ห์อย่างหนึ่งของการศึกษากฎหมายและทำให้เมล็ดพันธุ์ทางวิชาการเจริญงอกงามต่อไป

รายการอ้างอิง

- กระทรวงการต่างประเทศ, **ศาสนาอิสลาม** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://image.mfa.go.th/mfa/0/XS0Mt9WAaq/migrate_directory/other-20180716-162134-598684.pdf
- ดลมนรรัตน์ บากา และแวอุเซ็ง มะแดเฮาะ, **อิสลามศึกษาเบื้องต้น**, (ปัตตานี: มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี, 2536).
- ถาวร เกษะณี, **หลักความเป็นกลางของศาล**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).
- ธิปัตย์ ภัคดีเศรษฐกุล, **อัญมณีกับการรักษาอัตลักษณ์ของชาวมุสลิมในภาคใต้: กรณีศึกษาการคลุมฮิญาบในสถาบันการศึกษาในจังหวัดนครศรีธรรมราชและจังหวัดสงขลา**, (การค้นคว้าอิสระปริญญาโท หลักสูตรรัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).
- มยุรา วงษ์สันต์ (อาอิซะห์ มุนีร์), **รู้จักอิสลาม**, (กรุงเทพมหานคร: สภายุวมุสลิมโลก สำนักงานประเทศไทย, 2546).
- สำนักงานการต่างประเทศ, **ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://oia.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8028/cid/8150/iid/93938>
- Anadolu Agency, **Muslim Woman Becomes 1st Headscarf-wearing Judge in US** [Online], Source: <https://www.dailysabah.com/world/americas/muslim-woman-becomes-1st-headscarf-wearing-judge-in-us>Hannan Adely

- Bundesverfassungsgericht, **Ban on Wearing a Headscarf for Legal Trainees is Constitutional** [Online], Source: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-013.html>

- Bundesverfassungsgericht, **Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts** [Online], Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html

- BVerfG, **Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2017, Case No. 2 BvR 1333/17**, [Online], Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/06/rk20170627_2bvr133317.html

- BVerfG, **Order of the First Senate of 27 January 2015 – Case No. 1 BvR 471/10 – 1 BvR 1181/10**, [Online], Source: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html

- Deutsches Richtergesetz, **Judicial Ethics in Germany** [Online], Source: https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Ethik/1_9_0_1_DRB-Broschuere_Richterethik_EN_Judicial_Ethics.pdf

- Federal Ministry of Justice, **General Act on Equal Treatment** [Online], Source: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_agg/englisch_agg.html#p0014

- Federal Ministry of Justice, **German Judiciary Act** [Online], Source: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html

- Hannan Adely, **Proud and Historic’: Two Hijab-wearing Women Sworn in as Judges in NJ** [Online], Source: <https://eu.northjersey.com/story/news/2023/03/28/hijabi-judges-sworn-into-nj-superior-court/70053745007>

- Isamanic Bulletin, **Understanding Islam and Muslims** [Online], Source: https://islamicbulletin.org/?page_id=22&gad_source=1&gclid=EAlaIQobChMI6rvpveOriQMVlZCDBx2cQgD_EAAYASAAEgKYKvD_BwE#12

- Islam Channel, **USA’s First Hijab-wearing Judge Takes Oath** [Online], Source: <https://www.youtube.com/watch?v=a4QzRiTvydQ>

- Justiz NRW, **Witnesses and Lay Judges** [Online], Source: https://www.lg-bonn.nrw.de/beh_sprachen/beh_sprache_EN/50_Services/570_Zeugen_und_Schoeffen/index.php#:~:text=Lay%20judges%20assist%20in%20criminal,Strafkammer%22%20at%20the%20regional%20courts

- Marcel Fürstenau, **German Lay Judge Challenges a Headscarf Ban in Court** [Online], Source: <https://www.dw.com/en/german-lay-judge-challenges-a-headscarf-ban-in-court/a-69648119#:~:text=A%20lay%20judge%2C%20who%20wears,was%20elected%20to%20in%202023>

- Muslim Unity Center, **What is Islam?** [Online], Source: <https://muslimunitycenter.org/what-is-islam/>

- Quran [Online], Source: <https://quran.com/th/al-ahzab/53>

- Rasha Awad, **Dissecting the Hijab Concept**, SIHA Journal: Women in Islam, Issue 1 (2014).

- Richterethik in Deutschland, **Judicial Ethics in Germany** [Online], Source: https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Ethik/1901_DRB-Broschuere_Richterethik_EN_Judicial_Ethics.pdf

- Sakshi Venkatraman, **First Muslim Woman Confirmed as a Federal Judge** [Online], Source: <https://www.nbcnews.com/news/asian-america/first-muslim-woman-confirmed-us-federal-judge-rcna89546>

- The Economic and Social Council, **ECOSOC 2006/23** [Online], Source: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2006/ECOSOC/Resolution_2006-23.pdf

- The Pluralism Project at Harvard University, **Islam Means Being “Muslim”** [Online], Source: https://hwpi.harvard.edu/files/pluralism/files/islam_means_being_22muslim22_1.pdf

- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), **The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002** [Online], Source: https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

ความรับผิดทางอาญาในชั้นสมคบ ตระเตรียม พยายาม
และบรรลุผล

Criminal Liability at the Stage of Conspiracy, Preparation,
Attempt, and Completion

วิวรรณ ดำรงค์กุลนนท์*

รองศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายอาญา
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Wiwat Damrongkulnan

Associate Professor in Criminal Law,
School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 11 กรกฎาคม 2567; วันที่แก้ไขบทความ 30 กรกฎาคม 2567;

วันที่ตอบรับบทความ 31 กรกฎาคม 2567

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (กฎหมายอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; อีเมลติดต่อ wiwat.dam@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

โดยหลักแล้วความรับผิดชอบทางอาญามีจุดเริ่มต้นที่ชั้น “พยายาม” และไปสิ้นสุดที่ชั้น “บรรลุลผล” อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่มีความรับผิดชอบทางอาญามีจุดเริ่มต้นที่ชั้น “ตระเตรียม” และ “สมคบ” บทความนี้ได้นำเสนอเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยเชิงนิติศาสตร์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาในชั้นสมคบ ตระเตรียม พยายาม และบรรลุลผล เช่น ผลทางกฎหมายของการกระทำแต่ละชั้น เมื่อใดที่การกระทำได้ผ่านพ้นชั้นหนึ่งเข้าสู่อีกชั้นหนึ่งแล้ว และเมื่อการกระทำได้ผ่านพ้นชั้นหนึ่งเข้าสู่อีกชั้นหนึ่งแล้วผู้กระทำต้องรับผิดชอบในชั้นใด

คำสำคัญ: ความรับผิดชอบทางอาญา; สมคบ; ตระเตรียม; พยายาม; บรรลุลผล

Abstract

Criminal liability usually begins at the “attempt” stage and concludes at the “completion” stage. However, there are cases where criminal liability starts at the “preparation” and “conspiracy” stages. This article explores jurisprudence regarding criminal liability at the stages of conspiracy, preparation, attempt, and completion. For instance, it discusses the legal consequences of each stage, the point at which an action transitions from one stage to another, and the stage at which the offender becomes liable.

Keywords: Criminal Liability; Conspiracy; Preparation; Attempt; Completion

“ยิ่งรัฐล่วงล้ำล้ำกรายเข้าไปแทรกแซงเอาผิดกับการกระทำในขั้นตอน ‘ก่อนลงมือ’ มากเท่าใด สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลในการแสดงออกผ่านการกระทำต่าง ๆ ตามหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล (the principle of individual autonomy) ก็ยิ่งถูกลิดรอนมากเท่านั้น”

โดยหลักแล้วความรับผิดชอบทางอาญามีจุดเริ่มต้นที่ชั้น “พยายาม” ตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” จากบทบัญญัติดังกล่าวแปลความได้ว่า

(1) หากการกระทำยังไม่ถึงขั้นตอนลงมือ ย่อมไม่ใช้การพยายามกระทำความผิด เพราะการกระทำ “ยังไม่ถึง” ขั้นตอนที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้

(2) หากการกระทำถึงขั้นตอนลงมือแล้ว (2.1) แต่กระทำไปไม่ตลอด หรือ (2.2) กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ย่อมเป็นการพยายามกระทำความผิด เพราะการกระทำ “ถึง” ขั้นตอนที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว และ

(3) หากการกระทำถึงขั้นตอนลงมือแล้วและการกระทำนั้นบรรลุผล ย่อมไม่ใช้การพยายามกระทำความผิด เพราะการกระทำ “ล่วงเลย” ขั้นตอนที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว

สำหรับผลทางกฎหมายในกรณีที่ (1) คือ ผู้กระทำยังไม่มี ความผิด กรณีที่ (2) คือ ผู้กระทำความผิดในชั้น “พยายาม” ซึ่งต้องระวางโทษ 2 ใน 3 ส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ทั้งนี้ ตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” และกรณีที่ (3) คือ ผู้กระทำความผิดในชั้น “บรรลุผล” ซึ่งต้องระวางโทษเต็มตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

โดย “ขั้นตอนที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้” ในกรณีที่ (1) ถึง (3) คือ “ลงมือ” เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำในขั้นตอน “ตั้งแต่ลงมือ” เป็นความผิด กรณีที่ (3) ซึ่งอยู่ในชั้น “บรรลุผล” เนื่องจากการกระทำนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองแล้ว และกรณีที่ (2) ซึ่งอยู่ในชั้น “พยายาม” ที่แม้การกระทำนั้นยังไม่บรรลุผล แต่ก็มีความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล ประกอบกับการกระทำในชั้นนี้ได้

แสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายและความน่าตำหนิภายในจิตใจของผู้กระทำอีกด้วย ส่วนเหตุที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้การกระทำในขั้นตอน “ก่อนลงมือ” เป็นความผิด ซึ่งก็คือกรณีที่ (1) เนื่องจากการกระทำนั้นยังมีความห่างไกลต่อการบรรลุผล ซึ่งมีความไม่แน่นอนสูงว่าสุดท้ายแล้วผู้กระทำจะตัดสินใจกระทำถึงขั้นตอน “ลงมือ” หรือไม่ ประกอบกับเพื่อเป็นการให้โอกาสผู้กระทำได้ตัดสินใจที่จะไม่ถลำตัวถลำใจกระทำถึงขั้นตอนดังกล่าว ด้วยเหตุนี้รัฐจึงไม่ได้ล่วงล้ำล้ำกรายเข้าไปแทรกแซงเอาผิดกับการกระทำในขั้นตอน “ก่อนลงมือ” กล่าวอีกนัยคือ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงออกผ่านการกระทำต่าง ๆ ในขั้นตอนก่อนลงมือยังคงได้รับความคุ้มครองจากรัฐ บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพที่จะแสดงออกผ่านการกระทำต่าง ๆ ในขั้นตอนก่อนลงมือได้อิสระโดยไม่ถูกรัฐล่วงล้ำล้ำกรายเข้าไปแทรกแซงเอาผิด ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล (the Principle of Individual Autonomy)¹

อย่างไรก็ดี แม้การกระทำในขั้นตอน “ก่อนลงมือ” จะมีความห่างไกลต่อการบรรลุผล แต่มีบางกรณีที่รัฐได้ล่วงล้ำล้ำกรายเข้าไปแทรกแซงเอาผิดกับการกระทำในขั้นตอนดังกล่าว ซึ่งการกระทำในขั้นตอนดังกล่าวนี้ก็คือ การกระทำในชั้น “ตระเตรียม” และ “สมคบ” นั่นเอง

การกระทำในชั้น “ตระเตรียม” และ “สมคบ” นั้นมีความห่างไกลต่อการบรรลุผลและโดยปกติแล้วการกระทำในชั้น “สมคบ” มีความห่างไกลต่อการบรรลุผลเสียยิ่งกว่าการกระทำในชั้น “ตระเตรียม” เพื่อให้ผู้อ่านเห็นภาพได้ชัดเจนยิ่งขึ้นขอให้พิจารณาแผนภาพดังต่อไปนี้ประกอบ

¹ หลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล (the principle of individual autonomy) หมายถึงความสามารถของบุคคลแต่ละคนในการเป็นตัวของตัวเอง กำกับและควบคุมตนเอง ตลอดจนกระทำการต่าง ๆ โดยอิสระตามที่ตนเองได้ไตร่ตรองและเลือกแล้ว

รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับ “หลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล” โปรดดู Johannes Keiler and David Roef, *Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law in Comparative Concepts of Criminal Law*, Edited by Johannes Keiler and David Roef, 3rd edition (Cambridge: Intersentia, 2019), pp. 44-46.



เหตุที่บางกรณีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำในชั้น “ตระเตรียม” และ “สมคบ” เป็นความผิดเนื่องจากรัฐมีความประสงค์ (อย่างยิ่งยวด) ที่จะป้องกันไม่ให้ความเสียหายต่อสิ่งที่รัฐมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองเกิดขึ้น โดยอาจเรียกได้อีกอย่างว่า การบัญญัติกฎหมายอาญาเชิงป้องกัน (preventive criminalization)² ซึ่งการบัญญัติกฎหมายอาญาเชิงป้องกันนี้มีหลักที่สำคัญอยู่เบื้องหลังคือ หลักป้องกันไว้ก่อน (precautionary principle)³ โดยหากกล่าวถึงหลักนี้ให้เข้าใจแบบง่าย ๆ ก็คือ “การกันไว้ดีกว่าแก้” หรือ “การตัดไฟแต่ต้นลม” นั่นเอง⁴

ตัวอย่างการกระทำในชั้น “ตระเตรียม” ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานตระเตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ตามประมวลกฎหมายอาญา

² Andrew Cornford, **Preventive Criminalization**, New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal, Volume 18 Issue 1 (2015), pp. 1-34; วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, การเพิ่มโทษตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจหรืออยู่ในภาวะจำยอม, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 50 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2564), หน้า 394.

³ Andrew Ashworth and Lucia Zedner, **Preventive Justice**, (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 21; วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, การเพิ่มโทษตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจหรืออยู่ในภาวะจำยอม, หน้า 394.

⁴ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, การเพิ่มโทษตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจหรืออยู่ในภาวะจำยอม, หน้า 394.

มาตรา 107 วรรคสาม⁵ และความผิดฐานตระเตรียมเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219⁶

ตัวอย่างการกระทำในชั้น “สมคบ” ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานสมคบกันเพื่อเป็นกบฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 114⁷ และความผิดฐานสมคบกันเพื่อก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 135/2 (2)⁸

สำหรับผลทางกฎหมายของการกระทำในชั้น “ตระเตรียม” และ “สมคบ” กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำใน 2 ชั้นดังกล่าวเป็นความผิดนั้น ไม่ได้มีความแน่นอนตายตัวเหมือนอย่างการกระทำในชั้น “พยายาม” ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องระวางโทษ 2 ใน 3 ส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เช่น การตระเตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ขณะที่การตระเตรียมเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 217 หรือมาตรา 218 แล้วแต่กรณี (ยี่มระวางโทษของชั้น “พยายาม” มาใช้) และการสมคบกันเพื่อเป็นกบฏต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 15 ปี ขณะที่การสมคบกันเพื่อก่อการร้ายต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 40,000 บาทถึง 200,000 บาท

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 วรรคสาม “ผู้ใดกระทำการใดอันเป็นการตระเตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ หรือรู้ว่ามีผู้จะปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ กระทำการใดอันเป็นการช่วยปกปิดไว้ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 “ผู้ใดตระเตรียมเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 217 หรือมาตรา 218 ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามกระทำความผิดนั้น ๆ”

⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 114 “ผู้ใดสะสมกำลังพลหรืออาวุธ ตระเตรียมการอื่นใด หรือสมคบกันเพื่อเป็นกบฏ หรือกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นส่วนของแผนการเพื่อเป็นกบฏ หรือยุยงราษฎรให้เป็นกบฏ หรือรู้ว่ามีผู้จะเป็นกบฏแล้วกระทำการใดอันเป็นการช่วยปกปิดไว้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 135/2 (2) “ผู้ใดสะสมกำลังพลหรืออาวุธ จัดหาหรือรวบรวมทรัพย์สิน ให้หรือรับการฝึกการก่อการร้าย ตระเตรียมการอื่นใด หรือสมคบกันเพื่อก่อการร้าย หรือกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นส่วนของแผนการเพื่อก่อการร้าย หรือยุยงประชาชนให้เข้ามามีส่วนในการก่อการร้าย หรือรู้ว่ามีผู้จะก่อการร้ายแล้วกระทำการใดอันเป็นการช่วยปกปิดไว้ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

มีข้อสังเกตว่า เมื่อการกระทำในชั้น “ตระเตรียม” และ “สมคบ” มีความห่างไกลต่อการบรรลุผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในชั้น “สมคบ” ที่โดยปกติแล้วมีความห่างไกลต่อการบรรลุผลเสียยิ่งกว่าการกระทำในชั้น “ตระเตรียม” ด้วยเหตุนี้การที่จะบัญญัติให้การกระทำในชั้น “ตระเตรียม” และ “สมคบ” เป็นความผิดนั้นรัฐจึงพึงพิจารณาอย่างถี่ถ้วนโดยการชั่งน้ำหนักระหว่าง 2 คุณค่าที่ปะทะกันอยู่คือ “ความปลอดภัยของสิ่งที่รัฐมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครอง” กับ “สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงออกผ่านการกระทำต่าง ๆ” เพราะยิ่งรัฐล่วงล้ำล้ำกรายเข้าไปแทรกแซงเอาผิดกับการกระทำในชั้นตอน “ก่อนลงมือ” มากเท่าใด สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงออกผ่านการกระทำต่าง ๆ ตามหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลก็ยิ่งถูกลิดรอนมากเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นมีประเด็นปัญหาคิดตามมา 2 ประการ **ประการที่หนึ่ง** เมื่อใดที่การกระทำได้ผ่านพ้นขั้นหนึ่งเข้าสู่อีกขั้นหนึ่งแล้ว? สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนขอแยกการนำเสนอออกเป็น 4 กรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีผ่านพ้นขั้น “คิด” เข้าสู่ขั้น “สมคบ” คำว่า “คิด” หมายถึง ทำให้ปรากฏเป็นรูปหรือประกอบให้เป็นรูปหรือเป็นเรื่องขึ้นภายในใจ⁹ ในขั้นคิดหากยังไม่ได้มีการกระทำแสดงออกมาภายนอก ผู้คิดยังไม่มี ความผิดแต่อย่างใด ส่วนคำว่า “สมคบ” หมายถึง ร่วมคบคิดกัน (ใช้ในทางไม่ดี)¹⁰ กล่าวอีกนัยคือ การแสดงเจตนาและตกลงใจร่วมกันว่าจะกระทำความผิด¹¹ เช่น นางจิตจี้คิดที่จะเป็นกบฏ เพียงเท่านั้นนางจิตจี้ยังไม่มี ความผิดแต่อย่างใด แต่หากนางจิตจี้แสดงเจตนาและตกลงใจร่วมกันกับนางเบปปู่ว่าจะเป็นกบฏ เช่นนี้นางจิตจี้และนางเบปปูย่อมมีความผิดฐานสมคบกันเพื่อเป็นกบฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 114

⁹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 1 กรกฎาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>

¹⁰ เรื่องเดียวกัน

¹¹ จิตติ ดิงศภัทัย, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 327.

(2) กรณีผ่านพ้นขั้น “สมคบ” เข้าสู่ขั้น “ตระเตรียม”¹² คำว่า “ตระเตรียม” หมายถึง จัดแจงไว้ให้เรียบร้อย¹³ กล่าวอีกนัยคือ การเตรียมการเพื่อให้ความผิดบรรลุผล¹⁴ เช่น นางมาธำแสดงเจตนาและตกลงใจร่วมกันกับนางแมรีว่าจะวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่น การกระทำของนางมาธำและนางแมรีก็ยังอยู่ในขั้นสมคบกันเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นเท่านั้น ซึ่งยังไม่มีความผิดแต่อย่างใด เพราะการสมคบกันเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด แต่หากนางมาธำและนางแมรีเตรียมการเพื่อให้ความผิดบรรลุผล เป็นต้นว่า ทั้งคู่เดินทางไปจุดเกิดเหตุและเปิดฝาน้ำมันเชื้อเพลิงเตรียมราดทรัพย์สินของผู้อื่นแล้วจุดไฟเผา แต่ยังไม่ทันได้ราดและจุดไฟเผา ก็ถูกตำรวจจับกุมตัวเสียก่อน เช่นนี้นางมาธำและนางแมรีย่อมมีความผิดฐานตระเตรียมเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219¹⁵

(3) กรณีผ่านพ้นขั้น “ตระเตรียม” เข้าสู่ขั้น “พยายาม” ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นของบทความว่า หากการกระทำถึงขั้นตอน “ลงมือ” แล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ย่อมเป็นการ “พยายาม” กระทำ ความผิด ด้วยเหตุนี้ขั้นพยายามก็คือขั้นตอนลงมือนั่นเอง ซึ่งขั้นตอน “ลงมือ” นั้นหมายถึง

¹² รวมตลอดถึงกรณีผ่านพ้นขั้น “คิด” เข้าสู่ขั้น “ตระเตรียม” ในกรณีมีผู้กระทำเพียงคนเดียวด้วย เพียงแต่ตัดขั้น “สมคบ” ออกไป (โปรดดูแผนภาพก่อนหน้านี้นี้ประกอบ)

¹³ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 1 กรกฎาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>

¹⁴ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่า “ตระเตรียม” ไว้ว่าหมายถึง บรรดาการกระทำต่าง ๆ ซึ่งจะทำการกระทำความผิดสะดวกหรือสามารถเป็นไปได้ แต่ยังไม่ถึงขั้นตอนลงมือกระทำความผิด (ยังไม่ถึงขั้น “พยายาม”) รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู หยุด แสงอุทัย (บรรณาธิการโดย ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ), กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 131.

¹⁵ เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 557/2474 “ได้ความว่า จำเลยใช้ให้ลูกจ้างเปิดน้ำมันก๊าด 10 ปี๊บ แล้วจำเลยเอาผ้าใสในปีที่เปิดนำไปตั้งหลังเรือนยี่ห้อยแสง จำเลยให้ ฮ. คอยดูคนที่ถนน พอชนน้ำมันไปได้ 3 ปี๊บ ฮ. ก็แก้มมาบอกเท้จว่ามิดำรวจมา จำเลยก็เลิกแลชนน้ำมันกลับไปตามเดิม ต่อมาอีก 3-4 วัน จำเลยก็ทำเช่นที่กล่าวแล้วอีก แล ฮ. ก็แก้มมาบอกว่ามิดำรวจมาอีก จำเลยก็ชนน้ำมันกลับอย่างเดิมดังนี้ ปัญหาว่ามีจำเลยจะมีผิดฐานพยายามวางเพลิงหรือยัง ศาลฎีกาตัดสินว่า ยังไม่เป็นผิดฐานพยายามตามกฎหมาย เพราะจำเลยเป็นแต่เพียงเตรียมการจะวางเพลิงไว้พร้อมเสร็จ แต่เหตุใกล้ชดอันจะก่อให้เกิดเป็นไฟขึ้นยังไม่มี จึงให้ยกข้อหาโจทก์”

เริ่มทำหรือตั้งต้นทำ¹⁶ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตที่สำคัญว่า ศาลฎีกาของไทยใช้หลักความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล (the proximity rule)¹⁷ เป็นเครื่องมือในการพิจารณาว่าการกระทำถึงขั้นตอนลงมือแล้วหรือไม่ กล่าวโดยขยายความ หากการกระทำโดยังไม่มีความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล การกระทำนั้นก็ยังไม่ถึงขั้นตอนลงมือ ซึ่งเท่ากับว่ายังไม่ถึงขั้นพยายามตรงกันข้าม หากการกระทำใดมีความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล การกระทำนั้นก็ถึงขั้นตอนลงมือ ซึ่งเท่ากับว่าถึงขั้นพยายามแล้ว¹⁸ ฉะนั้น จากตัวอย่างในกรณีที่ (2) หากนางมาธาและนางแมรีมีการกระทำที่มีความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล (การบรรลุผลในกรณีดังกล่าวคือ ทรัพย์ติดไฟลุกไหม้) การกระทำของทั้งคู่ย่อมถึงขั้นตอนลงมือ ซึ่งเท่ากับว่าการกระทำของทั้งคู่ถึงขั้นพยายามแล้วนั่นเอง เป็นต้นว่า นางมาธาและนางแมรีได้รดน้ำมันเชื้อเพลิงไปที่ทรัพย์ของผู้อื่นแล้ว แต่ยังไม่ทันได้จุดไฟเผา (หรือจุดไฟเผาแล้วแต่ทรัพย์นั้นยังไม่ติดไฟลุกไหม้) ก็ถูกตำรวจจับกุมตัวเสียก่อน เช่นนี้นางมาธาและนางแมรีย่อมมีความผิดฐาน

¹⁶ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 1 กรกฎาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>

¹⁷ หลักความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล (the proximity rule) เป็นหลักที่ถือว่าการกระทำใดที่เห็นได้ชัดเจนว่ามีความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล การกระทำนั้นย่อมเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ

รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับ “หลักความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล” โปรดดู วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, *คู่มือสัมมนากฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2565), หน้า 48-50; ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 146-149; Paul Kichyun Ryu, *Contemporary Problems of Criminal Attempts*, New York University Law Review, Volume 32 (1957), pp. 1170, 1197.

¹⁸ ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 การบรรลุผลคือผู้อื่นถึงแก่ความตาย สมมติว่าผู้กระทำใช้อาวุธปืนในการฆ่า หากผู้กระทำชักอาวุธปืนออกมาจากเอวของตนแต่ยังไม่ทันได้เล็งไปที่ผู้อื่นก็ถูกตำรวจจับกุมตัวเสียก่อน เช่นนี้ถือว่าการกระทำยังไม่มี ความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล ส่งผลให้การกระทำยังไม่ถึงขั้นตอนลงมือ ซึ่งเท่ากับว่ายังไม่ถึงขั้นพยายามฆ่าผู้อื่น แต่หากผู้กระทำชักอาวุธปืนออกมาจากเอวของตนและเล็งไปที่ผู้อื่นแล้วแต่ยังไม่ทันได้เหนี่ยวไกก็ถูกตำรวจจับกุมตัวเสียก่อน เช่นนี้ถือว่าการกระทำมีความใกล้ชิดต่อการบรรลุผล ส่งผลให้การกระทำถึงขั้นตอนลงมือ ซึ่งเท่ากับว่าถึงขั้นพยายามฆ่าผู้อื่นแล้ว

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

พยายามวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217¹⁹ ประกอบกับมาตรา 80²⁰

(4) กรณีผ่านพ้นขั้น “พยายาม” เข้าสู่ขั้น “บรรลุผล” คำว่า “บรรลุผล” หมายถึง ลุ ถึง หรือสำเร็จในสิ่งที่เกิดจากการกระทำ²¹ ฉะนั้น จากตัวอย่างในกรณีที่ (3) หากนางมาฮาและนางแมรีสำเร็จในสิ่งที่ทั้งคู่กระทำแล้ว การกระทำของทั้งคู่ย่อมถึงขั้นบรรลุผลเป็นต้นว่า นางมาฮาและนางแมรีได้ราดน้ำมันเชื้อเพลิงไปที่ทรัพย์สินของผู้อื่นแล้วจุดไฟเผาปรากฏว่าทรัพย์สินนั้นติดไฟลุกไหม้เสียหาย เช่นนี้นางมาฮาและนางแมรีย่อมมีความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นบรรลุผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217

ประการที่สอง เมื่อการกระทำได้ผ่านพ้นขั้นหนึ่งเข้าสู่อีกขั้นหนึ่งแล้วผู้กระทำความผิดในชั้นใด? สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนขอแยกการนำเสนอออกเป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีมีเจตนาเดียวกัน ตัวอย่างเช่น วันเกิดเหตุเวลา 09:00 น. นางลำตวนเดินทางไปທີ່จุดเกิดเหตุและเปิดฝาลังน้ำมันเชื้อเพลิงเตรียมราดทรัพย์สินของผู้อื่นแล้วจุดไฟเผาแต่ยังไม่ทันได้ราดและจุดไฟเผา (ความผิดฐานตระเตรียมเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219) ต่อมาเวลา 10:00 น. นางลำตวนได้ราดน้ำมันเชื้อเพลิงไปที่ทรัพย์สินนั้นแล้ว แต่ยังไม่ทันได้จุดไฟเผา (ความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 ประกอบกับมาตรา 80) จากนั้น

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 “ผู้ใดวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท”

²⁰ เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 204/2475 “จำเลยเอาน้ำมันเบนซินราดบนเครื่องใช้ในห้องจนเปียกโชก โดยเจตนาจะวางเพลิง แต่จำเลยทำการไม่สำเร็จ โดยมีชาวบ้านใกล้เคียงได้กลิ่นน้ำมันแรงจัดจึงร้องเอะอะขึ้น แลได้ฟังประตูห้องจำเลย พบกะป๋องน้ำมันเบนซิน แลจำเลยนอนนิ่งอยู่ ทั้งพบไม้ขีดไฟในกะเป๋าสีเสื้อที่แขวนอยู่ในห้องชั้นล่าง ศาลฎีกาตัดสินว่า จำเลยมีผิดฐานพยายามวางเพลิง”

และเทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5544/2531 “การกระทำที่จะเป็นความผิดสำเร็จฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินนั้นไม่หมายความว่าเอาเพลิงไปวางเท่านั้น หากต้องเป็นการเผาทำให้เกิดเพลิงไหม้ทรัพย์สินนั้นติดไฟขึ้นด้วย เพียงแต่ทรัพย์สินมีรอยเกรียม คำแต่ยังไม่ไหม้ไฟ ยังถือไม่ได้ว่าเป็นความผิดสำเร็จคงเป็นความผิดฐานพยายามเท่านั้น”

²¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 1 กรกฎาคม 2567. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>

เวลา 11:00 น. นางลำดวนได้จุดไฟเผาและทรัพย์สินนั้นติดไฟลุกลามเสียหาย (ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นบรรลุผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217) เช่นนี้ นางลำดวนต้องรับผิดชอบในชั้นใด? ระหว่างชั้น “ตระเตรียม” “พยายาม” และ “บรรลุผล” ในกรณีนี้เห็นว่า เนื่องจากนางลำดวนมีเจตนาเดียวกัน กล่าวคือ มีเจตนาวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่น เมื่อการกระทำเข้าทั้งชั้นตระเตรียม พยายาม และบรรลุผล เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจผู้เขียนขอแบ่งการวินิจฉัยออกเป็น 2 ส่วน **ส่วนที่หนึ่ง** เมื่อนางลำดวนมีความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 ประกอบกับมาตรา 80 แล้ว ก็ไม่มีความผิดฐานตระเตรียมเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 อีกต่อไป เนื่องจากเมื่อการกระทำได้ผ่านพ้นเข้าสู่ชั้นพยายามแล้ว ชั้นตระเตรียมซึ่งเป็นชั้นก่อนหน้าย่อม “เคลื่อนกลืน” ไปกับชั้นพยายาม ด้วยเหตุนี้นางลำดวนจึงไม่มีความผิดในชั้นตระเตรียมอีกต่อไป **ส่วนที่สอง** เมื่อนางลำดวนมีความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นบรรลุผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 แล้ว ก็ไม่มีความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 ประกอบกับมาตรา 80 อีกต่อไป เนื่องจากเมื่อการกระทำได้ผ่านพ้นเข้าสู่ชั้นบรรลุผลแล้ว ชั้นพยายามซึ่งเป็นชั้นก่อนหน้าย่อม “เคลื่อนกลืน” ไปกับชั้นบรรลุผล ด้วยเหตุนี้นางลำดวนจึงไม่มีความผิดในชั้นพยายามอีกต่อไป²² จึงสรุปได้ว่า ในกรณีนี้นางลำดวนต้องรับผิดชอบในชั้น “บรรลุผล” เท่านั้น

(2) กรณีมีเจตนาต่างกัน ตัวอย่างเช่น วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2568 ช่วงเช้า นายฝึกกาตแสดงเจตนาและตกลงใจร่วมกันกับนายแม็กกันส์ว่าจะเพิกถอน โดยที่ทั้งคู่จะลงมือก่อการกบฏในวันที่ 31 มกราคม พ.ศ. 2568 (ความผิดฐานสมคบกันเพื่อเป็นกบฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 114) แต่ปรากฏว่าในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2568 ช่วงบ่าย

²² การให้เหตุผลดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากหนังสือที่เขียนโดย ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557), หน้า 338.

นอกจากนี้ โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม ประกอบ ใน คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 371.

หลังจากที่ทั้งคู่แสดงเจตนาและตกลงใจร่วมกันเสร็จแล้ว นายผักกาดได้ชวนนายแม็กนัสไปทำลายทรัพย์สินของนายชวย จากนั้นทั้งคู่ก็ได้ทำลายทรัพย์สินของนายชวยเสียหาย (ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์บรรลุผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358²³) เช่นนี้นายผักกาดและนายแม็กนัสต้องรับผิดในชั้นใด? ระหว่างชั้น “สมคบกันเพื่อเป็นกบฏ” และ “ทำให้เสียทรัพย์บรรลุผล” ในกรณีนี้เห็นว่า เนื่องจากนายผักกาดและนายแม็กนัสมี 2 เจตนาต่างกัน โดยเจตนาที่หนึ่งคือ เจตนาสมคบกันเพื่อเป็นกบฏ ส่วนเจตนาที่สองคือ เจตนาทำให้เสียทรัพย์ ดังนั้น ในกรณีนี้นายผักกาดและนายแม็กนัสจึงต้องรับผิดทั้งในชั้น “สมคบกันเพื่อเป็นกบฏ” และ “ทำให้เสียทรัพย์บรรลุผล” กล่าวอีกนัยคือ ทั้งคู่ต้องรับผิดทั้ง 2 ฐานนั่นเอง²⁴

²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²⁴ เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4072/2566 “ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า มีปัญหาข้อกฎหมายต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยทั้งสองเพียงประการเดียวว่า การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นความผิดหลายกรรมตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์หรือไม่ เห็นว่า คดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยทั้งสองกับพวก ร่วมกันกระทำความผิดหลายกรรมต่างกัน โดยแยกเป็นข้อ 1 (ก) จำเลยทั้งสองกับพวก ร่วมกันกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และข้อ 1 (ข) ภายหลังจากกระทำความผิดตามฟ้องข้อ 1 (ก) แล้ว จำเลยทั้งสองกับพวก ร่วมกันกระทำความผิดฐานดำเนินการให้มีการตั้งพรรคแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า เมื่อจำเลยทั้งสองให้การรับสารภาพ และความผิดตามคำฟ้องไม่ได้กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 วรรคหนึ่ง ดังนั้น ข้อเท็จจริงจึงรับฟังได้ว่าจำเลยทั้งสองกระทำความผิดตามที่โจทก์บรรยายมาในฟ้อง ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตามฟ้องข้อ 1 (ก) เป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่มีการสมคบโดยรวมตัวกันเป็นคณะบุคคลกระทำการชักชวนนางสาว ว. ให้รับตั้งพรรคแทนผู้อื่นโดยจะให้เงินเป็นการตอบแทนเพื่อกระทำความผิดฐานดำเนินการให้มีการตั้งพรรคแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยความผิดดังกล่าวจะกระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรงอันเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ส่วนความผิดฐานดำเนินการให้มีการตั้งพรรคแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าตามฟ้องข้อ 1 (ข) เกิดขึ้นเมื่อจำเลยทั้งสองกับพวกให้นางสาว ว. ไปรับการตรวจร่างกายที่โรงพยาบาล แล้วนำเอาตัวอย่างที่เกิดจากอสุจิผสมกับไข่ใส่เข้าไปในรังไข่ของนางสาว ว. อันเป็นเวลาภายหลังจากมีการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติสำเร็จแล้ว ดังนั้น สามารถแยกการกระทำและเจตนาในการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติกับความผิดฐานดำเนินการให้มีการตั้งพรรคแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าออกจากกันได้ ความผิดทั้งสองฐานจึงเป็น

ความผิดต่างกรรมกัน ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยทั้งสองฟังไม่ขึ้น”

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 5 (2) “ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ สมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดร้ายแรงอันเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” **และมาตรา 25** “ผู้ใดกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 24 “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” **และมาตรา 48** “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

หมายเหตุ จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ผู้เขียนขอให้อรรถาธิบาย 2 ประการ **ประการที่หนึ่ง** ศาลฎีกาในคดีนี้เห็นว่าจำเลยทั้งสองมี 2 เจตนาต่างกัน โดยเจตนาที่หนึ่งคือ เจตนาสมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดร้ายแรงอันเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ส่วนเจตนาที่สองคือ เจตนาดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า ดังนั้น จำเลยทั้งสองในคดีนี้จึงต้องรับผิดชอบทั้งในชั้น “สมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดร้ายแรงอันเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” และ “ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าบรรลุผล” กล่าวอีกนัยคือ ทั้งคู่ต้องรับผิดชอบทั้ง 2 ฐานนั่นเอง **ประการที่สอง** เหตุที่จำเลยทั้งสองมี 2 เจตนาต่างกัน เนื่องจากความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 5 (2) ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดร้ายแรงอันเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” โดยมาตรา 3 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกันได้กำหนดนิยามคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ไว้ว่า “ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ขึ้นไปหรือโทษสถานหนักกว่านั้น” และได้กำหนดนิยามคำว่า “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” ไว้ว่า “องค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) ความผิดที่กระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ...” ขณะที่ความผิดฐานดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 24 ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นประกอบกันแล้ว จะเห็นว่า ผู้ที่จะมีความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 5 (2) ได้นั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” แต่อย่างใด (จะมีเจตนาดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ได้) หากมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไปหรือโทษสถานหนักกว่านั้น ก็ย่อมมีความผิดตามบทบัญญัติมาตรานี้เช่นกัน ดังนั้น จำเลยทั้งสองในคดีนี้จึงมี 2 เจตนาต่างกัน

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยเชิงนิติศาสตร์หรือที่เรียกอีกอย่างว่า ปกิณกะกฎหมาย (Legal Miscellaneous) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “ความรับผิดชอบทางอาญาในชั้นสมคบ ตระเตรียม พยายาม และบรรลุผล” หวังว่าบทความเล็กๆ ๑ ชิ้นนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้อ่านไม่มากนักนะครับ

รายการอ้างอิง

- เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, **กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557).
- คณพล จันทน์หอม, **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565).
- จิตติ ดิงศภัทิย์, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2555).
- ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, **มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556).
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **การเพิ่มโทษตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจหรืออยู่ในภาวะจำยอม**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 50 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2564).
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **คู่มือสมมนากฎหมายอาญา**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2565).
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>
- หยุต แสงอุทัย (บรรณาธิการโดย ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ), **กฎหมายอาญา ภาค 2-3**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).
- Andrew Ashworth and Lucia Zedner, **Preventive Justice**, (Oxford: Oxford University Press, 2014).
- Andrew Cornford, **Preventive Criminalization**, New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal, Volume 18 Issue 1 (2015).
- Johannes Keiler and David Roef, **Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law in Comparative Concepts of Criminal Law**,

Edited by Johannes Keiler and David Roef, 3rd edition (Cambridge: Intersentia, 2019).

- Paul Kichyun Ryu, **Contemporary Problems of Criminal Attempts**, New York University Law Review, Volume 32 (1957).

± กระบวนการตีพิมพ์บทความ ±

วารสารมีกระบวนการตีพิมพ์บทความดังต่อไปนี้

(1) ผู้นิพนธ์ส่งบทความเข้าสู่ระบบ

(2) บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ได้รับบทความแล้ว”

(3) ตรวจสอบรายการอ้างอิงของบทความ (ทั้งรายการอ้างอิงในรูปแบบเชิงบรรณานุกรม และรายการอ้างอิงท้ายบทความ) ว่าถูกต้องตามรูปแบบที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์” หรือไม่

(3.1) หากถูกต้อง ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป

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

(4) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาบทความ และบรรณาธิการแจ้งผลการพิจารณาบทความให้ผู้นิพนธ์ทราบแต่กรณีดังต่อไปนี้

(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. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อนทั้งในลักษณะรูปเล่มสิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์
3. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น
4. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความมีเนื้อหาถูกต้องตามหลักวิชาการ
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดทำบทความให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์”
6. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ส่งบทความให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ซ้ำซ้อนภายในระยะเวลา 2 เดือนนับจากวันที่ผู้นิพนธ์ส่งบทความให้กับวารสาร
7. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ถอนบทความจากการพิจารณาตีพิมพ์ เว้นแต่มีเหตุอันสมควร

บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

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

บทบาทและหน้าที่ของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

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

⚖ คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์ ⚖

โปรดดูรายละเอียดในเว็บไซต์ของวารสาร



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุด 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

