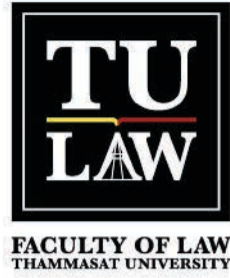


การประชุมระดับชาติ
“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์” ครั้งที่ 2



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

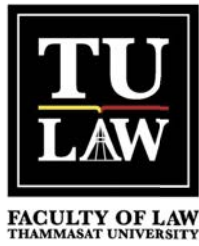
รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ
“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์”

ครั้งที่ 2

“กฎหมาย
เพื่อการพัฒนาสังคม
ที่เป็นธรรม”

26 สิงหาคม 2560

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



รายงานสืบเนื่อง

การประชุมวิชาการระดับชาติ

“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน” ครั้งที่ 2

“กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม”



คำสั่งคณะกรรมการนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่ 313 /2560

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการกองบรรณาธิการจัดทำรายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ

“ธรรมศาสตร์-นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560

ตามที่คณะกรรมการนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ ร่วมกับ คณะนิเทศศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ในวันที่ 26 สิงหาคม 2560 เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และ นักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการกองบรรณาธิการจัดทำรายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 ดังนี้

- | | |
|---|---------------------|
| 1. รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท | ประธานกรรมการ |
| 2. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. ประชุม โฉมฉาย | กรรมการ |
| 3. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ปรีชา สุวรรณทัต | กรรมการ |
| 4. รองศาสตราจารย์ ดร. สราวุธ ปิตียาศักดิ์ | กรรมการ |
| 5. ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์ | กรรมการ |
| 6. ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ | กรรมการ |
| 7. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ | กรรมการ |
| 8. อาจารย์ ดร. ฌานีทิพย์ สันตะพันธ์ุ | กรรมการ |
| 9. อาจารย์ ดร.เอมผกา เตชะอภัยคุณ | กรรมการและเลขานุการ |

ให้คณะกรรมการมีหน้าที่ดำเนินการรวบรวม และเรียบเรียงบทความวิชาการด้านที่เกี่ยวข้องกับ กฎหมายด้านต่างๆให้อยู่ในรูปแบบวารสารวิชาการ และให้คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งตามคำสั่งนี้ได้รับเบี้ยประชุม ตามระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยหลักเกณฑ์และอัตราจ่ายเงินของคณะนิเทศศาสตร์ พ.ศ. 2560

ทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 5 มิถุนายน 2560

(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

คณบดีคณะนิเทศศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่ 312 /2560

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาผลงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560

ตามที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ในวันที่ 26 สิงหาคม 2560 เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการพิจารณาผลงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 ดังนี้

- | | |
|---|---------------|
| 1. รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท | ประธานกรรมการ |
| 2. ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ | กรรมการ |
| 3. ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล | กรรมการ |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อมรรรัตน์ กุลสุจริต | กรรมการ |
| 5. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ปรีชา สุวรรณทัต | กรรมการ |
| 6. ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ | กรรมการ |
| 7. ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล | กรรมการ |
| 8. รองศาสตราจารย์ สุดา วิศรุตพิชญ์ | กรรมการ |
| 9. ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ | กรรมการ |
| 10. ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ | กรรมการ |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรียา ล้ำเลิศ | กรรมการ |

ให้คณะกรรมการมีหน้าที่พิจารณาผลงานการประชุมวิชาการระดับชาติ เป็นบทความวิชาการด้านที่ เกี่ยวข้องกับกฎหมายด้านต่างๆ และให้คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งตามคำสั่งนี้ได้รับเบี้ยประชุมตามระเบียบ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยหลักเกณฑ์และอัตราจ่ายเงินของคณะนิติศาสตร์ พ.ศ. 2553

ทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 5 มิถุนายน 2560

(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่ 311 /2560

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2
ประจำปี 2560

ตามที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ
ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-
นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ในวันที่เสาร์ที่ 26 สิงหาคม 2560 เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และ
นักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการจัดการประชุม
วิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 ดังนี้

- | | |
|--|---------------------|
| 1. คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ | ประธาน |
| 2. คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ | รองประธาน |
| 3. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โฉมฉาย | กรรมการ |
| 4. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต | กรรมการ |
| 5. ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์ | กรรมการ |
| 6. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ | กรรมการ |
| 7. รองศาสตราจารย์ ดร.สราวุธ ปิตียาศักดิ์ | กรรมการ |
| 8. รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท | กรรมการ |
| 9. อาจารย์ ดร.พัชรพรรณ นุชประยูร | กรรมการ |
| 10. อาจารย์ ดร. เอมภกา เตชะอภัยคุณ | กรรมการและเลขานุการ |

ให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. ดำเนินการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560
โดยให้มีการนำเสนอผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาทั้งภายใน
และภายนอก
2. กำหนดสารัตถะ และหัวข้อในการนำเสนอผลงานทางวิชาการ
3. แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อช่วยดำเนินงานของคณะกรรมการ

ให้คณะกรรมการตามคำสั่งนี้ได้รับเบี้ยประชุมตามระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยหลักเกณฑ์
และอัตราจ่ายเงินของคณะนิติศาสตร์ พ.ศ. 2560
ทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 5 มิถุนายน 2560



(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะกรรมการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่ 301 /2560

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการเตรียมงานการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ
“ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560

ตามที่คณะกรรมการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ในวันเสาร์ที่ 26 สิงหาคม 2560 เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 ดังนี้

- | | |
|---|----------------------------|
| 1. คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ | ที่ปรึกษา |
| 2. รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินทิ | ประธานกรรมการ |
| 3. อาจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร | กรรมการ |
| 4. อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กรรมการ | |
| 5. อาจารย์ ดร. เอ็มผกา เตชะอภัยคุณ | กรรมการ |
| 6. นางสาวศิริพร ดอกไม้พุ่ม | กรรมการ |
| 7. นางสาวสุวิษญ์ ชาวสีร้อย | กรรมการ |
| 8. นางสาวดาราวรรณ เข้มทอง | กรรมการและเลขานุการ |
| 9. นางสาวกมลวรรณ ทองฟัก | กรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ |

ให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดเตรียมการดำเนินงาน การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 โดยให้มีการนำเสนอผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาทั้งภายในและภายนอก
2. ประสานงานและติดต่อกับบุคคลและหน่วยงานภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย เพื่อให้การดำเนินงานโครงการดังกล่าวเป็นไปโดยเรียบร้อย
3. พิจารณาคัดเลือกและแต่งตั้งคณะกรรมการ การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 ตามหลักเกณฑ์การประชุมวิชาการระดับชาติ
4. ปฏิบัติภารกิจอื่นๆ ตามที่คณบดีมอบหมาย

ให้คณะกรรมการตามคำสั่งนี้ได้รับเบี้ยประชุมตามระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยหลักเกณฑ์และ
อัตราจ่ายเงินของคณะนิติศาสตร์ พ.ศ. 2553
ทั้งนี้ตั้งแต่นี้ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 31 พฤษภาคม 2560

(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะกรรมการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่ กบ2 /2560

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการเตรียมงานการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ

“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 เพิ่มเติม

ตามที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์การทางวิชาการ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ในวันที่ 26 สิงหาคม 2560 เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการเตรียมงานการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 เพิ่มเติม ดังนี้

- | | | |
|----------------------------------|---------------|---------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา | แก้วละเอียด | กรรมการ |
| 2. อาจารย์ ดร.วีชรชัย | จirinจินดากุล | กรรมการ |
| 3. ว่าที่ร้อยตรีหญิง มิรา | รัตนสัญญา | กรรมการ |

ให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดเตรียมการดำเนินงาน การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 โดยให้มีการนำเสนอผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาทั้งภายในและภายนอก
2. ประสานงานและติดต่อกับบุคคลและหน่วยงานภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย เพื่อให้ดำเนินงานโครงการดังกล่าวเป็นไปโดยเรียบร้อย
3. พิจารณาคัดเลือกและแต่งตั้งคณะกรรมการ การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์- นิติพัฒนา” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 ตามหลักเกณฑ์การประชุมวิชาการระดับชาติ
4. ปฏิบัติภารกิจอื่นๆ ตามที่คณบดีมอบหมาย

ให้คณะกรรมการตามคำสั่งนี้ได้รับเบี้ยประชุมตามระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยหลักเกณฑ์และอัตราจ่ายเงินของคณะนิติศาสตร์ พ.ศ. 2553

ทั้งนี้ตั้งแต่วันที่ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 10 สิงหาคม 2560

(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่ ๕๖๘ /2560

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการเตรียมงานการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ
“ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 เพิ่มเติม

ตามที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์การทางวิชาการ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ในวันที่ 26 สิงหาคม 2560 เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการเตรียมงานการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 เพิ่มเติม ดังนี้

- | | | |
|---------------------|-----------------|---------|
| 1. นางทัศนีย์ | ศิลปนรเศรษฐ์ | กรรมการ |
| 2. นางสาวชญาน์สินีจ | ชุติประภาณีชกุล | กรรมการ |

ให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดเตรียมการดำเนินงาน การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 โดยให้มีการนำเสนอผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาทั้งภายในและภายนอก
2. ประสานงานและติดต่อกับบุคคลและหน่วยงานภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย เพื่อให้ดำเนินงานโครงการดังกล่าวเป็นไปโดยเรียบร้อย
3. พิจารณาคัดเลือกและแต่งตั้งคณะกรรมการ การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์- นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 ประจำปี 2560 ตามหลักเกณฑ์การประชุมวิชาการระดับชาติ
4. ปฏิบัติภารกิจอื่นๆ ตามที่คณบดีมอบหมาย

ให้คณะกรรมการตามคำสั่งนี้ได้รับเบี้ยประชุมตามระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยหลักเกณฑ์และอัตราจ่ายเงินของคณะนิติศาสตร์ พ.ศ. 2553

ทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 21 สิงหาคม 2560

(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)
คณบดีคณะนิติศาสตร์

ขอเชิญผู้สนใจเข้าร่วมงาน

09.00 น.

ปาฐกถา เรื่อง

“การสร้างนักกฎหมาย”

โดย อาจารย์ มีชัย ฤชุพันธุ์

ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ



10.00 น.

สัมมนาวิชาการ เรื่อง

“การปฏิรูป การศึกษากฎหมาย”

สาขากฎหมายมหาชน

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

สาขากฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ณ นคร

อาจารย์พิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อดีตประธานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย และ
อดีตอัยการสูงสุด

สาขากฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดร.ทวีลาภ ฤทธาภิรมย์

กรรมการที่เป็นผู้บริหารและผู้ช่วยผู้จัดการใหญ่
ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

อาจารย์ ดร.รณศ สุวารีกุล

อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต
อดีตเอกอัครราชทูต และ
อดีตรองอธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



ดำเนินการสัมมนาโดย

รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิก

รองคณบดีฝ่ายวิจัยและวางแผน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

13.00 น.

การนำเสนอบทความทางวิชาการ/บทความวิจัย ภายใต้หัวข้อ เรื่อง

“กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม”

วันเสาร์ที่ 26 สิงหาคม 2560

เวลา 8.30 - 16.00 น.

ณ ห้องจัด เศรษฐบุตร (LT.1)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

สอบถามข้อมูลและสำรองที่นั่งได้ที่

บัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

โทร. 02-613-2123

<https://www.thailawcallforpapers.org>

ไม่เสียค่าใช้จ่าย



กำหนดการ

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน” ครั้งที่ 2

วันเสาร์ที่ 26 สิงหาคม 2560

ณ ห้องจัด เศรษฐบุต (LT.1)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

08.30 – 08.45 น.	ลงทะเบียนการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน” ครั้งที่ 2
08.45 – 09.00 น.	เปิดการประชุมวิชาการระดับชาติ โดย ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
09.00 – 10.00 น.	ปาฐกถา เรื่อง “การสร้างนักกฎหมาย” โดย อาจารย์ มีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ
10.00 – 12.00 น.	สัมมนาวิชาการ เรื่อง “การปฏิรูปการศึกษากฎหมาย” โดย - ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ - ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. คณิต ณ นคร ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาศึ - ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายมหาชน - ดร.ทวีลาภ ฤทธาภิรมย์ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ดำเนินการสัมมนา - รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท รองคณบดีฝ่ายวิจัยและบริการสังคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
12.00 – 12.15 น.	มอบประกาศนียบัตรแก่ผู้นำเสนอบทความวิชาการ/บทความวิจัย โดย อาจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร รองคณบดีฝ่ายวางแผนและพัฒนา คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
12.45 – 13.00 น.	ลงทะเบียนการนำเสนอบทความ
13.00 – 16.00 น.	นำเสนอบทความทางวิชาการ/บทความวิจัย ภายใต้วหัวข้อ เรื่อง “ กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม ” แบ่งกลุ่มย่อยตามสาขาวิชา โดย คณาจารย์ นักศึกษา และนักวิชาการ ณ ห้อง 222 ชั้น 2 และ 322 ชั้น 3 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

คำนำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ในฐานะสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาหลักของประเทศไทยที่มีพันธกิจสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการสร้างโอกาสทางวิชาการให้แก่ นักวิชาการ อาจารย์ และนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาที่จะได้เผยแพร่ผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์สู่สาธารณะ และประโยชน์ในการสร้างความร่วมมือทางวิชาการระหว่าง 2 สถาบัน จึงได้ร่วมกันจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์ ครั้งที่ 2” เพื่อเป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการและประสบการณ์ ด้วยการเปิดโอกาสให้ผู้สนใจได้นำเสนอบทความวิชาการทางนิติศาสตร์ อันจะนำไปสู่เป็นการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้เพื่อการพัฒนาคุณภาพงานวิจัยที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์ ครั้งที่ 2” จัดขึ้นภายใต้หัวข้อ “กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม” โดยมีการจัดกิจกรรมออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ การปาฐกถาเรื่อง “การสร้างนักกฎหมาย” โดย อาจารย์ มีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ การจัดเสวนากฎหมายเรื่อง “การปฏิรูปการศึกษากฎหมาย” และการนำเสนอบทความทางนิติศาสตร์ซึ่งมีจำนวนรวมทั้งสิ้น 12 บทความ เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2560 ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

สุดท้ายนี้ คณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์ ครั้งที่ 2” ขอขอบพระคุณคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เขียนบทความทุกท่าน ตลอดจนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่ให้การสนับสนุนในการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติในครั้งนี้

คณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ

สารบัญ

กลุ่ม “กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม”

กฎหมายกับการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม : ศึกษากรณีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผู้ป่วยแบบประคับประคอง	พิสิษฐ์ ศรีอัคคโกคิน	1
กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม : สิทธิตามธรรมชาติที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลของชนพื้นเมืองดั้งเดิมแห่งคาบสมุทรมลายู - กรณีศึกษาน้องแอ๊ด ศรีมะนัง คนชาติพันธุ์มานิ (ซาไก) แห่งอำเภอละงู จังหวัดสตูล	ศิวนุช สร้อยทอง	29
เมื่อกฎหมายช่วยต่อลมหายใจให้แก่ผู้ลี้ภัยในเขตเมือง	ปภาวดี สลักเพชร	59
การพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบในประเทศไทยตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก	วศิน พิพัฒน์ฉัตร	81
ตะไตะยุดีธรรมกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้	นุส มะ และ อัสมัน แตอาลี	113
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 กับธรรมนูญมะดะฮ์ว่าด้วยเรื่องสิทธิและความยุติธรรม	หมัดเฟาซี รูบามา	127

กลุ่ม “กฎหมายเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจที่เป็นธรรม”

ผลกระทบของการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	พัชรินทร์ สุรกาญจน์กุล	143
การพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในที่ดินเกษตรกรรม: ข้อเสนอเบื้องต้น	สุรศักดิ์ บุญเรือง	169
การนำหลักแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) มาใช้กับโครงการขนาดใหญ่ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน	ชาญวิทย์ ชัยกันย์	201
ความคาดหวังของนักลงทุนต่างชาติกับธุรกิจภาคพลังงานหมุนเวียน: กรณีคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคดี Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain (2016)	ปกิตตา นิภาวรรณ	227
หน้าที่เปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์	เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม	251
มาตรการในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ	วาทีณี นุชเล็ก	277

CONTENTS

THE LAW ARTICLE IN DEVELOPMENT OF FAIR SOCIETIES

Laws for The Development of Fair Society: Study of Legal Cases Involving Palliative Care	Pisit Sriakppokin	1
Law for Development on Jusice Society: Natural Rights on Legal Personality of Indigenious People in Malay Peninsula – Case Study Aad Srimanung, Maniq in Langoo District, Satun Province	Siwanoot Soitong	29
As The Law Would Prolong Breathing of The Urban Refugees	Papawadee Salakphet	59
The Development of Tobacco Inthailand By Who Framework Convention on Tobacco Control	Vasin Pipattanachat	81
Datoyutitam And Enforcement of The Islamic Law In The Four Southern Border Provinces	Nuh ma and Asman Taeali	113
The Constitution of The Kingdom of Thailand (B.E. 2560) And The Madinah Proclamation: Rights And Justice	Madpouzee Rubama	127

THE LAW ARTICLE IN DEVELOPMENT OF FAIR ECONOMY

The Impact of Establishing Special Economic Zones And The Authority of Local-Administration	Patcharin Surakarnkul	143
The Development of A Legal Framework In Order To Implement A Conservation Agreement for Agricultural Land: A Preliminary Survey	Surasak Boonrueang	169
The Application of The Concept of “Benefit Sharing” For Mega Projects Having Affected On Public Health And Environment’s Issues	Chanwit Chaikan	201
Legitimate Expectations of Foreign Investors And Renewable Energy Business: Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain (2016)	Pakittah Nipawan	227
A Pre-Contractual Duty To Disclose Information In Franchise Agreements	Chalermwut Sriporm	251
The Measures To Control The Quasi-Fiscal Activities Through Specialized Financial Institutions	Wathinee Nuchlek	277

กฎหมายกับการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม : ศึกษากรณีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแล ผู้ป่วยแบบประคับประคอง

Laws for the Development of Fair Society: Study of Legal Cases Involving Palliative Care

พิสิษฐ์ ศรีอัคคโกคิน*

Pisit Sriakppokin

บทคัดย่อ

บทความนี้ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลและนโยบายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคองสำหรับประเทศไทย โดยศึกษาจากเอกสารทางวิชาการต่างๆ

เมื่อศึกษาแนวทางในการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล สรุปว่า หากรัฐต้องการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองควรดำเนินการในเรื่องพัฒนานโยบายระดับชาติในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง พัฒนาบุคลากรด้านสุขภาพให้มีความรู้ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง พัฒนาระบบการเข้าถึงยาที่จำเป็น และมีกฎหมายและนโยบายที่สนับสนุนระบบการดำเนินการ เมื่อนำข้อสรุปดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณานโยบายและกฎหมายของไทยพบว่า หน่วยงานที่สำคัญในระบบบริการสุขภาพของไทยเพิ่งเริ่มมีนโยบายในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง เริ่มพัฒนาองค์ความรู้ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง มีระบบการบริหารจัดการยาแต่ยังมีปัญหาในการดำเนินการ ไม่มีนโยบายและกฎหมายที่เอื้อต่อการบริหารจัดการ

ดังนั้นจึงควรดำเนินการพัฒนานโยบายและกฎหมายที่สนับสนุนการดำเนินงานในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองในมิติต่างๆ ทั้งนี้เพื่อเตรียมความพร้อมระบบบริการสุขภาพของประเทศที่จะต้องเผชิญหน้ากับความท้าทายของสังคมผู้สูงอายุ การขยายตัวของสังคมเมืองและอัตราผู้ป่วยโรคร้ายที่เพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ในอนาคต

คำสำคัญ : การดูแลแบบประคับประคอง

* วทม.(สาธารณสุขศาสตร์), สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ

Abstract

This article analyses comparative approaches to the development of internationally accepted palliative care systems, including policies and legislations related to palliative care in Thailand.

When studying the guidelines for developing a palliative care system that is internationally recognized, conclusion of the study suggests that to build a national palliative care system, state should set policy supporting palliative care, provide specialized training for health workers, improve access to and delivery of medicines for palliative care, and ensure that there is legislation supporting related activities. In Thailand, key public health organizations has just started adopting and implementing palliative care policies, knowledge development, and medicines management. However, there are difficulties in carrying out related activities and operations, as there has not been legislation supporting palliative care specifically.

Thailand should prioritize policy-making and legislative process relating to palliative care, in order to handle growing aging society, expanding urbanization, and increase in the number of patients with chronic diseases.

Keywords: Palliative care

1. บทนำ

สุขภาพของประชากรเป็นความมั่นคงของรัฐ หน้าที่ประการหนึ่งของรัฐสมัยใหม่ คือ การจัดหาบริการสาธารณสุขในเรื่องสุขภาพให้แก่ประชากร ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติรับรองหน้าที่ของรัฐในการจัดบริการสุขภาพไว้ หากรัฐไม่ดำเนินการประชาชนหรือชุมชนย่อมมีสิทธิที่จะติดตามเร่งรัด ตลอดจนฟ้องร้องหน่วยงานรัฐให้ต้องดำเนินการได้

องค์การอนามัยโลกได้ให้ความหมายของการดูแลแบบประคับประคอง(Palliative care) ไว้ว่า “วิธีการดูแลที่เป็นการเพิ่มคุณภาพชีวิตของผู้ป่วยที่ป่วยด้วยโรคที่คุกคามต่อชีวิต โดยให้การป้องกันและบรรเทาความทุกข์ทรมานต่างๆที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วยและครอบครัว ด้วยการเข้าไปดูแลปัญหาสุขภาพที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในระยะแรกของโรค รวมทั้งทำการประเมินปัญหาสุขภาพทั้งทางด้าน กาย ใจ ปัญญาและสังคม อย่างละเอียดครบถ้วน”

การดูแลแบบประคับประคอง จึงเป็นรูปแบบการดูแลที่ผสมผสานการดูแลทางการแพทย์ ทางสังคม ทางจิตใจและทางจิตวิญญาณ เข้าด้วยกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ที่ได้รับการดูแลจากไปอย่างสงบ สมศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

ภายในไม่กี่ปีข้างหน้าประเทศไทยจะเผชิญหน้ากับความท้าทายด้านสุขภาพและสังคม คือ การเป็นสังคมผู้สูงอายุแบบสมบูรณ์ มีประชากรป่วยเป็นโรคเรื้อรังเพิ่มมากขึ้น ประชาชนรับรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายมากขึ้น การพัฒนาของสังคมเมืองที่ซับซ้อน และการนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้ในการให้บริการสุขภาพแก่ประชาชนมากขึ้น เมื่อประชากรและระบบสังคมมีความซับซ้อนเช่นนี้ จะส่งผลกระทบต่อระบบต่างๆของสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ความท้าทายเหล่านี้ทำให้ประเทศจะต้องเตรียมโครงสร้างพื้นฐานทั้งบริการสาธารณสุขของรัฐในด้านต่างๆและระบบสังคมอื่นๆเพื่อรองรับกับความท้าทายดังกล่าว ซึ่งปัจจุบันจะเห็นได้ว่าเริ่มมีความตื่นตัวของบุคลากรด้านสุขภาพในการพัฒนาองค์ความรู้และระบบบริการสุขภาพสำหรับเรื่องดังกล่าว โดยเริ่มพัฒนาองค์ความรู้และพัฒนาระบบในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองขึ้นในสถานพยาบาลต่างๆทั่วประเทศ

เนื่องจากประเทศไทยเพิ่งเริ่มพัฒนาระบบดังกล่าวทำให้ต้องกำหนดแนวทางและทิศทางในการพัฒนาอย่างมียุทธศาสตร์และกลวิธี ทั้งนี้เพื่อให้การพัฒนาระบบดังกล่าวมีผลเป็นรูปธรรมภายใต้ทรัพยากรและเวลาที่มืออยู่อย่างจำกัด กฎหมายเป็นเครื่องมือหนึ่งที่สามารถนำมาใช้ในการดำเนินการดังกล่าวได้

กฎหมายเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคม เป็นข้อเท็จจริงของสังคมอย่างหนึ่งที่แสดงถึงพัฒนาการของสังคมในช่วงระยะเวลานั้นๆกฎหมายมีส่วนช่วยในการพัฒนาและรักษาวัฒนธรรมของมนุษยชาติโดยการรักษาคูณค่าของสิ่งที่มีอยู่เดิมและวางกรอบในการสร้างคุณค่าของวัฒนธรรมใหม่ กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือหนึ่งของมนุษย์ในการพัฒนาสังคม เป็นเครื่องมือในการกำหนดกรอบและแนวทางในการบริหารจัดการ เป็นเครื่องมือในการสร้างอำนาจต่อรองในทางสังคม และเป็นเครื่องมือในการจัดสรรทรัพยากรของสังคม

หากต้องการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองให้มีผลเป็นรูปธรรมภายในกรอบเวลาและทรัพยากรที่จำกัดเพื่อให้พร้อมรับมือกับความท้าทายที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคต จึงควรใช้กฎหมายเป็นกรอบหรือแนวทางในการพัฒนาระบบ

บทความนี้จะศึกษาแนวทางการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล อันได้แก่ (1) กฎบัตรปราก(The Prague Charter) (2) มติสมัชชาอนามัยโลก Strengthening of palliative care as a component of comprehensive care throughout the life course (3) คำแนะนำยุทธศาสตร์ในการขับเคลื่อนงานด้าน Palliative care ขององค์การอนามัยโลก (4) Palliative Care Toolkit improving care from the roots up in resource-limited setting ของ The Worldwide Palliative care Alliance (5) 2015 Quality of Death Index Ranking palliative care across the world ของ The Economic Intelligent unit และ (6) Improving Access to Palliative Care ของ องค์การอนามัยโลก แล้วนำมาเปรียบเทียบกับนโยบายของหน่วยงานรัฐและกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับระบบบริการสุขภาพ ว่ามีความสอดคล้องกันหรือไม่

โดยบทความนี้จะเป็นการจุดประกายแนวทางในการพัฒนานโยบายและกฎหมาย รวมทั้งเสนอแนะนโยบายและกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองที่ได้มาตรฐานตามแนวทางที่นานาชาติประเทศให้การยอมรับและสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

2. ความจำเป็นของการดูแลแบบประคับประคองกับสังคมไทย

การดูแลแบบประคับประคองเป็นรูปแบบการดูแลที่ผสมผสานการดูแลทางการแพทย์ ทางสังคม ทางจิตใจและทางจิตวิญญาณ เข้าด้วยกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ที่ได้รับการดูแลจากไปอย่างสงบ สมศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ การดูแลแบบประคับประคองเป็นการแสดงความเห็นอารยะของมนุษย์ อยู่คู่กับสังคมมนุษย์มายาวนาน ตั้งแต่สมัยมนุษย์ยุคมนุษย์นีแอนเดอธัล (Neanderthal) โดยมีหลักฐานทางมานุษยวิทยาว่ามนุษย์กลุ่มนี้มีการดูแลผู้ที่กำลังจะตาย¹ เพื่อลดความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการปฏิบัติที่มนุษย์มีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันแสดงถึงพื้นฐานของความเมตตากรุณาที่อยู่ในใจ การดูแลแบบประคับประคองจึงไม่ใช่เรื่องใหม่ ของสังคมแต่อย่างใดเนื่องจากผูกพันอยู่กับการดำเนินชีวิตของมนุษย์มาตั้งแต่อดีต

การดูแลแบบประคับประคองเป็นรูปแบบการดูแลผู้ที่เป็โรคเรื้อรังหรืออาการไม่อาจรักษาให้หายให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีตามสภาพอาการของโรคและสภาพร่างกายของผู้ป่วยจะเอื้ออำนวยจนกระทั่งผู้ป่วยเสียชีวิต ดังนั้นการดูแลแบบประคับประคองเป็นการ “เปลี่ยนเป้าหมาย” การดูแลจากเดิมที่มุ่งให้ “หายขาดจาก

¹ นักโบราณคดีค้นพบ Spirit Cave Man ในถ้ำที่รัฐเนวาดา สหรัฐอเมริกา โดยพบว่ากะโหลกศีรษะ กระดูกข้อมือหัก ซึ่งน่าจะเป็นมานานหลายปีแล้วเพราะมี Bone Healing รากฟันมีหนองน่าจะมีความทุกข์ทรมานมากและอาจจะเป็นสาเหตุของการเสียชีวิตแต่พบว่าโครงกระดูกนี้มีอาหารอยู่ในกระเพาะอาหารซึ่งน่าจะได้อาหารจากเพื่อนร่วมยุคเดียวกันเพราะเมื่อพิจารณาจากสภาพของซากนี้แล้วไม่น่าจะหาอาหารเองได้แน่นอน

อาการ” เป็นให้ “อยู่กับอาการ” ที่ไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้โดยให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีเท่าที่สภาพร่างกาย และการดำเนินโรคของผู้ป่วยจะเอื้ออำนวย

การพัฒนาศาสตร์ในด้านการดูแลแบบประคับประคองอย่างเป็นระบบเริ่มต้นในสังคมตะวันตกก่อน สังคมไทย ทั้งนี้เป็นเพราะสังคมตะวันตกเผชิญหน้ากับปัญหาความท้าทายทางประชากรศาสตร์และการนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้ในการรักษาเกินควรก่อน กล่าวคือ เมื่อมีผู้ป่วยที่เป็นโรคที่ไม่อาจรักษาให้หาย และผู้สูงอายุเพิ่มมากขึ้น รวมทั้งการนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้ในการดูแลเกินสมควรจนสามารถยืด ความตายออกไปได้ ทำให้ผู้ป่วยอยู่ในสภาพ “ฟื้นไม่ได้ตายไม่ลง” นอนติดเตียงอยู่เป็นจำนวนมาก สภาพของ ผู้ป่วยที่อยู่ติดเตียงพร้อมด้วยเครื่องมือทางการแพทย์เป็นสภาพที่น่าหดหู่ใจสำหรับผู้พบเห็น ในสังคมตะวันตก จึงเกิดคำถามว่ากระบวนการทางการแพทย์เหล่านี้เป็นการไปละเมิดสิทธิหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ มูลเหตุดังกล่าวทำให้เกิดแนวคิดของการ “หาความสมดุล” ระหว่างกระบวนการดูแลทางการแพทย์ที่ เหมาะสมไม่เป็นการเร่งการตายหรือยืดการตายแต่ยังคงรักษาและดูแลผู้ป่วยอย่างมีคุณภาพคงไว้ซึ่งศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์จนกระทั่งผู้สิ้นเสียชีวิต

รูปแบบการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองเริ่มต้นขึ้นในประเทศอังกฤษซึ่งต่อมาได้ กลายเป็นมาตรฐานของการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองทั่วโลก โดยหลักการในการดูแลผู้ป่วยจะ เน้นไปที่การดูแลทางจิตใจและลดความเจ็บปวดในทุกรูปแบบ มีการพัฒนาเทคนิคการใส่ยาระงับปวดแก่ผู้ป่วย จนกลายเป็นสถานที่ฝึกงานต้นแบบสำหรับบุคลากรด้านสุขภาพทั่วโลกที่สนใจจะศึกษาแนวคิดและ กระบวนการในการดูแลผู้ป่วยระยะท้ายแบบประคับประคอง

สำหรับประเทศไทยการพัฒนาศาสตร์ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองเกิดมาจากเหตุผลและ ความจำเป็น 5 ประการ คือ

(1) การที่สังคมไทยจะเผชิญหน้ากับ “สังคมผู้สูงอายุแบบสมบูรณ์²” ในอีกไม่เกิน 20 ปีข้างหน้า เนื่องจากความสำเร็จในนโยบายวางแผนครอบครัว การสาธารณสุขมูลฐานที่ครอบคลุมทั่วประเทศและการที่ ประชากรหันมาสนใจดูแลสุขภาพของตนเองมากขึ้น ส่งผลให้มีจำนวนผู้สูงอายุเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องจากข้อมูล ของสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล ที่ได้รายงานจำนวนประชากรไทยเมื่อ วันที่ 6 มิถุนายน 2560 พบว่าประชากรมีจำนวนทั้งสิ้น 66,047,740 คน ในจำนวนนี้เป็นประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป 11,282,758 คน และมีการคาดการณ์จำนวนประชากรสูงอายุไว้ว่า ใน พ.ศ. 2578 จะมีประชากรสูงอายุ ประมาณร้อยละ 25 ของประชากรทั้งหมด

(2) มีภาวะโรคเรื้อรังที่รักษาไม่หายเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมที่ผ่านมา แม้ว่าจะมีผลดีต่อประเทศแต่ก็ส่งผลเสียด้วยเช่นกัน หากพิจารณาในเรื่องสุขภาพพบว่าการพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมที่ผ่านมาก่อให้เกิดปัญหาสุขภาพตามมาด้วย กล่าวคือ มีการปล่อยมลพิษออกมาซึ่งมลพิษเหล่านี้

² องค์การสหประชาชาติ ได้กำหนดไว้ว่า ประเทศที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป สัดส่วนเกินร้อยละ 10 ของประชากรทั้ง ประเทศถือว่าประเทศนั้นได้ก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ (Aging Society) และจะเป็นสังคมผู้สูงอายุโตสมบูรณ์ (Aged Society) เมื่อสัดส่วนประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป เพิ่มเป็นร้อยละ 20 ของประชากรทั้งประเทศ ดังนั้นปัจจุบันประเทศไทยจึงเป็นสังคม ผู้สูงอายุแล้ว

ส่งผลให้เกิดปัญหาสุขภาพของประชาชน และจากการพัฒนาเศรษฐกิจแบบทุนนิยมทำให้รูปแบบการใช้ชีวิตของประชากรเปลี่ยนแปลงไป โดยประชากรใช้ชีวิตอย่างเร่งรีบ ไม่ใส่ใจรักษาสุขภาพตนเอง ปัญหาสภาพแวดล้อมและวิถีชีวิตดังกล่าวส่งผลให้เกิดโรคเรื้อรัง เช่น มะเร็ง ความดันโลหิตสูง โรคหัวใจ ซึ่งโรคเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายขาดได้ จากผลการศึกษาศานการณสุขภาพไทย คาดการณ์แนวโน้มการตายด้วยโรคต่างๆของประชากรไทยโดยใช้สาเหตุการณตายจากไทม์ไลน์พบว่ามีอุบัติเหตุน่าเศร้า มะเร็งตับ และโรคหลอดเลือดสมอง เป็นสาเหตุการณตายที่พบสูงสุดของผู้ชายไทย ขณะที่เบาหวาน หลอดเลือดสมอง และมะเร็งตับ เป็นสาเหตุการณตายที่พบสูงสุดในผู้หญิง ซึ่งสอดคล้องกับสถานการณ์การเจ็บป่วยที่สำคัญของคนไทยที่พบว่าแนวโน้มการเจ็บป่วยด้วยโรคเรื้อรังที่ป้องกันได้เพิ่มขึ้นมาตลอด ๒ ทศวรรษที่ผ่านมา หากพิจารณาในภาพรวมสาเหตุการณตายของคนไทยพบว่า โรคที่เป็นสาเหตุการณตายที่สำคัญและมีแนวโน้มสูงขึ้นได้แก่ กลุ่มโรคไม่ติดต่อ อุตุนิเหตุ โรคเอดส์ ส่วนโรคติดต่อต่างๆที่เคยเป็นปัญหาการสาธารณสุขที่สำคัญปัจจุบันมีแนวโน้มลดลง

(3) การขยายตัวของสังคมเมืองมากขึ้น โดยการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมที่ผ่านมาทำให้เกิดการอพยพย้ายถิ่นฐานของประชากรสู่สังคมเมืองมากขึ้น ดังนั้นจึงเกิดความต้อการระบบและรูปแบบการให้บริการทางการแพทย์และการดูแลแบบประคับประคองสำหรับประชากรในสังคมเมืองโดยเฉพาะ การที่มีประชากรเข้ามาอยู่ร่วมกันในสถานที่ใดสถานที่หนึ่งเป็นจำนวนมากก่อให้เกิดปัญหาต่างๆตามมามากมาย ได้แก่ การจัดการคมนาคม ปัญหาสภาพแวดล้อม ปัญหาสุขภาพลักษณะและการจัดระบบบริการทางการแพทย์ต่างๆ หากพิจารณาเฉพาะเรื่องการดูแลผู้ทีใกล้ตาย พบว่ามีปัญหาหลายประการ ทั้งระบบการแพทย์ในสังคมเมืองที่ไม่มีระบบการดูแลแบบประคับประคองที่มีประสิทธิภาพ และเกิดกรณีการดูแลผู้ทีใกล้จะเสียชีวิตในตึกสูงจะบริหารจัดการอย่างไร ความรู้สึกของผู้อยู่อาศัยข้างเคียงจะท้ออย่างไร ดังนั้น จึงควรมีการพัฒนา รูปแบบการดูแลแบบประคับประคองในสังคมเมืองเป็นการเฉพาะ

(4) ทศนคติเกี่ยวกับความต้อการในสังคมสมัยใหม่เปลี่ยนแปลงไปทำให้เกิดการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เกินจำเป็น ในสังคมสมัยใหม่ให้ความหมายของความต้อการว่า “การสิ้นสุดของชีวิต” ไม่ใช่ “เป็นส่วนหนึ่งของชีวิต” ความต้อการเป็นความทุกข์ทรมานและเลวร้ายที่สุดในชีวิต ดังนั้นจึงต้องหลีกเลี่ยงโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ต่างๆ แม้ว่าวิธีการเหล่านั้นจะทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน การรักษาโรคไม่ได้ คือ ความล้มเหลวทางการแพทย์ การปล่อยให้ผู้ป่วยต้อการตามธรรมชาติจึงทำไม่ได้ ต้องทำทุกวิถีทางในการยื้อความต้อการหรือทำให้ต้อการช้าที่สุด ซึ่งกระบวนการยื้อความต้อการเหล่านี้ส่งผลถึงคุณภาพชีวิตของผู้ป่วยญาติ บุคลากรทางการแพทย์และระบบบริการสาธารณสุขโดยรวมอย่างมาก

(5) การมีส่วนร่วมของภาคประชาชนในระบบบริการสุขภาพของประเทศมากขึ้นเรื่อยๆ ส่งผลให้เกิดความต้อการการดูแลที่คำนึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จากพัฒนาการของแนวคิดประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม กล่าวคือแนวคิดด้านการพัฒนาระบบสุขภาพของประเทศไทยซึ่งมีลักษณะเป็น “พลวัตร” เนื่องจากการพัฒนาตามสภาพและการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยและสังคมโลก โดยในอดีตการรักษาพยาบาลเป็นเรื่องเฉพาะบุคคลรัฐไม่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย แต่เมื่อเศรษฐกิจและสังคมขยายตัว เริ่มพัฒนารัฐสมัยใหม่แนวคิดดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากรัฐต้อการประชากรที่มีคุณภาพเพื่อเป็นกำลังในการสร้างรัฐให้เข้มแข็ง

ดังนั้นงานด้านสุขภาพจึงเป็นบทบาทหน้าที่หนึ่งที่สำคัญของรัฐ และหากพิจารณาในเรื่องเฉพาะการรักษาพยาบาลในอดีตการรักษาพยาบาลส่วนใหญ่เป็นตามความต้องการและอำนาจการตัดสินใจของแพทย์แต่ลำพัง(Doctor Autonomy) แต่เมื่อสังคมมีการพัฒนาไปมากขึ้นเนื่องจากอิทธิพลของแนวคิดปัจเจกชนและแนวคิดประชาธิปไตย ทำให้ยอมรับว่าผู้ป่วยเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการรักษาพยาบาล ที่มีอำนาจและอิสระในการตัดสินใจเลือกวิธีการรักษาด้วยตนเองได้ (Patient Autonomy) จึงทำให้เกิดหลักการยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) ในการรักษาพยาบาล ซึ่งเป็นการแสดงถึงการเคารพสิทธิในความเป็นอิสระเสรีของมนุษย์ สิทธิในชีวิตและร่างกายตลอดจนสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ป่วย

ปัจจุบันแนวคิดเรื่องสุขภาพของประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงไปอีกระดับหนึ่ง กล่าวคือ นอกจากเคารพในสิทธิและความเป็นปัจเจกของผู้ป่วยแล้วยังคำนึงถึงสังคมและชุมชนด้วย เนื่องจากการสังเกตพฤติกรรมของโรคมัยไข้เจ็บในปัจจุบันพบว่าเกิดจากปัจจัยที่ไม่ใช่แค่เพียงแค่อันตรายจากเชื้อโรคเท่านั้น แต่ยังมีปัจจัยทางด้านพฤติกรรมและสังคมอื่น ๆ อีกด้วย ดังนั้นระบบสุขภาพจึงต้องให้ความสำคัญกับพฤติกรรมของบุคคลเชื่อมโยงกับสังคม ชุมชนที่อาศัยอยู่ รวมถึงสิ่งแวดล้อมรอบข้าง สังคมไทยมีปัญหาพื้นฐานอยู่ที่การมองสุขภาพผ่านวิธีคิดทางการแพทย์เท่านั้น จึงจำกัดบทบาทของการพัฒนาสุขภาพไว้ที่สถาบันและบุคลากรทางการแพทย์เป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการมองระบบสุขภาพในลักษณะที่แยกขาดจากมิติอื่นๆของสังคม

จากแนวคิดดังกล่าวทำให้เกิดการเปิดโอกาสให้สังคมและชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายสาธารณะที่เกี่ยวกับสุขภาพด้วย ดังจะเห็นได้จากนิยาม “สุขภาพ” “ระบบสุขภาพ” และ “สมัชชาสุขภาพ” ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 แนวคิดนี้ถือว่าสอดคล้องกับแนวคิดประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและสอดคล้องกับรูปแบบพฤติกรรมทางระบอบาติวิทยาของโรคมัยไข้เจ็บที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน

ดังนั้นโดยสรุป เมื่อมีความจำเป็นทางประชากรศาสตร์ที่มีผู้สูงอายุและผู้ป่วยที่โรคที่เป็นโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายได้เพิ่มมากขึ้น อีกทั้งสภาพเศรษฐกิจและสังคมก็มีการพัฒนาไปจนทำให้เกิดสังคมเมือง ทิศนคติที่เกี่ยวข้องกับความตายเปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งประชากรมีสำนึกในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมากยิ่งขึ้น เหล่านี้ทำให้รูปแบบและบริบททางการแพทย์จะต้องเปลี่ยนแปลงไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

3. มาตรฐานการดูแลแบบประคับประคองที่ได้รับการยอมรับกันในนานาอารยประเทศ

จากการศึกษาเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคองในระดับสากลพบว่ามีความสนใจในการพัฒนาระบบที่สำคัญและได้รับการยอมรับจากนักวิชาการหรือบุคลากรด้านสุขภาพ จนสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองของประเทศไทยได้ ๖ แนวทางคือ

(1) กฎบัตรปราก(The Prague Charter) เป็นกติกาที่จัดทำเกิดขึ้นจากความร่วมมือของหน่วยงานที่สำคัญในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองในระดับโลก อันได้แก่ The European Association for Palliative Care (EAPC) The International Association for Hospice and Palliative Care (IAHPC)

The Worldwide Palliative Care Alliance (WPCA) Human Rights Watch (HRW) และ The Union for International Cancer Control (UICC) ซึ่งมีหลักการสำคัญ คือ การปล่อยให้ผู้ป่วยทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง การดูแลแบบประคับประคองช่วยบรรเทาความทุกข์ทรมานของผู้ป่วยได้ โดยสนับสนุนและส่งเสริมให้การดูแลแบบประคับประคองมีสถานะเป็น “สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน” และสนับสนุนให้แต่ละรัฐผสมผสานรูปแบบการดูแลแบบประคับประคองในระบบบริการสุขภาพของประเทศ

(2) มติสมัชชาอนามัยโลก Strengthening of palliative care as a component of comprehensive care throughout the life course มีสาระสำคัญ 4 ประการ คือ 1) รัฐต่างๆ ควรมีนโยบายในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองและบูรณาการการดูแลแบบประคับประคองเข้าสู่ระบบบริการสุขภาพของประเทศ 2) รัฐต่างๆ ควรพัฒนาศักยภาพบุคลากรสุขภาพในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง 3) มีระบบยาที่จำเป็นสำหรับการดูแลแบบประคับประคองในบัญชียาหลักแห่งชาติ 4) มีระบบทางสังคมที่สนับสนุนการดำเนินการเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

(3) ยุทธศาสตร์ในการขับเคลื่อนงานด้าน Palliative care ขององค์การอนามัยโลก ได้แนะนำยุทธศาสตร์ในการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคอง 4 ยุทธศาสตร์ คือ 1) มีนโยบายและยุทธศาสตร์ของประเทศ 2) มีระบบการเข้าถึงยา 3) มีการพัฒนาศักยภาพบุคลากรสุขภาพ และ 4) การบูรณาการการทำงานทุกภาคส่วน

(4) Palliative Care Toolkit improving care from the roots up in resource-limited settings ของ The Worldwide Palliative care Alliance ซึ่งสรุปว่าแนวทางในการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองต้องดำเนินการผ่านกรอบนิยามสุขภาพ 4 มิติ คือ กาย จิตใจ สังคม และจิตวิญญาณ ในการดำเนินการในแต่ละมิติก็จะมีรายละเอียดในการดำเนินการที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ 1) ด้านกายมีระบบบริการสุขภาพในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง มีระบบบริหารจัดการยาระงับปวดและยาที่เกี่ยวข้อง มีบุคลากรสุขภาพที่ทำงานในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง 2) ด้านจิตใจมีครอบครัว ชุมชน และสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง 3) ด้านปัญญา นำกิจกรรมทางศาสนาและความเชื่อของชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง 4) ด้านสังคม มีกฎหมายที่สนับสนุนการดำเนินการตามความต้องการของผู้ป่วย มีระบบการเงินการคลังที่สนับสนุนการดูแลแบบประคับประคอง

(5) 2015 Quality of Death index ของ Economist Intelligence Unit เป็นดัชนีวัดคุณภาพการดูแลแบบประคับประคองในแต่ละประเทศ ซึ่งมีตัวชี้วัด 5 กลุ่มหลัก คือ 1) มีนโยบายและยุทธศาสตร์ระดับประเทศในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองและผนวกการดูแลแบบประคับประคองเข้าไปในระบบบริการสุขภาพของประเทศ 2) มีทรัพยากรมนุษย์ กล่าวคือ มีการพัฒนาบุคลากรด้านสุขภาพและประชาชนทั่วไปให้มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง 3) ค่าใช้จ่ายด้านสุขภาพ คือ มีการสนับสนุนงบประมาณจากภาครัฐในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง ผู้ป่วยและญาติไม่ตกอยู่ในสภาวะล้มละลายจากค่าใช้จ่ายในการรับบริการสุขภาพในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต 4) มีคุณภาพของการดูแลแบบ

ระดับประเทศ ที่สามารถลดค่าใช้จ่ายในการดูแลที่ไม่จำเป็นลง ลดภาระให้กับครอบครัวของผู้ป่วยและลดภาระระบบบริการสุขภาพของประเทศ 5) การมีส่วนร่วมของชุมชนและสังคมในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

(6) Improving Access to Palliative Care ขององค์การอนามัยโลก ซึ่งได้แนะนำประเทศต่างๆในเรื่องการดำเนินการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองในแต่ละประเทศ ได้แก่ ปรับปรุงกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้เกิดการเข้าถึงยาแก้ปวดกลุ่ม Opioids นำเรื่องการดูแลแบบประคับประคองเข้าสู่หลักสูตรการเรียนการสอนของบุคลากรสุขภาพ และจัดบริการการดูแลแบบประคับประคองที่หน่วยบริการปฐมภูมิและที่บ้าน

เมื่อพิจารณาแนวทางในการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองที่ทั้ง 6 แนวทางดังกล่าวสามารถสรุปสาระสำคัญได้

ก. สนับสนุนหรือส่งเสริมให้แต่ละรัฐมีนโยบายในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองโดยผนวกเรื่องการดูแลแบบประคับประคองลงในระบบบริการสุขภาพของประเทศ

ข. สนับสนุนหรือส่งเสริมให้แต่ละรัฐพัฒนาบุคลากรด้านสุขภาพให้มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

ค. สนับสนุนหรือส่งเสริมให้แต่ละรัฐสร้างระบบการเข้าถึงยาที่จำเป็นสำหรับใช้ในการดูแลแบบประคับประคอง โดยเฉพาะยาแก้ปวดกลุ่ม Opioids

ง. พัฒนาระบบสนับสนุนการดูแลแบบประคับประคองทั้งในเรื่องงบประมาณและการสนับสนุนต่างๆที่เกี่ยวข้อง

4. การนำกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองของประเทศไทย

เมื่อนำข้อสรุปแนวทางในการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคอง ทั้ง 4 ประการดังกล่าว มาเป็นกรอบในการพิจารณากฎหมายและกรอบนโยบายในเรื่องสุขภาพของประเทศไทยในปัจจุบัน พบว่า

4.1 ประเทศไทยยังไม่มีข้อสรุปในนิยามและความหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคองอย่างเป็นทางการ

เมื่อศึกษาเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคองของประเทศไทยพบว่า ยังไม่มีนิยามหรือความหมายของคำว่า การดูแลแบบประคับประคอง ผู้ป่วยระยะท้าย และสถานที่ดูแลแบบประคับประคอง ที่ทุกฝ่ายในประเทศตกลงร่วมกัน นอกจากนี้ยังพบว่าความเข้าใจของบุคลากรด้านสุขภาพและประชาชนทั่วไปของคำว่า ภาวะใกล้ตาย วาระสุดท้ายของชีวิต และความตายในทางการแพทย์และทางกฎหมาย ก็ยังแตกต่างกันอีกด้วย เหตุที่มีการให้นิยามและความหมายที่แตกต่างกันนั้นก็เนื่องมาจากผู้ที่กำหนดนิยามจะกำหนดนิยามตามภารกิจและหน้าที่ของหน่วยงานตนเองเท่านั้น

แม้องค์การอนามัยโลกจะกำหนดนิยามและความหมายของคำเหล่านี้ไว้ แต่ในทางปฏิบัติประเทศต่างๆ ก็กำหนดนิยามปฏิบัติการของประเทศตนเอง ทั้งนี้เพื่อให้เข้ากับบริบทของสังคมและรูปแบบระบบบริการสุขภาพของประเทศนั้นๆ เป็นหลัก

โดยในการกำหนด ดำเนินการจัดทำนโยบายและกฎหมายของรัฐ การอุดหนุนงบประมาณในการดำเนินการ การตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณ ควรมีการกำหนดกลุ่มเป้าหมายของกลุ่มผู้จะได้รับผลประโยชน์จากนโยบายให้ชัดเจนเพื่อความเป็นธรรมกับประชากรทุกฝ่าย อีกทั้งควรมีกระบวนการสื่อสารทางสังคมเพื่อให้ทุกคนเข้าใจความหมายของคำเหล่านี้ตรงกันเพราะเพื่อประโยชน์ในการสื่อสารและการทำความเข้าใจแก่สังคมต่อไป

หากประเทศไทยต้องการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองอย่างเป็นระบบและผนวกเรื่องนี้เข้าสู่ระบบสุขภาพของประเทศ จะต้องจัดทำนิยามปฏิบัติการของประเทศให้เป็นที่ยุติ มีกระบวนการจัดทำที่รับฟังความคิดเห็นจากทุกภาคส่วน ทั้งฝ่ายนโยบาย บุคลากรผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ประชาชน ผู้รับบริการ หน่วยงานด้านการศึกษาด้านสุขภาพ สถานพยาบาลทั้งรัฐและเอกชน ฝ่ายตรวจสอบและกำกับ การใช้จ่ายงบประมาณ สถานพยาบาล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรทางศาสนา แล้วนำข้อสรุปที่ได้ใช้กระบวนการทางกฎหมายในการออกประกาศกำหนดบทนิยามต่างๆ ก็จะทำให้เกิดนิยามปฏิบัติการกลางของประเทศ

4.2 ประเทศไทยเพิ่งเริ่มดำเนินนโยบายในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับระบบบริการสุขภาพของประเทศเริ่มมีนโยบายในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง โดยจะเห็นได้จากกระทรวงสาธารณสุข สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ(สปสช.) สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ(สช.) และสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล(องค์การมหาชน) (สรพ.) มีเรื่องการดูแลแบบประคับประคองในนโยบายของหน่วยงานหรือยุทธศาสตร์ในการทำงาน แต่ก็ยังมีอีกหลายหน่วยงานที่มีความสำคัญกับระบบบริการสุขภาพของประเทศไทยแต่ไม่มีเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง เช่น สำนักงานประกันสังคม(สปส.) หรือกรมบัญชีกลาง หรือแม้แต่แผนผู้สูงอายุแห่งชาติฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2545 - 2564) ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1 พ.ศ. 2552 ของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ซึ่งควรจะมีเรื่องการดูแลแบบประคับประคองก็ไม่ได้ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในแผน และเมื่อพิจารณานโยบายของรัฐของหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคองจะเน้นหนักไปที่เรื่องการพัฒนาบริการทางการแพทย์ของภาครัฐเป็นหลัก อันได้แก่ การพัฒนาสถานพยาบาลของรัฐ การสร้างตัวชีวิต การพัฒนาบุคลากรของรัฐในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองเป็นหลัก แต่ละเลยการประสานความร่วมมือและนำศักยภาพของหน่วยราชการอื่นนอกกระบบบริการสุขภาพ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ภาคเอกชน องค์กรทางศาสนาและประชาสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำและดำเนินนโยบายการพัฒนาบริการดูแลแบบประคับประคองของประเทศ

การดูแลแบบประคับประคองเป็นมาตรการดูแลสุขภาพที่นอกจากจะต้องมีการดูแลทางการแพทย์แล้วยังมีการดูแลที่มีใช้เรื่องทางการแพทย์ด้วย โดยการดูแลที่มีใช้เรื่องทางการแพทย์เหล่านี้เป็นหน้าที่ของญาติผู้ป่วย นักสังคมสงเคราะห์หรือได้รับการสนับสนุนจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือจากการดูแลและให้ความช่วยเหลือโดยเครือข่ายภาคประชาสังคม จิตอาสา ต่างๆ

สถานการณ์ของการดูแลแบบประคับประคองในปัจจุบันพบว่าภาคเอกชนและภาคประชาสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในระบบสุขภาพมากขึ้นมีทั้งรูปแบบจิตอาสาหรือองค์กรแสวงหากำไร มีการเปิดให้บริการสถานที่ดูแลผู้สูงอายุ ผู้ป่วยโรคเรื้อรัง ผู้ป่วยที่อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตที่ดำเนินการโดยสถานพยาบาลเอกชนหรือชุมชนเพิ่มมากขึ้นทั่วประเทศ โดยพบว่าสถานที่เหล่านี้บางแห่งมีการพัฒนาคุณภาพและมาตรฐานในการบริการสูงกว่าสถานพยาบาลของรัฐ นอกจากนี้องค์กรทางศาสนาในประเทศไทยยังให้การดูแลแบบประคับประคองมายาวนานและต่อเนื่องจนกระทั่งปัจจุบัน เช่น วัดพระบาทน้ำพุที่ดูแลผู้ป่วย HIV/AIDS วัดคำประมง โครงการเผชิญความตายอย่างสงบของพระไพศาล วิสาโล หรือการดำเนินการขององค์กรทางคริสต์ศาสนาที่ดูแลผู้ป่วยใกล้ตายต่างๆ การดำเนินงานขององค์กรทางศาสนาเหล่านี้ได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐน้อยมาก โดยอาศัยงบประมาณที่ได้จากการบริจาคจากช่องทางต่างๆ ทำให้มีต้นทุนทางสังคมและเครือข่ายที่มีอยู่ในการดำเนินงาน และปัจจุบันเรื่องการดูแลแบบประคับประคองกำลังได้รับการสนใจจากสังคมมากขึ้นเรื่อยๆ ทำให้มีบุคคลที่มีชื่อเสียงของสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการขับเคลื่อนกิจกรรมในรูปแบบต่างๆ ดังนั้นในการกำหนดนโยบายและกรอบการดำเนินการของส่วนราชการต่างๆ ที่เกี่ยวกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคองจึงไม่ควรจะพิจารณาเฉพาะอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานตนเองเป็นสำคัญเท่านั้น แต่ควรเชื่อมโยงนโยบายของรัฐสู่ภาคเอกชนและประชาสังคม ภาครัฐควรต้องนำศักยภาพขององค์กรภาคเอกชน ภาคประชาสังคมและองค์กรทางศาสนาเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานกับภาครัฐด้วย ทั้งนี้เพื่อประสิทธิภาพประสิทธิผลและประโยชน์ในการขับเคลื่อนนโยบายของภาครัฐเอง

โดยในการกำหนดนโยบายของภาครัฐควรนำศักยภาพของส่วนราชการต่างๆ ภาคเอกชนและภาคประชาสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินนโยบายการดูแลแบบประคับประคองของภาครัฐให้มากขึ้น โดยความร่วมมือเหล่านี้ควรเริ่มตั้งแต่การจัดทำนโยบาย การผลักดันนโยบายและการขับเคลื่อนนโยบาย

4.3 ประเทศไทยยังมีปัญหาในเรื่องการเข้าถึงยากลุ่ม Opioids

ในการดูแลแบบประคับประคองนั้นยาที่ควบคุมอาการปวดถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ใช้ในการดูแลอาการเนื่องจากผู้ป่วยส่วนใหญ่จะมีอาการปวดจากโรคที่เป็นหากควบคุมอาการปวดได้แล้วจะทำให้ผู้ป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดีใช้ชีวิตประจำวันได้ตามปกติ ยากลุ่ม Opioids เป็นยาที่มีประสิทธิภาพมากในการระงับความปวด เช่น ความปวดจากโรคมะเร็ง อย่งได้ผล³ เมื่อพิจารณาตามบัญชียาหลักแห่งชาติ ที่แนะนำให้

³ ยาในกลุ่มโอปิออยด์ (opioid) เป็นยาแก้ปวดที่มีประสิทธิภาพสูงที่ออกฤทธิ์บริเวณสมองและระบบประสาทเป็นหลัก มีประโยชน์มากในการใช้ระงับความเจ็บปวดขั้นรุนแรงในโรคต่างๆ เช่น การผ่าตัด ความเจ็บปวดจากโรคมะเร็ง แต่ใน

สถานพยาบาลต่างๆ ใช้เป็นกรอบในการจัดการยา พบว่ามียากลุ่ม opioids 8 ชนิด ซึ่งสามารถแบ่งได้ 3 กลุ่มคือ

ก. ยาที่เป็นยาเสพติดให้โทษประเภท 2 ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ได้แก่ ยา Codeine phosphate ยา Fentanyl ยา Methadone hydrochloride ยา Morphine sulfate และ ยา Pethidine hydrochloride และยาที่เป็นวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ประเภท 2 ตามพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. 2518 ได้แก่ ยา Buprenorphine hydrochloride โดยยาทั้งสองประเภทนี้มีหลักเกณฑ์ในการใช้ที่คล้ายคลึงกัน คือ ห้ามเสพยาทุกวันเป็นการเสพติดเพื่อการรักษาโรคตามคำสั่งของแพทย์และผู้ป่วยไม่ต้องขอรับอนุญาตครอบครองหากเป็นการครอบครองตามคำแนะนำของแพทย์เพื่อใช้ในการรักษาโรค นอกจากนั้นกฎหมายยังกำหนดมาตรการในการควบคุมการใช้ยาทั้งสองประเภทดังกล่าวที่ค่อนข้างเข้มงวดและคล้ายคลึงกัน ได้แก่ สถานพยาบาลและแพทย์ที่จะใช้ยากลุ่มนี้จะต้องขออนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา(อย.) ก่อน สถานพยาบาลจะจ่ายยาให้ผู้ป่วยจะต้องมีใบอนุญาตจำหน่ายยา กฎหมายกำหนดมาตรการในการเก็บรักษา การทำลายยา การทำบัญชีเก็บรักษา และกำหนดปริมาณการครอบครองยาของสถานพยาบาลโดยกระทรวงสาธารณสุขได้กำหนดปริมาณการครอบครองยานี้ของสถานพยาบาลต่างๆ ไว้ โดยมีสาระสำคัญคือการการจำหน่ายหรือครอบครองยาของโรงพยาบาลให้โรงพยาบาลแจ้งจำนวนปริมาณยาที่ต้องการจะซื้อต่อ อย. โดย อย. จะพิจารณาปริมาณยาที่จะอนุญาตให้จำหน่ายหรือครอบครองตามประเภทของสถานพยาบาลตามบัญชีท้ายประกาศ

ข. ยาที่เป็นวัตถุอันตรายตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ได้แก่ ยา Tramadol hydrochloride ซึ่งมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการใช้ยา ได้แก่ ห้ามขายยาอันตรายในกรณีที่เกิดชุกกรไม่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้นยังกำหนดรายละเอียดในการขายยาอันตรายไว้และต้องจัดทำบัญชีการขายยาอันตรายให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด

ค. ยาที่ไม่ถูกควบคุมตามกฎหมายใดๆ ได้แก่ ยา Nalbuphine hydrochloride

สถานการณ์ของการใช้ยากลุ่มนี้ในโรงพยาบาลรัฐและเอกชนแตกต่างกันอย่างมาก เนื่องจากในสถานพยาบาลเอกชนมีที่ปรึกษากฎหมายคอยให้คำปรึกษา ผู้ป่วยมีงบประมาณในการซื้อยามากกว่า ดังนั้นจะไม่มีปัญหาการใช้ยากลุ่ม Opioids มากนักเมื่อเทียบกับสถานพยาบาลของรัฐ สถานพยาบาลของรัฐขนาดเล็กหลายแห่งไม่มีการสำรองยากลุ่ม Opioids ทำให้เกิดปัญหาการหายากลุ่มนี้มาใช้ในผู้ป่วยบ่อยครั้งผู้ป่วยยินยอมฆ่าตัวตายเพราะไม่ต้องการทุกข์ทรมานจากความเจ็บปวด ผู้ป่วยไม่มียาแก้ปวดใช้เพราะแพทย์และสถานพยาบาลไม่มีความรู้ความเข้าใจในการใช้ยากลุ่มนี้ที่เพียงพอ

จากการสำรวจข้อมูลบุคลากรและบริการด้านดูแลแบบประคับประคองของสถานพยาบาลในประเทศไทยพบว่าโรงพยาบาลของรัฐ 537 แห่ง มีปริมาณการใช้ยากลุ่ม Opioids น้อยเกินไป ซึ่งสอดคล้องกับรายงาน Human Rights Watch และ International Narcotics Control Board ซึ่ง

ขณะเดียวกัน เนื่องจากเป็นยาที่ออกฤทธิ์กับระบบประสาทจึงต้องอยู่ในความควบคุมดูแลของแพทย์ มิฉะนั้นอาจเกิดผลข้างเคียงที่อันตรายและก่อให้เกิดการเสพติดได้

รายงานปริมาณการใช้ยาในกลุ่ม Opioids ในประเทศไทยมีปริมาณการใช้ยาที่ต่ำมากเช่นกัน เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจาก 3 ปัจจัยหลัก คือ การขาดแคลนยาในกลุ่ม Opioids ของสถานพยาบาล การที่ อย. กำหนดปริมาณการครอบครองยาเสพติดในกลุ่ม Opioids สำหรับสถานพยาบาล และความยุ่งยากในการส่งเอกสารของสถานพยาบาลในการใช้ยาของแพทย์ โดยปัจจัยเหล่านี้ทำให้สถานพยาบาลประสบปัญหาและอุปสรรคในการเข้าถึงยาในกลุ่ม Opioids ในการรักษาอาการปวดของผู้ป่วย นอกจากนี้ความเข้าใจในข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการใช้ยาที่คลาดเคลื่อนและทัศนคติเกี่ยวกับผู้ใช้ยาในกลุ่ม Opioids ก็เป็นเรื่องสำคัญที่ทำให้แพทย์ไม่ต้องการใช้ยากับผู้ป่วยที่ต้องได้รับการดูแลแบบประคับประคอง⁴

เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาของการเข้าถึงยาในกลุ่ม Opioids ในสถานพยาบาลสามารถแยกได้ 3 ประเด็นหลักๆ คือ อุปสรรคทางกฎหมายในการใช้และการบริหารยา บุคลากรด้านการสาธารณสุขเข้าใจข้อกำหนดคลาดเคลื่อนและทัศนคติเกี่ยวกับผู้ใช้ยาในกลุ่มนี้ โดยแต่ละมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

ก. แก้ไขอุปสรรคในข้อกำหนดในการใช้และการบริหารยา เนื่องจากยาในกลุ่ม Opioids เป็นยาเสพติดซึ่งตามกฎหมายมีมาตรการในการควบคุมที่เข้มงวดและรัดกุมทั้งนี้เป็นเพราะประเทศไทยมีพันธกรณีกับองค์กรระหว่างประเทศในการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด⁵ โดยมีหน่วยงานที่สำคัญที่ทำหน้าที่กำกับดูแลนโยบายภาพรวมเกี่ยวกับยาเสพติดของประเทศ ได้แก่ “คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด” ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน มีองค์ประกอบซึ่งมาจากส่วนราชการและผู้ทรงคุณวุฒิต่างๆ ซึ่งมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นคณะกรรมการด้วย ที่ผ่านมานโยบายเกี่ยวกับยาเสพติดของประเทศไทยจะเน้นการปราบปราม จับกุมเป็นหลัก ดังนั้นในการแก้ไขปัญหการเข้าถึงยาในกลุ่ม Opioids ประการแรกจึงต้องทำความเข้าใจกับหน่วยงานด้านความมั่นคง และหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมต่างๆ ด้วยทั้งนี้เพื่อให้ได้รับการสนับสนุนและไม่เกิดการคัดค้านเมื่อต้องเพิ่มเติมหรือแก้ไขกฎหมาย โดยเมื่อพิจารณาจากปัญหาข้อกำหนดพบว่ามีปัญหากฎหมาย 3 ประการสำคัญ คือ

(1) กฎหมายห้ามยืมยาในกลุ่ม Opioids ระหว่างสถานพยาบาล เนื่องจากพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ห้ามยืมยาระหว่างสถานพยาบาลทำให้เกิดปัญหาในการบริหาร

⁴ เมื่อ ปี พ.ศ. 2553 มีการจัดประชุมร่วมกันระหว่าง องค์การเภสัชกรรม สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา แพทย์สมาคมแห่งประเทศไทย และสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เพื่อหารือสถานการณ์การใช้ยาในกลุ่ม Opioids ในประเทศไทยเนื่องจากพบว่าประเทศถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ยาในกลุ่ม Opioids น้อยที่สุดในภูมิภาคเอเชีย สาเหตุเกิดจากบุคลากรด้านสุขภาพเกรงว่าผู้ป่วยจะติดยา และมีปัญหาเรื่องข้อกำหนดและระเบียบต่างๆ ที่ควบคุมการใช้ยาในกลุ่ม Opioids อย่างเข้มงวดจนบุคลากรด้านสุขภาพไม่กล้าใช้ยา นอกจากนี้ยังมีปัญหาเรื่องข้อกำหนดที่ไม่อนุญาตให้ปลูกฝิ่นเพื่อนำไปผลิตเป็นยาในกลุ่ม Opioids ทำให้ประเทศไทยต้องเสียงบประมาณเป็นจำนวนมากในการนำเข้าฝิ่นและมอร์ฟีนจากต่างประเทศ

⁵ อนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1961 (The Single Convention on Narcotic Drugs, 1961) พิธีสารแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1972 (The 1972 Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs) อนุสัญญาว่าด้วยวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1971 (The Convention on Psychotropic Substances 1971) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 (The United Nations Convention against illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988)

ยาในลักษณะเครือข่าย ยาในกลุ่ม Opioids เป็นยาที่มีอายุการใช้งานสั้น ดังนั้นสถานพยาบาลต่างๆจึงไม่นิยมสำรองยาในปริมาณมาก หากต้องการพัฒนาระบบบริหารจัดการยาในกลุ่ม Opioids ในลักษณะของเครือข่ายมีการยืมยาจากสถานพยาบาลขนาดใหญ่สู่สถานพยาบาลในชุมชน จึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 เพื่อให้สามารถยืมยาระหว่างสถานพยาบาลได้

(2) กฎหมายกำหนดปริมาณการครอบครองยาของสถานพยาบาลทำให้สถานพยาบาลหลายแห่งไม่มีการสำรองยาในปริมาณที่เพียงพอจะใช้เพื่อการดูแลผู้ป่วยแบบประคับประคอง เนื่องจากจะต้องแบ่งยาไปใช้สำหรับดูแลรักษาผู้ป่วยกลุ่มอื่นด้วย ดังนั้นจึงควรแก้ไขประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับดังกล่าวเพื่อให้สถานพยาบาลมียาในปริมาณที่เพียงพอสำหรับการดูแลผู้ป่วยกลุ่มต่างๆรวมทั้งผู้ป่วยแบบประคับประคอง

(3) มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนในการจัดซื้อยาที่ซับซ้อนและใช้เวลายาวนานในการสั่งซื้อ เนื่องจากยาในกลุ่ม Opioids ก็เป็นยาที่มีอายุการใช้งานสั้นทำให้สถานพยาบาลไม่ต้องการสำรองยาในปริมาณมากเพราะเกรงว่ายาจะหมดอายุก่อนใช้หมด ดังนั้นจึงควรพัฒนาระบบการจัดซื้อยาเพื่อเอื้ออำนวยให้สถานพยาบาลสามารถจัดหาได้อย่างสะดวกและมีมาตรการในการป้องกันที่รัดกุม

ข. เผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเรื่องกฎหมายแก่บุคลากรด้านการสาธารณสุข เนื่องจากบุคลากรด้านสุขภาพเข้าใจข้อกำหนดที่คลาดเคลื่อนโดยมีประเด็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนดังต่อไปนี้

(1) หากผู้ป่วยนำยาในกลุ่ม Opioids ที่ใช้ในการรักษาโรคของตนเองไปให้ผู้อื่นใช้แพทย์ผู้จ่ายยาหรือสถานพยาบาลจะมีความผิด หรือในกรณีที่ผู้ป่วยเสียชีวิตแล้วญาติผู้ป่วยนำยาของผู้ป่วยที่เหลือไปใช้ประโยชน์แพทย์ผู้จ่ายยาหรือสถานพยาบาลจะมีความผิด ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายกรณีเหล่านี้แพทย์และสถานพยาบาลไม่มีความผิด เนื่องจากหากผู้ป่วยได้รับการจ่ายยาเพื่อการรักษาโรคโดยแพทย์ ผู้ป่วยที่ครอบครองยาจะไม่มีผิดตามกฎหมาย แพทย์ที่จ่ายยากี่ไม่ผิดกฎหมาย แต่หากผู้ป่วย(หรือญาติ) นำยาไปให้ผู้อื่นใช้ผู้ที่นำไปใช้จะมีความผิดตามกฎหมายนี้เนื่องมาจากนำไปใช้โดยไม่ได้ได้รับอนุญาตจากแพทย์ แต่แพทย์หรือสถานพยาบาลไม่มีความผิดตามกฎหมาย

(2) มีกฎหมายห้ามนำยาในกลุ่ม Opioids ไปใช้นอกสถานพยาบาลหรือไม่ มีสถานพยาบาลหลายแห่งออกข้อกำหนดห้ามนำยาในกลุ่ม Opioids ไปใช้นอกสถานพยาบาล แต่เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ไม่ได้ห้ามการนำยาไปใช้นอกสถานพยาบาลแต่อย่างใด

ค. สร้างทัศนคติที่ดีเกี่ยวกับผู้ใช้ยาในกลุ่ม Opioids สังคมโดยทั่วไปมีทัศนคติที่ไม่ดีโดยมองว่าเป็นผู้ที่เคยติดยาเสพติดมาก่อน ดังนั้นควรสร้างความรู้ความเข้าใจในถึงความสำคัญของยาในกลุ่ม Opioids แก่สังคมผ่านช่องทางการสื่อสารรูปแบบต่างๆ

ง. ควรสร้างระบบการบริหารยาในกลุ่ม Opioids เนื่องจากปัญหาหลักของการดูแลแบบประคับประคองที่บ้านคือการควบคุมอาการปวดของผู้ป่วย บ่อยครั้งที่ผู้ป่วยจะต้องเดินทางระหว่างสถานพยาบาลและบ้านเพื่อมารับยาแก้ปวด เนื่องจากแพทย์ไม่กล้าจ่ายยาในกลุ่ม Opioids ให้ผู้ป่วยกลับไปใช้ที่บ้านเนื่องจากเกรงว่าผู้ป่วยจะนำยาไปให้ผู้อื่นใช้หรือมีเหตุการณ์ต่างๆที่ทำให้ผู้ที่ไม่ใช่ผู้ป่วยนำยาไปใช้ หากมี

การสร้างระบบการบริหารจัดการยาและข้อมูลการใช้ยาระหว่างสถานพยาบาลที่จ่ายยาและสถานพยาบาลในชุมชนของผู้ป่วยจะทำให้ผู้ป่วยรับยาจากที่มัลติคลากระสุขภาพที่เยี่ยมบ้านหรือจากสถานพยาบาลใกล้บ้านได้

จ. ควรนำพืชสมุนไพร เช่น กัญชา กระท่อม มาใช้ในทางการแพทย์เพื่อการระงับปวดในผู้ป่วยระยะท้าย โดยควรพัฒนานโยบายให้นำพืชที่เป็นยาเสพติดมาใช้ประโยชน์ในทางการแพทย์ได้ เช่นเดียวกับการนำมาใช้ประโยชน์ในงานด้านสิ่งทอและหัตถกรรม

4.4 ประเทศไทยเพิ่งเริ่มพัฒนาบุคลากรด้านสุขภาพในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

การดูแลแบบประคับประคองประกอบไปด้วยมิติของการดูแล 4 มิติ คือ การดูแลทางกาย จิตใจ สังคม และจิตวิญญาณ ดังนั้นการดูแลแบบประคับประคองจึงเป็นทั้งศาสตร์ที่เป็นองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์และเป็นศิลปะที่ต้องประยุกต์ใช้องค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ กับสภาพสังคม วิถีชีวิต ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรมของผู้ป่วยและญาติ ดังนั้นบุคลากรที่ให้การดูแลแบบประคับประคอง จะต้องเป็นทีมสหสาขาวิชาชีพ ซึ่งประกอบไปด้วยบุคลากรทางด้านสุขภาพและที่ไม่ใช่บุคลากรด้านสุขภาพ โดยบุคลากรด้านสุขภาพ คือ แพทย์ พยาบาล เภสัชกร นักกายภาพบำบัด นักโภชนาการ นักสังคมสงเคราะห์ อาสาสมัครสาธารณสุข และที่ไม่ใช่บุคลากรสุขภาพซึ่งจะเป็นภาคประชาสังคมในพื้นที่ อันได้แก่ ผู้นำชุมชน ผู้นำศาสนา และจิตอาสา เนื่องจากในประเทศไทยเพิ่งเริ่มพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองทำให้ทำให้มีปัญหาในเรื่องบุคลากรที่ทำงานในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง คือ

จากเอกสารทางวิชาการต่างๆพบเพียงพบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล เภสัชกรและนักสังคมสงเคราะห์เท่านั้นในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง แต่ไม่พบบทบาทของวิชาชีพอื่นๆ

ประเทศไทยเริ่มมีการเรียนการสอนในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองทั้งในระดับก่อนปริญญา และหลังปริญญาโดยการฝึกอบรมด้านการดูแลแบบประคับประคองในหลักสูตรพยาบาลศาสตร์ก่อน อีกทั้งพยาบาลก็ยังคงอยู่ใกล้ชิดกับผู้ป่วยมากกว่าวิชาชีพอื่นทำให้พยาบาลมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องนี้ดีกว่าวิชาชีพอื่น พยาบาลจึงถือเป็นกำลังหลักที่ทำหน้าที่ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองของประเทศและสภาการพยาบาลมีนโยบายที่สนับสนุนและส่งเสริมเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง โดยมีการพัฒนาหลักสูตรที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคองทั้งในระดับก่อนปริญญาและหลังปริญญา แต่จากปัญหาหลักของวิชาชีพทางการแพทย์พยาบาล คือ ภาระงานที่หนักแต่ผลตอบแทนน้อย จนทำให้มีพยาบาลลาออกจากการทำงานในสถานพยาบาลของรัฐไปอยู่เอกชนหรือย้ายไปทำงานอื่นเป็นจำนวนมากในแต่ละปี เหล่านี้ซึ่งส่งผลให้ขาดพยาบาลที่มีเชี่ยวชาญในการดูแลผู้ป่วย นอกจากนั้นยังพบว่ายังมีปัญหาในเรื่องความก้าวหน้าในทางวิชาชีพด้วยกล่าวคือ พยาบาลที่ทำงานในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองไม่มีความก้าวหน้าในทางวิชาชีพกล่าวคือ ไม่มีตำแหน่งเฉพาะในการทำงาน

ในส่วนวิชาชีพแพทยนั้นประเทศไทยยังขาดแคลนทั้งในส่วนของความรู้พื้นฐานในหลักสูตรแพทยศาสตร์บัณฑิตสำหรับแพทย์ทั่วไปและหลักสูตรหรือการฝึกอบรมแพทย์เฉพาะทางที่ต้องให้บริการผู้ป่วยกลุ่มนี้ จากผลการสำรวจเมื่อปี พ.ศ. 2555 พบว่าโรงพยาบาลของรัฐ 537 แห่ง มีแพทย์ที่ผ่านการอบรม

หลักสูตรการดูแลแบบประคับประคองในทุกระดับ 146 คน ดังนั้นจึงควรพัฒนาหลักสูตรแพทยศาสตร์ศึกษาให้มีเรื่องการดูแลแบบประคับประคองทั้งในระดับก่อนปริญญาและหลังปริญญา

วิชาชีพเภสัชศาสตร์และสังคมสงเคราะห์เพิ่งเริ่มวางกรอบแนวทางในการดูแลผู้ป่วยแบบประคับประคองและพัฒนาหลักสูตรเพื่อการดูแลผู้ป่วยแบบประคับประคอง

ดังนั้นหากมีการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองในประเทศไทย จึงควรมีพัฒนาหลักสูตรการดูแลแบบประคับประคองสำหรับบุคลากรด้านสุขภาพทั้งในระดับก่อนและหลังปริญญาอย่างต่อเนื่อง และส่งเสริมความก้าวหน้าในทางวิชาชีพ อันได้แก่ การมีตำแหน่งหรืออัตราเงินเดือนที่เหมาะสมแก่บุคลากรด้านสุขภาพที่ทำงานในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

นอกจากนี้ยังควรแยกงานบริหารงานบุคคลของกระทรวงสาธารณสุขออกจากสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน(กพ.) เนื่องจากหลักการในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองจะต้องอาศัยบุคลากรหลายวิชาชีพรวมกันเป็นทีมสหสาขาวิชาชีพในการดำเนินงาน กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในระบบสุขภาพจึงมีบุคลากรจากสาขาวิชาชีพต่างๆมาร่วมดำเนินการมากมาย ดังนั้น โดยควรมีกฎหมายว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของกระทรวงสาธารณสุขแยกต่างหากจากทั้งนี้เพื่อที่จะทำให้การบริหารงานบุคคลของกระทรวงสาธารณสุขเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับสภาพปัญหาในระบบสุขภาพที่เปลี่ยนแปลงไป

4.5 ประเทศไทยยังมีปัญหาในเรื่องการบริหารจัดการระบบสนับสนุนในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

ระบบการสนับสนุนนี้จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับเวชปฏิบัติต่างๆของทีมสหสาขาวิชาชีพและการจัดสรรทรัพยากรสาธารณสุขเพื่อใช้สำหรับการดูแลแบบประคับประคอง เมื่อพิจารณานโยบายและกฎหมายของไทยพบว่ามีปัญหา อุปสรรคต่างๆ โดยสามารถแยกประเด็นพิจารณาและแนวทางในการแก้ไขปัญหาได้ดังต่อไปนี้

4.5.1 มีความเหลื่อมล้ำของระบบการเงินการคลังด้านสุขภาพที่สนับสนุนการดำเนินการในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

โดยในระบบบริการสุขภาพของไทยปัจจุบันแบ่งกลุ่มผู้มีสิทธิในการเข้ารับบริการได้ 3 กลุ่มหลัก คือ กลุ่มข้าราชการ ลูกจ้างของรัฐและครอบครัวได้รับสิทธิสวัสดิการค่ารักษาพยาบาล กลุ่มพนักงานและลูกจ้างตามกฎหมายประกันสังคมได้รับสิทธิประกันสังคม และกลุ่มประชาชนทั่วไปได้รับสิทธิหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ โดยแต่ละกลุ่มจะมีหลักเกณฑ์ในการจ่ายเงินค่ารักษาพยาบาลและการสนับสนุนการดำเนินการในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองที่แตกต่างกันไปตามที่กฎหมายกำหนด หากพิจารณาในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองนั้นพบว่าชุดสิทธิประโยชน์⁶ ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองมีความเหลื่อม

⁶ ชุดสิทธิประโยชน์คือสิทธิประโยชน์ที่ผู้มีสิทธิจะได้รับตามสิทธิของตนในแต่ละระบบหลักประกันสุขภาพ

ล้ำกัน โดยแต่ละสิทธิมีความเหลื่อมล้ำและแตกต่างกันมาก กล่าวคือ สวัสดิการค่ารักษาพยาบาลจะเป็นการดูแลแบบประคับประคองในสถานพยาบาลเท่านั้น สิทธิประกันสังคมเป็นการให้การดูแลแบบประคับประคองในสถานพยาบาลและจะต้องนำสิทธิประโยชน์ที่กฎหมายกำหนดไว้ 7 กรณี⁷ มาปรับใช้ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองเท่านั้น มีเพียงสิทธิหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเท่านั้นที่กำหนดชุดสิทธิประโยชน์ในการดูแลแบบประคับประคองทั้งในสถานพยาบาลและที่บ้าน(และเมื่อมาพิจารณาชุดสิทธิประโยชน์ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองที่บ้านพบว่าไม่เพียงพอต่อการดูแลประคับประคองที่บ้าน)

โดยมูลเหตุของปัญหาทั้งหมดมาจากข้อกฎหมายเนื่องจากกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิเหล่านี้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้ารับบริการสาธารณสุขไว้แตกต่างกัน โดยพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ได้กำหนดหลักการว่าจะต้องเข้ารับบริการสาธารณสุขที่สถานพยาบาลเท่านั้น ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ที่กฎหมายและข้อกำหนดของกองทุนอนุญาตให้ไปรับบริการสาธารณสุขที่สถานพยาบาลหรือที่บ้านได้ ดังนั้นหากต้องการพัฒนาระบบการดูแลแบบประคับประคองทั้งในสถานพยาบาลและนอกสถานพยาบาลควรแก้ไขกฎหมายในประเด็นดังกล่าว และมีข้อเสนอเพิ่มเติม คือ

(1) ควรลดความเหลื่อมล้ำในชุดสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคองของแต่ละระบบหลักประกันสุขภาพ หรือควรมีชุดสิทธิประโยชน์กลางในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองที่ใช้สำหรับทุกระบบหลักประกันสุขภาพ

(2) เนื่องจากในประเทศไทยมีสถานพยาบาลหลายระดับตั้งแต่ระดับโรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบล จนถึงโรงพยาบาลของโรงเรียนแพทย์หรือโรงพยาบาลเอกชนขนาดใหญ่ ดังนั้นจึงควรพัฒนาชุดสิทธิประโยชน์ในการดูแลแบบประคับประคองให้เหมาะสมกับสภาพของสถานพยาบาลแต่ละระดับ(Setting) และสามารถนำชุดสิทธิประโยชน์ที่ใช้ในสถานพยาบาลไปใช้นอกสถานพยาบาลได้

(3) ในต่างประเทศมีการทำกรมธรรม์ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองมาขายอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้เพื่อเสริมชุดสิทธิประโยชน์ที่รัฐให้การดูแล ดังนั้นสำหรับประเทศไทยควรนำศักยภาพของบริษัทประกันภัยเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการการเงินการคลังในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง ทั้งนี้เพื่อเป็นการเสริมประสิทธิภาพชุดสิทธิประโยชน์ที่รัฐจัดหาให้และเป็นทางเลือกของประชาชนในการวางแผนการดำรงชีวิต ซึ่งในกรณีนี้จึงเป็นประเด็นการตัดสินใจเชิงนโยบายว่าประเทศไทยควรมีกรมธรรม์แบบการดูแลแบบประคับประคองหรือไม่ เนื่องจากในระบบหลักประกันสุขภาพต่างๆ ที่รัฐจัดหาให้ประชาชนการมีการดูแลแบบประคับประคองอยู่แล้ว โดยในความเห็นของข้าพเจ้านั้นระบบกรมธรรม์แบบการดูแลแบบประคับประคองน่าจะเป็นระบบเสริมประสิทธิภาพของชุดสิทธิประโยชน์ของระบบหลักประกันสุขภาพต่างๆ ที่รัฐจัดหาให้แก่ประชาชน

⁷ สิทธิประโยชน์จากกองทุนประกันสังคมที่ลูกจ้างจะได้รับจะมี 7 สิทธิ ได้แก่ (1) ประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย (2) ทูพพลภาพ (3) ตาย (4) คลอดบุตร (5) สงเคราะห์บุตร (6) ว่างาน (7) ชราภาพ

4.5.2 ไม่มีระบบการยืมเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ไปใช้ในการดูแลแบบประคับประคองที่บ้าน และเพิ่งเริ่มพัฒนาระบบการส่งต่อผู้ป่วยระหว่างสถานพยาบาลและระหว่างสถานพยาบาลกับบ้านอย่างเป็นระบบ

โดยบ่อยครั้งในการดูแลผู้ป่วยที่ใกล้เสียชีวิตมักจะได้รับคำร้องขอจากผู้ป่วยหรือญาติว่าอยากจะขอไปดูแลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตและเสียชีวิตที่บ้าน ทำให้สถานพยาบาลต้องอำนวยความสะดวกในการส่งผู้ป่วยไปยังบ้าน การดูแลผู้ป่วยที่บ้านมีข้อดีหลายประการ เช่น ผู้ป่วยจะมีความรู้สึกคุ้นเคยกับที่อยู่ มีญาติที่น้องคอยดูแล ทั้งผู้ป่วยและญาติมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นไม่ต้องเผชิญหน้ากับความแออัดในสถานพยาบาล แต่ก็ก็จะเกิดประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติตามมา คือ การดูแลผู้ป่วยที่บ้านจนกว่าผู้ป่วยจะเสียชีวิตจะอย่างไร และถ้าเป็นกรณีที่มีการส่งผู้ป่วยจากโรงพยาบาลขนาดใหญ่มาดูแลและเสียชีวิตที่บ้านจะประสานงานข้อมูลระหว่างสถานพยาบาลที่ไปรักษาและสถานพยาบาลใกล้บ้านอย่างไร โดยในทางปฏิบัติญาติพี่น้องก็ต้องเตรียมที่อยู่อาศัยตลอดจนซื้อเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์บางประเภทเพื่อใช้ในการดูแลผู้ป่วยที่บ้าน ผู้ป่วยบางรายอาจไม่ได้กลับบ้านเพราะญาติไม่มีความพร้อมในการดูแลหรือระบบบริการสุขภาพในพื้นที่ไม่มีความพร้อมในการดำเนินงาน ดังนั้นจึงควรพัฒนาระบบการดูแลที่บ้านให้เกิดรูปธรรมทั้งนี้เพื่อประโยชน์กับผู้ป่วย ญาติ และระบบบริการสุขภาพโดยรวม

หากพิจารณาเรื่องนี้ในแง่กฎหมายและนโยบายจะพบว่าในประเทศไทยการยืมเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์กลับไปใช้ในการดูแลผู้ป่วยที่บ้านไม่มีกฎหมายและนโยบายของรัฐในการกำหนดกรอบในการดำเนินการ การดูแลผู้ป่วยระยะท้ายเหล่านี้โดยปกติจะใช้เวลาไม่นานผู้ป่วยก็จะเสียชีวิต หากมีการพัฒนาระบบการยืมเครื่องมือดังกล่าวจะทำให้ญาติประหยัดค่าใช้จ่ายในการจัดหาเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์และเกิดแรงจูงใจในการนำผู้ป่วยกลับไปดูแลที่บ้านได้ซึ่งจะส่งผลให้สถานพยาบาลลดความแออัดและเพิ่มคุณภาพชีวิตของผู้ป่วยในระยะท้ายได้(เพราะได้อยู่ท่ามกลางบรรยากาศที่คุ้นเคย) ปัจจุบันมีสถานพยาบาลหลายแห่งได้ริเริ่มดำเนินการจัดระบบการยืมเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ไปใช้ที่บ้าน ซึ่งเป็นการดำเนินการของสถานพยาบาลเองโดยใช้งบประมาณและการบริหารจัดการของสถานพยาบาล⁸ โดยมีบางแห่งได้รับรางวัลนวัตกรรมในการให้บริการผู้ป่วย และประเทศไทยเพิ่งเริ่มใช้ระบบ Thairefer เป็นมาตรฐานในการส่งต่อผู้ป่วยระหว่างสถานพยาบาล

ดังนั้นจึงควรดำเนินการพัฒนาระบบการยืมเครื่องมือระหว่างสถานพยาบาลและบ้าน และพัฒนาระบบส่งต่อผู้ป่วยระหว่างสถานพยาบาล และระหว่างสถานพยาบาลกับบ้าน โดยนำประสบการณ์ของสถานพยาบาลที่ได้รับรางวัลเครือข่ายบริการดีเด่นไปทำกระบวนการจัดการความรู้เพื่อนำไปใช้ประยุกต์ใช้ในสถานพยาบาลต่างๆ นอกจากนั้นควรมีกฎหมายและนโยบายของรัฐในการสนับสนุนสถานพยาบาลในเรื่องการยืมเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ไปใช้ในการดูแลแบบประคับประคองที่บ้านและระบบการส่งต่อที่เป็นรูปธรรม นอกจากนั้นควรมีการประสานความร่วมมือกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินการส่งต่อ

⁸ ในปี พ.ศ. 2555 สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้จัดประกวดเครือข่ายบริการดีเด่น โดยในประเภทการดูแลแบบประคับประคองดีเด่นพบว่าสถานพยาบาลหลายแห่งที่ได้รับรางวัลมีการจัดระบบการยืมเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ไปใช้ในการดูแลแบบประคับประคองที่บ้านด้วย

ผู้ป่วยระหว่างสถานพยาบาล และระหว่างสถานพยาบาลกับชุมชนเพื่อสนับสนุนระบบการดูแลแบบประคับประคองในพื้นที่

4.5.3 ไม่มีการควบคุมมาตรฐานการดำเนินการแบบประคับประคอง

เมื่อพิจารณาจากองค์ความรู้ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองพบว่าสถานที่ที่ใช้ในการดูแลแบบประคับประคองนั้นมีความหลากหลายมาก ตั้งแต่การดูแลแบบประคับประคองในสถานพยาบาล นอกสถานพยาบาลที่ไม่ใช่บ้านของผู้ป่วย และบ้านของผู้ป่วย ทั้งนี้ขึ้นกับความพร้อมของสังคม ชุมชน ระบบบริการสุขภาพในพื้นที่ ผู้ป่วยและญาติ ทั้งนี้อาจแบ่งสถานที่ในการดูแลได้ 3 กลุ่มหลักๆ คือ การดูแลแบบประคับประคองในสถานพยาบาล การดูแลแบบประคับประคองนอกสถานพยาบาลที่ไม่ใช่บ้านของผู้ป่วยและการดูแลแบบประคับประคองที่บ้าน

การดูแลแบบประคับประคองในสถานพยาบาลจะใช้มาตรฐานของสถานพยาบาลในการดำเนินการ จึงไม่มีประเด็นปัญหาในการดำเนินการมากนัก⁹ แต่ในกรณีของเอกชนมีการเปิดให้บริการการดูแลแบบประคับประคองอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน เช่น สถานที่ดูแลผู้สูงอายุ สถานที่พักฟื้นผู้ป่วย Hospice หรือ Nursing home และในกรณีการดูแลแบบประคับประคองที่บ้านนั้นปัจจุบันมีรูปแบบที่หลากหลายมาก โดยผู้ที่ทำหน้าที่ดูแลได้แก่ ญาติผู้ป่วย โดยได้รับการสนับสนุนจากทีมสหสาขาวิชาชีพที่เยี่ยมบ้าน โดยในหลายๆพื้นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทในการจัดบริการการดูแลผู้สูงอายุหรือผู้ป่วยโรคเรื้อรังที่บ้านด้วย โดยรูปแบบการดูแลที่บ้านจะเป็นเช่นไรนั้นขึ้นอยู่กับความพร้อมในแง่ฐานะ ความรู้ความเข้าใจของญาติและระบบบริการทางการสุขภาพในพื้นที่ว่าจะเอื้ออำนวยเพียงใด ระบบการดูแลโดยเอกชนเหล่านี้ซึ่งปัจจุบันไม่มีมาตรฐานในการดำเนินการ ทำให้หลายๆกรณีผู้ป่วยและญาติไม่ได้รับการดูแลที่ควรจะได้รับ เสียค่าใช้จ่ายสูง ขาดหน่วยงานที่รับเรื่องร้องเรียน

ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดมาตรฐานและการควบคุมการดำเนินการการดูแลแบบประคับประคองนอกสถานพยาบาล ทั้งนี้เพื่อให้เกิดมาตรฐานในการดูแลและเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยและญาติในกรณีที่เกิดปัญหาในการดูแลรักษาที่ไม่ได้มาตรฐาน

4.5.4 มีปัญหาในการดำเนินการตามความประสงค์ของผู้ป่วยที่อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิต ในเรื่อง¹⁰ ในเรื่องยุติการรักษาพยาบาล (Withhold and withdraw) และการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข

จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่สามารถชะลอความตายหรือยืดชีวิตให้ยาวนานออกไป ผู้ป่วยจำนวนไม่น้อยถูกยื้อชีวิตออกไป โดยการรักษาเหล่านี้ไม่มีประโยชน์แล้วเนื่องจากไม่ทำให้ผู้ป่วยกลับเป็นปกติได้ ผู้ป่วยหลายรายจึงอยู่ในสภาพ “ฟื้นไม่ได้ ตายไม่ลง” เกิดความทุกข์ทรมานแก่ตัว

⁹ จะมีประเด็นก็เพียงแค่ว่าระดับที่สถานพยาบาลแต่ละแห่งจะดำเนินการนั้นทำได้ภายในขอบเขตไหนและเพียงใดเพราะสถานพยาบาลแต่ละแห่งมีศักยภาพแตกต่างกัน ขึ้นกับว่าเป็นสถานพยาบาลในระดับใด(โรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบล โรงพยาบาลชุมชน โรงพยาบาลทั่วไป โรงพยาบาลศูนย์ โรงพยาบาลของมหาวิทยาลัย หรือโรงพยาบาลเอกชนขนาดต่างๆ)

¹⁰ จะไม่กล่าวถึงเรื่องการจัดการทรัพย์สินการบริจาคมัจฉะเพราะมีกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติในการดำเนินการอยู่แล้ว

ผู้ป่วย สมาชิกของครอบครัว ฝ่ายผู้ให้การรักษา และระบบบริการสุขภาพโดยรวม ทำให้เกิดแนวคิดในการยุติการรักษาพยาบาลขึ้น โดยการยุติการรักษาพยาบาลมี 2 รูปแบบหลักๆ คือ การงดเว้นการรักษาพยาบาล (Withholding treatment) และการยุติการรักษาพยาบาลที่ได้ให้ไปแล้ว (Withdrawal treatment)

การงดเว้นการรักษาพยาบาล (Withholding treatment) คือ การไม่ให้การรักษาหรือไม่ใช้เครื่องมือทางการแพทย์เพื่อพุงชีพผู้ป่วยตั้งแต่ต้น กล่าวคือ ไม่ใช้เครื่องมือหรือวิธีการใดๆ แก่ผู้ป่วยซึ่งแพทย์สามารถทำได้ตามความต้องการของผู้ป่วย เช่น งดช่วยการฟื้นคืนชีพ (Do Not Resuscitate: DNR) ในกรณีผู้ป่วยประสบปัญหาการหยุดหายใจและระบบไหลเวียนโลหิตไม่ทำงาน (Cardiopulmonary arrest) ไม่ให้เลือดหรือ พลาสมา ไม่เปลี่ยนยาปฏิชีวนะให้ในระดับความแรงที่สูงขึ้น ไม่ใส่ท่อหลอดคอหรืองดการใช้เครื่องช่วยหายใจ ไม่ย้ายผู้ป่วยเข้าไอซียูในกรณีผู้ป่วยรับการรักษายู่ที่หอผู้ป่วยทั่วไป

การยุติการรักษาพยาบาลที่ได้ให้ไปแล้ว (Withdrawal treatment) คือ การยุติการรักษาหรือการยุติการใช้เครื่องมือเพื่อพุงชีพของผู้ป่วยที่ได้ให้การรักษาไปซึ่งแพทย์สามารถทำได้ตามความต้องการของผู้ป่วย เช่น การหยุดการใช้ยาเพิ่มความดันโลหิต หยุดการให้สารอาหารทางหลอดเลือดดำ หยุดใช้เครื่องช่วยหายใจ

กระบวนการรักษาทั้งสองนี้เป็นขั้นตอนปกติของการรักษาพยาบาล โดยขึ้นอยู่กับความเห็นของแพทย์ที่จะให้แก่ผู้ป่วยและญาติ ทั้งนี้แพทย์จะต้องประเมินตามความต้องการของผู้ป่วย สภาพและอาการของโรคเป็นสำคัญ ดังนั้นการปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตโดยการงดเว้นการรักษาพยาบาล (Withholding treatment) และการยุติการรักษาพยาบาลที่ได้ให้ไปแล้ว (Withdrawal treatment) ตามความต้องการของผู้ป่วยจึงเป็นการปล่อยให้โรคดำเนินไปตามธรรมชาติ ไม่ใช่การทำการุณยฆาต (Euthanasia) แต่อย่างใด

ในประเทศไทยไม่มีมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการยุติการรักษาพยาบาล ในเวชปฏิบัติการตัดสินใจของบุคลากรสุขภาพที่จะขอยุติการรักษาหรือไม่นั้นจะอาศัยความเห็นทางตำราและเกณฑ์ทางจริยธรรมในการตัดสินใจ ดังนั้นจึงควรพัฒนาแนวทางการปฏิบัติสำหรับแต่ละวิชาชีพในการยุติการรักษาพยาบาลเพื่อให้การดำเนินการของแต่ละวิชาชีพเป็นไปในแนวทางและมาตรฐานเดียวกัน

และในกรณีในการดูแลผู้ป่วยแบบประคับประคองเมื่อผู้ป่วยอยู่ในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตซึ่งโดยปกติมักจะไม่มียุติที่จะสื่อสารได้แล้ว ในทางปฏิบัติที่กระทำกันอยู่ในสถานพยาบาลทั่วไป คือ บุคลากรด้านสุขภาพก็จะปรึกษารักษาหรือกับญาติของผู้ป่วยถึงเรื่องการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ปัญหาที่เกิดขึ้นเสมอๆ คือ ความต้องการของญาติไม่สอดคล้องกันหรือญาติมีความขัดแย้งกับบุคลากรสุขภาพ หรือบางครั้งการรักษาพยาบาลที่ได้ตัดสินใจร่วมกันอาจไม่สอดคล้องกับความต้องการของผู้ป่วย ดังนั้น กฎหมายจึงได้กำหนดแนวทางในการคงไว้ซึ่งเจตนาของผู้ป่วยให้คงอยู่แม้ในเวลาที่ผู้ป่วยไม่มีสติสัมปชัญญะโดยให้ทำเป็นหนังสือแสดงเจตนาล่วงหน้าเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลของตนไว้โดยหลักการดังกล่าวกำหนดอยู่ใน มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ ต้องการให้หนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขเป็นกระบวนการสื่อสารความต้องการของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาในกรณีที่ผู้นั้นไม่สามารถแสดงเจตนาได้ โดยหนังสือแสดงเจตนาผู้นั้นอยู่ในขั้นตอนการวางแผนการรักษา

ล่วงหน้า(Advance care Planning) ซึ่งก็คือการกำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเมื่อผู้ป่วยอยู่ในภาวะที่ตนตัดสินใจไม่ได้แล้วในอนาคต โดยบุคลากรสุขภาพจะร่วมกับผู้ป่วยและญาติในการวางแผนการรักษา ร่วมกัน ซึ่งหนังสือแสดงเจตนานี้เป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับสื่อสารระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพสุขภาพ ผู้ป่วยและญาติในภาวะที่ผู้ป่วยไม่สามารถแสดงเจตนาได้ด้วยตนเอง

นับตั้งแต่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ปรากฏว่ามีผู้ฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อขอให้ยกเลิกกฎหมายนี้ โดยปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษายกฟ้อง โดยรับรองสิทธิของประชาชนในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขดังกล่าวแล้ว¹¹ แต่ปัญหาความขัดแย้งดังกล่าวทำให้บุคลากรด้านสุขภาพไม่กล้าดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาฯ นอกจากนี้ยังพบว่าสถานพยาบาลไม่มีการพัฒนาระบบหรือการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าว ดังนั้นจึงควรมีนโยบายของกระทรวงสาธารณสุขให้สถานพยาบาลต่างๆ มีระบบการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข รวมทั้งควรมีแนวทางการปฏิบัติในการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขสำหรับวิชาชีพต่างๆด้วย

4.5.5 ยังมีปัญหาการแจ้งตายและการออกใบมรณะบัตร

ในประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการแจ้งตายและการออกใบมรณะบัตร คือ พระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรณีนี้เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ คือ เมื่อผู้ป่วยกลับไปดูแลแบบประคับประคองและเสียชีวิตที่บ้านหากมีการเสียชีวิตที่บ้านแล้วเจ้าบ้านจะต้องไปแจ้งตายต่อฝ่ายปกครองในพื้นที่ซึ่งบ่อยครั้งที่ฝ่ายปกครองในพื้นที่ขอให้มีการชันสูตรพลิกศพก่อนที่จะออกใบมรณะบัตรให้ญาติทำให้ผู้ป่วยและญาติไม่ต้องการนำผู้ป่วยกลับไปดูแลที่บ้านในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต ดังนั้นจึงควรมีการพัฒนาแนวปฏิบัติในการดำเนินการส่งผู้ป่วยกลับบ้านรวมทั้งการประสานและแจ้งข้อมูลการขอกลับไปเสียชีวิตที่บ้านระหว่างสถานพยาบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อสร้างความสร้างความมั่นใจให้กับเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองในการรับแจ้งตายและออกใบมรณะบัตร

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

งานด้านสาธารณสุขเป็นบทบาทที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐสมัยใหม่ การเร่งพัฒนาระบบบริการสุขภาพเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคมในอนาคตจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ กฎหมายเป็นเครื่องมือของมนุษย์ในการพัฒนาและสรรค์สร้างสังคมที่พึงประสงค์ รูปแบบสังคมของมนุษย์ในอนาคตมีความสลับซับซ้อนขึ้นเรื่อยๆตามการพัฒนาการของประชากร สังคมและเทคโนโลยี กฎหมายจะเป็นเครื่องมือหนึ่งในการกำหนดกรอบและแนวทางในการสรรค์สร้างสังคมที่ควรจะเป็น นอกจากนี้กฎหมายยังเป็นเครื่องมือในการจัดสรร

¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.11/2558

ทรัพยากรอันจำกัด ของสังคมให้เกิดประโยชน์สูงสุด อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือในการเพิ่มอำนาจต่อรองและช่วย ผสานประโยชน์ของทุกฝ่ายในสังคมให้มีความเป็นธรรมและเท่าเทียมมากที่สุด

ในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองนั้นเป็นรูปแบบการให้บริการทางการแพทย์ที่จำเป็นสำหรับ สังคมในอนาคตเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของประชากรและสังคมทำให้ระบบบริการสุขภาพต้องเร่งปรับตัว เพื่อให้ทันการเปลี่ยนแปลงของสังคม เมื่อพิจารณาระบบบริการทางการแพทย์ของประเทศเพิ่งเริ่มต้นตัวและ ให้ความสำคัญกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง เริ่มมีการประกาศนโยบายระดับชาติมีการพัฒนาระบบ สนับสนุนการดำเนินการในมิติต่างๆ ดังนั้นจึงพัฒนาระบบบริการสุขภาพที่เอื้อต่อการดูแลแบบประคับประคองที่ เหมาะสมสำหรับประเทศไทยอย่างเป็นระบบ มียุทธศาสตร์ในการพัฒนา นโยบายและกฎหมายเป็นเครื่องมือหนึ่ง ที่ทรงประสิทธิภาพที่รัฐสามารถนำมาใช้ในการพัฒนาระบบบริการสุขภาพของประเทศได้

เมื่อศึกษาเอกสารทางวิชาการต่างๆที่มีการเผยแพร่ถึงแนวทางของการจัดระบบการดูแลแบบ ประคับประคองที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล สรุปได้ว่า หากรัฐจะต้องการพัฒนาระบบการดูแลแบบ ประคับประคองรัฐจะต้องดำเนินการในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) ให้แต่ละรัฐมีนโยบายในเรื่องการดูแลแบบ ประคับประคอง โดยควรผนวกเรื่องการดูแลแบบประคับประคองลงในระบบบริการสุขภาพของประเทศ (2) แต่ละรัฐพัฒนาบุคลากรด้านสุขภาพให้มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง 3) แต่ละรัฐ ควรมีการเข้าถึงยาที่จำเป็นสำหรับใช้ในการดูแลแบบประคับประคอง โดยเฉพาะยาแก้ปวดกลุ่ม Opioids และ (4) พัฒนาระบบการสนับสนุนการดูแลแบบประคับประคอง ทั้งในเรื่องงบประมาณ กฎหมายที่ เกี่ยวข้องต่างๆ

ซึ่งเมื่อนำประเด็นทั้ง 4 นี้มาทำการวิเคราะห์นโยบายและกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง กับเรื่องการดูแลแบบประคับประคองจะสามารถแยกประเด็นและแนวทางในการแก้ไขปัญหาได้ดังต่อไปนี้

1. ประเทศไทยเริ่มมีนโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคอง และเริ่ม ผนวกเรื่องการดูแลแบบประคับประคองเข้าสู่ระบบบริการสุขภาพของประเทศ

2. ประเทศไทยเริ่มการพัฒนาบุคลากรด้านสุขภาพให้มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องการดูแล แบบประคับประคอง

3. ประเทศไทยมีปัญหาและอุปสรรคในการเข้าถึงยากกลุ่ม Opioids แนวทางในการแก้ไข ปัญหา คือ ทำความเข้าใจกับหน่วยงานด้านความมั่นคงและหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ได้รับการ สนับสนุนและไม่คัดค้านเมื่อมีการแก้ไขกฎหมาย โดยมีกฎหมายหลายฉบับที่ควรแก้ไขได้แก่ (1)พระราชบัญญัติ ยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 เพื่อให้สามารถยืมยาระหว่างสถานพยาบาลได้ (2)ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดปริมาณยาเสพติดให้โทษในประเภท 2 ที่ผู้อนุญาตจะอนุญาต ให้จำหน่ายหือมีไว้ในครอบครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558 เพื่อให้สถานพยาบาลมียากกลุ่ม Opioids ในปริมาณที่ เพียงพอสำหรับการดูแลผู้ป่วยกลุ่มต่างๆรวมทั้งผู้ป่วยแบบประคับประคอง (3) ควรพัฒนาระบบการบริหาร จัดการและระบบการจัดซื้อยาเพื่อเอื้ออำนวยให้สถานพยาบาลสามารถจัดหาได้อย่างสะดวกและมีมาตรการใน การป้องกันที่รัดกุมในเรื่องการบริหารจัดการยา (4) ควรนำพืชสมุนไพร เช่น กัญชา กระเทียม มาใช้ในทาง การแพทย์เพื่อการระงับปวดในผู้ป่วยระยะท้าย นอกจากนี้ควรสร้างความรู้และความเข้าใจในเรื่องการใช้ยา

กลุ่ม Opioids แก่บุคลากรด้านสาธารณสุข ในประเด็นเรื่องการนำไปใช้ที่บ้านและการที่ผู้ป่วยหรือญาตินำยาไปใช้นอกเหนือจากคำแนะนำของแพทย์ ในประการสุดท้ายควรสร้างความรู้ความเข้าใจถึงความสำคัญของยาในกลุ่ม Opioids แก่สังคมผ่านช่องทางการสื่อสารรูปแบบต่างๆ

4. ประเทศไทยควรพัฒนากฎหมายที่สนับสนุนการดำเนินงานในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองในมิติต่างๆ ได้แก่ การจัดการการเงินการคลังด้านสุขภาพในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองเพื่อลดความเหลื่อมล้ำของชุดสิทธิประโยชน์ในแต่ละระบบหลักประกันสุขภาพ ควรมีการนิยบายและกฎหมายของรัฐที่เกี่ยวกับการยืมเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ไปใช้ในการดูแลที่บ้าน ควรพัฒนาระบบการส่งต่อผู้ป่วยระหว่างสถานพยาบาลให้มีประสิทธิภาพและควรผสมความร่วมมือระหว่างหน่วยงานด้านสุขภาพกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินการส่งต่อผู้ป่วยระหว่างสถานพยาบาล ควรมีกฎหมายและนโยบายของรัฐในการกำหนดมาตรฐานและการควบคุมคุณภาพของ สถานที่ที่ใช้ในการดูแลแบบประคับประคอง และในส่วนของ การดำเนินการตามความประสงค์ของผู้ป่วยที่อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตนั้น ควรพัฒนาแนวทางการปฏิบัติสำหรับแต่ละวิชาชีพในการยุติการรักษาพยาบาลตามความต้องการของผู้ป่วย ควรมีนโยบายให้สถานพยาบาลต่างๆดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ ของผู้ป่วย ประการสุดท้ายสุดท้ายควรพัฒนาแนวปฏิบัติในการดำเนินการส่งผู้ป่วยกลับไปดูแลแบบประคับประคองที่บ้านรวมทั้งแนวทางในการประสานและแจ้งข้อมูลการขอกลับไปตายที่บ้านระหว่างสถานพยาบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองในการรับแจ้งตายและออกใบมรณะบัตร

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติม คือ ภาครัฐควรมีนโยบายในเรื่องการประกอบธุรกิจเพื่อรองรับสังคมผู้สูงอายุอย่างเป็นระบบ เช่น สถานที่ที่รับดูแลผู้สูงอายุจากประเทศต่างๆ โดยมีระบบในการเบิกจ่ายงบประมาณที่เชื่อมต่อกับประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้สูงอายุ และควรพัฒนาระบบการคุ้มครองผู้บริโภคสำหรับผู้สูงอายุในกรณีที่ใช้บริการด้านสุขภาพในรูปแบบต่างๆอย่างเป็นระบบ เนื่องจากมีผู้สูงอายุเป็นจำนวนมากที่ไม่มีภาระทางครอบครัว แต่มีกำลังซื้อและยังมีสุขภาพร่างกายที่แข็งแรง ดังนั้น ผู้สูงอายุกลุ่มนี้จึงเป็นกลุ่มเป้าหมายของซื้อสินค้าและบริการด้านสุขภาพเป็นจำนวนมาก ดังนั้นจึงควรมีการสร้างระบบการคุ้มครองผู้สูงอายุจากการซื้อสินค้าและบริการเหล่านี้ด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

ดุสิต สถาวร, *การบริหารผู้ป่วยระยะท้ายในหออภิบาลผู้ป่วยวิกฤติ(Palliative care in Intensive care unit)*, อร์โณทัยแห่งหัวใจที่เยียวยา, (นนทบุรี, ปียอนด์ เอ็นเทอร์ไพรซ์,), หน้าที่ 148 – 154

เต็มศักดิ์ พึ่งรัมย์, *อร์โณทัยแห่งการเยียวยา*, (นนทบุรี, ปียอนด์ เอ็นเทอร์ไพรซ์,), หน้าที่ 10

เต็มศักดิ์ พึ่งรัมย์ และคณะ, *การสำรวจข้อมูลบุคลากรและบริการด้าน Palliative care ในประเทศไทย 2555*

_____. *การสำรวจข้อมูลบุคลากรและบริการด้าน Palliative care ในประเทศไทย 2555*

ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 7, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 52

รุ่งนรินทร์ ประดิษฐ์สุวรรณ, *Ethical Issues at the End-of-Life ประเด็นจริยธรรมในวาระสุดท้ายของชีวิต, จริยธรรมทางการแพทย์*, (กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์เดือนตุลา), หน้าที่ 183 – 200

_____. *การทำหนังสือแสดงเจตนาเกี่ยวกับการดูแลรักษาผู้ป่วยในระยะสุดท้ายของชีวิต(Advance directive) และการดูแลรักษาผู้ป่วยแบบประคับประคอง(Palliative care) ใน นิติเวชศาสตร์และกฎหมาย การแพทย์ แสง บุญเฉลิมวิภาส บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์วิญญูชน) หน้า 185 – 190*

สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, *คู่มือผู้ให้บริการสาธารณสุข กฎหมายและแนวทางการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย* (พิมพ์ครั้งที่ 9, นนทบุรี, บริษัท ทีคิวพี จำกัด, 2559), หน้า 34

_____. *แผนยุทธศาสตร์ระดับชาติว่าด้วยการสร้างเสริมสุขภาพในระยะท้ายของชีวิต พ.ศ. 2557 - 2559*, (นนทบุรี, บริษัท สามดีพรีนติ้งอิลิปเมนต์ จำกัด) หน้า 9 – 22

_____. *แผนยุทธศาสตร์ระดับชาติว่าด้วยการสร้างเสริมสุขภาพในระยะท้ายของชีวิต พ.ศ. 2557 - 2559*, (นนทบุรี, บริษัท สามดีพรีนติ้งอิลิปเมนต์ จำกัด) หน้า 20

_____. *เครือข่ายบริการดีเด่น 2555*. (กรุงเทพฯ, บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์(1977), 2555), หน้าที่ 356 – 399

อำพล จินดาวัฒนะ, *พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติกับสุขภาพของคนไทย ใน นิติเวชศาสตร์และกฎหมาย การแพทย์ แสง บุญเฉลิมวิภาส บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์วิญญูชน) หน้า 157 – 177*

บทความ

สำนักส่งเสริมสิทธิและสร้างสังคมสุขภาวะ สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด กรณีกฎกระทรวงตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 (นนทบุรี, บริษัท สามดีพรีนติ้งอิลลิปเมนต์ จำกัด)

อำพล จินดาวัฒน์. *ปฏิเสธรักษาการดูแลในวาระสุดท้ายของชีวิต(Living will & Palliative care)*, (นนทบุรี, สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, 2552)

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

โครงการกิจกรรมการเชื่อมโยงงานวิจัยกับภาคนโยบาย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), ผลกระทบของสังคมผู้สูงอายุต่อระบบเศรษฐกิจไทย. <http://prp.trf.or.th/trf-policy-brief/%E0%B8%AD/> โครงการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ระดับชาติว่าด้วยการสร้างเสริมสุขภาวะในระยะท้ายของชีวิต พ.ศ. 2557-2559, *ไปได้...วิถีไทย*, (8 มิถุนายน 2560),

http://www.thaigogood.com/view/article_detail.php?ID=8

จงจิตต์ ฤทธิรงค์และคณะ, *การเกิดกับความมั่นคงในประชากรและสังคม*, (ประชากรและสังคม, 5 มิถุนายน 2560), <http://www.ipsr.mahidol.ac.th/ipsr/AnnualConference/ConferenceX/Article.htm>

ถนอมขวัญ ทวีบุรณ์. ประเด็นจริยธรรมในการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย. (3 August 2017)

http://www.elearning.ns.mahidol.ac.th/Patients-with-end-stage/_15.html

ธีรินทร์ เกตุวิชิตและสุรศักดิ์ มั่งสิงห์, การพัฒนาตัวแบบระบบการจัดการสารสนเทศเพื่อการส่งต่อผู้ป่วยด้วยโปรแกรมไทยรีเฟอร์, (6 มิถุนายน 2560), [http://tmi.or.th/jtmi/docs/1-1/\(6\)Patient%20Referral%20using%20ThaiRefer%20Program%20\(1\).pdf](http://tmi.or.th/jtmi/docs/1-1/(6)Patient%20Referral%20using%20ThaiRefer%20Program%20(1).pdf)

นิภารัตน์ สวัสดิ์จู้,โครงการศึกษาปัจจัยที่มีผลต่อการเข้าถึงยากกลุ่มโอปิออยด์ (Opioids) ในการบรรเทาอาการปวดของผู้ป่วยมะเร็งในสถานพยาบาลทั่วประเทศ, (6 มิถุนายน 2560)

http://narcotic.fda.moph.go.th/editor/data/files/narcotic/documents/acrobat/report_A24.pdf

ปิ่น ศรีประจิดติชัย, *การระงับปวดมะเร็ง*, (5 มิถุนายน 2560),

<https://plus.google.com/+BettercmgBlogspot/posts/8Refafix4rC>

โรจนศักดิ์ ทองคำเจริญ, *ปวด...ใครคิดว่าจะไม่สำคัญ*, (9 มิถุนายน 2560),

<http://www.budnet.org/sunset/node/72>

สถาบันวิจัยประชากรและสังคม, *จำนวนประชากรไทย*, (มิเตอร์ประเทศไทย Thailandometers, 6 มิถุนายน 2560),<http://www.thailandometers.mahidol.ac.th/>

สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญาเบื้องต้น*, (พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 40
 สำนักข่าว Hfocus, ‘Thai Refer’ ส่งต่อผู้ป่วย ผลงาน รพ.ลำปาง เขต 6 ใช้ได้ผลดี สธ.เร่งขยายใช้ทั่วประเทศ, (6 มิถุนายน 2560), <https://www.hfocus.org/content/2015/10/11073>
 สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ, ทีมหมอครอบครัว (Family Care Team), (7 มิถุนายน 2560), http://www.gogood.in.th/upload/article/F_26_2.pdf.
 สำนักนโยบายและยุทธศาสตร์ กระทรวงสาธารณสุข, *พฤติกรรมเสี่ยงร่วมสำคัญของโรคเรื้อรังในประเทศไทย*, (6 มิถุนายน 2560), <http://odpc9.ddc.moph.go.th/trc/Sheet/Sheet52/ManageDM52/.ppt>
 สำนักนโยบายและยุทธศาสตร์ กระทรวงสาธารณสุข, *สถานะสุขภาพและแนวโน้มปัญหาสุขภาพของคนไทย*, (การสาธารณสุขไทย พ.ศ. 2551 - 2553, 6 มิถุนายน 2560), <http://www.hiso.or.th/hiso5/report/tph2010th.php>

เอกสารอื่น ๆ

กฎกระทรวง การขออนุญาตและการอนุญาตผลิต จำหน่าย นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 4 หรือในประเภท 5 พ.ศ. 2559, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134 ตอนที่ 1 ก, (6 มกราคม 2560)
 กฎกระทรวงการขออนุญาตและการออกใบอนุญาตขายยาแผนปัจจุบัน พ.ศ. 2556, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 130 ตอนที่ 136 ก (วันที่ 27 ธันวาคม 2556)
 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.11/2558
 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดปริมาณยาเสพติดให้โทษในประเภท 2 ที่ผู้อนุญาตจะอนุญาตให้จำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 132 ตอนพิเศษ 193 ง, (21 สิงหาคม 2558)
 ประกาศคณะกรรมการพัฒนาระบบยาแห่งชาติ เรื่อง บัญชียาหลักแห่งชาติ พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนพิเศษ 119 ง, (วันที่ 28 เมษายน 2560), ข้อ 3
 พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 127 ตอนที่ 23 ก, (2 เมษายน 2553), มาตรา 8
 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 107 ตอนที่ 161 ตอนพิเศษ, (1 กันยายน 2533), มาตรา 58
 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 84 ตอนที่ 101 ฉบับพิเศษ (20 ตุลาคม 2510), มาตรา 32
 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 119 ตอนที่ 116 ก, (18 พฤศจิกายน 2545), มาตรา 5
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560), ม.55

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560), ม.51

Electronic media

BBC. *Walking with Cavemen episode guide*. (9 June 2017),

http://www.bbc.co.uk/sn/prehistoric_life/tv_radio/wwcavemen/cavemen1.shtml

Clark D. (2001). *Religion, medicine, and community in the early origins of St. Christopher's Hospice*, (10 June 2017), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11596547>

Human rights watch, *Global State of Pain Treatment Access to Medicines and Palliative Care*, (8 June 2017), <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/hhr0511W.pdf>

International Narcotics Control Board, *Availability of Internationally Controlled Drugs:*

Ensuring Adequate Access for Medical and Scientific Purposes, (8 June 2017),

http://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2015/English/Supplement-AR15_availability_English.pdf

Jan Stjernswärd, Kathleen M. Foley, Frank D. Ferris, *The Public Health Strategy for Palliative Care*. *Journal of Pain and Symptom Management*, (8 June 2017),

[http://www.jpmsjournal.com/article/S0885-3924\(07\)00122-4/pdf](http://www.jpmsjournal.com/article/S0885-3924(07)00122-4/pdf)

Lara J. Asher. (1996). *Oldest North American Mummy*. (10 June 2017)

<http://archive.archaeology.org/9609/newsbriefs/nevada.html>

Palliative medicine, *The Prague Charter: Urging governments to relieve suffering and ensure the right to palliative care*, (7 June 2017),

<http://pmj.sagepub.com/content/27/2/101.full.pdf+html>

The Economist Intelligence Unit, *The 2015 Quality of Death Index Ranking palliative care across the world*, (8 June

2017), <https://www.eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf>

WHO, *Infographics on Palliative Care*. Retrieved May 14, 2015, (8 June

2017), <http://www.who.int/ncds/management/palliative-care/pc-infographics/en>

WHO, *Strengthening of palliative care as a component of comprehensive care throughout the life course* (6 June 2017),

http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67/A67_R19-en.pdf

Worldwide Palliative Care Alliance, *Palliative care toolkit: improving care in resource poor setting*, (8 June 2017), <http://www.thewhpc.org/resources/palliative-care-toolkit>

ภาพการสัมมนาวิชาการเรื่อง "การปฏิรูปการศึกษากฎหมาย" โดยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายในสาขาต่างๆ ประกอบด้วย ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ณ นคร - ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ - ดร.ทวีลาภ ฤทธาภิรมย์ - ดร.ธเนศ สุจารีกุล เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2560 เวลา 10.00-12.00 น. ณ ห้องจี้ต เศรษฐบุตร (LT1) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์



กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม: สิทธิตามธรรมชาติที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลของชน
พื้นเมืองดั้งเดิมแห่งคาบสมุทรมลายู กรณีศึกษาน้องแอ๊ด ศรีมะนัง
คนชาติพันธุ์มานิ (ซาไก) แห่งอำเภอละงู จังหวัดสตูล

Law for Development on Justice Society: Natural Rights on Legal Personality of
Indigenous People in Malay Peninsula Case Study Aad Srimanung,
Maniq in Langoo District, Satun Province

ศิวนูช สร้อยทอง*

Siwanoot Soitong

บทคัดย่อ

บทความเรื่อง “กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม: สิทธิตามธรรมชาติที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลของชนพื้นเมืองดั้งเดิมแห่งคาบสมุทรมลายู กรณีศึกษาน้องแอ๊ด ศรีมะนัง คนชาติพันธุ์มานิ (ซาไก) แห่งอำเภอละงู จังหวัดสตูล” เป็นส่วนหนึ่งของการค้นคว้าเพื่อสอบวัดคุณสมบัติระดับดุขุฎิบัณฑิตของผู้เขียน ภายใต้หัวข้อ “สิทธิตามธรรมชาติที่เกี่ยวกับสถานะบุคคล” โดยเหตุผลที่ผู้เขียนเลือกหยิบยกมุมมองเรื่องนี้มาแลกเปลี่ยนในงานประชุมวิชาการระดับชาติ เรื่อง “กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม” เนื่องจากผู้เขียนตระหนักว่า สังคมที่เป็นธรรมอันเป็นเป้าหมายของเรื่อง ย่อมหมายถึง ความยุติธรรมที่เกิดแก่มนุษย์ (human being) ซึ่งเป็นหน่วยเล็กที่สุดของสังคม และกุญแจที่จะนำมนุษย์ไปสู่ความเป็นธรรมและสันติ ย่อมหมายถึง สังคมแห่งนิติธรรม (the rule of law) โดยในบทความนี้ ผู้เขียนเล่าถึงน้องแอ๊ดและครอบครัวเป็นกรณีศึกษาต้นแบบ เพื่อให้สังคมได้ตระหนักถึงปัญหาของ “คนที่ด้อยโอกาสที่สุดกลุ่มหนึ่งในประเทศไทย”

บทความฉบับนี้ได้เข้าไปแตะต้อง 3 เรื่องสำคัญ คือ (1) ข้อเท็จจริง : กรณีศึกษาน้องแอ๊ด ศรีมะนัง และครอบครัว (2) ปัญหาสำคัญและแนวทางแก้ไขปัญหาด้านสิทธิตามธรรมชาติที่เกี่ยวกับสถานะบุคคล และ (3) กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม อันนำไปสู่ข้อสรุปที่เป็นไปได้ในการสังคมที่เป็นธรรมแก่คนชาติพันธุ์มานิดั้งเดิมในประเทศไทย

คำสำคัญ: มานิ, ซาไก, ชนเผ่าพื้นเมือง, สิทธิตามธรรมชาติ, สถานะบุคคล, ไร่รัฐ, ไร่สัญชาติ

* นักศึกษาปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักกฎหมายวิชาชีพโครงการบางกอกคลินิกเพื่อให้คำปรึกษากฎหมายด้านสถานะและสิทธิบุคคล คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

The article titled “Law for Development on Justice Society: Natural Rights on Legal Personality of Indigenous People in Malay Peninsula Case Study Aad Srimanung, Maniq in Langoo District, Satun Province”, is a part of my report on quality examination - QE (doctoral degree) which in topic “natural rights on legal personality”. The reason that the writer selects this article to present in National Academic Conference on Law for Development on Justice Society is realizing that the justice society as aspect, should include justice for human being, as the smallest section, and key to achieving peace and justice are the rule of law society. This article, written about Aad Srimanung, Maniq as case study. The writer aims to aware society on the problems of “one of most disadvantaged people in Thailand”.

This article includes 3 significant topics; (1) factual of case study Aad Srimanung and family, (2) significant problems and solution in natural rights on legal personality, and (3) law for developing justice society, the possibility conclusion of justice society for Maniq, the indigenous people in Thailand.

Keywords: maniq, indigenous people, natural rights, legal personality, stateless, nationalityless

1. บทนำ

ด้วยผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิจัยในลักษณะ “วิจัยเพื่อการพัฒนา หรือ R&D” (research and development) ผ่านห้องทดลองทางสังคมชื่อว่า “บางกอกคลินิก” ภายใต้คำปรึกษาของ รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาณจนะจิตรา สายสุนทร รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งท่านเชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ประกอบกับเมื่อกลางเดือนมิถุนายน 2560 ผู้เขียนได้จัดโครงการสตูดิโอศึกษา¹ ภายใต้ทุนสนับสนุนการทำงานของมูลนิธิฮันส์ ไชเดล (HSF) และได้ลงพื้นที่หมู่บ้านวังนาโน หมู่ 10 ตำบลน้ำผุด อำเภอละงู จังหวัดสตูล เพื่อพบกับครอบครัวของเผ่าไช่ ศรีมะนัง คนชาติพันธุ์มานิในพื้นที่ ซึ่งการลงพื้นที่สำรวจสถานการณ์ครั้งนี้ ปรากฏข้อค้นพบอันน่าสะเพื่อนใจว่า บุตรและหลานของครอบครัวเผ่าไช่ จำนวน 20 กว่าคน ยังประสบปัญหาความไร้รัฐโดยสิ้นเชิง (undocumented person) ทั้งที่เขาเหล่านี้เป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมในคาบสมุทรมลายู และมีเชื้อสายไทยตามชั้นบรรพบุรุษ ตลอดจนปรากฏหลักฐานทางทะเบียนชัดเจนว่า เผ่าไช่ถือบัตรประชาชนไทย

สถานการณ์ที่เกิดขึ้นกับครอบครัวเผ่าไช่ นี้ เราคงปฏิเสธไม่ได้ว่าเป็นสิ่งที่สะท้อนถึง “ความไม่เป็นธรรมทางสังคมโดยชัดเจน” ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เขาเหล่านี้ถูกทิ้งไว้ข้างหลัง (no one left behind) อันเป็นจริยธรรมสำคัญเบื้องหลังเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals - SDGs) ในปี ค.ศ. 2015 – 2030 (หรือ พ.ศ. 2558 - 2573) ของสมาชิกสหประชาชาติ² ผู้เขียนจึงเลือกเรื่องราวของ “น้องแอ๊ด” บุตรชายคนหนึ่งของเผ่าไช่ ซึ่งยังประสบความไร้รัฐโดยสิ้นเชิง เพื่อสร้างต้นแบบการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการขจัดปัญหาความด้อยโอกาสและอำนวยความสะดวก เพราะเมื่อเราสร้างต้นแบบการจัดการสิทธิตามกฎหมายของน้องแอ๊ดได้ ย่อมหมายถึงเข้มทิศและเครื่องมือในการจัดการสิทธิของคนชาติพันธุ์มานิคนอื่น ๆ ซึ่งตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน อันเป็นการสร้างมาตรฐานความเป็นธรรมทางสังคมภายใต้หลักนิติธรรม (the rule of law) โดย มิให้ ความยุติธรรมปรากฏอยู่เพียงตัวบทกฎหมาย แต่ยังขับเคลื่อนอย่างมีชีวิตในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมในความเป็นจริงด้วยเช่นกัน

งานเขียนฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ 3 ประการ กล่าวคือ (1) เพื่อเผยแพร่สังคมในการสร้างความตระหนักรู้ถึงสถานการณ์ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาสิทธิตามธรรมชาติของ “น้องแอ๊ด” และคนชาติพันธุ์มานิซึ่งตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (2) เพื่อเป็นความเห็นทางกฎหมายประกอบหนังสือหรือผู้รักษาการตามกฎหมายในทุกหน่วยงานทุกระดับที่เกี่ยวข้อง และ (3) เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

¹ โครงการศึกษาชนพื้นเมือง (Indigenous people) ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย ภายใต้ชุดโครงการพื้นที่เรียนรู้เพื่อสันติสุขของประชาชนอาเซียน (Project on Learning Area for Peace and Happiness of ASEAN People)

² UN News Centre, ‘No-One Left Behind’ Is Ethical Imperative Of New Development Agenda – UN Deputy Chief’. (UN Daily News, 13 January 2016),

[Http://www.un.org/apps/news/story.asp?Newsid=52992#.WVCQEZB942w](http://www.un.org/apps/news/story.asp?Newsid=52992#.WVCQEZB942w) Accessed 10 June 2017

ศาลอาญา ศาลแพ่ง และศาลรัฐธรรมนูญ หากปรากฏว่าเรื่องราวของ “น้องแอ๊ด” และคนชาติพันธุ์มอญในพื้นที่ยังถูกละเลยหรือถูกปฏิเสธสิทธิต่อไป

2. ข้อเท็จจริง : กรณีศึกษาน้องแอ๊ด ศรีมะนัง³ และครอบครัว

เพื่อสร้างความเข้าใจถึงกรณีศึกษาน้องแอ๊ด ศรีมะนัง และครอบครัว ซึ่งเป็นตัวอย่างของคนชาติพันธุ์มอญเชื้อสายไทยดั้งเดิม ที่ยังประสบปัญหาการรับรองสถานะบุคคลตามกฎหมายในหลายลักษณะ ผู้เขียนขอเริ่มต้นด้วยการอธิบายถึงสถานการณ์ด้านข้อเท็จจริงสำคัญของเขาและครอบครัว โดยแบ่งเป็น 7 เรื่อง คือ (1) ข้อเท็จจริงเบื้องต้น (2) ข้อเท็จจริงด้านชาติพันธุ์ (3) ข้อเท็จจริงด้านการอาศัยอยู่ (4) ข้อเท็จจริงด้านการศึกษา (5) ข้อเท็จจริงด้านการก่อตั้งครอบครัว (6) ข้อเท็จจริงด้านการประกอบอาชีพ และ (7) ข้อเท็จจริงด้านการถือครองทรัพย์สิน ดังนี้

2.1 ข้อเท็จจริงเบื้องต้น

จากการลงพื้นที่สอบข้อเท็จจริงโดยมีนายคณิง จันทรแดง⁴ เป็นล่ามช่วยแปลภาษา พบว่า



- เขาชื่อ นายแอ๊ด ศรีมะนัง หรือเรียกว่า “น้องแอ๊ด” อายุประมาณ 21 ปี (เกิดประมาณปี พ.ศ. 2539) เกิดในบ้านโดยการคลอดตามธรรมชาติ ณ อำเภอมะนัง จังหวัดสตูล แต่บุพการีไม่ได้แจ้งเกิด จึงตกอยู่ในความไร้รัฐโดยสิ้นเชิง



- บิดาของเขาชื่อ นายไซ ศรีมะนัง หรือเรียกว่า “เฒ่าไซ” อายุประมาณ 53 ปี (เกิดประมาณปี พ.ศ. 2507) คนชาติพันธุ์มอญ ซึ่งเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous people) แห่งคาบสมุทรมลายู ซึ่งเกิดและอาศัยอยู่ในประเทศไทยมาโดยตลอด เดิมทีตกอยู่ในความไร้รัฐโดยสิ้นเชิง แต่ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2555 สำนักทะเบียนอำเภอมะนัง ได้บันทึกและรับรองสถานะคนสัญชาติไทยโดยการเกิดตามหลักสืบสายโลหิตของ

³ บทความนี้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของเรื่องราวให้ทำการเผยแพร่แล้วและอนุญาตให้ใช้ชื่อจริงและข้อมูลต่าง ๆ เพื่อการศึกษาทางวิชาการได้

⁴ คนในชุมชนซึ่งให้ความดูแลคนชาติพันธุ์มอญในพื้นที่อำเภอละงู และอำเภอมะนัง ตลอดจนมีความคุ้นเคยกับครอบครัวของน้องแอ๊ดเป็นอย่างดี

เด่าไปในทะเบียนบ้าน (ท.ร.14) **ถือบัตรประจำตัวประชาชน** เลข 13 หลักขึ้นต้นด้วย 5



- **มารดาของเธอชื่อ นางแดง ศรีมะนัง** หรือเรียกว่า “แม่แดง” อายุประมาณ 35 ปี (เกิดประมาณปี พ.ศ. 2525) คนชาติพันธุ์มานิ ซึ่งเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous people) แห่งคาบสมุทรมลายู ซึ่งเกิดและอาศัยอยู่ในประเทศไทยมาโดยตลอด แต่ยังคงอยู่ในความ **ไร้รัฐโดยสิ้นเชิง**



- **น้องสาวของเธอชื่อ นางสาวจุ่ม ศรีมะนัง** หรือเรียกว่า “น้องจุ่ม” อายุประมาณ 20 ปี (เกิดประมาณปี พ.ศ. 2540) เกิดในบ้านโดยการคลอดตามธรรมชาติ ณ อำเภอมะนัง จังหวัดสตูล แต่บุพการีไม่ได้แจ้งเกิด จึงตกอยู่ในความ **ไร้รัฐโดยสิ้นเชิง**

ทั้งนี้ น้องจุ่มป่วยพิการด้วยไหลซ้ายหลุด เนื่องจากในวัยเด็กมีคนภายนอกเข้ามาเยี่ยมที่ทับหรือบ้าน และตกใจวิ่งหนีญาติดิ้นแขนไว้ทำให้น้องแหวนไหลหลุด และยังไม่ได้รับการรักษาตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

2.2 ข้อเท็จจริงด้านชาติพันธุ์ : คนชาติพันธุ์มานิ (ซาไก)



ภาพ คุณคณัง จากเว็บไซต์ผู้จัดการออนไลน์, 12 ตุลาคม

จากภาพน้องแอ๊ด และบุพการีโดยกำเนิดมีอัตลักษณ์ทางกายภาพอันเด่นชัดของคนชาติพันธุ์มานิ กล่าวคือ “(1) ผมหยิกเหมือนลูกเงาะจนถูกเรียกในงานเขียนของในหลวงรัชกาลที่ 6 ว่า เงาะป่า (2) มีผิวดำแดงอย่างชัดเจน (3) มีริมฝีปากหนาเอนอย่างเห็นได้ชัด”⁵ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้านภาษาศาสตร์⁶ และพระราชนิพนธ์บทละครในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) เรื่อง “เงาะป่าซาไก” ตลอดจนพระราชนิพนธ์ในพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย (รัชกาลที่ 2) เรื่อง “สังข์ทอง” ดังนั้น จึงปฏิเสธไม่ได้ว่า น้องแอ๊ด และบุพการี

⁵ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *คนซาไกหรือมานิในประเทศไทย : ปัญหาสถานะบุคคลตามกฎหมายและแนวคิดในการจัดการ*, (รายงานการศึกษาเพื่อคณะอนุกรรมการด้านสิทธิและสถานะบุคคลของผู้ไร้สัญชาติ ไทยพลัดถิ่น ผู้อพยพ และชนพื้นเมือง ตามคำสั่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ 46/2552 และกรมการปกครอง ในการประชุมสัมมนาการแก้ไขปัญหาสถานะและสิทธิของบุคคลให้แก่ชนเผ่าซาไก (27 – 28 มิถุนายน 2553), หน้า 4

⁶ สุวิไล เปรมศรีรัตน์ และชุมพลโพธิสาร, *มานิ (ซาไก) ชนพื้นเมืองภาคใต้ของไทย*, (ตำราวิชาการ เล่มที่ 2 ปีที่ 15 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2559), หน้า 46 - 49

คือ คนชาติพันธุ์มานิ (maniq) หรือในประวัติศาสตร์ความรู้ของประเทศไทยโดยในหลวงหลายรัชกาล เรียกเขาว่า “ซาไก” อันเป็นที่มาของความรู้ในสังคมไทยที่เรียกคนชาติพันธุ์มานิ ว่า ซาไกมาโดยตลอด

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า คนในสังคมไทยเรียกกลุ่มชาติพันธุ์ของเขาเหล่านี้อย่างหลากหลาย อาทิ ซาไก เซม้ง มานิ มั่นนิ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอเรียกเขาเหล่านี้ว่า “คนชาติพันธุ์มานิ(ซาไก)” เนื่องจาก คำว่า “มานิ” ได้รับการยอมรับโดยนักวิชาการด้านภาษาศาสตร์⁷ ซึ่งสอดคล้องกับรากภาษามานิ (Maniq) ในทางสากล และสอดคล้องกับการเรียกตนเองของเขาในชุมชน โดยคำนี้มีความหมายว่า “คน” หรือ “พวกเรา” ส่วนคำว่า “ซาไก” ได้รับการยอมรับโดยรัฐไทยสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (รัชกาลที่ 5) ตลอดจนปรากฏการยอมรับ “กลุ่มชาติพันธุ์ซาไก” ผ่านการให้คำนิยามคำว่าชาติพันธุ์โดยสำนักงานราชบัณฑิตยสภา ในปีพ.ศ. 2554⁸

ด้วยข้อเท็จจริงว่า น้องแอ๊ดและครอบครัว เป็นคนคนชาติพันธุ์มานิ ซึ่งเกิดและอาศัยอยู่ในแผ่นดินไทยบริเวณแนวเทือกเขาบรรทัดมาโดยตลอด เขาจึงเป็นคนชาติพันธุ์มานิ(ซาไก)ดั้งเดิมของแผ่นดินไทย ซึ่งเป็นชนเผ่าพื้นเมืองในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (indigenous people) และเป็นคนที่สืบเชื้อสายจากคนชาติพันธุ์มานิดั้งเดิมอย่าง “คุณคนึง” คนชาติพันธุ์มานิที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นมหาดเล็กพิเศษในรัชการที่ 5⁹ และปรากฏการยอมรับความเป็นชนพื้นเมืองภาคใต้ในประวัติศาสตร์ไทย ดังนั้น น้องแอ๊ดและครอบครัวจึงเป็นคนเชื้อสายไทยดั้งเดิมของแผ่นดินไทย

2.3 ข้อเท็จจริงด้านการอาศัยอยู่

จากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้านมนุษยวิทยา¹⁰ พบว่า คนชาติพันธุ์มานิซึ่งอาศัยอยู่ในบริเวณเทือกเขานครศรีธรรมราช หรือที่ชาวบ้านเรียกว่า “เทือกเขาบรรทัด” มีสภาพทางสังคมของการดำเนินชีวิตใน 3 ลักษณะ คือ (1) กลุ่มอพยพเคลื่อนย้ายที่อยู่อาศัย หาของป่า-ล่าสัตว์แบบดั้งเดิม (mobility forager) (2) กลุ่มกึ่งสังคมแบบชุมชน (semi-sedentary) และ (3) กลุ่มตั้งถิ่นฐานถาวร (sedentary) ทั้งนี้ เมื่อประกอบการให้ข้อมูลของนายคนึง พบว่า ด้วยสภาพความสมบูรณ์ของป่าที่ลดลง คนกลุ่มที่ 2 จึงมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับ

⁷ สุวิไล เปรมศรีรัตน์ และชุมพลโพธิสาร, อ่างแล้วเชิงอรธที่ 6, หน้า 41 - 46

⁸ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, ชาติพันธุ์, (คลังความรู้, 15 กุมภาพันธ์ 2554), <http://www.royin.go.th/?knowledges=ชาติพันธุ์-๑๕-กุมภาพันธ์ สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2560>

⁹ โรม บุญนาค, “คนึง” เจาะป่าผู้ทยานด้วยวาสนา มาเป็นมหาดเล็กพิเศษ “คุณพ่อหลวง” ร.5”, (เรื่องเก่า เล่าสนุก, 12 ตุลาคม 2558), <http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9580000114192> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2560

¹⁰ สุวิไล เปรมศรีรัตน์ และชุมพลโพธิสาร, อ่างแล้วเชิงอรธที่ 6, หน้า 40 - 41

เมื่อพิจารณาครอบครัวของน้องแอ๊ด ผู้เขียนพบว่า ครอบครัวของน้องแอ๊ด เป็นคนชาติพันธุ์มاني ซึ่งเกิดและอาศัยอยู่ในแผ่นดินไทยบริเวณแนวเทือกเขาบรรทัดมาโดยตลอด เขาเคยมีลักษณะเคลื่อนย้ายตามวัฒนธรรมการดำรงชีพในป่าแถบจังหวัดอันเป็นที่ตั้งของเทือกเขาบรรทัด (จังหวัดตรัง จังหวัดสตูล จังหวัดพัทลุง) แต่ปัจจุบัน เฒ่าไซ บิดาของน้องแอ๊ด ได้พาครอบครัวมาตั้งถิ่นฐานถาวรและสร้างบ้าน หรือเรียกว่า “ทับ” ณ หมู่บ้านวังนาใน หมู่ 10 ตำบลน้ำผุด อำเภอละงู จังหวัดสตูล ซึ่งทำให้ครอบครัวนี้เป็นคนในกลุ่มที่สาม (กลุ่มตั้งถิ่นฐานถาวร - sedentary)

แต่อย่างไรก็ดี ครอบครัวของน้องแอ๊ด ตั้งทับหรือบ้านในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า จึงมีความกังวลว่าจะถูกขับไล่ออกจากพื้นที่ และกลายเป็นคนไร้ที่ดินอาศัยและทำกิน แม้ว่าบรรพบุรุษของพวกเขาจะอาศัยอยู่ในเทือกเขาบรรทัดมาตั้งแต่ดั้งเดิม ก่อนการเข้ามาของคนในชุมชนเมือง และก่อนจะมีการประกาศพื้นที่ป่าสงวน แต่พวกเขามีวิถีชีวิตอยู่กับธรรมชาติ เคลื่อนย้ายหมุนเวียนเพื่อแสวงหาแผ่นดินที่อุดมสมบูรณ์อยู่เสมอ เขาจึงไม่ได้จับจองและแสดงตนว่าอาศัยอยู่มาก่อนแต่อย่างใด จนทำให้วันนี้เขากลายเป็นคนไร้ที่ดินอาศัยและทำกินเพื่อยังชีพ



ภาพทับของเฒ่าไซ ณ หมู่บ้านวังนาใน หมู่ 10 ตำบลน้ำผุด อำเภอละงู จังหวัดสตูล : 15 มิถุนายน 2560



ภาพทับของเฒ่าไซ ณ หมู่บ้านวังนาใน หมู่ 10 ตำบลน้ำผุด อำเภอละงู จังหวัดสตูล : 15 มิถุนายน 2560

2.4 ข้อเท็จจริงด้านการศึกษา

จากการลงพื้นที่ที่สอบข้อเท็จจริง พบว่า น้องแอ๊ด เคยเข้ารับการศึกษ ณ โรงเรียนศึกษาสงเคราะห์พัทลุง ตำบลควนมะพร้าว อำเภอเมือง จังหวัดพัทลุง ซึ่งเป็นโรงเรียนที่จัดตั้งเพื่อเด็กด้อยโอกาส อันรวมถึงคนชาติพันธุ์ในพื้นที่ อาทิ มานี(ซาไก) ชาวเล เป็นต้น¹¹

น้องแอ๊ดเรียนจบชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 2 และไม่ได้ศึกษาต่อเนื่องจากในประมาณปี 2553 (อายุได้ 14 ปี) เขาต้องเคลื่อนย้ายที่อยู่อาศัยตามครอบครัว และน้องแอ๊ดไม่ได้เก็บหลักฐานการศึกษาใด ๆ ไว้เลย

2.5 ข้อเท็จจริงด้านการก่อตั้งครอบครัว

จากการลงพื้นที่ที่สอบข้อเท็จจริง พบว่า น้องแอ๊ด พบรักและก่อตั้งครอบครัวโดยอยู่กินกันตามประเพณีกับ น้องสา หรือนางสาวสา ศรีมะนัง หญิงสาวชาติพันธุ์มณี อายุ 15 ปี และมีบุตรวัยเยาว์ด้วยกัน 2 คน คือ น้องบีม และน้องน้ำหอม กล่าวคือ



- ภรรยาของเขาชื่อ นางสาวสา ศรีมะนัง หรือเรียกว่า “น้องสา” อายุประมาณ 15 ปี (เกิดประมาณปี พ.ศ. 2545) เกิดในบ้านโดยการคลอดตามธรรมชาติ แต่บุพการีไม่ได้แจ้งเกิด จึงตกอยู่ในความ ไร้รัฐโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ น้องสาป่วยพิการด้วยขาซ้ายตั้งแต่กำเนิด ไม่สามารถเดินได้ตามปกติ และต้องให้น้องแอ๊ดเป็นคนอุ้มพาไปไหนมาไหนตลอดเวลา



- บุตรของเขาชื่อ เด็กหญิงบีม ศรีมะนัง หรือเรียกว่า “น้องบีม” อายุประมาณ 3 ปี (เกิดประมาณปี พ.ศ. 2557) เกิดในบ้านโดยการคลอดตามธรรมชาติ ณ โรงพยาบาลละงู อำเภอละงู จังหวัดสตูล แต่บุพการีไม่ได้แจ้งเกิด จึงตกอยู่ในความ ไร้รัฐโดยสิ้นเชิง



- บุตรของเขาชื่อ เด็กหญิงน้ำหอม ศรีมะนัง หรือเรียกว่า “น้องน้ำหอม” อายุประมาณ 6 เดือน (เกิดประมาณปี พ.ศ. 2559) เกิดในบ้านโดยการคลอดตามธรรมชาติ ณ หมู่บ้านวังนาใน หมู่ 10 ตำบลน้ำผุด อำเภอละงู จังหวัดสตูล แต่บุพการีไม่ได้แจ้งเกิด จึงตกอยู่ในความ ไร้รัฐโดยสิ้นเชิง

¹¹ โรงเรียนศึกษาสงเคราะห์พัทลุง, <http://www.sspt.ac.th/sspt/>, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2560

2.6 ข้อเท็จจริงด้านการประกอบอาชีพ

เดิมนั้นน้องแอ๊ดเคยประกอบอาชีพรับจ้างเป็นผู้นำเที่ยวล่องแก่ง โดยมีนายคิงเป็นนายจ้างในธุรกิจป่าล่องแก่ง โฮมสเตย์ ณ อำเภอละงู จังหวัดสตูล แต่ต่อมาไม่ได้ประกอบอาชีพ เพราะมีบุตรวัยเยาว์ที่ต้องเลี้ยงดู ประกอบกับภรรยาป่วยพิการจนไม่สามารถเลี้ยงบุตรตามลำพังได้

อย่างไรก็ดี ด้วยประสบการณ์ที่เขาได้ผ่านระบบการศึกษาของโรงเรียนศึกษาสงเคราะห์พัทลุงจนสามารถสื่อสารภาษาไทยได้อย่างชัดเจน เฒ่าไข่(บิดา) และนายคิง จึงคาดหวังว่าในอนาคตให้เขาได้เป็นครูเพื่อคนชาติพันธุ์มณี โดยเขาเป็นความหวังในการสร้างโรงเรียนของคนชาติพันธุ์มณีเอง และส่งต่อองค์ความรู้ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตตลอดจนวัฒนธรรมกับพี่น้องคนชาติพันธุ์มณีด้วยกัน

2.7 ข้อเท็จจริงด้านการถือครองทรัพย์สิน

ปัจจุบันน้องแอ๊ด ไม่มีทรัพย์สินใดมากไปกว่า บ้านหรือทับที่อาศัย และเสื้อผ้า แต่เขาก็ต้องการเปิดบัญชีธนาคารเพื่อในอนาคตกลับมาประกอบอาชีพจะได้มีช่องทางเก็บเงินอย่างปลอดภัย รวมถึงหากได้รับเงินทุนช่วยเหลือใด ๆ ย่อมสามารถนำเงินฝากเข้าบัญชีเพื่อทุกคนในครอบครัวได้ เพราะเขาเป็นคนเดียวในครอบครัวซึ่งสื่อสารภาษาไทยได้ทั้งการฟัง พูด อ่าน และเขียน

แต่เมื่อเขายังประสบความสำเร็จโดยสิ้นเชิง เขาจึงไร้เอกสารพิสูจน์ตน และประสบปัญหาการเปิดบัญชีธนาคาร

จากข้อเท็จจริงของน้องแอ๊ดและครอบครัว ผู้เขียนขอแนะนำประเด็นสำคัญมาวิเคราะห์เพื่อเป็นต้นแบบในการจัดการปัญหาสิทธิตามธรรมชาติ หรือ สิทธิมนุษยชนของคนชาติพันธุ์มณีดั้งเดิมในประเทศไทย โดยได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

3. ปัญหาสำคัญและแนวทางแก้ไขปัญหาด้านสิทธิตามธรรมชาติที่เกี่ยวกับสถานะบุคคล

เมื่อพิจารณาข้อกำหนดระหว่างประเทศและข้อกำหนดไทย ทันที่ที่ฟังได้ว่า น้องแอ๊ดเป็นมนุษย์ เขาผู้นั้นย่อมทรงสิทธิตามธรรมชาติ (natural rights) อันเป็น สิทธิที่ติดตัวตั้งแต่กำเนิดโดยไม่อาจพรากไปจากบุคคลนั้นได้ ซึ่งหมายถึง “สิทธิมนุษยชน (human rights)” นั่นเอง ซึ่งสิทธิตามธรรมชาตินี้ปรากฏการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights - UDHR) ตั้งแต่ปี ค.ศ.1948 หรือพ.ศ.2491 อันเป็นต้นร่างทางความคิดที่นำมาสู่กฎหมายระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ ซึ่งรวมถึงปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People - UNDRIP) ค.ศ.2007 หรือพ.ศ. 2550 ซึ่งปฏิญญาดังกล่าวนี้ปรากฏผู้ทรงสิทธิเป็น “ชนเผ่าพื้นเมือง และบุคคลที่เป็นชนเผ่าพื้นเมือง”

ทั้งนี้ สิทธิตามธรรมชาติหรือสิทธิมนุษยชน สามารถจำแนกได้ 5 กลุ่ม คือ (1) สิทธิทางแพ่ง (civil rights) (2) สิทธิทางการเมือง (political rights) (3) สิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) (4) สิทธิทางสังคม (social rights) และ (5) สิทธิทางวัฒนธรรม (cultural rights) ทั้งนี้ ในสิทธิตามธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับสถานะบุคคลเท่า ซึ่งสามารถจำแนกได้ 5 กลุ่ม คือ (1) สิทธิในการรับรองสถานะบุคคลตามกฎหมายในสถานการณ์ทั่วไป (2) สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (3) สิทธิในคุณภาพชีวิต (4) สิทธิในการมีส่วนร่วม และ (5) สิทธิในความยุติธรรม

อย่างไรก็ดี ด้วยข้อจำกัดในความเป็นไปได้ของความยาวบทความ ผู้เขียนจึงขอหยิบยกการวิเคราะห์ปัญหาสำคัญ “บางประการ” อันเป็นสิ่งที่น้องแอ๊ดและครอบครัวบอกเล่าจากการลงพื้นที่ว่าเป็นความจำเป็นในชีวิตที่ต้องการได้รับการแก้ไข โดยการวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางจัดการปัญหาผู้เขียนจะพิจารณาทั้งความเป็นไปได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ใน 5 เรื่อง กล่าวคือ

3.1 ปัญหาสิทธิในการรับรองสถานะบุคคลตามกฎหมาย – ในสถานการณ์ทั่วไป (right to recognition of legal personality – general situation) ในกรณี *เขาเหล่านี้ยังไร้รัฐไร้สัญชาติ*

■ **สภาพปัญหา** : ครอบครัวของน้องแอ๊ดมีคนไทยไร้รัฐโดยสิ้นเชิง หรือไร้การรับรองสถานะทางทะเบียนราษฎรจากทุกรัฐบนโลก จำนวน 5 คน โดยมีเพียงแม่ไข – บิดา เท่านั้นที่ในปี พ.ศ. 2555 ได้รับการรับรองสิทธิในสัญชาติไทยในทะเบียนบ้าน (ท.ร.14) ณ อำเภอมะนัง และได้รับการออกบัตรประจำตัวประชาชนไทย

■ **สิทธิตามกฎหมาย** : เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹² และหลักกฎหมายไทย¹³ พบว่า เขาเหล่านี้เป็นมนุษย์ซึ่งทรงสิทธิและมีสิทธิในสัญชาติ (right to nationality) ไทยโดยการเกิด กล่าวคือ

¹² โดยข้อกฎหมายระหว่างประเทศ เริ่มต้นชัดเจนในปี ค.ศ.1948 หรือพ.ศ.2491 ปรากฏตามข้อ 15 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และจากนั้น 17 ปีต่อมา ในปี ค.ศ.1965 หรือพ.ศ. 2508 สิทธิในสัญชาตินี้รับรองมิให้ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ปรากฏตามข้อ 5(ง)(3) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ - ICERD ซึ่งย่อหมายถึงการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุความเป็นชาติพันธุ์มาด้วย และใน 18 ปีต่อมาในปี ค.ศ.1966 หรือพ.ศ. 2509 ปรากฏตาม ข้อ 24 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง(พลเมือง) และสิทธิทางการเมือง - ICCPR ซึ่งมุ่งรับรองสิทธิในสัญชาติของบุคคลตั้งแต่มีสถานะเป็น “เด็ก” จากนั้น 41 ปีต่อมาใน ค.ศ.1989 หรือพ.ศ. 2532 สิทธิในสัญชาติถูกย้าเตือนให้นานารัฐตระหนักถึงความสำคัญอีกครั้ง โดยมุ่งรับรองสิทธิตั้งแต่เด็กเกิด ปรากฏตามข้อ 7 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก - ICRC ตลอดจนใน 69 ปีต่อมาในปี ค.ศ.2007 หรือพ.ศ.2550 สิทธิในสัญชาติได้รับการรับรองอย่างเด่นชัดสำหรับชนเผ่าพื้นเมือง อันรวมถึงการคุ้มครองว่าเขาจะไม่เสียสิทธิไปด้วยเหตุการตัดสินใจกำหนดอัตลักษณ์อันสอดคล้องกับวัฒนธรรมของตนเอง ปรากฏตามข้อ 6 และ 33 แห่งปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง - UNDRIP นอกจากนี้ โดยจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นานารัฐยอมรับว่าสิทธิในสัญชาติโดยการเกิดเป็นไปใน 2 ลักษณะ คือ ตามหลักบุคคลโดยสืบสายโลหิตจากบุพการี และตามหลักดินแดนโดยการเกิดในรัฐนั้น

¹³ โดยข้อกฎหมายไทย กฎหมายไทยรับรองสิทธิในสัญชาติโดยการเกิดตามหลักสืบสายโลหิตตั้งแต่มูลนิธิธรรมประเพณี และรับรองสิทธิในสัญชาติไทยโดยการเกิดตามหลักดินแดนตั้งแต่ พ.ศ. 2456 ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2456 ดังนั้น

เมื่อฟังข้อเท็จจริงได้ว่า น้องแอ๊ดเกิดเมื่อปี พ.ศ. 2539 และเป็นบุตรชายของเฉ่าไข่ เขาย่อมมีสิทธิในสัญชาติไทยตามหลักสืบสายโลหิตจากบิดาตั้งแต่เกิด แต่เมื่อบิดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดา เขาจึงสามารถใช้สิทธิในสัญชาติไทยได้ตั้งแต่วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2551 ตามมาตรา 21¹⁴ แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

นอกจากนี้ บุตรผู้เยาว์ของน้องแอ๊ดทั้งสอง (น้องบีม และน้องน้ำหอม) เมื่อเป็นบุตรของบิดาซึ่งไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดา ย่อมมีสิทธิในสัญชาติไทยตามหลักสืบสายโลหิตจากบิดาตั้งแต่เกิด ตามมาตรา 7(1) ประกอบมาตรา 7 วรรคสอง¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

ทั้งนี้ เมื่อฟังข้อเท็จจริงได้ว่า แม่แดง และน้องสา เป็นคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมในเทือกเขาบรรทัดของไทย การแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุพการีของบุคคลทั้งสองจึงจำเป็นต่อการพิสูจน์สิทธิในสัญชาติไทยตามหลักสืบสายโลหิตจากบุพการี

■ **แนวทางการจัดการปัญหา:** เมื่อข้อกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อกฎหมายไทยโดยฝ่ายนิติบัญญัติรับรองสิทธิในสัญชาติไทยไว้โดยครบถ้วน ตลอดจนนโยบายของกระทรวงมหาดไทยก็ไม่ปรากฏในทางประวัติศาสตร์ว่าปฏิเสธสิทธิในสัญชาติไทยของคนดั้งเดิมชาติพันธุ์มา ซึ่งปรากฏการใช้ระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2535 ในการบันทึกรับรองสัญชาติไทยเขาเหล่านี้ในทะเบียนราษฎร ดังนั้น ความไม่คืบหน้าในระดับปฏิบัติการจึงต้องจัดการด้วยการ ผลักดันให้ผู้รักษาการตามกฎหมายในพื้นที่ทำงานเชิงรุกจนกลายเป็นทีมประสิทธิภาพ *โดยผู้เขียนมีข้อเสนอ ดังนี้*

ประการแรก นายอำเภอละงู ร่วมกับผู้อำนวยการโรงพยาบาลละงู อำเภอละงู ย้ายที่อยู่ของเฉ่าไข่จากอำเภอมะนัง มายังอำเภอละงู ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 กล่าวคือ

เมื่อฟังได้ว่า เฉ่าไข่มีชื่อในทะเบียนบ้านอำเภอละงู แต่ปัจจุบันครอบครัวย้ายทับหรือบ้านมาตั้งถิ่นฐานถาวร ณ อำเภอละงู ประกอบกับทับหรือบ้านเป็นกระท่อมซึ่งยังไม่ได้รับการกำหนดเลขที่บ้าน แต่การไม่มีทะเบียนบ้านนั้นย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเพิ่มชื่อบุตรหลานในทะเบียนราษฎร ดังนั้น การใช้ปกติ

คนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมซึ่งอาศัยอยู่ในแถบคาบสมุทรมาลายู กลุ่มคนเหล่านี้ซึ่งเกิดในประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 10 เมษายน 2456 เป็นต้นมา ตามมาตรา 3(2) แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2456 เขาย่อมมีสัญชาติไทยโดยการเกิดตามหลักดินแดน อันส่งผลให้บุตรหลานคนชาติพันธุ์มาในรุ่นต่อ ๆ มา มีสิทธิในสัญชาติไทยโดยการเกิดตามหลักสืบสายโลหิต

¹⁴ ซึ่งบัญญัติว่า “บทบัญญัติวรรคสองของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ซึ่งเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ ให้มีผลใช้บังคับกับผู้เกิดก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับด้วย”

¹⁵ ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลดังต่อไปนี้ย่อมได้สัญชาติไทยโดยการเกิด

(1) ผู้เกิดโดยบิดาหรือมารดาเป็นผู้มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรไทย

(2) ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทย ยกเว้นบุคคลตามมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง

คำว่าบิดาตาม (1) ให้หมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นบิดาของผู้เกิดตามวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง แม้ผู้นั้นจะมีได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาของผู้เกิด และมีได้จดทะเบียนรับรองผู้เกิดเป็นบุตรก็ตาม

ประเพณีที่ดี (good practice) ของผู้อำนวยการโรงพยาบาลอู่เมียงและนายอำเภออู่เมียง¹⁶ ในการยินยอมให้ประชาชนด้อยโอกาสในพื้นที่ย้ายเข้ามาในทะเบียนบ้านของโรงพยาบาล ย่อมเป็นการอำนวยความสะดวกที่งดงามแก่น้องแอ๊ดและครอบครัวได้โดยนายอำเภอและผู้อำนวยการโรงพยาบาลละงูเช่นเดียวกัน

ประการที่สอง นายอำเภอละงูดำเนินการส่งเรื่องขอตรวจพิสูจน์สารพันธุกรรม (DNA) ภายใต้กองทุนของกรมการปกครอง และ/หรือ กองทุนกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยสถาบันนิติวิทยาศาสตร์เพื่อรับรองความสัมพันธ์ความเป็นบิดาและบุตร ในกรณีของแม่ไข่ และน้องแอ๊ด อันเป็นหลักฐานในการรับรองสถานะคนสัญชาติไทยในทะเบียนบ้าน ตามมาตรา 36 วรรคหนึ่ง¹⁷ แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ประกอบระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2535 กล่าวคือ

เมื่อฟังได้ว่า แม่ไข่ ได้รับการรับรองสัญชาติไทยในทะเบียนบ้าน (ท.ร.14) และฟังได้ว่าการสอบคำพยานบุคคลโดยคนชาติพันธุ์มานั้นเป็นโดยยากลำบากด้วยอุปสรรคทางภาษาและการแสวงหาพยานบุคคล ดังนั้น การใช้หลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์โดยตรวจสารพันธุกรรม (DNA) เพื่อพิสูจน์ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างบิดากับบุตร ย่อมเป็นความยุติธรรมอันจำเป็นแก่สถานการณ์พิเศษของคนชาติพันธุ์มานี้ ซึ่งมีความยากลำบากในการรวบรวมพยานหลักฐานดังสถานการณ์ปกติ นอกจากนี้ เมื่อฟังได้ว่าเขาประสบความสำเร็จ ความยากจน เขาย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในกองทุนตรวจพิสูจน์สารพันธุกรรมภายใต้กรมการปกครอง ตามหนังสือกรมการปกครอง ที่ มท0309.1/ว 37 เรื่อง โครงการตรวจสารพันธุกรรมเพื่อแก้ไขปัญหาสถานะและสิทธิของคนไทยที่ตกหล่นทางทะเบียนราษฎร ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2559

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้หารือกับท่านพิติกาญจน์ สิทธิเดช¹⁸ อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และนายอำเภอละงู¹⁹ ฟังได้ว่า ท่านเห็นด้วยกับแนวทางประการแรกและประการที่สอง ซึ่งท่านพิติกาญจน์ ได้ประสานทีมแพทย์สถาบันนิติวิทยาศาสตร์ในการลงพื้นที่ตรวจพิสูจน์พันธุกรรม ตลอดจนได้นายอำเภอละงูเตรียมคณะกรรมการตรวจพิสูจน์สารพันธุกรรมสำหรับกรณีน้องแอ๊ด รวมถึงคนชาติพันธุ์มานี้อื่น ๆ ในพื้นที่ ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน

¹⁶ *ดังกรณีศึกษา* น้องอาเซียน อติเตเด็กไร้รัฐซึ่งขณะนั้นน้องป่วยหนักที่โรงพยาบาลอู่เมียง และจำเป็นเร่งด่วนต้องรับรองสิทธิในสัญชาติไทยเพื่อเข้าถึงสิทธิในหลักประกันสุขภาพ ผู้อำนวยการโรงพยาบาลอู่เมียงในฐานะเจ้าบ้านได้มอบอำนาจให้ผู้จัดการคลินิกกฎหมายประจำโรงพยาบาลดำเนินการย้ายชื่อพวาริและเพิ่มชื่อน้องในทะเบียนบ้านของโรงพยาบาลอู่เมียง และเร่งจัดการรับรองสิทธิในสัญชาติไทยของน้องโดยพลันร่วมกับนายอำเภออู่เมียง

¹⁷ ซึ่งบัญญัติว่า นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นจัดทำทะเบียนบ้านไว้ทุกบ้าน สำหรับผู้มีสัญชาติไทยให้“ และคนซึ่งไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

¹⁸ ผลการหารือจากพื้นที่แลกเปลี่ยนเรียนรู้ ในวันที่ 14 สิงหาคม 2560 ณ ร้านอาหารครัวชวนชม (เรือนจำกลางคลองเปรม) กรุงเทพมหานคร

¹⁹ ข้อเสนอปรากฏขึ้นโดย นายธานี หะยีมะสาและ นายอำเภอละงู ซึ่งแลกเปลี่ยนกับผู้เขียนผ่านทางโทรศัพท์ เวลา 16.15 – 16.29 น. เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2560 ภายใต้โครงการสตุลศึกษา

ประการที่สาม นายอำเภอละงูและนายทะเบียนอำเภอละงู รับรองสิทธิในสัญชาติไทยโดยสืบสายโลหิตจากบิดาในทะเบียนราษฎร กรณีน้องบีมและน้องข้าวหอมซึ่งเป็นบุตรของน้องแอ๊ด โดยรับฟังพยานบุคคลในชุมชน ตลอดจนเจ้าหน้าที่สาธารณสุขในพื้นที่ โดยไม่จำเป็นต้องตรวจพิสูจน์สารพันธุกรรม (DNA) กล่าวคือ

เมื่อฟังได้ว่า เด็กทั้งสองเป็นเด็กกำพร้าอายุไม่เกิน 3 ปี ซึ่งตามข้อ 1.2 แห่งหนังสือกรมการปกครองข้างต้น ได้วางกรอบดุลยพินิจว่าไม่มีความจำเป็นต้องใช้การตรวจพิสูจน์สารพันธุกรรม (DNA) ตลอดจนเมื่อฟังได้ว่า น้องบีมเกิดในโรงพยาบาลละงู ย่อมมีความเป็นไปได้ที่ผู้อำนวยการโรงพยาบาลละงูจะสืบค้นประวัติการฝากครรภ์และการออกหนังสือรับรองการเกิด (ท.ร.1/1) และเมื่อฟังได้ว่า น้องข้าวหอมเกิดในบ้าน ณ ตำบลน้ำผุด อำเภอละงู การรับฟังพยานบุคคล 2 คน ย่อมเป็นไปได้เช่นกัน โดยพยานบุคคลซึ่งใกล้ชิดกับครอบครัว คือ นายคณิง และพยานบุคคลด้านสาธารณสุขชุมชน คือ อาสาสมัครสาธารณสุขในพื้นที่

ประการที่สี่ นายอำเภอละงูพร้อมทีมฝ่ายปกครอง ร่วมกับทีมสาธารณสุขในพื้นที่อำเภอละงู และภาคประชาชนในพื้นที่ซึ่งใกล้ชิดกับคนชาติพันธุ์มณี แสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมของบุพการีแม่แดง(มารดาของน้องแอ๊ด) และน้องสา(ภรรยาของน้องแอ๊ด) ตลอดจนคนชาติพันธุ์มณีอื่น ๆ ในอำเภอละงู ที่ยังประสบความไร้รัฐไร้สัญชาติ เพื่อให้ นายอำเภอละงูพิจารณาดำเนินการรับรองสิทธิในสัญชาติไทยทางทะเบียนราษฎรต่อไป

ประการสุดท้าย หากปรากฏว่าการแสวงหาข้อเท็จจริงรายได้ไม่อาจทำได้โดยสุจริต ผู้เขียนเสนอท่านนายอำเภอละงูมีหนังสือหรือปลัดกระทรวงมหาดไทยและอธิบดีกรมการปกครองโดยเร่งด่วน เพื่อผลักดันการสร้างนโยบายอันหมายถึงระเบียบการลงรายการสัญชาติไทยสำหรับคนชาติพันธุ์มณี และหนังสือสั่งการฉบับคู่มือ โดยเป็นบทสันนิษฐานว่าเรามีสัญชาติไทยเมื่อรับฟังข้อเท็จจริงได้ว่า (1) เขามีอัตลักษณ์ชัดเจนเป็นคนชาติพันธุ์มณีอันยากต่อการสวมตัว และ (2) เขาอาศัยอยู่จริงในประเทศไทย เนื่องจากคนชาติพันธุ์มณีเชื้อสายไทยในเทือกเขาบรรทัดไม่อาจปะปนกับคนเชื้อสายมาเลเซียได้ด้วยเขตแดน รวมถึงคนชาติพันธุ์มณีเชื้อสายมาเลเซียในเทือกเขาสันกาลาศรีไม่มีเหตุข้ามมาปะปนกับคนเชื้อสายไทย ด้วยพื้นที่ป่าในมาเลเซียมีความสมบูรณ์มากกว่า ซึ่งเป็นการนำปกติประเพณีที่ดีในทางนโยบายของกระทรวงมหาดไทยที่ได้สร้างบทสันนิษฐานกรณีคนชาวเขาดั้งเดิมด้วยระเบียบว่าด้วยการพิจารณาลงรายการสถานะบุคคลในทะเบียนราษฎรให้แก่บุคคลบนพื้นที่สูง พ.ศ. 2543 มาพัฒนาเพื่อคนชาติพันธุ์มณีเชื้อสายไทย

อย่างไรก็ดี เป็นโศกนาฏกรรมที่โหดร้ายว่า น้องแอ๊ดและครอบครัวแม้จะมีข้อเท็จจริงฟังได้ว่าเป็นคนชาติพันธุ์มณีเชื้อสายไทยในเทือกเขาบรรทัด แต่ตราบใดที่เขายังไม่ได้รับการรับรองสิทธิในสัญชาติในทะเบียนราษฎร เขาเหล่านี้ย่อมถูกถือว่าเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมาย²⁰ ดังนั้น เขาเหล่านี้จึงเสี่ยงต่อการถูกปฏิบัติเชิงรุนแรงงานต่างด้าวที่เพิ่งหลบหนีเข้ามาในประเทศไทย (new comer) รวมถึงเสี่ยงต่อการถูกส่งออกนอกประเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

²⁰ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 57 และมาตรา 58

3.2 ปัญหาสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (right to basic human rights) ในกรณี เขาเหล่านี้ยังไร้การศึกษา กล่าวคือ

■ **สภาพปัญหา** : ครอบครัวของน้องแอ๊ด มีเพียงน้องแอ๊ดคนเดียวที่ได้เข้ารับการศึกษามาจากโรงเรียนศึกษาสงเคราะห์พัทลุง อันส่งผลให้สมาชิกคนอื่น ๆ ไม่สามารถอ่านออกและเขียนได้เลย จะมีเพียงแม่ที่ใช้สื่อสารภาษาไทย(สำเนียงใต้)ได้คล่องแคล่ว จากการลงพื้นที่ผู้เขียนฟังได้ว่า ปัญหาไร้การศึกษาเกิดจากการเคลื่อนย้ายที่อยู่เป็นประจำ ความหวาดกลัวว่าบุตรผู้เยาว์จะถูกคนอื่นทำร้ายหากส่งเข้าโรงเรียน และความหวาดกลัวการถูกล้อเลียนละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยอัตลักษณ์ทางกายภาพของชาติพันธุ์ที่เด่นชัด

■ **สิทธิตามกฎหมาย** : เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ²¹ และหลักกฎหมายไทย²² พบว่า เขาเหล่านี้เป็นมนุษย์ซึ่งทรงสิทธิและมีสิทธิในการศึกษา (right to education) กล่าวคือ

เมื่อฟังข้อเท็จจริงได้ว่า น้องแอ๊ดและครอบครัวเป็นมนุษย์ซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศไทย เขาย่อมมีสิทธิในการศึกษา ตามมาตรา 54²³ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 10²⁴ แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ตลอดจนสิทธิในการศึกษาตามวัฒนธรรมของคนชาติพันธุ์ย่อมได้รับการรับรองตามมาตรา 5²⁵ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2551

²¹ โดยข้อกฎหมายระหว่างประเทศ เริ่มต้นชัดเจนในปี ค.ศ.1948 หรือพ.ศ.2491 ปรากฏตามข้อ 26 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมุ่งรับรองสิทธิในการศึกษาของบุคคลทุกคน (education for all) และจากนั้น 17 ปีต่อมาในปี ค.ศ. 1965 หรือพ.ศ. 2508 ปรากฏตาม ข้อ 13 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม – ICESCR ตลอดจนในปีเดียวกันนี้สิทธิในการศึกษานี้รับรองมิให้ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ปรากฏตามข้อ 5(ด)(5) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ - ICERD ซึ่งย่อหมายถึงการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุความเป็นชาติพันธุ์มาด้วย จากนั้น 41 ปีต่อมาใน ค.ศ.1989 หรือพ.ศ. 2532 สิทธิในการศึกษาถูกย้ำเตือนให้นานาชาติตระหนักถึงความสำคัญอีกครั้ง โดยมุ่งรับรองสิทธิตั้งแต่เด็ก ปรากฏตามข้อ 28 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก - ICRC ตลอดจนใน 59 ปีต่อมา ในปี ค.ศ.2007 หรือพ.ศ.2550 สิทธิในการศึกษาได้รับการรับรองอย่างเด่นชัดสำหรับชนเผ่าพื้นเมือง อันรวมถึงการรับรองและส่งเสริมให้เขามีการศึกษาที่เหมาะสมสอดคล้องกับวัฒนธรรมของตนเอง ปรากฏตามข้อ 14 แห่งปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง - UNDRIP นอกจากนี้ โดยจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นานาชาติยอมรับว่าสิทธิในการศึกษาเป็นของบุคคลทุกคนโดยเท่าเทียม (education for all)

²² โดยข้อกฎหมายไทย กฎหมายไทยรับรองสิทธิในการศึกษาของบุคคลทุกคน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ตลอดจนพระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2551

²³ ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่ก่อนวัยเรียนจนจบการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...”

²⁴ ซึ่งบัญญัติว่า “การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...”

²⁵ ซึ่งบัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษา ให้บุคคลได้รับการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยอย่างทั่วถึงและมีคุณภาพตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ โดยให้บุคคลซึ่งได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานไป

■ **แนวทางการจัดการปัญหา :** เมื่อข้อกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อกฎหมายไทยโดยฝ่ายนิติบัญญัติรับรองสิทธิในการศึกษาไว้โดยครบถ้วน ตลอดจนข้อนโยบายของกระทรวงศึกษาก็ไม่ปรากฏในทางประวัติศาสตร์ว่าปฏิเสธสิทธิในการศึกษาของคนดั้งเดิมชาติพันธุ์มานี นอกจากนี้ ยังปรากฏการใช้ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยหลักฐานในการรับนักเรียนนักศึกษาเข้าเรียนในสถานศึกษา พ.ศ. 2548 ในการยืนยันรับรองสิทธิในการศึกษาของคนไร้รัฐไร้สัญชาติ ดังนั้น ความไม่คืบหน้าในระดับปฏิบัติการจึงต้องจัดการด้วยการผลักดันให้ผู้รักษาการตามกฎหมายในพื้นที่ทำงานเชิงรุกจนกลายเป็นทีมประสิทธิภาพ **โดยผู้เขียนมีข้อเสนอ ดังนี้**

ประการแรก ผู้ว่าราชการจังหวัดสตูล²⁶ ร่วมกับผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยจังหวัดสตูล²⁷ รับฟังความคิดเห็นของคนชาติพันธุ์มานีในพื้นที่ ตลอดจนภาคประชาชนที่ใกล้ชิดกับคนชาติพันธุ์มานี เพื่อจัดให้มีศูนย์การศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยอำเภอละงูหรืออำเภอมะนัง ในการจัดการศึกษาเป็นกรณีพิเศษให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมของคนชาติพันธุ์มานี ดังปรากฏปกติประเพณีที่ดีของกระทรวงศึกษาธิการในการสร้างศูนย์การศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยอำเภอปะเหลียน จังหวัดตรัง ซึ่งเป็นต้นแบบในการจัดการศึกษาแก่คนชาติพันธุ์มานี ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2536

ทั้งนี้ เมื่อฟังได้ว่า ปัญหาทัศนคติในความหวาดกลัวบุคคลภายนอกของคนชาติพันธุ์มานีเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลาในการจัดการ ดังนั้น การจัดการเรียนรู้นี้ย่อม**ไม่ได้**หมายถึงการทำเชิงรับในศูนย์อันเป็นที่ตั้งของอาคารเรียนรู้นั้น แต่หมายถึงการลงพื้นที่เชิงรุกเพื่อสร้างความเชื่อถือนะหว่างกันของผู้สอนและผู้เรียน ตลอดจนหมายถึงการสร้างห้องเรียนในชุมชนเป็นหลัก เพื่อให้สอดคล้องกับวิถีทางวัฒนธรรมปกติของคนชาติพันธุ์มานีอีกด้วย²⁸

ประการที่สอง ผู้ว่าราชการจังหวัดสตูล ร่วมกับผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยจังหวัดสตูล จัดให้มีการอบรมคนชาติพันธุ์มานีซึ่งเคยผ่านการศึกษาในระบบปกติ ดังเช่น กรณีน้องแอ๊ด ให้เป็นครูในโรงเรียนหรือศูนย์การศึกษาเพื่อคนชาติพันธุ์ เพื่อให้เขาเหล่านี้ส่งต่อ

แล้วหรือไม่ก็ตามมีสิทธิได้รับการศึกษาในรูปแบบการศึกษานอกระบบหรือการศึกษาตามอัธยาศัยได้ แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ตามกระบวนการและขั้นตอนการที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้”

²⁶ ในฐานะประธานกรรมการส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยจังหวัดสตูล ตามมาตรา 15(2) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2551

²⁷ ในฐานะผู้บังคับบัญชาหน่วยงานภายใต้สังกัดในพื้นที่ และผู้บังคับบัญชาหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยจังหวัด ตามมาตรา 17(2) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2551

²⁸ ข้อเสนอปรากฏขึ้นโดย คุณคณิง จันทรแดง ในวงเสวนาแลกเปลี่ยนเรียนรู้ร่วมกัน ณ โรงพยาบาลละงู เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2560 ภายใต้โครงการสตูลศึกษา 2

องค์ความรู้ทั้งทางวัฒนธรรมดั้งเดิมของตน และสร้างความเข้าใจต่อความเปลี่ยนแปลงตามสังคมภายนอก ทั้งนี้ รวมถึงเป็นการสร้างอาชีพและโอกาสทางเศรษฐกิจแก่คนชาติพันธุ์มาได้ในพร้อมกัน²⁹

3.3 ปัญหาสิทธิในคุณภาพชีวิต (right to life quality) ในกรณี เขาเหล่านี้อยู่อาศัยและที่ทำกิน และเขาเหล่านี้อยู่อาศัยและทำกิน ในกรณีเขาเหล่านี้อยู่อาศัยและที่ดินทำกิน ตลอดจน ไร่อาชีพ

■ **สภาพปัญหา** : ครอบครัวของน้องแอ๊ดไม่มีกรรมสิทธิ์ที่ดินใด ๆ เป็นของตน เนื่องจากวัฒนธรรมอาศัยอยู่ตามธรรมชาติและเคลื่อนย้ายจึงไม่ได้จับจองที่ดินตั้งแต่ชั้นบรรพบุรุษ ปัจจุบันได้ตั้งทับหรือบ้านอาศัยในพื้นที่ของเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า และเขาเหล่านี้อ้างว่าประสบปัญหาการหาของป่าด้วยความอุดมสมบูรณ์ที่ลดลงอย่างมาก ซึ่งส่งผลถึงการที่เขาเหล่านี้อาศัยซึ่งจำเป็นต้องการสร้างรายได้ในการดำรงชีพเมื่อปรากฏว่าการใช้ชีวิตในป่าตามธรรมชาติไม่อาจดำรงได้อย่างมีคุณภาพชีวิตที่ดีอีกต่อไป

■ **สิทธิตามกฎหมาย** : เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ³⁰ และหลักกฎหมายไทย³¹ พบว่า เขาเหล่านี้นับเป็นมนุษย์ซึ่งทรงสิทธิและมีสิทธิในสวัสดิการสังคมอันจำเป็นเป็นจากรัฐเมื่อตกอยู่ในสภาวะความด้อยโอกาส (right to social welfare) กล่าวคือ

²⁹ ข้อเสนอปรากฏขึ้นโดย อ.สิน้อย เกษมสันต์ ณ อยุธยา ในวงเสวนาแลกเปลี่ยนเรียนรู้ร่วมกัน ณ โรงพยาบาลละงู เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2560 ภายใต้โครงการสตูดิโอศึกษา 2

³⁰ โดยข้อกฎหมายระหว่างประเทศ เริ่มต้นชัดเจนในปี ค.ศ.1948 หรือพ.ศ.2491 ปรากฏตามข้อ 25 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมุ่งรับรองสิทธิในสวัสดิการสังคม และจากนั้น 17 ปีต่อมาในปี ค.ศ.1965 หรือ พ.ศ. 2508 สิทธิในสวัสดิการสังคมนี้รับรองมิให้ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ปรากฏตามข้อ 5(ด) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ - ICERD ซึ่งย่อหมายถึงการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุความเป็นชาติพันธุ์มาด้วย และใน 18 ปีต่อมาในปี ค.ศ.1966 หรือพ.ศ. 2509 สิทธิในสวัสดิการสังคมนี้ปรากฏตาม ข้อ 9 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม – ICESCR) จากนั้น 41 ปีต่อมาในปี ค.ศ.1989 หรือพ.ศ. 2532 สิทธิในสวัสดิการสังคมนี้ถูกย้ำเตือนให้นานาชาติตระหนักถึงความสำคัญอีกครั้ง โดยมุ่งรับรองสิทธิตั้งแต่เด็ก ปรากฏตามข้อ 18 และ 26 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก - ICRC ตลอดจนใน 59 ปีต่อมาในปี ค.ศ.2007 หรือพ.ศ.2550 สิทธิในสวัสดิการสังคมได้รับการรับรองอย่างเด่นชัดสำหรับชนเผ่าพื้นเมือง อันรวมถึงการรับรองและส่งเสริมให้เขาได้รับการประกันในความเป็นอยู่ที่ดีของชนเผ่าพื้นเมือง ปรากฏตามข้อ 43 แห่งปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง - UNDRIP นอกจากนี้ โดยจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นานาชาติยอมรับว่าสิทธิในสวัสดิการสังคมเป็นสิทธิของมนุษย์ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ส่งเสริมให้เขาได้รับการคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเขาเหล่านั้นตกอยู่ในสภาวะด้อยโอกาส

³¹ โดยข้อกฎหมายไทย กฎหมายไทยรับรองสิทธิในสวัสดิการสังคมแก่บุคคลทุกคนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเขาตกอยู่ในความด้อยโอกาส โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปรากฏหลายประการในหมวด 6 หน้าที่แห่งรัฐ และพระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557 ตลอดจนพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550

เมื่อฟังข้อเท็จจริงได้ว่า น้องแอ๊ดและครอบครัวเป็นมนุษย์ซึ่งประสบความด้อยโอกาส และตกอยู่ในสภาวะความยากลำบากและไม่อาจพึ่งพาศักดิ์สิทธิ์ได้ เขาเยอมีสิทธิในสวัสดิการสังคม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตลอดจนการมีลักษณะ “ไร้ที่พึ่ง” เขาเยอมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากสถานและศูนย์คุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง ในการจัดให้มีที่พักอาศัย อาหาร และเครื่องนุ่งห่มที่เหมาะสมและถูกสุขลักษณะ จัดให้มีการตรวจสุขภาพกายและสุขภาพจิต ผีกอบรมและผีกอาชีพ รวมทั้งหาอาชีพให้แก่คนไร้ที่พึ่ง ตามมาตรา 19³² ประกอบ 14³³ แห่งพระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557 นอกจากนี้ การมีลักษณะ “สภาวะยากลำบากหรือที่จำต้องได้รับความช่วยเหลือ” เขาเยอมีสิทธิได้รับการจัดสวัสดิการสังคม ตามมาตรา 5³⁴ ประกอบมาตรา 3³⁵ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546

³² ซึ่งบัญญัติว่า “คนไร้ที่พึ่งมีสิทธิขอรับการคุ้มครองจากสถานคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งหรือศูนย์คุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง”

³³ ซึ่งบัญญัติว่า “สถานคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) สำรวจและติดตามสภาพและปัญหาเกี่ยวกับคนไร้ที่พึ่งในเขตพื้นที่รับผิดชอบ
- (2) สืบเสาะข้อมูลเกี่ยวกับคนไร้ที่พึ่งที่ขอรับการคุ้มครองหรือที่ถูกส่งตัวมายังสถานคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งตามมาตรา 20 หรือมาตรา 22 และให้การคุ้มครอง รวมทั้งรับตัวคนไร้ที่พึ่งไว้
- (3) จัดให้มีที่พักอาศัย อาหาร และเครื่องนุ่งห่มที่เหมาะสมและถูกสุขลักษณะ จัดให้มีการตรวจสุขภาพกายและสุขภาพจิต ผีกอบรมและผีกอาชีพ รวมทั้งหาอาชีพให้แก่คนไร้ที่พึ่ง
- (4) ประสานงานเพื่อจัดส่งคนไร้ที่พึ่งไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งประเภทนั้น
- (5) ให้คำปรึกษา แนะนำ และช่วยเหลือคนไร้ที่พึ่งในด้านการดำรงชีวิต ด้านกฎหมาย หรือด้านอื่น เพื่อให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุขเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป
- (6) ติดตาม ตรวจสอบ และประเมินผลในการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง
- (7) ดำเนินการอื่นใดตามที่คณะกรรมการกำหนด

การปฏิบัติงานของสถานคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งให้เป็นไปตามมาตรฐานที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงการส่งเสริมให้คนไร้ที่พึ่งสามารถดำรงชีวิตอิสระในชุมชนและการมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นของคนไร้ที่พึ่งด้วย”

³⁴ ซึ่งบัญญัติว่า “ในการจัดสวัสดิการสังคมขององค์การสวัสดิการสังคมให้แก่ผู้รับบริการสวัสดิการสังคมให้คำนึงถึงเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) สาขาต่าง ๆ ที่จะดำเนินการตามความจำเป็นและเหมาะสม เช่น การบริการทางสังคม การศึกษา สุขภาพอนามัย ที่อยู่อาศัย การผีกอาชีพ การประกอบอาชีพ นันทนาการ และกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น
- (2) ลักษณะหรือรูปแบบและวิธีการในการดำเนินการ เช่น การส่งเสริมการพัฒนา การสงเคราะห์ การคุ้มครอง การป้องกัน การแก้ไข และการบำบัดฟื้นฟู เป็นต้น

ในการจัดสวัสดิการสังคมตามวรรคหนึ่ง ให้มีการส่งเสริมและสนับสนุนให้บุคคล ครอบครัว ชุมชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรวิชาชีพ สถาบันศาสนา และองค์กรอื่นได้มีส่วนร่วมด้วย”

³⁵ ซึ่งบัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้... “ผู้รับบริการสวัสดิการสังคม” หมายความว่า บุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือที่จำต้องได้รับความช่วยเหลือ เช่น เด็ก เยาวชน คนชรา ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ ผู้ด้อยโอกาส ผู้ถูกละเมิดทางเพศ หรือกลุ่มบุคคลอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด”

■ **แนวทางการจัดการปัญหา** : เมื่อข้อกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อกฎหมายไทยโดยฝ่ายนิติบัญญัติรับรองสิทธิในสวัสดิการสังคมไว้โดยครบถ้วน แต่ในส่วนนโยบายการจัดการสวัสดิการของคนไร้ที่พึ่งและคนซึ่งมีสถานะยากลำบากหรือที่จำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือตามกฎหมายสองฉบับข้างต้น ยังไม่ปรากฏการกำหนดนโยบายฝ่ายบริหารระดับกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ในสถานการณ์ซึ่งคนชาติพันธุ์มานีประสบเป็นกรณีเฉพาะ ส่งผลให้ฝ่ายบริหารระดับปฏิบัติการเกิดความกังวลในอำนาจหน้าที่ว่าทำได้หรือไม่ ? หากทำต้องดำเนินการอย่างไร ? ตลอดจนในส่วนนโยบายการจตุสรที่ดินเพื่อคนชาติพันธุ์มานียังไม่ปรากฏชัดแจ้ง ส่งผลให้ฝ่ายบริหารระดับปฏิบัติการเกิดความกังวลด้วยเป็นทรัพยากรที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงมีความเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น **ผู้เขียนมีข้อเสนอ ดังนี้**

ประการแรก การจัดการสวัสดิการอื่นอันไม่เกี่ยวข้องกับที่ดิน พัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จังหวัดสตูล³⁶ หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์³⁷ เพื่อเสนอการกำหนดแนวปฏิบัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งสำหรับคนที่มีสถานะไร้ที่พึ่งเช่นเกี่ยวกับคนชาติพันธุ์มานี

ประการที่สอง การจัดการสวัสดิการอื่นอันเกี่ยวข้องกับที่ดิน โดยการจัดการเชิงระบบเพื่อคนชาติพันธุ์มานีดั้งเดิมในประเทศไทย ย่อมมีความจำเป็นในการกำหนดนโยบายโดยนายกรัฐมนตรี ตลอดจนคณะรัฐมนตรี ซึ่งกรณีเช่นนี้ผู้รักษาการตามกฎหมายที่สามารถหารืออนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี คือ ผู้ว่าราชการจังหวัดสตูล³⁸

อย่างไรก็ดี ในส่วนการบริหารจัดการภายในอำเภอละงูนั้น ผู้เขียนได้หารือและรับฟังข้อเสนอจากนายอำเภอละงู³⁹ ว่า กระทรวงมหาดไทยมีนโยบายให้นายอำเภอมีอำนาจหน้าที่บริหารจัดการ “ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน” ตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน พ.ศ.2553 ภายใต้พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งกรณีนี้นายอำเภอละงูมีความเห็นว่าการจัดสรรที่อยู่อาศัยและที่ทำกินเพื่อคนชาติพันธุ์มานีสามารถทำได้เช่นกัน

³⁶ ในฐานะผู้บังคับบัญชาศูนย์คนไร้ที่พึ่ง ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557

³⁷ ในฐานะประธานกรรมการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557

³⁸ ในฐานะผู้รับนโยบายและคำสั่งจากนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล คณะรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรม มาปฏิบัติการให้เหมาะสมกับท้องที่และประชาชน และเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหาร ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

³⁹ ข้อเสนอปรากฏขึ้นโดย นายธานี หะยีมะสาและ นายอำเภอละงู ซึ่งแลกเปลี่ยนกับผู้เขียนผ่านทางโทรศัพท์ เวลา 16.15 – 16.29 น. เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2560 ภายใต้โครงการสตุลศึกษา

3.4 ปัญหาสิทธิในการมีส่วนร่วม (right to participation) ในกรณีเขาเหล่านี้ยังประสบปัญหาการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมสำหรับคนชาติพันธุ์มณี กล่าวคือ

- **สภาพปัญหา** : ครอบครัวของน้องแอ๊ด และคนชาติพันธุ์มณีในพื้นที่ประสบปัญหาการดำรงชีวิตตามวัฒนธรรมของคนชาติพันธุ์มณี โดยสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเอง (right to self determination) ไม่อาจทำได้เนื่องด้วยปัญหาที่เขาไม่อาจอาศัยอยู่ในป่าและล่าสัตว์ได้ เพราะผืนป่าลดความอุดมสมบูรณ์ลงมาก และถูกหวงห้ามโดยกฎหมายป่าสงวน รวมถึงการถูกรุกล้ำจากการพัฒนาทางอุตสาหกรรมและวัตตุนิยม ตลอดจนเขาเหล่านี้ไม่ได้รับการยอมรับความหลากหลายทางวัฒนธรรมจากสังคมโดยภาพรวม และถูกเข้าใจอย่างละเมียดลี้ลับว่าเป็นคนเถื่อน ส่งผลให้เขาเหล่านี้ไม่อาจดำรงชีวิตตามวัฒนธรรมของตนโดยอยู่รอดอย่างมีศักดิ์ศรีในสภาพความเปลี่ยนแปลงของสังคมโลกปัจจุบันได้
- **สิทธิตามกฎหมาย** : เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁰ พบว่า เขาเหล่านี้เป็นมนุษย์ซึ่งทรงสิทธิและมีสิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมและสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มคนชนเผ่าพื้นเมือง ทั้งนี้ ข้อกฎหมายไทยในระดับนิติบัญญัติยังไม่ปรากฏกฎหมายเฉพาะในการรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมของคนชนเผ่าพื้นเมือง อันส่งผลต่อปัญหาการจัดการเชิงระบบโดยฝ่ายบริหาร
- **แนวทางการจัดการปัญหา** : เมื่อข้อกฎหมายระหว่างประเทศรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมและสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเองไว้โดยครบถ้วน แต่ยังไม่ปรากฏข้อบกพร่องของข้อกฎหมายไทยโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอให้มีการหารือประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ด้อยโอกาส สถานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งได้รับฟังข้อเสนอของสภาชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทยในเรื่อง “ร่างพระราชบัญญัติสภาชาติพันธุ์และชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย” เมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ.2559 โดยสนับสนุนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมของคนชาติพันธุ์มณีดั้งเดิม – กรณีศึกษาน้องแอ๊ดประกอบการพิจารณา

⁴⁰ โดยข้อกฎหมายระหว่างประเทศ เริ่มต้นชัดเจนในปี ค.ศ.1948 หรือพ.ศ.2491 ปรากฏตามข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมุ่งรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม และใน 17 ปีต่อมาในปี ค.ศ.1965 หรือพ.ศ.2508 สิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมนี้รับรองมิให้ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ปรากฏตามข้อ 5(ฉ)(6) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ - ICERD ซึ่งย่อหมายถึงการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุความเป็นชาติพันธุ์มา นิตัว และจากนั้น 18 ปีต่อมาในปี ค.ศ.1966 หรือพ.ศ.2509 ได้สร้างความชัดเจนมากขึ้นในสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเอง ปรากฏตาม ข้อ 1 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม - ICESCR จากนั้น 41 ปีต่อมาใน ค.ศ.1989 หรือพ.ศ.2532 สิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมถูกย้ำเตือนให้นานารัฐตระหนักถึงความสำคัญอีกครั้ง โดยมุ่งรับรองสิทธิตั้งแต่เด็ก ปรากฏตามข้อ 31 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก - ICRC ตลอดจนใน 59 ปีต่อมาในปี ค.ศ.2007 หรือ พ.ศ.2550 สิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมได้รับการรับรองอย่างเด่นชัดสำหรับชนเผ่าพื้นเมือง โดยปรากฏปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง - UNDRIP นอกจากนี้ โดยจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นานารัฐยอมรับว่า สิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิของมนุษย์ ซึ่งรัฐมีหน้าที่รับรองและส่งเสริมให้เขาได้รับการคุ้มครอง

3.5 ปัญหาสิทธิในความยุติธรรม (right to justice) ในกรณีเขาเหล่านี้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญากรณีเกณฑ์ทหาร กล่าวคือ

■ **สภาพปัญหา** : หากเขาเหล่านี้ได้รับการรับรองสิทธิในสัญชาติไทยทางทะเบียนราษฎรแล้ว น้องแอ๊ด และคนชาติพันธุ์มณีในเพศชายย่อมประสบปัญหาไม่สามารถเข้ารับการเกณฑ์ทหารตามระบบ ด้วยข้อจำกัดของวิถีชีวิตตามวัฒนธรรมในการอาศัยอยู่ในป่า ความหวาดกลัวถูกทำร้ายจากคนภายนอกซึ่งเป็นความทรงจำทางประวัติศาสตร์ด้านลบที่มีมาตลอดของคนชาติพันธุ์มณี รวมถึงขาดการศึกษาตามระบบปกติ อันทำให้ไม่สามารถสื่อสารภาษาไทยได้ ดังนั้น เขาซึ่งได้รับการรับรองสิทธิในสัญชาติไทยทางทะเบียนราษฎร และเมื่ออายุครบกำหนด จึงไม่อาจเข้าสู่ระบบเกณฑ์ทหารได้โดยสภาพ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อไม่ปรากฏนโยบายยกเว้น เขาเหล่านี้จึงถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาคดีหนีทหาร และโซคร้ายยิ่งกว่านั้น เรื่องนี้เป็นเหตุผลให้คนชาติพันธุ์มณีจำนวนไม่น้อยไม่ยินยอมเข้ากระบวนการรับรองสิทธิในสัญชาติไทยทางทะเบียนราษฎร อันทำให้เขายังประสบความไร้รัฐไร้สัญชาติ และตกหล่นจากสวัสดิการอันจำเป็นจากรัฐในฐานะคนสัญชาติไทย

■ **สิทธิตามกฎหมาย** : เมื่อพิจารณาเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁴¹ และหลักกฎหมายไทย⁴² พบว่า เขาเหล่านี้เป็นมนุษย์ซึ่งทรงสิทธิและมีสิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (right to be presumed innocent) ในคดีอาญา นอกจากนี้ ข้อกฎหมายไทยโดย มาตรา 13⁴³ แห่งพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 เปิดช่องยกเว้นการเข้ารับราชการทหารสำหรับคนซึ่งไม่อาจทำได้โดยสภาพ ดังนั้น เมื่อปรากฏว่า ชายชาติพันธุ์มณีสัญชาติไทยรายใด ไม่สามารถเข้ารับราชการทหารด้วยเหตุ

⁴¹ โดยข้อกฎหมายระหว่างประเทศ เริ่มต้นชัดเจนในปี ค.ศ.1948 หรือพ.ศ.2491 ปรากฏตามข้อ 11 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมุ่งรับรองสิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ และจากนั้น 18 ปีต่อมาในปี ค.ศ. 1966 หรือพ.ศ.2509 ปรากฏตาม ข้อ 14(2) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง (พลเมือง) และสิทธิทางการเมือง - ICCPR จากนั้น 41 ปีต่อมาในปี ค.ศ.1989 หรือพ.ศ.2532 สิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ถูกย้ำเตือนให้นานารัฐตระหนักถึงความสำคัญอีกครั้ง โดยมุ่งรับรองสิทธิตั้งแต่เด็ก ปรากฏตามข้อ 40 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก - ICRC ตลอดจนใน 59 ปีต่อมาในปี ค.ศ.2007 หรือพ.ศ.2550 สิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ได้รับการรับรองสำหรับชนเผ่าพื้นเมือง ปรากฏตามข้อ 1 แห่งปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง - UNDRIP นอกจากนี้ โดยจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นานารัฐยอมรับว่าสิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์เป็นของบุคคลทุกคน

⁴² โดยข้อกฎหมายไทย กฎหมายไทยรับรองสิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁴³ ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลดังต่อไปนี้ ยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ คือ

- (1) พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์ หรือที่เป็นเปรียญ และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนที่มีสมณศักดิ์
- (2) คนพิการทุพพลภาพ ซึ่งไม่สามารถเป็นทหารได้
- (3) บุคคลซึ่งไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นทหารได้เฉพาะบางท้องที่ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

แห่งวิถีชีวิตทางวัฒนธรรมและการอุปสรรคทางการสื่อสาร เขาเหล่านี้ ย่อมทรงสิทธิในการได้รับการยกเว้นการเข้ารับราชการทหาร ตลอดจนไม่อาจถูกถือไว้เป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาได้เลย

■ **แนวทางการจัดการปัญหา** : เมื่อข้อกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อกฎหมายไทยรับรองสิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ในคดีอาญา และมีกฎหมายการรับราชการทหารรับรองการยกเว้นบางกรณีข้างต้น การใช้ปกติประเพณีที่ดีของกระทรวงกลาโหมในการกำหนดนโยบาย-กฎกระทรวง ยกเว้นเข้ารับราชการทหารแก่คนชาติพันธุ์ดั้งเดิมซึ่งมีวิถีชีวิตเฉพาะตัว ดังปรากฏกฎกระทรวงยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับคนชาติพันธุ์ชาวเลบางพื้นที่ รวมถึงเกาะบูโหลน และชาวกะเหรี่ยงบางพื้นที่ในประเทศไทย ดังนั้น การหาหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งรักษาการพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 เพื่อกำหนดกฎกระทรวงยกเว้นการเข้ารับราชการทหารสำหรับคนชาติพันธุ์มณี ที่ซึ่งไม่มีคุณสมบัติโดยสภาพ ย่อมเป็นการสร้างความเป็นธรรมอย่างยั่งยืนแก่คนชาติพันธุ์ดั้งเดิมในประเทศไทย

จากการวิเคราะห์ถึงปัญหาและแนวทางการจัดการปัญหา ผู้เขียนพบว่าข้อกฎหมายระหว่างประเทศ รับรองสิทธิของแอ็ดและครอบครัวไว้อย่างครบถ้วน ส่วนข้อกฎหมายไทยในระดับพระราชบัญญัติยังเหลือความบกพร่องเพียงกฎหมายในการรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมของคนชนเผ่าพื้นเมือง ซึ่งอยู่ระหว่างการเข้าพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังนั้น ปัญหาส่วนใหญ่ปรากฏในข้อนโยบายของฝ่ายบริหาร ตลอดจนขาดการทำงานเชิงรุกโดยฝ่ายบริหารในระดับปฏิบัติการ ซึ่งคือ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย (enforcement) อันเป็นจุดบอดในกระบวนการยุติธรรมไทย ซึ่งประเทศไทยถูกตั้งคำถามในเวทีระหว่างประเทศอยู่เสมอ

ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดการความยุติธรรมและความเป็นธรรมตามกฎหมายไม่ไร้ร่องรอยการทำงานของภาคราชการฝ่ายเดียว ผู้เขียนในฐานะภาควิชาการมีข้อเสนอสำหรับตนเองในการนับหนึ่งเพื่อพัฒนาสังคมที่เป็นธรรมแก่คนชาติพันธุ์มณี ดังจะอธิบายในหัวข้อต่อไป

4. กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม

จากประสบการณ์การทำงานวิจัยเพื่อพัฒนาในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ผู้เขียนพบว่ากฎหมายจะเป็นเครื่องมือเพื่อการพัฒนาสังคมได้นั้น จะต้องเกิดจากปัจจัยใน 3 ส่วนภายใต้ทฤษฎี S-LA-ET ซึ่งเป็นทฤษฎีการทำงานภายใต้โครงการพื้นที่เรียนรู้เพื่อสันติสุขของประชาชนอาเซียน (Project on Learning Area for Peace and Happiness of ASEAN People) ปี 2560 ที่พัฒนาขึ้นโดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร ที่ปรึกษาโครงการ ผู้เขียนขอสรุปปัจจัย 3 ส่วนดังนี้

- (1) S – Study คือ รายการการศึกษา ซึ่งหมายถึง ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย อันเป็นงานวิชาการที่สร้างความชัดเจนทางองค์ความรู้ในการพัฒนาสิทธิ
- (2) LA – Learning Area คือ พื้นที่แลกเปลี่ยนเรียนรู้ ซึ่งหมายถึง การสร้างความเข้าใจในองค์ความรู้ที่ถูกต้องและจำเป็นในการพัฒนาสิทธิกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับปัญหา

- (3) ET – Effective Team คือ ทีมประสิทธิภาพ ซึ่งหมายถึง คนทำงานที่ร่วมการลงมือในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงโดยไม่ใช่เพียงเครือข่ายที่มีความรู้จักแต่ขาดการทำงานร่วมกัน จากการทำห้องทดลองทางสังคม พบว่า ส่วนใหญ่ที่ทีมประสิทธิภาพจะเกิดขึ้นในเจ้าของปัญหาที่ได้รับ การปรับทัศนคติอย่างถูกต้อง และผู้รักษาการตามกฎหมายซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในปัญหานั้น ๆ

ดังนั้น เพื่อจัดการปัญหาของน้องแอ๊ด และครอบครัว ตลอดจนคนชาติพันธุ์มานี้ในสถานการณ์เดียวกัน ผู้เขียนจึงเริ่มต้นทำงานรายงานการศึกษา (study) ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย จากนั้น จัดทำรายงานการศึกษาเป็นหนังสือเพื่อหรือผู้รักษาการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันเป็นการเปิดพื้นที่เรียนรู้ (learning area) ผ่านงานเขียนทางวิชาการ และรวมถึงการเยี่ยมเชิงกัลยามิตร (friendly visit) เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันและมีการแลกเปลี่ยนเพื่อสรุปแผนการทำงานร่วมกัน ทั้งนี้ รายงานการศึกษา (study) และการเปิดพื้นที่เรียนรู้ (learning area) ย่อมนำมาสู่การสร้างทีมประสิทธิภาพ (effective team) อันเป็นการทำงานตามกฎหมายและนโยบายด้วยหลักนิติธรรม มิใช่ การทำงานตามอำเภอใจอีกต่อไป

ในการนี้ ผู้เขียนจึงขอเน้นหนึ่งในการบริหารความยุติธรรมตามกฎหมาย เพื่อส่งไม้การนับสองต่อยังผู้รักษาการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยจัดทำหนังสือหรือผู้รักษาการตามกฎหมายอย่างเป็นทางการหรือ 3 ลักษณะ คือ (1) หรือเพื่อปฏิรูปกฎหมาย (2) หรือเพื่อปฏิรูปนโยบาย และหรือเพื่อปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการ เพื่อให้เกิดต้นแบบการทำงานกรณีศึกษาน้องแอ๊ด อันเป็นต้นแบบการสร้างความยุติธรรมตามกฎหมายแก่คนมานี้อื่น ๆ ซึ่งตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน โดยสรุปดังนี้

1. สิทธิในสัญชาติ - การขจัดปัญหาความไร้สัญชาติ		
<p>การจัดการปัญหาความไร้สัญชาตินั้น</p> <p>รัฐไทยไม่มีความจำเป็นต้องปฏิรูปกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติในการกำหนดสิทธิในสัญชาติ และกฎหมายไทยว่าด้วยการทะเบียนราษฎรในการรับรองสิทธิในสัญชาติ ซึ่งบัญญัติสำหรับมนุษย์ทุกคนที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทยโดยไม่เลือกปฏิบัติ และเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ</p> <p>แต่ รัฐไทยมีความจำเป็นต้องปฏิรูปนโยบายการทะเบียนราษฎร โดยหน่วยงานกระทรวงมหาดไทยต้องทำหน้าที่เชิงรุกในการจดทะเบียนการเกิด และจดทะเบียนการอยู่คนชาติพันธุ์มาในในพื้นที่ เนื่องจากหากปล่อยให้การจดทะเบียนการเกิดถูกละเลยมาเป็นหน้าที่ของบุคลากรที่ไร้การศึกษา ปัญหาความไร้รัฐไร้สัญชาติย่อมไม่อาจแก้ไขได้อย่างเป็นระบบ นอกจากนี้ เพื่อให้การรับฟังพยานหลักฐานความเป็นคนเชื้อสายไทยของคนชาติพันธุ์ซึ่งเกิดในป่าเป็นไปได้จริง ย่อมจำเป็นต้องสร้างบทสันนิษฐานทางกฎหมายโดยพิจารณาจากอัตลักษณ์ความเป็นมา ซึ่งเด่นชัดทางกายภาพเป็นตัวตั้ง และสร้างระเบียบการลงรายการสัญชาติไทยแก่คนชาติพันธุ์มาในเชื้อสายไทย ภายใต้พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534</p> <p>นอกจากนี้ ในระหว่างที่ระเบียบยังไม่แล้วเสร็จ รัฐไทยสามารถดำเนินการโดยปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการของหน่วยงานกระทรวงมหาดไทย โดยให้นายอำเภอละงูซึ่งมีหน้าที่ดูแลคนชาติพันธุ์มาในซึ่งอาศัยอยู่ในพื้นที่รับผิดชอบ ส่งเรื่องถึงกรมการปกครองเพื่อขอตรวจพิสูจน์ DNA ของครอบครัวน้องแอ๊ด กับเผ่าไข่ (บิดาของน้องแอ๊ด) เพื่อรับรองความสัมพันธ์ทางสืบสายโลหิตของลูกพ่อไทย</p>		
ปฏิรูปกฎหมาย	ปฏิรูปนโยบาย	ปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการ
X	<p>1. <u>หารือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย, ปลัดกระทรวงมหาดไทย และอธิบดีกรมการปกครอง</u> เพื่อจัดทำระเบียบการลงรายการสัญชาติไทยแก่คนชาติพันธุ์มาในเชื้อสายไทย ภายใต้พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 – กำหนดบทสันนิษฐานโดยพิจารณาจากอัตลักษณ์ทางกายภาพของมาใน รวมทั้งหนังสือสั่งการฉบับตำรา - คู่มือประชาชน</p>	<p>1. <u>หารือนายอำเภอละงู</u> เพื่อย้ายทะเบียนบ้านมายังอำเภอละงู และเพื่อมีหนังสือขอทุนกรมการปกครองตรวจพิสูจน์ DNA เป็นหลักฐานการรับรองสิทธิในสัญชาติไทยของครอบครัวน้องแอ๊ด ตลอดจนครอบครัวอื่นด้วยเช่นกัน</p> <p>2. <u>หารืออธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ</u> เพื่อขอทุนกระทรวงยุติธรรมตรวจพิสูจน์ DNA และขอทีมแพทย์สถาบันนิติวิทยาศาสตร์ลงพื้นที่ตรวจพิสูจน์ในอำเภอละงู โดยประสานการทำงานร่วมกับนายอำเภอละงู และผู้อำนวยการโรงพยาบาลละงู</p>

2. สิทธิในการศึกษา - การจัดการปัญหาความไร้การศึกษา		
<p>การจัดการปัญหาความไร้การศึกษานั้น</p> <p>รัฐไทยไม่มีความจำเป็นต้องปฏิรูปกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากกฎหมายไทยว่าด้วยการศึกษาบัญญัติรับรองสิทธิในการศึกษาสำหรับมนุษย์ทุกคนในแผ่นดินไทย (education for all) และเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ</p> <p>แต่ รัฐไทยมีความจำเป็นต้องปฏิรูปนโยบายการศึกษา โดยหน่วยงานกระทรวงศึกษาธิการต้องทำหน้าที่เชิงรุกในการจัดการศึกษาพิเศษอันสอดคล้องกับวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของกับคนชาติพันธุ์มณี โดยจัดศูนย์ภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2541</p> <p>นอกจากนี้ รัฐไทยสามารถดำเนินการโดยปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการของหน่วยงานกระทรวงศึกษาธิการ โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสตูลประชุมหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในจังหวัด ร่วมกับคนชาติพันธุ์มณีซึ่งสนใจและภาคประชาชนซึ่งดูแลมาน้อย่างใกล้ชิด เพื่อจัดให้มีศูนย์การศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยอำเภอละสูงสำหรับคนชาติพันธุ์มณี</p>		
ปฏิรูปกฎหมาย	ปฏิรูปนโยบาย	ปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการ
x	<p>2. ทหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ, ปลัดกระทรวงศึกษาธิการ และเลขาธิการสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย เพื่อจัดให้มีศูนย์การศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยอำเภอละสูง ตลอดจนให้มีการสำรวจความต้องการพื้นที่อื่นซึ่งมีการอาศัยอยู่ของคนชาติพันธุ์มณี ในการจัดการศึกษาเป็นกรณีพิเศษให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมของเขาเหล่านี้ ภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2541</p>	<p>2. ทหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสตูลและผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยจังหวัดสตูล เพื่อจัดให้มีศูนย์การศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยอำเภอละสูง โดยรับฟังความเห็นของคนชาติพันธุ์มณีในพื้นที่ รวมถึงภาคประชาชนที่ใกล้ชิดเขาเหล่านี้</p>

3. สิทธิในสวัสดิการสังคม – การจัดการปัญหาความไร้ที่พึ่งและตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก		
<p>การจัดการปัญหาความไร้สวัสดิการสังคมนั้น</p> <p>รัฐไทยไม่มีความจำเป็นต้องปฏิรูปกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากกฎหมายไทยว่าด้วยสวัสดิการสังคม บัญญัติรับรองสิทธิในสวัสดิการสังคมสำหรับมนุษย์ผู้ด้อยโอกาส และเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ</p> <p>แต่ รัฐไทยมีความจำเป็นต้องปฏิรูปนโยบายด้านสวัสดิการสังคม โดยนายกรัฐมนตรีและหน่วยงานกระทรวงมหาดไทยต้องทำหน้าที่จัดทำยุทธศาสตร์การจัดการที่ดินเชิงระบบเพื่อคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมในประเทศไทย และระเบียบการจัดสรรที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติสำหรับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมที่ชัดเจน นอกจากนี้ หน่วยงานด้านกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ต้องจัดให้มีประกาศแนวปฏิบัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งสำหรับคนที่มีสภาวะไร้ที่พึ่งเช่นเดียวกับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิม ภายใต้พระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557</p> <p>นอกจากนี้ รัฐไทยสามารถดำเนินการโดยปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการของหน่วยงานในจังหวัดสตูล โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสตูล ประชุมหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในจังหวัด ร่วมกับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมซึ่งสนใจและภาคประชาชนซึ่งดูแลมาอย่างใกล้ชิด เพื่อจัดสรรที่อยู่อาศัยและทำกินสำหรับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิม ตลอดจนเพื่อจัดให้มีการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งสำหรับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมที่มีสภาวะไร้ที่พึ่ง ดังกรณีครอบครัวของน้องแอ็ด</p>		
ปฏิรูปกฎหมาย	ปฏิรูปนโยบาย	ปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการ
x	<p>3. <u>หารือนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี</u> เพื่อจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีและยุทธศาสตร์การจัดการที่ดินเชิงระบบเพื่อคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมในประเทศไทย</p> <p>4. <u>หารือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และ ปลัดกระทรวงมหาดไทย</u> เพื่อจัดให้มีระเบียบและแนวปฏิบัติเพื่อการจัดสรรที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันสำหรับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมเชื้อสายไทย</p> <p>5. <u>หารือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และ คณะกรรมการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง</u> เพื่อกำหนดแนวปฏิบัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งสำหรับคนที่มีสภาวะไร้ที่พึ่งเช่นเดียวกับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิม ภายใต้พระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557</p>	<p>3. <u>หารือผู้ว่าราชการจังหวัดสตูลและนายอำเภอละงู</u> เพื่อจัดสรรที่อยู่อาศัยและทำกินของคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิมเชื้อสายไทยในลักษณะที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน</p> <p>4. <u>หารือผู้ว่าราชการจังหวัดสตูลและ พัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จังหวัดสตูล</u> เพื่อจัดให้มีการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่งสำหรับคนที่มีสภาวะไร้ที่พึ่งเช่นเดียวกับคนชาติพันธุ์มาดั้งเดิม - ครอบครัวน้องแอ็ด</p>

4. สิทธิในการมีส่วนร่วม - การจัดการปัญหาการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมคนชาติพันธุ์มานิ		
<p>การจัดการปัญหาความไร้การมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมนั้น</p> <p>รัฐไทยมีความจำเป็นต้องปฏิรูปกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เนื่องรัฐไทยขาดกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการรับรอง คุ่มครอง และส่งเสริม การมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมของคนชาติพันธุ์ดั้งเดิม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการสนับสนุนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการจัดการสิทธิการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมข้างต้น โดยผ่านกรณีศึกษาของครอบครัวน้องแอ๊ด ส่งต่อสถานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งกำลังพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสภาชาติพันธุ์และชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทยในขณะนี้</p>		
ปฏิรูปกฎหมาย	ปฏิรูปนโยบาย	ปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการ
<p>1. ทาหรือ<u>ประธานกรรมการสังคมกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการและผู้ด้อยโอกาส สถานิติบัญญัติแห่งชาติ</u> เพื่อสนับสนุนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายการรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรมของคนชาติพันธุ์มานิ ดั้งเดิม - กรณีศึกษาน้องแอ๊ด ประกอบการพิจารณา “ร่างพระราชบัญญัติสภาชาติพันธุ์และชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย” เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์จริงและเป็นไปตามมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศ</p>	x	x

5. สิทธิในความยุติธรรม - การขจัดปัญหาถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญากรณีเกณฑ์ทหาร		
<p>การจัดการปัญหาความยุติธรรมในการตกเป็นผู้กระทำความผิดคดีอาญานั้น</p> <p>รัฐไทยไม่มีความจำเป็นต้องปฏิรูปกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากกฎหมายไทยว่าด้วยกฎหมายอาญา ตลอดจนกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร และเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ</p> <p>แต่ รัฐไทยมีความจำเป็นต้องปฏิรูปนโยบายด้านการรับราชการทหารของคนชาติพันธุ์มณี โดยหน่วยงานกระทรวงกลาโหมและกระทรวงมหาดไทย ต้องทำหน้าที่จัดทำกฎกระทรวงยกเว้นการรับราชการทหารสำหรับคนชาติพันธุ์มณีดั้งเดิมในประเทศไทย เนื่องจากเขาเหล่านั้นมีความแตกต่างทางวัฒนธรรมอย่างมาจนไม่อาจเข้าร่วมการเป็นทหารได้โดยสภาพ ซึ่งการยกเว้นการรับราชการทหารสำหรับบุคคลบางจำพวกที่ไม่อาจเข้าร่วมได้อย่างแท้จริง เพื่อไม่ให้เขาเหล่านั้นตกเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาอย่างไม่เป็นธรรม เป็นปกติประเพณีที่งดงามของรัฐไทยที่มีมาโดยตลอด ดังกรณีการยกเว้นคนชาติพันธุ์ชาวเล คนชาติพันธุ์กะเหรี่ยงบางพื้นที่ ซึ่งเคยเกิดขึ้นมาแล้ว</p>		
ปฏิรูปกฎหมาย	ปฏิรูปนโยบาย	ปฏิรูปประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในระดับปฏิบัติการ
x	<p>6. <u>หาหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย</u> เพื่อจัดให้มีกฎกระทรวงยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับคนชาติพันธุ์มณี ซึ่งไม่สามารถเข้าร่วมกองทัพได้โดยสภาพ</p>	x

5. บทสรุป

ผู้เขียนตระหนักว่า กฎหมายจะนำไปสู่การพัฒนาสังคมที่เป็นธรรมได้ ต้องมีกระบวนการทำงานด้วยองค์ความรู้ให้ตัวบทกฎหมายมีพลังบังคับการได้ในความเป็นจริง ซึ่งความมีประสิทธิภาพของกระบวนการย่อมเกิดขึ้นได้จากการสร้างความเป็นไปได้ของ 3 ปัจจัย คือ (1) S – Study คือ รายการการศึกษา (2) LA – Learning Area คือ พื้นที่แลกเปลี่ยนเรียนรู้ และ (3) ET – Effective Team คือ ทีมประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ ผู้เขียนคาดหวังให้งานเขียนฉบับนี้เป็นสารตั้งต้นของรายงานการศึกษา ที่จะนำไปสู่การสร้างพื้นที่เรียนรู้แก่สังคม ตลอดจนสร้างทีมประสิทธิภาพที่เพิ่มมากขึ้น เพื่อให้พี่น้องแอ็ดและครอบครัว รวมถึงคนชาติพันธุ์مانิดั้งเดิมในประเทศไทยไม่ถูกทอดทิ้งจากความรับรู้ถึงหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาาร่วมกันของสังคมต่อไป ตลอดจนในท้ายที่สุดนี้ การหารือผ่านหนังสือเป็นทางการถึงผู้รักษาการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญในการทำงานวิชาการเพื่อพัฒนาและให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายของผู้เขียน ย่อมเป็นพยานหลักฐานสำคัญให้เหล่าผู้รักษาการตามกฎหมายได้ใช้เป็นต้นเรื่องในการอำนวยความสะดวก และผู้เขียนมีความเชื่อมั่นว่า การติดตามเรื่องราวนี้ต่อไปโดยผู้เขียนเอง และมวมลมิตรผู้ร่วมอุดมการณ์ทุกท่านอย่างจริงจัง จะเป็นกระแสสังคมที่ผลักดันให้การทำงานเรื่องนี้ไปต่อจนถึงความยุติธรรมและความเป็นธรรมที่เพื่อนมนุษย์คนชาติพันธุ์ดั้งเดิมเหล่านี้จะได้รับในไม่ช้า

บรรณานุกรม

หนังสือ

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *คนชาวกะเหรี่ยงหรือมาลีในประเทศไทย : ปัญหาสถานะบุคคลตามกฎหมายและแนวคิดในการจัดการ*, (รายงานการศึกษาเพื่อคณะอนุกรรมการด้านสิทธิและสถานะบุคคลของผู้ไร้สัญชาติ ไทยพลัดถิ่น ผู้อพยพ และชนพื้นเมือง ตามคำสั่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ 46/2552 และกรมการปกครอง ในการประชุมสัมมนาการแก้ไขปัญหาสถานะและสิทธิของบุคคลให้แก่ชนเผ่าชาวกะ (27 – 28 มิถุนายน 2553). กรุงเทพฯ ฯ.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, โครงการศึกษาชนพื้นเมือง(Indigenous people) ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยภายใต้ชุดโครงการพื้นที่เรียนรู้เพื่อสันติสุขของประชาชนอาเซียน (Project on Learning Area for Peace and Happiness of ASEAN People), สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2560, จาก https://drive.google.com/open?id=0B5jZ6_mm4SlOVnNmdkJPzL4Z3c

โรม บุนนาค, “คนนั่ง” เเงาะป่าผู้ทยานด้วยวาสนา มาเป็นมหาดเล็กพิเศษ “คุณพ่อหลวง” ร.5”, (เรื่องเก่าเล่าสนุก, 12 ตุลาคม 2558), สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9580000114192>

สุวิไล เปรมศรีรัตน์ และชุมพลโพธิสาร, (2550), *มาลี (ชาวกะ) ชนพื้นเมืองภาคใต้ของไทย*, ดำรงวิชาการ (เล่มที่ 2 ปี ที่ 15 กรกฎาคม - ธันวาคม 2559), มหาวิทยาลัยศิลปากร, คณะโบราณคดี.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, *ชาติพันธุ์*, (คลังความรู้, 15 กุมภาพันธ์ 2554), สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2560, จาก <http://www.royin.go.th/?knowledges=ชาติพันธุ์-๑๕-กุมภาพันธ์>

UN News Centre, ‘No-one left behind’ is ethical imperative of new development agenda – UN deputy chief’. (UN Daily News, 13 January 2016), accessed 10 June 2017 <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=52992#.WVCQEZB942w>

กฎหมายและนโยบาย

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง (พลเมือง) และสิทธิทางการเมือง – ICCPR

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม – ICESCR

ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง - UNDRIP

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - UDHR

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497

พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457

พระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 และที่แก้ไขเพิ่มเติมทุกฉบับ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน พ.ศ.2553

ระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2535

หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท0309.1/ว 37 เรื่อง โครงการตรวจสอบสารพันธุกรรมเพื่อแก้ไขปัญหาสถานะและสิทธิของคนไทยที่ตกหล่นทางทะเบียนราษฎร ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2559

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ – ICERD

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก – ICRC

เมื่อกฎหมายช่วยต่อลมหายใจให้แก่ผู้ลี้ภัยในเขตเมือง

As the law would prolong breathing of the urban Refugees

ปภาวดี สลักเพชร*

Papawadee Salakphet

บทคัดย่อ

บทความเรื่อง “เมื่อกฎหมายช่วยต่อลมหายใจให้แก่ผู้ลี้ภัยในเขตเมือง” เป็นส่วนหนึ่งของการค้นคว้าเพื่อวิทยานิพนธ์ระดับมหาบัณฑิตของผู้เขียน ภายใต้หัวข้อ “คนต่างด้าวที่รอการส่งออกนอกประเทศไทย”

เหตุที่ผู้เขียนเลือกเรื่องของผู้ลี้ภัยเพื่อการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ในงานสัมมนาวิชาการ เรื่อง “กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม” เพราะเห็นว่าเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง และเป็นเรื่องราวที่สามารถสะท้อนให้เห็นการใช้กฎหมายเพื่อความเป็นธรรมได้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งยังสะท้อนให้เห็นประสิทธิภาพของกฎหมาย และความเอื้ออาทรของสังคมไทยที่มีต่อผู้ลี้ภัยที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ลี้ภัยในเขตเมือง (Urban Refugee) และด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่นี้เองที่ทำให้มนุษยกรกลุ่มหนึ่งที่ยพยายามหาที่พักพิงเพื่อหลีกเลี่ยงจากสถานการณ์อันเสี่ยงภัยต่อชีวิตสามารถมีชีวิตอยู่ได้จนทุกวันนี้ ภายในอาณาเขตของประเทศไทย

บทความฉบับนี้ประกอบไปด้วย สถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง (True Story) ในสังคมไทยของผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย ซึ่งอพยพเข้ามาอยู่ในประเทศไทยเพื่อให้ตนเองรอดพ้นจากสถานการณ์ที่เสี่ยงต่อชีวิต ซึ่งประเทศไทยได้มีมาตรการในการจัดการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความพยายามของประเทศไทยในการให้ความคุ้มครองมนุษยซึ่งกำลังเดือดร้อน เพราะเสี่ยงต่อภัยความตาย, ข้อกฎหมายนโยบาย (ไม่ว่าจะเป็นข้อกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน) ที่ประเทศไทยใช้ในการคุ้มครองผู้ลี้ภัย และข้อเสนอแนะในการปรับปรุงข้อกฎหมายและนโยบาย เพื่ออุดช่องว่างบางประการ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้กฎหมายเป็นเครื่องช่วยหายใจให้แก่ผู้ลี้ภัยในเขตเมืองและสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคมไทยซึ่งเป็นสังคมพหุวัฒนธรรมได้อย่างแท้จริง

คำสำคัญ: ผู้ลี้ภัยในเขตเมือง

* นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตร์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักกฎหมายวิชาชีพประจำโครงการบางกอกคลินิกฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstracts

The article titled "As the law would prolong breathing of the urban Refugees" as part of research for a Master of law program "*The aliens who awaiting departure from Thailand.*"

This writer select the story of Urban refugee to present in National Academic Conference on Law for development on Justice Society because the urban refugee's story is the importance situation in Thailand and it can reflect application of law to make the justice and show the effectiveness of law in Thailand for urban refugee so this writer is very interest and attempts to make a research about it.

This article includes 3 significant topics; (1) the factual of case study situation (True Story) in Thailand of refugees who living in Thailand. They have right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution, (2) law and policy. (Whether in international law or internal law) used by Thailand for protection of refugees, (3) suggestions to improve the Law and policies. The gap was due to some legal breathing apparatus to urban refugee and create a fair society in Thailand. It is a multicultural society.

Keywords: Urban refugee

1. สถานการณ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมไทย (True Story) : กรณีศึกษาผู้ลี้ภัยในเขตเมือง

สำหรับสถานการณ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทย กรณีของผู้ลี้ภัยในเขตเมือง ผู้เขียนจะขอ นำเสนอเรื่องราวของผู้ลี้ภัยในเขตเมือง 2 กรณีศึกษา ซึ่งกรณีศึกษาแรก คือ กรณีของ Mr.Shahid Saleemi เป็นชายชาวปากีสถานที่ลี้ภัยเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย จากความขัดแย้งทางศาสนาและเสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิในชีวิต ร่างกาย และกรณีศึกษาที่สอง เป็นกรณีของเด็กชายคนหนึ่งที่ถูกนำมาจากประเทศโซมาเลีย เข้ามาอาศัยและเรียนในสถานบันการศึกษาไทย ซึ่งทั้งสองกรณี สะท้อนให้เห็นการใช้กฎหมายของประเทศไทย และหลักกฎหมายระหว่างเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นจริงอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งยังเป็นเรื่องราวดีๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งน่าจะจะต้องถูกนำมาเล่าต่อเพื่อให้คนในสังคมไทยได้เห็นความดีที่ประเทศไทยได้ทำภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่

1.1 กรณีศึกษาของชายชาวปากีสถานซึ่งลี้ภัยความตาย อันเนื่องมาจากความขัดแย้งทางศาสนา มาจากประเทศปากีสถาน เขาชื่อว่า นายซาฮิด ซาลีมี่ (Mr.Shahid Saleemi)¹ หรือ คุณซาฮู



เมื่อไม่นานมานี้มีผู้ร้องทุกข์เข้ามาที่โครงการบางกอกคลินิกฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยได้ส่งอีเมลล์ถึงรศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร² โดยบุคคลดังกล่าวเป็นชายชาวปากีสถานที่หนีภัยความตายเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยและกำลังเผชิญกับสถานการณ์ความเดือดร้อนและต้องการความช่วยเหลือ ผู้เขียนจึงได้รับมอบหมายให้สอบข้อเท็จจริงจากชายชาวปากีสถานดังกล่าว โดยได้ข้อเท็จจริงเบื้องต้น ดังนี้ นายซาฮิด หรือ คุณซาฮู หรือ Shahid Saleemi เกิดเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2526 (13 November 1983) ณ อำเภอ vehari จังหวัด Punjab ประเทศปากีสถาน ต่อมานายซาฮิดถูกจับกุมเพื่อดำเนินคดี ในข้อหาเป็นผู้เผยแพร่เอกสารต่อต้านแนวความคิดของศาสนาอิสลาม (การแสดงความคิดเห็นอันเป็นการโต้แย้งแนวความคิดของศาสนาอิสลามในประเทศปากีสถานถือเป็นความผิดร้ายแรง) นายซาฮิดถูกจับขังใน

¹ ได้รับความยินยอมจากเจ้าของเรื่องราวให้ทำการเผยแพร่แล้วและอนุญาตให้ใช้ชื่อจริงและข้อมูลต่างๆเพื่อการศึกษาทางวิชาการได้ (ดูภาคผนวก ข ภาพอีเมลล์ตอบกลับของ Mr.Shahid Saleemi เพื่อการให้ความยินยอมในการเผยแพร่เรื่องราวและข้อมูลเพื่อการศึกษาทางวิชาการได้ ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2560)

² (ดูภาคผนวก ก ภาพอีเมลล์ร้องทุกข์จากเจ้าของปัญหา คือ Mr.Shahid Saleemi มายังโครงการบางกอกคลินิกฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560)

เรือนจำและถูกทรมานเป็นเวลา 22 วัน เมื่อนายซาฮิดแอบหนีออกมาได้ จึงตัดสินใจออกจากประเทศปากีสถาน เพราะหากอยู่ต่อไปนายซาฮิดจะต้องถูกจับและถูกทรมานอีกเป็นแน่ ดังนั้นนายซาฮิดจึงลี้ภัยดังกล่าว และเดินทางเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย โดยคนในครอบครัวยังคงอาศัยอยู่ที่ประเทศปากีสถาน

เมื่อประมาณปี 2554 นายซาฮิดเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพียงลำพังในฐานะนักท่องเที่ยว (ปรากฏตามสำเนาหนังสือเดินทางซึ่งออกโดยกระทรวงการต่างประเทศของสาธารณรัฐอิสลามปากีสถาน) เดินทางเข้ามาโดยเครื่องบินโดยสาร และสาเหตุที่ตัดสินใจลี้ภัยเข้ามาในประเทศไทย เพราะตอนนั้นคิดว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่เข้ามาได้ง่ายที่สุดจึงตัดสินใจที่จะฝากชีวิตหลังจากนี้ไว้ที่ประเทศไทย ระหว่างที่ตนยังไม่มีที่ไปที่อื่น ซึ่งไม่มีเจตนาอื่นใดแอบแฝง นอกจากเข้ามาเพราะหนีภัยอันส่งผลต่อชีวิตของเขาเท่านั้น

ต่อมาประมาณปี 2556 หลังจากวิชาของนายซาฮิดหมดอายุลง ทำให้ไม่สามารถที่จะอาศัยอยู่ในประเทศไทยได้อีกต่อไป นายซาฮิดจึงตัดสินใจขอสถานะผู้ลี้ภัยจากองค์การสหประชาชาติ หรือ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ UNHCR ในครั้งแรกถูกปฏิเสธ เมื่อนายซาฮิดยื่นคำร้องขออุทธรณ์ข้อพิจารณาดังกล่าว นายซาฮิดก็ได้รับการรับรองในสถานะผู้ลี้ภัยจากองค์การสหประชาชาติแล้ว (ปรากฏตามเอกสาร UNHCR REFUGEE CERTIFICATE วันที่ 11 กันยายน 2557 บัตรรับรองตัวของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ) เพื่อรอเดินทางไปตั้งถิ่นฐานใหม่ (Resettlement) ณ ประเทศที่สามต่อไป

ประมาณปี 2558 นายซาฮิด ตัดสินใจเข้ามาขอตัว เพราะหลังจากที่วิชาและหนังสือเดินทางหมดอายุ ตนก็มีได้ไปต่ออายุเนื่องจากเกรงว่าจะถูกส่งกลับประเทศ ทำให้การอาศัยอยู่ในประเทศเป็นไปได้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเนื่องด้วยตนไม่ประสงค์ที่จะทำผิดกฎหมายอีกต่อไป จึงเข้ามาขอตัวด้วยตนเอง ณ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง สวนพลู กรุงเทพมหานคร และถูกกักตัวอยู่ในห้องกัก ณ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง สวนพลู แต่ต่อมาได้รับการประกันตัว โดยผู้ที่เข้ามาให้ความช่วยเหลือในการประกันตัวตนออกจากห้องกักสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสวนพลู เป็นแม่บุญธรรมตามข้อเท็จจริง และเป็นคนที่สอนภาษาไทยให้กับตน จนสามารถสื่อสารได้เข้าใจ

หลังจากได้รับการประกันตัวออกมา นายซาฮิด อาศัยอยู่ในกรุงเทพมหานคร และไม่ได้ประกอบอาชีพใดๆ เนื่องจากในเอกสารการประกันตัว ระบุห้ามมิให้ทำงาน เมื่อตนไปสมัครงานที่ใดก็ไม่มีใครกล้าที่จะรับเข้าทำงาน ทำให้ปัจจุบัน นายซาฮิดไม่สามารถประกอบอาชีพใดๆ ได้เลย ทำให้ไม่มีเงินเพียงพอที่จะยังชีพ แต่เนื่องจากนายซาฮิดพยายามดิ้นรนเพื่อให้ตนเองอยู่รอด จึงไปที่โบสถ์ซึ่งตั้งอยู่ถนนสีลม โดยบอกว่าเป็นผู้ที่ลี้ภัยมา ทางโบสถ์จึงให้ความช่วยเหลือ และนายซาฮิดจะมาช่วยงานบาทหลวงที่โบสถ์บ้างในบางครั้ง ซึ่งงานที่มาช่วย เช่น ยกโต๊ะ เตรียมของหรืออุปกรณ์ที่จำเป็น หรือ งานอื่นๆตามที่ได้รับมอบหมาย นอกจากโบสถ์แห่งนี้ ตนยังได้รับความช่วยเหลือจากวัดแก้วพุทธันท์ โดยตนมักจะรับประทานอาหารจากที่วัด จึงทำให้ตนมีชีวิตอยู่ได้จนกระทั่งปัจจุบัน แต่คุณภาพชีวิตก็ไม่สู้ดีนัก

ปัจจุบันนายซาฮิดจะต้องไปรายงานตัว ณ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสวนพลู จำนวน 2 ครั้งต่อเดือน และทุกครั้งที่ต้องไปรายงานตัวจะไปพร้อมกับแม่บุญธรรมในทางพฤตินัยอีกด้วย

1.2 กรณีศึกษาของเด็กชายเอ(นามสมมติ) ซึ่งลี้ภัยมาจากประเทศโซมาเลีย³ เพราะมีกองกำลังติดอาวุธบุกเข้ามาอยู่ที่อยู่อาศัยของเด็กชายเอและครอบครัว

เด็กชายเอเข้ามาอาศัยอยู่ที่จังหวัดเชียงรายประมาณปี พ.ศ. 2556 โดยขณะนั้นเด็กชายเออายุได้เพียง 13 ปี และในเดือนตุลาคมปีเดียวกันนั้นเอง เด็กชายเอได้ร้องขอสถานภาพผู้ลี้ภัยจากสำนักข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ หรือ UNHCR และได้รับการรับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยจากสำนักข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติแล้ว และขณะนั้นเด็กชายเอกำลังศึกษาอยู่ที่โรงเรียนแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงราย ต่อมาเด็กชายเอถูกจับและฟ้องร้องเป็นจำเลยในข้อหาเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นช่วงระหว่างที่เดินทางไปทำกิจกรรมกับเพื่อนๆที่โรงเรียน

เมื่อถูกฟ้องร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดเชียงราย ศาลได้มีคำสั่งให้ปล่อยตัวเด็กชายเอ (จำเลย) ชั่วคราว โดยให้เหตุผลว่าขณะเด็กกระทำการอันละเมิดต่อพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เด็กชายเออายุยังน้อยและมีเหตุอันจำเป็น รวมถึงเป็นการกระทำความผิดอันมิใช่ความผิดร้ายแรง ศาลจึงมีคำสั่งให้ปล่อยตัวเด็กชายเอชั่วคราว โดยอาศัยมาตรา 132 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 และให้เด็กชายเอกลับไปใช้ชีวิตตามปกติเพื่อรอการไปตั้งถิ่นฐานใหม่ในประเทศที่ 3

อย่างไรก็ตาม นอกจากทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้น ก็ยังมีผู้ลี้ภัยอีกเป็นจำนวนมากที่ยังไม่ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากความไม่รู้ข้อกฎหมาย หรือทัศนคติของผู้ปฏิบัติงานที่มีต่อผู้ลี้ภัย แต่ถึงกระนั้น การบอกเล่าเรื่องราวของผู้ลี้ภัยทั้งสองกรณีจะช่วยให้เห็นแนวทางในการปฏิบัติของประเทศไทยต่อผู้ลี้ภัยในเขตเมือง ที่จะเป็นกรณีตัวอย่าง และเป็นต้นแบบในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ลี้ภัยที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันได้ และหากเป็นไปได้ ยังเป็นการใช้กฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมไทยแผ่ขยายเป็นวงกว้างออกไปอีกด้วย

³ 'เครือข่ายสิทธิผู้ลี้ภัยเรียกร้องรัฐไทยยุติการดำเนินคดีเด็กโซมาเลียหนีภัยสงครามมาอยู่เชียงราย', สำนักข่าวสด, (วันที่ 28 พฤศจิกายน 2559), https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_119235 และเหตุที่ต้องใช้นามสมมติ เพราะยังอยู่ระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัว จังหวัดเชียงราย และนายความเจ้าของคดีไม่ประสงค์ให้เปิดเผยชื่อจริง แต่อนุญาตให้นำเรื่องราวตามที่ได้ออกในสื่อต่างๆ หรือตั้งปรากฏตามข่าวมาเป็นกรณีศึกษาเพื่อการศึกษาทางวิชาการได้

2. ข้อกฎหมาย/นโยบายและการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ลี้ภัยเขตเมืองที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย

2.1 ข้อกฎหมายระหว่างประเทศและข้อกฎหมายไทย/นโยบายที่เกี่ยวข้อง

เมื่อก้าวถึงความเป็นมนุษย์ คงปฏิเสธมิได้ว่าสิ่งแรกที่เรามักนึกถึง คือ สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและความมั่นคงของมนุษย์ซึ่งจะนำไปสู่สิทธิอันจำเป็นของมนุษย์ประการอื่นๆ

มนุษย์ถือกำเนิดมาพร้อมกับเคราะห์ที่ทำหน้าที่คุ้มครองบุคคล ซึ่งไม่มีผู้ใดสามารถแยกออกหรือแย่งชิงไปได้ เกราดังกล่าวนั้น ผู้เขียนหมายถึง “สิทธิมนุษยชน” นั่นเอง ไม่ว่าจะเป็ใคร มาจากที่ใด ลักษณะรูปร่างเป็นอย่างไร หากเห็นประจักษ์แล้วว่าเป็นมนุษย์ ผู้นั้นย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ซึ่งเมื่อปี 1948 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration Human right หรือ UDHR) อันเปรียบเสมือนกฎหมายแม่บท ก็ได้รับรองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานไว้อันเป็นสิทธิอันจำเป็นของมนุษย์ไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและความมั่นคงแห่งมนุษย์⁴ ปรากฏอยู่ในข้อบทที่ 3 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

⁴ ปรากฏอยู่ในข้อบทที่ 3 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ “บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต, ในเสรีธรรม และในความมั่นคงแห่งร่างกาย (Everyone has the right to life, liberty and security of person.)”

“สิทธิในชีวิตและร่างกาย” (Life Right) สิทธิประการนี้เกิดขึ้นตั้งแต่คลอดจากครรภ์มารดา ซึ่งมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะอยู่รอดปลอดภัย มีลมหายใจ มีสิทธิที่จะหวงกันชีวิตและร่างกายของตนเอง โดยที่รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิประการดังกล่าวของมนุษย์ทุกคนบนโลกใบนี้ ในขณะที่เดียวกันแต่ละบุคคลก็มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลอื่นในสังคมเช่นกัน ดังนั้น สิทธิในชีวิตและร่างกายของมนุษย์แต่ละคน จึงเป็นเสมือนเกราะกำบังแห่งชีวิต เพื่อให้มนุษย์ทุกคนอยู่รอดปลอดภัย ทั้งยังเป็นการสร้างสิทธิให้แก่แต่ละคน ขณะเดียวกันก็สร้างหน้าที่ให้ทั้งแก่รัฐและมนุษย์แต่ละคนที่เป็นผู้ทรงสิทธิในการรับรองและเคารพสิทธิประการดังกล่าวเช่นเดียวกัน

สิทธิในชีวิตและร่างกาย เรียกได้ว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติประการหนึ่ง ที่มาพร้อมกับการเกิดขึ้นของทารก และเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ซึ่งไม่มีผู้ใดที่จะทำลายสิทธิดังกล่าวได้ แม้จะเป็นทารกที่เกิดมาและอยู่ได้เพียงเสี้ยววินาที ทารกผู้นั้นย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเองเช่นกัน แม้จะเพียงเสี้ยววินาทีก็ตาม และสิทธิในชีวิต ร่างกาย ดังกล่าว ย่อมสิ้นสุดไปพร้อมกับลมหายใจสุดท้ายแห่งชีวิตเช่นเดียวกัน ดังนั้นสิทธิในชีวิตและร่างกายจะมีเพียงเจ้าของสิทธิซึ่งก็คือ มนุษย์แต่ละคนเท่านั้นที่จะสามารถพรากรสิทธิดังกล่าวไปจากตนเองได้ คนอื่นๆหรือแม้แตรัฐเองก็ไม่สามารถพรากรสิทธิประการดังกล่าวออกไปจากมนุษย์แต่ละคนได้ในทางกลับกันหากปรากฏว่ามีการทำร้ายสิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคล เช่น ทำให้อยู่ในสถานการณ์ที่เสี่ยงต่อความตายหรือมีความไม่ปลอดภัยเกิดขึ้น ถือได้ว่ามีกรกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิแห่งชีวิตนั้นแล้ว สิทธิแห่งชีวิต ร่างกาย เสรีภาพนี้ นอกจากจะถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ประเทศไทยเองก็มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายภายในรองรับหลักการดังกล่าวเช่นกัน โดยปรากฏมาตั้งแต่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่ง

กล่าวคือ “ บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต, ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย (Everyone has the right to life, liberty and security of person.) ” ,สิทธิในการแสวงหาที่พักพิงหรือลี้ภัย หรือ สิทธิในการได้รับความเป็นธรรมในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ซึ่งสิทธิเหล่านี้ล้วนเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ลี้ภัยทั้งสิ้น

กล่าวกันว่าเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งราชอาณาจักรไทย ตามลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย และเปรียบเสมือนเกราะที่ทำหน้าที่ป้องกันคุ้มครองและเยียวยาให้แก่มนุษย์ทุกคนบนผืนแผ่นดินสุวรรณภูมิเสมอภาคกันด้วย ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยการรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแรก จนกระทั่งฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” โดยรัฐธรรมนูญนี้ได้ให้ความคุ้มครองหรือรับรองเฉพาะแต่บุคคลสัญชาติไทย จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า ผู้ทรงสิทธิ คือ บุคคล ฉะนั้น ย่อมต้องหมายรวมถึงบุคคลทุกคนที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทยด้วย ไม่ว่าจะเป็นคนมีรัฐ มีสัญชาติหรือไม่ก็ตาม

ดังนั้น จะเห็นว่าประเทศไทยก็มีบทบัญญัติที่เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งนานารัฐถือปฏิบัติเช่นกัน อย่างไรก็ตามแม้จะปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รับรองสิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคล แต่การจะทำให้บทบัญญัตินั้นมีชีวิตนั้น จะต้องอาศัยการบังคับใช้ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติได้จริง ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในส่วนที่ 3 ซึ่งเป็นส่วนที่ว่าด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกนำมาใช้เพื่อผู้ลี้ภัยในเขตเมือง

สำหรับความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ คงไม่สามารถอธิบายได้หมดว่าหมายถึงสถานการณ์ใดบ้าง แต่เราสามารถสรุปได้ว่า จะต้องมิให้ตกสถานการณ์ที่จะทำให้มนุษย์คนหนึ่งอาจจะต้องได้รับบาดเจ็บ หรือถึงแก่ความตายนั่นเอง

“สิทธิในเสรีภาพ” (Liberty Right) เมื่อกล่าวถึงคำว่า “เสรีภาพ” เรามักจะหมายถึง ความเป็นอิสระทางกายภาพของบุคคลในการที่จะดำเนินชีวิตตามปกติสุข ซึ่งเสรีภาพในการดำเนินชีวิตของบุคคลมีหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย, เสรีภาพในทางความคิด, เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น ซึ่งสิทธิในเสรีภาพของบุคคลเป็นหนึ่งในสิทธิที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติที่มาพร้อมกับการถือกำเนิดของมนุษย์ และเป็นสิ่งที่ไม่มีบุคคลใดสามารถแยกออกจากตัวมนุษย์ได้เช่นกัน รัฐไทยและเพื่อนมนุษย์ด้วยกันเอง ต่างก็มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิในเสรีภาพต่างๆของบุคคล เช่นเดียวกับสิทธิในชีวิตและร่างกาย ที่ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิในส่วนของตนเอง ขณะเดียวกันก็ต้องไม่ใช้สิทธิเกินส่วน และจะต้องเคารพสิทธิดังกล่าวของผู้อื่นเช่นกัน

สำหรับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วยเช่นกัน ดังปรากฏอยู่ในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 25 ถึง มาตรา 49

“สิทธิในความมั่นคง” (Security Right) ถือเป็นสิทธิอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงจะต้องได้รับการรับรอง โดยความมั่นคงของมนุษย์มิได้หมายความว่า เฉพาะแต่การมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี แต่ย่อมหมายถึงรวมถึงการมีคุณภาพชีวิตที่ดี กล่าวคือ มีงานทำ หาเลี้ยงชีพได้ สามารถเข้าถึงสวัสดิการสังคมได้ ตลอดจนการได้รับการบริการจากภาครัฐตามมาตรฐานที่ควรจะเป็น และจากที่กล่าวมานั้น เราสามารถกล่าวได้ว่า ความมั่นคงแก่ชีวิตของมนุษย์อีกประการหนึ่ง ก็คือ การมีคุณภาพชีวิตที่ดีนั่นเอง การที่มนุษย์คุณภาพชีวิตที่ดี ย่อมส่งผลต่อการดำเนินชีวิตที่จะสร้างความมั่นคงให้กับตนเองและครอบครัวได้ ฉะนั้นสิทธิในความมั่นคงของบุคคล จึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับมนุษย์ทุกคนเช่นเดียวกับสิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในเสรีภาพดังที่กล่าวไปแล้วในข้างต้น ดังนั้นก็ควรจะปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่ารัฐจะไม่รับรองสิทธิในความมั่นคงแห่งชีวิตของมนุษย์

นอกจากสิทธิในการชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและความมั่นคงแห่งมนุษย์แล้ว สิทธิดังกล่าวยังนำไปสู่**สิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัย** ซึ่งปรากฏอยู่ใน**ข้อบทที่ 14 (1)⁵ แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน** กล่าวคือ “ทุกคนมีสิทธิที่จะแสวงหา และที่จะได้ที่ลี้ภัยในประเทศอื่นจากการประหัตประหาร(Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.” อีกด้วย ซึ่งหมายถึง มนุษย์ทุกคนเมื่อตกอยู่ในสถานการณ์ที่เสี่ยงต่อภัยความตาย อันมาจากการประหัตประหาร ย่อมมีสิทธิที่จะลี้ภัยดังกล่าวออกมา เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของตนเอง จะเห็นว่าจากสิทธิในการชีวิต ร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิเริ่มต้น ย่อมนำไปสู่สิทธิประการอื่นๆ ในฐานะที่เป็นมนุษย์ เช่นเดียวกับสิทธิในการลี้ภัยด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังปรากฏอยู่ใน**กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ข้อที่ 6** “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ”(Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.) และ**ข้อที่ 9** “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกไล่ออกจากถิ่นที่อยู่ของตนมิได้ ยกเว้นโดยเหตุและโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย... (Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.) และปรากฏใน**อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention of the Right of the Child หรือ CRC) ซึ่งมุ่งคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ ข้อบทที่ 6** “รัฐภาคียอมรับว่า เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวที่จะมีชีวิต และรัฐภาคีจะประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ ให้มีการอยู่รอด และการพัฒนาของเด็ก” ,**ข้อบทที่ 22** “รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมที่จะประกันว่า เด็กที่ร้องขอสถานะเป็นผู้ลี้ภัย หรือที่ได้รับการพิจารณาเป็นผู้ลี้ภัย หรือที่ได้รับการพิจารณาเป็นผู้ลี้ภัยตามกฎหมายหรือกระบวนการภายในหรือระหว่างประเทศที่ใช้บังคับ ไม่ว่าจะมีความสามารถของเด็กหรือบุคคลอื่นติดตามมาด้วยหรือไม่ก็ตาม จะได้รับการคุ้มครองและความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมที่เหมาะสมในการได้รับสิทธิที่มีอยู่ตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ และในตราสารระหว่างประเทศอื่นๆอันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือมนุษยธรรม ซึ่งรัฐดังกล่าวเป็นภาคี” และ**ข้อบทที่ 37** “รัฐภาคีประกันว่า ก)จะไม่มีเด็กคนใดได้รับการทรมาน หรือถูกปฏิบัติ หรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า จะไม่มีการลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต ที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัว สำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ข) จะไม่มีเด็กคนใดถูกไล่ออกจากถิ่นที่อยู่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยพลการ การจับกุมกักขังหรือจำคุกเด็กจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะใช้เป็นมาตรการสุดท้ายเท่านั้น และให้มีระยะเวลาที่สั้นที่สุดอย่างเหมาะสม ค)เด็กทุกคน

⁵ กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) , (กรุงเทพมหานคร, กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ), หน้า 24

ที่ถูกไลรอนเสรีภาพจะได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม และด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ และในลักษณะที่คำนึงถึงความต้องการของบุคคลในวัยนั้นโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เด็กทุกคนที่ถูกไลรอนเสรีภาพ จะถูกแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ เว้นแต่จะพิจารณาเห็นว่าจะเป็นการประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่จะไม่แยกเช่นนั้น และ เด็กจะมีสิทธิที่จะคงการติดต่อกับครอบครัวทางหนังสือตอบโต้ และการเยี่ยมเยียน เว้นแต่ในสภาพการณ์พิเศษ (ง) เด็กทุกคนที่ถูกไลรอนเสรีภาพมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย หรือทางอื่นที่เหมาะสมโดยพลัน ตลอดจนสิทธิที่จะคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของการไลรอนเสรีภาพของเขาต่อศาล หรือหน่วยงานที่มี อำนาจอื่นที่เป็นอิสระและเป็นกลาง และที่จะได้รับคำวินิจฉัยโดยพลันต่อการดำเนินการเช่นว่า ” จาก บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแม้แต่เด็กก็มีสิทธิในชีวิต ร่างกายของตนเอง ตลอดจนสิทธิที่จะแสวงหาที่ลี้ภัย เพื่อให้รอดพ้นจากภัยอันตรายทั้งปวง ซึ่งก็เป็นหลักการที่มีอยู่ใน UDHR ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทด้วย ขณะเดียวกันเด็กซึ่งถูกถือว่าเป็นบุคคลที่ควรได้รับการดูแลเป็นพิเศษ การกระทำใดๆ ก็จะต้องอยู่บน **หลัก ประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of child)** อันเป็นหัวใจสำคัญของการคุ้มครองสิทธิของเด็ก ปรากฏใน **ข้อบทที่ 3** แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989/พ.ศ.2532 บัญญัติว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่ เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.)” ส่วนกฎหมายภายในของประเทศไทยได้ถูกบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พุทธศักราช 2546 มาตรา 22 บัญญัติว่า “การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้ คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การกระทำใดเป็นไปเพื่อ ประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่ กำหนดในกฎกระทรวง” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าไม่ว่าหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรใดที่เกี่ยวข้องการ กะทำใดที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของเด็กเป็นที่ตั้ง ซึ่งหมายถึง การใดที่ทำแล้วจะเป็น ประโยชน์ต่อเด็ก ย่อมจะต้องเลือกสิ่งนั้นเสมอ ซึ่งเราจะเห็นจากกรณีของเด็กชายเอ ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ใน ลำดับต่อไป

และเมื่อกลับมาพิจารณาประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกอาเซียน ก็ยังคงมีบทบัญญัติ รองรับหลักการแสวงหาผู้ลี้ภัยของบุคคลอยู่ด้วย ดังปรากฏ ใน **ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Asean Human Rights Declaration) ข้อบทที่ 16** “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะแสวงหาและได้รับที่ลี้ภัยใน อีกรัฐหนึ่งตามกฎหมายของรัฐนั้น และข้อตกลงระหว่างประเทศที่ใช้อยู่” (Every person has the right to seek and receive asylum in another State in accordance with the laws of such State and applicable international agreements.)

บทบัญญัติที่กล่าวไปในข้างต้นยังสะท้อนให้เห็นถึงการปฏิบัติตาม “*หลักการห้ามผลักดันไปเผชิญอันตราย (Non-Refoulement)*” ซึ่งปรากฏอยู่ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) ข้อบทที่ 3⁶ และอนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951/พ.ศ.2494 และแม้ประเทศไทยจะมีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951/พ.ศ.2494 ประเทศไทยก็ยังมีหน้าที่ที่จะไม่ผลักดันคนออกไปหากจะต้องเผชิญต่อภัยความตาย เพราะหลักการ Non-Refoulement นอกจากจะมีสถานะเป็นพันธะกรณีที่อยู่ในรูปของสนธิสัญญาแล้ว ยังมีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international Law) อีกด้วย ซึ่งผลทางกฎหมาย คือ หลักการดังกล่าวผูกพันรัฐทุกรัฐ แม้มิได้เป็นภาคีใน อนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951/พ.ศ.2494 ก็ตามให้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ยังมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus Cogens) ซึ่งหมายความว่า เป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป กฎหมายระหว่างประเทศใดจะขัดหรือแย้งกับหลักการดังกล่าวมิได้⁷

จากกรณีศึกษาทั้งสองกรณี ดังกล่าวมาแล้วในข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยพยายามอย่างยิ่งที่สุดที่จะเข้ามาจัดการปัญหาของผู้ลี้ภัยที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย โดยตั้งอยู่บนฐานแห่งมนุษยธรรม ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะเข้ามาจัดการบุคคลทั้งสอง คือ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศไทย ซึ่งจะเห็นว่าทั้งสองคนมีสถานะเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งโดยปกติ หากเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยมิชอบด้วย

กฎหมายบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องออกไปจากประเทศไทย หรือหากไม่ออกไปเจ้าหน้าที่ของรับไทยสามารถส่งตัวบุคคลนั้นออกไปนอกราชอาณาจักรได้ ซึ่งบุคคลทั้ง 2 กรณี ก็ควรจะต้องถูกส่งออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อเสนอแนะสำหรับการถูกส่งตัวออกไปนอกราชอาณาจักร อันเนื่องมาจากการเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวกลับประเทศต้นทางแล้ว จะเสี่ยงต่อชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคล บุคคลนั้นย่อมจะต้องไม่ถูกส่งกลับ และประเทศไทยเองก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างเพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตของบุคคลดังกล่าว ซึ่งทั้งกรณีนายซาฮิดและเด็กชายเอ ทั้งสองคนก็อยู่ในสถานการณ์ที่ได้รับการยกเว้นไม่ส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ซึ่งการอาศัยอยู่ในประเทศไทยของทั้งสองคนเราเรียกว่า “*สถานะรอการส่งกลับ*” เพราะมีเหตุอันจำเป็นที่มีอาจส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้

⁶ Article 3 No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ‘หลักการห้ามผลักดันไปเผชิญอันตราย (Non-Refoulement) กับประเทศไทย: กรณีโรฮิงญา’, (สิทธิมนุษยชน, 23 พฤษภาคม 2558), <https://prachatai.com/journal/2015/05/59440>

สำหรับแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยต่อคนต่างด้าวโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อผู้ลี้ภัยที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย ผู้เขียนขอแบ่งออกเป็น 2 มุมมอง กล่าวคือ มุมมองตามข้อเท็จจริง ซึ่งจะเห็นว่า ประเทศไทยปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมอย่างยิ่ง เพราะประเทศไทยมิได้ส่งตัวผู้ลี้ภัยออกไปนอกราชอาณาจักร เนื่องจากเห็นแล้วว่าหากส่งออกไปบุคคลดังกล่าวมีโอกาสที่จะถูกละเมิดสิทธิในชีวิตอย่างแน่แท้ในประเทศไทย จึงให้ผู้ลี้ภัยอาศัยอยู่ในประเทศไทยต่อไปได้ ซึ่งเราจะเห็นได้จาก ค่ายพักพิงตามแนวชายแดน หรือ ผู้ลี้ภัยที่อยู่ในห้องกัก หรือ ผู้ลี้ภัยที่ได้รับการประกันตัวออกจากห้องกัก หรืออาจจะยังไม่ถูกจับแต่อาศัยอยู่อย่างเงียบๆ โดยไม่มีใครทราบ ก็เป็นได้ แต่ก็เห็นว่าประเทศไทยเลือกที่จะไม่ส่งตัวผู้ลี้ภัยออกไป ส่วนอีกมุมมองหนึ่ง คือ มุมมองในทางข้อกฎหมาย นโยบายที่มีอยู่ กล่าวคือ ข้อกฎหมายที่ว่าด้วยการรอกการส่งกลับของคนต่างด้าว ที่มีใช้เฉพาะผู้ลี้ภัยนั้น มีมาตั้งแต่สมัย **พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2470** ที่เริ่มให้มีการสอบสวน กรณีที่มีข้อสงสัยว่าคนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งปรากฏอยู่ใน**มาตรา 12** แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง 2470⁸ บัญญัติว่า “เมื่อมีเหตุควรสงสัยว่าคนต่างด้าวคนใดเข้ามาในพระราชอาณาจักรภายหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้อยู่ในจำพวกคนต่างด้าวที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ เจ้าพนักงานจะกักคนต่างด้าวนั้นไว้เพื่อไต่สวนก็ได้....” ซึ่งจะเห็นว่าแม้จะเข้าเมืองผิดกฎหมายก็ทำให้จะสามารถส่งตัวออกไปนอกราชอาณาจักรได้ในทันที แต่จะต้องมีการสอบสวนให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าเป็นบุคคลที่สมควรและสามารถส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรไทยได้ และระหว่างการสอบสวนบุคคลตัวกล่าวย่อมต้องอยู่ในประเทศไทย ซึ่งสถานะการอยู่ยอมเป็นการอยู่เพื่อรอการส่งกลับนั่นเอง และตามบทบัญญัติว่าด้วยกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับต่อมาไม่ว่าจะเป็น**พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480⁹ มาตรา 23** บัญญัติว่า “คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรสยาม ถ้าปรากฏแก่เจ้าพนักงานว่าคนต่างด้าวผู้นั้นอยู่ในจำพวกที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจสั่งให้ส่งออกไปด้วยยานพาหนะที่นำเข้ามาหรือทางที่เข้ามา.....แต่ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนหรือรอเพื่อส่งกลับ จะสั่งให้กักคนต่างด้าวนั้นไว้...” หรือใน**พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2493¹⁰ มาตรา 33** บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยมิได้รับอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งกลับออกไปก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนหรือรอเพื่อส่งกลับ จะสั่งให้กักคนต่างด้าวนั้นไว้ ณ สถานที่ใดๆ ก่อนตามความจำเป็นก็ได้...” และแม้กระทั่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับปัจจุบัน คือ **พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522¹¹ มาตรา 54** ก็

⁸ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2470, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 44, (วันที่ 17 กรกฎาคม 2470), มาตรา 12

⁹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 54, (วันที่ 20 กันยายน 2480), มาตรา 23

¹⁰ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2493, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 67 ตอนที่ 71, (วันที่ 26 ธันวาคม 2493), มาตรา 33

¹¹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 96 ตอนที่ 28, (วันที่ 1 มีนาคม 2522), มาตรา 54

ยังได้บัญญัติเรื่องสถานการณ์รอกการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรไว้ ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามา หรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนเพื่อส่งตัวกลับตามวรรค หนึ่ง ให้นำมาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไป นอกราชอาณาจักรแล้ว ในระหว่างรอกการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมี ทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานาน เท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย”

ทั้งยังปรากฏตาม เรื่องเสร็จที่ 1483/2559 ซึ่งเป็นบันทึกความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกาว่าด้วยเรื่อง การปรับปรุงกฎหมายคนเข้าเมืองและผู้ลี้ภัย ลงวันที่ 19 ตุลาคม 2559 ได้ให้ ความเห็นไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการใช้บังคับ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 ความว่า “กรณีไม่เห็นว่าเป็นต้องแก้ไขกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เนื่องจากสามารถใช้มาตรา 17 และ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ดำเนินการได้อยู่แล้ว แต่เห็นสมควรจัดให้มีระบบการคัดกรองคน เข้าเมืองผิดกฎหมายและผู้ลี้ภัย...” จากข้อความดังกล่าวจะเห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ออกมารับรอง การมีอยู่ของมาตรา 54 ซึ่งเป็นเรื่องว่าด้วยการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วว่าสามารถบังคับใช้อยู่ ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าไม่สามารถส่งบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักรได้ เพราะมีเหตุอันจำเป็น สถานการณ์ อาศัยอยู่ในประเทศของบุคคลดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้มาตรา 54 เช่นเดียวกับกรณีศึกษาทั้ง 2 กรณี ที่ สถานการณ์อยู่อาศัยในประเทศมีข้อกฎหมายรองรับ

จากที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นจะเห็นว่า แม้แต่ข้อกฎหมายของประเทศไทยก็ยังได้รองรับเรื่องการไม่ส่ง บุคคลที่มีเหตุอันจำเป็นที่ทำให้ไม่สามารถส่งกลับออกไปได้ไว้มากกว่า 100 ปีแล้ว ดังนั้นจะเห็นว่าประเทศไทย เองก็มีมุมมองต่อเหตุผลทางมนุษยชนมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้วเช่นกัน

2.2 การบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคมไทย

จากกรณีศึกษาของนายซาฮิด (Mr.Shahid Saleemi) หรือ นายซาฮิด ซึ่งเป็นผู้ลี้ภัยจากการคุกคาม สิทธิในชีวิตของบุคคล อันเกิดจากความขัดแย้งทางศาสนาจากประเทศปากีสถาน จะเห็นว่าประเทศไทย ปฏิบัติต่อนายซาฮิดโดยอาศัยเหตุผลทางมนุษยธรรมเป็นหลักในการคิด ซึ่งได้รับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย ของนายซาฮิด แม้จะปรากฏว่านายซาฮิดมีข้อเท็จจริงอันเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทยเบาบางมาก ทั้งยัง

เป็นจุดเกาะเกี่ยวภายหลังการเกิด¹² ก็ตาม ดังจะเห็นได้จาก ข้อเท็จจริงที่ว่า นายชาติได้เดินเข้าไปมอบตัวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสวนพลู กรุงเทพมหานคร โดยยอมตนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยด้วยตนเอง ซึ่งแม้จะปรากฏว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินคดีตามกระบวนการ กล่าวคือ จับกุมและกักขังนายชาติ แต่นายชาติก็ได้รับการประกันตัว และมีอิสรภาพออกมาอาศัยอยู่ภายนอกห้องกักที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้ นอกจากนี้ยังปรากฏด้วยว่าเจ้าพนักงานตำรวจมิได้ส่งนายชาติกลับไปยังประเทศต้นทาง คือ ประเทศปากีสถาน เพราะเล็งเห็นถึงความสำคัญในชีวิตของนายชาติ หากส่งเขากลับไปย่อมมีโอกาสเสี่ยงต่อภัยความตาย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้สร้างคุณประโยชน์และทำสิ่งที่น่าชื่นชม คือ การปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอาศัยเหตุผลทางมนุษยธรรม ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศไทย และแม้จะปรากฏว่าประเทศไทยจะมีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยค.ศ. 1951/พ.ศ.2494 แต่ประเทศไทยก็รับรองและเคารพต่อสิทธิในชีวิตและร่างกายของนายชาติ เพราะมนุษย์ทุกคนย่อมต้องการความอยู่รอดปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของตน และมีใช้แต่เพียงสิทธิในชีวิตและร่างกายเท่านั้น ประเทศไทยเองก็ได้รับรองสิทธิในเสรีภาพของนายชาติด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ประเทศไทยเคารพการตัดสินใจเลือกประเทศที่นายชาติลี้ภัยเข้ามา ซึ่งเป็นเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคลในการที่จะหาสถานที่ปลอดภัยให้แก่ตนเอง

ฉะนั้นการที่ประเทศไทยไม่ส่งนายชาติกลับประเทศต้นทาง แต่กลับอนุญาตให้ประกันตัวนายชาติออกไปอาศัยอยู่ภายนอกห้องกัก ภายใต้เงื่อนไขที่นายชาติจะต้องมารายงานตัวที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสวนพลูจำนวน 2 ครั้ง ต่อเดือน เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54¹³ นั่นเอง

จากกรณีดังกล่าว ผู้เขียนขอแบ่งออกเป็น 2 ช่วงเวลา คือ ช่วงแรก ก่อนวีซ่าหมดอายุ นายชาติเข้ามาในราชอาณาจักรไทยเพื่อการท่องเที่ยว ซึ่งเป็นการเข้ามาในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิอาศัยชั่วคราว ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คือ 90 วัน ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 34¹⁴ ประกอบมาตรา 35¹⁵

¹² รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *กรณีศึกษานายชาติ: ผู้ลี้ภัยในเขตเมืองซึ่งเกิดในประเทศปากีสถานเมื่อ พ.ศ.2526และเข้ามาอาศัยในประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ.2554 ในสถานะนักท่องเที่ยว และในปัจจุบัน ในสถานะคนรอการส่งออกนอกประเทศไทยตามมาตรา 54 แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522*, (เอกสารประกอบการสอน, 30 กรกฎาคม 2560) หน้าที่ 5

¹³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13.

¹⁴ มาตรา 34 คนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้จะต้องเข้ามาเพื่อการดังต่อไปนี้
(3) การท่องเที่ยว

¹⁵ มาตรา 35 คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 34 อธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมายจะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ ก็ได้
ระยะเวลาที่จะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรให้กำหนดดังนี้

แต่เมื่อปรากฏว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้อาศัยอยู่ในประเทศไทยชั่วคราวได้สิ้นสุดลง ซึ่งเป็น ช่วงที่สอง นายชาติก็มีหน้าที่ที่จะต้องเดินออกไปจากประเทศไทยด้วยตนเอง เพราะเขาไม่มีสิทธิอาศัยในประเทศไทยอีกต่อไป แต่หากยังคงอาศัยอยู่โดยไม่มีการขอสิทธิอาศัยต่อไปหรือต่อวีซ่า นายชาติก็จะเป็นบุคคลที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยเกินกำหนด (Over Stay) หากพิจารณาสถานะตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง นายชาติจะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่มีสิทธิอาศัยหรืออาศัยโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาหากปรากฏว่าหนังสือเดินทาง (Passport) ของนายชาติหมดอายุและไม่มีการต่ออายุหนังสือเดินทาง นายชาติก็จะมีสถานะเป็นคนเข้าเมืองและอาศัยอยู่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถส่งตัวนายชาติออกไปนอกราชอาณาจักรไทยได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 54 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตามหากปรากฏว่าเขาไม่สามารถเดินทางกลับประเทศต้นทาง อันได้แก่ ประเทศปากีสถานได้ ประเทศไทยก็ต้องไม่ส่งนายชาติออกไปนอกราชอาณาจักร เพราะมีเหตุจำเป็นอันมิอาจส่งตัวกลับไปได้ เนื่องจากเขาเสี่ยงภัยต่อชีวิต ดังนั้นประเทศไทยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องไม่ผลักดันให้เขาเผชิญกับภัยที่เสี่ยงต่อชีวิต อันเป็นไปตามหลักการไม่ส่งกลับ หากปรากฏว่าต้องเผชิญกับความตาย (Non-Refoulement)

อย่างไรก็ตามเมื่อมีการนำนายชาติเข้าสู่กระบวนการสอบสวน เขาก็จะมีสถานะเป็นบุคคลที่รอการส่งออกนอกประเทศซึ่งอยู่ระหว่างสอบสวน อันเป็นไปตามมาตรา 54 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง 2522 ซึ่งให้นำมาตรา 19 และ มาตรา 20 มาบังคับใช้โดยอนุโลม โดยกำหนดให้สามารถประกันตัวออกมาได้ แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการมารายงานตัวตามระยะเวลาที่เจ้าพนักงานกำหนด หรือจะกักตัวไว้ก็ได้

กรณีของนายชาติ ปรากฏตามข้อเท็จจริงว่าเคยถูกกักอยู่ในห้องกักและถูกประกันตัวออกมาโดยกำหนดเงื่อนไขให้มารายงานตัว 2 ครั้งต่อเดือนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสวนพลู กรุงเทพมหานคร ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า นายชาติมีสถานะเป็นบุคคลที่รอการส่งออกนอกประเทศไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 54 วรรค 2 ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น และการอาศัยอยู่ในประเทศไทยของเขาก็มีข้อกฎหมายรับรองการอาศัยอย่างชัดเจนอีกด้วย

ซึ่งจากกรณีดังกล่าว การที่ประเทศไทยปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องสิทธิในชีวิตร่างกาย และเสรีภาพ ด้วยการรับรองสิทธิดังกล่าวให้แก่ นายชาติ ได้ช่วยต่อลมหายใจให้แก่ นายชาติอีกครั้ง เสมือนได้เกิดใหม่ เพราะนายชาติ ยังมีชีวิตอยู่ และมีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตได้ในระดับหนึ่ง ทั้งยังอยู่โดยไม่ต้องหวาดระแวงการคุกคามจากรัฐบาลปากีสถานอีกด้วย

ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองมีประสิทธิภาพมากพอที่จะสร้างความเป็นธรรมให้แก่มนุษย์ที่กำลังจะตายคนหนึ่ง ให้อยู่รอดปลอดภัย ทั้งยังเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทยอีกด้วย นอกจากนี้จะเห็นว่าการทำงานของเจ้าพนักงานตำรวจของ

สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสวนพลู ได้ปฏิบัติตนเป็นวิศวกรของสังคม บังคับใช้กฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คนในสังคมไทยได้อย่างดียิ่ง ก่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลที่น่าพึงพอใจ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้นายชาติจะอาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การดูแลคุณภาพชีวิตของเขา กล่าวคือ มิได้ต้องการหรือเรียกร้องให้ประเทศไทยต้องมาดูแลนายชาติซึ่งเป็นผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในกรุงเทพมหานครเสมือนหนึ่งเป็นคนสัญชาติไทย และมีได้ต้องการให้นายชาติได้รับสิทธิในสวัสดิการทางสังคม เท่าเทียมเช่นคนสัญชาติไทย แต่อย่างน้อยที่สุดน่าจะต้องดูแลเรื่องคุณภาพชีวิต ให้เขาสามารถทำงานได้ เพื่อมีรายได้มาเลี้ยงชีพ มิใช่การห้ามทำงานในทุกประเภท ซึ่งการห้ามนายชาติทำงานในทุกประเภท ย่อมส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของเขา แทนที่จะสามารถช่วยเหลือตนเองได้ก็จะต้องอาศัยอยู่อย่างทุกข์ยาก รอคอยความช่วยเหลือจากผู้อื่น เนื่องจากไปสมัครงานที่ใดก็ไม่มีผู้ได้รับ หากให้ผู้เขียนเปรียบ ก็เสมือนกับการที่ประเทศไทยได้ให้กำเนิดมนุษย์คนหนึ่งขึ้นมา แต่ก็ไม่ได้ดูแลเอาใจเท่าที่ควร และในท้ายที่สุดก็จะเป็นภาระให้แก่ประเทศไทยเองที่จะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสำหรับมนุษย์ผู้นั้น ทั้งที่สามารถหยิบยื่นโอกาสให้แก่เขาได้ นอกจากนี้ยังเป็นการช่วยให้ประเทศไทยไม่ถูกมองว่าไม่ปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน อันส่งผลให้ประเทศไทยต้องตก TIER เช่นที่เป็นอยู่ปัจจุบัน

อีกกรณีศึกษาหนึ่ง คือ กรณีของเด็กชายเอ ซึ่งเป็นเยาวชนที่ลี้ภัยมาจากประเทศโซมาเลีย

โดยที่สำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติก็ได้รับรองสถานะผู้ลี้ภัยให้แก่เด็กชายเอแล้ว และคำสั่งของศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดเชียงรายได้แสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติตามหลักมนุษยธรรมและหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของบุคคล รวมถึงการปฏิบัติตามหลักการไม่ผลักดันกลับเพื่อไปเผชิญกับอันตราย (Non-Refoulement) ด้วย จะเห็นว่าศาลไทยได้เล็งเห็นแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยที่มีมาแต่สมัยโบราณเกือบร้อยปี ที่ไม่ผลักดันผู้ที่หนีภัยอันตรายต่อชีวิตเข้ามาในประเทศไทย ดังนั้นประเทศไทยเลือกที่จะไม่ส่งเด็กชายเอกลับไปยังประเทศโซมาเลียซึ่งเป็นประเทศต้นทางและยังมีสถานการณ์ที่เสี่ยงต่อภัยความตาย

ทั้งยังปรากฏอีกว่าศาลได้มีคำวินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่าด้วยเรื่องของการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of Child) อันเป็นการปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child หรือ CRC) โดยผ่านมาตรา 132 วรรค 1¹⁶ แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและ

¹⁶ มาตรา 132 วรรค 1 ในกรณีที่ศาลเห็นว่าตามพฤติการณ์แห่งคดียังไม่สมควรจะมีคำพิพากษาหรือบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยร้องขอ เมื่อศาลสอบถามผู้เสียหายแล้วศาลอาจมีคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวแล้วมอบตัวจำเลยให้บุคคลดังกล่าวโดยไม่มีประกัน หรือมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกันด้วยก็ได้ โดยกำหนดเงื่อนไข เช่น ให้จำเลยรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติหรือเจ้าพนักงานอื่นหรือบุคคลใดหรือองค์การด้านเด็ก เข้ารับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูรับคำปรึกษาแนะนำ เข้าร่วมกิจกรรมบำบัดหรือกิจกรรมทางเลือก หรือให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยภายในระยะเวลา

ครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่ให้ปล่อยเด็กกลับไปดำเนินชีวิตได้ตามปกติ ซึ่งเป็นกรณีศาลก็ได้เห็นแล้วว่า การปล่อยเด็กชายเอซึ่งลี้ภัยมาจากประเทศโซมาเลีย ทั้งยังได้รับการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยแล้วนั้นกลับไปเรียนตามเดิม ย่อมเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กมากกว่าการกักขังเด็กไว้ อันจะทำให้เด็กนั้นไม่ได้เรียน นอกจากนี้ผู้เขียนยังมองว่า ศาลท่านยังได้มองการณ์ไกลกว่านั้น กล่าวคือ การปล่อยเด็กให้กลับไปเรียนตามเดิม นอกจากจะเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กตามหลัก The best interest of child แล้ว การให้เด็กได้ใช้ชีวิตอยู่ในสังคม ยิ่งก่อให้เกิดความผูกพันต่อประเทศไทย ได้เห็นความ

เอื้ออาทรของสังคมต่อผู้ลี้ภัยเด็ก ซึ่งจะเป็นการปลูกฝังให้เด็กชายเอนั้น รักและผูกพันต่อประเทศไทย อันจะไม่นำไปสู่การกลับมาทำร้ายประเทศไทย แม้อันอนาคตเด็กชายเอจะไปได้ไปประเทศที่สามแล้วก็ตาม

จากกรณีดังกล่าว ศาลจึงเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายที่สามารถบังคับใช้กฎหมายให้มีชีวิตและทำให้เกิดประสิทธิผลขึ้นด้วย โดยการนำไปใช้กับบุคคลซึ่งต้องการความช่วยเหลือและกำลังอยู่ในสถานการณ์ยากลำบาก ทั้งยังสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างความเป็นธรรมให้ปรากฏขึ้นในวงกระบวนการยุติธรรมไทย ตลอดจนสังคมไทยด้วย

ฉะนั้นจากทั้ง 2 กรณีในข้างต้น ซึ่งเป็นกรณีของผู้ลี้ภัยในเขตเมืองเหมือนกัน แตกต่างกันเพียงแค่ว่ากรณีหนึ่งเป็นผู้ใหญ่และยังไม่ได้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในชั้นศาล ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นเด็ก ซึ่งเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางศาลแล้ว แต่ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นกลับให้ผลไม่ต่างกัน กล่าวคือ ประเทศไทยได้ใช้กฎหมายทำงานเพื่อช่วยเหลือผู้ทุกข์ยาก และต้องการความช่วยเหลือ และยังเป็นการต่อลมหายใจให้แก่ผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในเขตเมืองให้กลับมามีชีวิตอีกครั้งหนึ่ง โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในประเทศไทยหรือกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ทั้ง 2 กรณียังช่วยสะท้อนให้เห็นว่าผู้สร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมไทย แท้จริงแล้วมิได้มีแต่เฉพาะองค์กรศาลเท่านั้น แต่ยังมีพนักงานเจ้าหน้าที่ในระดับปฏิบัติการที่เป็นอีกหนึ่งกลไกในการขับเคลื่อนการใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลได้มากที่สุด และมีใช่แต่การสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมไทยเท่านั้น แต่การกระทำของประเทศไทยจากทั้งสองกรณียังสามารถสร้างความเป็นธรรมให้สะท้อนไปในสังคมโลกได้ด้วย

ที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกว่าจำเลยนั้นมีอายุครบยี่สิบสี่ปีบริบูรณ์ ในการนี้ศาลมีอำนาจสั่งให้บิดา มารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยเข้าร่วมกิจกรรม หรือรับคำปรึกษาแนะนำด้วยก็ได้

3. ข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงแก้ไขข้อกฎหมายและนโยบายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน อันจะนำไปสู่การสร้างความเป็นธรรมที่ตีมากยิ่งขึ้น

จากกรณีศึกษาทั้ง 2 กรณีดังกล่าว ที่ผู้เขียนได้เล่าเพื่อสะท้อนให้เห็นการใช้กฎหมายสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมไทยโดยผ่านกรณีผู้ลี้ภัยในเขตเมืองนั้น ผู้เขียนยังเห็นช่องว่างที่ทำให้ความพยายามในการสร้างความเป็นธรรมของประเทศไทยยังไม่ถึงที่สุด ฉะนั้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อให้ความพยายามในการสร้างความเป็นธรรมของประเทศไทยให้เกิดขึ้นจริงในสังคมไปได้ตลอดเส้นทาง และเป็นการสร้างความเป็นธรรมอย่างแท้จริง โดยมีข้อเสนอแนะ 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก คือ การจัดทำนโยบายเพื่อผู้ลี้ภัยในเขตเมือง โดยจัดทำเป็น “ระเบียบสำนักนายกฯ ด้วยการจัดการผู้ลี้ภัย” ทั้งนี้โดยเน้นไปที่ระบบการประสานงานของหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องภายใต้อำนาจหน้าที่ของตนเอง ซึ่งในแต่ละหน่วยงานอาจมีประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ต่างๆ ภายในหน่วยงานเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติให้เจ้าหน้าที่สามารถทำงานได้ง่ายและสะดวกขึ้นก็ได้ ทั้งนี้ต้องไม่ขัดกับระเบียบสำนักนายกฯ ดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะในการยกฐานะระเบียบสำนักนายกฯ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานต่อไปได้

ประการที่สอง คือ การสร้างความเข้าใจให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการยุติธรรม เช่น เจ้าพนักงานตำรวจ หรือ พนักงานอัยการ เกี่ยวกับการดำเนินคดีผู้ลี้ภัยที่เข้ามาเมืองมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถใช้มาตรการอื่นแทนการกักขังได้ ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง 2522 มาตรา 54 ซึ่งจากกรณีของเด็กชายเอ สะท้อนให้เห็นว่า เจ้าพนักงานยังขาดความเข้าใจเกี่ยวกับการจัดการสิทธิของผู้ลี้ภัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ลี้ภัยที่เป็นเด็ก ทั้งที่สามารถใช้มาตรการอื่นแทนการจับและส่งฟ้องเด็กได้ แต่กลับไม่ใช่ ทำให้ในคดีนี้ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดเชียงรายจึงจะต้องเป็นผู้สร้างบรรทัดฐานในการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยเด็ก แทนเจ้าพนักงานซึ่งเป็นด่านแรกในการจัดการสร้างความเป็นธรรมให้แก่เด็กมี

ประการที่สาม คือ การสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องกับทั้งภาครัฐและเอกชนเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอคุ้มครองสิทธิของผู้ลี้ภัย กล่าวคือ อีกช่องทางหนึ่งในการขอความคุ้มครองสิทธิของผู้ลี้ภัย คือ กระบวนการยุติธรรมทางศาล ซึ่งอาจมีการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเช่นเดียวกับกรณีของเด็กชายเอ ที่ให้อาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ชั่วคราวเพื่อรอการส่งออกนอกประเทศไทย หากปรากฏว่าภัยในประเทศต้นทางสงบแล้ว หรือไม่เสี่ยงต่อชีวิต หรือการรอการส่งตัวไปยังประเทศที่ 3 เพื่อการตั้งถิ่นฐานใหม่ (Resettlement) เมื่อปรากฏว่าคำสั่งของศาลผู้ลี้ภัยดังกล่าวยอมไม่สามารถถูกจับเพื่อดำเนินคดีใหม่ได้อีก เนื่องจากศาลมีคำสั่งเพื่อคุ้มครองบุคคลดังกล่าวชั่วคราวแล้วนั่นเอง ซึ่งก็เปรียบเสมือนเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยนั่นเอง

ประการสุดท้าย คือ การเจรจาเพื่อสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งองค์กรหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่เช่น กระทรวงการต่างประเทศ หรือ UNHCR ที่ดูแลผู้ลี้ภัยจะต้องเจรจาส่งความตกลงระหว่าง

ประเทศต้นทางของผู้ลี้ภัยและประเทศทางผ่านอย่างประเทศไทย เพื่อพิจารณาการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ลี้ภัย เช่น การเจรจากับสถานทูตหรือสถานกงสุลที่เป็นรัฐเจ้าของตัวบุคคลของผู้ลี้ภัยให้ความร่วมมือ ในการให้ความช่วยเหลือผู้ลี้ภัยของตน แม้จะอยู่ระหว่างรอการส่งกลับก็ตาม (เช่น การให้สถานทูตหรือสถานกงสุลประกันตัวผู้ลี้ภัยจากประเทศตนเองออกจากห้องกัก เพื่อลดจำนวนผู้ลี้ภัย เพราะแม้จะถูกกักตัวในห้องกักก็ยังไม่สามารถส่งกลับประเทศต้นทางได้ หากมีเหตุอันจำเป็น ดังนั้นการให้หน่วยงานรัฐซึ่งเป็นเจ้าของตัวบุคคลและมีความน่าเชื่อถือมาเป็นนายประกัน ย่อมลดภาระของประเทศไทย ในขณะที่เดียวกันยังเป็นการสร้างความร่วมมือระหว่าง ในการจัดการผู้ลี้ภัยอีกด้วย)

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่าประเทศไทยได้สร้างเรื่องราวที่งดงาม(Beautiful Story) ภายใต้ความเป็นสังคมพหุวัฒนธรรมที่มีได้มีเฉพาะคนสัญชาติไทย หรือ คนที่มีวัฒนธรรมประเพณีหรือความเชื่อเดียวกันอาศัยอยู่ร่วมกัน แต่มีคนต่างชาติ ต่างถิ่น ต่างวัฒนธรรม ต่างประเพณี ต่างภาษามาอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมไทย และอยู่ในการดูแลของประเทศไทย ซึ่งเปรียบเสมือนเรือลำใหญ่ที่จะต้องดูแลลูกเรือให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างสงบสุข โดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างความสงบสุขนั้นนั่นเอง

4. บทสรุป

การสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ลี้ภัยในเขตเมืองนั้น เมื่อพิจารณาแล้วทำให้ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ลี้ภัยไม่สามารถกระทำโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ แต่จะต้องอาศัยความร่วมมือของหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น ภาครัฐ ภาคเอกชน หรือตัวผู้ลี้ภัยเอง ซึ่งการทำงานโดยอาศัยความร่วมมือของหลายฝ่ายย่อมนำไปสู่การช่วยกันสร้างสูตรสำเร็จเพื่อการจัดการสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ลี้ภัย และด้วยการสร้างความเป็นนี้เองจะต้องอาศัยการทำงานเป็นทีม หรือคือ การสร้างทีมประสิทธิภาพ (Effective Team) ขณะเดียวกันก็จะต้องมีการแลกเปลี่ยนเรียนรู้หรือการสร้างพื้นที่แลกเปลี่ยนเรียนรู้ระหว่างกัน (Learning Area) และสุดท้าย คือการสร้างองค์ความรู้ที่จะเป็นต้นแบบในการจัดการผู้ลี้ภัยในเขตเมือง (Study) หรือที่เรียกว่า ทฤษฎี “S-LA-ET”¹⁷ นั่นเอง

ผู้เขียนหวังว่างานเขียนชิ้นนี้จะเป็นจุดเริ่มต้นในการสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ลี้ภัยในเขตเมืองในวงกว้าง ตลอดจนการสร้างความรู้เข้าใจให้แก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เพื่อก่อให้เกิดกระบวนการจัดการช่วยเหลือผู้ลี้ภัยในเขตเมืองของประเทศไทยอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

¹⁷ ทฤษฎีที่สร้างขึ้นโดยรศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ สายสุนทร สำหรับโครงการพื้นที่เรียนรู้เพื่อสันติสุขของประชาชนอาเซียนเมื่อปี พ.ศ.2558

บรรณานุกรม

บทความ

รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *กรณีศึกษา นายซาฮิด: ผู้ลี้ภัยในเขตเมืองซึ่งเกิดในประเทศไทย ปากีสถานเมื่อ พ.ศ.2526 และเข้ามาอาศัยในประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ.2554 ในสถานะนักท่องเที่ยว และในปัจจุบัน ในสถานะคนรอการส่งออกนอกประเทศไทยตามมาตรา 54 แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.2522*, (เอกสารประกอบการสอน, 30 กรกฎาคม 2560) หน้า ที่ 5

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

‘เครือข่ายสิทธิผู้ลี้ภัยเรียกร้องรัฐไทยยุติการดำเนินคดีเด็กโซมาเลียหนีภัยสงครามมาอยู่เชียงราย’, สำนักข่าว สด, (วันที่ 28 พฤศจิกายน 2559), https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_119235

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ‘หลักการห้ามผลักดันไปเผชิญอันตราย (Non-Refoulement) กับประเทศไทย: กรณีโรฮิงญา’, (สิทธิมนุษยชน, 23 พฤษภาคม 2558), <https://prachatai.com/journal/2015/05/59440>

บทสัมภาษณ์

สัมภาษณ์, นายซาฮิด ซาลิมิ (Mr.Shahid Saleemi), ผู้ลี้ภัยจากปากีสถาน, กรุงเทพมหานคร, (21 กุมภาพันธ์ 2560)

กฎหมาย

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2470, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 44, (วันที่ 17 กรกฎาคม 2470), มาตรา 12

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 54, (วันที่ 20 กันยายน 2480), มาตรา 23

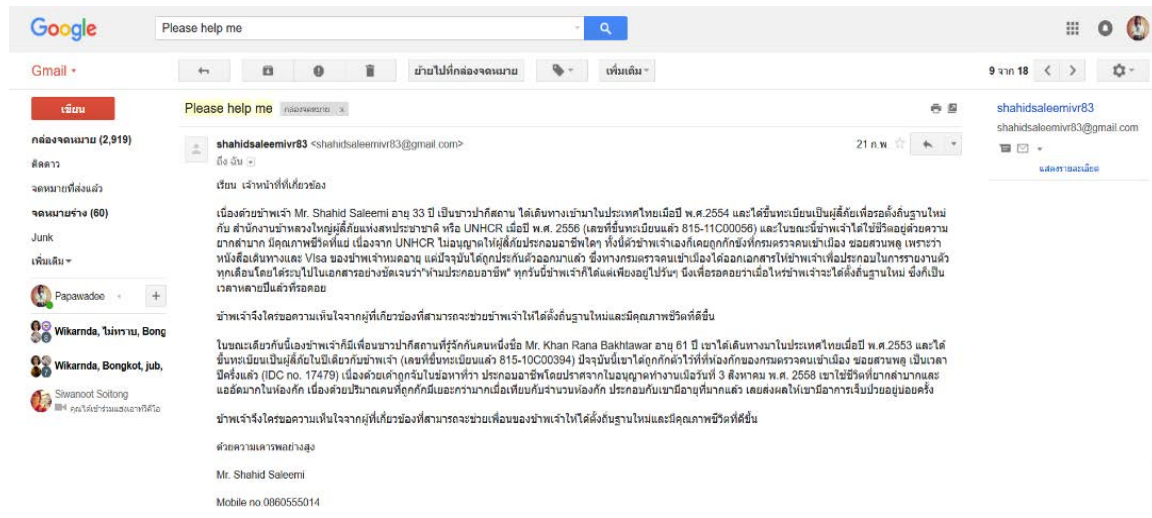
พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2493, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 67 ตอนที่ 71, (วันที่ 26 ธันวาคม 2493), มาตรา 33

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 96 ตอนที่ 28, (วันที่ 1 มีนาคม 2522), มาตรา 54

ภาคผนวก

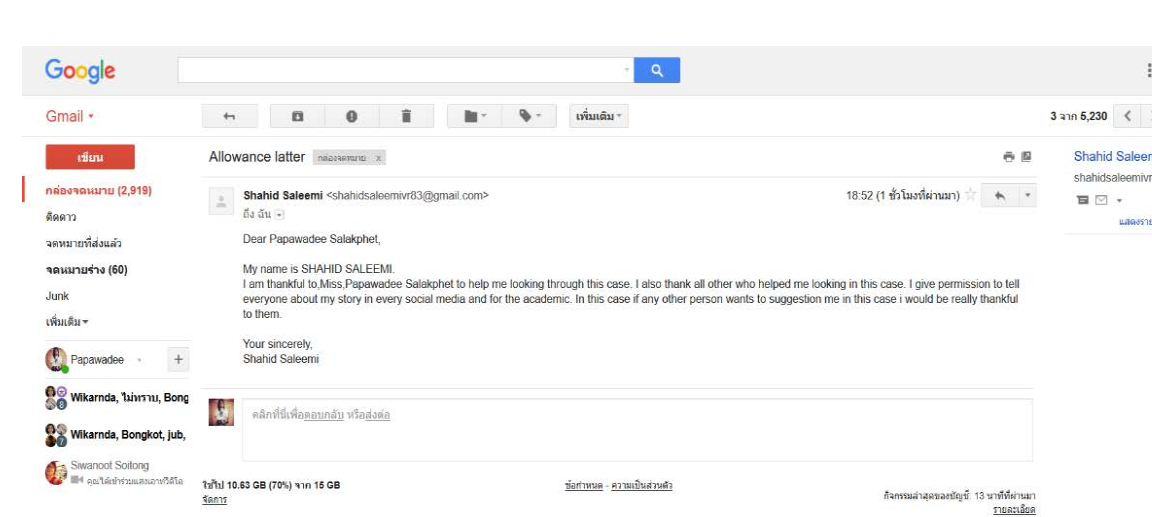
ภาคผนวก ก

ภาพอีเมลร้องทุกข์จากเจ้าของปัญหา คือ Mr.Shahid Saleemi มาয়้งโครงการบางกอกคลินิกฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560



ภาคผนวก ข

ภาพอีเมลตอบกลับของ Mr.Shahid Saleemi เพื่อการให้ความยินยอมในการเผยแพร่เรื่องราวและข้อมูลเพื่อการศึกษาทางวิชาการได้ ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2560



ภาคผนวก ค

(ร่าง)ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

ว่าด้วยการจัดการผู้ลี้ภัยในเขตเมือง พ.ศ...

โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 11(8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534

(1) ระเบียบนี้ เรียกว่า “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดการผู้ลี้ภัยในเขตเมือง พ.ศ...”

(2) ให้ระเบียบนี้มีผลบังคับใช้ในวันที่...

(3) ในกรณีที่ผู้ลี้ภัยในเขตเมืองถูกจับและกักขังและต้องการร้องขอความช่วยเหลือทางกฎหมายให้เจ้าพนักงานสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองประสานไปที่สถานทูตหรือมหาวิทยาลัยที่ทำงานเกี่ยวกับผู้ลี้ภัย เพื่อให้ดำเนินการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ด้านต่างๆ ทั้งนี้จะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขในการพิจารณาให้ความช่วยเหลือไว้ในระเบียบภายในก็ได้

(4) ในกรณีที่ผู้ลี้ภัยร้องขอให้ปล่อยตัวชั่วคราว ให้กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้ดำเนินการให้ความช่วยเหลือเรื่องการประกันตัวผู้ลี้ภัยออกจากห้องกัก ภายใต้พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ.2558

(5) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการออกระเบียบในการประกันตัวผู้ลี้ภัยออกจากห้องกัก เพื่อให้เป็นบรรทัดฐานเดียวกัน ทั้งนี้จะมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอย่างไรให้เป็นไปตามระเบียบภายใน

(6) กรณีผู้ลี้ภัยในเขตเมืองถูกปล่อยตัวชั่วคราว และมีความจำเป็นต้องทำงานให้กระทรวงแรงงาน ดำเนินการให้ผู้ลี้ภัยในเขตเมืองทำงานได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขใดให้เป็นไปตามระเบียบ

(7) ในกรณีที่ผู้ลี้ภัยจะต้องเดินทางออกนอกพื้นที่อยู่อาศัย ให้กระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจในการออกหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการออกนอกพื้นที่

(8) ให้กระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ในการเจรจากับประเทศต้นทางของผู้ลี้ภัยในการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้ความช่วยเหลือผู้ลี้ภัยในเขตเมือง

การพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบในประเทศไทยตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการ
ควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก*

The Development of Tobacco Control Law in Thailand under WHO
Framework Convention on Tobacco Control

วศิน พิพัฒน์ฉัตร *
Vasin Pipattanachat

บทคัดย่อ

การพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบในประเทศไทยตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกเป็นการศึกษามาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทยแบบเชิงระบบ เพื่อพิจารณาว่าประเทศไทยได้อนุมัติการให้กฎหมายภายในหรือนโยบายว่าเป็นไปตามกรอบอนุสัญญาหรือไม่ โดยมีการพิจารณาประกอบมิติทางการค้าทั้งในประเทศและระหว่างประเทศร่วมด้วย เพื่อหาข้อเสนอแนะที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

คำสำคัญ : กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก, มาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทย, การค้าและสุขภาพ

* เรียบเรียงและปรับปรุงจากดัชนีพนธ์เรื่อง “ การพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบในประเทศไทยตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก ” นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ABSTRACT

The development of Tobacco Control Law in Thailand pursuant to WHO Framework Convention on Tobacco Control is studies of systematic tobacco control measures in Thailand in order to consider whether Thailand has implemented the internal legislation or policy to be in compliance with the Framework Convention or not. In doing this research, the author will consider both domestic and international trade dimension and to find appropriate suggestions for the context of Thailand.

Keywords: WHO Framework Convention on Tobacco Control, Tobacco control measures in Thailand, Trade and Health

1. บทนำ

การควบคุมยาสูบเป็นปัญหาสาธารณสุขที่สำคัญระดับโลก ซึ่งการแก้ปัญหาอาจใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งเพียงมาตรการเดียวในการแก้ปัญหาจำต้องพิจารณาและปฏิบัติตามมาตรการทุกมาตรการร่วมกัน เพื่อให้การแก้ปัญหามีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งในทางระหว่างประเทศได้มี กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก (Framework Convention on Tobacco Control: FCTC) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ “เพื่อที่จะคุ้มครองมนุษย์ในยุคปัจจุบันและในอนาคตให้ปลอดภัยจากผลร้ายของการบริโภคยาสูบและการสูดดมควันยาสูบ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อด้านสุขภาพ ด้านสังคม ด้านสิ่งแวดล้อม และด้านเศรษฐกิจ โดยจัดให้มีกรอบมาตรการในการควบคุมยาสูบ ซึ่งภาคีจะบังคับใช้มาตรการดังกล่าวทั้งในระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับนานาชาติ เพื่อจะลดการแพร่ขยายของการใช้ยาสูบและการสูดดมควันยาสูบ ให้เป็นไปอย่างต่อเนื่องและอยู่ในระดับที่สูง”¹ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นหนึ่งในรัฐภาคีของ FCTC ด้วย เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547² แต่ทั้งนี้ การปฏิบัติตาม FCTC ยังคงมีปัญหาเนื่องด้วยผลกระทบจากความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศที่ส่งผลต่อรัฐภาคี FCTC ในการออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อการควบคุมยาสูบ เช่น บรรดาความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization :WTO)³ ที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นรัฐภาคีก่อนหน้า FCTC เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2538 ในฐานะสมาชิกผู้ก่อตั้ง อันดับที่ 59⁴ และประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงการค้าเสรีกับความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลก อันได้แก่ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Trans – Pacific Partnership Agreement : TPPA) และความตกลงเพื่อการคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties : BITs) ความตกลงระหว่างประเทศทางการค้าที่ได้กล่าวเป็นความตกลงที่เอื้อต่อประโยชน์ต่อเศรษฐกิจในการค้าเสรีระหว่างประเทศสำหรับประเทศไทย แต่ในอีกมุมหนึ่งก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อมาตรการควบคุมยาสูบตาม FCTC ด้วยเช่นกัน การศึกษานี้ได้พยายามหาข้อเสนอแนะในการประสานสองหลักการทั้งในเรื่องสิทธิในสุขภาพและประโยชน์ทางการค้าให้เกิดสมดุล และ

¹ FCTC Article 3 The objective of this Convention and its protocols is to protect present and future generations from the devastating health, social, environmental and economic consequences of tobacco consumption and exposure to tobacco smoke by providing a framework for tobacco control measures to be implemented by the Parties at the national, regional and international levels in order to reduce continually and substantially the prevalence of tobacco use and exposure to tobacco smoke.

² ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), “ไทยในทิศทางกฎหมายยาสูบโลก,” ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 ก้าวทันวิจัยกับ ศจย., น.1 (กรกฎาคม 2553).

³ หทัย ชิตานนท์, การค้าเสรี : ผลกระทบต่อการควบคุมยาสูบ พิมพ์ครั้งที่ 1.(กรุงเทพมหานคร : บริษัทดีไซร์ จำกัด, 2546) น. 8 – 26.

⁴ กระทรวงการต่างประเทศ, “กำเนิด WTO” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2560, จาก [www.mfa.go.th/main/th/world/7/19901-องค์การการค้าโลก-\(World-Trade-Organization:-WTO\).html](http://www.mfa.go.th/main/th/world/7/19901-องค์การการค้าโลก-(World-Trade-Organization:-WTO).html)

อรรถประโยชน์มากที่สุด โดยมีข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนาสำหรับประเทศไทย ทั้งในทางระหว่างประเทศและในประเทศ

1.1 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงเงื่อนไขภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 2 กรณีอันได้แก่ FCTC และความตกลงต่าง ๆ ภายใต้ WTO ที่มีผลกระทบต่อการควบคุมยาสูบ อันได้แก่ ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade : TBT) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services : GATS) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs) และกรณีความตกลงนอกเหนือ WTO ที่นำมาศึกษา คือ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Trans – Pacific Partnership Agreement : TPPA) กับ สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties : BITs) ว่ามีความสัมพันธ์กันในลักษณะใด และสามารถดำเนินการตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 2 กรณีทั้งการควบคุมยาสูบและการค้าระหว่างประเทศไปพร้อมกันได้หรือไม่อย่างไร

2. เพื่อศึกษาถึงมาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าของประเทศไทยที่มีผลกระทบต่อการควบคุมยาสูบ อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา อันได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และสิทธิในการใช้ชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สมควรมีความสัมพันธ์อย่างไรเพื่อให้เกิดสมดุลระหว่างประโยชน์ทางการค้าและสุขภาพ

3. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทยและมาตรการควบคุมยาสูบในทางระหว่างประเทศว่ามีแนวทางอย่างไรที่สามารถแก้ปัญหาผลกระทบของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าที่มีผลต่อมาตรการทางกฎหมายควบคุมยาสูบ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาเปรียบเทียบเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบของไทยต่อไป

1.2 วิธีการศึกษา

ศึกษาโดยการค้นคว้าจากเอกสารวิชาการ (Document Research) บทความจากวารสารทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง ความคิดเห็นของนักวิชาการ รวมทั้งข้อมูลเอกสาร

ทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสุขภาพและการค้าในระบบกฎหมายควบคุมยาสูบ ทั้งนี้เพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับการพัฒนามาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทย

1.3 บทปัญหา

การศึกษาหัวข้อ การพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบในประเทศไทยตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกนี้แยกพิจารณาปัญหาออกได้เป็น 3 ปัญหา คือ

1) ความสัมพันธ์ของ FCTC กับบรรดาความตกลงภายใต้ WTO และนอกเหนือ WTO จะมีความสัมพันธ์กันในลักษณะใด โดยกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการค้าที่ศึกษานี้จะอยู่ใน 2 รูปแบบ คือ

1.1) ความตกลงภายใต้ WTO อันได้แก่ GATT, TBT, GATS, TRIPs

1.2) ความตกลงนอกเหนือ WTO คือ TPPA ซึ่งมีสหรัฐอเมริกาเป็นแกนนำในการเปิดการเจรจา และ BITs ซึ่งมีหลักการที่อาจไม่สอดคล้องกับมาตรการควบคุมยาสูบภายใต้ FCTC ที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคี และอาจมี BITs ต่าง ๆ ที่ประเทศไทยมีพันธกรณีหรือจะมีต่อไปในอนาคต

2) กฎหมายภายในของประเทศไทยจะมีกฎหมาย 3 กรณีที่สัมพันธ์กับการควบคุมยาสูบและการค้า คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาอันได้แก่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่อนุวัติการมาจากความตกลงภายใต้ WTO คือ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ตลอดจนสิทธิในการใช้ชื่อทางการค้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3) ปัญหามาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทยยังไม่สอดคล้องกับ FCTC โดยจะทำการสำรวจกฎหมายและนโยบายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ว่าสอดคล้องกับ FCTC หรือไม่ และสมควรมีแนวทางในการปรับปรุงหรือเสนอแนะแก้ไขกฎหมายอย่างไร ทั้งนี้จะศึกษาในมาตรการดังต่อไปนี้ คือ 3.1) มาตรการว่าด้วยการปกป้องนโยบายสาธารณสุขเกี่ยวกับการควบคุมยาสูบจากการแทรกแซงของธุรกิจและผู้มีส่วนได้เสียของอุตสาหกรรมยาสูบ 3.2) มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการลดอุปสงค์ของยาสูบซึ่งจะแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น คือ (1) มาตรการทางด้านราคาและมาตรการทางด้านภาษี และ (2) มาตรการอื่นซึ่งมิใช่มาตรการด้านราคา อันได้แก่ การปกป้องบุคคลจากการสูดดมควันยาสูบการควบคุมสารต่าง ๆ ที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ยาสูบเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ การบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบ การให้การศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม และการสร้างจิตสำนึกของสาธารณะ และสุดท้ายการโฆษณา ยาสูบ การส่งเสริมการขาย และการให้การอุปถัมภ์ 3.3) มาตรการลดอุปสงค์เกี่ยวกับการติดยาสูบ และการเลิกยาสูบ 3.4) มาตรการเกี่ยวกับการลดปริมาณอุปทานของยาสูบ อันได้แก่ การค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมายการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบให้แก่ผู้เยาว์ และการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยผู้เยาว์ และสุดท้ายบทบัญญัติเกี่ยวกับการสนับสนุนกิจกรรมทางเลือกที่มีความเป็นไปได้ในทางเศรษฐกิจ 3.5) การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม 3.6)

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ซึ่งจะเป็นการศึกษาถึงความพร้อมของกฎหมายในประเทศไทยว่าสามารถปฏิบัติตามตามข้อเสนอแนะของ FCTC ในเรื่องการฟ้องร้องคดีอุตสาหกรรมยาสูบได้หรือไม่ และสมควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอย่างไร เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามแนวทาง FCTC ได้

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

ประเทศไทยซึ่งเป็นหนึ่งในรัฐภาคีของ FCTC สามารถออกกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองและปกป้องสุขภาพของคนในประเทศได้เต็มรูปแบบ อันเป็นการอนุวัติการตาม FCTC ได้โดยไม่ขัดต่อความตกลงการค้าต่าง ๆ ภายใต้องค์การการค้าโลก สำหรับกรณีการทำความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) และกรณีความตกลงคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) ที่มีการใช้กลไกระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการที่มีผลกระทบต่อ การออกและการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการควบคุมยาสูบภายในประเทศสมควรที่จะพิจารณาผลิตภัณท์ยาสูบเป็นสินค้าพิเศษที่ไม่นำมาเจรจา

2. บทวิเคราะห์

ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมยาสูบ 3 ปัญหาด้วยกัน คือ ปัญหาความสัมพันธ์ของ FCTC กับบรรดาความตกลงภายใต้ WTO และนอกเหนือ WTO ปัญหากฎหมายภายในของประเทศไทยกับการควบคุมยาสูบและการค้า และสุดท้ายปัญหาความสอดคล้องระหว่างมาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทยกับ FCTC

2.1 ปัญหาความสัมพันธ์ของ FCTC กับบรรดาความตกลงภายใต้ WTO และนอกเหนือ WTO จะมีความสัมพันธ์ แยกพิจารณาเป็นดังต่อไปนี้ คือ

2.1.1 ความตกลงภายใต้ WTO อันได้แก่

2.1.1.1 GATT จะมีหลักการที่สัมพันธ์กับ FCTC ที่ต้องพิจารณา ใน 2 เรื่อง คือ

เรื่องที่ 1 ประเด็นทางด้านนโยบายทางภาษี ซึ่ง GATT ต้องการลดอุปสรรคทางภาษีการนำเข้าของประเทศสมาชิก⁵ ซึ่งอาจกระทบต่อ มาตรการลดอุปสงค์ของผลิตภัณท์ยาสูบที่ว่าด้วย

⁵ ทัชชฌัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. แอกตต์ และ องค์การการค้าโลก (WTO). พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554) น. 49

มาตรการทางด้านภาษีและราคาของ FCTC⁶ แต่ทั้งนี้ในระบบภาษีของแต่ละรัฐจะมีรูปแบบและวัตถุประสงค์ที่จัดเก็บในหลายภาษี ซึ่งวิธีการที่เหมาะสม คือ การกำหนดให้อากรขาเข้าของผลิตภัณฑ์ยาสูบค่อยๆ ลดลง และในขณะเดียวกันภาษีสรรพสามิตในประเทศค่อย ๆ เพิ่มขึ้น⁷ ซึ่งการเพิ่มขึ้นของภาษีสรรพสามิตให้มีผลบังคับใช้กับอุตสาหกรรมยาสูบทั้งที่ผลิตและจำหน่ายในประเทศและต่างประเทศที่นำเข้าเพื่อให้สอดคล้องไปกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Non – discrimination principle) ภายใต้ความตกลง GATT ทั้งนี้ได้มีข้อพิพาทที่ยืนยันหลักการนี้ คือ คดีที่ประเทศฟิลิปปินส์ฟ้องไทยเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายของไทยในเรื่องการจัดเก็บภาษี⁸ ข้อพิพาทนี้ได้ต่อสู้จนถึงชั้นองค์กรอุทธรณ์ ซึ่งได้มีคำวินิจฉัยที่เป็นหลักการในการพิจารณาความไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT มาตรา III:4 (หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ) ซึ่งหลักการจากคำวินิจฉัยสามารถนำมาใช้ในการกำหนดประเภทผลิตภัณฑ์ยาสูบเพื่อการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในประเทศได้ คือ สินค้านำเข้าและสินค้าที่ผลิตในประเทศต้องเป็นสินค้า “เหมือนกัน” (like products) ในมาตรการที่เป็นประเด็นกฎหมายระเบียบ หรือเงื่อนไขที่กระทบต่อการขายภายใน การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจำหน่าย หรือการใช้สินค้าที่พิพาทต้องเหมือนกัน แต่ต้องห้ามการปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าดีกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันที่ผลิตในประเทศ

เรื่องที่ 2 การอ้างข้อยกเว้นของความตกลง GATT สาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับมาตรการควบคุมยาสูบ คือ ในส่วนของข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือ พืช ภายใต้ความตกลง GATT มาตรา XX(b) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อนุญาตให้ประเทศภาคีขององค์การการค้าโลกสามารถใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช เพื่อไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลง GATT ในฐานะข้อยกเว้นทั่วไปมาตรการที่ “จำเป็น” ตามความตกลง GATT หมายถึง มาตรการที่กีดกันทางการค้าที่น้อยที่สุด (Least trade restrictive measures) สำหรับเรื่องการควบคุมยาสูบนั้น มีการตีความของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทในคดี Thailand – Restrictions on Importation of Internal Taxes on Cigarettes ซึ่งคณะกรรมการได้วินิจฉัยว่า การ “ห้ามนำเข้าบุหรี่”⁹

⁶ FCTC Article 6 Price and tax measures to reduce the demand for tobacco

⁷ BEST PRACTICES WHO TECHNICAL MANUAL ON Tobacco Tax Administration, 2011. P 103 - 112

⁸ วิสาชา ภู่อารวจ, “ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับสินค้าประเภทบุหรี่” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554. น. 371

⁹ เรื่อง “การห้ามนำเข้า” ผลิตภัณฑ์ที่มีผลต่อสุขภาพ มีคำตัดสินคดี European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Product Products ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ตัดสินว่า มาตรการห้ามการผลิต ขาย ส่งออก นำเข้า และใช้แร่ใยหิน (Asbestos fibers) และผลิตภัณฑ์ที่ประกอบด้วยแร่ใยหินของประเทศฝรั่งเศสเป็นมาตรการที่จำเป็นภายใต้มาตรา XX(b) ที่เป็นข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลง GATT เนื่องจาก “มาตรการควบคุมการใช้” แม้จะเป็นมาตรการที่สอดคล้องหรือแย้งต่อความตกลง GATT น้อยกว่า แต่เมื่อมาตรการดังกล่าวไม่อาจให้การคุ้มครอง ชีวิต และสุขภาพของมนุษย์ โดยการลดอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพที่เกิดจากแร่ใย

ของไทยไม่ใช่มาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์¹⁰ เนื่องจากมาตรการห้ามนำเข้า บุหรี่ดังกล่าวไม่ใช่มาตรการเดียวที่จะสามารถลดการบริโภคยาสูบในประเทศไทยได้ โดยอาจใช้มาตรการบังคับ ให้เปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่ การห้ามใช้สารประกอบในบุหรี่ที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ รวมถึงมาตรการ ห้ามโฆษณาทั้งหมดไม่ว่าทางตรง หรือ ทางอ้อมเพื่อลดการบริโภคยาสูบแทน ซึ่งบรรดาคำแนะนำทั้งหลายตาม คำวินิจฉัยนี้ อันได้แก่ บังคับให้เปิดเผยส่วนประกอบของบุหรี่ การห้ามใช้สารประกอบในบุหรี่ที่เป็นอันตรายต่อ สุขภาพ ซึ่งสอดคล้องไปกับ FCTC มาตรา 9 กับ 10¹¹ และมาตรการห้ามโฆษณาทั้งหมดไม่ว่าทางตรง หรือ ทางอ้อมจะสอดคล้องไปกับ FCTC มาตรา 13¹² ซึ่งรัฐภาคี FCTC สามารถใช้เป็นแนวทางในการกล่าวอ้าง ความชอบธรรมของรัฐภาคี FCTC ในการออกมาตรการเพื่อการควบคุมยาสูบได้ทั้งนี้อิทธิพลจากคดี Thailand – Restrictions on Importation of Internal Taxes on Cigarettes ได้ทำให้ภาคสุขภาพของประเทศไทย ต้องเร่งดำเนินการออกพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติคุ้มครอง สุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 มาใช้บังคับเพื่อรองรับการเปิดตลาดบุหรี่จากต่างชาติที่จะนำเข้ามาประเทศไทย¹³

2.1.1.2 TBT จะเกี่ยวข้องกับมาตรการควบคุมยาสูบในมาตรการการควบคุมสารต่าง ๆ กับมาตรการบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบ ของ FCTC เหตุผลที่ต้องควบคุมสารนอกเหนือจาก เพื่อทราบถึงสารประกอบที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพแล้ว มีข้อเท็จจริงว่า อุตสาหกรรมยาสูบสามารถ สร้างกรรมวิธีที่สามารถควบคุมระดับนิโคตินได้ โดยมีสารเคมี อย่างเช่น แอมโมเนีย หรือ acetaldehyde ซึ่ง ส่งผลให้เกิดการเสพติดนิโคตินมากขึ้น¹⁴ ในเรื่องนี้ได้รับการเปิดเผยในช่วงที่ 3 ของการฟ้องคดีต่ออุตสาหกรรม ยาสูบในสหรัฐอเมริกาซึ่งส่งผลต่อข้ออ้างของอุตสาหกรรมยาสูบในช่วงที่ 2 ที่ว่า “สมัครใจเข้าเสี่ยงภัยเอง” เป็นอันใช้ไม่ได้ทันที¹⁵

หินและผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหินในระดับที่ประเทศฝรั่งเศสกำหนดไว้ มาตรการห้ามนำเข้าจึงเป็นมาตรการที่ จำเป็นเพื่อการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์

¹⁰ เอกสุตา สารากรบริษัท, “ความตกลงขององค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545. น. 83 – 86.

¹¹ FCTC Article 9 Regulation of the contents of tobacco products & FCTC Article 10 Regulation of tobacco product disclosures

¹² FCTC Article 13 Tobacco advertising, promotion and sponsorship

¹³ ชูชัย ศุภวงศ์, 2 ทศวรรษการควบคุมการบริโภคยาสูบของสังคมไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยและ จัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), 2550), น. 31

¹⁴ เนาวรัตน์ เจริญค้า และคณะ, การแทรกแซงการควบคุมยาสูบของฟิลิปปินส์และเครือช่าย. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ, 2559) น. 140 - 144

¹⁵ การฟ้องร้องอุตสาหกรรมยาสูบในสหรัฐอเมริกา แยกเป็น 3 ช่วง ได้แก่ ช่วงที่ 1 (ค.ศ. 1954 – 1962) เป็นการฟ้องคดี โดยเอกชนผู้ได้รับความเสียหายทั้งหมดมีคดีมากกว่า 150 คดี แต่ไม่ประสบความสำเร็จ คดีความที่เกิดขึ้นนี้มักประสบปัญหา คือ การขาดแคลนพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างการสูบบุหรี่กับปัญหาสุขภาพ ช่วงที่

ความตกลง TBT ได้บัญญัติให้การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์เป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate objectives) ซึ่งประเทศภาคีจะต้องใช้มาตรการเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์โดยต้องหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้ามากกว่าจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม กรณีนี้มาตรการการควบคุมยาสูบไม่ว่าจะเป็นเรื่องการควบคุมสาร หรือ บรรจุภัณฑ์เพื่อให้สอดคล้องไปกับความตกลง TBT ภูมิภาค FCTC จะต้อง มีการประเมินความเสี่ยง (Risk assessment) โดยอยู่บนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ (Scientific basis) และอยู่บนพื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศ (International standards) ที่สมเหตุสมผลและใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่ง FCTC ได้มีแนวทางปฏิบัติงานที่กำหนดในเรื่องหลักเกณฑ์การควบคุมสารในผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ตามมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 ซึ่งอาจต้องมีการพัฒนาแนวทางปฏิบัติงานนี้ต่อไปเพื่อให้ยกระดับให้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศในอนาคต สำหรับประเทศไทยกรณีหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานใดที่มีการออกกฎระเบียบอันเกี่ยวข้องกับเรื่องมาตรฐานทางเทคนิคการค้า อย่างเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับฉลาก หน่วยงานรัฐด้านการควบคุมยาสูบ ต้องแจ้งร่างของกฎระเบียบดังกล่าวแก่ สำนักงานมาตรฐานอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรม เพื่อสำนักฯจะได้ประกาศให้ประเทศอื่นทราบถึงกฎระเบียบที่จะมีขึ้น และประเทศอื่นสามารถแสดงความกังวล (Concern) ต่อกฎระเบียบที่จะบังคับใช้ในอนาคตได้ อันเป็นไปตามพันธกรณีตามความตกลง TBT ซึ่งภาคสุขภาพของประเทศไทยสมควรเตรียมความพร้อมและแสวงหาข้อมูลผลกระทบในเรื่องนี้ ตลอดจนสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศอย่างสม่ำเสมอเพื่อใช้ในการชี้แจงเมื่อมีการออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการควบคุมสารการเปิดเผยส่วนประกอบของสาร และมาตรการด้านฉลากของบรรจุภัณฑ์ผลิตภัณฑ์ยาสูบ

2.1.1.3 GATs ความตกลง GATS จะกระทบมาตรการเกี่ยวกับการโฆษณา ส่งเสริมการขาย และการอุปถัมภ์โดยยาสูบ ในกรณีที่มีการเปิดสาขาการให้บริการด้านการโฆษณา¹⁶ กล่าวคือ ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างบริษัทที่รับการโฆษณาในประเทศ และต่างประเทศแต่ทั้งนี้ในส่วนหนึ่งของเนื้อหาการควบคุมการโฆษณาอันเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายภายในจะไม่ตกอยู่ภายใต้ความตกลง GATS แต่จะตกอยู่ภายใต้ความตกลง GATT ในลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับข้อบังคับอื่นที่มีผลกระทบต่อการค้าภายใน การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจำหน่าย หรือการใช้ผลิตภัณฑ์ ในมาตรา III:4 ของความตกลง GATT ที่ได้กำหนดพันธกรณีห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างโฆษณาภายในประเทศและผลิตภัณฑ์ยาสูบนำเข้า ซึ่งในคดี Thailand – Restrictions on Importation of Internal Taxes on Cigarettes คณะกรรมการวินิจฉัยข้อ

2 (ค.ศ. 1983 – 1992) และช่วงที่ 3 (ค.ศ. 1992 – จนถึงปัจจุบัน) โปรดดู : สาวิตี สุขศรี, บทเรียนจากการฟ้องคดีบริษัทยาสูบในสหรัฐอเมริกา สู่กฎหมายและมาตรการควบคุมยาสูบในประเทศไทย. วรสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557 น. 573 - 585

¹⁶ Benn McGrady, TRADE AND PUBLIC HEALTH THE WTO, TOBACCO, ALCOHOL, AND DIET. CAMBRIDGE UNIVERSITY, 2011.P.120

พิพาทได้ตัดสินคดีไว้ว่า การโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม (Ban on direct and indirect advertising) จะอยู่ภายใต้มาตรา III:4 และอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา XX(b) เนื่องจากแม้การห้ามการโฆษณาสูบทั้งหมดจะกระทำโดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่มาตรการห้ามโฆษณายาสูบก็อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งได้ว่าก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ผลิตบุหรี่ภายในประเทศ กับผู้ผลิตบุหรี่รายใหม่หรือผู้ผลิตต่างประเทศ แต่การห้ามโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบดังกล่าว ได้รับการยกเว้นตามมาตรา XX(b) ในฐานะที่เป็นมาตรการที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (Unavoidable) และเป็นมาตรการที่จำเป็นในความหมายของมาตรา XX(b) เนื่องจากเป็นมาตรการที่มีผลในการจำกัดทางการค้าที่น้อยกว่า (Less restrictive means) แต่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบได้

2.1.1.4 TRIPs มีเปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถออก “กฎระเบียบ” ภายในประเทศได้ “ถ้าเป็นไปได้เพื่อคุ้มครองสาธารณสุข” โดยบัญญัติในข้อ 8(1) ของความตกลง TRIPs¹⁷ ทั้งนี้ให้กล่าวอ้างปฏิญญาโดฮา (Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health)¹⁸ ประกอบการตีความความตกลง TRIPs เพื่อเน้นย้ำมาตรการปกป้องสาธารณสุข¹⁹ ในส่วนของความตกลงนี้ที่สัมพันธ์กับการควบคุมยาสูบในส่วนของมาตรการลดอุปสงค์ยาสูบโดยไม่ใช้ราคา (Non – price measures to reduce the demand for tobacco) จะแยกพิจารณาเป็น 2 เรื่อง ได้แก่ เครื่องหมายการค้ากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยและความลับทางการค้า

เรื่องที่ 1 การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ความตกลง TRIPs จะมีผลกระทบต่อมาตรการในการควบคุมยาสูบใน 2 ประเด็นดังต่อไปนี้ คือ

ประเด็นแรก : ผลกระทบต่อการใช้เครื่องหมายการค้า อันได้แก่ การค้าปลีกและการจัดแสดงผลิตภัณฑ์ยาสูบ²⁰ และการบรรจุหีบห่อและรูปแบบของผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งเป็นไปตาม FCTC มาตรา 11 ทั้งสองมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบกับการใช้เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (ตัวอย่างใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นตราการค้า เช่น บุหรี่ยี่ห้อ Salem) เนื่องจากเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถแสดงถึงตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบ และเพื่อการแยกแยะผลิตภัณฑ์ยาสูบกรณีที่มีการ

¹⁷ TRIPs Agreement Article 8: Principles

¹⁸ ถือเป็นปฏิญญาด้านกฎหมายและการเมืองฉบับสำคัญที่เป็นผลมาจากการประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกในการประชุมรอบโดฮา เมื่อปี ค.ศ. 2001 ซึ่งนับว่า เป็นสิ่งที่แสดงถึงความสำเร็จของการต่อรองของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในเวทีเจรจการค้าระหว่างประเทศในระดับพหุภาคี

¹⁹ Benn McGrady, “TRIPs and Tobacco Control,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2560, จาก [www.emro.who.int/images/stories/tfi/documents/trade/presentations/english/TRIPs and tobacco control EN.pdf](http://www.emro.who.int/images/stories/tfi/documents/trade/presentations/english/TRIPs_and_tobacco_control_EN.pdf)

²⁰ Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control :Retail sale and display

นำเสนอผลิตภัณฑ์ยาสูบได้หลากหลายตราการค้าซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีนิยมในทางการค้าเพื่อให้เกิดการแข่งขัน (ทั้งนี้มีการโต้แย้งในประเด็นเรื่องการแข่งขันทางการค้าในผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งจะได้กล่าวต่อไป) แต่ทั้งนี้ในอีกหน้าที่หนึ่งของเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สามารถทำหน้าที่ใช้เป็นเครื่องมือในการโฆษณาได้เช่นกัน²¹ ประกอบกับผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ใช่สินค้าที่สมควรนำมาแข่งขันในตลาดเหมือนกับสินค้าทั่วไป เพราะเป็นสินค้าที่มีผลกระทบต่อสุขภาพในวงกว้างต่อประชาชน ซึ่งภาครัฐสมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตัดสินใจเลือกมุ่งผลทางการค้าเพื่อหวังผลเป็นรายได้จากการจัดเก็บภาษี หรือ การปกป้องผลประโยชน์ของประชาชนในระยะยาว ปัจจุบันประเทศออสเตรเลียได้มี The Tobacco Plain Packaging Act 2011 ซึ่งออกมาบังคับให้บรรจุภัณฑ์ของบุหรี่ยี่ห้อต้องไม่มีสีสัน ซึ่งส่งผลให้ประเทศออสเตรเลียถูกเรียกร้องไปยังองค์การการค้าโลก ซึ่งคดีข้อพิพาทดังกล่าวยังคงอยู่ในระหว่างการพิจารณา แต่วันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ. 2560 มีกระแสข่าวว่า WTO มีมติทางการวินิจฉัยที่เห็นด้วยกับมาตรการบรรจุภัณฑ์ปราศสีสันของออสเตรเลียมากกว่าสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาของอุตสาหกรรมยาสูบ²² ทั้งนี้สหราชอาณาจักรได้ออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบรรจุภัณฑ์ยาสูบเช่นกัน คือ Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 ซึ่งเป็นไปตาม Directive 2014/40/EU ของสหภาพยุโรป

ประเด็นที่สอง : การแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้า (Trademark Diversification) จะแยกออกเป็น 2 รูปแบบคือ (1) การยืดตราการค้า (Brand Stretching) และ (2) การขยายตราการค้า (Brand Extension) โดยสาระสำคัญของความตกลง TRIPs ที่เกี่ยวข้องในเรื่องการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้านี้จะมีในส่วนของ สิทธิในเครื่องหมายการค้า ข้อยกเว้นสิทธิ และการใช้เครื่องหมายการค้าซึ่งถ้าไม่มีการห้ามในเรื่อง “การแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้า” จะส่งผลให้การห้ามการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ก่อให้เกิดประสิทธิผลในการห้ามการโฆษณาทันทีเนื่องมาจากอุตสาหกรรมยาสูบยังคงสามารถใช้เครื่องหมายการค้าของตนในการแสดงผ่านสินค้าอื่นเพื่อให้เข้าถึงผู้บริโภคได้²³

เรื่องที่ 2 ในส่วนของข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยและความลับทางการค้า²⁴ จะมีผลกระทบต่อมาตรการในการควบคุมยาสูบ 2 ประเด็น คือ

²¹ หน้าที่เครื่องหมายการค้า ได้แก่ 1) หน้าที่ในการบ่งชี้และแยกแยะสินค้า 2) หน้าที่ในการบ่งบอกแหล่งที่มาของสินค้า 3) หน้าที่ในการบ่งบอกคุณภาพสินค้า และ 4) หน้าที่ในการโฆษณาและส่งเสริมการขายสินค้า โปรดดู : วัศ ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. 2545), น. 3.

²² Tom Miles, Martinne Geller, “Australia wins landmark WTO tobacco packaging case – Bloomberg” สืบค้นวันที่ 1 สิงหาคม 2560, จาก <http://www.reuters.com/article/us-wto-tobacco-australia/australia-wins-landmark-wto-tobacco-packaging-case-bloomberg-idUSKBN1801S9>

²³ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, “การควบคุมการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าของอุตสาหกรรมยาสูบ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 150

²⁴ Trips Agreement SECTION 7: PROTECTION OF UNDISCLOSED INFORMATION

ประเด็นแรก: เกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ FCTC เสนอให้รัฐภาคีควรเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับองค์ประกอบที่เป็นพิษและสารปลดปล่อยที่เป็นพิษของผลิตภัณฑ์ยาสูบให้กับประชาชน ซึ่งเป็นกรณีที่ FCTC ประสงค์ให้ประชาชนได้รับทราบถึงสารพิษของผลิตภัณฑ์ยาสูบ ไม่ใช่เป็นกรณีที่ FCTC ไปก้าวล่วงในการเปิดเผยสารที่เป็นขั้นตอนการผลิตแต่อย่างใด FCTC ยังคงให้ความสำคัญเคารพสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลง TRIPs

ประเด็นที่สอง : การเปิดเผยตัวเลขรายจ่ายของการโฆษณา การส่งเสริมการขาย และการให้การอุปถัมภ์โดยยาสูบ ผู้เขียนเห็นว่าสามารถเปิดเผยได้เนื่องมีข้อยกเว้นที่อาจเปิดเผยข้อมูลได้ “ในกรณีที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณสุข”²⁵ เนื่องจาก การเปิดเผยตัวเลขรายจ่ายของการโฆษณา การส่งเสริมการขาย และการให้การอุปถัมภ์นั้น FCTC มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการประเมินว่าอุตสาหกรรมยาสูบใช้ค่าใช้จ่ายในเรื่องการโฆษณา ส่งเสริมการขาย และการอุปถัมภ์ แค่ไหนเพียงใด หรือ มีการกระทำอะไรที่จำเป็นต้องใช้งบประมาณในส่วนนี้เพื่อจะได้เฝ้าระวังการทำการตลาดของอุตสาหกรรมยาสูบได้ว่ามีกี่รูปแบบ ซึ่งในส่วนของเจตนารมณ์ของความตกลง TRIPs ในส่วนของข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยและความลับทางการค้า จะมุ่งคุ้มครองสูตรหรือส่วนผสมของผลิตภัณฑ์ที่มุ่งผลเพื่อการผลิตสินค้าในการพาณิชย์มากกว่า

2.1.2 ความตกลงนอกเหนือ WTO ได้แก่

2.1.2.1 TPPA ซึ่งมีสหรัฐอเมริกาเป็นแกนนำในการเปิดการเจรจาซึ่งแม้ปัจจุบันจะมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในสหรัฐอเมริกาและประธานาธิบดีใหม่มีนโยบายให้สหรัฐอเมริกาออกจาก TPPA ไปแล้วก็ตาม²⁶ แต่เนื่องด้วยเหตุผลที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้อุตสาหกรรมยาสูบยักษ์ใหญ่ตั้งอยู่อย่างเช่น Philip Morris USA ซึ่งเป็นบริษัทที่ครองส่วนแบ่งตลาดบุหรี่ในสหรัฐราวร้อยละ 50 และรูปแบบของข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการยกระดับจากความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกให้สูงขึ้น หรือ ที่เรียกว่า WTO PLUS ซึ่งเป็นความตกลงต่าง ๆ เอื้อต่อผลประโยชน์ของประเทศที่พัฒนาแล้วจึงจำเป็นต้องเฝ้าระวังความตกลงดังกล่าวที่จะกระทบต่อมาตรการควบคุมยาสูบทั้งนี้มีสาระสำคัญ 5 ประเด็น ดังต่อไปนี้ คือ

ประเด็นที่ 1 เรื่องข้อยกเว้นและบทบัญญัติทั่วไป²⁷ของความตกลง TPP แม้จะมีข้อยกเว้นเรื่องผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ รัฐภาคีสามารถเลือกที่จะไม่ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทแบบ ISDS ได้ แต่มี 3 กรณีที่ข้อยกเว้นในตามข้อบทที่ไม่นำไปใช้ คือ การค้าขายยาสูบของชาวไร่ยาสูบ ประเด็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐตามข้อบท 28 และการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงแก่ผู้ลงทุนในบางกรณี ประเด็นที่อาจส่งผลกระทบต่อมาตรการควบคุมยาสูบ คือ กรณีที่ไปสัมพันธ์กับการ

²⁵ TRIPs Article 39(3)

²⁶ วันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 2017 ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา โดนัลด์ ทรัมป์ ได้ประกาศถอนตัวอย่างเป็นทางการจากการเป็นประเทศผู้ลงนาม

²⁷ TPP Chapter 29 EXCEPTIONS AND GENERAL PROVISIONS

ลงทุนระหว่างรัฐกับรัฐในกรณีที่มีการใช้รัฐเป็น “ตัวแทน” ของอุตสาหกรรมยาสูบในการฟ้องดำเนินคดีอีกรัฐหนึ่งหรือการหยิบยกอ้างเรื่องทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นประเด็นข้อพิพาทเมื่อมีการออกกฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาสูบ²⁸

ประเด็นที่ 2 เรื่อง การสร้างความสอดคล้องของกฎระเบียบ (Regulatory coherence)²⁹ ได้มีการกำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียจากมาตรการการออกกฎหมายหรือมาตรการของภาครัฐให้สามารถมีส่วนร่วมในการออกกฎหมายหรือมาตรการของภาครัฐได้ซึ่งส่งผลต่อการควบคุมยาสูบเป็นอย่างดี โดยเฉพาะกรณีที่จะต้องมีการออกกฎหมายหรือระเบียบเพื่อมาควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ ซึ่งฝ่ายสุขภาพให้ความกังวลว่าอาจกระทบต่อแนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 5.3 FCTC แต่ถ้าพิจารณาในเนื้อหาแล้ว แนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 5.3 เสนอเพียงว่าให้หลีกเลี่ยงการมีปฏิสัมพันธ์ในลักษณะวาจา ซึ่งไม่มีหลักฐานเชิงประจักษ์และอาจส่งผลให้เกิดการแทรกแซงนโยบายรัฐของอุตสาหกรรมยาสูบได้ ทั้งนี้สอดคล้องไปกับหลักความโปร่งใส (Transparency) ของทั้งแนวทางแนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 5.3 และเรื่องการสร้าง ความสอดคล้องของกฎระเบียบของความตกลง TPP ด้วย

ประเด็นที่ 3 เรื่อง ข้อบททรัพย์สินทางปัญญา³⁰ ที่มีลักษณะการให้ความคุ้มครองที่สูงกว่าความตกลง TRIPs ของ WTO หรือที่รู้จักกันชื่อ TRIPs PLUS ประเด็นที่น่ากังวล คือ เรื่อง “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” ที่มีการลดระดับการคุ้มครองลงมาเทียบเท่าเครื่องหมายการค้า แม้ว่าจะไม่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อเรื่อง การควบคุมยาสูบ แต่มีข้อเท็จจริงว่า อุตสาหกรรมยาสูบได้มีการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นชื่อผลิตภัณฑ์ของตน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทยไม่ให้ตกเป็นทรัพย์สินของต่างชาติ จึงอาจต้องระมัดระวังในประเด็นนี้ด้วย และในมาตรา 18.6 ของ TPP ที่ระบุข้อยกเว้นเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองสุขภาพของประชากร คือ รัฐบาลที่จะเคารพและปฏิบัติตามปฏิญญาโดฮา โดยมีสาระสำคัญคือ ข้อบทต่าง ๆ จะต้องไม่ถูกตีความหรือปรับใช้ในลักษณะการห้ามภาคีที่จะออกมาตรการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน โดยเฉพาะการเข้าถึงยา หรือกรณีที่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศ (national emergency) เช่น การรักษาผู้ป่วยเอดส์ วัณโรค โรคมาเลเรีย หรือการระบาดของโรคติดต่ออื่น ๆ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงอื่น ๆ ประเด็นนี้ก่อนหน้าที่จะมีข้อบทอย่างเป็นทางการ ได้มีการเผยแพร่ใน WIKILEAK ของบทบัญญัติในมาตรานี้ ซึ่งได้มีการวิเคราะห์ว่า แม้เป็นการยกปฏิญญาโดฮามาเป็นฐานในการเขียนข้อบท แต่ก็จำกัดเพียงโรคติดต่อเท่านั้นไม่หมายรวมถึงโรคที่ไม่ติดต่อด้วย ซึ่งประเด็นเรื่องโรคอันเกิดจากการบริโภคยาสูบจะสัมพันธ์กับ โรคไม่

²⁸ แผนงานการพัฒนาศักยภาพด้านการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ, การค้าระหว่างประเทศ ชุดความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก เล่มที่ 1 ภาพรวม TPP ผ่านมุมมองด้านสุขภาพ, ตุลาคม 2559. น. 28

²⁹ TPP Chapter 25 REGULATORY COHERENCE

³⁰ TPP Chapter 18 INTELLECTUAL PROPERTY

ติดต่อเป็นส่วนใหญ่ จึงอาจจะใช้ชื่อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ในการออกมาตรการควบคุมยาสูบค่อนข้างยาก³¹

ประเด็นที่ 4 เรื่องรัฐวิสาหกิจและองค์กรผูกขาด³² เป็นข้อบทที่ใช้กับการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจของรัฐบาลกลาง โดยมีเกณฑ์ คือ รัฐเป็นเจ้าของถือหุ้นหรือมีสิทธิออกเสียงคิดเป็นสัดส่วนมากกว่าร้อยละ 50 ซึ่งมีผลกับการค้าหรือการค้าการลงทุนกับภาคอื่น แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจบางลักษณะตามที่กำหนดไว้ อันได้แก่ กองทุนประเภท sovereign wealth fund กองทุนบำเหน็จบำนาญของภาครัฐ การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือรัฐวิสาหกิจที่มีรายได้ไม่เกินปีละ 200 ล้านดอลลาร์ของสิทธิพิเศษถอนเงิน (Special Drawing Right – SDRs) ประเด็นที่อาจกระทบต่อการควบคุมยาสูบ คือ การที่ข้อบทมีการกล่าวถึง เรื่องการผูกขาดและการอุดหนุนของภาครัฐ ซึ่งโรงงานยาสูบ จัดเป็นรัฐวิสาหกิจภายใต้การกำกับของกระทรวงการคลัง และเป็นรัฐวิสาหกิจที่ผูกขาดการผลิตบุหรี่ซิการ์เรต ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการผูกพันคดีในทางระหว่างประเทศ ตามข้อบทนี้ได้และอุตสาหกรรมยาสูบต่างชาติอาจใช้ข้อบท เรื่องรัฐวิสาหกิจมาบีบบังคับให้รัฐวิสาหกิจโรงงานยาสูบไทยต้องถูกริตรอนสิทธิพิเศษจากรัฐ อันเป็นผลให้ไม่สามารถแข่งขันกับอุตสาหกรรมยาสูบต่างชาติ จนอาจถูกครอบงำกิจการได้ในอนาคต³³

2.1.2.2 BITs อุตสาหกรรมยาสูบใช้ช่องทางนี้ในการฟ้องดำเนินคดีกับนานาประเทศ อย่างเช่น ออสเตรเลียที่มีการออกกฎหมายควบคุมบรรจุภัณฑ์³⁴ หรืออูรุกวัย³⁵ เป็นต้น ซึ่งได้มีการศึกษาของ United Nations Conferences on Trade and Development : UNCTAD) เกี่ยวกับ ISDS ว่ามีข้อเสีย คือ ปัญหาความไม่เป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาการขัดกันของผลประโยชน์ การไม่มีระบบตรวจสอบจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการเหมือนกับระบบศาลยุติธรรม ปัญหาความขัดแย้งของคำชี้ขาดที่มักจะขัดกันแม้มีข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกัน ปัญหาค่าใช้จ่ายที่สูงในการดำเนินคดี และการไม่สามารถอุทธรณ์หรือแก้ไขคำชี้ขาดได้ UNCTAD จึงได้เสนอในการปฏิรูป ISDS³⁶ ดังนี้คือ ส่งเสริมให้มีการแก้ไขข้อพิพาทโดยวิธีอื่น ปรับปรุง

³¹ Shaffer ER, Brenner J. “Intellectual Property Chapter of Trans – Pacific Partnership Trade Agreement, Tobacco, and Public Health” CPATH : Center for Policy Analysis on Trade and Health 25 November 2013

³² TPP Chapter 17 STATE – OWNED ENTERPRISES AND DESIGNATED MONOPOLIES

³³ หทัย ชิตานนท์ และคณะ. “ผลกระทบต่ออธิปไตยของการควบคุมยาสูบหากไทยเข้าเป็นสมาชิกความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก” สถาบันส่งเสริมสุขภาพไทย มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ, 2557 น. 37

³⁴ คดีระหว่าง บริษัทฟิลลิปมอร์ริส เอเชีย จำกัด (Philip Morris Asia Limited) กับ รัฐบาลออสเตรเลีย (The Commonwealth of Australia)

³⁵ Montecino JA, Dreyfus R. Philip Morris vs Uruguay. trutout 9 March 2010.

³⁶ UNCTAD. Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap- IIA ISSUES NOTE June 2513.

รูปแบบของกระบวนการระงับข้อพิพาท จำกัดการเข้าถึงกระบวนการ ISDS ของนักลงทุน สร้างระบบการอำนวยความสะดวกในการอุทธรณ์ และสร้างศาลถาวรเพื่อพิจารณาคดีการลงทุนระหว่างประเทศ³⁷

กล่าวโดยสรุป ในประเด็นเรื่องความตกลงนอกเหนือ WTO ประเทศไทยต้องเฝ้าระวังและศึกษาบรรดาความตกลงการค้าเสรีที่จะเกิดขึ้น และบรรดาสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุนต่าง ๆ ว่ามีผลกระทบต่อการควบคุมยาสูบหรือไม่เพื่อที่จะได้จัดเตรียมมาตรการควบคุมยาสูบที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศ

2.2 กฎหมายภายในของประเทศไทยกับการควบคุมยาสูบและการค้ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยกันใน 3 เรื่องคือ เรื่องแรก กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่ง FCTC เสนอให้รัฐภาคีพิจารณารัฐธรรมนูญภายในประเทศว่าสามารถเปิดช่องให้สามารถออกมาตรการการควบคุมยาสูบได้มากน้อยเพียงใด³⁸ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐ เรื่องที่สอง คือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่อุตสาหกรรมยาสูบมักใช้ในการยกเป็นข้อกล่าวอ้างเมื่อมีการออกมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาสูบ และสุดท้ายเรื่องที่สาม คือ สิทธิในการใช้ชื่อทางการค้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะ เป็นกรณีที่อุตสาหกรรมยาสูบใช้ชื่อ บริษัท มาในการทำประชาสัมพันธ์เพื่อสร้างภาพลักษณ์

2.2.1 กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ ใน 3 เรื่องด้วยกัน คือ

เรื่องที่ 1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ มาตรา 26 มีการเพิ่มประเด็นเรื่อง หลักนิติธรรมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เข้ามาในการพิจารณา ซึ่งการควบคุมยาสูบจะเกี่ยวข้องกับ “สิทธิในทางสุขภาพ” ซึ่ง

³⁷ UNCTAD, Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap. IIA ISSUES NOTE June 2013.

³⁸ เหตุผลที่ต้องพิจารณารัฐธรรมนูญเนื่องจากมาตรการควบคุมยาสูบภายใต้ FCTC เสนอให้คำนึงถึงรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของภาคีเป็นหลักในการออกกฎหมายมาเพื่อการควบคุมการบริโภคยาสูบภายในรัฐของภาคีนั้น ๆ ซึ่งสำหรับประเทศไทยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่มีบทบัญญัติคาบเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการของอุตสาหกรรมยาสูบ จึงต้องคำนึงถึงรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญตามที่ FCTC เสนอแนะ เพื่อให้การควบคุมยาสูบบรรลุประสิทธิภาพมากที่สุด ทั้งนี้สอดคล้องไปกับ ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ที่ประเทศไทยใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

สิทธิในทางสุขภาพจะเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากมีพื้นฐานมาจากหลักสิทธิมนุษยชน³⁹ ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นฐานในการอ้างอิงเมื่อออกมาตรการต่าง ๆ ในการควบคุมยาสูบได้ เนื่องจากสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ติดตัวมาโดยกำเนิด แม้ไม่มีกฎหมายให้การรับรองก็ตาม แต่สิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายแต่ละรัฐต้องมีการให้การรับรองและอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายได้ ซึ่งถ้านำมาซึ่งน้ำหนัก จะพบว่า สิทธิมนุษยชนมีน้ำหนักมากกว่า ซึ่งสอดคล้องไปกับคำพิพากษาของ สหราชอาณาจักรในคดี British American Tobacco & Others v. Department of Health ที่ศาลวินิจฉัยว่า “แม้กฎหมายควบคุมยาสูบมีลักษณะเป็นการจำกัดและก้าวกายการใช้สิทธิในทรัพย์สิน แต่หากพิจารณาถึงหลักความสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินและผลประโยชน์ของสังคมทางด้านสาธารณสุข ได้สัดส่วนแล้วเนื่องจาก ผลประโยชน์ทางสุขภาพโดยรวมมีความชอบธรรมมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงินของเอกชน”⁴⁰

เรื่องที่ 2 หน้าที่ของรัฐ เป็นเรื่องใหม่ที่มีการบัญญัติขึ้นมาใน รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาสูบใน 3 เรื่อง คือ ในเรื่องการให้การศึกษาแก่เด็ก⁴¹ ซึ่งจะสัมพันธ์กับ FCTC มาตรา 12 ที่ว่าด้วยการให้การศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม และการสร้างจิตสำนึกของสาธารณะในประเด็นเรื่องสิทธิในสุขภาพ⁴² และการคุ้มครองผู้บริโภค⁴³ ซึ่งภาคสุขภาพสามารถนำมาใช้เป็นข้อสนับสนุนการออกมาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทยได้ เนื่องจากการควบคุมยาสูบ จัดเป็นมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภครูปแบบหนึ่งโดยจัดเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองผู้บริโภคนอกจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยเป็นกลุ่มกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อให้เกิดความปลอดภัยในการบริโภคสินค้า⁴⁴

เรื่องที่ 3 การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะบัญญัติอยู่ในมาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งกรณีนี้จะสัมพันธ์กับเรื่อง BITs และความตกลง

³⁹ นิรมัย พิศแซ มั่นจิตร, รายงานฉบับสมบูรณ์ สิทธิในสุขภาพของผู้ด้อยโอกาสในประเทศไทย (Right to health of disadvantaged people in Thailand) เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มธ. มิถุนายน 2559, น. 7 - 13

⁴⁰ In the High Court of Justice Queen’s Bench Division Administrative Court, Case No : CO/2322/2015, CO/2323/2015, CO/2352/2015, CO/2601/2015 & CO/2706/2015, British American Tobacco & Others v. Department of Health

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 54

⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 55

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 61

⁴⁴ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา. พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ ,2551) น. 37

การค้าเสรีต่าง ๆ ที่นอกเหนือจากความตกลงของ WTO ประเด็นที่อาจใช้ในการพิจารณาเรื่องการ “ตัดผลิตภัณฑ์ยาสูบ” ออกจากการเจรจาการค้าได้นั้น อาจต้องใช้วิธีการทำข้อตกลงร่วมระหว่างประเทศอันมีลักษณะ “แลกเปลี่ยนกัน หรือต่างตอบแทน” ซึ่งในประชาคมอาเซียนได้มีการจัดตั้งคณะผู้ประสานงานด้านการควบคุมยาสูบ (Asean Focal Point on Tobacco Control (AFPTC)) โดยเกิดขึ้นจากความร่วมมือด้านสุขภาพภายใต้กรอบความร่วมมือ Asean Strategic Framework on Health Development⁴⁵ ทั้งนี้การตัดผลิตภัณฑ์ยาสูบออกจากการเจรจาอาจทำได้ในรูปแบบ อย่างเช่น การย้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบมาอยู่ในรายการสินค้าที่เป็นข้อยกเว้นไม่ต้องลดภาษีนำเข้า และถ้าเป็นไปได้ข้อตกลงการค้าเสรีที่มีมาก่อนหน้าก็สมควรทบทวนให้มีการถอดผลิตภัณฑ์ยาสูบจากรายการที่ต้องผูกพันให้ลดภาษีนำเข้า⁴⁶

2.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาอันได้แก่ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่อนุวัติการมาจากความตกลงภายใต้ WTO คือ

2.2.2.1 พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 และ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และเครื่องหมายการค้ามีลักษณะการใช้งานเหมือนกัน กล่าวคือ สามารถใช้แสดงแหล่งที่มาของสินค้านั้นได้⁴⁷ ตลอดจนใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการทำโฆษณาผลิตภัณฑ์ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาสูบ คือ การใช้เครื่องหมาย หรือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ อาจถูกจำกัดลงเนื่องด้วยการควบคุมฉลากบนบรรจุภัณฑ์และการควบคุมการโฆษณา ทั้งนี้ได้มีหลักกฎหมายจากคดีข้อพิพาทเรื่องซองบุหรี่ปราศีสันของออสเตรเลีย⁴⁸ ซึ่งอาจนำมาอธิบายตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทยได้ คือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็น “สิทธิในเชิงปฏิเสธ” ไม่ใช่สิทธิในการใช้ประโยชน์ เป็นสิทธิที่มีลักษณะหวงกั้น ไม่ใช่เป็นสิทธิที่ใครจะใช้ได้ ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Right) เป็นสิทธิในทางปฏิเสธ ที่มีอำนาจหวงกั้นมิให้คนอื่นนำสิทธิของตนไปใช้ในทางการค้าอันเป็นการแข่งขันซึ่งไม่เป็นธรรม สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ใช่ “สิทธิที่จะแสดงออกทาง

⁴⁵ แผนงานการพัฒนาศักยภาพด้านการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ, การค้าระหว่างประเทศ ชูตอาเซียนและสุขภาพ เล่มที่ 1 ผลกระทบของประชาคมอาเซียนต่อการเปลี่ยนแปลงระบบสุขภาพ, มิถุนายน 2558. น. 37

⁴⁶ ริศาธัญญ์ จรุงศักดิ์เศรษฐ์ และคณะ, “เหตุผลที่ควรถอดบุหรี่ออกจากการเจรจาการค้าเสรี”, วารสารวิจัยระบบสาธารณสุข, ปีที่ 5 ฉบับที่ 3 (2554) น. 330.

⁴⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4.

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545) น. 355.

⁴⁸ Judgment of High Court of Australia, “Case No. S389/2011 – British American Tobacco Australasia Limited and Ors V. The Commonwealth of Australia and Related matter : S409/2011 – JT International SA v. he Commonwealth of Australia,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2560, จาก <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s389/2011>

การค้ากับสินค้าที่คุ้มครอง” ผู้ค้าสินค้าทุกชนิด รวมทั้งผู้ค้าบุหรี่ปริมาณและเสรีภาพในทางการค้าอย่างอิสระเสรีตามที่ยืนยันใน WTO และรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิอีกชนิดหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญากันไม่ให้คนอื่นลอกเลียนสิทธิของตนไปใช้กับสินค้าอื่น

2.2.2.2 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มีการบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐสามารถเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้านั้นได้ ถ้าเป็นกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยของบุคคล ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการขอเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งจำเป็นที่จะต้องมีการเปิดเผยเพราะสารประกอบต่าง ๆ ของผลิตภัณฑ์ยาสูบมีผลกระทบต่อสุขภาพ ซึ่งดังที่ได้กล่าวในตอนต้นว่า อุตสาหกรรมยาสูบมีเทคโนโลยีที่สามารถควบคุมระดับของสารนิโคตินที่ก่อให้เกิดการเสพติดได้อย่างต่อเนื่อง และข้อมูลตัวเลขค่าใช้จ่ายในการทำการตลาดของอุตสาหกรรมยาสูบซึ่งมีได้มีลักษณะเป็นความลับทางการค้าแต่อย่างไร เพราะมีใช้ลักษณะเป็นสูตรหรือส่วนผสม

2.2.3 สิทธิในการใช้ชื่อทางการค้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การใช้สิทธินี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักในเรื่อง การใช้สิทธิต้องสุจริต และต้องไม่เกินส่วน กล่าวคือ หากมีบุคคลใดนำชื่อทางการค้าไปใช้โดยมิชอบ เจ้าของชื่อก็ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องขอให้ศาลสั่งห้ามผู้ที่ทำละเมิดได้ตาม มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 ซึ่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 31⁴⁹ และ 32⁵⁰ หาได้มีการห้ามใช้ชื่อทางการค้าแต่อย่างใดไม่ยังคงสามารถใช้ได้ในการดำเนินธุรกรรมอย่างอื่นได้ เป็นเพียงการห้ามใช้ชื่อผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผลิตภัณฑ์ยาสูบเท่านั้น แต่เพียงแค่ควบคุมการใช้ชื่อถ้ามีวัตถุประสงค์เพื่อการโฆษณาต่อประชาชนหรือผู้บริโภคเท่านั้น

2.3 ปัญหาความสอดคล้องระหว่างมาตรการควบคุมยาสูบของประเทศไทยกับ FCTC
ประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาสูบ โดยพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560⁵¹ เป็นกฎหมายหลักในเรื่องการควบคุมยาสูบในส่วนที่ไม่ใช่มาตรการทางด้านภาษีและราคา ประกาศออกมาใช้บังคับซึ่งมีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 และ

⁴⁹ มาตรา 31 ห้ามผู้ใดแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือแสดงสัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใด โดยทำให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือชื่อหรือเครื่องหมายของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ ทั้งนี้ เพื่อการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ

⁵⁰ มาตรา 32 ห้ามผู้ใดนำชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ ชื่อหรือเครื่องหมายของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ ไปแสดงบนผลิตภัณฑ์อื่นใดที่ไม่ใช่ผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือนำชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบมาตัด ต่อเติม หรือดัดแปลงข้อความให้เป็นส่วนหนึ่งของผลิตภัณฑ์นั้นเพื่อการโฆษณาชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือชื่อเครื่องหมายของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ

⁵¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 39 ก วันที่ 5 เมษายน พ.ศ. 2560 มีผลบังคับใช้วันที่ 4 กรกฎาคม 2560

พระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ได้มีการปรับบทนิยามคำว่า “ผลิตภัณฑ์ยาสูบ” โดยเพิ่มคำว่า “ผลิตภัณฑ์อื่นใดที่มีสารนิโคตินเป็นองค์ประกอบ” เพื่อนำมาใช้จุดช่องว่างผลิตภัณฑ์ยาสูบรูปแบบต่าง ๆ เช่น E-cigarette⁵² และคำว่า “ทั้งนี้ ไม่รวมถึงยาตามกฎหมายว่าด้วยยา” ซึ่งทำให้กฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น ตัวอย่างของผลิตภัณฑ์ยาสูบที่อยู่ใน การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยยา เช่น ยานัตถ์ ที่มีส่วนประกอบของใบยาสูบ เป็นต้น ทั้งนี้จะศึกษาปัญหา ความสอดคล้องกับ FCTC ในมาตรการดังต่อไปนี้ คือ

2.3.1 มาตรการว่าด้วยการปกป้องนโยบายสาธารณสุขเกี่ยวกับการควบคุมยาสูบจากการ แทรกแซงของธุรกิจและผู้มีส่วนได้เสียของอุตสาหกรรมยาสูบของประเทศเริ่มต้นจากในปี พ.ศ. 2555 ได้มีมติ คณะรัฐมนตรีเห็นชอบมติสมัชชาสุขภาพแห่งชาติ ครั้งที่ 3 พ.ศ. 2553 เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2553 มติ 6 ว่า ด้วยมาตรการในการควบคุมปัจจัยเสี่ยงต่อสุขภาพด้านยาสูบ ตามมติคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ ในการ ประชุมครั้งที่ 2/2554 เมื่อวันที่ 22 เมษายน 2554 ตามที่สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติเสนอ ซึ่ง มติคณะรัฐมนตรีได้กำหนดให้หน่วยงานราชการปฏิบัติตามแนวทางของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุม ยาสูบขององค์การอนามัยโลก โดยเฉพาะมาตรา 5.3 การป้องกันการแทรกแซงนโยบายการควบคุมยาสูบของ รัฐโดยอุตสาหกรรมยาสูบ โดยให้มีการกำหนดนโยบายหรือระเบียบภายในหน่วยงานเพื่อป้องกันการแทรกแซง ดังกล่าว แต่ทั้งนี้มติคณะรัฐมนตรียังคงมีประเด็นปัญหาถึงสถานะความเป็น “กฎหมาย” ของมติและสภาพ บังคับกรณีที่มีการฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งต่อมาภาคสุขภาพได้มีการบัญญัติมาตรการนี้ในแบบลายลักษณ์ อักษรในระเบียบ 2 ฉบับด้วยกัน คือ ระเบียบกรมควบคุมโรค ว่าด้วยการติดต่อกับผู้ประกอบการและผู้ที่มีส่วน เกี่ยวข้องเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ.2555 ซึ่งมีผลใช้บังคับวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2555⁵³ โดยมีผลเฉพาะ กรมควบคุมโรคเท่านั้น⁵⁴ และในปี พ.ศ. 2559 ได้มีระเบียบกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยการติดต่อระหว่าง เจ้าหน้าที่กับผู้ประกอบการหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2559 ซึ่งมีผลใช้บังคับวันที่ 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2559⁵⁵ ซึ่งมีผลใช้บังคับกับ เจ้าหน้าที่ในกระทรวงสาธารณสุข⁵⁶ โดยมีผลกับข้อสังเกตที่

⁵² E-cigarette ถูกห้ามขายหรือห้ามบริการสินค้า ตามคำสั่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่ 9/2558 ซึ่งอาศัยอำนาจ ตามความในมาตรา 36 และ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และถูกห้ามนำเข้าตามประกาศ กระทรวงพาณิชย์ พ.ศ. 2557 ซึ่งอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่ง สินค้า พ.ศ. 2522 มาตรา 5 วรรค 1(1) และมาตรา 25

⁵³ ข้อ 2 ระเบียบกรมควบคุมโรค ว่าด้วยการติดต่อกับผู้ประกอบการและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2555

⁵⁴ ข้อ 3 ระเบียบกรมควบคุมโรค ว่าด้วยการติดต่อกับผู้ประกอบการและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2555

⁵⁵ ข้อ 2 ระเบียบกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยการติดต่อระหว่างเจ้าหน้าที่กับผู้ประกอบการหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับ ผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2559

น่าสนใจของระเบียบกระทรวงสาธารณสุขฉบับนี้ คือ ไม่มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เนื่องด้วยทางราชกิจจานุเบกษาพิจารณาว่าเป็นระเบียบภายในของหน่วยงานรัฐ จึงไม่จำเป็นต้องประกาศเพราะไม่ได้มีผลบังคับออกไปภายนอก ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วย⁵⁷ เพราะระเบียบดังกล่าวมีผลต่อ “อุตสาหกรรมยาสูบ” ซึ่งอยู่ในสถานะเป็นบุคคลภายนอก และไม่ได้หมายความว่า ต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน อาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของบุคคลก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใดเพียงแต่ไม่ใช่มีผลบังคับเจาะจงตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น ประกอบกับเป็นการขัดต่อหลักความโปร่งใส ตามแนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 5.3 FCTC ด้วย⁵⁸ ซึ่งระเบียบนี้มีผลต่อการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐของอุตสาหกรรมยาสูบ ซึ่งวัตถุประสงค์ของแนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 5.3 FCTC มิได้ปฏิเสธการที่อุตสาหกรรมยาสูบจะติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ เพียงแต่ต้องการป้องกันการเข้าแทรกแซงจากอุตสาหกรรมยาสูบโดยวิธีการต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ชอบของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือมีอิทธิพลต่อการดำเนินงานควบคุมยาสูบของประเทศได้ ทั้งนี้ระเบียบกรมควบคุมโรค และระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ยังไม่ครอบคลุมหน่วยงานรัฐทุกหน่วยตามที่แนวทางปฏิบัติงานมาตรา 5.3 ของ FCTC เสนอ จึงสมควรมีการออก “กฎ” ที่สามารถใช้ได้ครอบคลุมทุกหน่วยงานรัฐ อย่างเช่น การออกเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี⁵⁹ ที่มีสภาพบังคับในฐานะ “กฎ” ตามบทนิยามของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

สำหรับการควบคุม ความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคธุรกิจ (Corporate Social Responsibility : CSR) ซึ่ง FCTC ได้มีการเสนอให้มีการควบคุม CSR โดยมีการกล่าวไว้ในแนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 5.3⁶⁰ และแนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 13⁶¹ ซึ่งในปี พ.ศ. 2555 ได้มีมติคณะรัฐมนตรีตั้ง

⁵⁶ ข้อ 3 ระเบียบกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยการติดต่อกันระหว่างเจ้าหน้าที่กับผู้ประกอบการหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2559

⁵⁷ สอดคล้องไปกับ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 514/2560 เรื่องการนำประกาศและระเบียบของการท่าเรือแห่งประเทศไทยไปประกาศในราชกิจจานุเบกษามาตรา 7(4) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 13) และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 26/2546

⁵⁸ Guidelines for implementation of Article 5.3 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control. Principle 2: Parties, When dealing with the tobacco industry or those working to further its interests, should be accountable and transparent.

⁵⁹ ไพศาล ลิ้มสถิต, “สังคมไทยจะสร้างกลไกป้องกันการแทรกแซงของอุตสาหกรรมยาสูบตามมาตรา 5.3 ของกรอบอนุสัญญา FCTC ได้อย่างไร.” ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), 2555 น. 265

⁶⁰ Guidelines for implementation of Article 5.3 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (6) Denormalize and, to the extent possible, regulate activities described as “socially responsible” by the tobacco industry, including but not limited to activities described as “corporate social responsibility”.

ได้กล่าวในตอนต้นได้กำหนดห้ามธุรกิจยาสูบทำกิจกรรมภายใต้นโยบายความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคธุรกิจ (Corporate Social Responsibility ; CSR) แต่ก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องสถานะทางกฎหมายและสภาพบังคับ แต่ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ก็ได้มีการเขียนควบคุมการทำ CSR ไว้ใน มาตรา 35⁶² ซึ่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 พิจารณาว่า CSR จัดเป็นการให้การ อุปถัมภ์ของอุตสาหกรรมยาสูบในรูปแบบหนึ่งที่อุตสาหกรรมยาสูบจะใช้เป็นเครื่องมือในการประชาสัมพันธ์ บริษัท ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสอดคล้องไปกับ FCTC แล้ว แต่อาจต้องมีการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดประสิทธิผล ต่อการควบคุมยาสูบ

2.3.2 มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการลดอุปสงค์ของยาสูบ ซึ่งจะแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น คือ มาตรการทางด้านราคาและมาตรการทางด้านภาษีและ มาตรการอื่นซึ่งมิใช่มาตรการด้านราคา

(1) มาตรการทางด้านราคาและมาตรการทางด้านภาษี ในเรื่องนี้ปัจจุบันมี พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560⁶³ ที่มาบังคับใช้แทนพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 ซึ่งในเรื่อง การบริหารภาษีสมควรนำแนวทางปฏิบัติงานตามที่ องค์การอนามัยโลกได้มีการนำเสนอ และแนวทาง ปฏิบัติงานตามที่ศูนย์ภาษีและการลงทุนระหว่างประเทศ⁶⁴ นำเสนอในประเด็นที่มีความสอดคล้องกัน คือ ให้มี การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตยาสูบต่อหน่วย (specific tax)⁶⁵ แทนการคิดภาษีตามมูลค่า (ad valorem)⁶⁶

⁶¹ Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control : Corporate social responsibility

⁶² มาตรา 35 ห้ามผู้ประกอบการและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องให้การอุปถัมภ์ หรือให้การสนับสนุนบุคคล กลุ่มบุคคล หน่วยงาน ของรัฐ หรือองค์กรเอกชน ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการสร้างภาพลักษณ์ต่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ ผู้ผลิต หรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ
- (2) ที่ส่งผลหรืออาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันนโยบายการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ
- (3) โฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ ผู้ผลิต หรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ
- (4) ส่งเสริมการบริโภคยาสูบ

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการกระทำในระหว่างผู้ประกอบการ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง และผู้ซึ่งเกี่ยวข้องกับ กระบวนการผลิตและค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือการบริจาด หรือการช่วยเหลือตามมนุษยธรรมในกรณีที่เกิดสาธารณภัยร้ายแรง

⁶³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 32 ก วันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2560

⁶⁴ มีการศึกษาพบว่า ศูนย์ภาษีและการลงทุนระหว่างประเทศ (International Tax and Investment center : ITIC) มี บทบาทในการช่วยเหลืออุตสาหกรรมยาสูบในการเข้าถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลต่าง ๆ อ้างจาก http://www.fctc.org/media-and-publications/fact-sheets/alternative-livelihoods-and-environment/1_2_4_6_itic-a-foundation-directly-sponsored-by-transnational-tobacco-companies สืบค้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2560

⁶⁵ การจัดภาษีสรรพสามิตยาสูบต่อหน่วย (specific tax) คือ ภาษีสรรพสามิตในราคาขายปลีกที่สามารถเพิ่มขึ้นได้ อัน เกิดจากการจัดเก็บภาษีต่อมวนหรือต่อน้ำหนักกรัมของยาเส้นการพึ่งพาภาษีสรรพสามิตต่อหน่วยมากขึ้นจะส่งผลกับสุขภาพ ของประชาชนโดยการลดช่องว่างในระหว่างราคาที่สูงและราคาถูก เป็นการลดทางเลือกและการจำกัดโอกาสของผู้ใช้ยาสูบ

เนื่องด้วยส่งผลต่อการใช้ปริมาณภาษีได้เต็มรูปแบบ และลดความซับซ้อนของการคำนวณภาษีเพื่อส่งผลกระทบต่อการบริหารภาษีให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่มีประเด็นที่น่าสนใจในเรื่อง earmarked taxes ซึ่ง ITIC เสนอว่าสมควรให้ใช้บังคับแทนด้วยภาษีสรรพสามิตทั่วไปแทน เพื่อลดปัญหาการตรวจสอบการใช้ภาษี ซึ่งขัดต่อแนวคิดตามที่ WHO เสนอว่าสมควรมีกองทุนที่ใช้กับเรื่องส่งเสริมสุขภาพเป็นการเฉพาะและสอดคล้องไปกับ Ottawa Charter ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับ WHO ว่า ให้พิจารณา earmarked taxes ยังคงมีอยู่เพื่อเป็นหลักประกันแกสิทธิในทางสุขภาพของประชาชนว่า การส่งเสริมสุขภาพยังคงมีอยู่ในประเทศ การแก้ปัญหาเรื่อง การตรวจสอบก็ให้เป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดกับ earmarked taxes แทน และสุดท้ายประเทศไทยสมควรพิจารณาให้ยกเลิกการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ปลอดภาษีและไม่ต้องเสียภาษีและการกำหนดจำนวนการนำเข้าบุหรี่ในประเทศเพื่อการบริโภคเพื่อแก้ปัญหาการนำเข้าบุหรี่ไม่มีอากรแสตมป์จากชายแดนและ เพื่อให้สอดคล้องไปกับมาตรา 15 FCTC ที่ว่าด้วยมาตรการการค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมายด้วย

(2) มาตรการอื่นซึ่งมิใช่มาตรการด้านราคา มีทั้งหมดด้วยกัน 6 เรื่อง อันได้แก่ การปกป้องบุคคลจากการสูดดมควันยาสูบการควบคุมสารต่าง ๆ ที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ยาสูบเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบการบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบการศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม และการสร้างจิตสำนึกสาธารณะและการการโฆษณายาสูบ การส่งเสริมการขาย และการให้การอุปถัมภ์

(2.1) การปกป้องบุคคลจากการสูดดมควันยาสูบเป็นไปตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 หมวด 5 ที่ว่าด้วยการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ตั้งแต่ มาตรา 41 ถึงมาตรา 46 และพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาตราการนี้ คือ การบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ และการขาดความเข้าใจหรือตระหนักในคุณค่าของกฎหมายโดยประชาชน ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายต้องดำเนินการให้ความรู้ ความเข้าใจแก่ประชาชน ทั้งในข้อกฎหมายและผลกระทบต่อสุขภาพต่อการบริโภคยาสูบ ซึ่งสอดคล้องไปกับมาตรา 12 FCTC ที่ว่าด้วยมาตรการ การให้การศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม และการสร้างจิตสำนึกสาธารณะ

(2.2) การควบคุมสารต่าง ๆ ที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ยาสูบ แต่เดิมผลิตภัณฑ์ยาสูบที่จะขายได้จะต้องมีส่วนประกอบตามมาตรฐานที่กำหนดในกฎกระทรวง ผู้ผลิต หรือ ผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบมีหน้าที่ต้องแจ้งรายการส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ยาสูบให้กระทรวงสาธารณสุขตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ในกรณีที่ผลิตภัณฑ์ยาสูบใดมีส่วนประกอบไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดตามวรรค

⁶⁶ ภาษีตามมูลค่า (ad valorem) เป็นระบบการจัดเก็บภาษีที่คิดเป็นสัดส่วนโดยตรงกับราคาขาย ข้อดีคือ อัตราภาษีจะเปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ หากราคาบุหรี่เปลี่ยนแปลง แต่ข้อเสีย คือ จะทำให้ความแตกต่างด้านราคาเพิ่มขึ้นระหว่างผลิตภัณฑ์ยาสูบราคาแพงกับราคาถูก

หนึ่ง ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้มีการขายหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้น⁶⁷ อนุบัญญัติที่ออกโดยมาตรานี้ได้แก่กฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 กฎกระทรวงฉบับนี้ มีเนื้อหา 2 ส่วน คือ ในส่วนของการควบคุมสาร และการเปิดเผยข้อมูลส่วนประกอบด้วย ซึ่งการบังคับใช้กฎกระทรวงนี้ ปัจจุบันเป็นไปตามบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ไปก่อน⁶⁸ กล่าวคือ ให้ใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีกฎกระทรวงใหม่ออกมาใช้บังคับ ซึ่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้การออกกฎกระทรวงดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ประกอบกับบทเฉพาะกาลตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 มาตรา 78 ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปด้วย

(2.3) เกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ แต่เดิมผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบมีหน้าที่ต้องแจ้งรายการส่วนประกอบ ของผลิตภัณฑ์ยาสูบให้กระทรวงสาธารณสุขทราบตาม กฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 และตามระเบียบกรมควบคุมโรคว่าด้วยการกำกับดูแลข้อมูลรายการส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2550 ระเบียบนี้จะอาศัยอำนาจตามความในข้อ 20 แห่งระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ประเด็นที่น่าสนใจ คือ การยึดโยงการใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 กับระเบียบดังกล่าวได้มีการเขียนยึดโยงกันไว้โดยตรง จึงอาจก่อให้เกิด “ปัญหาการจัดการข้อมูลรายการส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ” ซึ่งปัจจุบันเป็นไปตามบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560⁶⁹ ที่วางหลักว่า การแจ้งรายการส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ได้แจ้งตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้คงใช้ได้ต่อไปจนกว่าจะครบกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในเอกสารรับรองการจดแจ้งรายการส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ยาสูบแต่ระเบียบฯมิได้มีการเขียนยึดโยงเรื่องอำนาจจากพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 แต่อย่างใดซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายลูกในเรื่องเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 สมควรนำหลักการในระเบียบนี้ไปบัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ด้วยเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย

กล่าวโดยสรุปสำหรับมาตรการควบคุมสารและการเปิดเผยส่วนประกอบ ปัจจุบันเป็นไปตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 มาตรการนี้จำเป็นอย่าง

⁶⁷ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 11

⁶⁸ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 มาตรา 79

⁶⁹ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 มาตรา 78

ยิ่งที่จะต้องมีการศึกษาข้อมูลทางด้านกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสารต่าง ๆ โดยอิงจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ทั้งนี้อาจศึกษาจาก EUDIRECTIVE ประกอบการพิจารณา อย่างเช่น การกำหนดห้ามสารปรุงแต่งรส อย่างเช่น เมนธอล⁷⁰ โดยกำหนดระยะเวลาไว้เมื่อถึงจุด ๆ หนึ่งต้องมีการห้ามนำมาเป็นส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ ทั้งนี้การลดสารซุรสดังกล่าว เป็นไปเพื่อลดความเย้ายวนในการริเริ่มเสพและการทำให้เสพติดอย่างต่อเนื่องทั้งนี้แนวทางปฏิบัติงานตามมาตรา 9 และ 10 ของ FCTC มีการเสนอเรื่องการจัดทำกฎระเบียบเรื่อง การป้องกันไฟไหม้จากบุหรี่ (reduced ignition propensity: rip) ด้วย ซึ่งประเทศไทยสมควรมีการออกกฎระเบียบในเรื่องดังกล่าวอย่างยิ่ง เพราะประเทศไทยเราภูมิอากาศส่วนใหญ่อยู่ในเขตร้อน ซึ่งเกิดไฟไหม้ได้ง่าย

(2.4) การบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบ แต่เดิมผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องแสดงฉลากที่หีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักร แล้วแต่กรณี ทั้งนี้หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขการแสดงฉลากและข้อความในฉลากให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา⁷¹ และล่าสุดได้มีกำหนดให้การขยายภาพคำเตือนเป็น 85% ปัจจุบัน พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดเรื่องการบรรจุและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ในมาตรา 38 ซึ่งได้กำหนดระยะเวลาไว้ให้มีการทบทวนทุก 2 ปี หรือเร็วกว่าในกรณีที่มีความจำเป็นซึ่งหลักการนี้ EU ก็ได้มีการนำไปใช้โดยบัญญัติอยู่ใน DIRECTIVE 2014/40/EU เช่นกัน คือ ให้มีการหมุนเวียนภาพและข้อความคำเตือนทุกปี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสอดคล้องไปกับ มาตรการตามที่ FCTC เสนอแล้วแต่ทั้งนี้ในส่วนของการบรรจุภัณฑ์ปราศสีสัน อาจต้องมีการศึกษาต่อไปโดยเปรียบเทียบกับกรณีศึกษาของต่างประเทศที่มีการออกกฎหมายในเรื่องนี้

(2.5) การให้การศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม และการสร้างจิตสำนึกของสาธารณะ มาตรการนี้ประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายแต่อย่างใด แต่มีการบัญญัติรองรับในเรื่องการได้รับศึกษาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ มาตรา 54 และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2544 ทางปฏิบัติในเรื่องการให้ความรู้ในเรื่องการบริโภคยาสูบจะอยู่ในรูปแบบของนโยบายทางการศึกษาซึ่งเป็นการร่วมมือระหว่างภาคสุขภาพกับกระทรวงศึกษาธิการแม้ว่านโยบายจะมีความยืดหยุ่นในการปฏิบัติงาน แต่ถ้ามีกฎหมายเขียนรองรับไว้ในเรื่องการให้การศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม จะทำให้เกิดความชัดเจนของหน่วยงานที่ปฏิบัติมากขึ้นเนื่องด้วยมีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายทั้งนี้ในเชิงเนื้อหาการให้ความรู้สมควรมีการ

⁷⁰ “เมนธอล” ในส่วนประกอบซุรสดของบุหรี่ซิการ์เรต เคยเป็นพิพาทในเวทีการค้าระหว่างประเทศ ศึกษาได้จาก คดี United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R, Appellate Body, (2012)

⁷¹ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 11

นำเสนอประเด็นอื่น ๆ ด้วยเช่น การคุกคามนโยบายของอุตสาหกรรมยาสูบ นอกเหนือจากเรื่องผลกระทบต่อสุขภาพอันเกิดจากการบริโภคยาสูบ

(2.6) การโฆษณา ยาสูบ การส่งเสริมการขาย และการให้การอุปถัมภ์จะสอดคล้องไปกับพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 โดยจะบัญญัติไว้อยู่มาตรา 30 ถึงมาตรา 36 ซึ่งพระราชบัญญัติใหม่ได้มีการเพิ่มบทนิยามคำว่า “การสื่อสารการตลาด” ซึ่งคำนี้แต่เดิมเป็นคำที่ปรากฏในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551⁷² แต่พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 ได้มีการให้ความหมายใหม่ คือ “การกระทำในรูปแบบต่าง ๆ โดยการโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การสร้างข่าว การเผยแพร่ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดง ณ จุดขาย การตลาดแบบตรง การขาย หรือส่งเสริมการขายโดยใช้บุคคลเป็นการเฉพาะ และการตลาดในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้าหรือบริการ หรือสร้างภาพลักษณ์ ในเรื่องการควบคุมการตลาดนี้ ประเทศไทยพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 บัญญัติได้ครอบคลุมชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่าแม้มีการบัญญัติถ้อยคำที่ครอบคลุม แต่ผู้เขียนอยากให้อิงบนคำนิยามของ FCTC มากกว่า เนื่องด้วย มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 ที่ศาลหยิบยกความตกลง TRIPs มาตีความคำว่า “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ซึ่งในขณะนั้นพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ยังมิได้มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ไว้แต่อย่างใด แต่ศาลพิจารณาว่า ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามความตกลง TRIPs จึงนำคำอธิบายในความตกลงมาใช้เพื่อการตีความ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่องการให้ความหมายเรื่อง การโฆษณาและส่งเสริมการขาย ตลอดจนการอุปถัมภ์ จึงควรอิงกับ FCTC มากกว่า และปัญหาสุดท้ายประเด็นในเรื่องการห้ามอย่างครอบคลุมเพื่อมิให้มีการโฆษณา การส่งเสริมการขายยาสูบ หรือการให้การอุปถัมภ์โดยยาสูบข้ามพรมแดนที่เริ่มต้นภายในอาณาเขตของรัฐตน⁷³ ซึ่งเป็นกรณีที่อุตสาหกรรมยาสูบในประเทศไทย จะผลิตบุหรี่ส่งออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ โดยไม่จำหน่ายในประเทศไทยเลยจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายควบคุมการโฆษณาของไทย แต่ต้องไปพิจารณากฎหมายของรัฐที่เป็นปลายทางในการจำหน่ายพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ก็มีได้มีการกล่าวไว้เช่นกัน ผู้เขียนเห็นว่า บางประเทศกฎหมายที่ควบคุมการโฆษณายังไม่มีความเข้มแข็ง เพื่อเป็นการปฏิบัติตาม FCTC ผู้เขียนจึงเห็นว่า “ถ้าเป็นการผลิตในประเทศ” เพื่อส่งออกไปจำหน่าย สมควรมีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในประเด็นนี้ด้วย

2.3.3 มาตรการลดอุปสงค์เกี่ยวกับการติดยาสูบ และการเลิกยาสูบ แต่เดิมประเทศไทยมิได้มีกฎหมาย หรือ กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง การเลิกยาสูบโดยตรง การบำบัดรักษาการติดยาสูบ

⁷² พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ได้ให้ความหมายของคำว่า “การสื่อสารการตลาด” ไว้ คือ การกระทำกิจกรรมในรูปแบบต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้า บริการ หรือภาพลักษณ์ การประชาสัมพันธ์ การเผยแพร่ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดงสินค้า การจัดหรือสนับสนุนให้มีการจัดกิจกรรมพิเศษ และการตลาดแบบตรง

⁷³ FCTC ARTICLE 13(3)

คลินิกฟ้าใส และบริการแนะนำการเลิกบุหรี่ออนไลน์ โดยมีการระบุเบอร์ติดต่อไว้ที่ข้างซองบุหรี่ซิการ์แต่ปัจจุบันการเลิกยาสูบตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติเพิ่มอำนาจในการเสนอนโยบายของบรรดาคณะกรรมการภายใต้พระราชบัญญัติ⁷⁴ ในเรื่องการบำบัดรักษาการเสพติดซึ่งรองรับไปกับ FCTC แล้ว แต่ทั้งนี้การปฏิบัติสมควรพิจารณาแนวทางปฏิบัติงานตาม FCTC มาตรา 14 ประกอบด้วย

2.3.4 มาตรการเกี่ยวกับการลดปริมาณอุปทานของยาสูบ จะประกอบไปด้วย มาตรการการห้ามผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมาย การขายผลิตภัณฑ์ยาสูบให้แก่ผู้เยาว์ และการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยผู้เยาว์และบทบัญญัติเกี่ยวกับการสนับสนุนกิจกรรมทางเลือกที่มีความเป็นไปได้ในทางเศรษฐกิจ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.3.4.1 การห้ามผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมายการห้ามผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมายระบบการตรวจสอบผลิตภัณฑ์ยาสูบผิดกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งใช้ระบบแสดมป์ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเรื่องการห้ามผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมายนี้ ประเทศไทยสมควรเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีของพิธีสารว่าด้วยการค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบขององค์การอนามัยโลกเพื่อสร้างภาคีในทางระหว่างประเทศเพื่อแก้ปัญหาการค้าบุหรี่เถื่อน⁷⁵ และเป็นดำเนินการเพื่ออุดช่องว่างเมื่อมีการใช้มาตรการทางด้านภาษีและราคาด้วยเนื่องจากเมื่อบุหรี่มีราคาสูงขึ้น ผู้บริโภคย่อมหาผลิตภัณฑ์อื่นมาทดแทน และเนื่องด้วยบุหรี่เถื่อนมีราคาที่ถูกกว่าบุหรี่ที่มีแสดมป์ผู้บริโภคจึงมักนิยมลักลอบซื้อเพื่อบริโภค

2.3.4.2 การขายผลิตภัณฑ์ยาสูบให้แก่ผู้เยาว์ และการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยผู้เยาว์ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 บัญญัติเรื่องนี้ไว้อยู่มาตรา 26 โดยมีการเพิ่มอายุแก่บุคคลที่ซื้อผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็น 20 ปี จากแต่เดิม 18 ปี และผู้ขายต้อง 18 ปี ขึ้นไป ซึ่งสอดคล้องไปกับ FCTC แล้วและสุดท้าย

2.3.4.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการสนับสนุนกิจกรรมทางเลือกที่มีความเป็นไปได้ในทางเศรษฐกิจ ประเด็นเรื่องการปลูกพืชทดแทนของไทย อยู่ในจัดการของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ โดยอยู่ในรูปแบบของนโยบาย ในเรื่องการปลูกพืชทดแทนยาสูบนั้นยังไม่มี ความชัดเจนในประเทศไทย แต่ทั้งนี้มีการศึกษาวิจัยนโยบายเพื่อเตรียมผลักดันนโยบาย และกระทรวงสาธารณสุขกับกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ได้ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการมาพิจารณามาตรการช่วยเหลือเกษตรกรชาวไร่ยาสูบ กรณีที่ได้รับ

⁷⁴ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 หมวด 1 คณะกรรมการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบแห่งชาติ หมวด 2 คณะกรรมการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบกรุงเทพมหานคร และหมวด 3 คณะกรรมการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบจังหวัด

⁷⁵ Protocol to Eliminate Illicit Trade in Tobacco Products PART III: SUPPLY CHAIN CONTROL คณะรัฐมนตรีเห็นชอบกรอบการเจรจาพิธีสารว่าด้วยการค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมาย ตามที่กระทรวงสาธารณสุขเสนอเมื่อวันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2552 และรัฐสภามีมติเห็นชอบเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2552

ผลกระทบจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฉบับปัจจุบัน เพื่อกำหนดมาตรการเยียวยา และบรรเทาผลกระทบแก่เกษตรกรผู้เพาะปลูกใบยาสูบ⁷⁶

2.3.5 การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กระทรวงการคลังมีการออกข้อกำหนดแนวปฏิบัติของ มาตรการป้องกันและควบคุมสารพิษตกค้างในใบยาสูบ เนื่องจากบริษัท อาร์ เจ เรโนลด์ ของสหรัฐอเมริกา ตรวจพบสารพิษตกค้างจากการใช้สารป้องกันและกำจัดศัตรูพืชในใบยาสูบพันธุ์เบอร์เลย์ที่นำเข้าจากประเทศไทยว่า มีปริมาณเกินระดับที่กระทรวงเกษตรฯ สหรัฐกำหนด⁷⁷

2.3.6 ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ประเทศไทยยังไม่เคยมีการดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อ เรียกร้องค่าเสียหายจากอุตสาหกรรมยาสูบ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมาย 2 ฉบับ อันได้แก่ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) การดำเนินคดีแบบกลุ่ม ที่ต่างประเทศใช้เป็นกฎหมาย หลักในการดำเนินคดีทางแพ่ง จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการดำเนินการ 3 ประการ คือ 1) การรวบรวม หลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเป็นระบบ เพื่อนำไปใช้ในการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจาก อุตสาหกรรมยาสูบ 2) สมควรมีระบบในการรวบรวมผู้เสียหายที่เกิดจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ กรณีที่ ต้องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม และ 3) การจัดทำฐานข้อมูลด้านกฎหมายและคดี ตลอดจนผลกระทบทางสุขภาพ อันเกิดจากการบริโภคยาสูบ และความเสียหายอื่น ๆ

3. ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ ข้อเสนอแนะในทางระหว่างประเทศ และ ข้อเสนอแนะภายในประเทศเกี่ยวกับมาตรการในการควบคุมการบริโภคยาสูบ

3.1 ข้อเสนอแนะในทางระหว่างประเทศ มีดังต่อไปนี้

3.1.1 รัฐบาลต้องไม่เลือกปฏิบัติทั้งอุตสาหกรรมยาสูบทั้งในประเทศและนอกประเทศใน มาตรการควบคุมยาสูบต่าง ๆ ที่ FCTC เสนอ ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของความตกลงการค้าเสรีใน ทุกความตกลงทั้งภายใต้ WTO และนอกเหนือ WTO

⁷⁶ ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), รายงานผลการประเมินการปฏิบัติตามกรอบอนุสัญญาว่า ด้วยการควบคุมยาสูบของประเทศไทย พ.ศ. 2559 น.35

⁷⁷ จีรวัดน์ เจริญสถาพรกุล, สุขภาพของผู้ปลูกยาสูบ กับ ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์ ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการ ควบคุมยาสูบ (ศจย.), 2554.

3.1.2 รัฐภาคีต้องสำรวจความตกลงต่าง ๆ ของ WTO ว่ามีการเปิดช่องให้สามารถกล่าวอ้างเพื่อคุ้มครองสุขภาพและการสาธารณสุขได้หรือไม่ โดยอิงจากข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ และสมควรร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศเพื่อพัฒนากฎอันเป็นมาตรฐานที่สามารถใช้ร่วมกันได้ดังจะเห็นได้จากความตกลง TBT และ SPS

3.1.3 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และต้องประเมินทางเลือกที่มีเหตุผลอื่นๆ ประกอบด้วย กล่าวคือ ภาควิชาสุขภาพต้องหาคำอธิบายให้ได้ว่าเพราะเหตุใดทางเลือกอื่นจึงไม่สามารถใช้ได้จึงต้องใช้ทางเลือกในการออกกฎหมายควบคุมยาสูบที่สำคัญต้องคำนึงถึงอัมพาตและประโยชน์ของชาติให้มากที่สุด

3.1.4 รัฐภาคีต้องเฝ้าระวังและศึกษาบรรดาความตกลงการค้าเสรี และบรรดาสนธิสัญญาทวิภาคีต่าง ๆ ว่ามีผลกระทบต่อควบคุมยาสูบหรือไม่ เพื่อจะจัดเตรียมมาตรการควบคุมยาสูบที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศ

3.1.5 ในส่วนของ “การตัดผลิตภัณฑ์ยาสูบ” ออกจากการเจรจาการค้าระหว่างประเทศนั้น อาจจะเป็นไปได้ถ้ามีการทำความตกลงร่วมกันในกลุ่มประเทศ อย่างเช่น กรณี DIRECTIVE ของ EU ซึ่งสอดคล้องไปกับหลักต่างตอบแทน แม้ EU DIRECTIVE จะมีได้มีการบัญญัติในเรื่องการตัดผลิตภัณฑ์ยาสูบออกจากการเจรจาการค้าระหว่างประเทศในกลุ่มสมาชิก แต่ก็สามารถสร้างกติการ่วมกันในเรื่องการควบคุมยาสูบในกลุ่มประเทศที่รวมตัวกันทางเศรษฐกิจได้

3.2 ข้อเสนอแนะสำหรับภายในประเทศเกี่ยวกับมาตรการในการควบคุมการบริโภคยาสูบเพื่อให้รองรับไปกับ FCTC มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้ คือ

3.2.1 มาตรการว่าด้วยการปกป้องนโยบายสาธารณสุขเกี่ยวกับการควบคุมยาสูบสมควรมีการออก “กฎ” ที่สามารถใช้ได้ครอบคลุมทุกหน่วยงานรัฐ อย่างเช่น การออกเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี และให้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อให้เป็นไปตามหลักความโปร่งใส

3.2.2 ปรับปรุงการการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตยาสูบให้เป็นรูปแบบต่อหน่วย (specific tax) แทนการคิดภาษีตามมูลค่า (ad valorem) กรณี earmarked taxes สมควรที่จะยังคงอยู่ไว้ แต่ให้มีการตรวจสอบการใช้เงินให้โปร่งใส ยกเลิกการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ปลอดภาษีและไม่ต้องเสียภาษี และกำหนดจำนวนการนำเข้าบุหรี่ในประเทศเพื่อการบริโภค

3.2.3 ให้มีการศึกษาวิจัยและติดตามข้อมูลด้านการควบคุมสารต่าง ๆ ที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ยาสูบทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันอย่างเท่าเทียมทั้งผลิตภัณฑ์ยาสูบในและต่างประเทศ และมีการจัดทำกฎระเบียบว่าด้วยการป้องกันไฟไหม้จากบุหรี่ (reduced ignition propensity: rip) ซึ่งมีการกำหนดคุณสมบัติการป้องกันไฟไหม้ของผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้เป็นกฎหมายลำดับรอง

3.2.4 กรณีการให้การศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม และการสร้างจิตสำนึกของสาธารณะ อาจให้มีการออก “กฎ” ที่ให้มีการเรียนการสอนเรื่องการควบคุมยาสูบจากราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาซึ่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันได้มีการบัญญัติรองรับสิทธิในเรื่องนี้ไว้แล้ว

3.2.5 การให้ความหมายเรื่อง การโฆษณาและส่งเสริมการขาย ตลอดจนการอุปถัมภ์ จึงควรอิงกับบทนิยามของ FCTC เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการตีความ และเพื่อเป็นการปฏิบัติตาม FCTC ในเรื่องการควบคุมการโฆษณา การส่งเสริมการขายยาสูบ หรือการให้การอุปถัมภ์โดยยาสูบข้ามพรมแดนที่เริ่มต้นภายในอาณาเขตของรัฐตนสมควรมีการบัญญัติกฎหมายในประเด็นนี้ด้วยเพื่อบางประเทศกฎหมายที่ควบคุมการโฆษณายังไม่มีความเข้มแข็งดีพอ ทั้งนี้ให้ถ้าเป็นไปได้ให้ดำเนินการในเรื่องการควบคุมการโฆษณาการส่งเสริมการขายยาสูบ หรือการให้การอุปถัมภ์โดยยาสูบ

3.2.6 ประเทศไทยสมควรเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีของพิธีสารว่าด้วยการค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบขององค์การอนามัยโลกเพื่อสร้างความร่วมมือระหว่างภาคีในทางระหว่างประเทศ

3.2.7 ภาครัฐต้องดูแลและเยียวยาเกษตรกรชาวไร่ยาสูบให้สามารถมีทางเลือกจากการเลิกปลูกยาสูบ เช่น การสนับสนุนการปลูกพืชทดแทน ตลอดจนงบประมาณเพื่อเยียวยาในระหว่างการเปลี่ยนผ่านจากการเลิกปลูกยาสูบ

3.2.8 สมควรมีการศึกษาวิจัยในเรื่องการจัดเก็บข้อมูลการเจ็บป่วยอันเกิดจากการบริโภคยาสูบอย่างเป็นระบบเพื่อไว้ใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีกับอุตสาหกรรมยาสูบในอนาคต

บรรณานุกรม

หนังสือ

- ชูชัย ศุภวงศ์. 2 ทศวรรษการควบคุมการบริโภคยาสูบของสังคมไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), 2550.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.
- ทัชชฌัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. แกตต์ และ องค์การการค้าโลก (WTO). พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- เนาวรัตน์ เจริญค้า และคณะ. การแทรกแซงการควบคุมยาสูบของฟิลิปปินส์และเครือช่าย. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ, 2559) น. 140 – 144
- วัส ดิงสมิตร. คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545
- สุขมศุภนิตย์. คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551.
- หทัย ชิตานนท์. การค้าเสรี : ผลกระทบต่อการควบคุมยาสูบ พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ดีไซน์ จำกัด, 2546

วารสาร

- ริศาธัญญ์ จรุงศักดิ์เศรษฐ์ และคณะ. “เหตุผลที่ควรถอดบุหรี่ออกจากการเจรจาการค้าเสรี”, วารสารวิจัยระบบสาธารณสุข, ปีที่ 5 ฉบับที่ 3(2554).
- สาวิตี สุขศรี. บทเรียนจากการฟ้องคดีบริษัทยาสูบในสหรัฐอเมริกา สู่กฎหมายและมาตรการควบคุมยาสูบในประเทศไทย. วารสารนิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2557)
- ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), “ไทยในทิศทางกฎหมายยาสูบโลก,” ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 ก้าวทันวิจัยกับ ศจย. (กรกฎาคม 2553).

วิทยานิพนธ์

- วศิน พิพัฒน์ฉัตร, “การควบคุมการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าของอุตสาหกรรมยาสูบ”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556

วิชาฯ ภู่อำรวจ, “ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับสินค้าประเภทบุหรี่” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

เอกสุตา สารากรบริษัท, “ความตกลงขององค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุม ยาสูบ.” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2545.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กระทรวงการต่างประเทศ, “กำเนิด WTO” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2560, จาก

[www.mfa.go.th/main/th/world/7/19901-องค์การการค้าโลก-\(World-Trade-Organization:-WTO\).html](http://www.mfa.go.th/main/th/world/7/19901-องค์การการค้าโลก-(World-Trade-Organization:-WTO).html)

Benn McGrady, “TRIPs and Tobacco Control,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2560, จาก

[www.emro.who.int/images/stories/tfi/documents/trade/presentations/english/TRIPs and tobacco control EN.pdf](http://www.emro.who.int/images/stories/tfi/documents/trade/presentations/english/TRIPs_and_tobacco_control_EN.pdf)

Judgment of High Court of Australia, “Case No. S389/2011 – British American Tobacco Australasia Limited and Ors V. The Commonwealth of Australia and Related matter : S409/2011 – JT International SA v. he Commonwealth of Australia,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2560, จาก <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s389/2011>

เอกสารอื่น ๆ

จิรวัดน์ เจริญสถาพรกุล, สุขภาพของผู้ปลูกยาสูบ กับ ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์ ศูนย์วิจัยและจัดการ ความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), 2554

นิรมัย พิศแข มั่นจิตร, รายงานฉบับสมบูรณ์ สิทธิในสุขภาพของผู้ด้อยโอกาสในประเทศไทย (Right to health of disadvantaged people in Thailand) เสนอต่อดคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะ นิติศาสตร์ มธ. มิถุนายน 2559

แผนงานการพัฒนาศักยภาพด้านการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ, การค้าระหว่างประเทศ ชุดความตกลง หุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก เล่มที่ 1 ภาพรวม TPP ผ่านมุมมองด้านสุขภาพ. ตุลาคม 2559

แผนงานการพัฒนาศักยภาพด้านการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ, การค้าระหว่างประเทศ ชุด อาเซียนและสุขภาพ เล่มที่ 1 ผลกระทบของประชาคมอาเซียนต่อการเปลี่ยนแปลงระบบสุขภาพ, มิถุนายน 2558

ไพศาล ลิ้มสถิต. “สังคมไทยจะสร้างกลไกป้องกันการแทรกแซงของอุตสาหกรรมยาสูบตามมาตรา

5.3 ของกรอบอนุสัญญา FCTC ได้อย่างไร.” ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), 2555

หทัย ชิตานนท์ และคณะ. “ผลกระทบต่ออริปไตยของการควบคุมยาสูบหากไทยเข้าเป็นสมาชิกความ

ตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก” สถาบันส่งเสริมสุขภาพไทย มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ, 2557

ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), รายงานผลการประเมินการปฏิบัติตาม

กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบของประเทศไทย พ.ศ. 2559

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560

Books

Benn McGrady. TRADE AND PUBLIC HEALTH THE WTO, TOBACCO, ALCOHOL, AND DIET.

CAMBRIDGE UNIVERSITY, 2011.

BEST PRACTICES WHO TECHNICAL MANUAL ON Tobacco Tax Administration, 2011

Article

Shaffer ER, Brenner J. “Intellectual Property Chapter of Trans – Pacific Partnership

Trade Agreement, Tobacco, and Public Health” CPATH : Center for Policy Analysis on

Trade and Health 25 November 2013

ดะโต๊ะยะยุติธรรมกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้

Datoyutitam And The Enforcement Of Islamic Law

In Four Southern Border Provinces

นุฮ มะ *

Nuh Ma

อัสมัน แตอาลี **

Asman Taeli

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสภาพทั่วไปของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ในพื้นที่สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ผลการศึกษาพบว่า

การบังคับใช้กฎหมายอิสลามปรากฏครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ.2444 เรียกว่า “กฎข้อบังคับการปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง” และได้มีการประกาศยกเลิกในปี พ.ศ.2486 ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 จวบจนปัจจุบัน โดยมีดะโต๊ะยะยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกร่วมกับผู้พิพากษา สำหรับการชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามนั้นดะโต๊ะยะยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียว โดยยึดคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ฉบับศาลยุติธรรม พ.ศ.2554 มาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยบรรดคดี

ข้อเสนอเชิงการพัฒนาประสิทธิภาพในการทำงาน ประกอบด้วย 1) ควรมีการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ 2) ควรปรับปรุงสมบัติของดะโต๊ะยะยุติธรรมให้เหมาะสมกับหน้าที่ 3) ควรมีนิติกรกฎหมายอิสลาม 4) ควรมีความร่วมมือระหว่างสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดกับศาลในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้

คำสำคัญ: ดะโต๊ะยะยุติธรรม, การบังคับใช้กฎหมายอิสลาม, สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้

* นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี, นิติกร ศาลจังหวัดปัตตานี

** Ph.D. (IIUM), อาจารย์ประจำแผนกวิชากฎหมายอิสลาม มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี

Abstract

This article aimed to study the general conditions of enforcement of Islamic laws on family and inheritance in four border southern provinces,

From the study, this writer found that. The origins of the enforcement of Islamic laws in Thailand appeared in 1901 was called “the rule of administration in seven principalities” and was abolished in 1943. Act on application of Islamic law in areas of pattani, narathiwat, yala and satun changwat, b.e. 2489 (1946) until. By having Dato Yutitamto judge about the Islamic law on family and inheritance with the judge. Datok Yutitam is the sole authority based on the Islamic laws on family and inheritance of the court of justice 2011 that primarily to diagnose legal cases.

The suggestions to improve work efficiency consisting of knowledge sharing on application of Islamic laws in the four southern border provinces. It should adjust the qualification of Dato Yutitamto be proper the duties and should have Islamic lawyers. It should be cooperation between the Islamic Committee courts in the southern provinces.

Keywords: DatokYutitam, Enforcement of the Islamic law, Four Southern border province

บทนำ

พื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ประกอบด้วยจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล เป็นชุมชนดั้งเดิมที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม อันเป็นอัตลักษณ์เฉพาะที่มีความเกี่ยวพันกับความเชื่อทางศาสนาอย่างแนบแน่น โดยเฉพาะเรื่องครอบครัวและมรดก หากการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีไม่สอดคล้องกับหลักการครองเรือนตามความเชื่อศาสนาอิสลามของมุสลิม อาจเป็นการบั่นทอนความเป็นเอกภาพของสถาบันครอบครัวมุสลิมได้¹ สอดคล้องกับหลักการอิสลามที่ให้ความสำคัญต่อการใช้กฎหมายอิสลาม ดังนี้

บทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามให้ความสำคัญในเรื่องการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในชีวิตประจำวันดังที่ปรากฏในอายะฮ์อัลกุรอานซูเราะฮ์อัลมาอิดะฮ์ อายะฮ์ที่ 44 อายะฮ์ที่ 45 และอายะฮ์ที่ 47 เมาดูตี ได้อธิบายโดยมีใจความว่า² “...ผู้ที่ละทิ้งกฎหมายของอัลลอฮ์ และตัดสินโดยกฎหมายที่เขากำหนดขึ้นมา ประการแรกเขาแสดงความไม่ศรัทธาออกมาโดยการปฏิเสธกฎหมายของอัลลอฮ์ ประการที่สองเขามีความผิดในฐานะผู้ที่อธรรมเพราะเขาละเมิดกฎหมายของอัลลอฮ์ที่ยุติธรรมและเสมอภาคอย่างสมบูรณ์แล้ว ประการที่สามเขาเป็นผู้ฝ่าฝืน (ฟาซิก) เพราะทั้ง ๆ ที่เขาเป็นบ่าวของอัลลอฮ์ เขาก็ยังฝ่าฝืนกฎหมายของนายของเขาและเอากฎหมายของเขาเองหรือของคนอื่นมาใช้...”

อย่างไรก็ดีการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกมีการบังคับใช้มาอย่างยาวนานตั้งแต่กฎข้อบังคับการปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมืองร.ศ.120 (พ.ศ.2444) พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 จวบจนปัจจุบันซึ่งเป็นสิ่งที่น่ายินดีอย่างยิ่งสำหรับมุสลิมในพื้นที่ดังกล่าวที่มีกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกอันเป็นอัตลักษณ์และวิถีชีวิตที่มุสลิมทุกคนต้องปฏิบัติตามหลักการศาสนา

บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาสภาพทั่วไปของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกในประเด็นความเป็นมา สถานภาพการใช้กฎหมายอิสลาม คุณสมบัติ บทบาทตะไตะะยุติธรรม และปัญหาพื้นฐานที่พบในการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ตลอดจนข้อเสนอเชิงการพัฒนาประสิทธิภาพการทำงานและการศึกษาต่อไป

¹มนตรี ยอดปัญญา, *คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก*, (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554) คำปรารภ (ประธานศาลฎีกา)

²เมลานา ซัยยิดอบุลอะลา เมาดูตี แปลโดยบรรจง บินกาซัน, *ตัฟซีร์อัลกุรอาน* (กรุงเทพฯ, ศูนย์หนังสืออิสลาม, 2551) เล่ม 2 หน้า 467

ความเป็นมาของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้

ประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดชายแดนภาคใต้ขึ้นครั้งแรกในปี พ.ศ.2444 โดยมีข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง³ ร.ศ.120 (พ.ศ.2444) ซึ่งทั้งเจ็ดหัวเมืองนั้นให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นจำเลย ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาและการพิพากษา ซึ่งให้โต๊ะกาสิซึ่งเป็นผู้รู้และเป็นที่น่าถือในศาสนาอิสลามเป็นผู้พิพากษาตามกฎหมายอิสลาม⁴ ตามความในกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ข้อที่ 32 เป็นอำนาจของผู้พิพากษาตามหลักกฎหมายอิสลามที่เรียกว่า “กอฎี” ในภาษาอาหรับและภาษามลายู แต่ในภาษามลายูจะมีการเพิ่มคำว่า “โต๊ะ” นำหน้า ซึ่งเป็นคำที่บ่งบอกถึงการให้เกียรติ เรียกกันว่า “โต๊ะกอฎี” แต่มีการเพี้ยนคำเรียกว่า “โต๊ะกาสิ”

ต่อมา พ.ศ. 2460 มีสารตราของกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 ลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 ดำเนินการตามกระแสพระบรมราชโองการให้ขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามรวมถึงจังหวัดสตูล และสารตราฉบับนี้ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้กฎหมายอิสลามอย่างชัดเจนมากขึ้น ดังนี้⁵

1) กำหนดตำแหน่งตุลาการฝ่ายอิสลามให้เรียกว่าโต๊ะโต๊ะยุติธรรม มีหน้าที่เป็นผู้ปรับบทกฎหมายอิสลามเป็นตุลาการบังคับคดีแพ่งว่าด้วยครอบครัวและมรดกตามกฎหมายอิสลามเทียบอำนาจศาลแขวง

2) กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งโต๊ะโต๊ะยุติธรรมไว้ว่า ต้องเป็นผู้ที่ประชาชนอิสลามนับถือเป็นผู้ก่อปรด้วยวิญญูธรรมแก่การเคารพนับถือในฐานะผู้ใหญ่มีความรอบรู้ในหลักกฎหมายอิสลามและมีความจงรักภักดีต่อแผ่นดินเป็นตุลาการพิจารณาคดีแพ่งตามประเพณีอิสลาม เดินตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งโต๊ะโต๊ะยุติธรรมเพียงแต่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามและรู้กฎหมายอิสลามก็เพียงพอแล้ว

3) การใช้กฎหมายอิสลามมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะคดีแพ่งลักษณะผัวเมียและมรดกโดยโต๊ะโต๊ะยุติธรรมที่ตัดสินนั้นลงชื่อในการพิพากษาคดี พร้อมกับผู้พิพากษา

4) คดีที่ต้องบังคับตามหลักกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกนั้น คู่ความจะต้องนับถือศาสนาอิสลามเดินตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง เพียงแต่คู่ความที่จะเป็นจำเลยนับถือศาสนาอิสลามก็สามารถบังคับตามหลักกฎหมายอิสลามได้แล้ว

สารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมฉบับดังกล่าว เรียก กอฎี ว่า โต๊ะกาซี และ โต๊ะกอฎี และกำหนดให้เรียกตุลาการผู้พิจารณาและตัดสินคดีความตามกฎหมายอิสลามว่า โต๊ะโต๊ะยุติธรรม แทน เทียบคำ

³ ข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ได้แก่ 1) เมืองปัตตานี 2) เมืองหนองจิก จังหวัดปัตตานี 3) เมืองยะหริ่ง จังหวัดปัตตานี 4) เมืองสายบุรี จังหวัดปัตตานี 5) เมืองยะล่อ จังหวัดยะลา 6) เมืองรามันห์ จังหวัดยะลา 7) เมืองระแงะ จังหวัดนราธิวาส

⁴ กัธร พันธฤถภ, *โต๊ะโต๊ะยุติธรรม*, (อธิบดีผู้พิพากษาศาลฎีกา 9, สำนักงานศาลยุติธรรม, ม.ป.ป.) หน้า 637

⁵ สำนักงานศาลยุติธรรม, *คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก*, (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554) หน้า 115

เสนายุติธรรม ในมณฑลพายัพ การบังคับใช้กฎหมายอิสลามใน 7 หัวเมือง ถูกยกเลิกในปี พ.ศ.2486 ช่วงเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ด้วยความรู้สึกชาตินิยมรุนแรงถึงขนาดรัฐบาลในสมัย จอมพล ป. พิบูลสงคราม ออกพระราชกำหนดยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลาม⁷ เมื่อสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศอังกฤษในฐานะผู้ชนะสงครามเข้ามามีบทบาทต่อปัญหาความขัดแย้งในภูมิภาคจังหวัดชายแดนภาคใต้ยิ่งขึ้น และสถานการณ์ทางการเมืองในจังหวัดชายแดนภาคใต้ก็อยู่ในภาวะหัวเลี้ยวหัวต่อ ประกอบกับจอมพล ป. พิบูลสงคราม⁸ หมุดอำนาจลงพร้อมกันแนวความคิดรัฐนิยมและชาตินิยม จากนั้นได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ให้ไว้ ณ วันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2489 ในช่วงสมัยรัฐบาลของพลเรือตรี ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ หรือหลวงธำรงนาวาสวัสดิ์⁹ มีผลใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน¹⁰

เห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี พ.ศ.2444 ตามกฎข้อบังคับการปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง จนกระทั่งได้มีการยกเลิกไปในปี 2486 และมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ในปีพ.ศ.2489 พระราชบัญญัตินี้ใช้มาจนถึงปัจจุบันนานถึง 71ปี ซึ่งยังไม่เคยมีการแก้ไขส่งผลต่อความเป็นปัจจุบันอันนำไปสู่ข้อจำกัดต่างๆ ในการใช้กฎหมายอิสลามครอบครัวและมรดกในปัจจุบัน

ปัจจุบันผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ประจำศาลยุติธรรมในประเทศไทยมี 3 ประเภท¹¹ กล่าวคือผู้พิพากษาผู้พิพากษาอาวุโส ผู้พิพากษาสมทบ และตะเตะยุติธรรมดังนี้

1) ผู้พิพากษา¹² คือบุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในศาลยุติธรรม ส่วนผู้ที่มีอำนาจดังกล่าวในศาลรัฐธรรมนูญก็ดี ศาลปกครองก็ดี และศาลทหารก็ดี หาเรียกเป็นผู้พิพากษาไม่ แต่เรียกว่า

⁶มณฑลพายัพ เป็นมณฑลหนึ่งในการปกครองส่วนภูมิภาคระบบมณฑลเทศาภิบาลของราชอาณาจักรสยาม ครอบคลุมพื้นที่ภาคเหนือตอนบน อยู่ในช่วง พ.ศ.2442-2476 ซึ่งมีการล้มเลิกรูปแบบการจัดการนี้ภายหลังการปฏิวัติสยามปี พ.ศ.2475 เพียง 1 ปี

⁷จรัญภักดีธนากุล,การใช้กฎหมายอิสลามในสี่จังหวัดภาคใต้, (ดุลพาห เล่มที่ 3 ปีที่ 38 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2534), หน้า 81-82

⁸เป็นนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย คนที่ 3 ซึ่งดำรงตำแหน่ง 8 สมัย ได้แก่ สมัยที่ 1 ตั้งแต่ 16 ธันวาคม 2481 - 7 มีนาคม 2485 สมัยที่ 2 ตั้งแต่ 7 มีนาคม 2485 - 1 สิงหาคม 2487 สมัยที่ 3 ตั้งแต่ 8 เมษายน 2491 - 25 มิถุนายน 2492 สมัยที่ 4 ตั้งแต่ 25 มิถุนายน 2492 - 29 พฤศจิกายน 2494 สมัยที่ 5 ตั้งแต่ 29 พฤศจิกายน 2494 - 6 ธันวาคม 2494 สมัยที่ 6 ตั้งแต่ 6 ธันวาคม 2494 - 23 มีนาคม 2495 สมัยที่ 7 ตั้งแต่ 24 มีนาคม 2495 - 21 มีนาคม 2500 และสมัยที่ 8 ตั้งแต่ 21 มีนาคม 2500 - 16 กันยายน 2500)

⁹เป็นนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย คนที่ 8 ซึ่งดำรงตำแหน่ง 2 สมัย ได้แก่ สมัยที่ 1 ตั้งแต่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2489 - 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 และสมัยที่ 2 ตั้งแต่ 30 พฤษภาคม - 8 พฤศจิกายน 2490

¹⁰สำนักงานศาลยุติธรรม, *คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก*, (สำนักงานศาลยุติธรรม,2554) หน้า 116-117

¹¹สมหมาย จันทรเรือง, *ระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม* (กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2546)

“ตุลาการ” เช่นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง และตุลาการศาลทหารสำหรับผู้พิพากษาอาวุโส¹³ คือผู้พิพากษาศาลยุติธรรมซึ่งมีอายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ในปีงบประมาณก่อนปีงบประมาณที่ดำรงตำแหน่ง อาจเป็นผู้พิพากษาอาวุโสในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา ต่อไปจนอายุครบ 70 ปีบริบูรณ์

2) ผู้พิพากษาสมทบ¹⁴ คือบุคคลภายนอกที่ได้รับการคัดเลือกเป็นพิเศษเพื่อปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับผู้พิพากษาในศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นองค์คณะร่วมพิจารณาพิพากษา ปัจจุบันในศาลแรงงาน ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งผู้พิพากษาสมทบบังคับการดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด

3) ตะเฑาะยุติธรรม¹⁵ คือข้าราชการฝ่ายตุลาการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเป็นตะเฑาะยุติธรรม คณะอนุกรรมการเป็นผู้เสนอรายชื่อและทำความเข้าใจเพื่อประกอบการพิจารณาให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) เมื่อ ก.ต. ได้รับความเห็นชอบแล้วจึงนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

สถานภาพการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้

การใช้กฎหมายอิสลามถือว่าเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะพื้นที่ ในฐานะเป็นกฎหมายของประเทศไทย ไม่ใช่เป็นการใช้กฎหมายอิสลามที่ผ่านพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นการใช้กฎหมายอิสลามในฐานะกฎหมายไทยอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งศาลฎีกา¹⁶ เคยตัดสินเรื่องนี้ว่า การใช้กฎหมายอิสลามในสี่จังหวัดภาคใต้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามนั้น ไม่ใช่เป็นการใช้กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายอิสลามนี้จึงเป็นกฎหมาย ไม่ใช่ข้อเท็จจริงเหมือนกับกรณีของกฎหมายที่มาจากต่างประเทศที่ผ่านเข้ามาทางพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายส่วนนี้ถือเป็นข้อเท็จจริงซึ่งเป็นหน้าที่ของตะเฑาะยุติธรรมที่นั่งพิจารณาคดี เป็นผู้นำกฎหมายอิสลามมาบังคับแก้คดี¹⁷

¹²พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 44 ก (18พฤษภาคม 2543), มาตรา 24 ถึง มาตรา 27

¹³พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การแต่งตั้งและการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาวุโส พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 116 ตอนที่ 75 ก (20 สิงหาคม2542), มาตรา 6 ถึง มาตรา 8

¹⁴พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพ.ศ. 2553, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 127 ตอนที่ 72(22 พฤศจิกายน 2553), มาตรา 15 และมาตรา 23

¹⁵พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 44 (18 พฤษภาคม 2543), มาตรา 6 มาตรา 52 และมาตรา 53

¹⁶คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1355/2479

¹⁷จริยภัคศิธนากุล, การใช้กฎหมายอิสลามในสี่จังหวัดภาคใต้, (ตุลพาห, เล่มที่ 3 ปีที่ 38 พฤษภาคม-มิถุนายน 2534), หน้า 68

กรณีการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของมุสลิมในจังหวัดภาคใต้¹⁸ ไม่มีข้อผิดแผกแตกต่างจากบุคคลนับถือศาสนาอื่น เมื่อมุสลิมผู้นับถือศาสนาอิสลามกระทำความผิดจะต้องดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกันกับศาสนิกอื่น โดยไม่ต้องมีตะไตะยุดิธรรมนึ่งพิจารณาด้วย มุสลิมผู้นับถือศาสนาอิสลามที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยมีสิทธิโดยสมบูรณ์แต่งทนายเข้าแก้ต่าง ตลอดทั้งสิทธิที่จะอุทธรณ์และฎีกา มีความเสมอภาคเช่นเดียวกับผู้นับถือศาสนาอื่นในกรณีคดีอาญา

สำหรับคดีแพ่งที่เกี่ยวกับครอบครัวมรดกอิสลามมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 มาตรา 3 บัญญัติว่า¹⁹ “ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์และจำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก...”

ช่องทางการระงับข้อพิพาทในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้

จากการศึกษาพบว่าการระงับข้อพิพาทว่าด้วยด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้นั้นอาจแบ่งออกเป็น 2 ช่องทาง ดังนี้

1) การระงับข้อพิพาทโดยสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด กล่าวคือ เมื่อเกิดข้อพิพาทในประเด็นครอบครัวและมรดกอิสลามในชั้นแรกส่วนใหญ่ประชาชนจะทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยผู้นำศาสนาประจำมัสยิด (อิหม่าม) ของตน หากไม่สามารถหาข้อยุติได้จึงไปไกล่เกลี่ยที่สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ซึ่งถือเป็นสถานที่ๆ ประชาชนในพื้นที่ให้การยอมรับเป็นส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตามการไกล่เกลี่ยโดยสำนักงานคณะกรรมการอิสลามดังกล่าวนี้มีข้อจำกัดว่าเมื่อคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามผลของการไกล่เกลี่ย ทางสำนักงานฯ ไม่มีอำนาจหน้าที่บังคับได้ มีเพียงแต่หน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540²⁰

2) การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการศาล กล่าวคือ เมื่อข้อพิพาทดังกล่าวไม่สามารถหาข้อยุติได้หรือหาข้อยุติได้แต่ไม่ปฏิบัติตามผลของการไกล่เกลี่ย อาจนำไปขึ้นสู่กระบวนการทางการศาลซึ่งมีตะไตะยุดิธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม ซึ่งมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 โดยมีสาระสำคัญคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องเป็นมุสลิมผู้นับถือศาสนา และต้องเป็นผู้ที่ภูมิลำเนาอยู่ในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล จึงจะสามารถ

¹⁸ กำธร พันธุ์ลาภ, *ตะไตะยุดิธรรม*, (อธิบดีผู้พิพากษาศาลภาค 9, สำนักงานศาลยุติธรรม, ม.ป.ป.) หน้า 643

¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 63 ตอนที่ 77 (วันที่ 3 ธันวาคม 2489), มาตรา 3

²⁰ พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 114 ตอนที่ 65 (วันที่ 8 พฤศจิกายน 2540), มาตรา 26 (3)

บังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกได้ ซึ่งผลของคำพิพากษาสมาชิกบังคับแก่คดีได้ต่างจากผลการไกล่เกลี่ยของสำนักงานคณะกรรมการอิสลามที่ไม่มีอำนาจไปบังคับ อย่างไรก็ตามข้อจำกัดของการใช้กฎหมายอิสลามผ่านกระบวนการศาลในประเด็นดังกล่าวนี้คือ ประชาชนไม่ค่อยนิยมเข้ามาใช้บริการ ด้วยเหตุผลและข้อจำกัดที่ต้องผลักดันต่อไป ตามรายละเอียดในประเด็นปัญหาพื้นฐานของการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ ตามที่จะอภิปรายต่อไป

บทบาทอำนาจหน้าที่ตะไต่ะยุติธรรม

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ได้กำหนดให้ตะไต่ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาชี้ขาดบรรดาคดีพร้อมด้วยผู้พิพากษา โดยให้อำนาจแก่ตะไต่ะยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาด้วย ดังปรากฏ มาตรา ๔ บัญญัติว่า²¹ “การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นตามความในมาตรา ๓ ให้ตะไต่ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษาให้ตะไต่ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม และลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วยคำวินิจฉัยชี้ขาดของตะไต่ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น”

ข้อเท็จจริงพบว่า²² ตะไต่ะยุติธรรมนอกจากมีอำนาจในการชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม การพิจารณาข้อเท็จจริงตะไต่ะยุติธรรมร่วมพิจารณาพร้อมกับผู้พิพากษา 2 คน เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามไม่ให้ตะไต่ะยุติธรรมพิจารณาข้อเท็จจริง ตามที่ถูกเข้าใจโดยทั่วไปว่าตะไต่ะยุติธรรมเป็นเพียงที่ปรึกษาเท่านั้นหรือไม่สามารถยุ่งเกี่ยวเรื่องข้อเท็จจริง ถือเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง ผิดกับการปฏิบัติในปัจจุบันที่ตะไต่ะยุติธรรมมีบทบาทในเรื่องข้อเท็จจริงมากขึ้น

คุณสมบัติตะไต่ะยุติธรรม

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 52 บัญญัติว่า “ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อบรรจุ และแต่งตั้งเป็นตะไต่ะยุติธรรมต้องเป็นมุสลิมและมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้²³

- 1) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 26 (1) (5) (6) (7) (8) (9) และ(10) (เช่นมีสัญชาติไทย, ไม่เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เป็นต้น)
- 2) อายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์

²¹พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 63 ตอนที่ 77 (วันที่ 3 ธันวาคม 2489), มาตรา 4

²²สัมภาษณ์, อิสมาแอ เจ๊ะ, ตะไต่ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, (6 กันยายน 2559)

²³ชุมพล จันทราพิทย์, พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, (กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,) หน้า 157

- 3) เป็นผู้มีความรู้ในศาสนาอิสลาม สามารถจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกได้
- 4) เป็นผู้มีความรู้ภาษาไทยสอปลได้ประกาศนียบัตรไม่ต่ำกว่าระดับมัธยมศึกษาตอนต้นหรือที่กระทรวงศึกษาธิการเทียบไม่ต่ำกว่าระดับมัธยมศึกษาตอนต้น (ม.3)

ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกจึงต้องเป็นอิสลามศาสนิก ผู้นำถือศาสนาอื่นแม้จะมีความรู้ทางศาสนาอิสลามดีเพียงใด ก็ไม่มีคุณสมบัติเป็นตะเีตะยูติธรรม

ข้อสังเกต²⁴ คุณสมบัติของตะเีตะยูติธรรมที่กฎหมายกำหนดไว้ข้างต้นนั้น ไม่สอดคล้องกับตำแหน่งหน้าที่สำคัญในการชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม ซึ่งปัจจุบันตะเีตะยูติธรรมทั้ง 9 คน มีวุฒิทางการศึกษาทางศาสนาอิสลามไม่ต่ำปริญญาตรี เช่นตะเีตะยูติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีสาขากฎหมายอิสลาม ปริญญาโท สาขาพัฒนาสังคม ส่วนตะเีตะยูติธรรมประจำศาลจังหวัดสตูล สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี สาขากฎหมายอิสลาม และปริญญาตรี สาขานิติศาสตร์ ปริญญาโท สาขาอิสลามศึกษา ซึ่งปัจจุบันกำลังศึกษาระดับปริญญาเอก เป็นต้น

คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

ตะเีตะยูติธรรมยึดคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นหลักในการพิจารณาชี้ขาดคดีครอบครัวและมรดกอิสลามในชั้นศาลจังหวัดชายแดนภาคใต้²⁵ ซึ่งคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) พ.ศ.2554 ประกอบด้วย 2 บรรพ ดังนี้²⁶

บรรพ 1 เกี่ยวกับครอบครัว มี 5 ลักษณะ คือลักษณะ 1 การสมรส ประกอบด้วย หมวด 1 การสู่ขอและหมั้น หมวด 2 เงื่อนไขแห่งการสมรส หมวด 3 วลี²⁷ หมวด 4 พยานในการสมรส **ลักษณะ 2 ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา** ประกอบด้วย หมวด 1 สิทธิหน้าที่ของสามีภริยา หมวด 2 เวรอยู่ร่วมกับภริยาแต่ละคนของสามี หมวด 3 ทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยา **ลักษณะ 3 การขาดจากการสมรส** ประกอบด้วย หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 การฟ้องหย่า หมวด 3 การหย่า หมวด 4 การหย่าที่มีพันธัน ขอกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไข หมวด 5 การคืนดี หมวด 6 อีละฮ์²⁸ หมวด 7 ซิฮาดร์²⁹ หมวด 8 ลีอาน³⁰ หมวด 9 การหย่าโดยมี

²⁴ สัมภาษณ์, อิสมาแอ เจ๊ะ, ตะเีตะยูติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี และช่วยราชการศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, (23 มกราคม 2560)

²⁵ ประจำศาลจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา เบตง และสตูล และประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

²⁶ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก, (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554)

²⁷ เป็นผู้ปกครองบุคคลหรือผู้ปกครองทรัพย์สินของบุคคลตามกฎหมายอิสลาม

²⁸ การสาบานหรือบนบานต่ออัลลอฮ์หรือการวางเงื่อนไขของสามีที่มีผลให้สามีภริยาไม่อาจร่วมประเวณีกันเป็นระยะเวลาที่เกินกว่าสี่เดือน

สินจ้าง ลักษณะ 4 มะฮัร³¹ ประกอบด้วย หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 มุตอะฮ์³² หมวด 3 อิตตะฮ์³³ ลักษณะ 5 ผู้บุพการีและผู้สืบสันดาน ประกอบด้วย หมวด 1 บุตร หมวด 2 อำนาจปกครอง หมวด 3 อำนาจเลี้ยงดู หมวด 4 ค่าอุปการะเลี้ยงดูเครือญาติ และหมวด 5 ค่าให้นมบุตร

บรรพ 2 เกี่ยวกับมรดก คือลักษณะ 1 **พินัยกรรม** ประกอบด้วย หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 พินัยกรรมทรัพย์สิน หมวด 3 พินัยกรรมจัดการ หมวด 4 ผู้จัดการมรดก หมวด 5 การรวบรวมทรัพย์สินมรดก ลักษณะ 2 **การแบ่งมรดก** ประกอบด้วย หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 ทายาท หมวด 3 ทายาทประเภทหนึ่ง หมวด 4 ทายาทประเภทสอง หมวด 5 ทายาทประเภทสาม และหมวด 6 ทารกในครรภ์ บุคคลสูญหาย บุคคลเพศที่สาม และผู้พ้นจากการเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม

คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฉบับกระทรวงยุติธรรม พ.ศ.2483 ถือเป็นคู่มือฉบับแรกที่มีการนำมาใช้ ต่อมาได้มีการพิจารณาเห็นว่าคู่มือดังกล่าวยังขาดรายละเอียดต่างๆ ทั้งในเรื่องการใช้ภาษา เช่นมีการใช้คำว่าอิชีกะฮ์เวิน³⁴ ทั้งยังขาดความเป็นปัจจุบัน เช่นเรื่องทาสปัจจุบันไม่พบเรื่องทาสแล้วในสังคมปัจจุบัน ต่อมาได้มีคำสั่ง³⁵ ให้มีการปรับปรุงและจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก และแต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำคู่มือดังกล่าวจนแล้วเสร็จคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ.2554³⁶

ข้อสังเกต³⁷ ภายหลังจากการปรับปรุงได้มีการเพิ่มเรื่องพินัยกรรม การถอดถอนผู้จัดการมรดกซึ่งก่อนหน้านี้ในแต่ละศาลต่างวินิจฉัยเองตามดุลพินิจแตกต่างกันไป ส่วนประเด็นที่ถูกตัดออกไปคือเรื่องการนาซาร์³⁸

²⁹ การเปรียบบริยากับมารดาตนหรือหญิงที่กฎหมายห้ามมิให้สมรสกับตนมาตั้งแต่ต้น หรือกับส่วนใดส่วนหนึ่งของบุคคล เช่นว่านั้น ในเชิงตัดความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างตนกับภริยาเสมือนตนกับมารดาตนหรือหญิงเช่นว่านั้น

³⁰ การปฏิญาณตนตามรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก 2554ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม เพื่อเพิกถอนการสมรสด้วยเหตุภริยามีชู้ หรือเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดาของเด็กที่ไม่ใช่บุตรของตนแล้วแต่กรณี โดยที่ผู้ปฏิญาณจะพ้นจากความผิดฐานกล่าวหาผู้อื่นว่าผิดประเวณี และให้รวมถึงการปฏิญาณตนตามรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติเพื่อปฏิเสธถึงการมีเหตุแห่งการขอเพิกถอนการสมรสเช่นว่านั้นของภริยาดังกล่าวด้วย

³¹ ทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีค่าได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ชายมีหน้าที่ชำระแก่หญิงคู่สมรส ตามที่กฎหมายบัญญัติ

³² ทรัพย์สินซึ่งสามีมีหน้าที่ชำระแก่ภริยา เนื่องแต่ขาดการสมรส ด้วยเหตุภริยาถูกหย่าหรือเหตุอื่นที่อยู่ในทำนองเดียวกัน

³³ ช่วงระยะเวลาที่หญิงไม่มีสิทธิสมรสกับชายอื่น นอกจากชายที่ทำให้เกิดอิตตะฮ์ หรือไม่มีสิทธิสมรสกับชายทุกคนแล้วแต่กรณี อันเนื่องจากการสิ้นสุดการสมรสตามที่กฎหมายบัญญัติหรือการร่วมเพศ หรือการเสพเมถุนนิรโทษ แล้วแต่กรณี

³⁴ มะฮัรหรือค่าสินสอดเพื่อการแต่งงานทางกฎหมายอิสลาม

³⁵ คำสั่งที่ 13/2553 ลงวันที่ 21 กันยายน 2553 และที่ 2/2554 ลงวันที่ 29 เมษายน 2554 ลงนามโดยนายสภโชค สุขารมณ (ประธานศาลฎีกา)

³⁶ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก, (สำนักงานศาลยุติธรรม,2554) หน้า

³⁷ สัมภาษณ์, อิสมาแอ เจ๊ะ, คณะนิติศาสตร์ประจำศาลจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, (23 มกราคม 2560)

³⁸ การให้ที่มีผลก่อนที่ผู้ให้ตาย เช่นฉันทยกเงิน 100,000บาทให้คุณก่อนฉันทตาย 3 วัน

ซึ่งเป็นสิ่งที่ประชาชนในพื้นที่ปฏิบัติกันเป็นจำนวนมากโดยเฉพาะที่ปัตตานี การนาซาร์นั้นไม่เข้าในเรื่องครอบครัวและมรดกแต่จะเข้าข่ายในเรื่อง “การให้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมติของคณะอนุกรรมการจัดทำคู่มือฯ ซึ่งตะโตะยุติธรรมต้องยึดตามคู่มือเป็นหลักในการพิจารณาชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามครอบครัวและมรดก

ประเด็นปัญหาพื้นฐานการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

จากการศึกษาพบว่าประเด็นปัญหาพื้นฐานของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามครอบครัวและมรดกนั้นมีหลายประเด็นแต่ผู้ศึกษาขอเจาะจงเฉพาะประเด็นปัญหาพื้นฐานที่น่าสนใจ 4 ประเด็น ดังนี้

1) การระงับข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกของมุสลิมผู้นับถือศาสนาอิสลามในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ตามที่กล่าวมาแล้วนั้นมี 2 ช่องทางหลักที่ประชาชนผู้นับถือศาสนาอิสลามใช้ในการระงับข้อพิพาทซึ่งส่วนใหญ่เลือกไปยังสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมากกว่าไปยังศาล ซึ่งมีตะโตะยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม เหตุที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะว่าประชาชนส่วนใหญ่ไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในชั้นศาล บางคนก็เข้าใจคลาดเคลื่อนว่าเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลนั้นคู่กรณีสามารถเลือกที่จะใช้กฎหมายอิสลามหรือประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้ ทั้งๆ ที่กฎหมายระบุชัดเจนว่าคดีที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอิสลามเมื่อขึ้นสู่ศาลต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งฯ จากปัญหาที่กล่าวมานี้ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอตามปรากฏในข้อเสนอแนะเชิงการพัฒนาประสิทธิภาพในข้อ 1

2) คุณสมบัติตะโตะยุติธรรมเห็นได้ว่า³⁹ ปัจจุบันเมื่อเทียบกับคุณสมบัติทางการศึกษาที่กฎหมายกำหนดสำหรับผู้สมัครเป็นตะโตะยุติธรรมนั้นแตกต่างกันมาก ซึ่งคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ของผู้ที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม อย่างไรก็ตามในปัจจุบันด้วยคุณวุฒิทางการศึกษาของตะโตะยุติธรรมที่สูงขึ้น ส่งผลต่อการยอมรับมากขึ้นเห็นได้จากการปฏิบัติหน้าที่ๆ ได้รับการมอบหมายจากหัวหน้าศาล นอกจากพิจารณาชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามร่วมกับผู้พิพากษา ยังได้รับเลือกให้เป็นผู้ประนีประนอมคดีครอบครัวและมรดกอิสลาม คดีอาญา อีกทั้งบทบาทในการให้ความรู้ทางกฎหมายอิสลามแก่หน่วยงานภายนอก เช่นมหาวิทยาลัย องค์การบริหารส่วนจังหวัด เป็นต้น ด้วยความสามารถและการยอมรับในความรู้ความสามารถดังกล่าว ซึ่งชี้ให้เห็นว่าบทบาทของตะโตะยุติธรรมในปัจจุบันมีความชัดเจนมากกว่าในอดีตที่ถูกมองว่าเป็นเพียงที่ปรึกษาผู้พิพากษาเท่านั้น ผู้ศึกษาจึงเสนอให้มีการปรับคุณสมบัติตะโตะยุติธรรมตามปรากฏในข้อเสนอข้อ 2

3) พื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ส่วนใหญ่ผู้คนนับถือศาสนาอิสลามทั้งการใช้ภาษาส่วนใหญ่ใช้ภาษามลายูถิ่น และมาลายูกลางเป็นส่วนน้อย ซึ่งเจ้าหน้าที่ศาลยังขาดผู้ที่สามารถใช้ภาษาดังกล่าว อีกทั้งในกรณีของข้อพิพาทครอบครัวและมรดกอิสลามยังขาดเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ความสามารถโดยตรงเฉพาะทางที่

³⁹ สัมภาษณ์, หมัดอุเสิน หมัดหมัน, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดสตูล และช่วยราชการศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดสตูล, ศาลจังหวัดสตูล, (15 พฤษภาคม 2560)

สามารถแนะนำคำปรึกษาอย่างชัดเจน ผู้ศึกษาจึงเสนอให้มีนิติกรทางกฎหมายอิสลาม ที่มีวุฒิการศึกษาทางกฎหมายอิสลามและเป็นผู้มีความรู้ทางกฎหมายไทย ตามปรากฏในข้อเสนอ ข้อ 3

4) ความร่วมมือระหว่างสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดกับศาลประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้ในประเด็นข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดก กล่าวคือ ตามที่กล่าวมาแล้วว่าข้อจำกัดของสำนักงานคณะกรรมการอิสลามคือไม่มีอำนาจบังคับคู่กรณีได้เมื่อไม่ปฏิบัติตามผลของการไกล่เกลี่ย แต่หากเข้าสู่กระบวนการศาลแล้วศาลมีอำนาจในการบังคับคู่กรณีได้ ผู้ศึกษาจึงเสนอว่าควรมีการเชื่อมงานกันเมื่อข้อพิพาทที่ทางกรรมการอิสลามเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจบังคับ ควรแนะนำให้ผู้เสียหายไปร้องต่อศาล อย่างเช่นกรณีข้อพิพาทเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดู (มุตอะฮ์) ที่สามีต้องจ่ายให้ภรรยา เป็นต้น เพราะข้อเท็จจริงที่ปรากฏเมื่อไกล่เกลี่ยลงตัวที่กรรมการอิสลามแต่ภายหลังปรากฏว่าฝ่ายชายไม่จ่ายค่าอุปการะดังกล่าว ในกรณีนี้ก็ไม่สามารถที่จะบังคับได้ แต่หากมาศาลสามารถอำนาจบังคับแก่ฝ่ายชายได้ เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีการเชื่อมโยงส่งต่อไปยังศาล

ข้อเสนอแนะเชิงการพัฒนาประสิทธิภาพ

จากการสัมภาษณ์คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี⁴⁰ จังหวัดนราธิวาส⁴¹ และจังหวัดสตูล⁴² และคณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดปัตตานี⁴³ จังหวัดนราธิวาส⁴⁴ จังหวัดยะลา⁴⁵ และจังหวัดสตูล⁴⁶ สามารถสรุปข้อเสนอที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพการทำงานมากยิ่งขึ้น ดังนี้

1) ควรมีการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ให้แก่อิหม่ามประจำมัสยิด, สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด, ผู้นำชุมชนในพื้นที่ เพราะเป็นกลุ่มคนที่ประชาชนให้การยอมรับและเข้าหาเมื่อเกิดข้อพิพาทในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้

⁴⁰ สัมภาษณ์, อิสมาแอ เจ๊ะ, คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, (23 มกราคม 2560)

⁴¹ สัมภาษณ์, มะรอมือลี ปือราเฮง, คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดนราธิวาส, ศาลจังหวัดนราธิวาส, (1 มีนาคม 2560)

⁴² สัมภาษณ์, หมัดอูเส็น หมัดหมัน, คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดสตูล, ศาลจังหวัดสตูล, (15 พฤษภาคม 2560)

⁴³ สัมภาษณ์, คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, (23 มกราคม 2560)

⁴⁴ สัมภาษณ์, ฮัมกา มะวัง, คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนราธิวาส, ศาลจังหวัดนราธิวาส, (1 มีนาคม 2560)

⁴⁵ สัมภาษณ์, มะดารี โตะและ, คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดยะลา, ศาลจังหวัดยะลา, (11 เมษายน 2560)

⁴⁶ สัมภาษณ์, ชำซุดดีน, คณะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดสตูล, ศาลจังหวัดสตูล, (15 พฤษภาคม 2560)

2) ควรปรับคุณสมบัติของคณะตุ้ะยุติธรรมให้เหมาะสมกับหน้าที่ เพราะส่งผลต่อความไว้วางใจของประชาชนและสังคม สมควรมีวุฒิกการศึกษาทางกฎหมายอิสลามและกฎหมายบ้านเมืองด้วยเพราะ การที่คณะยุติธรรมเป็นผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายบ้านเมืองด้วยนั้นจะเป็นผลดีต่อการทำหน้าที่ในกระบวนการศาล

3) ควรมีนิตกรทางกฎหมายอิสลามที่มีวุฒิกการศึกษาทางกฎหมายอิสลามและเป็นผู้มีความรู้กฎหมายไทย เพื่อทำหน้าที่รับฟ้องคดีที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอิสลาม ตรวจสอบ เป็นต้นเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนที่มาใช้บริการ เป็นการลดขั้นตอนเพื่อไม่ให้คณะยุติธรรมเข้ามามีส่วนในการให้คำปรึกษาในข้อพิพาทครอบครัวมรดกอิสลาม เพราะเสี่ยงต่อการกล่าวอ้างในชั้นพิจารณาคดี

4) ควรมีความร่วมมือระหว่างสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดกับศาลในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ในกรณีข้อพิพาทที่สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเห็นว่าต้องใช้อำนาจบังคับแก่คดี โดยแนะนำให้ฝ่ายผู้เสียหายร้องไปยังศาลเพื่อใช้อำนาจบังคับต่อไป เพื่อประโยชน์แก่ประชาชน

ข้อเสนอแนะประเด็นที่ต้องมีการศึกษาครั้งต่อไป

ควรมีการศึกษาต่อไปว่าหากประชาชนผู้นับถือศาสนาอิสลามอื่นจากเขตจังหวัดชายแดนภาคใต้มีข้อพิพาทในประเด็นครอบครัวและมรดกอิสลามต้องการที่จะใช้กฎหมายอิสลามเช่นเดียวกันกับพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ควรมีรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ดังกล่าวอย่างไร

บทสรุป

อิสลามเป็นศาสนาที่มีความเชื่อมโยงกับผู้สร้าง (อัลลอฮ์) โดยมีพระมหาคัมภีร์อัลกุรอานเป็นธรรมนูญสูงสุดซึ่งถูกประทานมาตั้งแต่สมัยท่านศาสดามุฮัมมัด (คือลลิลลฮูอะลัยฮิวะสลลัม) จวบจนปัจจุบันมากกว่า 1,400 ปีมาแล้ว แม้สภาพสังคมเปลี่ยนไปมากน้อยเพียงใดบทบัญญัติแห่งศาสนายังสามารถปรับเข้ากับยุคสมัยได้ เพราะบทบัญญัติศาสนามีความเป็นพลวัตในตัวอยู่แล้ว โดยท่านศาสดาเป็นผู้เผยแพร่และอธิบายขยายความรู้จักในนามอัลหะดีษ (Hadith) เมื่อเวลาผ่านไปยุคสมัยเปลี่ยนไปข้อเท็จจริงเปลี่ยน หลักกฎหมายอิสลามเปิดโอกาสให้ผู้ทรงภูมิความรู้ตามที่กฎหมายยอมรับวินิจัย (Ijtihad) ประเด็นร่วมสมัยผ่านหลักการเทียบเคียงตัวบท (Qiyas) เป็นต้นอันเป็นสิ่งที่มุสลิมต้องถือปฏิบัติในวิถีชีวิตประจำวันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ประเด็นครอบครัวและมรดกถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันทางสังคมที่มีความสำคัญและมีส่วนในการพัฒนาสังคมมาก หากกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติในเรื่องครอบครัวและมรดกไม่เป็นไปตามหลักความเชื่อทางศาสนาแล้วอาจเป็นการบั่นถอนความเป็นเอกภาพของสถาบันครอบครัวหรือวิถีการครองเรือนของผู้นับถือศาสนานั้นๆ ได้

สำหรับประเทศไทยถือเป็นสิ่งที่น่าสนใจอย่างยิ่งที่มีกฎหมายรองรับในเรื่องครอบครัวและมรดกของมุสลิมแม้จะเป็นชนกลุ่มน้อยในประเทศ ด้วยความคำนึงถึงประโยชน์สุขของประชาชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในทางศาสนา ส่งผลให้มีการตรากฎหมายซึ่งมีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ.2444

คือกฎข้อบังคับการปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ต่อมาได้ตราเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ในปี พ.ศ.2489 จนกระทั่งปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามข้อจำกัดในการใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวถือว่ายังต้องมีการศึกษาเพื่อให้เกิดความทันสมัยในเรื่องของพระราชบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมหรือยุคสมัย หากไม่แล้วการบังคับใช้กฎหมายอิสลามอาจไม่สามารถตอบโจทก์ตามเจตนารมณ์ทางกฎหมายอิสลามเท่าที่ควร

บรรณานุกรม

หนังสือ

กำธร พันธูลาภ, ตะโตะยุติธรรม. (อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น 9, สำนักงานศาลยุติธรรม, ม.ป.ป.)

จรัญ ภักดีธนากุล, *การใช้กฎหมายอิสลามในสี่จังหวัดภาคใต้*, (ดุลพาห, เล่มที่ 3 ปีที่ 38 พฤษภาคม-มิถุนายน 2534)

ชุมพล จันทราทิพย์, พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, (กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)

มนตรี ยอดปัญญา, *คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก*, (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554)

คำปรารภ (ประธานศาลฎีกา)

เมาลานา ซัยยิดอับดุลอะลา เมาคูตี แปลโดยบรรจง บินกาชัน, *ศัฟฮีมุลกุรอาน* (กรุงเทพฯ, ศูนย์หนังสืออิสลาม, 2551) เล่ม 2

สมหมาย จันทรเรือง, *ระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม* (กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2546)

สำนักงานศาลยุติธรรม, *คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก*, (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554)

สัมภาษณ์

สัมภาษณ์, ชำชูดดิน, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดสตูล, ศาลจังหวัดสตูล, (15 พฤษภาคม 2560)

สัมภาษณ์, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, (23 มกราคม 2560)

สัมภาษณ์, มะดารี โต๊ะและ, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดยะลา, ศาลจังหวัดยะลา, (11 เมษายน 2560)

สัมภาษณ์, มะรอมือลี ปือราเฮง, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดนราธิวาส, ศาลจังหวัดนราธิวาส, (1 มีนาคม 2560)

สัมภาษณ์, หมัดอูเส็น หมัดหมัน, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดสตูล, ศาลจังหวัดสตูล, (15 พฤษภาคม 2560)

สัมภาษณ์, อิสมาแอ เจ๊ะ, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, (23 มกราคม 2560)

สัมภาษณ์, ฮัมกา มะวิง, ตะโตะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนราธิวาส, ศาลจังหวัดนราธิวาส, (1 มีนาคม 2560)

เอกสารอื่นๆ

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 44 ก (18 พฤษภาคม 2543)

พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การแต่งตั้งและการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาวุโส พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 116 ตอนที่ 75 ก (20 สิงหาคม 2542)

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 127 ตอนที่ 72(22 พฤศจิกายน 2553)

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 44 (18 พฤษภาคม 2543)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 63 ตอนที่ 77 (วันที่ 3 ธันวาคม 2489)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับธรรมนูญมะดีนะฮ์
ว่าด้วยเรื่องสิทธิและความยุติธรรม

The Constitution of the Kingdom Of Thailand B.E. 2560 and the Madinah
Proclamation on Rights and Justice

หมัดเฟาซี รูบามา*
Madpouzee Rubama

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์ความเหมือนหรือความต่างกันของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับธรรมนูญมะดีนะฮ์ ที่มีบริบทที่คล้ายคลึงกันของลักษณะประชากร และให้ความสำคัญกับการบัญญัติ กฎ กติกา เพื่อให้บุคคลที่มีความคิด ความเชื่อ แตกต่างกันสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติ

ประเทศไทยมีประชากรที่นับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็ยังมีประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามและศาสนาคริสต์ อาศัยอยู่ด้วยเหมือนกันกับมะดีนะฮ์ที่มีประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามและศาสนาอื่นอยู่ร่วมกันภายในประเทศ ฉะนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับธรรมนูญมะดีนะฮ์จึงควรมีเนื้อหาที่ให้ความสำคัญกับประชากรที่มีความคิด ความเชื่อที่แตกต่างกันด้วย เพื่อลดความเหลื่อมล้ำและก่อให้เกิดความรู้สึกไม่เท่าเทียมหรือแตกต่างกันทางสังคม จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีเนื้อหาบางส่วนที่มีลักษณะที่สอดคล้องกับธรรมนูญมะดีนะฮ์ โดยเฉพาะว่าด้วยเรื่องสิทธิและความยุติธรรม ใน 4 ประเด็น กล่าวคือว่าด้วยเรื่องสิทธิด้านเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิด้านความเสมอภาคทางกฎหมาย สิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนาและสิทธิด้านการให้ความคุ้มครอง

คำสำคัญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ธรรมนูญมะดีนะฮ์ สิทธิและความยุติธรรม

* รัฐประศาสนศาสตร มหาบัณฑิต อาจารย์ประจำสาขาการบริหารจัดการท้องถิ่น คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่
E-mail : Madpouzee@hu.ac.th

Abstract

This article aims to analyze similarities and differences between the Constitution of the Kingdom of Thailand and the Madinah Proclamation. Both share similar emphasized context of populations, commandments, regulations, and rules with intentions of making peaceful living of the populations who hold different thoughts and beliefs.

Thailand’s majority populations are Buddhists, while Muslims and Christians are living in the country as minority. Like Madinah, Thailand has Muslim populations who live among other religious groups.

Thus, the Constitution of the Kingdom of Thailand should be intended to a focus on different thoughts and beliefs to reduce social disparity and dissonance.

It can be seen that the Constitution of the Kingdom of Thailand contains some content consistent with the Madinah Constitution’s regarding rights and justice into four dimensions: human honors, equal legal rights, religious rights and freedoms, and rights to be protected.

Keywords: the Constitution of the Kingdom of Thailand, the Madinah Proclamation, Rights and Justice

บทนำ

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นเครื่องมือพื้นฐานในการบริหารและปกครองประเทศบ้านเมือง ให้บรรลุเป้าหมายตามที่ผู้ปกครองต้องการ รัฐธรรมนูญจะครอบคลุมเนื้อหาสาระในเรื่องของสิทธิ เสรีภาพของประชาชน อำนาจหน้าที่ของผู้ปกครอง สถาบันทางการเมือง โครงสร้างการเมืองการปกครอง ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้ใต้ปกครอง หรือรัฐกับประชาชน¹ เพื่อให้มีการอยู่ร่วมกันภายใต้กฎ กติกา เดียว

ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้มาแล้วหลายฉบับ มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่ตลอดเวลา ขึ้นอยู่กับรัฐบาลแต่ละยุคแต่ละสมัยที่เข้ามามีอำนาจในการบริหารประเทศ โดยการเข้ามาแก้กฎหมายเพิ่มเติมเพื่อให้การบริหารประเทศเป็นไปตามที่กลุ่มตนเองมีความประสงค์ บ่อยครั้งมีการแก้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ เสรีภาพ และการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน จนนำไปสู่การละเมิดสิทธิมนุษยชนของประชาชนที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างแท้จริง โดยเฉพาะในทางปฏิบัติตามกฎหมายเรื่องสิทธิและความยุติธรรมของประชาชน ที่เป็นกลุ่มเห็นต่าง ที่มีความคิดหรือความเชื่อต่างกัน ก็จะเป็นฝ่ายปฏิบัติ ต่ออำนาจรัฐจนนำมาสู่การใช้ช่องว่างทางกฎหมายหรือข้ออ้างความชอบธรรมในการแก้กฎหมายเพื่อให้สมบูรณ์ที่สุดหรือใช้ในการดำเนินคดีทางกฎหมายได้อย่างชอบธรรมด้วย จะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของไทย ฉบับปี 2540 และต่อมาก็มี รัฐธรรมนูญ 2550 จนถึงฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญปี 2560 แสดงให้เห็นถึงสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญที่พยายามแก้ไขตามคำเรียกร้องให้มีความเท่าเทียมกันในการจัดสรรสิทธิและหน้าที่พื้นฐานต่างๆ แต่ในขณะเดียวกันในรัฐธรรมนูญก็สนับสนุนความไม่เท่าเทียมกันทั้งทางสังคมและเศรษฐกิจอย่างเห็นได้ชัดสอดคล้องกับที่ จอห์น รอลส์² ได้กล่าวไว้ว่า ข้าพเจ้าขอยืนยันอย่างแน่วแน่ว่าคุณคนในสภาวะเริ่มแรกจะเลือกหลักการที่ค่อนข้างแตกต่างกัน คือ หลักการแรกเรียกร้องความเท่าเทียมกันในการจัดสรรสิทธิและหน้าที่พื้นฐานต่างๆ แต่ในขณะเดียวกันก็เลือกหลักการที่สองที่กลับสนับสนุนความไม่เท่าเทียมกันทางสังคมและเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการนำไปปฏิบัติหรือนำมาใช้ของผู้บริหารประเทศ

สิทธิและความยุติธรรมของประชาชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องระบุให้ชัดเจน เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญได้อย่างเท่าเทียมกันทั้งกลุ่มที่เป็นชนกลุ่มใหญ่ภายในประเทศ และชนกลุ่มน้อยต่างๆ ที่อาศัยอยู่ภายในประเทศหรือแม้กระทั่งกลุ่มคนที่มีความคิด ความเชื่อต่างกัน เพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติสุข

ประเทศไทยมีกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และบังคับใช้กับทุกคนภายในประเทศ ทั้งกลุ่มคนที่มีความแตกต่างกันทั้งทางความคิด เชื้อชาติ ศาสนา จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงสิทธิ

¹ ดร. สัมฤทธิ์ ยศสมศักดิ์, วารสารวิชาการ มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 17 มกราคม – เมษายน 2548, p.67

² John Rawls, A Theory of Justice (Cambridge: Harvard University Press, 1971), pp. 14-15

เสรีภาพ และการเข้าถึงความยุติธรรมต่างๆ ให้เท่าเทียมกัน ตามธรรมนูญแห่งรัฐที่ได้ประกาศใช้ออกมา เพราะธรรมนูญ ถือเป็นระเบียบปฏิบัติของการอยู่ร่วมกันในสังคม

ประชาชนมุสลิมที่นับถือศาสนาอิสลามถือเป็นชนกลุ่มน้อยที่อาศัยภายในประเทศไทย ก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามธรรมนูญของประเทศไทยที่ประกาศไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ แต่ต้องไม่ขัดแย้งกับหลักความเชื่อ เนื่องจากมุสลิมที่นับถือศาสนาอิสลามก็มีบทบัญญัติที่ต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด นั่นคือ การดำเนินวิถีชีวิตตามแนวทางของอิสลามที่ปรากฏในอัลกุรอานและสุนนะฮ์ แต่อย่างไรก็ตามอิสลามเองเคยมีธรรมนูญมะดีนะฮ์ที่ถือเป็นกฎ ระเบียบและกติกากการอยู่ร่วมกันที่ได้มีการบัญญัติไว้ในอัลกุรอานและสุนนะฮ์ โดยเป็นจริยวัตรและแบบอย่างของศาสดามุฮัมมัดผู้เป็นศาสนทูตมาเผยแพรศาสนาอิสลามที่ได้ให้ความสำคัญกับการบัญญัติ กฎ กติกา การอยู่ร่วมกันมานานมากกว่า 1,430 ปีแล้ว เพื่อให้บุคคลที่มีความคิด ความเชื่อ แตกต่างกันสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติ

เมื่อศึกษาถึงประวัติศาสตร์อิสลาม เราจะพบว่าเรื่องการบัญญัติหรือกำหนด กฎ กติกาการอยู่ร่วมกันนั้นได้เกิดขึ้นตั้งแต่ในปีแรกของการฮิจเราะห์³ของท่านศาสดามุฮัมมัด จากเมืองมักกะฮ์ไปยังเมืองมะดีนะฮ์⁴ กล่าวคือเมื่อครั้งที่ท่านศาสดามุฮัมมัด อพยพไปยังเมืองมะดีนะฮ์นั้น ท่านศาสดาพบว่า เมืองมะดีนะฮ์นั้นมีความหลากหลายทางสังคมที่ประกอบด้วย ประชากรหลายเผ่าพันธุ์ หลายศาสนา มีความอาฆาตพยาบาทกันอยู่ระหว่างเผ่า และอาจเกิดความขัดแย้งขึ้นได้ในภายหลังเมื่อต้องอาศัยอยู่ร่วมกัน ซึ่งในขณะนั้นประกอบไปด้วย ชาวมุฮากฎีรีน ที่เป็นมุสลิมอพยพจากเมืองมักกะฮ์มายังเมืองมะดีนะฮ์ ชาวอันศอร ที่เป็นชาวเมืองมะดีนะฮ์ดั้งเดิมที่คอยให้การช่วยเหลือชาวมุฮากฎีรีน ชาวยิว และคริสเตียน⁵

ดังนั้นท่านศาสดามุฮัมมัด (ซ.ล.) จึงได้จัดตั้งระเบียบขึ้นเรียกว่า “ธรรมนูญแห่งมะดีนะฮ์” ซึ่งเป็นระเบียบเพื่อการเลิกการอาฆาตพยาบาทกันระหว่างเผ่า โดยเฉพาะเผ่าเอาสและเผ่าค็อซรอจญ์ เพื่อให้สิทธิต่างๆ แก่ประชาชนทุกกลุ่ม โดยเฉพาะชาวยิว และคริสเตียนที่มีความเชื่อและนับถือศาสนาแตกต่างกันที่อาศัยอยู่ในเมืองและรอบๆเมืองมะดีนะฮ์ ซึ่งเมื่อหันกลับมามองประเทศไทยของเราเองก็มีลักษณะที่คล้ายๆ กัน นั่นคือมีประชากรที่นับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็ยังมีประชากรที่นับถือศาสนาอิสลาม และคริสเตียน อาศัยอยู่ในประเทศด้วย ฉะนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงควรมีเนื้อหาที่ให้ความสำคัญประชากรที่มีความคิด ความเชื่อ ที่นับถือแตกต่างกันด้วย เพื่อลดความเหลื่อมล้ำและก่อให้เกิดความรู้สึกไม่เท่าเทียมหรือ

³ การฮิจเราะห์ หมายถึง การอพยพ จากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง

⁴ เมืองมักกะฮ์และมะดีนะฮ์ เป็นเมืองหนึ่งที่อยู่ในประเทศ สะอุดี อาราเบีย ในปัจจุบัน

⁵ ดูเพิ่มเติมใน หมัดฟาซี รูบามา, คู่มือสิทธิมนุษยชนศึกษาสำหรับประชาชนในพื้นที่จังหวัดชายแดนใต้ :สิทธิมนุษยชนในอิสลามที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญมะดีนะฮ์ กับการรับรองสิทธิเสรีภาพ ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948. (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2558).

⁶ สนธิสัญญาหรือระเบียบการอยู่ร่วมกัน ระหว่างชาวมุฮากฎีรีน ชาวอันศอร ชาวยิว และชาวคริสเตียน ที่อาศัยอยู่ในมะดีนะฮ์ โดยศาสดาเขียนขึ้น ณ เมืองมะดีนะฮ์ และใช้ชื่อว่า ธรรมนูญแห่งมะดีนะฮ์

แตกต่างกันทางสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่าด้วยเรื่องสิทธิและความยุติธรรม โดยจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีเนื้อหาบางส่วนที่มีลักษณะที่สอดคล้องกับธรรมนูญแห่งมะดิสัย แต่บางส่วนก็มีลักษณะที่แตกต่างกันบ้างไปตามยุคตามสมัยแต่ยังคงรักษาอยู่บนพื้นฐานเดียวกันนั่นคือ การอยู่ร่วมกันอย่างสันติ

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความสนใจศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับธรรมนูญมะดิสัย ว่าด้วยเรื่องสิทธิและความยุติธรรม โดยเลือกศึกษาเฉพาะขอบเขตในบริบทที่มีความเหมือนหรือความต่างกันเกี่ยวกับลักษณะด้านชาติพันธุ์ ความเชื่อ และการนับถือศาสนาของบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎและรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับนี้ ใน 4 ประเด็น กล่าวคือ ว่าด้วยเรื่องสิทธิและความยุติธรรม ด้านเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์ ด้านความเสมอภาคทางกฎหมาย ด้านสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา และด้านการให้ความคุ้มครอง ดังที่ปรากฏดังต่อไปนี้

1. สิทธิและความยุติธรรมด้านเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์

ธรรมนูญมะดิสัย ได้ระบุไว้เกี่ยวกับสิทธิ⁷ ดังกล่าวเช่นใน

มาตราที่ 25 ความว่า “พวกยิวตระกูลลบนู Awf เป็นประชาคมเดียวกันกับบรรดาผู้ศรัทธา...”

มาตราที่ 35 ความว่า “และแท้จริงกลุ่มย่อยของพวกยิวก็ถือเสมือนตัวของพวกเขาเอง คือกลุ่มใหญ่”

จากมาตราดังกล่าวที่ได้ปรากฏข้างต้น จะเห็นได้ว่าท่านศาสดามุฮัมมัด ได้ให้ความสำคัญกับเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์ของทุก ๆ คนเผ่า กล่าวคือ ท่านศาสดามุฮัมมัด ถือว่าผู้ที่ไม่ใช่ผู้ศรัทธา (มุสลิม) ที่เป็นพวกยิวและคริสเตียนที่อาศัยอยู่ในมะดิสัย พวกเขาเหล่านี้ก็มีสิทธิในด้านต่างๆ เท่ากับผู้ศรัทธา (มุสลิม)⁸ พวกเขาจะได้รับการพิทักษ์จากการถูกสบประมาทและการข่มขู่ และพวกเขามีสิทธิเสมอภาคเท่าเทียมกันกับชาวมุสลิม ทั้งในด้านอาชีพและบริการสงเคราะห์ในสาขาต่างๆ รวมไปถึงเสรีภาพในการนับถือศาสนาด้วย

นอกจากนี้ท่านศาสดามุฮัมมัด ถือว่า กลุ่มย่อยของพวกยิวก็เสมือนกับกลุ่มใหญ่⁹ พวกเขาจะได้รับการปฏิบัติและการให้สิทธิเสรีภาพต่างๆ อย่างทัดเทียมกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการตีความดังกล่าวข้างต้นจะสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. 2560¹⁰ ที่ได้ระบุถึงเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์¹¹ ไว้ ดังนี้

⁷ ดูเพิ่มเติมใน ดร.อักรอม ฎิยาฮ อุมรีย์, 1983:121

⁸ ผู้ศรัทธา หมายถึงผู้ที่รับนับถือศาสนาอิสลาม ส่วนผู้ที่ไม่ใช่ผู้ศรัทธาหมายถึง ผู้ที่ไม่ได้รับนับถือศาสนาอิสลาม

⁹ กลุ่มย่อยของพวกยิวก็เสมือนกับกลุ่มใหญ่ หมายถึง พวกยิวถึงแม้จะเป็นชนกลุ่มน้อย แต่ก็จะได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกันเสมือนกับเป็นกลุ่มเดียวกันกับกลุ่มของชนส่วนใหญ่ภายใต้การปกครองของธรรมนูญแห่งมะดิสัย

¹⁰ ดูเพิ่มเติมในราชกิจจานุเบกษา, 2560 สืบค้นออนไลน์:

www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF

¹¹ บทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เช่น

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับการคุ้มครอง

1. ชาวไทยทุกคนย่อมได้รับการคุ้มครองเสมอกัน ทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค
2. การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมาย
 - 2.1 ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
 - 2.2 ต้องไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินสมควรแก่เหตุ
 - 2.3 ต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลและต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นไว้ด้วย
 - 2.4 ต้องบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงกับบุคคลใด บุคคลหนึ่งหรือกรณีใด กรณีหนึ่ง

จากรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่า มีการให้ความสำคัญกับสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีของมนุษย์ในการอยู่ร่วมกันในสังคม ถึงแม้ว่าจะมาจากต่างเผ่า ต่างความเชื่อ ต่างศาสนา และเชื้อชาติ และให้คิดเสมอว่าทุกคนเสมือนคนกลุ่มเดียวกัน มีสิทธิ เสรีภาพอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติแก่กรณีใด กรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เพราะสิทธิด้านเกียรติแห่งความเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนเชื่อว่าเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ สอดคล้องกับที่ จอห์น ล็อก¹² กล่าวว่า “มนุษย์เกิดมามีอิสรภาพและความเท่าเทียมกัน ไม่มีใครมีสิทธิทำลายชีวิต สุขภาพ เสรีภาพ และทรัพย์สินของผู้อื่น” ซึ่งต่อมาก็กลายเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและกฎหมายหลายฉบับ¹³ แต่ในทางปฏิบัติจริงปัจจุบันเรากลับพบว่า รัฐบาลได้นำมาตรการด้านความมั่นคงที่มีแนวโน้มคุกคามสิทธิของประชาชนมาใช้ ดังที่ ซาลิล เช็ตตี (Salil Shetty) เลขาธิการแอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล กล่าวว่า “ผู้นำในหลายประเทศปัจจุบันแทนที่จะต่อสู้เพื่อสิทธิของประชาชน กลับเลือกใช้แนวทางที่ลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อรักษาอำนาจทางการเมืองของตนเอง ผู้นำหลายคนพยายามเพิ่มคะแนนนิยมหรือเบี่ยงเบนความสนใจของประชาชนจากความล้มเหลวด้านเศรษฐกิจและสังคม ด้วยการละเมิดสิทธิของกลุ่มคน

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

¹² John Locke. Two Treatises of Civil Government. 1963. p.137.

¹³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2558. สิทธิในชีวิต. พิมพ์ครั้งที่ 3 หน้า 33

ที่ถูกทำให้เป็นจำเลยของสังคม”¹⁴ ทำให้ละเลยการให้ความสำคัญกับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นจนก่อให้เกิดปัญหาการเรียกร้องต่างๆ นานาตามมาและเกิดความขัดแย้งกันในสังคม

2. สิทธิและความยุติธรรมด้านความเสมอภาคทางด้านกฎหมาย

ธรรมนูญมะดีนะฮ์ ได้ระบุไว้เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวเช่น

มาตราที่ 4-11¹⁵ ได้ระบุไว้ความว่า “ส่วน Banu Awf , Banu-Harith , Banu Saidah , Banu Jusham , Banu Najjar , Banu Amr Ibn' Awf , Banu'Nabit , Banu-Aws จะต้องจ่ายเงินค่าทำขวัญตามธรรมเนียมปัจจุบันของพวกเขาอย่างที่ว่าพวกเขาเคยจ่ายเมื่อครั้งยังไม่ได้นับถือศาสนาและการไถ่เชลยจะต้องปฏิบัติโดยวิธีการที่ดีและยุติธรรมอย่างที่ปฏิบัติกันในหมู่บรรดาผู้ศรัทธา”

จากมาตราดังกล่าวที่ได้ปรากฏข้างต้น จะเห็นได้ว่าท่านศาสดามุฮัมมัด ได้ร่างธรรมนูญมะดีนะฮ์ โดยที่ท่านไม่ได้คำนึงถึงความแตกต่างของเชื้อชาติ ชนเผ่า เพศ ศาสนา หรือ ตำแหน่งฐานะทางสังคมแต่อย่างใด กล่าวคือ ท่านศาสดามุฮัมมัด ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ให้เผ่าต่างๆ ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีเผ่าใดที่เหนือกว่าเผ่าใด กล่าวคือ ในกรณีที่มีการฆาตกรรมเกิดขึ้นในเมืองมะดีนะฮ์ ไม่ว่าจะเป็นคนในตระกูลใด หรือเผ่าใด ผู้ใดฆ่าผู้อื่นเขาจะต้องจ่ายค่าทำขวัญ (ดิยัต) ให้กับครอบครัวของผู้ตายเช่นเดียวกัน แม้แต่เชลยศึก ก็ได้รับการปฏิบัติอย่างดีและมีความยุติธรรม (ในมาตราที่ 4-11 ของธรรมนูญมะดีนะฮ์)

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการตีความดังกล่าวข้างต้นจะสอดคล้อง กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. 2560 ที่ได้ระบุถึงความเสมอภาคทางกฎหมาย¹⁶ ดังนี้

¹⁴ รายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชนทั่วโลกประจำปี2559/2560 อ้างถึงใน ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, 2560

¹⁵ ดูเพิ่มเติมใน ดร.อัครอม ภูยาช อุมาเรีย, 1983:121

¹⁶ บทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับความเสมอภาคทางด้านกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เช่น

มาตรา 25 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรานั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีการตรากฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

1. ประชาชนทุกคนมีสิทธิ และเสรีภาพทางกฎหมาย และได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญได้อย่างเท่าเทียมกัน ถ้าหากการกระทำนั้นไม่ได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น
2. ประชาชนทุกคนมีสิทธิ และเสรีภาพแต่ต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น
3. บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และมีสิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้
4. การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมายต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
5. การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมายต้องไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินสมควรแก่เหตุ
6. การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมายต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลและต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นไว้ด้วย
7. การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมายต้องบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงกับบุคคลใด บุคคลหนึ่ง หรือกรณีใด กรณีหนึ่ง
8. บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น มีสิทธิได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามกฎหมาย
9. ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันตามกฎหมาย

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

10. ไม่สามารถเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ ฐานะทางเศรษฐกิจ การศึกษา ความเชื่อทางศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมืองได้ ตราบใดที่การกระทำยังไม่ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ

11. ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ หรือพนักงานของรัฐมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ยกเว้นการจำกัดไว้ในกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

12. ประชาชนทุกคนมีสิทธิ และเสรีภาพ แต่การกระทำนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากธรรมนูญทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่า มีการให้ความสำคัญกับสิทธิทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่แบ่งแยกความแตกต่างกัน และให้สิทธิได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ แต่ในทางปฏิบัติเรากลับพบความเหลื่อมล้ำทางกฎหมายของบุคคลระหว่างประชาชนทั่วไป กับบุคคลที่มีอำนาจทางตำแหน่งและระหว่างคนรวยกับคนจนยังคงมีอยู่ในสังคมไทย

3. สิทธิและความยุติธรรมด้านเสรีภาพในการนับถือศาสนา

ธรรมนูญมะดีนะฮ์ ได้ระบุไว้เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวใน

มาตราที่ 25¹⁷ ความว่า “พวกยิวตระกูลบนูอาฟเป็นประชาคมเดียวกันกับบรรดาผู้ศรัทธา พวกยิวก็มีศาสนาและพวกมุสลิมก็มีศาสนาด้วยกันรวมทั้งบ่าวและตัวของพวกเขาเอง ทั้งนี้ยกเว้นผู้ประพฤติผิดและทำการบาป เพราะพวกนี้ทำลายตัวเองและครอบครัวของพวกเขาเองเท่านั้น”

จากมาตราที่ได้ปรากฏข้างต้นจะเห็นได้ว่า ท่านศาสดามุฮัมมัด ได้กำหนดให้พวกยิวมีสิทธิศรัทธาเลื่อมใสในศาสนาของเขา และปฏิบัติกิจในหนทางของความศรัทธาของพวกเขาได้อย่างเสรี มวลมุสลิมก็มีสิทธิที่จะศรัทธาและปฏิบัติศาสนกิจทุกอย่างตามความเลื่อมใสศรัทธาเช่นเดียวกัน¹⁸

และท่านศาสดามุฮัมมัด ยอมรับให้พวกยิวยังคงนับถือศาสนาเดิมและไม่ได้บังคับคนหนึ่งคนใดให้เข้ารับนับถืออิสลาม แต่ท่านจะเปิดโอกาสให้พวกเขาเลือกเอาว่าจะเข้ารับอิสลามหรือยังคงอยู่ในศาสนาเดิมของพวกเขาที่ซึ่งสนองตอบคำดำรัสของอัลลอฮ์ที่ว่า

ความว่า “ไม่มีการบังคับ (ให้นับถือ) ในศาสนา อิสลาม...”¹⁹

¹⁷ อัครอม ฎิยาฮฺ อุมรีย์, 1983:121

¹⁸ ยะก๊อบ ท่วมประถม, มปป:163

¹⁹ อัลบะเกาะเราะฮฺ, 2:256 لَا كَرْهَ فِي دِينٍ وَلَا نَسْأَةَ مِنَ الْغَيْبِ مَنْ يَخْلُفْ لِبَلِّ طَاغُوتٍ وَيُؤْمِنُ بِاللَّطِيفِ (256) ความว่า “ไม่มีการบังคับใด (ให้นับถือ) ในศาสนา อิสลาม

นอกจากนี้ศาสนาอิสลามยังอนุญาตและเปิดโอกาสให้พวกเขาสามารถปฏิบัติศาสนกิจ และปกป้องรักษาศาสนสถานของพวกเขาไว้ โดยที่ไม่มีการละเมิดแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการตีความดังกล่าวข้างต้นจะสอดคล้อง กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. 2560 ที่ได้รับบุถึงเสรีภาพในการนับถือศาสนา²⁰ ดังนี้

1. ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพโดยสมบูรณ์ในการนับถือศาสนา
 2. ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของประชาชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
 3. รัฐบาลควรอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น
 4. การอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาที่เป็นศาสนาของประชาชนส่วนใหญ่ รัฐควรส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษา และเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาท
 5. รัฐต้องมีมาตรการและกลไกในการป้องกันมิให้มีการบ่อนทำลายพระพุทธศาสนาไม่ว่ารูปแบบใด
 6. รัฐควรส่งเสริมให้พุทธศาสนิกชนมีส่วนร่วมในการดำเนินมาตรการหรือกลไกในการป้องกันดังกล่าวด้วย
- แต่อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกต ในบางประเด็นระหว่างธรรมนูญมะดีนะฮ์กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. 2560 เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. 2560 นั้นได้ระบุอย่างชัดเจนว่า “รัฐพึงสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาท โดยให้บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งสอดคล้องกับ

แน่นอน ความถูกต้องนั้นได้เป็นที่กระจ่างแจ้งแล้วจากความผิด ดังนั้นผู้ใดปฏิเสธศรัทธาต่อ อัล-กุรอาน และศรัทธาต่ออัลลอฮ์แล้วแน่นอนเขาได้ยึดห้วงอันมั่นคงไว้แล้ว โดยไม่มีการขาดใด ๆ เกิดขึ้นแก่มัน และอัลลอฮ์นั้นเป็นผู้ทรงได้ยิน ผู้ทรงรอบรู้”

²⁰ บทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับเสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เช่น

มาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 67 รัฐพึงอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น

ในการอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาอันเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านาน รัฐพึงส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาท เพื่อให้เกิดการพัฒนาจิตใจและปัญญา และต้องมีมาตรการและกลไกในการป้องกันมิให้มีการบ่อนทำลายพระพุทธศาสนาไม่ว่าในรูปแบบใด และพึงส่งเสริมให้พุทธศาสนิกชนมีส่วนร่วมในการดำเนินมาตรการหรือกลไกดังกล่าวด้วย

ธรรมนูญมะดีนะฮ์ในมาตรา 25 ดังกล่าวมาแล้ว แต่ต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้ที่ให้หลักการไว้อย่างกว้างๆ ในมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญฉบับ 2550²¹ ซึ่งไม่ระบุชัดเจนถึงหลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาท

ส่วนหลักการอิสลามเกี่ยวกับการนับถือศาสนานั้นมีประเด็นเรื่องการเปลี่ยนศาสนา เพราะตามหลักการอิสลามถือว่าการเปลี่ยนศาสนาหรือการพินาศจากการเป็นมุสลิม [คือ การหันหลังจากศาสนาอิสลามไปสู่ศาสนาอื่น หรือการตัดขาดจากอิสลามไปยังกัฟรฺ (ผู้ไม่ศรัทธาต่อพระเจ้า) ส่วนผู้ที่กระทำการดังกล่าวเรียกว่า “มูรตัด”] ถือว่าเป็นบาปใหญ่ และโทษของเขาในโลกหน้า คือ การลงนรก ส่วนโทษในโลกนี้ทุกคนส่วนใหญ่เข้าใจว่าโทษของมัน คือ การประหารชีวิต แต่ในความเป็นจริงเมื่อเราพิจารณาจากอัลกุรอาน เราจะพบว่าอัลกุรอานได้บัญญัติเรื่องการพินาศจากศาสนาไว้ 13 อายะห์ (โองการ) ในแต่ละซูเราะห์ (บท) (อาละอิมรอน, 3:85)²² (อันนะฮล, 16:106)²³ แต่จากทั้งหมด พบว่าไม่มีโองการใดเลยที่ระบุถึงโทษทัณฑ์ที่ต้องได้รับบนโลกนี้ โทษทั้งหมดถูกระบุว่าเป็นความรับผิดชอบของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของทั้งสิ้นถึงแม้ว่า จะมีการก่อตั้งรัฐอิสลามขึ้นแล้วก็ตาม

นักการศาสนาบางท่านให้ความเห็นว่า การพินาศจากศาสนานั้น เป็นความผิดที่เขาผู้นั้นต้องรับผิดชอบต่อพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งหากว่ามีการลงโทษประหารชีวิตด้วยเหตุผลของการพินาศจากศาสนาจริง มันก็จะไปขัดแย้งกับโองการที่ว่า

ความว่า “ไม่มีการบังคับใด (ให้นับถือ) ในศาสนาอิสลาม” (บางส่วนของอายะฮ์อัล บากอเราะห์, 2: 256) และเมื่อไม่มีการลงโทษที่บันทึกในอัลกุรอานแล้ว หากเรามองในแง่ของสุนนะห์ (แบบอย่าง) ของท่านศาสดามุฮัมมัด จะพบว่า จากบทสรุปในหลายส่วน นักวิชาการมุสลิมให้ความเห็นในหลายด้าน บ้างก็ว่า การพินาศจากศาสนา จำเป็นต้องถูกประหารโดยอั้งเอาะห์ดีษ ของอิบนุอับบาส ที่ว่า

ความว่า “ผู้ใดเปลี่ยนศาสนาจงฆ่าเขา”²⁴ แต่ทั้งหมดก็ถูกอีกฝ่ายโต้แย้ง โดยอ้างหลักฐานจากกุรอานในซูเราะห์ที่ 2 อายะห์ที่ 256 และสุนนะห์ที่เป็นจริยวัตรและแบบอย่างของท่านศาสดามุฮัมมัด โดยวิจารณ์ว่าการสังหารที่เกิดขึ้น เป็นเพราะคติความอื่น (เช่นการปล้น) ไม่ใช่เรื่องของการเปลี่ยนศาสนา เพราะธรรมนูญมะดีนะฮ์

²¹ ไพศาล สุวรรณรักษา, 2557 ‘กฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน’(2557),

<http://www.bangkokwang.go.th/index.php/2014-06-12-01-15-46/2014-04-20-13-36-46/113-2014-07-29-10-26-56>
(14 มิถุนายน 2560)

²² อาละอิมรอน, 3:85 (وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلْيَعْلَمْ أَنَّهُ لَنْ يُقْبَلَ فِيهِ) وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ الْإِنسَانَ) ความว่า “และผู้ใดแสวงหาศาสนาหนึ่งศาสนาใดอื่นจากอิสลามแล้ว ศาสนานั้นก็จะไม่ถูกรับจากเขาเป็นอันขาด และในโลกเขาจะอยู่ในหมู่ผู้ขาดทุน”

²³ อันนะฮล, 16:106 (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ فَأُولَئِكَ سُمُّوا كُفْرًا وَهُوَ الَّذِي يُضِلُّ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) ความว่า “ผู้ใดปฏิเสธศรัทธาต่ออัลลอฮ์หลังจากที่เขาได้รับศรัทธาแล้ว(เขาจะได้รับความกริ้วจากอัลลอฮ์) เว้นแต่ผู้ที่ถูกบังคับทั้งๆ ที่หัวใจของเขาเปี่ยมไปด้วยศรัทธา แต่ผู้ใดเปิดหัวอกของเขาด้วยการปฏิเสธศรัทธา พวกเขาจักจะได้รับความกริ้วจากอัลลอฮ์และสำหรับพวกเขาจะได้รับการลงโทษอย่างมหันต์”

²⁴ บันทึกโดยบุคอรี :238

ได้ให้สิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนาของทุกกลุ่มได้รับการคุ้มครองโดยธรรมนุญนี้ โดยทั้งนี้มีหลักฐานบางประการจากคอสตีฟะห์ที่เป็นผู้นำสูงสุดหลังจากการสิ้นชีวิตของท่านศาสดามุฮัมมัด ณ เวลานั้น คือ อุมร์ (ร.ด.) ว่า ท่านได้สั่งให้ทหารของท่านจัดการกับผู้เปลี่ยนศาสนาอย่างสันติวิธี หรือหากชักชวนไม่ได้ผล ก็ควรจำคุกดีกว่าการประหาร นักวิชาการมุสลิมจึงให้ความเห็นว่า การเปลี่ยนศาสนาของมุสลิมคนหนึ่งนั้น ควรจำกัดให้เป็นโทษแบบตะอูซีร์ หมายถึง ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษา หากการเปลี่ยนศาสนานั้นไม่ได้ส่งผลต่อความมั่นคงของรัฐ ก็ไม่จำเป็นต้องลงโทษ หรือแค่แนะนำ ตักเตือน แต่หากการเปลี่ยนศาสนามีผลต่อความมั่นคงของรัฐ หรือเปลี่ยนด้วยเจตนาของการก่อกบฏต่อรัฐ ก็อาจจำคุกหรือประหารชีวิตได้ ซึ่งที่ขณะนี้ได้รับการยอมรับมากกว่า ที่ชนะของบางสำนักคิดทางนิติศาสตร์อิสลาม ที่กล่าวว่ามันเป็นโทษประเภหัต (ความผิดที่ชัดเจน)

จากธรรมนุญทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่า มีการให้ความสำคัญกับสิทธิในการนับถือศาสนาและทำนุบำรุงศาสนสถานตามความเชื่อของแต่ละบุคคลได้อย่างเท่าเทียมกัน トラบใดที่ไม่ก่อให้เกิดให้เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชน ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

4. สิทธิและความยุติธรรมด้านการให้ความคุ้มครอง

ธรรมนุญมะดีนะฮ์ ได้ระบุไว้เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวเช่นใน มาตราที่ 16²⁵ ความว่า “และสำหรับพวกยิวที่ตามเรานั้นได้รับการช่วยเหลือและความเสมอภาคจากเรา พวกเขาจะไม่ถูกรังแกข่มเหงและศัตรูของพวกเขาจะไม่ได้รับการช่วยเหลือจากเรา”

จากมาตราดังกล่าวที่ได้ปรากฏข้างต้น จะเห็นได้ว่าท่านศาสดามุฮัมมัด ได้กำหนดสิทธิโดยให้การช่วยเหลือ คุ้มครองอย่างเสมอภาคกับพวกยิว กล่าวคือ พวกยิวจะได้รับความช่วยเหลือจากชาวมุสลิมในการให้ความคุ้มครอง เมื่อพวกเขาได้รับการข่มเหงรังแกจากศัตรู ขณะเดียวกันชาวมุสลิมก็จะไม่ไปร่วมกับศัตรูของพวกยิวเพื่อทำลายพวกยิวตราบใดที่พวกเขายังยึดมั่นต่อธรรมนุญฉบับนี้ (ธรรมนุญมะดีนะฮ์) และที่สำคัญท่านศาสดาและชาวมุสลิมจะไม่ทำการสู้รบกับยิวคนใด เว้นแต่กับผู้ที่ผิดสัญญา คดโกงบิดพลิ้ว (สอดคล้องมาตราที่ 46 ในธรรมนุญมะดีนะฮ์) เพราะธรรมนุญมะดีนะฮ์ได้กำหนดข้อผูกมัด สิทธิ หน้าที่และสถานภาพของชาวยิวที่ไม่ใช่มุสลิมในฐานะพลเมืองของนครรัฐมะดีนะฮ์ มีสิทธิเท่าเทียมกับชาวมุสลิม ความมั่นคงในชีวิต ทรัพย์สินและเสรีภาพในการนับถือศาสนาของชาวยิวได้รับความคุ้มครองโดยธรรมนุญมะดีนะฮ์อย่างสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามความบาดหมางและสงครามที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายมุสลิมกับพลเมืองชาวยิวในมะดีนะฮ์มีมูลเหตุมาจากชาวยิวละเมิดและฝ่าฝืนธรรมนุญแห่งมะดีนะฮ์ จึงมีการโยกย้ายชาวยิวออกจากคาบสมุทรอาระเบียโดยอนุญาตให้ตั้งถิ่นฐานในดินแดนอื่นในอาณาจักรอิสลามนั้นส่งผลดีทั้งต่อฝ่ายมุสลิมและฝ่ายยิว อีกทั้งไม่ใช่เป็นการลิดรอนสิทธิในที่อยู่อาศัย²⁶ หากแต่

²⁵ อัครอม ฎิยาฮ อุมรีฮ์, 1983:120

²⁶ มุหัมมัดรอฟลี แวหามะ, 2556

เป็นการหาทางออกที่ดีกว่าและเหมาะสมกว่าสำหรับชาวยิวในขณะนั้นและยังให้ความคุ้มครองตามสิทธิในธรรมนูญเช่นเดิม

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการตีความดังกล่าวข้างต้นจะสอดคล้อง กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. 2560 ที่ได้รับบุถึงสิทธิและความยุติธรรมในการให้ความคุ้มครอง²⁷ ดังนี้

²⁷ บทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับสิทธิและความยุติธรรมด้านการให้ความคุ้มครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เช่น

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้

มาตรา 29 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี

ในคดีอาญา จะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองมิได้

คำขอประกันผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องได้รับการพิจารณาและจะเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีมิได้ การไม่ให้ประกันต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

1. ประชาชนชาวไทยทุกคนมีสิทธิได้รับการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันทุกกลุ่มชาติพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ ฐานะทางเศรษฐกิจ การศึกษา ความเชื่อทางศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุข ไม่ถูกรบกวน トラบดใดที่การกระทำยังไม่ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ
2. มาตรการต่างๆ ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
3. การส่งเสริมหรือให้สิทธิเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
4. ประชาชนทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย
5. การค้นตัวบุคคล การจับและคุมขัง ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายของบุคคลไม่สามารถกระทำได้นอกจากมีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายกำหนด
6. ห้ามไม่ให้มีการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม
7. ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด
8. บุคคลมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว ห้ามไม่ให้บุคคลนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางใดๆ

จากธรรมนูญทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่า มีการสนับสนุนและให้ความสำคัญกับสิทธิในการให้ได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน โดยการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันทุกกลุ่มชาติพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ ฐานะทางเศรษฐกิจ การศึกษา ความเชื่อทางศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุข และยังสนับสนุนความไม่เท่าเทียมกันในบางเรื่อง เพื่อให้สิทธิในการคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า หรือด้อยโอกาสกว่ากลุ่มคนบางกลุ่ม โดยมีช่องทางในการดูแลเป็นพิเศษ เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลเหล่านี้สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เสมือนกับบุคคลอื่นๆ ทั่วไปได้

มาตรา 70 รัฐพึงส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุข ไม่ถูกรบกวน ทั้งนี้ เท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ หรือสุขภาพอนามัย

บรรณานุกรม

หนังสือ

จรัส ดิษฐาอภิชัย, *บนเส้นทางสิทธิมนุษยชน*, (กรุงเทพฯ: สุขุมและบุตร, 2550).

ไพศาล สุวรรณรักษา, 'กฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน'(2557),

<http://www.bangkokwang.go.th/index.php/2014-06-12-01-15-46/2014-04-20-13-36-46/113-2014-07-29-10-26-56> (14 มิถุนายน 2560)

ยะก๊อบ ท้วมประถม, *พระศาสดามุฮัมมัด ช.ล. ที่พ่อเล่าให้ฟัง*. (กรุงเทพฯ:ส.วงศ์เสงี่ยม, ม.ป.ป.).

ศอลิหุสสัน อัลอายิด, *สิทธิของชนต่างศาสนิกในประเทศอิสลาม*. (กรุงเทพฯ: เอดิสันเพรส โปรดักต์, 2548).

ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, 'รายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชนทั่วโลกประจำปี2559/2560'

<http://www.deepsouthwatch.org/node/10336> (14 มิถุนายน 2560)

มุหัมมัดรอฟลี แวหามะ, *สัมพันธภาพระหว่างนบีมุหัมมัด กับชาวยิว*. ปริญญาคุชฎีบัณฑิตสาขาอิสลามศึกษา ภาควิชาอิสลามศึกษา (ปัตตานี: วิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2556).

สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, *ความหมายอัลกุรอานเป็นภาษาไทย ภาคที่1 – 30*, (กรุงเทพฯ: สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับม.ป.ป).

สุดปรารณา นิละไพจิตร, *สิทธิมนุษยชนในอิสลามกับการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย* (ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต), (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550).

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *สิทธิในชีวิต*. พิมพ์ครั้งที่ 3 หน้า 33 (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2558)

สัมฤทธิ์ ยศสมศักดิ์, *วิวัฒนาการเนื้อหาของรัฐธรรมนูญไทยกับการพัฒนาทางการเมือง*. วารสารวิชาการมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 17 มกราคม – เมษายน หน้า.67 2548.

หมัดเฟาซี รูบามา, *คู่มือสิทธิมนุษยชนศึกษาสำหรับประชาชนในพื้นที่จังหวัดชายแดนใต้ :สิทธิมนุษยชนในอิสลามที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญมะดีนะฮ์ กับการรับรองสิทธิเสรีภาพ ตามปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948*. (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2558).

หุซัยนอัยกัลป์, *ศาสดามุฮัมมัด มหาบุรุษแห่งอิสลาม ภาคที่ 1*, (กรุงเทพฯ: อิสลามิก อะเคเดมี, 2537).

Books

Locke, John. *Two Treatises of Civil Government*. (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1963)

Rawls, John. *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971)

หนังสือภาษาอาหรับ

1403 م. 1983هـ حقوق المطبع والحفوظة. كرمضياء لعمرى المختصر لعلى

ผลกระทบของการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

The Impact of Establishing Special Economic Zones and the Authority of Local-Administration

พัชรินทร์ สุรกาญจน์กุล^{*}
Patcharin Surakarnkul

บทคัดย่อ

บทความนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อชี้ให้เห็นถึงผลกระทบของการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษในประเทศไทยที่มีต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยศึกษาจากร่างกฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศไทย ผลจากการศึกษาพบว่าร่างกฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศไทยกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการบริหารจัดการภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษหลายด้าน กล่าวคือ อำนาจหน้าที่ดำเนินการแทนเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายเฉพาะบางประเภท การจัดทำบริการสาธารณะ การบริหารจัดการที่ดินภายในพื้นที่ ซึ่งไม่ปรากฏการมีส่วนร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่อย่างใด ประกอบกับเมื่อพิจารณาการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่นักลงทุนในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษพบว่า ร่างกฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศไทยกำหนดให้การให้สิทธิประโยชน์ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะต้องระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษนั้นๆ ทำให้ ณ ปัจจุบันยังไม่ปรากฏรายละเอียดสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่นักลงทุนจะได้รับในแต่ละเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวโน้มนโยบายด้านการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ผู้ประกอบการในเขตเศรษฐกิจพิเศษในบางประเทศพบว่า มีการวางกลไกทางด้านภาษีที่ผู้ประกอบการได้รับยกเว้นหรืออาจได้รับการลดหย่อนภาษีโดยเลือกให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีที่ไม่ใช่ภาษีท้องถิ่นโดยตรงทำให้ไม่กระทบกับรายรับทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากนัก

บทความนี้จึงมีข้อเสนอแนะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการภายในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษผ่านการเป็นคณะกรรมการบริหารและร่วมจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบสหการ รวมถึงมีส่วนร่วมในการกำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับการใช้ประโยชน์สาธารณสมบัติของแผ่นดินภายในพื้นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และการกำหนดสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจ

^{*} นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พิเศษในประเทศไทยควรหลีกเลี่ยงสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่เป็นภาษีท้องถิ่น รวมถึงการกำหนดให้ผลผลิตที่ได้จากการประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะต้องส่งออกไปขายยังต่างประเทศทั้งหมดด้วย

คำสำคัญ: เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ, องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

Abstract

The objective of this research is to study and analyze the impact of Establishing Special Economic Zones and the authority of the local administration. The major finding is that the Draft of Special Economic Zones Act in Thailand provides roles and responsibilities of the committee in many aspects, disassociating with the local administration via authority to act on behalf of local administration in accordance with specific laws, public service provision and land management within the area. As to the consideration criteria of granting tax incentives to investors must conform to The Royal Decree on the Establishment of Special Economic Zones which has not yet been issued, in consequence tax incentives details have not been concluded. However, the study shows that tax incentives for investors in The Special Economic Zone in some countries has been deployed on non-local taxes in order not to affect the fiscal revenue of local administration.

The recommendations of the writer are as followings; 1) Participation of local administration should be applied in term of Special Economic Zones' Management Committee aiming to provide public services and prescribe area usage fee. 2) Preferential treatment for investors in Special Economic Zones should not affect local taxes.

Keywords: Special Economic Zones, Local Administration

1. บทนำ

ปัจจุบันประเทศไทยอยู่ระหว่างการดำเนินการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษรูปแบบใหม่ที่มีลักษณะเป็นพื้นที่การลงทุนที่มีการยกเว้นกฎหมายบางประการและสนับสนุนให้มีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหลายประเภทภายในพื้นที่นั้น ประกอบกับมีการบริหารภายในพื้นที่แบบเบ็ดเสร็จภายใต้ชื่อ “เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการลงทุนและกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงกระจายความเจริญไปสู่ภูมิภาคอื่นๆ ของประเทศไทยโดยใช้เศรษฐกิจเป็นตัวนำการพัฒนา¹ จากการศึกษาแนวนโยบายรวมไปถึงการดำเนินงานภายในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษตั้งแต่การแต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ คณะกรรมการบริหาร การประกาศเขตพื้นที่พัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ การจัดหาที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์ภายในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ การให้สิทธิประโยชน์ทั้งในส่วนที่เป็นภาษีและไม่ใช่ภาษีเพื่อจูงใจให้ผู้ลงทุนเอกชนมาลงทุนภายในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ พบว่าเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษมีการบริหารจัดการภายในพื้นที่ที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากพื้นที่ทั่วไป ทำให้การจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษส่งผลกระทบต่อ การดำเนินงานภายในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการบริหารจัดการพื้นที่ของท้องถิ่นในหลายประเด็น เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างตามที่ พ.ร.บ. กำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ได้วางหลักการไว้ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ท้องถิ่นสามารถตัดสินใจที่จะจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างได้ด้วยตัวเอง รวมถึงการกำหนดให้ท้องถิ่นสามารถหารายได้ด้วยตัวเองร้อยละ 35 โดยมีรายได้ส่วนใหญ่มาจากการเก็บภาษีท้องถิ่นเป็นหลัก ดังนั้น การที่รัฐจัดตั้งคณะกรรมการและองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ อาจก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ หรือกลายเป็นการถ่ายโอนอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างกลับไปให้รัฐ ผ่านการดำเนินงานของคณะกรรมการและองค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษซึ่งมีที่มาจาก การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ส่วนกลางโดยรัฐ รวมไปถึงการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีด้วยการยกเว้นภาษีบางประเภท ทำให้ส่งผลกระทบต่อ การหารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันเป็นการไม่สอดคล้องต่อหลักการกระจายอำนาจ

2. แนวทางการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในต่างประเทศ

เขตเศรษฐกิจพิเศษ หมายถึง พื้นที่ที่ได้รับสิทธิพิเศษด้านต่างๆ ที่เอื้อต่อการลงทุน เช่น สิทธิพิเศษทางภาษีอากร การส่งเสริมการลงทุน ความพร้อมของปัจจัยการผลิต การอำนวยความสะดวกในการดำเนินธุรกรรมและบริการขั้นพื้นฐานต่างๆ ตั้งแต่ระบบขนส่ง ไฟฟ้า ประปา เป็นต้น รวมทั้งจัดให้มีการตั้งชุมชนขึ้น

¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *สาระสังเขปประเด็นการปฏิรูปประเทศไทย ด้านเศรษฐกิจ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาปฏิรูปแห่งชาติ* (กรุงเทพฯ:สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร: 2557) หน้า 145.

เพื่อเป็นที่ยู่ออาศัยของผู้ประกอบการ พนักงาน ลูกจ้าง และครอบครัว โดยจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ เช่นเดียวกับที่ชุมชนโดยทั่วไปพึงมี โดยพื้นที่ที่มีลักษณะเข้าข่ายเป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษมีหลายประเภท เช่น เขตเศรษฐกิจพิเศษ นิคมอุตสาหกรรม เขตอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก คลังสินค้าทัณฑ์บน เขตปลอดอากร เป็นต้น โดยในแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าแต่ละพื้นที่จะให้ความสำคัญกับการประกอบธุรกิจประเภทใด²

จากการศึกษาเขตเศรษฐกิจพิเศษในต่างประเทศประกอบด้วย ประเทศจีน ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศพม่าพบว่า ประเทศจีนเป็นประเทศต้นแบบในการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษและประสบความสำเร็จในเวลาต่อมา ในขณะที่ประเทศฟิลิปปินส์จัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษช้ากว่าประเทศจีนและยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ส่วนเขตเศรษฐกิจพิเศษของประเทศพม่าเป็นประเทศเพื่อนบ้านที่มีการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษก่อนประเทศไทยเพียงไม่นาน ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีลักษณะและรูปแบบการบริหารจัดการรวมถึงการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่แตกต่างกัน ดังนี้

2.1 เขตเศรษฐกิจพิเศษประเทศจีน

การจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศจีนมีที่มาจากมติที่ประชุมคณะกรรมการกลางพรรคคอมมิวนิสต์จีน (Communist Party of China: CPC) ประกาศการปฏิรูปเศรษฐกิจและเปิดประเทศของจีนเมื่อเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 1978 ซึ่งนับว่าเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญของระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษมีวัตถุประสงค์เพื่อทดลองการพัฒนาแบบมองออกไปข้างนอก ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเปรียบเสมือนเป็นหน้าต่างของประเทศ ส่วนอื่นของระบบเศรษฐกิจสามารถเชื่อมโยงกับโลกภายนอกผ่านทางหน้าต่างนี้โดยยังไม่ต้องเปิดประตูให้กว้าง เขตเศรษฐกิจพิเศษจะรับเอาสิ่งใหม่ๆ ของระบบเศรษฐกิจแบบตลาดจากโลกภายนอกเพื่อทดลองและดูดซึม จากนั้นจะถ่ายทอดสู่ระบบเศรษฐกิจจีนอย่างเป็นทางการเป็นขั้นตอน³ โดยในเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1980 ที่ประชุมคณะกรรมการการประชุมประจำปีแทนประชาชนแห่งชาติ (National People's Congress: NPC) มีมติให้ทดลองนำระบบเศรษฐกิจตลาดมาใช้โดยการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษขึ้นในประเทศจีนทั้งหมด 4 แห่งคือ เสิ่นเจิ้น จูไห่ ชัวเถา ซึ่งตั้งอยู่ในมณฑลกวางตุ้ง และเซี่ยเหมิน ตั้งอยู่ในมณฑลฝูเจี้ยน และเมื่อนโยบายการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษเริ่มประสบความสำเร็จจึงได้มีการเปิดพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษภายในประเทศจีนมากขึ้น โดยการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในแต่ละเมืองในระยะแรกจะเป็นการประกาศพื้นที่บางส่วนของเมืองที่ถูกจัดตั้งให้เป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษ จนเมื่อแต่ละพื้นที่ประสบความสำเร็จจากการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษจึงได้มีการขยายพื้นที่ให้ครอบคลุมทั้งเมือง ตัวอย่างเช่น เขตเศรษฐกิจพิเศษเสิ่นเจิ้น ใน

² ศิริเพ็ญ แดงประเมตมัย, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินของเขตเศรษฐกิจพิเศษ" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 9.

³ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, *สารานุกรมเศรษฐกิจจีน (ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติม)*, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ, ผู้จัดการ, 2548), หน้า 248.

ระยะแรกครอบคลุมพื้นที่ 4 เขต 395.81 ตารางกิโลเมตร ได้แก่ เขตฝูเถียน หลัวหู หนานชานและเหยียนเถียน เมื่อเวลาผ่านไป 30 ปี จึงได้ขยายพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษครอบคลุมทั้งเมือง⁴

(1) การบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษประเทศจีน

จากการศึกษาการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษของประเทศจีนพบว่า เขตเศรษฐกิจพิเศษแต่ละแห่งในประเทศจีนจะมีการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษที่แตกต่างกัน โดยสามารถจำแนกลักษณะการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษได้ 3 รูปแบบด้วยกันคือ การบริหารจัดการโดยการนำของรัฐบาล การบริหารจัดการแบบผสม และการบริหารจัดการในรูปแบบของบริษัท

รูปแบบแรกคือการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยการนำของรัฐบาล รูปแบบนี้มักใช้ในช่วงแรกของการดำเนินนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจโดยใช้เขตเศรษฐกิจพิเศษเป็นเครื่องมือ โดยสามารถแบ่งออกไปได้อีก 2 ประเภท ประเภทแรกคือการบริหารจัดการในลักษณะการร่วมมือบริหารจัดการโดยรัฐบาลท้องถิ่นในรูปแบบของการสั่งการ ซึ่งจะมีลักษณะเด่นคือ รัฐบาลท้องถิ่นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษนั้นตั้งอยู่จะมีอำนาจในการวางโครงสร้างและการจัดการภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษนั้น ในส่วนของการควบคุมดูแลกิจการที่ตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะอยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษที่มีหน้าที่ในการประสานการดำเนินการระหว่างหน่วยงานภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษแห่งนั้นโดยเขตพัฒนาอุตสาหกรรมเทคโนโลยีขั้นสูงสมัยใหม่ฮาร์บิน (The Harbin High-Tech Industrial Development Zone) จะมีการดำเนินการในลักษณะนี้ และประเภทที่สองคือการบริหารจัดการจากส่วนกลาง ซึ่งจะมีการตั้งคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษที่จะมีอำนาจเต็มภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ กล่าวคือ มีอำนาจหน้าที่ทั้งในด้านการวางโครงสร้าง การพัฒนา และการบริหารจัดการภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษแห่งนั้น ตัวอย่างเช่น การบริหารจัดการภายในเขตพัฒนาอุตสาหกรรมเทคโนโลยีขั้นสูงซูโจว (The Suzhou High-Tech Industrial Development Zone) เป็นต้น⁵

รูปแบบการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษแบบที่สองคือ การบริหารจัดการแบบผสม โดยจะเป็นการบริหารจัดการแบบผสมระหว่างคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษที่มีที่มาจากส่วนกลาง และบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยเฉพาะซึ่งจะแยกอำนาจหน้าที่ออกจากกัน โดยคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจเรื่องต่างๆ ภายในพื้นที่รวมถึงการอำนวยความสะดวกหรืองานที่เกี่ยวข้องกับการบริการ ในขณะที่บริษัทเพื่อการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจหน้าที่ด้านการจัดเตรียมโครงสร้างพื้นฐานภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษนั้น ซึ่งในแต่ละเขตเศรษฐกิจพิเศษจะมีรูปแบบองค์กรที่แตกต่างกัน บางแห่งจะใช้วิธีการจัดตั้งเป็นองค์กรเดียวโดยทั้งคณะกรรมการเขตเศรษฐกิจพิเศษและบริษัทเพื่อการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษจะอยู่ภายใต้องค์กรเดียวกัน ในขณะที่เขต

⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁵ UNDP, "Comparative Study on Special Economic Zones in Africa and China" (13 November 2016), <http://www.cn.undp.org/content/dam/china/docs/Publications/UNDP-CH-Comparative%20Study%20on%20SEZs%20in%20Africa%20and%20China%20-%20ENG.pdf> accessed 13 November 2016

เศรษฐกิจพิเศษบางแห่งคณะกรรมการเขตเศรษฐกิจพิเศษและบริษัทเพื่อการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษจะแยกส่วนออกจากกันอย่างสิ้นเชิง⁶

รูปแบบการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษแบบที่สามคือการบริหารจัดการในรูปแบบบริษัท โดยรัฐบาลท้องถิ่นจะทำการจัดตั้งบริษัทเพื่อการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษซึ่งจะมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารและพัฒนาพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ รูปแบบการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษในลักษณะนี้มักใช้ในเขตเศรษฐกิจพิเศษที่ประสบความสำเร็จในการดำเนินการแล้ว⁷

กรณีการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษเส้นเงินมีการแบ่งออกเป็นสองระยะคือ ระยะก่อตั้ง และระยะถ่ายโอนอำนาจการบริหารจัดการให้แก่รัฐบาลท้องถิ่น โดยในระยะแรกจะใช้รูปแบบการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยการนำของรัฐบาลกลาง ดังจะเห็นได้จากกฎหมายจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษเส้นเงินกำหนดให้มีคณะกรรมการมณฑลกวางตุ้งเพื่อการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษ (Guangdong Province Committee for Administering Special Economic Zone: GPC) เพื่อให้อำนาจ GPC ในการบริหารจัดการพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษของมณฑลกวางตุ้ง⁸ และกำหนดให้เขตเศรษฐกิจพิเศษเส้นเงินอยู่ภายใต้การบริหารจัดการและขึ้นตรงต่อ GPC โดยตรง ประกอบกับในระยะแรกเขตเศรษฐกิจพิเศษเส้นเงินประสบปัญหาด้านการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านพลังงาน การสื่อสาร และการขนส่ง จึงจำเป็นจะต้องใช้เงินงบประมาณที่ได้รับจากรัฐบาลกลางในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเหล่านี้

อำนาจหน้าที่ของ GPC ในระยะแรกคือ การวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและการดำเนินงานภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษโดยมีอำนาจหน้าที่ตั้งแต่การจัดเตรียมพื้นที่ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษให้มีความพร้อมต่อการรองรับการลงทุนของชาวต่างชาติ ทั้งการจัดสรรที่ดิน การวางผังเมืองและการให้บริการสาธารณะภายในพื้นที่ เช่น ระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ ระบบการสื่อสาร และคลังสินค้า⁹ รวมถึงจัดหาบริการด้านการศึกษา สาธารณสุข และสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ นอกจากนี้ GPC ยังมีอำนาจในการอนุมัติโครงการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน อนุมัติหรืออนุญาตให้ผู้ประกอบการดำเนินการใดๆ ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษและประสานงานเพื่อดำเนินการกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง จัดหาลูกจ้างหรือพนักงานให้เข้าทำงานภายในบริษัทที่ประกอบกิจการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษตามที่ผู้ประกอบการร้องขอ¹⁰ ทั้งนี้ การทำสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการและลูกจ้างหรือพนักงานภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษจะต้องเป็นไปตามแบบที่ GPC กำหนด¹¹

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Article 5 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

¹⁰ Article 23 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

¹¹ Article 21 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

นอกจากอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว กฎหมายยังให้อำนาจ GPC ในการตั้งบริษัทเพื่อพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดตั้งกองทุน ลงทุนร่วมกับบริษัทอื่นเพื่อการบริหารจัดการ รวมถึงเป็นตัวแทนของเขตเศรษฐกิจพิเศษกรณีนำสินค้าที่ผลิตในเขตเศรษฐกิจพิเศษไปขายภายในประเทศจีนอีกด้วย¹²

ต่อมาในปี ค.ศ. 1992 ได้มีการเปลี่ยนแปลงระบบการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษเสิ่นเจิ้น โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้รัฐบาลท้องถิ่นเมืองเสิ่นเจิ้นมีอำนาจตรากฎหมายและระเบียบต่างๆ ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษเสิ่นเจิ้นแทน GPC ส่งผลให้เป็นการถ่ายโอนอำนาจในการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษเสิ่นเจิ้นให้แก่เมืองเสิ่นเจิ้น และมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้รับรองจากสภาประชาชนเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1992 ดังนั้น รูปแบบการบริหารจัดการของเขตเศรษฐกิจพิเศษเสิ่นเจิ้นจึงเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่มีรูปแบบการบริหารจัดการจากส่วนกลางผ่านทางคณะกรรมการฯ เป็นการบริหารจัดการในลักษณะความร่วมมือกับรัฐบาลท้องถิ่น เมืองเสิ่นเจิ้นจึงเป็นทั้งองค์กรบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นระดับอำเภอ แขวง และหมู่บ้านภายในเขต 4 อำเภอที่เป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษก็กลับมาขึ้นตรงต่อเมืองเสิ่นเจิ้นเช่นเดิม¹³

(2) สิทธิประโยชน์ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศจีน

เนื่องด้วยเหตุผลประการหนึ่งของการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศจีนคือการกระตุ้นให้นักลงทุนชาวต่างชาติเข้ามาประกอบการภายในประเทศ จึงมีการออกกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีหลายด้านเพื่อจูงใจนักลงทุนโดยจำแนกออกเป็น การยกเว้นและลดหย่อนอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลให้เหลืออัตราร้อยละ 15¹⁴ การยกเว้นภาษีเครื่องจักร¹⁵ การคืนภาษีเมื่อนำผลกำไรลงทุนใหม่ในจีน¹⁶ การยกเว้นและลดหย่อนภาษีเงินได้จากดอกเบี้ยและค่าเช่า และการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และกฎหมายกำหนดการส่งเงินทั้งเงินได้จากการประกอบการกิจการหลังหักภาษี และเงินได้ของพนักงานและลูกจ้างที่เป็นชาวต่างชาติหลังจากหักภาษีเงินได้แล้วออกนอกประเทศผ่านทางธนาคารชาติจีน หรือธนาคารที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการในเขตเศรษฐกิจพิเศษ¹⁷

สิทธิประโยชน์ทางภาษีในแต่ละประเภทที่นักลงทุนชาวต่างชาติจะได้รับขึ้นอยู่กับแต่ละเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะมีการประกอบกิจการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษเหมือนกันก็ไม่ได้

¹² Article 25 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

¹³ ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สรุป Special Economic Zone Laws ของต่างประเทศ, [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=news&newsID=123> เข้าถึงเมื่อ 3 ธันวาคม 2559. หน้า 8.

¹⁴ Article 14 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

¹⁵ Article 13 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

¹⁶ Article 16 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

¹⁷ Article 15 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

หมายความว่าผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับสิทธิประโยชน์ที่เท่ากัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเภทกิจการ ระยะเวลาในการดำเนินการ รวมถึงเงินลงทุนในแต่ละโครงการ ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาประกอบกัน อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศจีนจะมีการออกกฎหมายเพื่อดึงดูดผู้ลงทุนชาวต่างชาติให้มาดำเนินกิจการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ แต่ผู้ลงทุนชาวต่างชาติเองก็ต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เช่น ผลผลิตที่ได้จากการประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะต้องส่งออกไปขายยังต่างประเทศทั้งหมด ทั้งนี้ เพื่อลดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษกับผู้ประกอบการในพื้นที่อื่นในประเทศจีน เนื่องจากในเขตเศรษฐกิจพิเศษผู้ประกอบการจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่มากกว่าพื้นที่ปกติทำให้ต้นทุนในการประกอบการถูกกว่าส่งผลให้อาจเกิดปัญหาการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษอาจขายสินค้าดังกล่าวภายในประเทศจีนได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดคือ ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานบริหารประจำเขตเศรษฐกิจพิเศษ และต้องเสียภาษีสินค้าตามกฎหมายศุลกากร¹⁸

การให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษด้านการยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีบางประเภทนั้น ไม่กระทบต่อการหารายได้ของท้องถิ่นในประเทศจีน เนื่องจากเมื่อพิจารณาที่มาของรายรับท้องถิ่นที่มาจากภาษีประกอบกับประเภทของภาษีที่รัฐอนุญาตให้มีการยกเว้นหรือลดหย่อนได้เป็นคนละประเภทกัน เว้นแต่ภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ท้องถิ่นจะได้รับผลกระทบบางส่วนเนื่องจากภาษีทั้งสองประเภทเป็นภาษีร่วมที่แบ่งกันระหว่างรัฐบาลและท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม ประเทศจีนใช้ระบบการปรับสมดุลการเบิกจ่ายภาษีมาประยุกต์ใช้ส่งผลให้ในกรณีที่ท้องถิ่นมีรายได้ไม่เพียงพอ รัฐจะดำเนินการจ่ายเงินอุดหนุนเพื่อช่วยเหลือท้องถิ่นเหล่านั้น ดังนั้น หากการให้สิทธิประโยชน์ด้วยการยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีแก่ผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษส่งผลกระทบต่อหารายได้ของท้องถิ่น รัฐจะใช้วิธีการให้เงินอุดหนุนแก่ท้องถิ่นเหล่านั้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

2.2 เขตเศรษฐกิจพิเศษประเทศฟิลิปปินส์

การพัฒนาเศรษฐกิจสมัยรัฐบาลรามอส¹⁹ ได้มีการพัฒนากลยุทธ์ทางเศรษฐกิจโดยมีแนวคิดในการพัฒนาเขตที่มีศักยภาพทางทรัพยากรเพื่อดึงนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนโดยมีกฎหมายการลงทุนที่สร้างขึ้นในสมัยรัฐบาลอากินเป็นกรอบการดำเนินงาน²⁰ โดยรัฐบาลฟิลิปปินส์ได้ดำเนินการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษภายในประเทศฟิลิปปินส์ขึ้นภายใต้ Special Economic Zone Act 1995 ซึ่งเป็นกฎหมายที่รวบรวมการจัดตั้งเขตส่งเสริมการลงทุนทั้งหมด เช่น นิคมอุตสาหกรรม เขตการค้าเสรี คลังสินค้าทัณฑ์บน และเขต

¹⁸ Article 9 of Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

¹⁹ ประธานาธิบดีฟิเดล วี รามอส ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ตั้งแต่ 30 มิถุนายน 2535 ถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2541

²⁰ สีดา สอนศรี, *การพัฒนาเศรษฐกิจการเมืองของประเทศฟิลิปปินส์* (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2542), หน้า 91.

เศรษฐกิจพิเศษไว้ด้วยกัน กฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษทั้งการกำหนดองค์กรที่มีหน้าที่ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบการภายในพื้นที่ รวมถึงการกำหนดสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนจะได้รับภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษด้วย

(1) การบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษประเทศฟิลิปปินส์

ในขณะที่ประเทศฟิลิปปินส์ Special Economic Zone Act of 1995 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยเรื่องเขตเศรษฐกิจพิเศษได้วางกลไกการบริหารงานภายในพื้นที่ที่ถูกกำหนดให้เป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษไว้อย่างเป็นระบบ โดยกำหนดให้มีองค์กรหนึ่งมีหน้าที่บริหารจัดการเรียกว่า Philippine Economic Zone Authority (PEZA) ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีหน้าที่บริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยเฉพาะ²¹ ซึ่งในองค์กรนั้นจะมีคณะกรรมการบริหารชุดหนึ่งเรียกว่า Philippine Economic Zone Authority (PEZA) Board ที่กฎหมายให้อำนาจในการกำหนดนโยบายเพื่อการจัดตั้งและบริหารจัดการรวมถึงมีอำนาจกำหนดให้พื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยมีผู้อำนวยการเขตเศรษฐกิจพิเศษซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการบริหารมีอำนาจหน้าที่ทั้งในด้านการบริหารงานภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษและบริหารงานภายใน PEZA ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่บริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งและการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ เขตนิคมอุตสาหกรรม นิคมอุตสาหกรรมพิเศษเพื่อการประกอบกิจการการผลิตสินค้าเพื่อส่งออก และคลังสินค้าทัณฑ์บน รวมถึงการกำหนดกฎระเบียบเพื่อดำเนินการให้เป็นผลตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศฟิลิปปินส์ตราว่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้²² พร้อมทั้งการพิจารณาข้อเสนอในการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยอิงกับหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อนำเสนอต่อประธานาธิบดีในการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษ²³

การจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศฟิลิปปินส์ Special Economic Zone Act of 1995 กำหนดให้ PEZA เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการบริหารจัดการภายในพื้นที่ที่ถูกกำหนดให้เป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยเฉพาะซึ่งการบริหารจัดการภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษนั้นกฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษของประเทศฟิลิปปินส์ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหมายความรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษและกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ของผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะรวมถึงขอบเขตของอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะไว้²⁴ ซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดคือ คณะกรรมการบริหาร และ PEZA

คณะกรรมการบริหารมีหน้าที่ในการจัดหาระบบบริการสาธารณะรวมถึงกำหนดค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายจากการใช้บริการระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการรวมถึงโครงสร้างพื้นฐานที่

²¹ Section 13 (f) of Special Economic Zone Act of 1995.

²² Section 12 (e) of Special Economic Zone Act of 1995

²³ Section 12 (b) of Special Economic Zone Act of 1995

²⁴ Section 12 (c) of Special Economic Zone Act of 1995

เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยมี PEZA ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นหน่วยงานสนับสนุนคณะกรรมการบริหารมีหน้าที่ร่วมมือและประสานงานกับรัฐบาลท้องถิ่นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่ในการจัดหาตัวแทนที่เหมาะสมเพื่อดำเนินการจัดทำระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ เช่น ระบบพลังงานไฟฟ้า การบริหารจัดการน้ำ การติดต่อสื่อสารและการขนส่ง ตลอดจนการสร้างอาคาร คลังเก็บสินค้า ถนน สะพาน ท่าเรือ รวมถึงโครงสร้างพื้นฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาพื้นที่ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ²⁵

วิธีการจัดทำบริการสาธารณะภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ กฎหมายเปิดโอกาสให้สามารถจัดทำได้หลายวิธี โดยอาจจัดทำในรูปแบบของการให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชนในรูปแบบ Build-Operate-Transfer (BOT)²⁶ หรือดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้าก็ได้²⁷

การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ แม้ Special Economic Zone Act of 1995 จะกำหนดให้องค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการดังกล่าว แต่กฎหมายก็ได้เปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจหาตัวแทนที่เหมาะสมเพื่อจัดทำและดำเนินการระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ ซึ่งถือเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่งซึ่งเท่ากับว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีอำนาจตัดสินใจในการจัดทำภารกิจบางประการในเขตเศรษฐกิจพิเศษที่อยู่ภายในพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ

(2) สิทธิประโยชน์ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศฟิลิปปินส์

กิจการที่ตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจพิเศษที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ PEZA และเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ธุรกิจการผลิตต้องส่งออกสินค้าอย่างน้อยร้อยละ 70 ของสินค้าทั้งหมด หรือเป็นธุรกิจเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทำรายได้จากต่างประเทศอย่างน้อยร้อยละ 70 ของรายได้รวมทั้งหมด หรือเป็นธุรกิจท่องเที่ยวหรือธุรกิจท่องเที่ยวเชิงการแพทย์ที่มีลูกค้าหลักเป็นชาวต่างประเทศ หรืออุตสาหกรรมแปรรูปวัตถุดิบสินค้าเกษตรเพื่อการส่งออกหรือธุรกิจอุตสาหกรรมผลิตพลังงานเชื้อเพลิง Bio จากวัตถุดิบสินค้าเกษตร หรือธุรกิจประเภทโลจิสติกส์และการบริการคลังสินค้าเพื่อรองรับการขยายตัวในเขตเศรษฐกิจพิเศษ PEZA ทั่วประเทศ หากการประกอบกิจการมีลักษณะเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งดังที่กล่าวไป จะได้รับสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร แบ่งออกเป็น การยกเว้นและลดหย่อนอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคล²⁸

²⁵ Section 13 (d) of Special Economic Zone Act of 1995

²⁶ การให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชนในรูปแบบ Build-Operate-Transfer (BOT) คือ ภาครัฐจะให้ภาคเอกชนทำการพัฒนาและดำเนินการโครงการด้วยนอกเหนือจากการก่อสร้างโดยภาคเอกชนจะทำสัญญากับภาครัฐเมื่อเอกชนก่อสร้างเสร็จและดำเนินงานไปจนถึงระยะเวลาหนึ่งแล้ว จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้ภาครัฐ

²⁷ Section 13 (d) of Special Economic Zone Act of 1995

²⁸ ผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษและมีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดสามารถยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลเป็นเวลา 4 ปี และจะขอขยายระยะเวลาได้ไม่เกิน 4 ปี และหากสิทธิดังกล่าวสิ้นสุดผู้ประกอบการสามารถเลือกเสียภาษีเงินได้พิเศษ (Special Income Tax) ในอัตราร้อยละ 5 ของรายได้รวม แทนการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีท้องถิ่นในอัตราทั่วไปได้

การยกเว้นภาษีนำเข้าเครื่องจักรและอุปกรณ์ต่างๆ การยกเว้นภาษีการโอนกำไรออกนอกประเทศ²⁹ และการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม กรณีเป็นกิจการค้าขายสินค้าเพื่อการส่งออก หรือเป็นกิจการที่จดทะเบียนกับ CDC ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ได้รับการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม³⁰

แม้ว่าการลงทุนในเขตเศรษฐกิจพิเศษของประเทศฟิลิปปินส์จะให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ลงทุนมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเพื่อเป็นการจูงใจให้นักลงทุนโดยเฉพาะชาวต่างชาติเข้ามาภายในประเทศมากขึ้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายเองก็ได้กำหนดแนวปฏิบัติของผู้ประกอบการให้มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามประการด้วยเช่นกัน โดย Special Economic Zone Act of 1995 อนุญาตให้ผู้ประกอบการในเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถนำสินค้าที่ผลิตได้ในเขตดังกล่าวไปขายในประเทศฟิลิปปินส์ได้ ซึ่งอาจจะต้องเสียภาษีบางประการที่ได้รับยกเว้นไว้ในตอนแรก เช่น ภาษีนำเข้าวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ รวมถึงต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดอื่นๆ ที่คณะกรรมการ PEZA กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม PEZA อาจกำหนดประเภทรายการสินค้าต้องห้ามเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการฟิลิปปินส์รายอื่นๆ ในประเทศด้วยก็ได้³¹

การจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศฟิลิปปินส์ส่งผลกระทบต่อการหารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษนั้นตั้งอยู่ เนื่องจากกฎหมายให้สิทธิผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในการเลือกเสียภาษีเงินได้พิเศษ (Special Income Tax) ในอัตราร้อยละ 5 ของรายได้รวม แทนการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีท้องถิ่นในอัตราทั่วไปได้³² ประกอบกับรายได้ของการเก็บค่าธรรมเนียมจากการให้บริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการจัดเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวเฉพาะบริการสาธารณะที่สร้างโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเมื่อมีการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในพื้นที่ใดก็ตามตามอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจะกลายเป็นขององค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งมีหน้าที่ร่วมมือและประสานงานกับรัฐบาลท้องถิ่นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่ในการจัดหาตัวแทนที่เหมาะสมเพื่อจัดทำและดำเนินการระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีเขตเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่ภายในพื้นที่มีความสามารถในการหารายได้ด้วยตัวเองลดลง

²⁹ ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ กรุงมะนิลา, "ข้อมูลภาษีในฟิลิปปินส์" [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://cks.ditp.go.th/KM_Document/cab05206-65af-402e-a878-9a7040e6064b_2014-BC_Tax_dark.pdf เข้าถึงเมื่อ 7 ธันวาคม 2559.

³⁰ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, *คู่มือโอกาสและทิศทางการค้าการลงทุนในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์* (กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์, 2558), หน้า 82.

³¹ Section 26 of Special Economic Zone Act 1995

³² อ้างแล้ว.

2.3 เขตเศรษฐกิจพิเศษประเทศพม่า

เขตเศรษฐกิจพิเศษเป็นหนึ่งในนโยบายของรัฐบาลประเทศพม่าในการรองรับและดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ โดยเป็นการจัดสรรพื้นที่และประกาศพื้นที่นั้นๆ ให้เป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยนักลงทุนที่ลงทุนภายในพื้นที่ดังกล่าวจะได้รับสิทธิประโยชน์ด้านต่างๆ ที่อำนวยความสะดวกต่อการลงทุน รวมถึงสิทธิประโยชน์ด้านภาษีและการใช้ที่ดิน นอกจากนี้ ภายในพื้นที่แต่ละเขตเศรษฐกิจพิเศษ นักลงทุนสามารถใช้ประโยชน์จากโครงสร้างพื้นฐาน สาธารณูปโภค ท่าเรือน้ำลึก ถนนและระบบรางต่างๆ อันจำเป็นต่อการประกอบอุตสาหกรรม รวมถึงอาคารสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ เช่น โรงเรียน โรงพยาบาล เป็นต้น³³

ในปี ค.ศ. 2011 ประเทศพม่าได้ออกกฎหมาย Myanmar Special Economic Zones Law (2011) โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และการดำเนินธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ อย่างไรก็ตาม ได้มีการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวในปี ค.ศ. 2014 ทำให้ ณ ปัจจุบันการดำเนินการเรื่องเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศพม่าอยู่ภายใต้กฎหมาย Myanmar Special Economic Zones Law (2014) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษ การกำหนดหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเขตเศรษฐกิจพิเศษ สิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนจะได้รับจากการดำเนินธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ รวมถึงหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์ของที่ดินภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษด้วย

(1) การบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศพม่า

Myanmar Special Economic Zones Law กำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษในแต่ละแห่งเพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษถือเป็นหน่วยงานบริหารและดูแลจัดการการประกอบธุรกิจในแต่ละเขตเศรษฐกิจพิเศษให้เป็นที่ไปตามกฎหมาย และมีอำนาจในการกำหนดพื้นที่ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษนั้นๆ ให้เป็นพื้นที่ปลอดภาษี พื้นที่ที่ได้รับการส่งเสริม และพื้นที่อื่น โดยพื้นที่ปลอดภาษีเป็นพื้นที่ที่คณะกรรมการบริหารประกาศร่วมกับกรมศุลกากรแห่งประเทศเมียนมาร์ให้เป็นพื้นที่ที่มีสถานะเสมือนตั้งอยู่นอกประเทศเพื่อเน้นรองรับอุตสาหกรรมการผลิตเพื่อการส่งออกโดยเฉพาะ ส่งผลให้อุตสาหกรรมที่ตั้งอยู่ในพื้นที่นี้จะได้รับการยกเว้นภาษีศุลกากรและภาษีอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้านำเข้า นอกจากนี้ คณะกรรมการบริหารอาจประกาศให้ธุรกิจที่เน้นการผลิตเพื่อการส่งออกที่แม้ตั้งอยู่นอกพื้นที่ปลอดภาษีให้ได้รับสิทธิประโยชน์เช่นเดียวกับธุรกิจที่ตั้งอยู่ในพื้นที่นี้เป็นการเฉพาะเจาะจงอีกด้วย ส่วนพื้นที่ที่ได้รับการส่งเสริมเป็นพื้นที่ที่คณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษประกาศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการผลิตสินค้าเพื่อขายในพื้นที่ปลอดภาษีของเขตเศรษฐกิจพิเศษและตลาดภายในประเทศ โดยผู้ประกอบการในพื้นที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ในการลดหย่อนภาษีต่างๆ ซึ่งธุรกิจในพื้นที่อาจประกอบไปด้วยธุรกิจการผลิต ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ธุรกิจธนาคาร ธุรกิจประกันภัย พื้นที่

³³ บริษัท สำนักกฎหมายสากล เมียนมาพรีเมียร์ จำกัด, Myanmar Legal Handbook for Investors คู่มือกฎหมายการลงทุนในประเทศเมียนมา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559), หน้า 56.

การลงทุน ห้างสรรพสินค้า โรงเรียน โรงพยาบาล สถานที่อำนวยความสะดวกอื่นๆ ทั้งนี้ การผลิตสินค้าในพื้นที่ต้องเป็นการผลิตสินค้าที่ใช้วัตถุดิบจากในประเทศพม่าเท่านั้น³⁴

ส่วนของการบริหารจัดการบริการสาธารณะภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษอันได้แก่ การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ระบบสาธารณูปโภค ระบบสาธารณสุข รวมถึงการคมนาคมและขนส่ง Myanmar Special Economic Zones Law เปิดโอกาสให้นักลงทุนสามารถเข้ามาลงทุนในเขตเศรษฐกิจพิเศษในฐานะเป็นผู้พัฒนาโครงการ โดยจะต้องดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานและระบบสาธารณูปโภคที่จำเป็นภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการบริหารกำหนดรวมถึงมีหน้าที่บำรุงรักษาโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ผู้พัฒนาโครงการจะได้รับสิทธิประโยชน์แตกต่างกับนักลงทุนที่ประกอบธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ

(2) สิทธิประโยชน์ภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศพม่า

สิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนต่างชาติจะได้รับภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษของประเทศพม่าสามารถแบ่งได้ 2 ประเภทคือ (1) สิทธิประโยชน์สำหรับผู้พัฒนาโครงการ (2) สิทธิประโยชน์สำหรับนักลงทุนที่ประกอบธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ

ผู้พัฒนาโครงการคือนักลงทุนที่ลงทุนเพื่อดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานและสาธารณูปโภคต่างๆ เพื่อรองรับการลงทุนจากนักลงทุนผู้ประกอบการในเขตเศรษฐกิจพิเศษ Myanmar Special Economic Zones Law กำหนดให้นักลงทุนต่างชาติที่เป็นนักพัฒนาโครงการได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี คือภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีศุลกากร ซึ่งผู้พัฒนาโครงการจะได้รับยกเว้นเมื่อนำเข้าวัสดุการก่อสร้าง เครื่องจักรและอุปกรณ์ เครื่องจักรหนัก พาหนะและวัสดุที่ใช้ในการก่อสร้างสาธารณูปโภค³⁵

ในส่วนของนักลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีซึ่งได้แก่ ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีศุลกากร และภาษีการค้าหรือภาษีมูลค่าเพิ่ม โดยนักลงทุนผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะได้รับสิทธิประโยชน์ที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าประกอบธุรกิจในพื้นที่ใด³⁶

Myanmar Special Economic Zones Law กำหนดให้ผู้พัฒนาโครงการจะได้รับสิทธิประโยชน์ที่กำหนดไว้ก็ต่อเมื่อทำตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยผู้พัฒนาโครงการต้องเข้าทำสัญญาเช่าที่ดินกับคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยมีค่าตอบแทน ก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ ให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่กำหนดและดูแล บำรุงรักษาโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ และต้องเข้าทำสัญญาเช่าช่วงที่ดินให้แก่ักลงทุนเมื่อมีนักลงทุนยื่นขอประกอบธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ³⁷

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56-58.

³⁵ THE THAI CHAMBER OF COMMERCE AND BOARD OF TRADE OF THAILAND, "เขตเศรษฐกิจพิเศษ" (15 November 2016), <http://clmv.thaichamber.org/content/file/subcontent/Myanmar-C4-Total.pdf> accessed 15 November 2016

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

สำหรับสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนที่ประกอบธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ นักลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์ก็ต่อเมื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษกำหนดเช่นเดียวกับกรณีสิทธิประโยชน์สำหรับผู้พัฒนาโครงการ โดยจะต้องดำเนินการทำสัญญาจองที่ดินกับผู้พัฒนาโครงการ และดำเนินการขอใบอนุญาตต่างๆ เพื่อประกอบธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษอันได้แก่ ใบอนุญาตการประกอบธุรกิจ³⁸ ใบอนุญาตก่อสร้าง ใบอนุญาตความปลอดภัยในอัคคีภัย รวมถึงนักลงทุนต้องยื่นขออนุญาตแผนอนุรักษ์และปกป้องสิ่งแวดล้อมซึ่งแบ่งออกเป็นหลายรูปแบบตามประเภทของธุรกิจ เมื่อนักลงทุนดำเนินการขอใบอนุญาตแล้วเสร็จจึงจะสามารถเริ่มก่อสร้างโรงงานได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการบริหารจะกำหนดเวลาเริ่มประกอบกิจการหลังจากนักลงทุนได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไว้ด้วย ซึ่งหากนักลงทุนไม่อาจเริ่มประกอบกิจการได้ทัน ต้องทำการขอขยายระยะเวลาแก่คณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษ แต่หากคณะกรรมการบริหารเห็นว่าไม่สมเหตุผล อาจถอนใบอนุญาตประกอบกิจการได้

เมื่อพิจารณาลักษณะการปกครองในประเทศพม่าแล้วพบว่า ประเทศพม่าถือเป็นรัฐเดี่ยวที่มีระบอบการปกครองแบบเผด็จการทางทหาร โดยรัฐธรรมนูญแห่งประเทศพม่าบัญญัติให้มีรัฐบาลเพียงระดับเดียวในการใช้อำนาจอธิปไตย อย่างไรก็ตาม ในการปกครองแบบรัฐเดี่ยวของประเทศพม่าถือได้ว่ารัฐบาลกลางมีอำนาจสูงสุดและเต็มที่ในการใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงผู้เดียว การปกครองระดับท้องถิ่นภายใต้รูปแบบรัฐเดี่ยวถือเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นเพียงตัวแทนของรัฐบาลกลางเท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศพม่าที่จะเป็นไปในลักษณะการรับนโยบายมาจากส่วนกลางเพื่อนำไปปฏิบัติ³⁹ และอำนาจหน้าที่หลักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศพม่าก็ไม่ปรากฏภารกิจใดๆ ที่เป็นการพัฒนาพื้นที่ของตน ดังนั้น แม้มีการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศพม่า การดำเนินการขององค์กรที่บริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษก็จะไม่กระทบกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่พื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่ ประกอบกับระบบการจัดเก็บภาษีในประเทศพม่ามีลักษณะการเก็บโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานกลางทั้งหมด องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของพม่าไม่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีภายในพื้นที่ของตน ส่งผลให้แม้มีการยกเว้นการจัดเก็บภาษีหรือลดหย่อนภาษีภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษก็ไม่ส่งผลกระทบต่อการจัดเก็บภาษีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่อย่างใด

จากการศึกษาเขตเศรษฐกิจพิเศษทั้ง 3 ประเทศคือ ประเทศจีน ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศพม่าพบว่า มีลักษณะที่แตกต่างกันทั้งด้านการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษ การบริหารจัดการ และการกำหนดสิทธิประโยชน์ทางภาษี โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประการแรก การจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศจีนในระยะแรกมีลักษณะเป็นแบบบนลงล่างคือ รัฐบาลเป็นผู้ตัดสินใจเลือกพื้นที่ในการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษ แต่เมื่อการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศจีนประสบความสำเร็จแล้วระยะต่อมากการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษจะมีลักษณะแบบล่างขึ้นบน คือ

³⁸ เมื่อได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจแล้ว นักลงทุนต้องดำเนินการก่อตั้งบริษัทใหม่ต่อกรมการลงทุนและจัดการบริษัท

³⁹ ผณิตา ไชยศร, *ระบบการปกครองท้องถิ่นของประเทศสาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่า* (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2556), หน้า 21.

ท้องถิ่นเป็นผู้เสนอให้รัฐบาลประกาศให้พื้นที่ของตนเป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษ ในขณะที่ประเทศฟิลิปปินส์และประเทศพม่า นั้น การจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษก็ยังมีลักษณะเป็นแบบบนลงล่างเพียงอย่างเดียว

ประการที่สอง ด้านการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ ประเทศจีนได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบขององค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยระยะแรกกำหนดให้มีองค์กรที่แต่งตั้งโดยรัฐบาลกลางเป็นผู้ดำเนินการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษทั้งหมด ต่อมาในระยะที่สองจึงได้มีการถ่ายโอนอำนาจไปให้ท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการแทนส่งผลให้การดำเนินการทั้งหมดรวมถึงภารกิจด้านการจัดทำบริการสาธารณะเป็นของท้องถิ่นโดยสมบูรณ์ ในส่วนของประเทศฟิลิปปินส์นั้น แม้กฎหมายจะกำหนดให้องค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษจะเป็นองค์กรที่ไม่ได้มีความยึดโยงกับท้องถิ่น แต่การจัดทำบริการสาธารณะประเภทโครงสร้างพื้นฐานนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการประสานงานกับท้องถิ่นที่มีเขตเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่ภายในพื้นที่เพื่อร่วมกันตัดสินใจในการเลือกผู้ที่จะมาจัดทำบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ ในขณะที่ประเทศพม่ากำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารทำหน้าที่บริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษซึ่งไม่ปรากฏตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่เป็นคณะกรรมการแต่อย่างใด โดยมีผู้พัฒนาโครงการซึ่งเป็นนักลงทุนที่ลงทุนเพื่อดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานและสาธารณูปโภคต่างๆ เพื่อรองรับการลงทุนจากนักลงทุนผู้ประกอบธุรกิจภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศพม่าจะไม่มี ความเชื่อมโยงกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นภายในพื้นที่เลย

ประการสุดท้าย การกำหนดสิทธิประโยชน์ทางภาษีให้แก่ผู้ลงทุนภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยประเทศจีนได้วางกลไกทางด้านภาษีที่ผู้ประกอบการได้รับยกเว้นหรืออาจได้รับการลดหย่อนภาษีโดยเลือกให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีที่ไม่ใช่ภาษีท้องถิ่นโดยตรงและกำหนดให้ผลผลิตที่ได้จากการประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะต้องส่งออกไปขายยังต่างประเทศทั้งหมด เพื่อลดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษกับผู้ประกอบการในพื้นที่อื่นในประเทศจีน ในขณะที่ประเทศฟิลิปปินส์กฎหมายกำหนดอย่างชัดเจนให้ผู้ประกอบการในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถเลือกจ่ายภาษีเงินได้พิเศษ (Special Income Tax) ในอัตราร้อยละ 5 ของรายได้รวม แทนการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีท้องถิ่นในอัตราทั่วไปทำให้ท้องถิ่นที่มีเขตเศรษฐกิจพิเศษภายในพื้นที่นั้นได้รับรายรับทางการคลังด้านการจัดเก็บภาษีท้องถิ่นลดลง แม้กฎหมายอนุญาตให้ผู้ประกอบการในเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถนำสินค้าที่ผลิตได้ในเขตดังกล่าวไปขายในประเทศฟิลิปปินส์ได้ แต่ผู้ประกอบการต้องเสียภาษีบางประการที่ได้รับยกเว้นไว้ในตอนแรก เช่น ภาษีนำเข้าวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ เป็นต้น ส่วนสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศพม่าจะแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ สิทธิประโยชน์สำหรับนักลงทุนที่เป็นผู้พัฒนาโครงการและสิทธิประโยชน์สำหรับผู้ลงทุนที่ประกอบกิจการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งการยกเว้นการจัดเก็บภาษีหรือลดหย่อนภาษีภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษก็ไม่ส่งผลกระทบต่อการจัดเก็บภาษีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่อย่างใด เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศพม่าไม่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีภายในพื้นที่ของตน โดยเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศพม่าถือว่าอยู่ในช่วงระยะแรก

ของการดำเนินการ ทำให้เกิดข้อเสียด้านต้นทุนแฝงที่เกิดขึ้นภายหลังจากการพัฒนาและปฏิรูปประเทศอยู่เป็นอันมาก เช่น ราคาที่ดิน และค่าเช่าอาคารปรับตัวสูงขึ้นจากเดิมหลายเท่า รวมถึงแนวโน้มค่าจ้างแรงงานและสวัสดิการของคนงานที่อาจสูงขึ้น เป็นต้น

3. แนวทางการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศไทย

ในประเทศไทยได้มีแนวคิดที่จะจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษ ภายใต้ชื่อ “เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ” โดยมีวัตถุประสงค์คือเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและศักยภาพในการแข่งขันของประเทศ จัดทำระบบสาธารณูปโภค และโครงสร้างพื้นฐานต่างๆให้ทั่วถึงทุกพื้นที่ และพัฒนาการให้บริการของภาครัฐให้เป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน อย่างไรก็ตาม การพัฒนาพื้นที่ต่างๆจะต้องพิจารณาจากศักยภาพของแต่ละพื้นที่ซึ่งมีความแตกต่างกัน เพราะฉะนั้นการดำเนินการในแต่ละพื้นที่จึงต้องมีความสอดคล้องกับศักยภาพและความต้องการของประชาชนในพื้นที่นั้นด้วย ซึ่งขณะนี้อยู่ในระหว่างขั้นตอนการดำเนินการร่างกฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยใน (ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ.⁴⁰ กำหนดให้การจัดตั้ง เปลี่ยนแปลงเขต และการยุบเลิกเขตเศรษฐกิจพิเศษให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา⁴¹ การดำเนินการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษประเทศไทยในระยะแรกจึงมีที่มาจากประกาศคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษที่ 1/2558 และ 2/2558 เพื่อจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษประกาศดังกล่าวอาศัยอำนาจของคำสั่งรักษาความสงบแห่งชาติที่ 72/2558 ซึ่งเป็นคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ พร้อมทั้งกำหนดอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะการพิจารณาให้ความเห็นชอบและเสนอร่างหลักเกณฑ์และวิธีการสนับสนุนการจัดตั้งและดำเนินการเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ ทำให้คณะกรรมการนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษได้ทันทีโดยไม่ต้องรอมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยเขตเศรษฐกิจพิเศษ ส่งผลให้ในปัจจุบันประเทศไทยมีเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษทั้งหมด 10 แห่ง ซึ่งในแต่ละแห่งจะเน้นประเภทกิจการที่จะประกอบกิจการภายในพื้นที่แตกต่างกัน ซึ่งนอกจากจะเน้นประเภทธุรกิจด้านอุตสาหกรรมแล้ว ยังเปิดโอกาสให้มีการประกอบธุรกิจด้านอื่นๆ เช่น การขนส่ง การค้า หรือการท่องเที่ยวภายในพื้นที่อีกด้วย

การจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษที่มีลักษณะเป็นการให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในพื้นที่เฉพาะและมีการบริหารจัดการที่แตกต่างจากพื้นที่ทั่วไป และมีการให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีแก่นักลงทุนส่งผลกระทบต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษนั้นตั้งอยู่โดยตรงตั้งแต่การจัดเตรียมพื้นที่เพื่อพัฒนาเป็นเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษจนถึงการบริหารจัดการภายในพื้นที่ โดย (ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจ

⁴⁰ ร่างฉบับนี้เป็นร่างสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (สคก.) ส่งมาให้ กนอ. ตามหนังสือของ สคก. ที่ นร. 0905/184 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2558 ซึ่งปัจจุบันร่างกฎหมายฉบับนี้ถูกถอดออกจากวาระการประชุมของรัฐสภาแล้ว

⁴¹ มาตรา 34 แห่ง (ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ.

พิเศษ พ.ศ. กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษ⁴² ซึ่งมีที่มาจากส่วนกลางและไม่เปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการและพัฒนาพื้นที่ดังกล่าว ดังนั้น การจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษจึงส่งผลกระทบต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในด้านต่างๆ ดังนี้

3.1 ประเด็นปัญหาการทับซ้อนของอำนาจหน้าที่ด้านการดำเนินการตามกฎหมายเฉพาะภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษระหว่างองค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากการศึกษาบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายเฉพาะพบว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาททั้งในส่วนของราชการส่วนท้องถิ่นและบทบาทของเจ้าพนักงานท้องถิ่น โดยกฎหมายเฉพาะให้อำนาจราชการส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น เช่น กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารให้อำนาจราชการส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารที่มีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้นเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงโดยจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงดังกล่าว หรือการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดเรื่องที่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงดังกล่าวเนื่องจากมีความจำเป็นหรือมีเหตุผลพิเศษเฉพาะท้องถิ่น หรือกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุขกำหนดให้อำนาจราชการท้องถิ่นในการออกข้อกำหนดท้องถิ่นที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล เป็นต้น ในส่วนของบทบาทของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายเฉพาะทั้ง 3 ฉบับ คือ กฎหมายว่าด้วยการขุดดินและถมดิน กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร และกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่หลายประการ เช่น อำนาจในการอนุญาตให้กระทำการใดๆ ตามกฎหมาย อำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ รวมถึงมีอำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตหากมีการดำเนินการที่เป็นการฝ่าฝืนตามกฎหมายหรือการดำเนินการที่เป็นเหตุให้มีการเพิกถอนตามที่กฎหมายบัญญัติ

3.2 ประเด็นปัญหาการทับซ้อนของอำนาจหน้าที่ด้านการจัดทำบริการสาธารณะภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษระหว่างองค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อพิจารณาถึงหลักการจัดทำบริการสาธารณะตามที่ปรากฏใน (ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ. พบว่าองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านโครงสร้างพื้นฐาน ระบบสาธารณูปโภค และสาธารณูปการภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ ทั้งการจัดทำแผนปฏิบัติการ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ นอกจากนี้ ในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท

⁴² องค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษ หมายถึง บุคคลหรือหน่วยงานที่ (ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ. กำหนดให้มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ

องค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษก็มีอำนาจดำเนินการนอกพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษได้ ดังนั้น อำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษจึงส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยตรง เนื่องจากก่อนการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษนั้นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น⁴³ แต่เมื่อมีการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ (ร่าง) พระราชบัญญัติฯ กำหนดให้องค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการภายในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษนั้นมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถจัดทำบริการสาธารณะนอกเขตพื้นที่ได้หากคณะรัฐมนตรีอนุมัติ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงจะต้องดำเนินการตามแผนปฏิบัติการนั้นด้วย ทำให้สรุปได้ว่าการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ในด้านการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยตรง

อย่างไรก็ตาม (ร่าง) พระราชบัญญัติเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ. กำหนดให้องค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดขึ้นเพื่อดำเนินการอื่นใดที่ทำให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ โดยองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถดำเนินการจัดตั้งร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบกับเมื่อศึกษาการบริหารจัดการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศจีนพบว่ารูปแบบการบริหารจัดการเขตเศรษฐกิจพิเศษเส้นเงินเป็นการบริหารจัดการในรูปแบบบริษัทโดยรัฐบาลท้องถิ่นจะทำการจัดตั้งบริษัทเพื่อการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษซึ่งจะมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารและพัฒนาพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษ ส่งผลให้อำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษเส้นเงินเป็นของรัฐบาลท้องถิ่นจีนโดยดำเนินการในรูปแบบบริษัท ในขณะที่วิธีการจัดทำบริการสาธารณะภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษของประเทศฟิลิปปินส์ กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารมีหน้าที่ในการจัดหาระบบบริการสาธารณะรวมถึงกำหนดค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายจากการใช้บริการระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการ รวมถึงโครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยมี PEZA ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นหน่วยงานสนับสนุนคณะกรรมการบริหารมีหน้าที่ร่วมมือและประสานงานกับรัฐบาลท้องถิ่นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่ในการจัดหาตัวแทนที่เหมาะสมเพื่อจัดทำและดำเนินการระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้สามารถจัดทำได้หลายวิธี โดยอาจจัดทำในรูปแบบของการให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชนในรูปแบบ Build-Operate-Transfer (BOT) หรือดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้าก็ได้⁴⁴ จะเห็นได้ว่าการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษทั้งของประเทศจีนและประเทศฟิลิปปินส์จะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการดำเนินงานด้วยกันทั้งสิ้น

⁴³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), หน้า 40.

⁴⁴ อ้างแล้ว.

3.3 ประเด็นปัญหาการทับซ้อนของอำนาจหน้าที่ด้านการบริหารจัดการที่ดินภายในเขตพื้นที่พัฒนาเศรษฐกิจพิเศษระหว่างองค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กรณีอำนาจหน้าที่ด้านการบริหารจัดการที่ดินภายในเขตพื้นที่พัฒนาเศรษฐกิจพิเศษที่ส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่เดิมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีทั้งหมด 2 ประเภท ประเภทแรกคือ ที่ดินประเภทที่ได้มาจากการถมทะเล โดยหากองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการถมทะเลเพื่อนำที่ดินที่ได้จากการถมทะเลมาใช้ประโยชน์ภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ องค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจในการตัดสินใจดำเนินการถมทะเลโดยประสานงานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อหาวิธีป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่ประชาชนและสภาพแวดล้อมภายในพื้นที่ และองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษจะมีอำนาจในการบริหารจัดการที่ดินประเภทนี้และมีหน้าที่ชำระค่าธรรมเนียมในการใช้ที่ดินรายปีให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย สำหรับที่ดินประเภทที่สองคือ ที่ดินที่ได้มาจากการแปลงสภาพสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยหลักแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีหน้าที่จัดการดูแลและเป็นเจ้าของในสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ อย่างไรก็ตาม (ร่าง) พระราชบัญญัติเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ. ได้ให้อำนาจองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษในการแปลงสภาพสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและดำเนินการชำระราคาที่ดินให้แก่กระทรวงการคลังและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นตามราคาและอัตราส่วนที่กระทรวงการคลังกำหนดในกรณีที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันที่พลเมืองเล็กใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นแล้ว หากเป็นกรณีที่พลเมืองใช้ร่วมกันที่พลเมืองยังใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นอยู่สำนักงานเขตเศรษฐกิจพิเศษมีหน้าที่ในการจัดที่ดินที่มีลักษณะและความสะดวกใกล้เคียงกันให้พลเมืองใช้ร่วมกันแทน และเมื่อดำเนินการตามที่ (ร่าง) พระราชบัญญัติฯ กำหนดแล้ว ให้ที่ดินผืนอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินกลายเป็นขององค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยไม่ต้องดำเนินการถอนสภาพหรือโอนตามประมวลกฎหมายที่ดิน

ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ กรณีการชำระราคาค่าธรรมเนียมรายปีในการใช้ที่ดินให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่สถานที่ถมทะเลอยู่ในเขต (ร่าง) พระราชบัญญัติฯ กำหนดให้การชำระราคาที่ดินให้เป็นไปตามอัตราที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด เป็นที่น่าสังเกตว่า คณะกรรมการนโยบายเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ การที่ (ร่าง) พระราชบัญญัติฯ ให้อำนาจคณะกรรมการนโยบายแต่เพียงผู้เดียวในการกำหนดราคาค่าธรรมเนียมอาจไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีการกำหนดราคาค่าธรรมเนียมในการใช้ที่ดินที่เป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงควรเป็นไปในลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 2 ลักษณะ ลักษณะแรกคือควรให้กระทรวงการคลังเป็นผู้กำหนดราคาค่าธรรมเนียมการใช้ที่ดินเหมือนอย่างกรณีการให้กระทรวงการคลังกำหนดราคาค่าที่ดินของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ลักษณะที่สองคือ การกำหนดราคาค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์ที่ดินร่วมกันระหว่างองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

3.4 ประเด็นปัญหาด้านการยกเว้นภาษีให้แก่ผู้ประกอบการภายในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษกับรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษนั้นตั้งอยู่ แต่การจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษโดยมีผลเป็นการยกเว้นการชำระภาษีและค่าธรรมเนียมบางประเภท ประกอบกับถ่ายโอนภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะบางประการให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษอาจส่งผลกระทบต่อหารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษภายในพื้นที่โดยประเภทรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อาจได้รับผลกระทบต่อการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษภายในพื้นที่มีดังนี้

(1) รายได้ประเภทภาษีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจัดเก็บเอง เช่น กรณีที่ดินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของสำนักงานเขตเศรษฐกิจพิเศษซึ่งมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดรายได้ในการจัดเก็บภาษีโรงเรือนและที่ดิน เนื่องจากกฎหมายเปิดโอกาสให้รัฐมนตรีมีอำนาจยกเว้นภาษีโรงเรือนและที่ดินให้แก่รัฐวิสาหกิจสำหรับพื้นที่ที่เป็นบริเวณต่อเนื่องกับโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่ใช้ประโยชน์โดยตรงของรัฐวิสาหกิจนั้นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดได้ ซึ่งหากรัฐมนตรีออกประกาศกำหนดยกเว้นภาษีโรงเรือนและที่ดินให้แก่องค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษจะส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดรายได้จากการจัดเก็บภาษีโรงเรือนและที่ดินภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษที่สำนักงานเขตเศรษฐกิจพิเศษเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินผืนนั้น

(2) ภาษีที่รัฐบาลจัดเก็บเพิ่มให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น กรณีผู้ประกอบการภายในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษจะได้รับสิทธิประโยชน์ในการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 0 ซึ่งภาษีมูลค่าเพิ่มถือเป็นภาษีประเภทรัฐบาลจัดเก็บเพิ่มและจัดสรรให้ ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดรายได้จากการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากการประกอบกิจการภายในพื้นที่ เกิดผลกระทบต่อปริมาณจำนวนของการประกอบธุรกิจที่ตั้งอยู่ภายในพื้นที่กับการจัดเก็บรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สัมพันธ์กัน

(3) รายได้จากภาษีค่าธรรมเนียม กรณีการอนุมัติ อนุญาต ออกใบอนุญาต ให้ความเห็นชอบรับจดทะเบียน หรือรับแจ้งตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและกฎหมายว่าด้วยสาธารณสุขแต่เดิมนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งจะอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการดำเนินการดังกล่าวอย่างไรก็ตาม หากมีการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษในพื้นที่ใด (ร่าง) พระราชบัญญัติเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ. กำหนดให้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของผู้ว่าราชการเขตเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งสำนักงานเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าตอบแทน ค่าใช้จ่าย หรือค่าอื่นใดที่กฎหมาย ข้อบัญญัติ หรือเทศบัญญัติว่าด้วยการนั้นกำหนดให้เรียกเก็บได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อสำนักงานเขตเศรษฐกิจพิเศษหักค่าใช้จ่ายของสำนักงานซึ่งไม่เกินร้อยละสิบตามที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดแล้ว ให้นำส่งหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียม

(4) รายได้จากทรัพย์สินและการให้บริการ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถหารายได้จากทรัพย์สินและการให้บริการได้ ซึ่งอาจมีที่มาจากทำให้เช่าทรัพย์สินต่างๆ หรือการเรียกเก็บค่าบริการจากการ

พาณิชย์และการให้บริการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง ในขณะที่ (ร่าง) พระราชบัญญัติเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ. กำหนดให้สำนักงานเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจในการเรียกเก็บค่าบำรุงรักษาระบบสาธารณูปโภค และสิ่งอำนวยความสะดวก ค่าบริการ และค่าใช้จ่ายต่างๆ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการบริหารกำหนด นอกจากนี้ ยังมีอำนาจในการเรียกเก็บเงินเพิ่ม เบี้ยปรับ หรือดอกเบี้ยที่เรียกเก็บจากการชำระค่าบำรุงรักษา ค่าบริการ หรือค่าใช้จ่ายต่างๆ ล่าช้าด้วย⁴⁵ เมื่อองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการ สาธารณะประเภทระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการ โครงสร้างพื้นฐาน ตลอดจนการดำเนินการจัดทำระบบขนส่งภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถหารายได้จากทรัพย์สินและการให้บริการภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษได้

เมื่อพิจารณาแนวนโยบายด้านการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ผู้ประกอบการในเขตเศรษฐกิจพิเศษกับประเด็นเรื่องรายรับทางการคลังของท้องถิ่นของประเทศจีนและประเทศฟิลิปปินส์พบว่า ประเทศจีนได้วางกลไกทางด้านภาษีที่ผู้ประกอบการได้รับยกเว้นหรืออาจได้รับการลดหย่อนภาษีโดยเลือกให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีที่ไม่ใช่ภาษีท้องถิ่นโดยตรง ทำให้ประเด็นด้านการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษของประเทศจีนไม่กระทบกับรายรับทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากนัก ในขณะที่ประเทศฟิลิปปินส์กฎหมายกำหนดอย่างชัดเจนให้ผู้ประกอบการในพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถเลือกจ่ายภาษีเงินได้พิเศษ (Special Income Tax) ในอัตราร้อยละ 5 ของรายได้รวม แทนการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีท้องถิ่นในอัตราทั่วไป⁴⁶ ทำให้ท้องถิ่นที่มีเขตเศรษฐกิจพิเศษภายในพื้นที่นั้นได้รับรายรับทางการคลังด้านการจัดเก็บภาษีท้องถิ่นลดลง

4. ข้อเสนอแนะ

การจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษในประเทศไทยแม้จะมีประโยชน์ด้านการส่งเสริมการลงทุนจากเอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อให้เกิดการพัฒนาเฉพาะพื้นที่ แต่การพัฒนาพื้นที่ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งด้านอำนาจหน้าที่ การหารายได้ รวมถึงการจัดการทรัพยากรธรรมชาติบางประเภทที่เป็นทรัพย์สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันเป็นการขัดกับหลักการกระจายอำนาจและสถานะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ปรากฏในกฎหมายต่างๆ การดำเนินงานภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษจึงควรมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. เมื่อพิจารณา (ร่าง) พระราชบัญญัติเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ. ที่มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้ว่าการเขตเศรษฐกิจพิเศษมีอำนาจดำเนินการแทนเจ้าพนักงานท้องถิ่นเฉพาะการอนุมัติ อนุญาต ออกใบอนุญาตหรือให้ความเห็นชอบ หรือเป็นผู้มีอำนาจในการรับจดทะเบียนหรือรับแจ้งตามกฎหมายที่ (ร่าง) พระราชบัญญัติฯ กำหนดไว้ และยังมีบทบัญญัติซึ่งมีลักษณะเป็นการขยายอำนาจให้ผู้ว่าการเขตเศรษฐกิจพิเศษมีฐานะเป็นเจ้า

⁴⁵ มาตรา 69 แห่ง (ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ.

⁴⁶ อ้างแล้ว.

พนักงานหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะนั้นด้วย แสดงให้เห็นว่าอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าการเขตเศรษฐกิจพิเศษหมายความว่าอำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ หรืออำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ว่าการเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถขอให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องมาปฏิบัติหน้าที่ในเขตเศรษฐกิจพิเศษเพื่ออำนวยความสะดวกในการอนุมัติ อนุญาต ออกใบอนุญาต ให้ความเห็นชอบ รับผิดชอบ เบียด หรือรับแจ้งก็ได้⁴⁷ ดังนั้น หากมีการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษขึ้นภายในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด การดำเนินการด้านอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะจึงสมควรให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมตามกฎหมายเฉพาะดั้งเดิม เพื่อมิให้มีการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกินไป ดังนั้น การดำเนินการตามกฎหมายเฉพาะภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษจึงควรเป็นไปในลักษณะการร่วมมือกันระหว่างองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษตั้งอยู่ในพื้นที่นั้น

2. การจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษจะส่งผลกระทบในด้านอำนาจหน้าที่และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษภายในพื้นที่นั้น อันเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจ การดำเนินการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษจึงควรควบคู่ไปกับการพัฒนาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย เช่นเดียวกับการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษในประเทศจีนที่มีการถ่ายโอนอำนาจไปยังรัฐบาลท้องถิ่น กรณีที่ประเทศไทยประสบความสำเร็จในนโยบายการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษแล้ว การบริหารจัดการภายในพื้นที่ดังกล่าวจึงควรถ่ายโอนอำนาจหน้าที่กลับไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นเดิม อย่างไรก็ตาม การให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษซึ่งเป็นพื้นที่ที่มีลักษณะเฉพาะและมีการดำเนินการบางประการที่แตกต่างจากพื้นที่ทั่วไปอาจทำให้เกิดปัญหาได้ ดังนั้น จึงควรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษตั้งแต่แรก โดยการให้ผู้บริหารท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษนั้นตั้งอยู่เป็นคณะกรรมการบริหารเขตเศรษฐกิจพิเศษ รวมถึงการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะภายในพื้นที่โดยเป็นไปในลักษณะความร่วมมือกันระหว่างองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบการจัดตั้งสหการ

3. การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในการใช้ที่ดินที่องค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษต้องจ่ายค่าธรรมเนียมรายปีในการใช้ที่ดินให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรเป็นไปในลักษณะการกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้ที่ดินร่วมกันระหว่างองค์กรเขตเศรษฐกิจพิเศษและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

4. การกำหนดสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีภายในพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษไม่ว่าจะเป็นการได้รับยกเว้นหรืออาจได้รับการลดหย่อนภาษีควรที่จะกำหนดประเภทภาษีที่ไม่ใช่ภาษีท้องถิ่นโดยตรงเพื่อมิให้มีการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษส่งผลกระทบต่ออากรหารรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และควรมีมาตรการกำหนดให้ผลผลิตที่ได้จากการประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะต้องส่งออกไปขายยัง

⁴⁷ มาตรา 73 แห่ง (ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ.

ต่างประเทศทั้งหมด ทั้งนี้ เพื่อลดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษกับผู้ประกอบการในพื้นที่อื่นในประเทศตามหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร

หากการบริหารจัดการภายในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการดำเนินงานเพื่อเตรียมความพร้อมในกรณีที่มีการดำเนินนโยบายเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษประสบความสำเร็จและมีการถ่ายโอนอำนาจการบริหารจัดการในพื้นที่ไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในภายหลังดังเช่นกรณีของประเทศจีน ทำให้เกิดการพัฒนาพื้นที่ไปพร้อมๆ กับการพัฒนาศักยภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่งผลให้นโยบายการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษไม่ขัดกับหลักการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, คู่มือโอกาสและทิศทางการค้าการลงทุนในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์
กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์, 2558.
- บริษัท สำนักกฎหมายสากล เมียนมาพรีเมียร์ จำกัด. Myanmar Legal Handbook for Investors คู่มือ
กฎหมาย การลงทุนในประเทศเมียนมา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. สารานุกรมเศรษฐกิจจีน (ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติม). 2, พ., บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: ผู้จัดการ,
2548.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. กฎหมายการปกครองท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา,
2547.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สาระสังเขปประเด็นการปฏิรูปประเทศไทย ด้านเศรษฐกิจ สำนักงาน
เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาปฏิรูปแห่งชาติ. กรุงเทพฯ:
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2557.
- สีดา สอนศรี, การพัฒนาเศรษฐกิจการเมืองของประเทศฟิลิปปินส์. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2542.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

- ASIAN DEVELOPMENT BANK, FISCAL MANAGEMENT IN MYANMAR [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<https://www.adb.org/sites/default/files/publication/161213/ewp-434.pdf> [3 กุมภาพันธ์ 2560]
- UNDP, Comparative Study on Special Economic Zones in Africa and China [ออนไลน์]. 2015.
แหล่งที่มา: <http://www.cn.undp.org/content/dam/china/docs/Publications/UNDP-CHComparative%20Study%20on%20SEZs%20in%20Africa%20and%20China%20-%20ENG.pdf> [13 พฤศจิกายน 2559]
- ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สรุป Special Economic Zone Laws ของ
ต่างประเทศ, [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=news&newsID=123> [3 ธันวาคม 2559]
- ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ
กรุง มะนิลา, ข้อมูลภาษีในฟิลิปปินส์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
http://cks.ditp.go.th/KM_Document/cab05206-65af-402e-a878-9a7040e6064b_2014-BC_Tax_dark.pdf [7 ธันวาคม 2559]

กฎหมาย

Regulations on Special Economic Zones in Guangdong Province

Special Economic Zone Act of 1995

(ร่าง) พระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ พ.ศ.

การพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในที่ดินเกษตรกรรม:
ข้อสำรวจเบื้องต้น

The Development of a Legal Framework In Order To Implement a
Conservation Agreement for Agricultural Land:
A Preliminary Survey

สุรศักดิ์ บุญเรือง*

Surasak Boonrueang

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งนำเสนอข้อสำรวจเบื้องต้นเกี่ยวกับการพัฒนากรอบกฎหมายรองรับการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ (conservation agreement) สำหรับใช้เป็นเครื่องมือแก้ไขปัญหาดินเสื่อมโทรมและปนเปื้อนมลพิษ และการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเกษตรกรรม ซึ่งสาเหตุของปัญหานอกจากเกิดจากความต้องการใช้ที่ดินและวิถีเกษตรที่เปลี่ยนแปลงไปแล้วสาเหตุอีกส่วนหนึ่งก็เกิดจากมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถสร้างแรงจูงใจให้เจ้าของหรือผู้มีสิทธิในที่ดินอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพได้อย่างเต็มที่ ทางเลือกหนึ่งที่จะช่วยให้เกิดการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเกษตรกรรมได้คือการสร้างข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์โดยเกษตรกรเจ้าของที่ดินสมัครใจดำเนินการอนุรักษ์ดินหรือความหลากหลายทางชีวภาพตามที่ตกลงกันในพื้นที่ของตนในระยะสั้นหรือระยะยาว แล้วแต่กรณี เพื่อแลกกับสิทธิประโยชน์ทางการเงินตามที่ตกลงกัน ซึ่งจำเป็นต้องพัฒนากลไกทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อรองรับให้การทำข้อตกลงดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้จริง บทความนี้จะนำไปสู่ข้อเสนอเบื้องต้นว่าควรออกแบบกลไกรองรับในแต่ละประเด็นอย่างไร

คำสำคัญ: ที่ดินเกษตรกรรม ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ เกษตรยั่งยืน

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง), น.ม. (สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, ธรรมศาสตร์), นบพ. สมัยที่ 63, Master of Environmental Law (University of Sydney, Australia) อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์ลำปาง, ปัจจุบันกำลังศึกษาต่อระดับปริญญาเอก สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ณ University of Dundee ประเทศสหราชอาณาจักร

Abstract

The article illustrates preliminary conclusions how a conservation agreement can be implemented as an instrument to deal with agricultural land degradation, contamination and loss of biodiversity. Apart from the increase in unsustainable agricultural practices done on the land, these problems partly arise from the inefficiency of current land use-related legislation, particularly, failing to motivate landowners to conserve soil and biodiversity in their land. It is believed that introducing this tool, which landowners voluntarily agree to do a certain activity and get some financial support from a contracting state authority, is the alternative means that can help solve those problems. Yet discussion in more details regarding limitations under the current laws regarding land use management and matters of the agreement needs to be discussed. The outcome concluded in this article will be initial suggestions how to organize a statutory scheme for establishing a conservation agreement.

Keywords: agricultural land, conservation agreement, sustainable agriculture

1. บทนำ

กิจกรรมด้านการเกษตรเป็นกิจกรรมสำคัญที่มีส่วนพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศไทย เพราะคนไทยส่วนใหญ่ในชนบทยังคงประกอบอาชีพเกษตรกรรม รวมทั้งผลิตผลทางการเกษตรก็ถือเป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญของประเทศ โดยการทำเกษตรกรรมถือว่ามีความสัมพันธ์อย่างแน่นแฟ้นกับการใช้ที่ดิน เพราะสัดส่วนของพื้นที่เกษตรกรรมคิดเป็นพื้นที่เกือบครึ่งหนึ่งของพื้นที่ประเทศไทย¹

อย่างไรก็ตาม การขยายตัวของกิจกรรมการเกษตรที่ไม่ได้คำนึงถึงความยั่งยืน (unsustainable agricultural practices) เป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะปัญหาดินเสื่อมสภาพและปนเปื้อนมลพิษ² และปัญหาการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ³ โดยปัญหาประการแรกนั้นส่งผลกระทบต่อตรงต่อความอุดมสมบูรณ์และความปลอดภัยของดินโดยมีสาเหตุมาจากการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ป่าเป็นพื้นที่เพาะปลูกซึ่งทำให้พื้นที่ป่าลดลง การใช้สารเคมีทางการเกษตรเพื่อเพิ่มผลผลิตทางการเกษตรมีส่วนทำให้แร่ธาตุ อินทรีย์วัตถุและอนินทรีย์วัตถุในดินลดลง เกิดการปนเปื้อนของสารเคมีอันตรายในดิน แหล่งน้ำและผลิตผลทางการเกษตรซึ่งส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของคน สัตว์ พืชและสิ่งแวดล้อมอื่นๆ การทำการเกษตรโดยขาดการบำรุงรักษาดิน ละเลยที่จะปลูกพืชหรือหาวัสดุปกคลุมดิน การไถพรวนโดยไม่คำนึงถึงการชะล้างเสื่อมสภาพของหน้าดิน การปลูกพืชเชิงเดี่ยวทำให้เกิดปัญหาดินเสื่อมคุณภาพ ชะล้างพังทลาย รวมทั้งเกิดจากการตัดต้นไม้ใหญ่ในพื้นที่เกษตรทำให้น้ำไหลบ่าหน้าดินพัดพาเอาธาตุอาหารในดินและส่วนประกอบที่สำคัญของดินไหลลงแม่น้ำทำให้แม่น้ำลำคลองตื้นเขิน ส่งผลกระทบต่อคุณภาพของดิน ผลิตภาพและเกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมอื่นตามมา

นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินข้างต้นยังส่งผลต่อความหลากหลายทางชีวภาพในระบบนิเวศในพื้นที่ที่ถูกเปลี่ยนแปลงอีกด้วย⁴ เพราะทำให้วงจรของระบบนิเวศน์บริการ (ecosystem

¹ สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร, สถิติการเกษตรของประเทศไทย ปี 2558, รายงานประจำปี 2558, โรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ, 2558, น. 170.

² นิวัติ เรืองพานิช, การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2556), น. 102-107.

³ ดอกรัก มารอด, นิเวศวิทยาป่าไม้ประยุกต์, (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2555), น. 6-8.

⁴ ความหลากหลายทางชีวภาพ (biodiversity) หมายถึง องค์ประกอบทางธรรมชาติที่เกิดจากการรวมตัวและการปฏิสัมพันธ์ของสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์ต่างๆ ในระบบนิเวศน์ ความหลากหลายอาจเกิดจากความแตกต่างในระดับพันธุกรรม (genetic variation) ความแตกต่างของสายพันธุ์ (species variation) รวมทั้งความแตกต่างของระบบนิเวศน์ (ecosystem variation) ซึ่งความแตกต่างของความหลากหลายทางชีวภาพมีส่วนทำให้เกิดความสมดุลของระบบนิเวศน์ ทำให้เกิดกลไกนิเวศน์บริการ (ecosystem service) เช่น การมีสิ่งมีชีวิตในระบบนิเวศน์ช่วยให้เกิดการผสมเกสรซึ่งเป็นประโยชน์ต่อเกษตรกรที่ปลูกพืชบางชนิด เป็นต้น (โปรดดูคำนิยาม ความหลากหลายทางชีวภาพในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (The Convention on Biological Diversity, adopted 5 June 1992, Rio de Janeiro, Brazil, entry into force 29 December 1993 (Article 36), 1760 UNTS 79; 31 ILM 818 (1992))

service)⁵ ได้รับผลกระทบ เช่น หากต้นไม้ลดจำนวนลงเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงเป็นพื้นที่เพาะปลูก สิ่งมีชีวิตที่พึ่งพาต้นไม้ชนิดนั้น ๆ ก็จะลดจำนวนหรือย้ายที่อยู่ ซึ่งทำให้พื้นที่นั้นมีสิ่งมีชีวิตน้อยลง การลดลงของต้นไม้มีส่วนทำให้ไส้เดือนซึ่งทำหน้าที่พรวนดินให้ดินร่วนซุยและเพิ่มธาตุอาหารในดินลดลงหรือหายไป ทำให้ดินขาดความอุดมสมบูรณ์ ในขณะเดียวกัน เมื่อต้นไม้และสิ่งมีชีวิตลดลงก็ทำให้น้ำใต้ดินและน้ำผิวดินซึ่งต้นไม้ดูดซับน้ำไว้หายไปรวมทั้งอาจทำให้ปริมาณน้ำฝนลดลงด้วย ดังนั้น จะเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงพื้นที่ป่าเป็นพื้นที่เพาะปลูก การใช้สารเคมีอันตรายทางการเกษตร การละลายวิธีการบำรุงรักษาดินในกิจกรรมการเกษตรล้วนแล้วแต่มีส่วนให้เกิดการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพในพื้นที่นั้น ๆ ตามไปด้วย การทำการเกษตรโดยใช้มาตรการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพจึงเป็นทางเลือกประการหนึ่งที่จะช่วยให้ระบบนิเวศยังคงอยู่ได้และเกษตรกรก็สามารถทำการเกษตรเลี้ยงชีพได้

แม้สาเหตุของปัญหาเหล่านี้ส่วนหนึ่งเกิดจากเกษตรกรทำกิจกรรมทางการเกษตรโดยขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับผลกระทบจากกิจกรรมการเกษตร แต่สาเหตุอีกส่วนหนึ่งคือกลไกทางกฎหมายและนโยบายด้านการจัดการที่ดินเกษตรกรรมยังไม่สามารถสร้างแรงจูงใจให้เกษตรกรตระหนักถึงความสำคัญของการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพได้ จึงควรมีการศึกษาและพัฒนาแนวทางดำเนินการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้เกิดการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพโดยมีเกษตรกรเป็นผู้ขับเคลื่อนกลไกนี้เอง ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ซึ่งเปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากับเกษตรกรผู้มีสิทธิทำประโยชน์ในที่ดินเกษตรกรรมเพื่อดำเนินมาตรการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพจึงเป็นทางเลือกทางหนึ่งที่จะช่วยให้เกิดการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพในพื้นที่เกษตรกรรมได้

บทความฉบับนี้มุ่งนำเสนอข้อสำรวจเบื้องต้นบนฐานคิดที่ว่า การพัฒนาทางกฎหมายเพื่อรองรับข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์เป็นทางเลือกประการหนึ่งที่เหมาะสมในการจัดการกับปัญหาข้างต้นซึ่งจะมีส่วนช่วยให้เกิดการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเกษตรกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶ โดยนำเสนอข้อจำกัดของกฎหมายด้านการใช้ประโยชน์ที่ดินในปัจจุบัน ทางเลือกในการนำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์มาใช้ซึ่งสามารถเรียนรู้ผ่านมาตรการที่มีการดำเนินการในต่างประเทศและวิเคราะห์ความเหมาะสมรวมทั้งรูปแบบและประเด็นสำคัญเกี่ยวกับข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ที่ควรนำมาใช้กับประเทศไทย

ผลลัพธ์จากการศึกษาในครั้งนี้ไม่เพียงแต่จะช่วยให้เกิดข้อสรุปทางกฎหมายเกี่ยวกับทางเลือกในการอนุรักษ์ที่ดินและเกษตรยั่งยืน แต่ยังเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการอนุรักษ์ที่ดินอย่างแท้จริง รวมทั้งเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายเพื่อนำเครื่องมือทางนโยบายด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

⁵ นิเวศบริการ (ecosystem service) หมายถึง ประโยชน์ที่มนุษย์ได้รับจากการทำงานของระบบนิเวศหรือการทำงานของธรรมชาติ เช่น ฝนตกถือเป็นนิเวศบริการที่เกิดจากการทำงานของวัฏจักรน้ำในระบบธรรมชาติ (รายละเอียดโปรดดู Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*, (Island Press, Washington, 2005), p. 155.

⁶ Elizabeth Dooley, Ennid Roberts and Stephanie Wunder, *Land Degradation Neutrality Under the SDGs: National and International Implementation of the Land Degradation Neutral World Targets* (Environmental Law Network International, 2015) p.7.

รูปแบบอื่น ๆ มาใช้เสริมกับกลไกที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น การใช้กลไกการจ่ายค่าตอบแทนระบบนิเวศน์บริการ (payment for ecosystem service)⁷ และระบบการกักเก็บคาร์บอนเครดิตในพื้นที่ป่าไม้ภายใต้โครงการ REDD+)⁸

2. ความทั่วไปเกี่ยวกับที่ดินเกษตรกรรม

2.1 ขอบเขตความหมายของที่ดินเกษตรกรรมและข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์

โดยทั่วไปอาจพิจารณาได้ว่า ที่ดินเกษตรกรรม (agricultural land) ได้แก่ ที่ดินที่ใช้เพื่อการประกอบกิจกรรมทางการเกษตรในรูปแบบต่างๆ ซึ่งกฎหมายหลายฉบับกำหนดนิยามของคำว่า “เกษตรกรรม” ไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ หมายถึง การทำนา ทำไร่ ทำสวน เลี้ยงสัตว์ เลี้ยงสัตว์น้ำ และกิจการอื่นตามที่รัฐประกาศกำหนดตามวัตถุประสงค์เฉพาะของกฎหมายนั้น⁹ หากให้นิยามคำว่า “ที่ดินเกษตรกรรม” โดยยึดโยงกับนิยามเกษตรกรรมข้างต้นก็จะได้ข้อสรุปว่าที่ดินเกษตรกรรมซึ่งเข้าเกณฑ์ที่จะจัดให้มีข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์นั้นไม่จำเป็นต้องใช้เพื่อการเพาะปลูกพืชแต่เพียงอย่างเดียวแต่รวมถึงใช้เป็นพื้นที่เลี้ยงปศุสัตว์หรือการเลี้ยงสัตว์น้ำก็ได้ โดยเน้นไปที่การใช้ที่ดินเพื่อผลิตผลิตภัณฑ์ที่ไม่ใช่เพื่อการอุตสาหกรรม

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการทำสวนป่าเพื่อปลูกและบำรุงรักษาต้นไม้ตามพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535 นั้น จะถือว่าเป็นการทำเกษตรกรรมและที่ดินที่ขึ้นทะเบียนเพื่อทำสวนป่าเป็นที่ดินเกษตรกรรมหรือไม่ ในกรณีนี้เห็นว่าการทำสวนป่านั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อปลูกต้นไม้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เช่น สัก จามจุรี ตะแบกหิน เป็นต้น โดยผู้ปลูกมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าจึงมีลักษณะเป็นการปลูกพืชเพื่อเก็บเกี่ยวผลผลิตไม่ต่างจากการปลูกไม้ล้มลุกหรือธัญชาติอื่นๆ ประกอบกับกฎหมายฉบับดังกล่าวอนุญาต

⁷ payment for ecosystem service: PES เป็นแนวคิดที่กำหนดให้ผู้ได้รับประโยชน์จากสิ่งทีระบบนิเวศน์ได้สร้างขึ้น เช่น ได้ประโยชน์จากการที่มีน้ำในแม่น้ำเพราะพื้นที่ต้นน้ำมีต้นไม้อยู่มากและมีคนช่วยกันอนุรักษ์ต้นไม้เหล่านั้น (ซึ่งผู้ดูแลแบกรับต้นทุนการดูแลรักษา) มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนการได้ใช้ประโยชน์จากการได้ใช้แม่น้ำนั้นให้กับผู้จัดให้มีระบบการอนุรักษ์ ซึ่งตั้งอยู่บนฐานคิดว่าสิ่งที่ธรรมชาติสร้างขึ้นควรมีมูลค่าทางเศรษฐกิจเพื่อนำมูลค่านั้นมาใช้ดูแลธรรมชาติ (Kathleen McAfee, *The Contradictory Logic of Global Ecosystem Services Markets*. (105 Development and Change 43, 2012), p.131.)

⁸ REDD+ ย่อมาจาก Reducing Emission from Deforestation and Forest Degradation in Developing Countries เป็นโครงการด้านความร่วมมือที่องค์การสหประชาชาติพัฒนาขึ้นเพื่อสร้างกรอบดำเนินการสำหรับมุ่งใจให้มีการปลูกต้นไม้เพื่อดูดซับก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งเป็นสาเหตุทำให้โลกร้อน ซึ่งสาเหตุส่วนหนึ่งเกิดจากการตัดไม้ทำลายป่า โดยผู้ปลูกต้นไม้จะได้รับสิทธิในการขายโควตาการกักเก็บคาร์บอนในต้นไม้ที่ปลูกเพื่อแลกกับเงินตามสัดส่วนของของก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกกักเก็บ (โปรดดู UN REDD Programme, <http://www.un-redd.org/> accessed 10 June 2016.)

⁹ โปรดดู มาตรา 4 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 4 พระราชบัญญัติพัฒนาที่ดิน พ.ศ. 2551 และมาตรา 4 พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2558

ให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนมีสิทธิใช้ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมในการขอขึ้นทะเบียนสวนป่าด้วย¹⁰ ย่อมหมายความว่าในสายตาของกฎหมายฉบับนี้และพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ เห็นว่าการขึ้นทะเบียนสวนป่าเป็นกิจกรรมการเกษตรอย่างหนึ่งซึ่งก็คือการทำสวน จึงยอมให้ใช้พื้นที่ สปก. ในการขึ้นทะเบียนสวนป่าได้ จึงอาจสรุปได้ว่าการทำสวนป่าเป็นการทำเกษตรกรรมรูปแบบหนึ่งเช่นกันซึ่งเหตุผลที่ต้องทำความเข้าใจความหมายของที่ดินเกษตรกรรมก็เนื่องจากมีผลต่อการพิจารณาในประเด็นถัดๆ ไปว่าผู้ใช้ที่ดินในกิจกรรมประเภทใดบ้างที่เข้าข่ายมีสิทธิทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์นั่นเอง

มีข้อสังเกตว่าที่ดินเกษตรกรรมนั้นไม่มีการกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องเป็นที่ดินของรัฐหรือเอกชน ดังนั้น ที่ดินเกษตรกรรมอาจเป็นที่ดินที่เอกชนถือครองอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายหรืออาจเป็นที่ดินของรัฐซึ่งให้สิทธิเอกชนเข้าทำประโยชน์ เช่น ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม หรือที่ดินป่าสงวนแห่งชาติเสื่อมโทรมซึ่งรัฐอนุญาตให้ราษฎรเข้าใช้ประโยชน์ เป็นต้น ก็ได้ โดยจะได้กล่าวถึงในข้อถัดไป

ส่วนข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในบทความนี้หมายถึง ข้อตกลงระหว่างเจ้าของที่ดินหรือเกษตรกรกับรัฐหรือองค์กรผู้จัดให้มีการทำข้อตกลงเพื่ออนุรักษ์ธรรมชาติหรือสิ่งที่ทรงคุณค่าที่มีอยู่ในที่ดินของเจ้าของที่ดินหรือของเกษตรกรซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงเอกชนซึ่งทำขึ้นด้วยความสมัครใจเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹¹ หรือเพื่อรักษาสภาพนิเวศธรรมชาติในพื้นที่เกษตรกรรม เช่น เจ้าของที่ดินยอมทำข้อตกลงเพื่อปลูกไม้ยืนต้นในที่ดินของตนเองตามที่ถูกจัดทำข้อตกลงกำหนดเพื่อช่วยให้ดินฟื้นสภาพเป็นป่าตลอดระยะเวลา 20 ปี เป็นต้น ในแง่หนึ่งข้อตกลงนี้จึงเป็นข้อจำกัดการใช้สิทธิในที่ดินของเจ้าของหรือผู้ทำประโยชน์ในที่ดินเพื่อให้เกิดการอนุรักษ์ เพื่อตอบแทนการที่รัฐหรือผู้จัดให้มีข้อตกลงยอมให้เงินหรือสิทธิประโยชน์ (benefits) เป็นการตอบแทนที่เจ้าของหรือผู้ทำประโยชน์ในที่ดินยอมจำกัดการใช้สิทธิในที่ดินหรือยอมทำตามข้อตกลงนั้น ซึ่งในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการพัฒนาแนวคิดด้านการใช้ข้อตกลงหรือสัญญาในแดนกฎหมายเอกชนเพื่อเป็นเครื่องมือในการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพอย่างชัดเจน¹² แนวคิดเรื่องนี้จึงเป็นแนวคิดใหม่ในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ดี ประเทศไทยมีหลักกฎหมายสองเรื่องที่เกี่ยวข้องเป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนากรอบเรื่องนี้ซึ่งได้แก่ แนวคิดเรื่องการทำสัญญาเอกชนซึ่งหลักกฎหมายเรื่องนี้ ได้แก่ หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 และแนวคิดเรื่องทรัพย์สินประเภทการจำยอมซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน แต่เนื่องจากหลักกฎหมายทั้งสองเรื่อง

¹⁰ มาตรา 4 (3) บัญญัติว่า “ที่ดินที่จะขอขึ้นทะเบียนเป็นสวนป่าตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องเป็นที่ดินประเภทหนึ่งประเภทใด ดังต่อไปนี้

...(3) ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมที่มีหลักฐานการอนุญาต การเช่า เช่าซื้อ การโอน หรือการตกทอดทางมรดก ...”

¹¹ Law Commission, Conservation Covenant, Law Com. No. 349 (2014) para 1.1.

<www.gov.uk/government/publications/conservation-covenants> accessed 11 June 2016.

¹² ปัจจุบันมีกฎหมายบางฉบับใช้แนวคิดเรื่องสัญญา หรือข้อตกลงถูกในด้านทรัพยากรธรรมชาติบางแง่มุม เช่น การทำสัญญาสัมปทานซึ่งรัฐยอมให้เอกชนเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น แร่ ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 และปิโตรเลียม ตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 เป็นต้น

ยังมีข้อจำกัดบางประการ (ซึ่งจะได้กล่าวถึงในประเด็นถัดๆ ไป) ทำให้ไม่สามารถใช้กลไกทางกฎหมายที่มีอยู่เพื่ออธิบายและใช้บังคับกับการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ได้โดยตรงจึงเป็นที่มาของการพัฒนากลไกทางกฎหมายซึ่งเป็นข้อเสนอของบทความนี้

2.2 ประเภทของที่ดินเกษตรกรรม

การจำแนกประเภทของที่ดินเกษตรกรรมนั้น หากพิจารณาในแง่ผู้ทรงสิทธิเหนือที่ดินเกษตรดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าที่ดินเกษตรกรรมมีอยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ ที่ดินซึ่งเอกชนมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองและที่ดินของรัฐ

2.2.1 กรณีเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิ

โดยหลักแล้วการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของเอกชนนั้นอาจเป็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินที่แต่เดิมเป็นของรัฐ โดยรัฐออกเอกสารสิทธิให้ ซึ่งการได้กรรมสิทธิ์ในกลุ่มนี้อาจเป็นการได้กรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือได้มาตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพหรือกฎหมายอื่น ซึ่งปัจจุบันเอกสารที่รัฐออกเพื่อแสดงการมีกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินได้แก่โฉนดที่ดิน นอกจากนี้ที่ดินบางแปลงเป็นที่ดินที่รัฐยังไม่ได้ออกโฉนดที่ดินซึ่งเป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ให้ แต่รัฐได้ออกเอกสารที่เรียกว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เช่น นส.3 และ นส.3 ก ซึ่งผู้ถือครองที่ดินประเภทนี้มีสิทธิครอบครองแต่ยังไม่ได้กรรมสิทธิ์จนกว่ารัฐจะออกโฉนดให้ อย่างไรก็ตามที่ดินในกลุ่มนี้มีโอกาสได้รับการเปลี่ยนแปลงเป็นที่ดินมีโฉนดในที่สุดจึงทำให้ที่ดิน นส.3 ได้รับการยอมรับในทางวิชาการว่าเป็นที่ดินของเอกชนด้วย¹³ แม้ว่าตามกฎหมายจะยังถือว่าเป็นที่ดินของรัฐอยู่ก็ตาม

นอกจากเอกชนอาจเป็นผู้ถือครองที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินตามที่กล่าวไปแล้ว อาจได้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินโดยการรับโอนจากเอกชนรายอื่นซึ่งอาจเกิดจากการทำนิติกรรมสัญญา เช่น ซื้อ แลกเปลี่ยนหรือรับโอนการให้ที่ดินจากบุคคลอื่นที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอยู่แล้ว หรืออาจได้สิทธิเช่นว่านั้นมาโดยผลของกฎหมาย เช่น โดยการครอบครองปรปักษ์ที่ดินบุคคลอื่น¹⁴ หรือโดยหลักส่วนควบในฐานะที่อกริมตลิ่ง¹⁵ ก็ได้ ซึ่งไม่ว่าเอกชนจะได้ที่ดินมาด้วยวิธีการใดก็ถือว่าเป็นที่ดินนั้นตกเป็นของเอกชนได้เช่นเดียวกัน และเมื่อได้กรรมสิทธิ์แล้วก็ย่อมทำให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอน ได้ดอกผล มีสิทธิขัดขวางและติดตามเอาที่ดินคืนจากบุคคลผู้แย่งการครอบครอง และเจ้าของที่ดินอาจเลือกใช้ที่ดินเพื่อการเพาะปลูกหรือเลี้ยงปศุสัตว์หรือนำไปให้เช่าเพื่อทำเกษตรกรรมอย่างไรก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

¹³ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *ที่ดินที่มีหนังสือสำคัญที่เอกชนไม่มีกรรมสิทธิ์*, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524).

¹⁴ ป.พ.พ. มาตรา 1382 บัญญัติว่า “บุคคลใดครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยความสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาห้าปีไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์”

¹⁵ ป.พ.พ. มาตรา 1308 “ที่ดินแปลงใดเกิดที่อกริมตลิ่ง ที่อกริมตลิ่งเป็นทรัพย์สินของเจ้าของที่ดินแปลงนั้น”

2.2.2 กรณีรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิ

ในระบบกฎหมายไทยนั้น ที่ดินแปลงใดที่เอกชนยังไม่ได้กรรมสิทธิ์ถือว่าเป็นที่ดินของรัฐ¹⁶ ซึ่งหมายความว่าตราบใดที่รัฐยังไม่ออกโฉนดหรือเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์อื่นให้เอกชนก็ถือว่าเป็นที่ดินของรัฐอยู่ อย่างไรก็ตามการที่ที่ดินแปลงใดเป็นที่ดินของรัฐไม่ได้หมายความว่ารัฐมีสิทธิจำหน่ายโอนที่ดินของรัฐอย่างใดก็ได้ เพราะที่ดินของรัฐนั้นมีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์การจัดการไว้แตกต่างกันไป ในที่นี้ขอแบ่งกลุ่มที่ดินของรัฐโดยพิจารณาจากอำนาจในการให้เอกชนเข้ามาใช้ประโยชน์ได้ เป็น 4 กลุ่ม ได้แก่

1. ที่ดินที่รัฐออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้กับเอกชน ที่ดินประเภทนี้แม้จะยังถือเป็นที่ดินของรัฐตามประมวลกฎหมายที่ดินเนื่องจากเอกชนยังไม่ได้กรรมสิทธิ์ไป แต่ในทางปฏิบัติแล้วถือว่าเอกชนเป็นผู้มีสิทธิขาดในการใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอนซึ่งนักวิชาการบางท่านเรียกว่าเป็นที่ดินที่เจ้าของมีสิทธิครอบครอง

2. ที่ราชพัสดุ ซึ่งที่ดินกลุ่มนี้ถือว่ารัฐมีกรรมสิทธิ์และมีอำนาจให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ซึ่งรัฐอาจนำที่ราชพัสดุมาให้เช่าประชาชนเข้าเพื่อใช้ประกอบเกษตรกรรมก็ได้¹⁷

3. ที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกันหรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น ที่ป่าช้า พุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์ ที่ชายตลิ่ง ที่ดินในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เป็นต้น ที่ดินในกลุ่มนี้เอกชนมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์ได้อย่างจำกัด กล่าวคือ หากเป็นที่ชายตลิ่ง พุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์ เอกชนมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์ได้เฉพาะเท่าที่ตามปกติพลเมืองจะเข้าใช้ประโยชน์โดยไม่สามารถหวงกั้นการใช้ประโยชน์ได้ และที่ดินประเภทสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น ที่อุทยานแห่งชาติ เอกชนไม่มีสิทธิเข้าใช้ เนื่องจากเป็นพื้นที่อนุรักษ์

4. ที่ดินที่รัฐจัดสรรให้เอกชนเข้าทำประโยชน์ได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการตามกฎหมายเฉพาะ ที่ดินกลุ่มนี้เป็นที่ดินที่โดยกฎหมายเป็นของรัฐแต่รัฐอาจมอบสิทธิให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์ได้ตามวัตถุประสงค์เฉพาะของกฎหมาย เช่น ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ที่ดิน สปก.) ที่ดินในเขตป่าสงวนแห่งชาติที่มีสภาพเสื่อมโทรม (ที่ดิน สทก.) ซึ่งรัฐอาจให้ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์เพื่อเป็นที่ทำกินหรือ

¹⁶ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 2 บัญญัติว่า “ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ให้ถือว่าเป็นของรัฐ”

¹⁷ โปรดดู ข้อ 23 (2) ของกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการปกครอง ดูแล บำรุงรักษา ใช้และจัดหาประโยชน์เกี่ยวกับที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2545 กำหนดหลักการว่า ที่ราชพัสดุที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ในทางราชการ หรือที่ไม่ได้สงวนไว้เพื่อใช้ประโยชน์ในทางราชการ จะนำมาจัดหาประโยชน์โดยการจัดให้เช่า หรือโดยวิธีการจัดทำสัญญาต่างตอบแทนอื่นนอกเหนือจากการจัดให้เช่าก็ได้

การจัดหาประโยชน์โดยการจัดให้เช่าตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นการให้เช่าในลักษณะดังต่อไปนี้

... (3) การให้เช่าที่ดินที่ผู้เข้าใช้ประกอบเกษตรกรรม ...

เป็นที่เพาะปลูกได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด¹⁸ โดยที่ดินในกลุ่มนี้มักมีเงื่อนไขหรือมีกำหนดระยะเวลาในการถือครองและไม่ได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของเอกชนอย่างเด็ดขาด เช่น หากเป็นที่ดินสปก. เอกชนผู้ถือครองจะต้องประกอบอาชีพเกษตรกรรมเป็นหลักและต้องใช้เพื่อการเกษตรรวมทั้งไม่สามารถจำหน่ายที่ดินได้ เว้นแต่เป็นการตกทอดที่ดินทางมรดกไปยังทายาทโดยธรรมที่ประสงค์จะเข้ามารับเอาที่ดินไปใช้เพื่อการเกษตรเท่านั้น¹⁹ ส่วนที่ดินป่าสงวนแห่งชาติเสื่อมโทรม หรือที่เรียกว่า ที่ สทก. ประชาชนมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์ตามกำหนดระยะเวลา (5 ปี-30 ปี) เป็นต้น

¹⁸ มาตรา 16 ทวิ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ดินป่าสงวนแห่งชาติทั้งหมดหรือบางส่วนมีสภาพเป็นป่าไร่ร้างเก่า หรือทุ่งหญ้า หรือเป็นป่าที่ไม่มีไม้มีค่าขึ้นอยู่เลย หรือมีไม้มีค่าที่มีลักษณะสมบูรณ์เหลืออยู่เป็นส่วนน้อย และป่านั้นยากที่จะกลับฟื้นคืนดีตามธรรมชาติ ทั้งนี้ โดยมีสภาพตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ให้ถือว่าป่าสงวนแห่งชาติในบริเวณดังกล่าวเป็นป่าเสื่อมโทรม

ถ้าทางราชการมีความจำเป็นต้องปรับปรุงฟื้นฟูสภาพป่าเสื่อมโทรม ให้รัฐมนตรีประกาศกำหนดเขตป่าเสื่อมโทรมทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติ

ในเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติ ถ้าบุคคลใดได้เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตดังกล่าวอยู่แล้วจนถึงวันที่ประกาศกำหนดตามวรรคสอง

(1) เมื่อบุคคลดังกล่าวร้องขอ และอธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายเห็นว่าบุคคลนั้นยังมีความจำเป็นเพื่อการครองชีพ อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจอนุญาตเป็นหนังสือให้บุคคลดังกล่าวทำประโยชน์และอยู่อาศัยต่อไปในที่ที่ได้ทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยอยู่แล้วนั้นได้ แต่ต้องไม่เกินสี่ไร่ต่อหนึ่งครอบครัว และมีกำหนดเวลาคราวละไม่น้อยกว่าห้าปี แต่ไม่เกินสามสิบปี ทั้งนี้ โดยได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมสำหรับคราวแรก คราวต่อ ๆ ไปต้องเสียค่าธรรมเนียม

(2) บุคคลซึ่งได้รับอนุญาตตาม (1) อาจขออนุญาตปลูกป่าหรือไม่ยืนต้นในที่ที่ดินเคยทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติเพิ่มเติมจากที่ได้รับอนุญาตแล้ว โดยพิสูจน์ให้เห็นว่าตนมีความสามารถ และมีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่จะปลูกป่า หรือไม่ยืนต้นตามที่ขอเพิ่มนั้นได้ อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจอนุญาตเป็นหนังสือให้ปลูกป่าหรือไม่ยืนต้นได้แต่ต้องไม่เกินสามสิบไร่ต่อหนึ่งครอบครัว และมีกำหนดเวลาคราวละไม่น้อยกว่าห้าปี แต่ไม่เกินสามสิบปี และต้องเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนดไว้

การได้รับอนุญาตตามวรรคสาม มิให้ถือว่าเป็นการได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

ให้บุคคลซึ่งได้รับอนุญาตตามวรรคสาม (1) และ (2) ได้รับยกเว้นค่าภาคหลวงและค่าบำรุงป่า สำหรับไม้ที่ได้ปลูกขึ้นภายในที่ดินที่ได้รับอนุญาต

บุคคลซึ่งได้รับอนุญาตต้องใช้ประโยชน์ในที่ดินตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในระเบียบที่อธิบดีกำหนด และจะให้บุคคลอื่นนอกจากบุคคลในครอบครัวเข้าทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวมิได้

ในกรณีที่บุคคลซึ่งได้รับอนุญาตละทิ้งไม่ทำประโยชน์หรือไม่อยู่อาศัยในที่ดินที่ได้รับอนุญาตติดต่อกันเกินระยะเวลาสองปี หรือยินยอมให้บุคคลอื่นนอกจากบุคคลในครอบครัวเข้าทำประโยชน์ หรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในระเบียบที่อธิบดีกำหนด ให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจเพิกถอนการอนุญาตนั้น”

¹⁹ มาตรา 36 ทวิ และมาตรา 39 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

2.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้ที่ดิน

การจำแนกประเภทของที่ดินเกษตรกรรมดังที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ถือว่ามีความสำคัญต่อการพิจารณาการควบคุมการใช้ที่ดิน เพราะหากเป็นที่ดินแปลงใดเป็นของเอกชนแล้ว รัฐย่อมเข้าไปแทรกแซงการใช้ประโยชน์ได้อย่างจำกัด เช่น กำหนดรูปแบบการใช้ที่ดินโดยการประกาศใช้ผังเมืองรวมตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 เป็นต้น แต่หากที่ดินเป็นของรัฐกรณีเช่นนี้รัฐย่อมมีความชอบธรรมในการเข้าไปควบคุมหรือแทรกแซงการใช้ประโยชน์ในที่ดินมากขึ้น เช่น กำหนดรายละเอียดการใช้ประโยชน์ การโอนที่ดินไปยังบุคคลอื่น รวมถึงกำหนดระยะเวลาการใช้ประโยชน์สำหรับที่ดินบางประเภท ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันและเกี่ยวข้องกับที่ดินเกษตรกรรมแล้วอาจจำแนกกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินได้ดังนี้

2.3.1 กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์และกำหนดมาตรการเพื่อการอนุรักษ์ดินในพื้นที่เกษตรกรรมโดยตรง

กฎหมายหลักที่กำหนดมาตรการอนุรักษ์ดินและที่ดินในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติพัฒนาที่ดิน พ.ศ. 2551²⁰ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้กำหนดมาตรการอนุรักษ์ดินอย่างเป็นระบบดังจะเห็นได้จากการกำหนดมาตรการเพื่ออนุรักษ์ดินและน้ำ การกำหนดพื้นที่ซึ่งเสี่ยงจะเกิดความเสียหายต่อดินและน้ำโดยให้อำนาจประกาศใช้มาตรการที่เหมาะสมรวมทั้งให้อำนาจรัฐวางนโยบายและแผนการใช้ที่ดินให้เหมาะสมกับสภาพของดินและสอดคล้องกับประเภทของที่ดิน โดยบทบาทสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่

1. ให้อำนาจคณะกรรมการพัฒนาที่ดินดำเนินมาตรการพัฒนาที่ดินหลายประการ²¹ เช่น กำหนดการจำแนกประเภทที่ดิน วางแผนการใช้ที่ดิน การพัฒนาที่ดิน การกำหนดบริเวณการใช้ที่ดินและการกำหนดเขตการอนุรักษ์ดินและน้ำ ประกาศกำหนดเขตสำรวจที่ดิน และประกาศกำหนดเขตสำรวจการอนุรักษ์ดินและน้ำ เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อความเห็นชอบ ในการให้ความช่วยเหลือและเยียวยาความเดือดร้อนหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ครอบครองที่ดินตามความเหมาะสมจากการกำหนดบริเวณการใช้ที่ดินหรือการกำหนดเขตการอนุรักษ์ดินและน้ำ กำหนดมาตรการเพื่อการปรับปรุงดินหรือที่ดินหรือกำหนดมาตรการเพื่อการอนุรักษ์ดินและน้ำ เป็นต้น

²⁰ การพัฒนาที่ดินตามกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ การกระทำใด ๆ ต่อดินหรือที่ดินเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและคุณภาพของดินหรือที่ดิน หรือเพื่อเพิ่มผลผลิตทางการเกษตรให้สูงขึ้น และหมายความรวมถึงการปรับปรุงดินหรือที่ดินที่ขาดความอุดมสมบูรณ์ตามธรรมชาติหรือขาดความอุดมสมบูรณ์เพราะการใช้ประโยชน์ และการอนุรักษ์ดินและน้ำเพื่อรักษาคุณธรรมชาติหรือเพื่อความเหมาะสมในการใช้ที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

²¹ มาตรา 9

2. ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนาที่ดินประกาศเขตควบคุมการใช้ที่ดินได้หากมีการใช้หรือทำให้เกิดการปนเปื้อนของสารเคมีหรือวัตถุอันตรายที่จะทำให้เกิดความเสื่อมโทรมต่อการใช้ประโยชน์ทางการเกษตร²²

3. กำหนดอำนาจหน้าที่ให้กรมพัฒนาที่ดินมีบทบาทในการสำรวจและวิเคราะห์ ตรวจสอบดินหรือที่ดินเพื่อให้ทราบถึงคุณสมบัติตามธรรมชาติ ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ที่ดินหรือภาวะเศรษฐกิจที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์ในการจำแนกประเภทที่ดิน การพัฒนาที่ดิน การกำหนดบริเวณการใช้ที่ดิน การกำหนดเขตการอนุรักษ์ดินและน้ำและการทำสำมะโนที่ดิน²³

จากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพัฒนาที่ดิน รัฐมนตรีรวมทั้งกรมพัฒนาที่ดินดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าองค์กรเหล่านี้มีอำนาจจัดการที่ดินเกษตรกรรมได้ในหลายลักษณะโดยมีเครื่องมือใหม่ๆ ที่นำมาใช้เพิ่มขึ้นจากที่ปรากฏในพระราชบัญญัติพัฒนาที่ดิน พ.ศ. 2526 (ซึ่งถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติพัฒนาที่ดิน พ.ศ. 2551) แต่หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจขององค์กรดังกล่าวกับเอกชนเจ้าของที่ดินจะเห็นว่าเป็นความสัมพันธ์ในเชิงควบคุมสั่งการโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการประกาศเขตอนุรักษ์ดินและน้ำและเขตควบคุมการใช้ที่ดิน²⁴ และอาจให้การช่วยเหลือทางอ้อมได้ในบางกรณีที่เอกชนเจ้าของที่ดินได้รับความเดือดร้อนจากการประกาศเขตอนุรักษ์ดินและน้ำรวมทั้งหากต้องการความช่วยเหลือด้านวิชาการอันเกี่ยวกับการปรับปรุงดินหรือที่ดิน หรือมาตรการเพื่อการอนุรักษ์ดินและน้ำ

2.3.2 กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดสรรที่ดินเพื่อใช้ในการเกษตร

กฎหมายในกลุ่มนี้เป็นกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดมาตรการควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินโดยตรงแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดสรรที่ดินและสิทธิที่ากินให้กับประชาชนโดยกฎหมายที่มีบทบาทอย่างสำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ซึ่งให้อำนาจคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจัดสรรที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมให้แก่เกษตรกรผู้ไม่มีที่ดินของตนเองหรือเกษตรกรที่มีที่ดินเล็กน้อยไม่เพียงพอแก่การครองชีพและสถาบันเกษตรกรได้เช่าซื้อ เช่าหรือเช่าทำประโยชน์ แต่ให้สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์²⁵ เหตุที่กฎหมายฉบับนี้มีความสำคัญ

²² มาตรา 14

²³ มาตรา 16

²⁴ ในกรณีที่มีการประกาศเขตอนุรักษ์ดินและน้ำรวมทั้งเขตควบคุมการใช้ที่ดินในพื้นที่ใดแล้ว มาตรา 15 ของกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจองค์กรที่ใช้อำนาจประกาศกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ ไว้ในประกาศด้วย

(1) กำหนดมาตรการอนุรักษ์ดินและน้ำ เพื่อลดการชะล้างพังทลายของดิน และป้องกันการเกิดดินถล่ม โดยใช้มาตรการวิธีกล มาตรการวิธีพืช หรือมาตรการอื่นใดที่เหมาะสม

(2) ห้ามกระทำการใด ๆ รวมถึงการทำให้เกิดการปนเปื้อนของสารพิษที่เป็นอันตรายต่อดินหรือทำให้สภาพที่ดินเกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรง

(3) กำหนดมาตรการอื่น ๆ ตามที่เห็นสมควรและเหมาะสมแก่สภาพพื้นที่นั้น

²⁵ มาตรา 36 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บรรดาที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ใด ๆ ที่ ส.ป.ก. ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ หรือได้มาโดยประการอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ไม่ให้ถือว่าเป็นที่ราชพัสดุ และให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เพื่อใช้ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม”

เนื่องจากที่ดิน สปก. ซึ่งรัฐจัดสรรเพื่อให้ประชาชนผู้ไม่มีที่ดินทำกินเข้าทำประโยชน์นั้นมีจำนวนมากถึงเกือบ 35 ล้านไร่²⁶ ซึ่งคิดเป็นพื้นที่ราวร้อยละ 11 ของพื้นที่ทั้งหมดของประเทศ²⁷ ซึ่งรัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขการใช้ที่ดินประเภทนี้ได้มากกว่าที่ดินเกษตรที่เอกชนเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง จึงเป็นประเภทของที่ดินที่ควรดำเนินการอนุรักษ์ดินเพราะใช้เพื่อประโยชน์ด้านการเกษตรโดยตรง

นอกจากพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้วยังมีกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติในการจัดสรรที่ดินของรัฐให้เอกชนเข้าทำเกษตรกรรม เช่น พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติฯ มาตรา 16 ทวิ และพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 มาตรา 8 และมาตรา 9 อย่างไรก็ตามเนื่องจากที่ดินที่เอกชนได้รับการจัดสรรเพื่อทำเกษตรกรรมตามกฎหมายทั้งสองฉบับมีสัดส่วนไม่มากเมื่อเทียบกับพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 จึงไม่ขอกล่าวถึงในรายละเอียด

3. ปัญหากฎหมายด้านการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเกษตรกรรม

แม้ว่าประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุรักษ์ที่ดินเกษตรกรรมและกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินให้เป็นที่ทำกินของเกษตรกรดังที่ได้กล่าวไปแล้วก็ตาม ปัญหาดินเสื่อมสภาพ การปนเปื้อนในดินและการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องซึ่งสะท้อนว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถใช้เพื่อจัดการปัญหาดินเสื่อมคุณภาพและปนเปื้อนรวมทั้งไม่สามารถทำให้เกิดการดำเนินกิจกรรมทางการเกษตรที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีความจำเป็นต้องกล่าวถึงปัญหาและหามาตรการดำเนินการเพื่อลดหรือแก้ไขข้อจำกัดทางกฎหมาย โดยอาจจำแนกปัญหาทางกฎหมายออกได้เป็น 3 ประเด็น ได้แก่

3.1 ความไม่เพียงพอของกรอบดำเนินการทางกฎหมายสำหรับรองรับการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์

ดังที่ได้กล่าวไปตอนต้นว่าข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์เป็นมาตรการจูงใจที่อยู่บนฐานของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาและกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งหากพิจารณาเพียงผิวเผินอาจเห็นว่าไม่จำเป็นต้องสร้างกลไกทางกฎหมายขึ้นมารองรับเพราะสามารถใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อยู่แล้ว แต่หากพิจารณาวัตถุประสงค์และหลักการในการทำข้อตกลงในบริบทของประเทศไทยจะพบรายละเอียดว่าหลักกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอที่จะใช้ดำเนินการนี้เนื่องจากข้อจำกัดหลายประการดังพอสรุปโดยสังเขปได้ ดังนี้

²⁶ สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม, สรุปผลการดำเนินงานจัดที่ดินของสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม, <http://alro.go.th/alro/internet/Land-Three/all.htm> (เข้าถึง ณ วันที่ 5 มิถุนายน 2560).

²⁷ TCU, ผ่าตัวเลขถือครองที่ดินในประเทศไทยกรมป่าไม้ครองแชมป์แลนลอร์ดที่ดินรัฐ <http://www.tcjthai.com/news/2014/08/scoop/4799> (เข้าถึง ณ วันที่ 5 มิถุนายน 2560).

1. การขอตกลงตามหลักกฎหมายสัญญาไม่มีผลใช้บังคับบุคคลภายนอกได้เพราะสัญญาต่างๆ ไปมีผลต่อเฉพาะคู่กรณี (สัญญาก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ) แต่โดยวัตถุประสงค์ของขอตกลงเพื่อการอนุรักษ์บางประเภท เช่น ขอตกลงซึ่งกำหนดให้ใช้ที่ดินเพื่อการปลูกไม้ยืนต้นและไร่นาสวนผสมเป็นระยะเวลา 50 ปี ต้องการให้มีผลผูกติดกับที่ดิน กล่าวคือแม้ที่ดินจะโอนไปยังบุคคลอื่นก็ยังมีผลอยู่ซึ่งขอตกลงนี้ไม่สามารถใช้หลักกฎหมายสัญญาในการกำหนดข้อสัญญาให้มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่มีเงื่อนไขดำเนินการตกติดไปกับตัวทรัพย์สินได้ จึงมีความจำเป็นต้องสร้างหลักกฎหมายเพื่อรองรับให้ขอตกลงเพื่อการอนุรักษ์บางประเภทเป็นทรัพย์สินที่มีผลในการใช้บังคับบุคคลภายนอกได้

2. ขอตกลงในกฎหมายสัญญานั้น โดยทั่วไปบุคคลภายนอกไม่สามารถเข้ามาใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลเพื่อบังคับการให้คู่สัญญาปฏิบัติตามขอตกลง เว้นแต่เป็นการทำสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก แต่การพัฒนาขอตกลงเพื่อการอนุรักษ์นั้นอาจจำเป็นต้องสร้างเงื่อนไขให้ประชาชนทั่วไปสามารถใช้สิทธิทางศาลหากเกษตรกรผู้มีสิทธิในที่ดินเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามขอตกลงได้ เพราะขอตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในบางกรณีเป็นขอตกลงเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

3. การทำขอตกลงและจดทะเบียนทรัพย์สินในเชิงรอนสิทธิ เช่น การจดทะเบียนภาระจำยอมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ไม่สามารถนำมาใช้กับขอตกลงที่จะทำขึ้นในที่ดินเกษตรกรรมของประเทศไทยได้ทุกประเภท²⁸ เพราะหลักกฎหมายเรื่องภาระจำยอมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้เฉพาะกับที่ดินที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์ ในขณะที่ขอตกลงเพื่อการอนุรักษ์ที่จะถูกพัฒนาขึ้นจำเป็นต้องใช้กับที่ดิน สปก. ซึ่งรัฐเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เอง รัฐจึงไม่สามารถทำขอตกลงที่เป็นข้อจำกัดสิทธิในที่ดินของตนเองได้

4. การสร้างกลไกรองรับขอตกลงเพื่อการอนุรักษ์จำเป็นต้องจัดให้มีแหล่งเงินหรือสิทธิประโยชน์ที่นำมาใช้สนับสนุนการดำเนินการตามขอตกลง ซึ่งอาจกำหนดให้ใช้เงินจากแหล่งรายได้ตามกฎหมายอื่นๆ เช่น เงินจากกองทุนสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 หรือการได้รับการยกเว้นการเสียภาษีบางประเภท เช่น ภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง จึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรองรับ

5. การสร้างกลไกรองรับขอตกลงเพื่อการอนุรักษ์จำเป็นต้องมีการมอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งขึ้นมาเป็นผู้ดูแลการทำขอตกลงรวมทั้งบริหารการดำเนินการตามขอตกลง ซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจโดยตรงอยู่แล้ว เช่น กรมพัฒนาที่ดิน หรืออาจตั้งองค์กรใหม่หรือหน่วยงานเอกชนขึ้นมาเป็นผู้ดูแล ซึ่งจำเป็นต้องมีกลไกทางกฎหมายรองรับเพื่อให้หน่วยงานหรือองค์กรเหล่านี้มีอำนาจดำเนินการด้วย

²⁸ มาตรา 1387 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์อาจต้องตกอยู่ในภาระจำยอมอันเป็นเหตุให้เจ้าของต้องยอมรับกรรมบางอย่างซึ่งกระทบถึงทรัพย์สินของตน หรือต้องงดเว้นการใช้สิทธิบางอย่างอันมีอยู่ในกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินนั้น เพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น” ซึ่งหมายความว่าโดยหลักการแล้ว เจ้าของที่ดินสองแปลงอาจตกลงจดทะเบียนภาระจำยอมเพื่อให้เจ้าของที่ดินแปลงหนึ่ง คือเจ้าของภารยทรัพย์ต้องงดเว้นการหรืองดเว้นการดำเนินการซึ่งอาจเป็นการตกลงที่จะยอมให้เจ้าของสหายทรัพย์ใช้ที่ดินภารยทรัพย์หรืออาจตกลงว่าเจ้าของภารยทรัพย์จะไม่ใช้น้ำที่ไหลผ่านที่ดินภารยทรัพย์เพื่อให้สหายทรัพย์สามารถใช้น้ำได้อย่างเต็มที่ ก็ได้

3.2 ความไม่เหมาะสมของรูปแบบของมาตรการทางกฎหมายที่ใช้จัดการที่ดินเกษตรกรรม

หากพิจารณาลักษณะของมาตรการอนุรักษ์ดินในกฎหมายปัจจุบันจะพบว่ารูปแบบการจัดการที่ดินยังขาดความยืดหยุ่นเพราะกลไกมีลักษณะเป็นแบบการควบคุมโดยตรง (direct regulation) ซึ่งรัฐมีอำนาจกำหนดทิศทางของการใช้มาตรการอนุรักษ์หรือกำหนดมาตรฐานและสภาพบังคับของการฝ่าฝืน ตลอดถึงห้ามดำเนินกิจกรรมที่อาจนำไปสู่ปัญหาดินเสื่อมคุณภาพหรือปนเปื้อน หรือกำหนดให้ดำเนินกิจกรรมบางอย่างได้ผ่านกลไกการขออนุญาตซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติพัฒนาที่ดินฯ ซึ่งได้กล่าวถึงไปแล้ว แม้การควบคุมโดยตรงจะเป็นรูปแบบมาตรการทางกฎหมายที่นิยมนำมาใช้เพื่อควบคุมดูแลในกฎหมายสิ่งแวดล้อมเนื่องจากมีข้อดีในแง่ความสะดวก คล่องตัวและคาดเดาผลจากการใช้มาตรการนี้ได้ก็ตาม²⁹ แต่การใช้กลไกดังกล่าวแต่เพียงอย่างเดียวก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่เหมาะสมเพราะไม่สามารถสร้างแรงจูงใจในการส่งเสริมและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้อย่างแท้จริงเพราะผู้ปฏิบัติตามไม่มีแรงจูงใจและอาจมีต้นทุนการดำเนินการรวมทั้งไม่เอื้อให้เกิดการคิดค้นพัฒนารูปแบบการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมใหม่ๆ ได้ ดังนั้น การนำมาตรการเชิงจูงใจ (incentive-based mechanism) เข้ามาใช้ร่วมกับการควบคุมโดยตรงจึงถือเป็นวิธีการที่เหมาะสมและได้รับการยอมรับมากกว่า³⁰ ดังจะเห็นได้จากการใช้รูปแบบการควบคุมและการจูงใจควบคู่กันไปเพื่ออนุรักษ์ดินและส่งเสริมการเกษตรในประเทศอื่น นอกจากนี้ กลไกในกฎหมายหลายฉบับในปัจจุบันยังคงขาดการเปิดโอกาสให้เกษตรกรเจ้าของที่ดินและชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมจัดการที่ดิน เช่น วางแผนการใช้ที่ดิน การพัฒนาที่ดิน การกำหนดบริเวณการใช้ที่ดินและการกำหนดเขตการอนุรักษ์ดินและน้ำ³¹ ข้อจำกัดนี้จึงทำให้การอนุรักษ์ที่ดินเกษตรกรรมที่เกิดจากความสมัครใจของประชาชนไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างที่ควรจะเป็น

ต่อความเห็นดังกล่าว อาจถูกโต้แย้งได้ว่ากลไกในกฎหมายปัจจุบันมีความเหมาะสมแล้วเนื่องจากบทบาทในการอนุรักษ์ดินควรเป็นของรัฐ เพื่อให้เกิดความคล่องตัว หากเปิดโอกาสให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกฎหมายอาจนำไปสู่ความล่าช้าและเป็นอุปสรรคในการผลักดันนโยบายและแผนดำเนินการ โดยเฉพาะเมื่อมีความเห็นแตกต่างของผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่าหากภาครัฐไม่มีงบประมาณหรือบุคลากรเพียงพอที่จะดูแลที่ดิน โดยเฉพาะที่ดินเอกชนที่เป็นพื้นที่เกษตรกรรมได้อย่างทั่วถึงและขาดแรงจูงใจเพราะหากดำเนินการเพื่ออนุรักษ์ที่ดินในทุกๆ เรื่องและทุกพื้นที่ย่อมทำให้เกิด

²⁹ Neil Gunningham and Peter Grabosky, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (OUP, 1998) chapter 2.

³⁰ Neil Gunningham and Darren Sinclair, ‘Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection’, (21 *Law and Policy Journal*, 1, January 1999, 50.

³¹ แม้ว่ามาตรา 15 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติพัฒนาที่ดินฯ กำหนดให้รัฐต้องจัดรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการกำหนดมาตรการอนุรักษ์ดินและน้ำ หรือจากการกำหนดเขตควบคุมที่ดิน แต่การจัดรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวจำกัดเฉพาะประเด็นการได้รับผลกระทบจากการกำหนดมาตรการต่างๆ ที่รัฐกำหนดขึ้นเท่านั้น ไม่ได้เปิดโอกาสให้เจ้าของที่ดินเสนอการเข้ามาตราใหม่ฯ เจริญสมัครใจรวมทั้งไม่ได้เปิดโอกาสให้เกษตรกรผู้มีสิทธิในที่ดินเข้าไปเป็นหุ้นส่วนดำเนินการเพื่ออนุรักษ์ดินและน้ำอย่างแท้จริง

ภาระทางงบประมาณและบุคลากร และหากหน่วยงานของรัฐเพิกเฉยไม่ดำเนินการอนุรักษ์ที่ดินอย่างจริงจัง ย่อมทำให้กลไกการอนุรักษ์ที่ดินที่รัฐเป็นผู้ถืออำนาจไม่อาจเกิดการนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้ อีกทั้งนโยบายและแผนที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ที่ดินควรมีการดำเนินการโดยรับฟังความเห็นและความต้องการของผู้มีส่วนได้เสียซึ่งจะนำไปสู่การปฏิบัติตามมากกว่าที่จะพิจารณาความพึงพอใจของผู้ที่มีอำนาจควบคุมแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้น การเปิดโอกาสให้มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อจูงใจให้ผู้มีสิทธิในที่ดินและชุมชนเข้ามามีบทบาทในการอนุรักษ์ดินจึงน่าจะมีความเหมาะสมมากกว่าการให้อำนาจรัฐผูกขาดการจัดการเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดิน

3.3 ขาดการกำหนดหน้าที่ของผู้มีสิทธิในที่ดินในการอนุรักษ์ดิน

ปัญหาในส่วนนี้ได้แก่กฎหมายปัจจุบันขาดการกำหนดหน้าที่ของผู้มีสิทธิในที่ดินในการอนุรักษ์ดิน และหลีกเลี่ยงการดำเนินกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งทำให้ผู้ใช้ที่ดินไม่มีความตระหนักว่าตนมีหน้าที่ดูแลสภาพดินและความหลากหลายทางชีวภาพ นักกฎหมายส่วนหนึ่งตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับหากปราศจากเสียซึ่งการกำหนดหน้าที่ในทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมย่อมมีแนวโน้มที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินจะใช้ทรัพย์สินโดยปราศจากการใส่ใจผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตราบเท่าที่ผู้ทรงสิทธิเหล่านั้นไม่อาจคาดเห็นถึงผลกระทบจากการใช้สิทธิ³²

แม้ว่ากฎหมายหลายฉบับจะกำหนดมาตรการจัดการที่ดินในหลายรูปแบบ เช่น กำหนดเขตอนุรักษ์ดินและน้ำ กำหนดให้ต้องมีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อนดำเนินโครงการพัฒนา แต่กลับไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดหน้าที่ให้บุคคลผู้มีสิทธิในที่ดินเกษตรกรรมต้องอนุรักษ์ทรัพยากรดินหรือหลีกเลี่ยงการดำเนินกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ทั้ง ๆ ที่บุคคลเหล่านั้นควรมีหน้าที่ดำเนินกิจกรรมดังกล่าวเพราะเป็นกิจกรรมพื้นฐานที่ผู้มีสิทธิในที่ดินพึงกระทำ ซ่องโหวดดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากกฎหมายที่ร่างในอดีต เช่น ประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การรับรองสิทธิในทรัพย์สินเพื่อแก้ปัญหาการขาดที่ดินทำกินอันเป็นปัญหาด้านสังคมและเศรษฐกิจโดยไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบจากการใช้สิทธิดังกล่าวที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนที่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมควรได้รับการพิจารณาด้วยเมื่อจะต้องดำเนินกิจกรรมการพัฒนาในด้านต่าง ๆ³³ ซึ่งรวมถึงการบัญญัติรับรองสิทธิในทรัพย์สินอันอาจนำไปสู่การดำเนินกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

ความเห็นข้างต้นนั้นอาจถูกโต้แย้งว่าเป็นการกล่าวที่เกินเลยไปจากความจริงเพราะการกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับกับดูแลทรัพยากรดินและน้ำนั้นแท้จริงปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการพัฒนาที่ดิน พ.ศ. 2551 อยู่แล้ว ดังจะเห็นได้จากมาตรา 14 กำหนดให้กรณีมีการปนเปื้อนของสารเคมีหรือวัตถุอื่นใดที่จะทำให้ที่ดินเกิดความเสื่อมโทรมต่อการใช้ประโยชน์ทางการเกษตรเกิดขึ้นให้ผู้กระทำการปนเปื้อนดำเนินการปรับปรุงที่ดิน

³² Ian Hannam and Ben Boer, *Legal and Institutional Frameworks for Sustainable Soils: A Preliminary Report*. (Gland, Switzerland and Cambridge, 2002).

³³ Principle 4, Rio Declaration on Environment and Development

ให้คืนสู่สภาพเดิมหรือชดเชยค่าเสียหายให้แก่รัฐหรือผู้ที่ได้รับความเสียหาย ต่อความเห็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นเพียงหน้าที่รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเมื่อเกิดความเสียหายต่อดินและน้ำเท่านั้น ซึ่งเป็นเพียงหน้าที่ที่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องอาจมีความรับผิดชอบอันเกิดจากการปนเปื้อน ไม่ใช่หน้าที่ที่กำหนดให้ต้องดูแลรักษาคุณภาพดิน โดยหน้าที่ดังกล่าวจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการทำให้เกิดความเสียหายในพื้นที่ที่ถูกประกาศควบคุมการใช้ที่ดินบริเวณนั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการในมาตรา 14 เท่านั้น นอกจากนี้หน้าที่ดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบนิเวศน์บริการอันเนื่องมาจากการทำให้ดินเสื่อมคุณภาพหรือการทำให้ระบบน้ำใต้ดินเปลี่ยนแปลง ดังนั้น หน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตราดังกล่าวจึงหาใช้หน้าที่อนุรักษ์ดินและน้ำและหน้าที่งดเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด

หากพิจารณาประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งมีมาตรการกำหนดเพื่อคุ้มครองการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์และที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครองจะเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งหมายกำหนดหลักการเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินและกำหนดมาตรการดูแลป้องกันการก่อความเสียหายต่อดินของรัฐเท่านั้นแต่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขให้ผู้ถือสิทธิดังกล่าวมีหน้าที่ดูแลที่ดินหรือบำรุงรักษาที่ดินในที่ดินของตนแต่อย่างใด³⁴ ส่วนพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ซึ่งให้สิทธิเอกชนในการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินเพื่อเกษตรกรรมโดยให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการใช้ประโยชน์ที่ดินที่ชัดเจนและมีสภาพบังคับว่าผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินจะต้องดูแลรักษา ปรับปรุงคุณภาพดินหรือป้องกันไม่ให้เกิดมลพิษในที่ดินแต่อย่างใด³⁵

4. ตัวอย่างการใช้ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในต่างประเทศ

4.1 ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ตามกฎหมายออสเตรเลีย

กฎหมายของออสเตรเลียมีความเหมาะสมสำหรับใช้เป็นตัวอย่างการพัฒนากฎหมายไทย เนื่องจากรัฐบาลหลายรัฐของออสเตรเลียกำหนดให้การเกษตรยั่งยืน (sustainable agriculture) เป็นเป้าหมายสำคัญ³⁶ กฎหมายและนโยบายด้านการเกษตรของออสเตรเลียจึงถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อกำหนดกรอบ

³⁴ มาตรา 9 และมาตรา 108 ทวิ

³⁵ แม้ว่าตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยการให้เกษตรกรและสถาบันเกษตรกรผู้ได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2522 ข้อ 9 (2) จะกำหนดให้เกษตรกรผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินมีหน้าที่ต้องจัดให้มีการอนุรักษ์ดินและน้ำตามความเหมาะสมของสภาพพื้นที่ แต่หน้าที่ดังกล่าวไม่มีสภาพบังคับที่ชัดเจนว่าหากไม่มีการดำเนินการเช่นนั้นจะเกิดผลทางกฎหมายอย่างไรทั้งระเบียบดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายที่มีสภาพบังคับอันกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวนี้ยังไม่มีสภาพบังคับอันจะนำไปสู่การปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

³⁶ The State Government of New South Wales, *Policy for Sustainable Agriculture in New South Wales*, (NSW Agriculture, 1998) p.1. http://www.dpi.nsw.gov.au/_data/assets/pdf_file/0010/189622/policy-sustainable-ag.pdf (accessed 10 June 2016.)

ดำเนินการด้านการอนุรักษ์ควบคู่ไปกับการทำการเกษตรด้วย โดยมีทั้งกฎหมายของรัฐบาลกลางและกฎหมายของแต่ละรัฐ ซึ่งตัวอย่างของกฎหมายและโครงการขนาดใหญ่ที่สนับสนุนด้านการเงินสำหรับกิจกรรมด้านการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพในพื้นที่เพาะปลูกได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ (Environment Protection and Biodiversity Conservation Act: EPBC Act 1999) ซึ่งมีการบัญญัติหมวดว่าด้วยการทำข้อตกลงว่าด้วยการอนุรักษ์เอาไว้ด้วย

ภายใต้กฎหมาย EPBC Act ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกลาง (Commonwealth) กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มีคุณสมบัติในการอนุรักษ์องค์ประกอบที่มีความสำคัญของออสเตรเลีย เช่น ความหลากหลายทางชีวภาพ มรดกของชาติหรือมรดกโลกในออสเตรเลีย ลักษณะเฉพาะของพื้นที่ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นพื้นที่ชุ่มน้ำและสิ่งแวดลอมที่อยู่ในที่ดินของรัฐโดยอาจเป็นการดำเนินการในที่ดินของรัฐ ของเอกชนหรือในพื้นที่ทางทะเลก็ได้³⁷ ซึ่งลักษณะของข้อตกลงนั้นอาจเป็นข้อตกลงเพื่อการฟื้นฟูหรือเพื่อการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ได้โดยรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับนี้เป็นผู้มีอำนาจลงนามในข้อตกลง³⁸ ซึ่งข้อตกลงที่สร้างขึ้นมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อบุคคลนอกเหนือจากคู่สัญญาด้วย กล่าวคือ มีผลผูกพันบุคคลภายนอกผู้รับโอนผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลง³⁹ (เช่น ผู้รับโอนที่ดินที่มีหน้าที่ดำเนินการตามข้อตกลง) และสามารถฟ้องบังคับให้มีการดำเนินการทางศาลได้ในศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ทำสัญญาดำเนินการตามข้อตกลง หรือสั่งให้ระงับการดำเนินการใด รวมทั้งสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้⁴⁰ และหากมีการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ใด ข้อตกลงนั้นจะมีบังคับผลเมื่อมีการประกาศในหนังสือประกาศการมีผลของกฎหมาย (Gazette)⁴¹ และเมื่อมีการทำข้อตกลงแล้วข้อตกลงอาจสิ้นสุดลงด้วยเหตุต่างๆ ได้หากรัฐมนตรีฯ และผู้เข้าทำสัญญาหรือบุคคลผู้ผูกพันตามสัญญายินยอมเลิกข้อตกลง หรือกรณีที่มีเหตุสิ้นสุดข้อตกลงตามที่กำหนดในข้อตกลง รวมทั้งรัฐมนตรีฯ มีอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยประกาศอย่างเป็นทางการใน Gazette เช่นเดียวกับการประกาศการมีผลของข้อตกลง⁴²

นอกจากข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์จะปรากฏในกฎหมายดังกล่าวแล้วกฎหมายของแต่ละรัฐยังเปิดโอกาสให้มีการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ เช่น ในกฎหมาย Threatened Species Conservation Act 1995 ของรัฐนิว เซาท์ เวลล์ (NSW) ให้อำนาจรัฐทำข้อตกลงกับเอกชนเพื่อให้เอกชนอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างใดอย่างหนึ่งในที่ดินของตนและรัฐจะออกหนังสือรับรองด้านการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ (biodiversity certification) เป็นการตอบแทนภายใต้ข้อตกลงที่เรียกว่า Biodiversity certification agreements หรือข้อตกลงเพื่อการออกหนังสือรับรองด้านการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งเป็นข้อตกลงเชิงสมัครใจที่อาจทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการอนุรักษ์ความ

³⁷ มาตรา 304 EPBC Act (Cth)

³⁸ มาตรา 307A

³⁹ มาตรา 307

⁴⁰ มาตรา 307A

⁴¹ มาตรา 309

⁴² มาตรา 308

หลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเอกชนในลักษณะต่างๆ เช่น เพื่อให้ยอมอุทิศที่ดินเพื่อใช้ในการอนุรักษ์ เพื่อให้ดำเนินมาตรการอนุรักษ์ที่เอกชนยินยอมโดยอาจมีผลตลอดไปหรือมีผลตามระยะเวลาที่กำหนดก็ได้⁴³

การดำเนินการของออสเตรเลียไม่เพียงแต่ใช้การทำความตกลงเพื่อการอนุรักษ์เท่านั้น ยังใช้เครื่องมือดำเนินการอย่างอื่น เช่น การให้เงินสนับสนุนผ่านการดำเนินโครงการ Landcare Programme การใช้นโยบายส่งเสริม การให้คำปรึกษาควบคู่กันไปด้วย โดยให้ชุมชนและเกษตรกรเป็นผู้มีหน้าที่หลักในการดำเนินการด้านการอนุรักษ์ในแต่ละท้องถิ่น⁴⁴ ซึ่งทำให้ชุมชนมีบทบาทอย่างสูงในการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพ

4.2 ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศตัวอย่างที่มีการออกกฎหมายของรัฐบาลกลางในการนำเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์มาใช้จูงใจในกิจกรรมด้านการเกษตรทั้งในลักษณะของการบังคับ อุดหนุนและส่งเสริม โดยกลไกสำคัญหนึ่งที่ใช้เพื่อดูแลการอนุรักษ์ในที่ดินเอกชนเรียกว่า conservation easement ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับซึ่งมีลักษณะร่วมกันคือ การทำข้อตกลงโดยเจ้าของที่ดินสร้างข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินของตนเอง เช่น จะไม่ดำเนินกิจกรรมที่ทำให้แม่น้ำที่อยู่ติดกับที่ดินเหือดแห้ง เป็นต้น โดยผู้ทำสัญญายังคงมีสิทธิใช้สอยที่ดินภายใต้ข้อจำกัดด้านการอนุรักษ์ โดยผู้ให้สัญญามักเป็นเจ้าของที่ดินเอกชนส่วนผู้รับสัญญาอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือทรัสต์เพื่อการอนุรักษ์ (conservation trust) และข้อตกลงนั้นมีผลผูกพันบุคคลภายนอกโดยมีผลบังคับแม้บุคคลผู้ทำสัญญาจะไม่ได้ถือครองที่ดินอีกต่อไปก็ตาม โดยข้อตกลงประเภทนี้จะเป็นหลักประกันให้กับผู้ถือครองที่ดินรายปัจจุบันว่าที่ดินแปลงนั้นจะได้รับการอนุรักษ์ตลอดไปแม้ผู้ทำสัญญาจะไม่มีชีวิตอยู่อีกต่อไปก็ตาม โดยข้อตกลงนี้อาจทำขึ้นโดยมีผลประโยชน์ตอบแทนหรือไม่ก็ได้ ซึ่งบางกรณีผู้ตกลงทำข้อตกลงอาจได้รับผลประโยชน์ทางภาษีเป็นการตอบแทนการทำข้อตกลง

ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในที่ดินเกษตรกรรมที่สำคัญปรากฏในกฎหมาย the Agricultural Act of 2014 หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า the 2014 Farm Act⁴⁵ ซึ่งภายใต้กฎหมายฉบับนี้รัฐบาลได้จัดสรรงบประมาณเพื่อส่งเสริมกิจกรรมด้านการอนุรักษ์ในพื้นที่เกษตรกรรมในโครงการต่างๆ ซึ่งหนึ่งในโครงการภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ โครงการ Agricultural Conservation Easement Program (ACEP)

สำหรับโครงการ ACEP นั้นเป็นโครงการที่รัฐจัดสรรเงินอุดหนุนให้กับผู้ทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ระยะยาวเพื่อรักษาและฟื้นฟูพื้นที่ชุ่มน้ำ (wetland) และที่ดินเกษตรกรรมของเอกชนเพื่อไม่ให้เปลี่ยนแปลง

⁴³ มาตรา 126ZH และมาตรา 126ZI

⁴⁴ Jacqueline Williams, *Soil Governance in Australia: Challenges of Cooperative*, Special edition 1, 2015 International Journal of Rural Law and Policy Soil governance, p. 7.

⁴⁵ กฎหมาย Farm Act ของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายที่นำนโยบายของรัฐบาลมาดำเนินการให้เป็นกฎหมาย หากรัฐบาลมีแนวโน้มจะเปลี่ยนนโยบายด้านการเกษตรก็จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายนี้ โดยเฉลี่ยกฎหมายนี้มักมีการเปลี่ยนแปลงทุก 5 ปี โดยกฎหมายฉบับปัจจุบันมีผลบังคับถึงปี ค.ศ. 2018

วัตถุประสงค์ของการใช้ที่ดินดังกล่าวหากยังอยู่ระหว่างระยะเวลาดำเนินการตามข้อตกลง โดยกฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้แก้ไขเพิ่มเติมหลักการในกฎหมาย the Food Security Act 1985 (Title XII)⁴⁶ โดยส่วนที่ถูกแก้ไขได้กำหนดหลักการเรื่องการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์อันมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. ที่ดินที่มีสิทธิทำข้อตกลงนี้ต้องเป็นที่ดินเกษตรที่เข้าเงื่อนไข เช่น ต้องเป็นที่ดินพื้นที่เพาะปลูกสำคัญที่สร้างผลผลิตสูง หรือมีเอกลักษณ์ทางประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี และการดำเนินการสอดคล้องกับนโยบายด้านที่ดินเกษตรกรรมในแต่ละมลรัฐ หรือเป็นพื้นที่ชุ่มน้ำสำคัญ
2. เกษตรกรเจ้าของที่ดินมีสิทธิทำการเกษตรได้ตามเงื่อนไขในข้อตกลง โดยอาจใช้ที่ดินเพื่อการเพาะปลูกหรือเลี้ยงสัตว์ก็ได้
3. รูปแบบของเงินช่วยเหลืออาจเป็นการสนับสนุนเงินเพื่อช่วยเหลือการดำเนินการด้านเทคนิคหรือเงินสนับสนุนด้านอื่นตามที่ระบุในแผนอนุรักษ์
4. รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายเป็นผู้มีอำนาจเข้าทำสัญญาโดยเป็นคู่สัญญากับองค์กรหรือหน่วยงานหรือกลุ่มชนเผ่าพื้นเมืองที่ดูแลการจัดการผลประโยชน์ที่ดินในนามเจ้าของที่ดิน (เว้นแต่กรณีทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำซึ่งเป็นข้อตกลงระยะยาว รัฐมนตรีเป็นผู้ทำข้อตกลงโดยตรงกับเจ้าของที่ดิน)
5. หากมีการฝ่าฝืนข้อตกลง รัฐมนตรีมีอำนาจระงับข้อตกลงและเรียกเงินคืนได้

นอกจากนี้รัฐยังอาจให้การช่วยเหลือเกษตรกรเจ้าของที่ดินเมื่อมีการดำเนินการตามเงื่อนไขอนุรักษ์ตามกฎหมายอื่นได้ด้วย เช่น ตามโครงการ Conservation Reserve Program (CRP) ภายใต้ประมวลกฎหมายที่ปกครองแห่งรัฐบาลกลางสหรัฐ (The Code of Federal Regulations (CFR) ในหมวดว่าด้วยการเกษตร⁴⁷ ก็กำหนดหลักการเรื่องการเข้าร่วมโครงการอนุรักษ์พื้นที่พุ่มธรรมชาติในที่ดินเกษตรกรรมไว้ โดยเกษตรกรที่เข้าร่วมโครงการนี้ต้องกันพื้นที่เกษตรกรรมบางส่วนที่มีความอ่อนไหวทางสิ่งแวดล้อมออกเพื่อปลูกพืชบางชนิดที่จะช่วยฟื้นฟูสภาพแวดล้อมในพื้นที่ดังกล่าว เพื่อบำรุงรักษาดินและน้ำหรือเป็นที่อาศัยของสัตว์ป่าโดยจะได้รับเงินตอบแทนจากการดำเนินการเช่นว่านั้นซึ่งข้อตกลงดำเนินการอาจมีระยะเวลาตั้งแต่ 10-15 ปี⁴⁸

⁴⁶ the Agricultural Act of 2014 มาตรา 2301

⁴⁷ Electronic Code of Federal Regulations, Title 7: Agriculture, Part 1410—Conservation Reserve Programme, <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/textidx?SID=f493e5edd8e3d8012a1e64fc4eccc155&mc=true&node=pt7.10.1410&rgn=div5> (accessed 11 June 2017)

⁴⁸ United States Department of Agriculture Farm Service Agency, Conservation Reserve Program, accessed from <<https://www.fsa.usda.gov/programs-and-services/conservation-programs/conservation-reserve-program/index>>.

4.3 กฎหมายและนโยบายของสหภาพยุโรป

สำหรับสหภาพยุโรปเองไม่ได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และรูปแบบเฉพาะเกี่ยวกับการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์เนื่องจากหลักการเรื่องนี้เป็นรายละเอียดที่แต่ละรัฐสมาชิกจะไปดำเนินการตามกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม กฎหมายและนโยบายของสหภาพยุโรปเหมาะสมที่จะนำมาเป็นตัวอย่างการดำเนินการด้านการอนุรักษ์ซึ่งอาศัยกลไกเชิงสมัครใจได้ดี การศึกษาในเรื่องนี้จึงขาดเสียไม่ได้ที่จะกล่าวถึงตัวอย่างการดำเนินการของสหภาพยุโรป โดยจุดเริ่มต้นของการดำเนินการด้านนี้มาจากการยอมรับนโยบายกลางด้านการเกษตร (Common Agricultural Policy (CAP)) ซึ่งมีการใช้และพัฒนาอย่างต่อเนื่องมาตั้งแต่ ค.ศ. 1962⁴⁹ และภายหลังได้มีการออกกฎหมายกลาง (regulation) กำหนดมาตรการส่งเสริมสนับสนุนโครงการด้านการเกษตรที่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อม (Agri-Environment Scheme) โดยกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องได้แก่ Council Regulation (EC) No 1698/2005⁵⁰ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อสนับสนุนเงินให้กับการดำเนินกิจกรรมทางการเกษตรที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม (Agri-Environmental Scheme) และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอีกฉบับ ได้แก่ Council Regulation (EC) No 1782/2003⁵¹ ซึ่งกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับกิจกรรมที่จะได้รับการสนับสนุนเงินจากโครงการแรกเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของ CAP ที่ถูกตั้งไว้

สำหรับกิจกรรมและหลักเกณฑ์การได้รับเงินสนับสนุนนั้น Council Regulation (EC) No 1698/2005 กำหนดหลักเกณฑ์โครงการที่อาจมีการทำข้อตกลงด้านการอนุรักษ์ในที่ดินเกษตรกรรมเพื่อขอรับเงินสนับสนุนเมื่อเกษตรกรหรือผู้มีอำนาจจัดการที่ดินยอมดำเนินการด้านเกษตรที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมและการดำเนินการนั้นเข้าเงื่อนไขต่อไปนี้⁵²

1. ต้องเป็นการดำเนินการโดยความสมัครใจในกิจกรรมที่กำหนดและเป็นกิจกรรมที่นอกเหนือจากเรื่องที่ดินมีหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายภายในและหน้าที่ภายใต้ Council Regulation (EC) No 1782/2003 อยู่แล้ว เช่น ดำเนินการอื่นๆ นอกเหนือจากการทำหน้าที่อนุรักษ์นกในพื้นที่ หน้าที่ป้องกันไม่ให้เกิดการปนเปื้อนในน้ำบาดาล หน้าที่ไม่ให้เกิดมลพิษจากน้ำเสียที่ใช้ในกิจกรรมการเกษตร หน้าที่ไม่ให้เกิดการ

⁴⁹ European Commission, ‘The history of the common agricultural policy’, https://ec.europa.eu/agriculture/cap-overview/history_en

⁵⁰ Council Regulation (EC) No 1698/2005 on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD)

⁵¹ Council Regulation (EC) No 1782/2003 of 29 September 2003 establishing common rules for direct support schemes under the common agricultural policy and establishing certain support schemes for farmers and amending Regulations (EEC) No 2019/93, (EC) No 1452/2001, (EC) No 1453/2001, (EC) No 1454/2001, (EC) 1868/94, (EC) No 1251/1999, (EC) No 1254/1999, (EC) No 1673/2000, (EEC) No 2358/71 and (EC) No 2529/2001

⁵² มาตรา 39

แพร่กระจายของไนเตรตจากกิจกรรมการเกษตร หน้าที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์แหล่งธรรมชาติ สัตว์ป่าและพืชป่า การรักษาหน้าดิน การเพิ่มแร่ธาตุอาหารในดิน และการกำกับดูแลการใช้ดินเพื่อเลี้ยงสัตว์ เป็นต้น⁵³

2. การดำเนินมาตรการนั้นจะต้องดำเนินการไม่น้อยกว่า 5 – 7 ปี หรือระยะเวลาที่นานกว่านั้นหากมีการกำหนดเฉพาะรายการนี้

3. ผู้ร่วมโครงการจะได้รับเงินเป็นรายปีสูงสุดไม่เกิน 600 ยูโรต่อเฮกตาร์ ซึ่งครอบคลุมค่าใช้จ่ายรวมทั้งรายได้ที่ไม่ได้รับอันเนื่องมาจากการเข้าร่วมโครงการ

นอกจากการให้การสนับสนุนตามโครงการ Agri-environment payments ดังที่กล่าวไปแล้ว รัฐอาจสนับสนุนเงินแก่เกษตรกรที่ใช้ที่ดินของตนเองเพื่อทำวนเกษตร (agroforestry) โดยปลูกทั้งพืชที่ให้ผลผลิตและปลูกป่าโดยจะได้รับเงินสนับสนุนร้อยละ 80 ของบรรดาค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการดำเนินกิจกรรม อย่างไรก็ตาม มีเงื่อนไขว่าการปลูกไม้ยืนต้นจะต้องไม่ใช้การปลูกไม้ยืนต้นประเภทไม้โตไว⁵⁴

ส่วนเงื่อนไขดำเนินการและการควบคุมดูแลการดำเนินการตามแผนและข้อตกลงนั้น หากผู้เข้าร่วมดำเนินโครงการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตกลงไว้หรืองดเว้นการกระทำใดๆ จนทำให้ข้อตกลงเป็นอันไร้ผลรัฐผู้จัดให้มีการดำเนินโครงการมีสิทธิลดเงินสนับสนุนหรือเพิกถอนการสนับสนุนได้⁵⁵ และคณะกรรมการติดตามการดำเนินงานโครงการ (monitoring committee) มีอำนาจติดตามตรวจสอบการดำเนินการตามโครงการโดยผู้เข้าร่วมโครงการมีหน้าที่รายงานผลการดำเนินการรายปี⁵⁶

จากตัวอย่างการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในกลุ่มประเทศข้างต้นจะเห็นว่ากฎหมายของบางประเทศเน้นไปที่รายละเอียดและหลักเกณฑ์การทำข้อตกลง (กรณีของสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย) ในขณะที่กฎหมายของสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดรายละเอียดการทำข้อตกลงแต่เน้นไปที่การให้รายละเอียดว่ากิจกรรมด้านการอนุรักษ์ในภาคเกษตรใดควรได้รับการสนับสนุนงบประมาณ โดยมีการกำหนดรูปแบบกิจกรรมค่อนข้างละเอียด

5. บทวิเคราะห์เบื้องต้นเกี่ยวกับการนำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์มาใช้ในประเทศไทย

จากข้อจำกัดทางกฎหมายอันส่งผลต่อปัญหาดินเสื่อมสภาพ ดินปนเปื้อนมลพิษและความหลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเกษตรกรรมถูกทำลายดังที่ได้กล่าวถึงไปแล้วมีส่วนชี้ให้เห็นว่าควรมีการนำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์มาใช้ในประเทศไทยเพื่อเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับการอนุรักษ์ที่ดินเกษตรกรรมโดยศึกษาตัวอย่างการกำหนดรายละเอียดดำเนินการจากประเทศอื่นๆ เพื่อพัฒนารอบดำเนินการทางกฎหมายในประเด็นต่างๆ โดยประเด็นเหล่านี้เป็นข้อที่พึงพิจารณา ดังสรุปได้ดังนี้

⁵³ หน้าที่ดังกล่าวปรากฏอยู่ในภาคผนวกที่ 3 และที่ 4 (Annexes III and IV) ของ Regulation (EC) No 1782/2003

⁵⁴ มาตรา 44

⁵⁵ มาตรา 51

⁵⁶ มาตรา 82

5.1 รูปแบบของข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์

เนื่องจากการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ส่งผลให้เกิดการจำกัดสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินจึงอาจทำให้ที่ดินแปลงที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขดำเนินการมีราคาตกลงและส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจเข้าร่วมกิจกรรมโครงการ ดังนั้น จึงควรพิจารณารูปแบบของข้อตกลงว่าควรกำหนดเป็นข้อตกลงระยะสั้นหรือระยะยาวหรือควรกำหนดให้มีการทำข้อตกลงได้ทั้งสองแบบโดยพิจารณาตามเนื้อหาของข้อตกลง ในประเด็นนี้เห็นว่าควรกำหนดให้ข้อตกลงมีทั้งรูปแบบที่เป็นข้อตกลงระยะสั้นหรือข้อตกลงระยะยาวก็ได้โดยพิจารณาจากเนื้อหาของข้อตกลงเป็นหลัก กล่าวคือ การทำข้อตกลงระยะสั้นมีความเหมาะสมกับการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ดินสำหรับกิจกรรมการอนุรักษ์ที่สามารถเห็นผลได้ทันทีหรือไม่ต้องใช้เวลาดำเนินการนานมากก็สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกิจกรรมการอนุรักษ์ได้ เช่น ข้อตกลงเพื่อกดเว้นการเข้าทำประโยชน์ที่ดินบางแปลงเพื่อให้ดินฟื้นสภาพชั่วคราวระยะสั้นๆ หรือข้อตกลงที่จะเข้าร่วมโครงการปลูกพืชโดยไม่ใช้สารเคมีทางการเกษตรในระยะทดลองเป็นเวลา 3 ปี เป็นต้น ส่วนข้อตกลงระยะยาวนั้นอาจนำมาใช้กับการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ดินสำหรับกิจกรรมการอนุรักษ์ที่ต้องใช้เวลาดำเนินการตลอดไปหรือระยะเวลาที่นานชั่วระยะเวลาหนึ่งจึงจะทำให้กิจกรรมการอนุรักษ์นั้นบรรลุวัตถุประสงค์ได้เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าเงื่อนไขข้อตกลงยังมีผลผูกพันอยู่แม้ที่ดินจะเปลี่ยนมือไปยังบุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้ทำข้อตกลงแล้วก็ตาม ข้อตกลงระยะยาวมีข้อดีคือสามารถใช้กับกิจกรรมการอนุรักษ์บางกิจกรรมได้ เช่น การกำหนดให้เจ้าของที่ดินไม่เปลี่ยนแปลงพื้นที่เพาะปลูกไปเป็นพื้นที่เพื่อการพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรม หรือการเปลี่ยนแปลงพื้นที่จากการปลูกพืชเชิงเดี่ยวเป็นพืชยืนต้นเพื่อกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ตามโครงการ REDD+ เป็นต้น

การจำแนกข้อตกลงออกเป็นสองกลุ่มดังกล่าวมีความจำเป็นเนื่องจากช่วยสร้างความชัดเจนว่ากิจกรรมการอนุรักษ์ใดควรถูกกำหนดให้อยู่ในความตกลงประเภทใด ซึ่งมีความแตกต่างกันในแง่วิธีการสนับสนุน ความซับซ้อนของเงื่อนไขข้อตกลงรวมทั้งหลักเกณฑ์วิธีการในการทำข้อตกลง

5.2 การจดทะเบียนและขึ้นทะเบียนที่ดินที่อยู่ภายใต้ข้อตกลง

มีข้อพิจารณาว่าหากรัฐจัดทำข้อตกลงกับเอกชนทั้งสองรูปแบบข้างต้น เช่นนี้ ควรกำหนดให้มีการจดทะเบียนการทำข้อตกลงแนบท้ายเอกสารสิทธิที่ดินเพื่อให้บุคคลภายนอกรับรู้ถึงการทำข้อตกลงที่ได้ทำขึ้นหรือไม่ ในเบื้องต้นเห็นว่า หากเป็นการทำข้อตกลงระยะสั้น เช่น ข้อตกลงที่มีระยะเวลาดำเนินการตามเงื่อนไขไม่เกิน 10 ปี ก็ไม่มีความจำเป็นต้องจดทะเบียนเพราะข้อตกลงในกลุ่มนี้อาจดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ในชั่วระยะเวลาถือครองของเกษตรกรคนใดคนหนึ่งอยู่แล้วซึ่งการไม่ต้องจดทะเบียนอันจะช่วยลดความยุ่งยากของความเป็นแบบพิธีอีกทั้งจะช่วยจูงใจให้เกษตรกรผู้มีสิทธิในที่ดินสามารถเข้ามาทำข้อตกลงได้ง่าย แต่หากมีการทำข้อตกลงซึ่งมีระยะเวลายาวกว่านั้นหรือตลอดไป เช่นนี้ ควรมีการจดทะเบียนข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์แนบท้ายเอกสารสิทธิในที่ดินเช่นเดียวกับการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือการจดทะเบียนจำนองที่ดินเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกซึ่งอาจรับโอนที่ดินแปลงนั้นไปเพื่อให้ทราบว่ามีโครงการ

ตามข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์เกิดขึ้นในที่ดินแปลงนั้นและมีข้อจำกัดหากจะมีการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์จากที่ดิน

5.3 ประเภทที่ดินที่มีสิทธิใช้ทำข้อตกลง

มีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งว่าที่ดินที่ควรมีสิทธิเข้าร่วมโครงการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์นั้นควรเป็นที่ดินประเภทใดและประชาชนที่ทำกินในที่ดินของรัฐประเภทต่างๆ เช่น ที่ดิน สปก. หรือที่ดิน สทก. ควรมีสิทธิขึ้นทะเบียนหรือไม่ ในประเด็นนี้ ปัญหาดินเสื่อมสภาพ ปนเปื้อนมลพิษและสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเกษตรปัจจุบันเกิดขึ้นทั่วทุกภูมิภาคและเกิดขึ้นทั้งในที่ดินของรัฐและที่ดินเอกชน การดำเนินมาตรการอนุรักษ์ที่จะจัดทำขึ้นนั้นไม่ว่าทำขึ้นในที่ดินแปลงใดก็ถือว่าช่วยสร้างความอุดมสมบูรณ์ต่อระบบนิเวศทั้งสิ้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าที่ดินทุกประเภทที่ประชาชนมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายควรมีสิทธินำมาทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ได้ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม หากที่ดินแปลงใดเป็นที่ดินที่รัฐจัดสรรให้เอกชนเข้าทำประโยชน์ ควรมีการกำหนดให้เอกชนแจ้งให้หน่วยงานที่ดูแลที่ดินนั้นทราบถึงการทำข้อตกลง นอกจากนี้ควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเฉพาะกรณีที่มีการนำที่ดินของรัฐที่อนุญาตให้เอกชนเข้าทำประโยชน์มาทำข้อตกลงนี้

5.4 กิจกรรมที่ได้รับการสนับสนุนจากข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์

การหาข้อสรุปว่ากิจกรรมการอนุรักษ์ประเภทใดบ้างที่ควรได้รับการสนับสนุนด้วยแรงจูงใจทางการเงินจากข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์นั้นเป็นเรื่องนโยบายของรัฐที่อาจกำหนดโดยพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมหลายประการ เช่น พิจารณาจากลักษณะเฉพาะหรือความต้องการของชุมชนในแต่ละพื้นที่ จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น จากนโยบายและแผนด้านอื่นหรือจากพันธกรณีที่ประเทศไทยมีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งในเบื้องต้นอาจแบ่งกิจกรรมที่ควรได้รับการสนับสนุนออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่ 1 กิจกรรมที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ดิน น้ำและความหลากหลายทางชีวภาพ โดยเฉพาะการบำรุงรักษาดินให้ดินอุดมสมบูรณ์และการป้องกันไม่ให้เกิดการปนเปื้อนมลพิษในดินด้วยวิธีการต่างๆ เช่น ปลูกพืชคลุมดิน การปลูกพืชไร่สวนผสม การปลูกพืชตระกูลถั่วสลับกับพืชเศรษฐกิจอื่นๆ การไม่เปลี่ยนแปลงรูปแบบการใช้ประโยชน์จากที่ดินเกษตรกรรมไปเป็นการใช้เป็นที่โรงงานอุตสาหกรรมหรือใช้เพื่อพาณิชย์กรรม การเปลี่ยนแปลงสภาพพื้นที่จากการปลูกพืชล้มลุก พืชไร่ เป็นพืชยืนต้นที่มีเรือนยอดช่วยป้องกันการชะล้างพังทลายของหน้าดิน

กลุ่มที่ 2 กิจกรรมที่เป็นการดำเนินตามวิถีเกษตรอินทรีย์ เช่น การไม่ใช้สารเคมีในกระบวนการผลิตโดยใช้ปุ๋ยอินทรีย์แทนที่ การหลีกเลี่ยงการปลูกพืชบางชนิดที่ไม่ผ่านการตัดแต่งทางพันธุกรรม เป็นต้น

กลุ่มที่ 3 กิจกรรมที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงพื้นที่เพาะปลูกหรือเลี้ยงสัตว์เป็นพื้นที่ป่าถาวรหรือวนเกษตร (agroforestry) หรือป่าเพื่อกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของโครงการที่ใช้จัดการกับปัญหาโลกร้อนและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

5.5 บุคคลที่มีสิทธิทำข้อตกลง

โดยหลักแล้ว ข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐกับเอกชน โดยฝั่งรัฐนั้น อาจเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ดูแลจัดการที่ดินเกษตรกรรมหรืออาจเป็นหน่วยงานอื่นที่ได้รับอนุญาตก็ได้ เช่น ในกฎหมาย the Victorian Conservation Trust Act 1972 ของรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียกำหนดให้ the Trust for Nature เป็นองค์กรที่มีอำนาจเข้าทำข้อตกลงกับเอกชน มีข้อพิจารณาว่าบุคคลที่ควรเป็นผู้เข้าทำสัญญาในกิจกรรมข้างต้นนั้นควรจำกัดเฉพาะเกษตรกรรายย่อยเท่านั้นหรือไม่ ในเบื้องต้นเห็นว่ากรอบการทำข้อตกลงควรขยายให้บุคคลที่มีสิทธิทำข้อตกลงอาจเป็นเกษตรกรรายย่อย กลุ่มเกษตรกรที่รวมตัวกัน สถาบันการเกษตร องค์กรธุรกิจเอกชน ก็ได้ ซึ่งอาจพิจารณาตามความเหมาะสมของเนื้อหาข้อตกลงที่จะมีการดำเนินการ โดยการเปิดโอกาสให้กลุ่มเกษตรกรมีสิทธิทำข้อตกลงแบบกลุ่มได้ก็เนื่องจากข้อตกลงบางข้อตกลงอาจจำเป็นต้องมีการดำเนินการในพื้นที่ขนาดใหญ่ในขณะที่เกษตรกรที่ประสงค์จะทำข้อตกลงอาจมีที่ดินแปลงเล็กซึ่งอาจไม่เข้าคุณสมบัติที่จะทำข้อตกลงได้ แต่หากเปิดโอกาสให้กลุ่มเกษตรกรในพื้นที่เดียวกันเข้าทำข้อตกลงแบบกลุ่มได้ก็จะช่วยสร้างแรงจูงใจให้กลุ่มบุคคลเหล่านั้นเข้ามาทำข้อตกลงได้มากขึ้น ส่วนการเปิดโอกาสให้สถาบันการเกษตร องค์กรธุรกิจเอกชนมีสิทธิทำข้อตกลงนั้นจะช่วยส่งเสริมให้เกิดการรวมกลุ่มเกษตรกรเป็นสถาบันเกษตรกรหรือยกระดับการทำเกษตรเป็นการทำธุรกิจการเกษตรในอนาคตมากขึ้น ดังนั้นจึงควรเปิดโอกาสให้สถาบันการเกษตรและองค์กรธุรกิจเอกชน มีสิทธิเข้าทำข้อตกลงบางประเภทได้เช่นกัน

5.6 การกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับหน้าที่ดูแลดินและความหลากหลายทางชีวภาพในที่ดินเกษตรกรรม

ดังที่ได้วิเคราะห์ไปในเบื้องต้นว่ากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ที่ดินเกษตรกรรมในปัจจุบันไม่มีการกำหนดหน้าที่ดูแลดินรวมทั้งไม่มีสภาพบังคับใดๆ ให้เจ้าของที่ดินป้องกันไม่ให้ที่ดินเสื่อมสภาพ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องพัฒนากลไกเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ดินไปควบคู่กับหน้าที่ดูแลที่ดินด้วย โดยกำหนดให้เจ้าของที่ดินดูแลที่ดิน โดยหากละเลยจนทำให้เกิดความเสียหายต้องมีหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทน แต่หากไม่เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงก็ไม่มีสภาพบังคับใดๆ เหตุผลที่ควรกำหนดหน้าที่เช่นนี้ก็เพื่อสร้างความชัดเจนว่าเกษตรกรผู้ทำประโยชน์ในที่ดินจะได้รับผลประโยชน์จากความตกลงเพื่อการอนุรักษ์ก็ต่อเมื่อปฏิบัติดีสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการดูแลดิน หรือเฉพาะกรณีที่รัฐประกาศกำหนดข้อปฏิบัติแล้ว โดยนัยนี้ หน้าที่ในการดูแลดินจึงมีสภาพบังคับมากขึ้น กล่าวคือหากไม่ดูแลดินจนเกิดการเสื่อมสภาพหรือปนเปื้อนมลพิษอย่างรุนแรงย่อมต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนและหากปฏิบัติดีกว่ามาตรฐานย่อมมีสิทธิทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ เป็นต้น

5.7 กลไกการติดตามและบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลง

เมื่อมีการทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ขึ้นแล้ว การสร้างกลไกติดตามและการบังคับการให้เป็นไปตามข้อตกลงถือเป็นประเด็นที่มีความสำคัญที่สุดเนื่องจากการจะได้ข้อสรุปว่าข้อตกลงบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่จำเป็นต้องมีการติดตาม บังคับการและสรุปผลการดำเนินการ ซึ่งกลไกที่อาจนำมาใช้ในการดำเนินการและกำหนดไว้ในกฎหมายอาจได้แก่กลไก ดังต่อไปนี้

1. การขึ้นทะเบียนข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์สำหรับทุกกิจกรรมโครงการเพื่อให้สามารถทราบแน่ชัดว่ามีที่ดินเกษตรกรรมแปลงใดที่อยู่ระหว่างดำเนินการตามข้อตกลงนี้
2. การรายงานการดำเนินการตามข้อตกลงตามกำหนดระยะเวลา โดยกำหนดให้ผู้เข้าทำข้อตกลงมีหน้าที่รายงานดำเนินการตามกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนซึ่งจะช่วยให้ผู้เข้าทำข้อตกลงต้องใช้ความพยายามและความเอาใจใส่อย่างต่อเนื่องในการปฏิบัติตามข้อตกลง
3. การตรวจตราโดยผู้รับผิดชอบโดยกำหนดบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรที่สามารถเข้ามาตรวจสอบการดำเนินการตามข้อตกลงแต่ละโครงการเพื่อช่วยลดภาระการตรวจสอบโดยหน่วยงานภาครัฐหากมีการดำเนินการตามข้อตกลงเป็นจำนวนมาก โดยหากข้อตกลงใดเป็นข้อตกลงระยะสั้นซึ่งไม่มีการจดทะเบียนในเอกสารสิทธิที่ดินและเป็นข้อตกลงที่ตรวจสอบตรวจตราการปฏิบัติตามได้ยาก เช่น ข้อตกลงว่าเกษตรกรจะไม่ใช้สารเคมีกำจัดศัตรูพืช หรือไม่ใช้ปุ๋ยเคมี เป็นต้น ข้อตกลงลักษณะนี้ควรมีการดำเนินการแบบรวมกลุ่มเพื่อให้กลุ่มผู้ดำเนินการตรวจสอบกันเองและหากไม่มีการดำเนินการตามข้อตกลงก็อาจให้กลุ่มผู้เข้าร่วมตกลงเป็นผู้พิจารณามาตรการบังคับ เช่น การไม่ยอมรับให้อยู่ในกลุ่ม เป็นต้น

5.8 รูปแบบการสนับสนุน

เนื่องจากกิจกรรมที่อาจเข้าร่วมทำข้อตกลงนั้นมีหลายประเภทและแต่ละประเภทอาจเป็นโครงการระยะยาวหรือโครงการระยะสั้น ดังนั้น รูปแบบของผลประโยชน์ตอบแทนการเข้าร่วมโครงการจึงอาจจัดสรรได้ตามความเหมาะสมของข้อตกลง แต่ไม่ควรจำกัดเฉพาะแต่การให้เงินอุดหนุนเท่านั้น แต่อาจรวมถึงผลประโยชน์อื่นๆ โดยพิจารณาให้สอดคล้องกับการทำข้อตกลง เช่น การให้การรับประกันว่ารัฐบาลจะซื้อผลผลิตทางการเกษตร หากเกษตรกรใช้ปุ๋ยอินทรีย์แทนปุ๋ยเคมี หรือใช้ปุ๋ยเคมีแต่ไม่ใช้สารเคมีกำจัดศัตรูพืช หรืออาจจะอยู่ในรูปของสิทธิประโยชน์ทางภาษี การให้ลดหย่อนทางภาษี เป็นต้น

5.9 แหล่งเงินทุนสำหรับใช้ดำเนินกิจกรรมภายใต้ข้อตกลง

เนื่องจากผลประโยชน์ที่ใช้สนับสนุนกิจกรรมภายใต้ข้อตกลงจะต้องใช้เงินทุนหรือผลประโยชน์ตอบแทนอื่นๆ เพื่อจูงใจให้บุคคลที่มีคุณสมบัติในการทำข้อตกลงเข้าร่วมดำเนินกิจกรรมจึงจำเป็นต้องสร้าง

กลไกด้านเงินทุนสนับสนุนขึ้นมารองรับการดำเนินการตามข้อตกลงด้วย ซึ่งในเบื้องต้นมีข้อสรุปจากการศึกษาว่าควรใช้แหล่งเงินทุนและผลประโยชน์ทางการเงินจากแหล่งต่างๆ ดังต่อไปนี้

ก. เงินอุดหนุนจากรัฐบาล ซึ่งถือว่าเป็นแหล่งสำคัญที่รัฐควรอุดหนุนเพื่อให้มีการเริ่มดำเนินการตามข้อตกลงได้ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในระยะต่อ ๆ ไปรัฐบาลอาจลดวงเงินได้หากสามารถพัฒนาและจัดเก็บเงินจากแหล่งรายได้อื่นได้เพิ่มมากขึ้น เช่น จากการจัดเก็บภาษีการปล่อยมลพิษ จากค่าธรรมเนียมการใช้นิเวศน์บริการ จากภาษีสินค้าที่มีส่วนปล่อยมลพิษ ฯลฯ

ข. เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้มอบให้

ค. เงินที่ได้จากค่าปรับตามกฎหมายต่างๆ ที่มีการปล่อยมลพิษออกจากแหล่งกำเนิดมลพิษ

ง. เงินที่ได้จากค่าสินไหมทดแทนความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายด้านสิ่งแวดล้อม เช่น จากค่าสินไหมทดแทนจากการก่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 97 พระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

จ. เงินที่ได้จากการเก็บภาษีหรือเงินเพิ่มจากวัสดุเคมีทางการเกษตร

ฉ. เงินที่ได้จากกลไกการจ่ายค่าตอบแทนนิเวศน์บริการเมื่อมีการพัฒนากฎหมายกำหนดให้มีการจ่ายค่าตอบแทนนิเวศน์บริการในระยะต่อไปหลังจากมีการพัฒนารอบดำเนินการทางกฎหมายในขั้นตอนนี้สำเร็จ

ช. การยกเว้นทางภาษีเงินได้สำหรับกิจกรรมของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ดำเนินกิจกรรมที่มีค่าใช้จ่ายในกิจกรรมที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการอนุรักษ์ดินและวิถีเกษตรแบบยั่งยืน

ซ. เงินที่ได้จากค่าธรรมเนียมการใช้น้ำตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ

ฅ. เงินจากแหล่งอื่น ๆ ที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นรายได้สำหรับอุดหนุนข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์

ญ. เงินจากการดำเนินโครงการความร่วมมือระหว่างประเทศภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change fund) และโครงการ REDD+

5.10 การบริหารจัดการข้อตกลง เงินทุนและสิทธิประโยชน์

การกำหนดกรอบดำเนินการทางกฎหมายจำเป็นต้องมีหน่วยงานหรือองค์กรโดยเฉพาะที่ทำหน้าที่จัดทำร่างข้อตกลง การกำหนดเงื่อนไข รายละเอียดและการทำสัญญา รวมทั้งการติดตามตรวจสอบการดำเนินผลอย่างชัดเจน ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการดูแลที่ดินเกษตรกรรมอยู่แล้ว เช่น กรมพัฒนาที่ดิน เป็นต้น หรืออาจตั้งองค์กรใหม่ที่ไม่ได้สังกัดราชการบริหารส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคขึ้นมาดูแลโดยเฉพาะก็ได้

6. บทสรุป

จากปัญหาเกี่ยวกับการเสื่อมสภาพของดิน การปนเปื้อนมลพิษและการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพที่ได้นำเสนอไปนั้นเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่ามีความจำเป็นต้องพัฒนาระบบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุรักษ์ดินและความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ซึ่งเป็นมาตรการเชิงสมัครใจก็เป็นทางเลือกที่ควรนำมาดำเนินการให้เกิดความเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอเกี่ยวกับการกำหนดกรอบทางกฎหมายเพื่อรองรับการทำข้อตกลงโดยสมัครใจดังที่ได้กล่าวไปนั้นเป็นเพียงข้อสรุปเบื้องต้นของบทวิเคราะห์ ซึ่งต้องมีการศึกษาวิเคราะห์รายละเอียดในรายละเอียดอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหากมีการพัฒนามาตรการนี้ย่อมจะนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงบทบาทขององค์กรบางองค์กร การเพิ่มบทบาทของชุมชนและประชาชน เกษตรกรผู้มีสิทธิในที่ดิน และการเปลี่ยนแปลงวิถีเกษตรของเกษตรกรในประเทศไทย โดยการนำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์มาใช้ในประเทศไทยเป็นทั้งข้อท้าทายและโอกาส ในแง่ข้อท้าทายนั้นมีข้อพิจารณาว่าจะออกแบบกลไกทางกฎหมายอย่างไรเพื่อให้ข้อตกลงนี้สามารถบังคับได้จริงและบรรลุเป้าหมายโดยเฉพาะการระดมเงินทุนเพื่อใช้ในการทำข้อตกลงและการเฝ้าติดตามการประเมินผลการดำเนินโครงการ ในขณะที่ในแง่โอกาสนั้นอาจพิจารณาได้ว่าข้อตกลงประเภทนี้จะนำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงอย่างน้อยสองประการ ได้แก่ ข้อตกลงนี้จะเป็นจุดเริ่มของการนำเครื่องมือเชิงเศรษฐศาสตร์มาใช้ด้านการอนุรักษ์บนพื้นฐานของความสมัครใจควบคู่ไปกับการดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งหากการดำเนินการตามข้อตกลงประสบผลสำเร็จย่อมเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาเครื่องมือเชิงอื่น ๆ เช่น การทำข้อตกลงเพื่อการอนุรักษ์ในภาคส่วนอื่น ๆ เช่น การให้เอกชนเข้าจัดการดูแลพื้นที่ป่าไม้ การพัฒนากลไกการจ่ายค่าตอบแทนนิเวศน์บริการ หรืออาจพัฒนาไปสู่การพัฒนาตลาดซื้อขายสิทธิการกักเก็บและการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ในประเทศไทยในอนาคต นอกจากนี้ ยังช่วยเพิ่มโอกาสในการใช้เครื่องมือทางกฎหมายใหม่ๆ ซึ่งประสบความสำเร็จในต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทยซึ่งน่าพิจารณาว่ามีความคุ้มค่าที่จะทดลองดำเนินการ

บรรณานุกรม

หนังสือ

ดอกกรัก มารอด, *นิเวศวิทยาป่าไม้ประยุกต์*, (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2555).
 นิวัติ เรืองพานิช, *การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*, (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์
 มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2556).

วิทยานิพนธ์

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *ที่ดินที่มีหนังสือสำคัญที่เอกชนไม่มีกรรมสิทธิ์*, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
 2524).

รายงาน

สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร, *สถิติการเกษตรของประเทศไทย ปี 2558, รายงานประจำปี 2558*, (โรงพิมพ์
 สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ, 2558).

กฎหมายและกฎหมายลำดับรอง/Legislation/Regulations

กฎหมายไทย

ประมวลกฎหมายที่ดิน, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 71, ตอนที่ 78, ฉบับพิเศษ หน้า 1, 30 พฤศจิกายน 2497.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 42, หน้า 1, 11 พฤศจิกายน 2468.

พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 92, ตอนที่ 54, ฉบับ
 พิเศษ หน้า 10, 4 มีนาคม 2518.

พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132, ตอนที่ 14 ก, หน้า 1, 2
 มีนาคม 2558.

พระราชบัญญัติพัฒนาที่ดิน พ.ศ. 2551, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125, ตอนที่ 27 ก, หน้า 106, 5 กุมภาพันธ์
 2551.

พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 81, ตอนที่ 38 ก, หน้า 263, 28
 เมษายน 2507.

พระราชบัญญัติจัดสรรที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 85, ตอนที่ 55, ฉบับพิเศษ หน้า 59, 19 มิถุนายน 2511.

ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยการให้เกษตรกรและสถาบันเกษตรกรผู้ได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 97, ตอนที่ 98 ก, หน้า 18, 27 มิถุนายน 2523.

กฎหมายสหภาพยุโรป

Council Regulation (EC) No 1698/2005 on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD)

Council Regulation (EC) No 1782/2003 of 29 September 2003 establishing common rules for direct support schemes under the common agricultural policy and establishing certain support schemes for farmers and amending Regulations (EEC) No 2019/93, (EC) No 1452/2001, (EC) No 1453/2001, (EC) No 1454/2001, (EC) 1868/94, (EC) No 1251/1999, (EC) No 1254/1999, (EC) No 1673/2000, (EEC) No 2358/71 and (EC) No 2529/2001

กฎหมายสหรัฐอเมริกา

The Agricultural Act of 2014

The Food Security Act 1985 (Title XII)

The Code of Federal Regulations (CFR)

กฎหมายออสเตรเลีย

The Environment Protection and Biodiversity Conservation Act: EPBC Act 1999 (Cth)

The Threatened Species Conservation Act 1995 (NSW)

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม, สรุปผลการดำเนินงานจัดที่ดินของสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม, <http://alro.go.th/alro/internet/Land-Three/all.htm> (เข้าถึง ณ วันที่ 5 มิถุนายน 2560).

Books

Alizabath Dooley, Ennid Roberts and Stephanie Wunder, *Land Degradation Neutrality Under the SDGs: National and International Implementation of the Land Degradation Neutral World Targets* (Environmental Law Network International, 2015).

Neil Gunningham and Peter Grabosky, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (OUP, 1998).

Article

Jacqueline Williams, *Soil Governance in Australia: Challenges of Cooperative*, Special edition 1, 2015 *International Journal of Rural Law and Policy* Soil governance).

Kathleen McAfee, *The Contradictory Logic of Global Ecosystem Services Markets*. (105 *Development and Change* 43, 2012).

Neil Gunningham and Darren Sinclair, ‘Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection’, (21 *Law and Policy Journal*, 1, January 1999).

Report

Ian Hannam and Ben Boer, *Legal and Institutional Frameworks for Sustainable Soils: A Preliminary Report*. (Gland, Switzerland and Cambridge, 2002).

Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*, (Island Press, Washington, 2005), p. 155.

The State Government of New South Wales, *Policy for Sustainable Agriculture in New South Wales*, (NSW Agriculture, 1998)

International Instruments

United Nations 1992 Rio Declaration on Environment and Development, 14 June 1992, Rio de Janeiro, Brazil, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I) / 31 ILM 874 (1992).

The Convention on Biological Diversity, adopted 5 June 1992, Rio de Janeiro, Brazil, entry into force 29 December 1993 (Article 36), 1760 UNTS 79; 31 ILM 818 (1992))

Electronic Media

Electronic Code of Federal Regulations, Title 7: Agriculture, Part 1410—Conservation Reserve Programme, <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=f493e5edd8e3d8012a1e64fc4eccc155&mc=true&node=pt7.10.1410&rgn=div5> (accessed 11 June 2017)

Law Commission, Conservation Covenant, Law Com. No. 349 (2014) para 1.1.
<www.gov.uk/government/publications/conservation-covenants> accessed 11 June 2016.

TCIJ, ผ่าตัวเลขถือครองที่ดินในประเทศไทยกรมป่าไม้ครองแชมป์แลนลอร์ดที่ดินรัฐ
<http://www.tcijthai.com/news/2014/08/scoop/4799> (เข้าถึง ณ วันที่ 5 มิถุนายน 2560).

UN REDD Programme, <http://www.un-redd.org/> (accessed 10 June 2016.)

United States Department of Agriculture Farm Service Agency, Conservation Reserve Program, accessed from <<https://www.fsa.usda.gov/programs-and-services/conservation-programs/conservation-reserve-program/index>>.

European Commission, 'The history of the common agricultural policy',
https://ec.europa.eu/agriculture/cap-overview/history_en

ภาพการมอบประกาศนียบัตรแก่ผู้นำเสนอบทความวิชาการด้านนิติศาสตร์ภายใต้หัวข้อ

“กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม”

เมื่อวันเสาร์ที่ 26 สิงหาคม 2560 เวลา 13.00-16.00 น.

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์



การนำหลักแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) มาใช้กับโครงการขนาดใหญ่ ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน

The Application of the Concept of “Benefit Sharing” for Mega Projects Having Affected on Public Health and Environment’s Issues

ชาญวิทย์ ชัยกันย์*

Chanwit Chaikan

บทคัดย่อ

แนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) เป็นแนวคิดทางกฎหมาย สิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศและแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่นำมาใช้ประกอบกับแนวคิดประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชนเพื่ออธิบายให้เห็นถึงความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดทำบริการสาธารณะขนาดใหญ่ต่าง ๆ อย่างต่อเนื่อง โดยยังคงรักษาประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ขณะเดียวกันเป็นแนวคิดที่จะคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความเสมอภาคและมีส่วนร่วม แนวคิดทางกฎหมายดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะนำผลประโยชน์จากประชาชนทุกคนในประเทศที่ได้ประโยชน์จากโครงการนั้นๆ มาจัดการผลประโยชน์ในลักษณะต่างๆ ให้แก่ชุมชนที่ได้รับผลกระทบโดยในต่างประเทศได้มีการนำแนวคิดนี้ไปปรับใช้กับโครงการขนาดใหญ่ทั้งในยุโรปและญี่ปุ่น ซึ่งทำให้ประชาชนในพื้นที่ยอมรับโครงการ สำหรับกรณีของไทยนั้น พบว่า ยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันผลประโยชน์โดยตรง แต่ได้ปรากฏแนวคิดนี้ในกฎหมายประกอบกิจการพลังงานและกฎหมายแร่ แต่ยังไม่ชัดเจน ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรมีกฎหมายการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดรูปแบบและลักษณะของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เหมาะสม และอาศัยสิทธิของชุมชนเป็นตัวกลางในการดำเนินการ ทั้งนี้ จะต้องแยกตามประเภทโครงการขนาดใหญ่ต่าง ๆ อาทิ โรงไฟฟ้า กิจการเหมืองแร่ นิคมอุตสาหกรรม เป็นต้น อันอาจนำมาสู่การแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างยั่งยืน

คำสำคัญ : การแบ่งปันผลประโยชน์, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, การจัดทำโครงการขนาดใหญ่

*รัฐศาสตรบัณฑิต สาขาการระหว่างประเทศ (เกียรตินิยมอันดับสอง) และ วารสารศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, Master of Art in Area Studies, University of Tsukuba ประเทศญี่ปุ่น และนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปัจจุบันกำลังศึกษาต่อปริญญาเอกที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และรับราชการในตำแหน่งพนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักงานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง

Abstract

The concept of “Benefit Sharing” is the interlocking of the concept of international environmental law as well as the concept of economics and public interests oriented public law in explaining the needs or the requirements of the government for the realization of public services related mega projects. The main objective of the concept of “Benefit Sharing” focuses on public services or public interests on the one hand. And on the other hand, the mentioned concept can also create equality through public participation. The concept of “Benefit Sharing” plays a crucial role in “sharing” the benefits between the people of the whole country with the people in the affected area in various ways. The European countries as well as Japan have already started to apply this kind of concept. This approach appears to have been a success. The people in the affected area seem to accept the mega Project of the government. Unfortunately, Thailand still does not have such a law with the concept of “Benefit Sharing”. However, the concept of “Benefit Sharing” appears indirectly in the energy and mining laws, but not that precisely. Therefore, the researcher would recommend that Thailand should draft the Benefit Sharing Law. With the assistance of this Benefit Sharing Law, the government can conduct the form and the type of Benefit-Sharing in accordance with community rights as the core values. The concept of “Benefit Sharing” should be classified and detailed in various types of projects such as power plant, mining, industrial estates etc. which can resolve the existing Benefit-conflict sustainably.

Keywords: Benefit Sharing, Environmental Law, the Mega Projects

1. บทนำ

ในปัจจุบันแต่ละประเทศกำลังประสบปัญหาความขัดแย้งระหว่างประชาชนและหน่วยงานรัฐที่รับผิดชอบดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของภาครัฐและเอกชนจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็น โครงการโรงไฟฟ้าประเภทต่าง ๆ หรือการประกอบกิจการเหมืองแร่ บทความนี้จึงมุ่งศึกษาประเด็นทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งปันและจัดการผลประโยชน์สำหรับชุมชนหรือประชาชนที่อยู่รอบพื้นที่ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ โดยเฉพาะในด้านสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อาจจะนำมาสู่การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งดังกล่าวได้ไม่มากนักน้อย ซึ่งจากที่ได้ค้นคว้าข้อมูลพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กล่าวถึงการแบ่งปันและจัดการผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนที่ต้องเสียสละพื้นที่ตนให้รัฐเข้ามาดำเนินโครงการอย่างชัดเจนและเหมาะสม จึงทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งและการต่อต้านจากภาคประชาสังคม บทความนี้ จึงเป็นการศึกษาเพื่อหาข้อเสนอแนะในการค้นหาทางออกของปัญหาดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า แนวคิดที่เรียกว่า “การแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing)” อาจนำมาปรับใช้กับแนวคิดทางกฎหมายในบทความนี้ได้ โดยเบื้องต้นมีกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับกิจการพลังงานและเหมืองแร่ที่เปิดช่องให้ตีความและปรับใช้แนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์ได้ แต่ยังไม่ชัดเจนมากนัก รวมถึงไม่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ ในขณะที่ต่างประเทศได้มีการนำไปปรับใช้ โดยออกเป็นกฎหมายที่ชัดเจนตลอดจนกำหนดนโยบายที่นำไปสู่การปฏิบัติได้จริง ส่งผลให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบยอมรับการดำเนินโครงการในพื้นที่ของตนได้แม้จะมีผลกระทบต่อตนบ้างก็ตาม

หากพิจารณากฎหมายไทยที่มีอยู่ พบว่า มีกฎหมายที่ปรากฏแนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่กฎหมายประกอบกิจการพลังงานและกฎหมายแร่ เนื่องด้วยพบว่ามักเกิดข้อพิพาทจากการประกอบกิจการทั้งของรัฐและเอกชนเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าว ดังที่มีการฟ้องร้องต่อศาลปกครองในส่วนการใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าว และในศาลยุติธรรมเกี่ยวกับค่าเสียหายด้านสุขภาพและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยพบว่าทั้งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ไว้ โดยในส่วนกฎหมายประกอบกิจการพลังงานจะเป็นไปในลักษณะของกองทุนรอบโรงไฟฟ้าซึ่งจะเน้นตอบแทนไปที่ชุมชน ส่วนกฎหมายแร่นั้นมีการกำหนดให้มีเงินบำรุงพิเศษเพื่อใช้ในการพัฒนาชุมชนที่ตั้งของเหมืองแร่ กฎหมายทั้งสองฉบับจึงเน้นไปที่การแบ่งปันผลประโยชน์ต่อชุมชนเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการแบ่งปันผลประโยชน์เท่าที่กฎหมายปัจจุบันที่มีอยู่นี้ ยังทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประชาชนในพื้นที่ ผู้ประกอบการ และหน่วยงานรัฐหลายครั้ง ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์เท่าที่มีอยู่ในประเทศไทยยังไม่ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการแบ่งปันผลประโยชน์ โดยจะต้องเปลี่ยนแนวคิดในการดำเนินการจากเดิมที่มุ่งเป็น “การชดเชย” “การเยียวยา” “การแก้ไข” หรือ “การฟื้นฟู” แก่ประชาชนในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบ อันเป็นแนวคิดที่เป็นไปในลักษณะกฎหมายละเมิดที่ต้องมีการชดเชยในสิ่งที่สูญเสียไป แต่หากต้องเป็นไปในลักษณะแนวคิดของการสร้างกฎหมายที่มุ่งสู่ “การพัฒนา” “การส่งเสริม” “การสนับสนุน” “การอุดหนุน” “การกระจายรายได้” “การให้โอกาส” แทน เพื่อสะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายมุ่งตอบแทนประชาชนในพื้นที่ที่เสียสละให้แก่ประโยชน์ของคนส่วนใหญ่อย่างเหมาะสมและ

เป็นธรรมแล้ว อาจนำไปสู่การยอมรับในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐได้ และจะนำไปสู่การสร้าง ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการดำเนินการของรัฐในอนาคตได้

2. ที่มาของแนวคิดที่ว่าด้วย “การแบ่งปันผลประโยชน์”

คำว่า “การแบ่งปันผลประโยชน์” นั้น โดยทั่วไปอาจพบได้ในความหมายในทางเศรษฐศาสตร์ อันมุ่งเน้นไปที่การดำเนินการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่เข้ามาปฏิสัมพันธ์กัน โดยอาศัยความใน ความหมายของคำว่า “ประโยชน์” ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนเพียงรายเดียว หรือหลายรายก็ได้แต่ในบทความนี้ ผู้ศึกษาได้ศึกษาความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” อันเป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่า หรือบางครั้งอาจใช้คำว่า “ประโยชน์ส่วนรวม” ก่อนที่จะกล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

2.1 ความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ”

ในเบื้องต้นต้องศึกษาความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)” ก่อนเพื่อนำไปสู่คำว่า “การแบ่งปันผลประโยชน์” ทั้งนี้ พบว่าใน Black’s Law Dictionary¹ ได้ให้ความหมายของประโยชน์สาธารณะ ว่าหมายถึงความถึง สิ่งที่เกี่ยวข้องกับสังคมโดยรวมอาจจะเป็นผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดที่ทำให้สิทธิหรือความรับผิดชอบทางกฎหมายของประชาชนส่วนใหญ่ถูกระงับ แต่มีได้หมายถึงความถึงสิ่งใดก็ตามที่มีความหมายอย่างแคบเพียงแค่ว่าความสงสัยใคร่รู้หรือเป็นแค่เพียงผลประโยชน์ของท้องถิ่นใดซึ่งถูกระงับจากเรื่องราวที่พิพาทอยู่เท่านั้น โดยประโยชน์สาธารณะนับเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของประชาชนโดยรวมในกิจการของรัฐบาลระดับท้องถิ่น มลรัฐ หรือระดับชาติ²

นอกจากนี้ พันวิชน์ โจรจันตติ³ ได้รวบรวมความหมายของประโยชน์สาธารณะ โดยนักวิชาการต่างประเทศและนักกฎหมายชาวไทยไว้หลายท่านด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็น เจอรามี เบนธัม ได้ให้ความหมายของคำว่าประโยชน์สาธารณะไว้ว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของประชาชนจำนวนมากที่สุด และอาจมองได้จากหลายแง่มุมด้วยกัน จังจาร์คส์ รุสโซ เห็นว่าผลประโยชน์สาธารณะคือเจตนารมณ์ของสาธารณะหรือคนส่วนใหญ่ เอ็ดมันด์ เบอรัค เห็นว่าเป็นผลประโยชน์ของสาธารณชนหรือของชาติที่เป็นผลพวงมาจากการอธิปไตยของสมาชิกรัฐสภา สำหรับนักวิชาการไทยในอดีต ขุนประเสริฐ ศุภมาตรา ได้อธิบายว่าประโยชน์

¹ Henry campbell, *Black’s Law Dictionary with Pronunciations, six edition* (MN: West Publishing Co.,1990) , p.1229. อ้างใน พันวิชน์ โจรจันตติ, “การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 4.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

³ พันวิชน์ โจรจันตติ, *การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 5.

มหาชน คือ ประโยชน์ส่วนรวมของทุกคน มิใช่เป็นประโยชน์ของคนใดๆ โดยเฉพาะเจาะจง บางคนจึงต้องยอมสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเท่ากับเป็นการเสียประโยชน์ทางหนึ่ง แต่ได้ประโยชน์อีกทางหนึ่ง

โดยสรุปแล้ว ประโยชน์สาธารณะจึงเป็นการดำเนินการใด ๆ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่⁴ และเป็นความต้องการอันร่วมกันของราษฎรที่ต้องการความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ความกินดีอยู่ดีทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจของราษฎรแต่ละคน รวมถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในสังคม ซึ่งความต้องการดังกล่าวเป็นความต้องการของราษฎรแต่ละคนที่ตรงกัน จึงถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ประโยชน์มหาชนนี้มีใช้ผลรวมของความต้องการของราษฎรแต่ละคนเสมอไป เนื่องจากบางกรณีอาจเห็นว่าประโยชน์บางประการของราษฎร บางครั้งก็เป็นปฏิปักษ์กับประโยชน์มหาชน และราษฎรสามารถกระทำการที่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์มหาชน เพราะการใช้อำนาจรัฐที่เป็นการแสดงออกซึ่งประโยชน์มหาชน อาจเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงก็ได้⁵

จากความหมายที่ตีความโดยนักวิชาการ และนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว อาจสรุปได้ว่า “ประโยชน์สาธารณะ” หมายถึง ประโยชน์ที่ได้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม โดยผลประโยชน์นี้ ไม่ได้มีลักษณะที่ให้ประโยชน์เป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใด หรือต่อบุคคลที่ดำเนินการเอง หรือกลุ่มสมาชิกใดในสังคม และผลประโยชน์สาธารณะดังกล่าวนี้ ยังเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมจากการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในอันที่จะตอบสนองความต้องการของคนในสังคม ทั้งในทางความมั่นคง ทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ หรือการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ทั้งนี้ ไม่ใช่ทุกคนในสังคมจะได้รับประโยชน์สาธารณะดังกล่าวเพียงแต่ตรงกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมก็เพียงพอ และประโยชน์ที่ว่านี้อาจเป็นประโยชน์ในปัจจุบันหรือเป็นประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ทำให้สมาชิกแต่ละคนในสังคมอาจจะได้รับประโยชน์เช่นนั้นไม่เท่าเทียมกัน และสมาชิกของสังคมอาจจะสามารถรับรู้ถึงประโยชน์ที่ตนเองได้รับนั้นหรือไม่ก็สำคัญนั่นเอง⁶

2.2 การอ้างถึงประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชน

โดยปกติแล้วประโยชน์สาธารณะจะเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคลในสังคมโดยส่วนใหญ่ หรือตอบสนองความต้องการของคนอื่นซึ่งไม่ใช่เพื่อตัวผู้กระทำเอง และอาจเป็นการกระทำของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสังคมโดยรวม หรือเพื่อให้สมาชิกในสังคมได้

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 333.

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 21.

⁶ พันวิษณ์ โรจนตันติ, *การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย*, หน้า 7.

ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวหรือได้รับประโยชน์จากกิจการที่รัฐดำเนินการ ซึ่งการที่รัฐดำเนินการเพื่อให้ทุกคนในสังคมมีความพึงพอใจและได้รับประโยชน์ที่เท่าเทียมกันคงเป็นเพียงแนวความคิดทางทฤษฎีที่ยากจะทำได้จริง ทั้งนี้ แม้ว่าลักษณะของประโยชน์สาธารณะดังกล่าว จะไม่สามารถตอบสนองความต้องการของทุกคนในสังคมได้ แต่ต้องเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับความต้องการส่วนใหญ่ในสังคม และเป็นการตั้งใจเพื่อประโยชน์ของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

การอ้างประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชนนั้น มีลักษณะสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ รัฐหรือฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ดำเนินกิจการต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมได้ในฐานะเป็นผู้ที่มีอำนาจโดยตรงใน การที่จะต้องจัดทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ ส่วนกิจการที่รัฐจะกระทำนั้นต้องพิจารณาจากความต้องการของบุคคลในสังคมว่าเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ไม่ใช่ความต้องการคนเพียงคนเดียวหรือคนกลุ่มน้อย ซึ่งความต้องการดังกล่าวนั้น อาจจะเป็นความต้องการพื้นฐานของคนจำนวนมากที่มีความต้องการเหมือนกัน เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ถือว่าความต้องการนั้น ๆ เป็นความต้องการของส่วนรวมได้ ดังตัวอย่างเช่น คนในสังคมต้องการความเป็นอยู่ที่ดีที่สงบสุข ซึ่งความต้องการดังกล่าวเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม ความต้องการในลักษณะนี้จึงถือเป็นประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ประโยชน์สาธารณะเป็นไปในรูปแบบที่รัฐดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของรัฐเองด้วยก็ได้ แต่ต้องมีจุดมุ่งหมายเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นเป้าหมายสุดท้าย

การพิจารณาประโยชน์สาธารณะที่ปรากฏในกฎหมายมหาชน ยังต้องพิจารณาถึงความต้องการของคนในสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป หรือมีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมากขึ้น เช่น ในอดีตการเดินทางโดยใช้รถลากเป็นยานพาหนะ จึงสร้างถนนที่ทำด้วยดินธรรมดาโดยทำให้เรียบเพื่อให้เกิดความสะดวกสบายในการเดินทาง แต่ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาพาหนะในการเดินทางมาเป็นรถยนต์หรือรถไฟ ถนนที่สร้างด้วยดินก็ไม่สามารถสนองความต้องการได้ จึงต้องมีการสร้างถนนลาดยาง ทางรถไฟ หรือถนนคอนกรีตขึ้นมาแทนจึงมีการตราพระราชบัญญัติการรถไฟ พ.ศ. 2494 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 เป็นต้น ดังนั้นหากรัฐไม่ดำเนินการให้ตรงกับความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของประชาชน ก็อาจกลายเป็นว่าไม่สามารถตอบสนองความต้องการของสาธารณชนได้

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐต้องกระทำกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลักกฎหมายที่บังคับให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายที่มีสภาพและวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แม้ว่ากฎหมายที่ออกมานั้นอาจจะกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนบ้าง ก็ให้สามารถกระทำได้หากฝ่ายปกครองเห็นว่ามิใช่ประโยชน์ต่อส่วนรวม ซึ่งความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเอกชนคือ หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่กฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์เฉพาะตนโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นแนวความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะจึงปรากฏเด่นชัดในกฎหมายมหาชน และกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มุ่งเสริมสร้างความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนให้มีความเข้าใจและสามารถทำให้เกิดความสงบสุขในการอยู่รวมเป็นสังคม เมื่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนแยกเป็นสิทธิและเสรีภาพของ

แต่ละคนแล้ว ก็อาจจะเข้าใจว่าเป็นเรื่องของแต่ละปัจเจกชน แต่การที่แต่ละปัจเจกชนมีความต้องการตรงกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในอันที่ถูกคุ้มครองและรับรองโดยกฎหมาย ดังนั้นเท่ากับว่าเป็นความต้องการของประชาชนที่ตรงกันเป็นประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

ดังนั้นการดำเนินการของรัฐและหน่วยงานของรัฐจึงผูกพันกับประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองในบริบทของกฎหมายมหาชนก็ต้องการที่จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อมหาชนหรือประชาชนโดยส่วนรวมเป็นหลัก ดังนั้น “ประโยชน์สาธารณะ” จึงเข้ามาเป็นตัวแปรที่ฝ่ายรัฐต้องพิจารณาและให้ความสำคัญอยู่ตลอดเวลาว่า การกระทำและผลที่จะเกิดจากการกระทำของรัฐดังกล่าว จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ แต่ในบางครั้งการกระทำนั้นก็อาจจะมีผลทำให้ปัจเจกชนบางคนหรือบางกลุ่มถูกกระทบสิทธิเสรีภาพหรือถูกละเมิด แต่ถ้าการกระทำนั้นสามารถจัดการผลประโยชน์ต่อสาธารณะที่ได้สัดส่วนคุ้มค่า กล่าวคือ เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วก็สมประโยชน์ต่อมหาชนมากกว่าและอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปัจเจกชนผู้นั้นหรือกลุ่มนั้นก็ไม้อาจโต้แย้งการกระทำนั้นได้ ซึ่งในที่สุดแล้ว แม้กฎหมายมหาชนให้อำนาจแก่รัฐสามารถดำเนินการใด ๆ ได้เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยชอบธรรมก็ตาม แต่ก็ได้นำมาสู่ความขัดแย้งกับภาคประชาชน หากการดำเนินการนั้นสร้างภาระให้แก่กลุ่มประชาชนบางส่วนที่ต้องเสียสละเพื่อประโยชน์ส่วนรวมดังที่รัฐอ้างอยู่เสมอได้

โดยที่การแก้ไขความขัดแย้งระหว่างการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการใดๆ ตามที่กล่าวมาข้างต้นระหว่างประโยชน์สาธารณะกับปัจเจกชนนั้น อาจนำแนวคิดเรื่องเศรษฐศาสตร์แนวพุทธ ของพระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตฺโต) มาศึกษาประกอบ⁷ โดยท่านเห็นว่า เศรษฐศาสตร์มัชฌิมา คือ การไม่เบียดเบียนตน ไม่เบียดเบียนคนอื่นอยู่บนความพอดี ก็จะทำให้สังคมเป็นปกติสุขได้ โดยต้องสร้างสัมพันธ์องค์ประกอบ 3 อย่างที่ต้องพึ่งพิงอาศัยกันและกัน ซึ่งประกอบไปด้วย มนุษย์ ธรรมชาติ และสังคม ซึ่งการพิจารณาการแบ่งปันผลประโยชน์ตามที่ผู้ศึกษานำเสนอในบทความนี้ สอดคล้องกับหลักการเรื่องเศรษฐศาสตร์แนวพุทธ ที่ใช้การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ (สังคม) มนุษย์ (ประชาชนผู้ได้รับประโยชน์ และผู้ได้รับผลกระทบ) และสิ่งแวดล้อม (ธรรมชาติ) สามารถดำรงอยู่บนทางสายกลางแห่งการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมได้ ทั้งนี้ ทุกภาคส่วนจะต้องประสานเกื้อกูลกันในการดำรงอยู่ด้วยกันทั้งในปัจจุบันและอนาคต จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ทำให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการแบ่งปันผลประโยชน์นี้อาจเป็นทางออกของสังคมในเรื่องความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ไม่มากนักน้อย โดยจะได้กล่าวถึงแนวคิดเรื่องนี้อย่างเป็นรูปธรรมในส่วนต่อไป

2.3 แนวคิดว่าด้วยการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing)

ที่มาของหลักแบ่งปันผลประโยชน์ในฐานะเครื่องมือทางกฎหมายนั้น ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม โดยมีคำว่า “การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (Access and

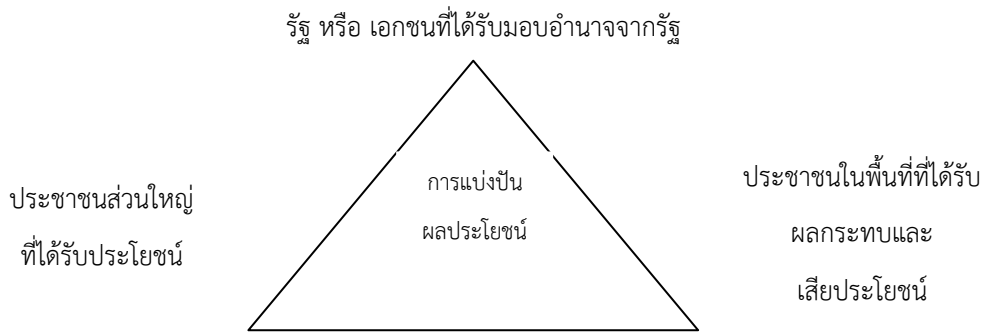
⁷ พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตฺโต.), *เศรษฐศาสตร์แนวพุทธ (Buddhist Economic)*, (พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์โกมลคีมทอง, พ.ศ. 2538), หน้า 55 – 58

Benefit Sharing) ในการได้รับประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างเท่าเทียมกัน โดยในสาระสำคัญของพิธีสารนางายาว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรเกี่ยวกับพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรทางพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม (Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity) อันเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) เป็นแนวคิดที่ต้องการจะทำให้เกิดความยุติธรรมและความเท่าเทียมของผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรม รวมถึงการถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงสิทธิทั้งปวงเหนือทรัพยากรเหล่านั้นต่อเทคโนโลยี และโดยการจัดสรรทุนอย่างเหมาะสม⁸ แม้แนวคิดดังกล่าวจะเป็นไปในลักษณะการแบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะของผู้ให้และผู้รับ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการช่วยเหลือกันระหว่างรัฐกับรัฐในประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม และเป็นการกล่าวถึงการแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกันของประเทศต่าง ๆ ในเรื่องทรัพยากรธรรมชาติก็ตาม แต่ก็อาจนำมาปรับใช้กับแนวคิดนี้ของผู้ศึกษาได้บางส่วน ซึ่งนับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการนำแนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์มาใช้ในประเทศไทย อันอาจสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการทำให้เกิดความเท่าเทียมในระดับสังคมภายในประเทศได้ ส่วนแนวคิดเรื่องนี้ในทางเศรษฐศาสตร์นั้น จากการค้นคว้าพบว่า ปรากฏอยู่ในแนวคิดเรื่อง Sharing Economics ซึ่งเป็นการแบ่งปันทรัพยากรที่มีอยู่ของตนกับคนอื่น ๆ เพื่อให้เกิดรายได้หรือกำไรร่วมกัน อันเป็นลักษณะการดำเนินธุรกิจในสังคมยุคดิจิทัลปัจจุบัน

ในการดำเนินการโครงการรัฐขนาดใหญ่ขึ้น เมื่อรัฐจำเป็นต้องเลือกดำเนินการเพื่อผลประโยชน์แก่คนส่วนใหญ่ในสังคมเกิดความพึงพอใจและได้รับประโยชน์มากที่สุด แม้ว่าบางครั้งอาจทำให้คนกลุ่มน้อยต้องเสียผลประโยชน์ หรือได้รับผลกระทบในทางลบบ้างก็ตาม รัฐก็มีอำนาจที่จะดำเนินการดังกล่าวนั้นต่อไปได้ เพื่อให้ประเทศชาติเดินหน้าต่อไปอย่างต่อเนื่องและคนในชาติดำเนินชีวิตของตนต่อไปได้อย่างเป็นปกติสุข ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การแบ่งปันผลประโยชน์ที่นำมาใช้นี้จะเป็นเครื่องมือสำคัญที่อาจนำมาแก้ปัญหาความขัดแย้งในสังคมตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นได้ ซึ่งในเบื้องต้นนี้ ผู้ศึกษาขอเสนอลักษณะขององค์ประกอบที่สำคัญของแนวคิดเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จะประกอบไปด้วย รัฐ ซึ่งหมายถึงหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะต่าง ๆ กับประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมที่ได้รับประโยชน์ และประชาชนส่วนน้อยที่ได้รับผลกระทบ โดยรัฐต้องเป็นตัวกลางในการประสานเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม กับประชาชนส่วนน้อยที่ได้รับผลกระทบ โดยการดำเนินการใด ๆ ก็ตามที่จะทำให้ทั้งสองฝ่ายยินยอมและยอมรับการจัดการผลประโยชน์หรือสิทธิบางประการของตนไปให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเสมอภาคกันในการอยู่ร่วมกันในสังคม และรัฐเองก็สามารถบริหารจัดการให้ประเทศเดินหน้าต่อไปด้วยความมั่นคงจากการจัดให้มีโครงการขนาดใหญ่ โดยเฉพาะการจัดทำบริการสาธารณะที่ต่อเนื่อง

⁸ พิธีสารนางายาว่าในการประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ครั้งที่ 10 (COP10) เมื่อวันที่ 18 – 29 ตุลาคม 2553 ณ เมืองนาโงยา ประเทศญี่ปุ่น

ลักษณะและองค์ประกอบในการแบ่งปันผลประโยชน์



แนวคิดข้างต้นถือเป็นการอธิบายให้เห็นว่า แนวคิดประโยชน์สาธารณะทางกฎหมายมหาชน ซึ่งตรงกับคำว่า “Public Interest” ว่าสามารถกระทำได้น้อยเพียงใด รัฐมีความชอบธรรมในการอ้างหลักดังกล่าวตามแนวคิดทฤษฎีที่ได้กล่าวถึงข้างต้น แต่การนำแนวคิดนี้ไปสู่การปฏิบัติให้เกิดความเสมอภาคกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากประโยชน์สาธารณะนั้น คือการใช้หลักเศรษฐศาสตร์ที่เรียกว่า “การให้สิทธิประโยชน์ (Benefit Sharing)” แก่กับชุมชนหรือประชาชนในชุมชนโดยรอบพื้นที่ตั้งโครงการจึงเป็นอีกกลไกหนึ่งซึ่งช่วยให้ผู้คนในชุมชนยอมรับได้ในระดับหนึ่งการดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

2.4 หลักกฎหมายที่อาจนำมาใช้เพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์

ในส่วนนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ให้มากยิ่งขึ้น จำต้องกล่าวถึงหลักกรรมสิทธิ์ของเอกชน ซึ่งได้พัฒนาการมาตั้งแต่ยุคโรมันที่ทรัพย์สิน เป็นของชนชั้นกษัตริย์ จนกระทั่งมีการยอมรับหลักกฎหมายธรรมชาติ ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย จนก่อให้เกิดเป็นสิทธิปัจเจกบุคคลที่ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคล ขณะเดียวกันได้มีการสถาปนาความเป็นรัฐขึ้นมา และนำมาสู่ความขัดแย้งระหว่างสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการพัฒนารัฐเพื่อให้ความเจริญและทันสมัย ได้มีการสร้างหลักกฎหมายมหาชนเพื่อมอบอำนาจให้รัฐสามารถดำเนินการต่าง ๆ เพื่อประชาชนของตนได้ เช่น หลักบริการสาธารณะ หลักความรับผิดชอบอื่นอันเป็นหลักการที่ให้อำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถพรากกรรมสิทธิ์ของเอกชนได้โดยชอบ แต่กฎหมายที่รัฐใช้เพื่อดำเนินการดังกล่าว มักเป็นไปในลักษณะกฎหมายเวนคืนที่ดินเพื่อสร้างระบบสาธารณูปโภค โดยผู้ศึกษาจะแสดงให้เห็นว่า นอกจากรัฐหรือฝ่ายปกครองจะสามารถดำเนินการใช้อำนาจในลักษณะของกฎหมายเวนคืนแล้ว ยังสามารถใช้ในลักษณะอื่นที่คล้ายคลึงกัน นั่นคือ การแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) ดังปรากฏหลักการดังกล่าวในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่มีการแบ่งปันการเข้าถึงการใช้ทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพระหว่างรัฐด้วยกัน หรือหลักเศรษฐศาสตร์แบ่งปันผล (Sharing Economics) เพื่อให้องค์กรธุรกิจของตนมีความเข้มแข็งขึ้นและสามารถอยู่รอดในสภาพแวดล้อมที่มีการแข่งขันกันสูง ดังนั้น อาจนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้กับการดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครองได้

หากจะนำหลักแบ่งปันผลประโยชน์มาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งต่าง ๆ ระหว่างรัฐและเอกชนในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ต่างๆ นอกจากปัญหาในทางการนำไปใช้กับสังคมไทยในเรื่องกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว ประเด็นที่ว่า ใครจะเป็นตัวแทนของการต่อรอง หรือประสานความต้องการประชาชนในพื้นที่กับรัฐ ซึ่งในปัจจุบันปรากฏเพียงลักษณะของการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่อ้างหลักการฟ้องแบบกลุ่ม (Class action Litigation) อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่อง สิทธิชุมชน ก็เป็นแนวคิดหนึ่งที่จะนำมาสู่การประสานความต้องการกับภาครัฐ ดังนั้นในส่วนนี้ จะกล่าวถึงที่มาและความหมาย รวมถึงผู้ทรงสิทธิ ดังกล่าว ซึ่งนอกจากจะพิจารณาถึงสิทธิชุมชนแล้ว การพิจารณาลักษณะสิทธิบุคคลก็เป็นประเด็นที่จะต้องนำมาพิจารณาในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย

จากการศึกษาเรื่องสิทธิชุมชน ซึ่งเป็นเรื่องที่สังคมไทยเริ่มให้ความสำคัญมาระยะหนึ่งแล้ว โดยพบว่า ความหมายของสิทธิชุมชนนั้น ในตำราทางนิติศาสตร์ได้อธิบายถึงชุมชนไว้ โดยเฉพาะ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายว่า “ชุมชนก็คือกลุ่มคนที่อยู่รวมกันเป็นกลุ่มก่อนมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างถาวร และสามารถทำความเข้าใจ ติดต่อสื่อสาร (Communication) กันได้ เพราะชุมชนจะต้องมีสิ่งที่ยุบรวมกันสามารถสื่อความเข้าใจกันได้ อย่างน้อยก็ต้องพูดกันรู้เรื่อง คือมีภาษาเดียวกัน ซึ่งมีความหมายครอบคลุมยิ่งกว่าเพียงสื่อสารกัน แต่รวมถึงว่ามีวัฒนธรรม ความรู้สึกนึกคิดอย่างเดียวกัน”⁹ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้ให้ความหมายของชุมชนเอาไว้ว่า “คณะบุคคลที่มีวิถีชีวิตหรือดำเนินชีวิตตามปกติโดยอาศัยอยู่รวมกันหรือดำเนินกิจกรรมใดอย่างหนึ่งร่วมกัน ตามขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณี โดยปกติย่อมถือเอาท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งเป็นหลักแหล่งสำคัญในการดำเนินชีวิตหรือกิจกรรมนั้นๆ ร่วมกัน”¹⁰

จากความหมายของชุมชนที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า “ชุมชน” เป็นหน่วยทางสังคมที่มีอยู่จริงตามธรรมชาติของสังคมมนุษย์ เนื่องจากตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่อาจอาศัยอยู่ได้โดยลำพัง เพราะมนุษย์มีความต้องการบริโภคอาหาร และต้องการใช้สอยวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ในการดำรงชีวิต จึงหลีกเลี่ยงเสียมิได้เลยที่เกิดเป็นชุมชน โดยอาจเป็นการรวมตัวกันเพื่อเป็นชุมชนการผลิตหรือเป็นการรวมตัวกันของบุคคลที่มีความสนใจ หรือมีประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกัน ในระบบกฎหมายได้ยึดหลักเกี่ยวกับการที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิ หรือเจ้าของสิทธิได้นั้นจะมีได้เฉพาะแต่สิ่งที่มีสภาพบุคคล การยอมรับว่าบุคคลเป็น ตัวการแห่งสิทธิ จึงเป็นการยอมรับว่ามนุษย์มีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และในระบบกฎหมายมีการแยกบุคคลออกเป็น 2 ประเภท คือ บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล ซึ่งบุคคลธรรมดา เป็นสิ่งที่มีตัวตนตามสภาพธรรมชาติ ดังนั้นบุคคลธรรมดาจึงสามารถกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้มีผลในทางกฎหมายโดยการแสดงเจตนาออกมาด้วยการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการให้ผู้อื่นเข้าใจและมีผลผูกพันตามกฎหมายได้ด้วยตัว

⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพมหานคร, โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), กรุงเทพมหานคร, 2553, หน้า 6.

¹⁰ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ, *สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน*, (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพมหานคร 2552), หน้า 22-28.

ของบุคคลนั้นส่วนนิติบุคคล โดยการเกิดขึ้นของนิติบุคคลได้เริ่มจากสถาบันครอบครัว จากนั้นก็เกิดการรวมตัวเป็นสมาคมพ่อค้าต่าง ๆ และในระยะต่อมาได้มีการยอมรับว่าสมาคมมีสภาพบุคคลแยกออกจากตัวสมาชิก แต่ละคนซึ่งสามารถกระทำการในนามของสมาชิกได้ อย่างไรก็ตาม การเกิดขึ้นและความมีตัวตนของนิติบุคคลยังมีข้อถกเถียงว่านิติบุคคลเกิดขึ้นโดยสภาพของนิติบุคคลนั่นเอง หรือเกิดขึ้นจากการสมมติให้เป็นนิติบุคคล โดยมีทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญ คือ ¹¹ *ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ* โดยพบว่า นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันที่มีชื่อว่า Gierke ซึ่งเน้นการศึกษาวิถีชีวิตชุมชนในสังคมเยอรมัน เสนอว่า ชุมชนมีตัวตน มีจิตใจ และมีสภาพบุคคล หรือมีสิทธิและหน้าที่ในตัวเอง โดยไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีนิติบุคคลสมมติของ Savigny และยืนยันทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพซึ่งได้อธิบายว่า ความคิดเรื่องนิติบุคคลสมมติมีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการรัฐสมัยใหม่ที่ต้องการคำอธิบายที่สอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย และอำนาจรัฐรวมศูนย์เพื่อปฏิเสธอำนาจของเจ้าของที่ดินของขุนนางและชุมชน หรือสมาคมต่างๆ ที่มีอำนาจ ส่วน *ทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ* เริ่มจากแนวคิดเสรีนิยมที่เน้นความสำคัญของปัจเจกชนว่าเป็นแกนกลางของสังคม โดยแต่ละบุคคลมีความเป็นอยู่ของตนเองเป็นเอกเทศไม่ขึ้นอยู่กับผู้ใด ความสัมพันธ์ทางสังคมเป็นไปตามกฎเกณฑ์หรือข้อตกลงที่ปัจเจกชนทำสัญญากันเป็นรากฐาน โดยผู้เสนอแนวคิดในเรื่องทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ คือ Savigny ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ โดย Savigny เห็นว่า เพื่อประโยชน์บางประการในทางกฎหมาย นิติบุคคลจึงถูกสมมติขึ้น ทำให้มีสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สินแยกออกมาต่างหากจากบุคคลธรรมดา จากสภาพดังกล่าวเช่นนี้ นิติบุคคลจะมีสิทธิและหน้าที่ได้ก็แต่โดยสภาพของนิติบุคคลนั้น และถูกจำกัดโดยขอบเขตวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ หากผู้แทนของนิติบุคคลกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนอกขอบวัตถุประสงค์นิติบุคคลก็ไม่ต้องรับผิดชอบ ทฤษฎีทั้งสองข้างต้นได้นำมาสู่การพิจารณาว่า สิทธิชุมชนที่พัฒนามาในระบบกฎหมายสมัยใหม่จะเป็นไปในลักษณะนิติบุคคลโดยสภาพ หรือเป็นนิติบุคคลสมมติ

ซึ่งก่อนที่จะนำไปสู่ข้อสรุปดังกล่าว ต้องทำความเข้าใจก่อนว่า สิทธิชุมชนนี้เป็นสิทธิของเอกชนหรือสิทธิรวมกันเป็นหมู่คณะกันแน่ อันเป็นหลักสำคัญที่จะนำไปสู่ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้น โดยที่ชุมชนเป็นหมู่คณะอย่างหนึ่ง ดังนั้น สิทธิในการรวมกันเป็นชุมชนจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พุทธศักราช 2540 และฉบับ พุทธศักราช 2550 ซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการรวมกันเป็นหมู่คณะด้วย ในที่นี้บุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองโดยตรงได้แก่บุคคลธรรมดาซึ่งประสงค์จะรวมกันเป็นสมาคม หรือหมู่คณะ การรวมกันเป็นสมาคมหรือหมู่คณะนี้ย่อมหมายถึงการก่อตั้งสมาคมหรือหมู่คณะขึ้นไป ดังนั้นผู้มีสิทธิตามมาตรา 45 ในเบื้องต้นก็คือบุคคลแต่ละคนที่ประสงค์จะรวมกับบุคคลอื่นและตั้งเป็นสมาคม หรือหมู่คณะอื่น ซึ่งรวมถึงการเลือกเวลาสถานที่ วัตถุประสงค์หรือรูปแบบทางกฎหมายของหมู่คณะของตนได้อย่างอิสระอีกด้วย สิทธิในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นสิทธิของเอกชน (Individual Right) ในทำนองเดียวกัน สิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน ไม่ว่าจะเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชน โดยเฉพาะในแง่ของการมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ก็ย่อมเป็นสิทธิของบุคคลแต่ละ

¹¹ กิตติศักดิ์ ปกติ, *อ่วงแล้ว*, หน้า 22-28.

คนในฐานะที่เป็นสิทธิของเอกชน (Individual Right) สิทธิเช่นนี้บุคคลแต่ละคนย่อมมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิ (Subject of Right) ซึ่งจะใช้เองโดยลำพัง หรือจะใช้ร่วมกับบุคคลผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ที่รวมกันเป็นชุมชนก็ได้ และจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนในฐานะประโยชน์ของเอกชนโดยลำพัง แต่ในกรณีที่บุคคลเอกชนเป็นผู้ใช้สิทธิ การใช้สิทธินั้นย่อมไม่เป็นการตัดสิทธิบุคคลเอกชนอื่น ๆ ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิด้วย และหากการใช้สิทธินั้นเป็นเหตุให้ก่อให้เกิด หรือได้ประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งจากการเข้าร่วมจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม ซึ่งจัดเป็นประโยชน์ซึ่งย่อมเกิดมีแก่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนอยู่เป็นส่วนรวมทั้งชุมชน โดยไม่อาจแย่งแยกเป็นส่วนๆ หรือเป็นประโยชน์แก่บุคคลเป็นการเฉพาะได้ การใช้สิทธิเช่นนี้ ย่อมถือว่าเป็นไปเพื่อเป็นประโยชน์แก่บุคคลอื่น ๆ ที่รวมเป็นชุมชน และประโยชน์เช่นนั้นก็ย่อมตกแก่บุคคลอื่นๆ ที่รวมกันเป็นชุมชนด้วย ตามหลักการที่เจ้าหน้าที่หลายคนรายหนึ่งเรียกให้ชำระหนี้อันแบ่งชำระไม่ได้แก่เจ้าหน้าที่หลายคนด้วย แต่ในทำนองเดียวกัน หากมีข้อเท็จจริงหรือข้อความใดที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเอกชนรายหนึ่งเท่านั้น ข้อเท็จจริง หรือข้อความเช่นนั้น ย่อมไม่อาจเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลเอกชนผู้ทรงสิทธิรายอื่นๆ ด้วย

จากการที่บุคคลเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิในการรวมกันเป็นหมู่คณะก็คือหมู่คณะเช่นนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองให้มีสิทธิ ในฐานะที่เป็นความมุ่งหมายของการมีสิทธิของเอกชนพร้อมกันไปในขณะเดียวกันด้วย โดยนัยเช่นนี้ รัฐธรรมนูญก็ย่อมคุ้มครองสิทธิร่วมกันของหมู่คณะ หรือสิทธิจากการรวมกลุ่ม (Collective Right) ของบุคคลที่รวมกันเป็นสมาคม หรือหมู่คณะอื่นด้วย การที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของคณะบุคคลหรือชุมชนด้วยนี้ก็เพราะสิทธิเสรีภาพของคณะบุคคลหรือชุมชนนั้น แท้จริงแล้วก็คือผลของการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลแต่ละบุคคลในการรวมกันเป็นคณะบุคคลนั่นเอง ในกรณีนี้ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนจึงเป็นสิ่งเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคณะบุคคลในสิ่งซึ่งเป็นความมุ่งหมายสำคัญของการที่บุคคลเอกชนรวมกันเป็นคณะบุคคลขึ้นมา โดยเฉพาะเพื่อทำกิจการบางอย่างซึ่งบุคคลเอกชนไม่อาจกระทำได้ลำพังเฉพาะตัว อย่างไรก็ตามก็ดี คณะบุคคลหรือนิติบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยมีข้อจำกัดได้ ทั้งนี้เป็นไปภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ และตามสภาพของคณะบุคคลหรือนิติบุคคลนั้น ๆ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีไปสาระสำคัญของสิทธิรวมหมู่ของคณะบุคคลหรือสมาคมคือ หลักประกันความมีตัวตน และหลักประกันความสามารถทำการตามความมุ่งหมายของคณะบุคคลนั้นนั่นเอง

ดังนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการที่บุคคลรวมกันเป็นชุมชน รัฐธรรมนูญก็ย่อมคุ้มครองไปถึงความมีตัวตน และความสามารถจัดการตนเอง และกำหนดเจตจำนงตลอดจนความสามารถจัดการงานในเรื่องอันเป็นสาระสำคัญของการอยู่รวมกันเป็นชุมชนด้วย เนื่องจากการที่บุคคลแต่ละคนรวมกันเป็นชุมชนก็เพื่อให้สามารถดำเนินวิถีชีวิตตามแบบแผน จารีตประเพณี วัฒนธรรมที่ตนเชื่อถือหรือเห็นคุณค่าร่วมกัน หรืออาศัยทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นฐานในการดำรงชีพหรือเป็นฐานแห่งคุณภาพชีวิตร่วมกัน อันเป็นกิจการที่บุคคลแต่ละคนต้องทำร่วมกันไม่อาจบรรลุผลได้ลำพังตน เมื่อมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับกิจการของชุมชนบุคคลที่รวมกันชุมชนก็ย่อมจะปรึกษาหารือกันและร่วมกันกำหนดเจตจำนงของชุมชน หรือร่วมกันดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามแบบแผนของชุมชน ซึ่งเป็นกิจการที่เอกชนแต่ละคนไม่อาจทำได้โดยลำพังตนเอง ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิของเอกชน (Individual Rights) ที่รวมกันเป็นชุมชนตามรัฐธรรมนูญจะสำเร็จประโยชน์ได้ย่อมจะต้องคุ้มครองครอบคลุมไปถึงสิทธิของชุมชนในฐานะที่เป็นสิทธิการรวมเป็นกลุ่ม (Collective Rights) ของหมู่

คนนั้นด้วย โดยนัยนี้ ชุมชนจึงมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิบางประการตามที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองแก่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน โดยเฉพาะในสิทธิในเรื่องที่เป็นความมุ่งหมายของการที่บุคคลรวมกันเป็นชุมชน ซึ่งเป็นสิทธิและประโยชน์ที่ย่อมเกิดแก่บุคคลที่รวมกันเป็นหมู่คณะหรือสอดคล้องกับความต้องการร่วมกันหรือเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการกำหนดเจตจำนงร่วมกันของหมู่คณะยิ่งกว่าบุคคลเอกชน

โดยสรุป สิทธิชุมชนมีลักษณะเป็นทั้งในฐานะสิทธิของเอกชนแต่ละราย และสิทธิการรวมกลุ่มของเอกชนหลายราย และมีสภาพเป็นนิติบุคคลที่มีอยู่จริง ซึ่งในเบื้องต้น ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำหลักแบ่งปันผลประโยชน์มาใช้ใน กลุ่มประชาชนที่อยู่ในพื้นที่ตั้งโครงการที่อาจได้รับผลกระทบต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมนั้น อาจอ้างสิทธิชุมชนในการแสดงเจตนาร่วมกันเพื่อทำการแบ่งปันผลประโยชน์กับรัฐ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การนำสิทธิชุมชนเป็นแกนกลางในการนำไปสู่การแบ่งปันผลประโยชน์ที่มีองค์ประกอบสำคัญคือประชาชนที่เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบในพื้นที่ซึ่งจะต้องมีตัวแทนอันอ้างสิทธิชุมชนเพื่อเจรจาต่อรองกับรัฐในลักษณะของผลประโยชน์รูปแบบต่าง ๆ ได้อย่างเหมาะสมกับความต้องการของสมาชิกในชุมชนที่เป็นที่ตั้งของโครงการของรัฐต่างๆ อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาก็ยังเห็นว่าอาจจะนำการแบ่งผลประโยชน์ไปใช้ในลักษณะปัจเจกชน หากปรากฏไม่สามารถแบ่งปันโดยนำหลักการสิทธิชุมชนตามที่ได้ศึกษามาตามข้างต้น ทั้งนี้ อาจต้องมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เหมาะสมและชัดเจนต่อไปเพื่อมิให้เกิดข้อขัดแย้งกันระหว่างการใช้สิทธิชุมชนกับสิทธิปัจเจกชนในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในพื้นที่นั้นๆ ต่อไป

3. รูปแบบและลักษณะของการแบ่งปันผลประโยชน์ในต่างประเทศ

แนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์ในทางกฎหมายมหาชนนี้นับเป็นแนวคิดหรือรูปแบบใหม่สำหรับสังคมไทย ดังนั้น รูปแบบและลักษณะการแบ่งปันผลประโยชน์จากต่างประเทศจะเป็นประโยชน์ต่อการนำมาปรับใช้แนวคิดนี้กรณีของประเทศไทยได้ ทั้งนี้ จากการศึกษาเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ของต่างประเทศแล้วพบว่า Howard Kunreuther and Douglas Easterling: (1992) ได้รวบรวมการทำให้ สิทธิประโยชน์ต่างๆ เพื่อช่วยลดกระแสการต่อต้านของท้องถิ่น ดังนี้¹²

- (1) การลดภาษีให้กับประชาชนในท้องถิ่น (Reductions in taxes)
- (2) การให้เงินสนับสนุนก่อสร้างสิ่งต่างๆ ในชุมชนให้ดีขึ้น (Grants to municipalities) เช่น การพัฒนาโรงเรียนต่างๆ ให้ดีขึ้น การสร้างสวนสาธารณะใหม่ หรือการปรับปรุงอนามัย
- (3) การชดเชยช่วยเหลือ (In-kind compensation) หน่วยฉุกเฉินพิเศษในท้องถิ่น นอกจากนี้ ยังได้จัดตั้งโครงการปกป้องมูลค่าของทรัพย์สินที่อาจจะลดลงจากโครงการ เช่น โครงการหลุมฝังกลบขยะ เป็นต้น ส่วน Rebelgroup (2009) ได้ศึกษาหลักการแบ่งปันสิทธิประโยชน์สำหรับการนำพลังงานกลับมาใช้ใหม่

¹² คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาสิทธิประโยชน์ที่ประชาชนควรจะได้รับและเกณฑ์ในการออกประกาศเชิญชวนให้ประชาชนเสนอพื้นที่สำหรับตั้งโรงไฟฟ้า, (สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, กรุงเทพมหานคร, 2555), หน้า 5-20.

หรือใช้คำว่า “โครงการพลังงานหมุนเวียน” (Benefit-Sharing Mechanisms in Renewable Energy) โดยรวบรวมรูปแบบของสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่ใช้ในยุโรป ดังตัวอย่างที่แสดงในตารางต่อไปนี้¹³

กรณีที่เกิดขึ้น	ประเทศ	ประเด็นปัญหา	กลไกทางเศรษฐศาสตร์ที่ใช้
เมือง Estinnes (ไม่ปรากฏชื่อและประเภทโครงการ)	เบลเยียม	ผลกระทบสิ่งแวดล้อม NIMBY ¹⁴ (การฉวยโอกาส)	กองทุนชุมชน การชดเชย การบริจาค การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น การให้สิทธิประโยชน์สังคมทางอ้อม
เกาะแซมโซ แหล่งผลิต พลังงานหมุนเวียน (Samso Island)	เดนมาร์ก	NIMBY	การให้ท้องถิ่นเป็น/ร่วมเป็นเจ้าของ การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น
โครงการพลังงานจาก กังหันลม เมือง Le Haut-des- Ailes	ฝรั่งเศส	NIMBY (การฉวยโอกาส)	กองทุนชุมชน การชดเชย การบริจาค การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น การให้สิทธิประโยชน์สังคมทางอ้อม
สวนพลังงาน แสงอาทิตย์ เมือง Rothenburg	เยอรมนี	ไม่มีประเด็นการขัดแย้ง โดยเฉพาะ	การบริจาค การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น การให้สิทธิประโยชน์สังคมทางอ้อม
โครงการพลังงานจาก	ไอซ์แลนด์	ไม่มีประเด็นการขัดแย้ง	กองทุนชุมชน

¹³ Rebelgroup, Benefit-Sharing Mechanisms in Renewable Energy (RESHARE), Final Report; January 2011, page 10-12 อังโน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาสิทธิประโยชน์ที่ประชาชนควรจะได้รับและเกณฑ์ในการออกประกาศเชิญชวนให้ประชาชนเสนอพื้นที่สำหรับตั้งโรงไฟฟ้า, หน้า 5-21.

¹⁴ NIMBY ย่อมาจาก Not In My Backyard ซึ่งแปลว่า ที่ใดก็ได้หากไม่ใช่พื้นที่ในสวนของฉัน เป็นการอุปมากรณที่ประชาชนเข้าใจว่าโครงการของรัฐที่จะดำเนินการมีความจำเป็น แต่จะไปดำเนินการที่ใดก็ได้ที่ไม่ใช่แถวบ้านของตน

กรณีที่เกิดขึ้น	ประเทศ	ประเด็นปัญหา	กลไกทางเศรษฐศาสตร์ที่ใช้
กังหันลม เมือง Althullion		โดยเฉพาะ	การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น การให้สิทธิประโยชน์สังคมทางอ้อม
โรงเรียนอนุบาล เมือง Surano	อิตาลี	NIMBY	การบริจาค การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น การให้สิทธิประโยชน์สังคมทางอ้อม
โรงไฟฟ้า พลังแสงอาทิตย์ (PV) เมือง Barba	อิตาลี	NIMBY	การบริจาค การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น
โครงการเมือง พลังงานหมุนเวียน (Texel Energy) เกาะ Texel	เนเธอร์แลนด์	NIMBY (การฉวยโอกาส)	การให้ท้องถิ่นเป็น/ร่วมเป็นเจ้าของ การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น การได้รับส่วนลดค่าไฟฟ้า การให้สิทธิประโยชน์สังคมทางอ้อม
โครงการพลังงานจาก กังหันลม บริเวณทะเลสาบ Ostrowo	โปแลนด์	ผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม (การฉวยโอกาส)	กองทุนชุมชน การบริจาค การชดเชย (การสนับสนุนติดตั้งรถจักรยานยนต์ พันธุ์หายากในท้องถิ่น)
โครงการโรงไฟฟ้า พลังงานน้ำ (EDP Hydro)	โปรตุเกส	ผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม NIMBY	การบริจาค
โครงการพลังงาน จากกังหันลม (O2)	สวีเดน	NIMBY (การฉวยโอกาส)	กองทุนชุมชน การร่วมเป็นเจ้าของ
โครงการหมู่บ้าน พลังงานหมุนเวียน เมือง Eastgate	สหราชอาณาจักร	ไม่มีประเด็นความขัดแย้ง โดยเฉพาะ	การบริจาค การสัญญากับท้องถิ่น การส่งเสริมอาชีพให้ท้องถิ่น การให้สิทธิประโยชน์สังคมทางอ้อม

นอกจากตารางข้างต้นที่เป็นกรณีประเทศต่างๆ ในยุโรปซึ่งได้ใช้กลไกหรือเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ที่หลากหลายในรูปแบบกลไกการแบ่งปันสิทธิประโยชน์แล้ว (Benefit Sharing Mechanisms - BSM) ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดอีกกรณีหนึ่งคือ การแบ่งปันผลประโยชน์จากโรงไฟฟ้าในประเทศญี่ปุ่นที่เป็นการดูแลชุมชนรอบโรงไฟฟ้าโดยรัฐจ่ายเงินอุดหนุน 0.06 บาทต่อหน่วยให้กับรัฐบาลท้องถิ่นสำหรับโครงการพัฒนาสังคมเช่น การสร้างถนน ท่าเรือ ระบบประปา สวนสาธารณะ โรงพยาบาล โรงเรียน การส่งเสริมกิจกรรมวัฒนธรรมพื้นบ้าน ผลิตภัณฑ์ท้องถิ่นและการป้องกันสิ่งแวดล้อม หรือในประเทศฟิลิปปินส์ก็พบว่ารัฐได้จ่ายเงินอุดหนุน 0.008 บาทต่อหน่วย โดยจ่ายให้กับกองทุนไฟฟ้า (25%) กองทุนสำหรับการฟื้นฟูป่าไม้ การจัดการแหล่งน้ำ สาธารณสุข และสิ่งแวดล้อม (50%) และกองทุนการพัฒนาและอาชีพ (25%) เป็นต้น¹⁵ การแบ่งปันผลประโยชน์ในฐานะเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์นี้นับเป็นการดำเนินการที่ชัดเจนและเห็นเป็นรูปธรรมมากที่สุดเพราะประชาชนผู้ได้รับผลกระทบได้รับการตอบแทนที่ชัดเจนโดยเฉพาะในรูปของตัวเงิน

หากพิจารณารูปแบบและลักษณะการแบ่งปันผลประโยชน์ของต่างประเทศแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า สามารถแบ่งรูปแบบและลักษณะสำคัญออกได้เป็นสองประการ คือการแบ่งปันผลประโยชน์ในรูปเม็ดเงินหรือผลประโยชน์ตอบแทนในทางเศรษฐศาสตร์ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ในรูปไม่ใช่เม็ดเงินหรือผลประโยชน์ต่างตอบแทนที่มีใช้ทางเศรษฐศาสตร์ อาทิ การเสริมสร้างอาชีพ การสนับสนุนการศึกษา การดูแลสิ่งแวดล้อมในพื้นที่ เป็นต้น ผู้ศึกษาเห็นว่า หากนำมาปรับใช้กับสังคมไทยแล้วก็อาจนำทั้งสองรูปแบบมาผสมผสานกันเพื่อมิให้เกิดการวิจารณ์จากสังคมว่า การแบ่งปันผลประโยชน์นี้ ถือเป็น การนำเม็ดเงินจูงใจให้ประชาชนในพื้นที่ยอมรับ ซึ่งขัดแย้งกับแนวคิดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสังคม รวมถึงการสร้างความสัมพันธ์ภาพที่ดีระหว่างองค์ประกอบแนวคิดเรื่องนี้ การสร้างความเชื่อมโยงในรูปแบบและลักษณะของการแบ่งปันผลประโยชน์ทั้งสองลักษณะจะเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้เกิดการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างแท้จริง ซึ่งแม้ว่าจะกลายเป็นปลายทางของการมีส่วนร่วมก็ตาม แต่จะทำให้ลดปัญหาความขัดแย้งในสังคมได้ไม่มากนัก

4. การแบ่งปันผลประโยชน์ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการดำเนินโครงการขนาดใหญ่

จากการค้นคว้า พบว่า กฎหมายไทยก็มีแนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์อยู่บ้าง โดยผู้ศึกษาได้นำกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ที่ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและชุมชนสองลักษณะ คือกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการพลังงาน ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตั้งโรงไฟฟ้า และกฎหมายเหมืองแร่ อันนับว่าเป็นโครงการที่นำมาสู่ความขัดแย้งระหว่างภาครัฐและภาคประชาชนอยู่เสมอมาเป็นกรณีศึกษา โดยมีรายละเอียด ดังนี้

¹⁵ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, อ้างแล้ว, หน้า 22.

4.1 กฎหมายประกอบกิจการพลังงาน

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 โดยพระราชบัญญัติดังกล่าว นับเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดค่อนข้างทันสมัยเพราะมีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ประกอบการโรงไฟฟ้า ผู้ใช้พลังงานไฟฟ้า ชุมชนท้องถิ่นรอบบริเวณโรงไฟฟ้า และประชาชนที่เกี่ยวข้อง โดยเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัตินี้ คือ การปรับโครงสร้างการบริหารกิจการพลังงานโดยแยกงานนโยบาย งานกำกับดูแล และการประกอบกิจการพลังงานออกจากกัน และเพื่อเปิดโอกาสให้ภาคเอกชน ชุมชน และประชาชนมีส่วนร่วมและมีบทบาทมากขึ้น และ เพื่อให้การประกอบกิจการพลังงานมีปริมาณเพียงพอและทั่วถึงในราคาที่เป็นธรรมและมีคุณภาพ ที่ได้มาตรฐาน สามารถตอบสนองต่อความต้องการภายในประเทศและการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนในด้านสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม เมื่อพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประชาชนหรือชุมชนรอบโรงไฟฟ้าที่อาจได้รับผลกระทบจากการสร้างโรงไฟฟ้าประเภทต่างๆอันสามารถนำมาพิจารณาประกอบประเด็นเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ในกรณีโครงการหรือกิจการเกี่ยวกับการประกอบกิจการพลังงาน คือ มาตรา 93 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งในสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรียกว่า “กองทุนพัฒนาไฟฟ้า”

โดยรายได้ที่กองทุนได้รับนี้ ได้กำหนดไว้ใน มาตรา 93 วรรคสอง อันได้แก่(1) เงินที่ได้รับจากผู้รับใบอนุญาตได้จ่ายเงินเข้ากองทุน (2) เงินค่าปรับจากผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าตามมาตรา 128 และมาตรา 140 (3) เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้บริจาคให้ (4) ดอกผลหรือผลประโยชน์ใดๆ ที่เกิดจากเงินหรือทรัพย์สินของกองทุน ทั้งนี้ เงินและทรัพย์สินที่เป็นของกองทุน ไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลังและกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ สำหรับการนำกองทุนพัฒนาไฟฟ้าไปใช้นั้น พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 97 และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันผลประโยชน์นั้น พบว่า ในข้อ (3) มีความใกล้เคียงที่สุด ซึ่งได้กำหนดว่า เพื่อการพัฒนาหรือฟื้นฟูท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานของโรงไฟฟ้า

เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินการเกี่ยวกับ “กองทุนพัฒนาไฟฟ้า” พบว่า ได้จัดตั้งขึ้นในสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 โดยมีวัตถุประสงค์ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น และมีคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ทำหน้าที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้า ในการบริหารงาน และเงินกองทุนพัฒนาไฟฟ้า โดยชุมชนเพื่อชุมชน ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการดังกล่าว โดยในปี พ.ศ. 2555 ได้มีการสรรหาและแต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้า เพื่อทำหน้าที่บริหารเงินกองทุนพัฒนาไฟฟ้า และจะจัดสรรงบประมาณให้เพื่อให้ประชาชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้าได้ร่วมเสนอโครงการชุมชนในการพัฒนาท้องถิ่นของตนเอง ในปัจจุบันนี้ได้ดำเนินการจัดตั้งกองทุนพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้าตามแนวทางที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบทั่วประเทศรวมทั้งสิ้น จำนวน 75 กองทุน กองทุนพัฒนาไฟฟ้าผู้ประกอบการโรงไฟฟ้าแล้วยังมาจากผู้ใช้ไฟฟ้าทุกคน โดยโรงไฟฟ้าจะเรียกเก็บเงินจากค่าไฟฟ้าของประชาชนที่ใช้ไฟฟ้า เพื่อนำส่งเข้า

กองทุนพัฒนาไฟฟ้าในสองลักษณะ คือ ในระหว่างก่อสร้างโรงไฟฟ้า โรงไฟฟ้าจะนำส่งเงินเป็นรายปี ตามกำลังการผลิตในอัตรา 50,000 บาทต่อเมกะวัตต์ต่อปี ทั้งนี้ ต้องไม่น้อยกว่า 50,000 บาทต่อปี และในระหว่างการผลิตไฟฟ้า โรงไฟฟ้าจะนำส่งเป็นรายเดือนตามปริมาณพลังงานไฟฟ้าที่ผลิตได้และตามชนิดของเชื้อเพลิงในการผลิตไฟฟ้า ตลอดอายุของโรงไฟฟ้างดังต่อไปนี้

ตารางสรุปอัตราเงินนำส่งเข้ากองทุนพัฒนาไฟฟ้าระหว่างการผลิตไฟฟ้า¹⁶

เชื้อเพลิง	ถ่านหิน, ลิกไนต์	พลังน้ำ	น้ำมันเตา, น้ำมันดีเซล	ก๊าซ ธรรมชาติ	พลังงานลม, แสงอาทิตย์	พลังงาน หมุนเวียนอื่นๆ
อัตรานำส่ง (สตางค์/หน่วย)	2.0	2.0	1.5	1.0	1.0	1.0

สำหรับการใช้จ่ายเงินกองทุนพัฒนาไฟฟ้านั้น คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานได้กำหนดให้มีการจัดสรรเงินดังกล่าว ดังนี้ เงินกองทุนร้อยละ 95 จะเป็นกองทุนพัฒนาไฟฟ้าในพื้นที่และเงินกองทุนอีกร้อยละ 5 ให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานสำหรับใช้จ่ายใน 3 เรื่อง คือ ค่าใช้จ่ายในการบริหารกองทุน การสำรองไว้ใช้ในกรณีฉุกเฉินเพื่อเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายในเบื้องต้นจากผลกระทบที่มีเกิดจากโรงไฟฟ้า และการอุดหนุนให้กับการพัฒนาหรือฟื้นฟูท้องถิ่นที่ได้รับการจัดสรรเงินจำนวนน้อยไม่เพียงพอต่อการพัฒนาหรือฟื้นฟูท้องถิ่น

ดังนั้น จึงเห็นว่า กองทุนพัฒนาไฟฟ้าในพื้นที่นั้นเป็นลักษณะสำคัญของการแบ่งปันผลประโยชน์แต่เป็นไปในรูปแบบของการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อชุมชนโดยได้มีการออกระเบียบคณะกรรมการประกอบกิจการพลังงานว่าด้วยกองทุนพัฒนาไฟฟ้า เพื่อการพัฒนาหรือฟื้นฟูท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานของโรงไฟฟ้า พ.ศ. 2553 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2554 เป็นต้นมา ตามระเบียบดังกล่าวได้กำหนดประเภทของกองทุนตามรัศมีของตำบลที่ตั้งอยู่ใกล้โรงไฟฟ้าแต่ละขนาด 3 ประเภท ดังนี้ (๑) ตำบลภายในรัศมี 5 กิโลเมตร สำหรับกองทุนประเภท ก (๒) ตำบลภายในรัศมี 3 กิโลเมตร สำหรับกองทุนประเภท ข (๓) ตำบลภายในรัศมี 1 กิโลเมตร สำหรับกองทุนประเภท ค โดยกองทุนแต่ละประเภท

จากข้อมูล ณ ปัจจุบัน พบว่าได้มีการจัดตั้งและการแต่งตั้งคณะกรรมการกองทุนพัฒนาไฟฟ้าในพื้นที่ประกาศ จำนวน 237 กองทุน จำแนกเป็นกองทุนประเภท ก จำนวน 12 กองทุน กองทุนประเภท ข จำนวน 51 กองทุน และกองทุนประเภท ค จำนวน 174 กองทุน โดยการพิจารณาคัดเลือกโครงการชุมชนเพื่อขอรับเงินสนับสนุนจากกองทุนพัฒนาไฟฟ้านั้น มีขั้นตอนพิจารณากลับกรองหลายขั้นตอน และมีคณะกรรมการที่ให้ความเห็นหลายคณะโดยเฉพาะกองทุนประเภท ก. ที่เป็นกองทุนขนาดใหญ่ ประกอบกับเงินกองทุนพัฒนาไฟฟ้าในแต่ละปีมีจำนวนจำกัดและอาจไม่เพียงพอต่อทุกโครงการที่ชุมชนได้ยื่นเสนอ จึงอาจทำให้เกิดข้อร้องเรียนจาก

¹⁶ ที่มา : ประกาศคณะกรรมการประกอบกิจการพลังงาน เรื่อง การนำเงินส่งเข้ากองทุนพัฒนาไฟฟ้า สำหรับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าประเภทใบอนุญาตผลิตไฟฟ้า พ.ศ. 2553

ชุมชนในพื้นที่จำนวนมาก ดังปรากฏการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นเกี่ยวกับกองทุนพัฒนาไฟฟ้าหลายคดี¹⁷ เช่น กรณีที่ชาวบ้านที่ในตำบลแห่งหนึ่งในอำเภอแม่เมาะได้รับผลกระทบจากโรงไฟฟ้า ได้จัดทำโครงการชุมชนตามแผนกิจกรรมที่ระบุไว้ตามระเบียบคณะกรรมการกิจการพลังงาน ว่าด้วยกองทุนพัฒนาไฟฟ้าฯ โดยเสนอผ่านเวทีประชาคมในตำบลที่ตนเองอาศัยอยู่ในแต่ละหมู่บ้านเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้า รวม 11 โครงการ เช่น โครงการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบทางด้านสุขภาพ โครงการพัฒนาอาชีพกลุ่มผู้เลี้ยงหมู โครงการสร้างเสริมแผนพัฒนาคุณภาพชีวิตชุมชนที่ได้รับผลกระทบ เป็นต้น แต่คณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้ากลับเพิกเฉยไม่นำโครงการดังกล่าวมาพิจารณาอนุมัติหรือดำเนินการเป็นระยะเวลากว่า 4 เดือน ซึ่งเกินกำหนดที่ระเบียบกองทุนพัฒนาไฟฟ้า แต่ได้อนุมัติให้แก่โครงการชุมชนอื่นซึ่งมีขอบเขตเกี่ยวกับการดำเนินงานขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้ชาวบ้านต้องเสียโอกาสในการเข้าถึงกองทุนพัฒนาไฟฟ้าที่จะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนี้ คณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้ายังได้นำโครงการของหน่วยราชการอื่นที่กฎหมายห้ามมาพิจารณาเห็นชอบโดยผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายอีกด้วย ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย และเป็นการเลือกปฏิบัติตามข้อ 24 (2) ของระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ว่าด้วยกองทุนพัฒนาไฟฟ้า เพื่อการพัฒนาหรือฟื้นฟูท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของโรงไฟฟ้า พ.ศ. 2553 กำหนดให้คณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้าตำบล (คพรต.) ประกอบด้วยกรรมการตามที่คณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้า (คพรฟ.) กำหนด รวมทั้งคณะกรรมการทั้งสองคณะดังกล่าว ชาวบ้านเห็นว่ามีการเมืองท้องถิ่นเข้าไปมีอิทธิพลในการคัดเลือกและแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวด้วย

ในคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาว่า การพิจารณาคัดเลือกโครงการชุมชนที่จะได้รับเงินจากกองทุนพัฒนาไฟฟ้านี้ อาจจะมีส่วนทับซ้อนกับอำนาจหน้าที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือส่วนราชการอื่นๆ แต่กรณีดังกล่าวย่อมเป็นเรื่องจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เนื่องจากกองทุนพัฒนาไฟฟ้าและหน่วยราชการเหล่านั้นต่างมีพันธกิจที่จะต้องพัฒนาชุมชนและแก้ไขความเดือดร้อนของประชาชนในท้องถิ่นในลักษณะเดียวกัน และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความซ้ำซ้อนของโครงการชุมชนกับโครงการขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ในทุกตำบลจึงได้มีการบูรณาการแผนพัฒนาชุมชนระดับหมู่บ้าน ตำบลเพื่อเชื่อมโยงการพัฒนาตำบลและหมู่บ้านเข้ากับแผนพัฒนาขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่ รวมทั้งได้มีหนังสือสอบถามไปยังองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่ประกาศ เพื่อตรวจสอบว่าโครงการชุมชนมีความซ้ำซ้อนกับโครงการที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอนุมัติและจัดทำงบประมาณหรือไม่ ซึ่งในกรณีของอำเภอแม่เมาะ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องได้แจ้งว่าไม่พบว่ามี การซ้ำซ้อนกันของโครงการชุมชนและโครงการที่ได้รับการจัดสรรงบประมาณขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแต่อย่างใด การกล่าวอ้างที่ว่าโครงการชุมชนที่ได้รับการคัดเลือกซ้ำซ้อนกับโครงการที่ได้รับการจัดสรรงบประมาณขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น จึงไม่อาจรับฟังได้การพิจารณาอนุมัติโครงการชุมชนเพื่อประกอบแผนงานประจำปีงบประมาณ 2555 ของกองทุนพัฒนาไฟฟ้า โรงไฟฟ้าแม่เมาะ จังหวัดลำปาง รวม 264 โครงการ ของคณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบ

¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ส.190/2558

โรงไฟฟ้าจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการพิจารณาของคณะกรรมการพัฒนาชุมชนในพื้นที่รอบโรงไฟฟ้าแล้ว ยังมีการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนระเบียบของคณะกรรมการประกอบกิจการพลังงาน ว่าด้วยกองทุนพัฒนาไฟฟ้าเพื่อการพัฒนาหรือฟื้นฟูท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าพ.ศ. ๒๕๕๓ แต่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องเมื่อพ้นระยะเวลาอุทธรณ์คดีค้ำประกันการออกระเบียบดังกล่าว ศาลจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ¹⁸

กล่าวโดยสรุปแล้ว เท่าที่ได้ศึกษาค้นคว้ามา กฎหมายแบ่งปันผลประโยชน์เกี่ยวกับการประกอบกิจการพลังงานนั้นจะเป็นไปในลักษณะที่แบ่งปันผลประโยชน์ต่อชุมชนเท่านั้น โดยไม่ปรากฏลักษณะการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อบุคคลโดยตรง โดยมีกฎหมายแม่บท คือ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 และยังพบปัญหาข้อพิพาทในการนำเงินกองทุนพัฒนาไฟฟ้าไปใช้ดังที่เกิดข้อพิพาทในศาลปกครองหลายคดี

4.2 กฎหมายแร่

สำหรับกฎหมายแร่นั้นตามที่ได้ศึกษาได้ค้นคว้าและรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาแล้วพบว่า โดยส่วนใหญ่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการทำเหมืองแร่ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 (ซึ่งเป็นการแก้ไขพระราชบัญญัติแร่นับฉบับเดิมที่บังคับใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2510 และประกาศใช้เมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๙) และพระราชบัญญัติรักษาและส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 ในส่วนของการแบ่งปันผลประโยชน์จากการดำเนินโครงการหรือกิจการจากการทำเหมืองแร่นั้น พบว่าในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 136 ได้กำหนดให้ผู้ได้รับประทานบัตรในการทำเหมืองแร่ต่าง ๆ จะต้องเสียเงินบำรุงพิเศษในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของค่าภาคหลวง โดยเงินบำรุงพิเศษนี้ให้ใช้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการพัฒนาท้องถิ่น การศึกษาวิจัยด้านแร่ การปรับปรุงสภาพพื้นที่หลังจากการทำเหมือง และการป้องกันปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติแร่ ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ซึ่งขณะนี้เท่าที่ผู้ศึกษาได้ตรวจสอบ ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขและการจัดสรรเงินบำรุงพิเศษนี้แต่อย่างใด โดยอาจต้องใช้ระยะเวลาร่างประกาศอีกสักกระยะหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม พบว่า ได้มี “ประกาศคณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่ องค์การปกครองท้องถิ่น เรื่อง การจัดสรรค่าภาคหลวงแร่และค่าภาคหลวงปิโตรเลียมให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 6 สิงหาคม 2544” โดยประกาศฉบับนี้อาศัยความตามอำนาจในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดยคณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีมติให้มีการประกาศกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข อัตราการจัดสรรค่าภาคหลวงและค่าภาคหลวงปิโตรเลียม โดยมีเนื้อหาที่สำคัญ คือ การจัดสรรค่าภาคหลวงแร่หรือ

¹⁸ คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 544/2555

ค่าภาคหลวงปิโตรเลียม ซึ่งมีหมายความว่า การจัดสรรค่าภาคหลวงแร่หรือค่าภาคหลวงปิโตรเลียมที่จัดเก็บสำหรับแร่หรือปิโตรเลียมที่ผลิตได้จากประทานบัตรหรือสัมปทานแล้วแต่กรณี โดยมีพื้นที่ตามสัมปทานที่มีการผลิตอยู่ในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและให้กรมทรัพยากรธรณีจัดสรรค่าภาคหลวงและค่าภาคหลวงปิโตรเลียมให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สำหรับการจัดสรรค่าภาคหลวงแร่ นั้น ตามประกาศฉบับดังกล่าวได้กำหนดการจัดสรรให้แก่ชุมชน คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่ที่ได้ดำเนินโครงการเหมืองแร่ตามสัดส่วนเกณฑ์ ดังนี้ การจัดสรรค่าภาคหลวงแร่ในจังหวัดอื่น นอกจากกรุงเทพมหานครให้จัดสรรค่าภาคหลวงแร่ตามกฎหมายว่าด้วยแร่ หลังจากหักส่งเป็นรายได้ของรัฐในอัตราร้อยละสี่สิบแล้ว ให้จัดสรรแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยแบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีองค์กรบริหารส่วนตำบลและเทศบาล จัดสรรให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามขอบเขต ดังนี้ แบบที่ 1 องค์กรบริหารส่วนตำบลหรือเทศบาลที่มีพื้นที่ครอบคลุมพื้นที่ตามประทานบัตรให้ได้รับการจัดสรรในอัตราร้อยละสี่สิบของค่าภาคหลวงแร่ที่จัดเก็บได้ภายในเขต แบบที่ 2 องค์กรบริหารส่วนตำบลและเทศบาลอื่นที่อยู่ภายใต้จังหวัดที่มีพื้นที่ครอบคลุมพื้นที่ตามประทานบัตร ให้ได้รับการจัดสรรในอัตราร้อยละสิบของค่าภาคหลวงแร่ที่จัดเก็บได้ภายในเขต แบบที่ 3 องค์กรบริหารส่วนตำบลและเทศบาลในจังหวัดอื่นให้ได้รับจัดสรรในอัตราร้อยละสิบของค่าภาคหลวงแร่ที่จัดเก็บได้ภายในเขต โดยการจัดสรรระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสามแบบนี้ ให้จัดสรรตามจำนวนองค์กรให้จัดสรรตามอัตราส่วนแห่งยอดจำนวนราษฎรตามหลักฐานการทะเบียนราษฎรในวันสิ้นปีงบประมาณก่อนปีงบประมาณก่อน และในกรณีองค์กรบริหารส่วนจังหวัด ให้จัดสรรค่าภาคหลวงแร่ตามกฎหมายว่าด้วยแร่ในอัตราร้อยละสี่สิบของค่าภาคหลวงแร่ที่จัดเก็บได้ภายในเขตขององค์กรบริหารส่วนจังหวัดนั้น สำหรับกรณีกรุงเทพมหานครได้จัดสรรค่าภาคหลวงแร่ตามกฎหมายว่าด้วยแร่ที่จัดเก็บภายในเขตกรุงเทพมหานครในอัตราร้อยละสี่สิบของค่าภาคหลวงแร่ที่กรมทรัพยากรธรณีจัดเก็บได้จริง และโดยการรับเงินจัดสรรค่าภาคหลวงแร่นั้นตามประกาศได้กำหนดให้จัดสรรปีละ 4 งวด และใช้นับแต่เดือนกรกฎาคม 2544 เป็นต้นมา

นอกจากประกาศข้างต้นที่ทำให้เห็นว่า โครงการหรือกิจการเกี่ยวกับเหมืองแร่ได้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อชุมชน คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่งที่พื้นที่ตั้งโครงการกินขอบเขตของการจัดทำเหมืองแร่อยู่แล้ว จากการจัดสรรค่าภาคหลวงแร่ในขั้นตอนการพิจารณาคำขอประทานบัตร การออกประทานบัตร การต่ออายุประทานบัตร และการโอนประทานบัตร ในการทำเหมืองแร่ก็ได้มีประกาศใช้ “ระเบียบกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ ว่าด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับคำขอประทานบัตรการออกประทานบัตร การต่ออายุประทานบัตร และการโอนประทานบัตร พ.ศ. 2558” อันเป็นฉบับล่าสุด (ฉบับที่ 9) นับแต่ได้มีการประกาศใช้เป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2547 โดยในระเบียบดังกล่าวข้อ 17 ได้กำหนดให้สำนักงานอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่เขตตรวจสอบลักษณะทางกายภาพ แผนผังโครงการที่มีผู้ยื่นคำขอโดยต้องคำนวณผลประโยชน์เพื่อประโยชน์แก่รัฐตอบแทนการออกประทานบัตร ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีกำหนด โดยในขั้นตอนการยื่นคำขอประทานบัตร ผู้ยื่นคำขอจะต้องมีเอกสารข้อตกลงการจ่ายผลประโยชน์พิเศษเพื่อประโยชน์แก่รัฐเพื่อตอบแทนการออกประทานบัตร และเมื่อได้รับการพิจารณาให้ได้รับประทานบัตรแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจะนำไปเป็นเงื่อนไขแนบท้ายประทานบัตรที่ได้รับ

ตัวอย่างเช่น บริษัทเอกชนรายหนึ่งเมื่อได้รับอนุญาตประทานบัตรทำเหมืองแร่ทองคำในพื้นที่ทางภาคเหนือแล้ว บริษัทจะต้องจ่ายเงินค่าตอบแทนพิเศษให้แก่รัฐในอัตรา 4,000 บาท ต่อพื้นที่ได้ประทานบัตรจำนวน 1 ไร่ แต่จำนวนสูงสุดไม่เกิน 1,000,000 บาท ต่อประทานบัตร 1 แปลง ทั้งนี้ ข้อเสนอผลประโยชน์พิเศษเพื่อประโยชน์แก่รัฐนี้จะขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันเป็นพิเศษ และอาจจะมีการขอเสนอแก้ไขได้ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะมีค่าตอบแทนพิเศษให้เขารัฐที่สูงกว่าเดิม รวมทั้งอาจมีการตั้งเงื่อนไขด้วยว่าหากบริษัทเอกชนที่สามารถประสบความสำเร็จตรวจพบแหล่งแร่ในพื้นที่ที่ขอประทานบัตรนี้แล้วจะเพิ่มการดำเนินการตอบแทนเพิ่ม เช่น การมอบทุนการศึกษาให้เยาวชนในพื้นที่ ตลอดระยะเวลาที่เหมืองเปิดดำเนินการ เป็นต้น ในกรณีดังกล่าวพบว่า ในเวลาต่อมาเกิดประเด็นการร้องเรียนคัดค้านจากประชาชนในพื้นที่ว่าได้รับผลกระทบจากเหมืองแร่ทำให้หน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นได้เป็นตัวแทนเพื่อเรียกร้องแทนชาวบ้านที่ได้รับผลกระทบเข้าเรียกร้องต่อหน่วยงานของรัฐในท้องที่รวมถึงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งต่อมาทางบริษัทเอกชนได้ยินยอมทำความตกลงจัดตั้งกองทุนประกันความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของชุมชนเป็นเงินรวม 100,000,000 บาท เพื่อนำไปใช้แก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมในกรณีที่ไม่มีปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นให้นำเงินทุนดังกล่าวไปใช้พัฒนาคุณภาพชีวิต สุขอนามัย การศึกษาและดูแลชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในพื้นที่โดยรอบที่ตั้งโครงการ

จากปัญหาการร้องเรียนในการทำเหมืองแร่ในหลายพื้นที่ตั้งแต่เปิดการให้ประทานบัตรหรืออาชญาบัตรพิเศษ ได้มีการร้องเรียนเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนที่อาศัยอยู่รอบเหมือง ทำให้กรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ได้กำหนดนโยบายเงื่อนไขบังคับว่า ตั้งแต่เดือนกันยายน 2556 ผู้ที่ขอประทานบัตรหรือขอต่อประทานบัตรการทำเหมืองจะต้องจัดตั้งกองทุนเฝ้าระวังสุขภาพก่อนการเปิดเหมือง และให้จัดสรรเงินงบประมาณส่งเข้ากองทุนในทุกปี โดยกองทุนเฝ้าระวังสุขภาพผู้ประกอบการจะต้องจัดตั้งให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปี ก่อนที่เปิดทำเหมือง และจะต้องส่งเงินกองทุนในเดือนแรกหลังจากได้รับประทานบัตร เป็นจำนวน 200,000 บาท และเมื่อเปิดทำเหมืองในช่วงปีที่ 2 จนถึงสิ้นอายุประทานบัตร จะต้องส่งเงินเข้ากองทุนในอัตรา 50 สตางค์ ต่อตันของอัตราการผลิตในปีก่อนหน้า โดยต้องไม่ต่ำกว่า 200,000 บาท ต่อปี เพื่อนำไปใช้ให้ประชาชนในพื้นที่เป็นค่าใช้จ่ายในการตรวจสุขภาพ การเอกซเรย์ปอด การจัดทำแผนที่ชุมชนเพื่อเชื่อมโยงข้อมูลสุขภาพ และใช้จัดทำโครงการเกี่ยวข้องกับการเฝ้าระวังสุขภาพของประชาชนในรอบพื้นที่เหมืองไม่น้อยกว่า 1 กิโลเมตร นอกจากนี้ ยังมีการจัดตั้งกองทุนพัฒนาหมู่บ้านรอบพื้นที่เหมืองแร่ โดยได้กำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการมวลชนสัมพันธ์ เพื่อร่วมกันกำหนดกรอบแผนงานการดำเนินโครงการพัฒนาหมู่บ้าน สถานศึกษา และวัดที่อยู่รอบรัศมีพื้นที่เหมืองในระยะ 2 กิโลเมตร และให้ดำเนินการแล้วเสร็จก่อนการเปิดทำเหมือง ผู้ประกอบการจะต้องจัดตั้งให้แล้วเสร็จ ก่อนที่เปิดทำเหมือง และจะต้องส่งเงินกองทุนในเดือนแรกหลังจากได้รับประทานบัตร เป็นจำนวน 500,000 บาท และเมื่อเปิดทำเหมืองในช่วงปีที่ 2 จนถึงสิ้นอายุประทานบัตร จะต้องส่งเงินเข้ากองทุนในอัตรา 1.50 สตางค์ ต่อตันของอัตราการผลิตในปีก่อนหน้า โดยต้องไม่ต่ำกว่า 500,000 บาท ต่อปี เพื่อนำไปใช้ให้ประชาชนในพื้นที่เป็นค่าใช้จ่ายในการพัฒนาคุณภาพชีวิต สภาพแวดล้อม การศึกษา ประเพณีและวัฒนธรรมท้องถิ่น สำหรับชุมชนที่อยู่รอบรัศมี

พื้นที่เหมืองในระยะ 2 กิโลเมตร และจะต้องรายงานผลการดำเนินการให้กรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ทราบทุกปีด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายแบ่งปันผลประโยชน์เกี่ยวกับการประกอบเหมืองแร่ นั้น ก็จะเป็นไปในลักษณะที่แบ่งปันผลประโยชน์ต่อชุมชนเท่านั้น โดยไม่ปรากฏลักษณะการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อบุคคลโดยตรง โดยมี “ประกาศคณะกรรมการกระจายอำนาจได้แก่ องค์การปกครองท้องถิ่น เรื่อง การจัดสรรค่าภาคหลวงแร่และค่าภาคหลวงปิโตรเลียมให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 6 สิงหาคม 2544” เป็นกฎหมายสำคัญในการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อชุมชนที่เกี่ยวข้อง และใช้ข้อตกลงการจ่ายค่าตอบแทนพิเศษให้แก่รัฐและกำหนดเงื่อนไขหรือเป็นการเจรจาระหว่างผู้ประกอบการ กรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ และภาคประชาชนว่า จะดำเนินการแบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะใด ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปแบบของกองทุนในลักษณะต่าง ๆ ตามความเหมาะสมที่ได้เจรจาทวิภาคีกัน อย่างไรก็ตาม คงต้องติดตามต่อไปว่าหลักเกณฑ์และการจัดสรรเงินเงินบำรุงพิเศษตามกฎหมายแร่ฉบับ พ.ศ. 2560 นี้จะเป็นไปในลักษณะใด

5. บทสรุป

แนวคิดเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ นี้จะเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงจะต้องอาศัยการสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ประชาชนเป็นสิ่งสำคัญประการแรก ที่ผ่านมามีการดำเนินกิจการของรัฐใดๆ มักอ้างคำว่า "ประโยชน์สาธารณะ" ซึ่งหมายถึง ผลประโยชน์ที่ได้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นสิ่งสำคัญ โดยเฉพาะ ผลประโยชน์สาธารณะนั้นเกิดขึ้นจากการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในอันที่จะตอบสนองความต้องการของคนในสังคมทั้งในทางความมั่นคง ทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ หรือการสาธารณสุขไปทุกขั้นพื้นฐานทั้งหลาย แต่ว่าผลประโยชน์สาธารณะดังกล่าวไม่ใช่ว่าทุกคนในสังคมจะได้รับเท่าเทียมกันไม่ เพียงแค่สามารถตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมก็เพียงพอ และประโยชน์ที่วานีอาจเป็นประโยชน์ในปัจจุบันหรือเป็นประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ทำให้สมาชิกแต่ละคนในสังคมอาจจะได้รับประโยชน์เช่นวานีไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้นรัฐจึงต้องอธิบายให้ประชาชนเข้าใจ หรือสร้างองค์ความรู้ในเรื่องนี้ให้มากขึ้น

การที่รัฐจะดำเนินการเพื่อให้ทุกคนในสังคมเกิดความพอใจหรือได้รับประโยชน์จากการกระทำของรัฐที่เท่าเทียมกันกันอย่างเสมอภาคกันนั้น คงเป็นเพียงทางทฤษฎีที่ไม่สามารถเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ หรือเป็นไปได้โดยยาก แต่แม้ว่าการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะจะไม่สามารถตอบสนองความต้องการของทุกคนได้ แต่ก็ต้องสอดคล้องกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม รัฐจำเป็นต้องทำแม้ว่าจะสร้างผลกระทบให้แก่ปัจเจกชนหรือกลุ่มคนกลุ่มใดก็ตาม ทั้งนี้ รัฐจะต้องอธิบายแนวทางที่จะสามารถลดความเหลื่อมล้ำดังกล่าวลงได้ สิ่งหนึ่งนั่นคือ การอธิบายถึงหลักการและแนวคิดเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ ให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบเข้าใจอย่างถ่องแท้ และแม้ว่าแนวความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะจึงถือได้ว่าเป็นขอบเขตที่กว้างที่สุดของการใช้กฎหมายมหาชน กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปเพื่อจัดทำหรือรักษาประโยชน์สาธารณะ

เท่านั้นการจัดองค์กรและการให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐให้อำนาจเหนือปัจเจกชน จึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การกระทำใดที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือองค์กรของรัฐจะกระทำไม่ได้ซึ่งแนวความคิดนี้ได้สะท้อนในเรื่องของการตรากฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่หากมองในทางตรงข้าม หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ ก็จะสามารถนำมาอธิบายกับกลุ่มคนหรือชุมชนส่วนน้อยที่ได้รับผลกระทบโดยตรงได้ว่ารัฐและคนในสังคมมิได้ทอดทิ้ง หรือทำให้กลุ่มคนเหล่านั้นต้องอยู่บนความเสี่ยง เพียงเพื่อการอ้างว่า “ประโยชน์สาธารณะ” หลักการนี้ทำให้ผู้ได้รับผลกระทบมีความรู้สึกเท่าเทียมกับผู้ได้รับประโยชน์อื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน กลุ่มผู้ได้รับประโยชน์ส่วนใหญ่ก็จะเข้าใจและยอมเสียสละประโยชน์บางประการตอบแทนให้กับกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบ สังคมจึงเกิดความประนีประนอมทุกฝ่ายหันหน้าเข้าหากันเพื่อประเทศพัฒนาต่อไปข้างหน้าอย่างยั่งยืนต่อไปได้ อันสอดคล้องกับหลักคิดเรื่องเศรษฐศาสตร์แนวพุทธที่ทำให้ทุกภาคส่วนในสังคมมีความสัมพันธ์ที่ดีและพึ่งพาอาศัยกันบนความเท่าเทียม

ในการนำเอาแนวคิดเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์มาปรับใช้ตามเหตุผลข้างต้น จะเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับโครงการขนาดใหญ่ที่มีผลกระทบต่อชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรงสามารถเดินหน้าต่อไปได้ โดยการพัฒนาประเทศที่ผ่านมาได้เน้นการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม แต่มิได้คำนึงถึงสิ่งแวดล้อมและประชาชนในพื้นที่ ตัวอย่างของต่างประเทศที่ได้ศึกษาในบทความนี้ ทำให้เห็นถึงความต้องการของประชาชนในพื้นที่ได้ชัดเจนเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ โดยเฉพาะด้านเศรษฐศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็น การให้หุ้นแก่ประชาชน การให้หุ้นแก่ชุมชนที่อยู่บริเวณรอบที่ตั้งโครงการ การให้เงินทุนสนับสนุน หรือการแบ่งปันผลประโยชน์ในรูปแบบอื่น ๆ เช่น การจัดตั้งกองทุนส่งเสริมอาชีพ หรือเพิ่มสวัสดิการสังคม เป็นต้น โดยมีลักษณะที่แตกต่างอย่างชัดเจนจากการดำเนินการในลักษณะเดิมที่เป็นลักษณะกองทุนตามกฎหมายประกอบกิจการพลังงานหรือกฎหมายแร่ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งพบปัญหาและอุปสรรคที่ทำให้การใช้เงินตามกองทุนไม่เป็นที่ไปตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้อย่างแท้จริง

ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักการประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หลักเศรษฐศาสตร์แบ่งปัน และตัวบทกฎหมายของต่างประเทศ จะสามารถมาประกอบการพิจารณาเกี่ยวกับแนวคิดและลักษณะการแบ่งปันผลประโยชน์ให้เกิดขึ้นในสังคมไทยได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ รัฐสามารถอ้างหลักความเสมอภาค และหลักบริการสาธารณะเป็นพื้นฐานในการอธิบายให้ทั้งกลุ่มผู้ได้รับประโยชน์ ยอมเสียผลประโยชน์ของตนบางประการ เพื่อมอบให้กลุ่มผู้เสียสละจากการได้รับผลกระทบจากการสร้างโรงไฟฟ้า โดยจะต้องพิจารณาด้วยว่า รูปแบบและลักษณะของการแบ่งปันผลประโยชน์นั้นจะต้องมีระดับที่เหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และวิถีชีวิตของประชาชนในพื้นที่ที่มากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องคำนึงถึงการอ้างสิทธิชุมชนเพื่อนำไปสู่การแบ่งปันผลประโยชน์ นอกจากนี้ ผู้ศึกษายังเห็นว่า การแบ่งปันผลประโยชน์สาธารณะแต่ละรูปแบบ จะต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนทั้งด้านเนื้อหาและการปฏิบัติ โดยอาจแยกเป็นตามประเภทโครงการขนาดใหญ่ต่าง ๆ อาทิ โรงไฟฟ้า กิจการเหมืองแร่ นิคมอุตสาหกรรม เป็นต้น ซึ่งแต่ละประเภทย่อมมีรายละเอียดที่นำไปสู่การแบ่งปันผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน

บรรณานุกรม

หนังสือ

กิตติศักดิ์ ปรกติ, *สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน*. พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: กรุงเทพมหานคร, 2550.

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. *รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาลิทธิประโยชน์ที่ประชาชนควรจะได้รับและเกณฑ์ในการออกประกาศเชิญชวนให้ประชาชนเสนอพื้นที่สำหรับตั้งโรงไฟฟ้า*, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, 2555.

คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม. *รายงานวิจัยเรื่อง การศึกษาจัดทำร่างกฎที่ออกตามความในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลความปลอดภัยโรงไฟฟ้านิวเคลียร์*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานปรมาณูเพื่อสันติ, 2551.

ชาญวิทย์ ชัยกันย์. *บทเรียนจากโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์และการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนในญี่ปุ่น*. กรุงเทพมหานคร: บริษัทดินดีไซน์จำกัด, 2554.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.

ปกรณ์ ปาลวงษ์พานิช. *กรอบคิดทางกฎหมายสำหรับการมีส่วนร่วมของประชาชน: ศึกษากรณีดำเนินกิจการโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 6: กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

พนวิชน์ โรจนตันติ. *การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต.), *เศรษฐศาสตร์แนวพุทธ (Buddhist Economic)*. พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไกลมลคีมทอง, 2538.

กฎหมายและคำพิพากษา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560

ระเบียบกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ ว่าด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับคำขอประทานบัตร การออกประทานบัตร การต่ออายุประทานบัตร และการโอนประทานบัตร พ.ศ. 2558

ประกาศคณะกรรมการประกอบกิจการพลังงาน เรื่อง การนำเงินส่งเข้ากองทุนพัฒนาไฟฟ้า สำหรับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าประเภทใบอนุญาตผลิตไฟฟ้า พ.ศ. 2553

ประกาศคณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่ องค์การปกครองท้องถิ่น เรื่อง การจัดสรรค่าภาคหลวงแร่และค่าภาคหลวงปิโตรเลียมให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 6 สิงหาคม 2544

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ส.190/2558

คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 544/2555

Books

Henry campbell, Black's Law Dictionary with Pronunciations, 9th ed. (MN: West Pub, Co.,2007)

John D. Montgomery, Public Interest In The Ideologies De National Development, The Public Interest .New York : Atherton Press,1967.

Rebelgroup, Benefit-Sharing Mechanisms in Renewable Energy (RESHARE), Final Report; January 2011.

ความคาดหวังของนักลงทุนต่างชาติกับธุรกิจภาคพลังงานหมุนเวียน:
กรณีคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคดี Charanne B.V.
Construction Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain (2016)
Legitimate Expectations of Foreign Investors and Renewable Energy
Business: *Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs.*
The Kingdom of Spain (2016)

ปกิตตา นิภาวรรณ*

Pakittah Nipawan

บทคัดย่อ

บทความนี้ได้ศึกษาและวิเคราะห์คดี Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. และราชอาณาจักรสเปนซึ่งเป็นคดีแรกที่คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้มีคำชี้ขาดประเด็นการลงทุนในภาคธุรกิจพลังงานหมุนเวียน โดยคำชี้ขาดนี้มีความสำคัญต่อกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศใน 2 ประเด็น คือ (1) เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นที่คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปและระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นระบบกฎหมายเฉพาะขององค์การระหว่างประเทศที่มีลักษณะการรวมกลุ่มแบบเหนือรัฐ และ (2) จุดสมดุระหว่าง “ความคาดหวังของนักลงทุนต่างชาติ” และสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการออกกฎเกณฑ์และมาตรการต่าง ๆ เพื่อควบคุมการลงทุนต่างชาติในประเทศของตน ผลคำชี้ขาดในคดีนี้อาจชี้ให้เห็นทิศทางการตัดสินใจคดีการลงทุนในภาคพลังงานหมุนเวียนที่ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เพิ่มจำนวนขึ้นมากในช่วงปีที่ผ่านมา นอกจากนี้ กรณีอาจนำมาปรับใช้กับบริบทของประเทศไทยที่จะมีการเปิดเสรีให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในภาคธุรกิจเทคโนโลยีพลังงานสะอาดตามนโยบายไทยแลนด์ 4.0 ต่อไป

คำสำคัญ: การคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ พลังงานหมุนเวียน สิทธิในการออกกฎเกณฑ์ของรัฐ สิทธิประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติ ความคาดหวังที่เป็นธรรม

* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกิจการพิเศษ กองกฎหมายไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา; PhD in Law (International Investment Law, 2015), University of Glasgow, the United Kingdom; Master en Droit (Droit International Public, 2008); Licence en Droit (Droit Public, 2005), University of Jean-Moulin, Lyon III, France.

Abstract

Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs. Kingdom of Spain is the first award rendered in the new area of investment disputes: renewable energy resources. The award discussed two important issues: (1) jurisdiction of international investment arbitration, namely clash of two legal orders – where European law has attempted to emphasize its autonomy against international law; and (2) equilibrium of investors’ legitimate expectations and host States’ right to regulate investments, to drastically change legal environments, or even to terminate investment incentives which were investors’ main reasons to put their capitals in the projects. The interpretation of whether the Kingdom of Spain had breached fair and equitable treatment and expropriation and compensations under the Energy Charter Treaty may indicate how classic investment law principles are construed in the modern context. To a greater extent, while Thai Government presently pushes forward Thailand 4.0 along with sustainable development policy, it should take into consideration some lessons learned from *Charanne*, while offering special economic and financial incentives to induce foreign investors to invest in renewable energy resources.

Keywords: Renewable energy, Investment protection, Regulatory takings, Legitimate expectations, Thailand 4.0

1. บทนำ

เมื่อวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2016 (พ.ศ. 2559) คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ชี้ขาดคดี Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain¹ ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐภายใต้สนธิสัญญากฎบัตรพลังงานยุโรป (the Energy Charter Treaty: ECT) โดยได้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้าสต็อกโฮล์ม² คดีนี้เป็นคดีแรกในจำนวน 26 คดีที่รัฐบาลสเปนถูกฟ้องร้องโดยนักลงทุนเอกชน³ หลังจากที่รัฐบาลสเปนได้มีการปฏิรูปกฎหมายภาคธุรกิจพลังงานหมุนเวียน (Renewable Energy Sources: RES) คณะอนุญาโตตุลาการฯ เห็นว่า การที่รัฐบาลสเปนออกมาตรการทางกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงสิทธิของนักลงทุนที่จะได้ใช้ระบบอัตราค่าไฟฟ้าสะท้อนต้นทุน (Feed-in Tariff: FIT)⁴ ในการผลิตพลังงานไฟฟ้าด้วยแสงอาทิตย์ (photovoltaic) ไม่ถือเป็น “การเวนคืนทางอ้อม” (indirect expropriation) ทรัพย์สินของนักลงทุนเอกชน และไม่ถือเป็นการละเมิด “ความคาดหวังของนักลงทุน” (legitimate expectations) ด้วย คำชี้ขาดในคดีนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากโดยเฉพาะประเด็นที่ว่าอะไรคือ “การเวนคืนทางอ้อม” และอะไรคือ “ความคาดหวังของนักลงทุน”

โดยหลักแล้ว ถึงแม้ว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานในการชี้ขาดคดีอื่น ๆ แต่เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีแรกของข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศภาคพลังงานหมุนเวียน บทความนี้จึงขอศึกษาและวิเคราะห์คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคดี Charanne B.V. Construction

¹ Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain, Final Award 21 January 2016, Arbitration No.062/2012. ศาลอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ 3 คน ได้แก่ Alexis Mourre (ประธาน), Guido Santiago Tawil (แต่งตั้งโดยฝ่ายผู้ฟ้อง) และ Claus von Wobeser (แต่งตั้งโดยฝ่ายผู้ถูกฟ้อง) โปรดดูรายละเอียดที่ <http://www.italaw.com/cases/2082>

² Stockholm Chamber of Commerce (SCC), 2010 Arbitration Rules

³ จากสถิติพบว่า รัฐบาลสเปนถูกฟ้องร้องคดีจำนวนมากภายใต้สนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (ECT) ส่งผลให้กลุ่มประเทศยุโรป ตะวันออกกลายเป็นภูมิภาคที่ถูกฟ้องร้องคดีโดยวิธีอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) มากที่สุด ในปี ค.ศ. 2015 และในปัจจุบันนี้ คดีที่เกี่ยวข้องกับพลังงานไฟฟ้า และพลังงานอื่น ๆ ถือเป็นร้อยละ 42 ของคดี ICSID ทั้งหมดในปี ค.ศ. 2015 อีกด้วย

⁴ “ค่าไฟฟ้าสะท้อนต้นทุน” (Feed-in Tariff: FIT) เป็นมาตรการส่งเสริมการรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนประเภทหนึ่งที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในต่างประเทศ เพื่อจูงใจให้ผู้ประกอบการเอกชนเข้ามาลงทุน ในธุรกิจโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน เนื่องจากการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนมีต้นทุนค่อนข้างสูง โดยอัตรา FIT จะอยู่ในรูปแบบอัตราซื้อไฟฟ้าคงที่ตลอดอายุโครงการ (อาจมีการปรับเพิ่มสำหรับกลุ่มที่มีการใช้เชื้อเพลิง) ซึ่งอัตรา FIT จะไม่เปลี่ยนแปลงไปตามค่าไฟฟ้าฐานและค่า Ft ทำให้มีราคาที่ชัดเจนและเกิดความเป็นธรรม

Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain เพื่อเป็นตัวอย่างในการตีความหลักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในบริบทที่ใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมพลังงานเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว หากรัฐผู้รับการลงทุนเปลี่ยนแปลงนโยบายด้านพลังงานซึ่งส่งผลกระทบต่อมาตรการส่งเสริมและกรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและธุรกิจพลังงาน กรณีนี้อาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติได้อีก การศึกษาคดีนี้จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์สำหรับประเทศไทยในการวางแผนกฎหมาย นโยบายและยุทธศาสตร์ความมั่นคงทางพลังงานเพื่อส่งเสริมการลงทุนภาคพลังงานหมุนเวียนในอนาคตอันใกล้ต่อไป

2. ความเป็นมาของคดี

รัฐบาลสเปนได้รณรงค์ให้นักลงทุนเข้าร่วมในโครงการ “ดวงอาทิตย์ก็เป็นของคุณได้” (“The Sun Can be Yours”) ตามพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 661/2007 และฉบับที่ 1578/2008 โครงการตั้งต้น (the “Initial Framework”) นี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของประชาคมยุโรปในการสนับสนุนให้มีการผลิตไฟฟ้าจากแหล่งพลังงานหมุนเวียน (Directive 2001/77/EC) นักลงทุนต่างชาติที่ต้องการเข้าร่วมโครงการจะต้องขึ้น “ทะเบียนบริหารการติดตั้งเครื่องผลิตพลังงานไฟฟ้า” (Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica: RAIPRE) ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งจะทำให้ได้รับสิทธิประโยชน์ในการคำนวณค่าไฟฟ้าแบบสะท้อนต้นทุน (FiT) ในการลงทุนพลังงานแสงอาทิตย์เป็นระยะเวลา 25 ปี เพื่อให้นักลงทุนสามารถคืนทุนจากค่าใช้จ่ายในการติดตั้งโครงสร้างพื้นฐานของเครื่องผลิตไฟฟ้าพลังแสงอาทิตย์ได้ ต่อมา ในช่วงที่ประเทศสเปนประสบภาวะวิกฤตเศรษฐกิจ รัฐบาลสเปนได้แก้ไขกฎหมายและปรับลดมาตรการสนับสนุนต่าง ๆ โดยได้ตราพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 14/2010 จำกัดจำนวนชั่วโมงการขายไฟฟ้าผลิตได้ต่อปีจากอัตราค่าธรรมเนียมที่กำหนดไว้ และออกคำสั่งฉบับที่ 1565 จำกัดระยะเวลาในการคำนวณอัตราค่าธรรมเนียมไว้ที่ 30 ปี

ในคดีนี้ นักลงทุนชาวดัชต์ (“Charanne B.V.”) และนักลงทุนชาวลักเซมเบิร์ก (“Construction Investments S.A.R.L.”) ชี้แจงว่า หลังจากที่รัฐบาลสเปนได้ออกมาตรการดังกล่าวให้มีการลงทุนในการผลิตไฟฟ้าด้วยพลังงานแสงอาทิตย์ รัฐบาลสเปนก็ได้เปลี่ยนแปลงระบบอัตราค่าธรรมเนียมพิเศษ (special regime) รวมถึงมาตรการกระตุ้นและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่ให้แก่นักลงทุนภาคอุตสาหกรรมพลังงานแสงอาทิตย์ตามที่ได้ตกลงกันไว้แต่แรก นักลงทุนเห็นว่ามาตรการของรัฐบาลสเปนที่เปลี่ยนแปลงไปนี้กระทบ “ความคาดหวังอันชอบธรรม” (legitimate expectations) และได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุนอย่างมาก จึงได้ฟ้องรัฐบาลสเปน โดยให้เหตุผลว่าการปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ. 2010 ที่รัฐบาลสเปนได้เปลี่ยนแปลงอัตราค่าธรรมเนียมที่ใช้บังคับกับระบบการผลิตไฟฟ้าโดยพลังงานแสงอาทิตย์ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐบาลสเปน ภายใต้สนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) 3 ประการ คือ

(1) รัฐบาลสเปนละเมิดหลักการเวนคืน ตามนัยข้อ 13 ของสนธิสัญญาทวิภาคี⁵ ซึ่งนักลงทุนยกคดี *Vivandi v. Argentina*⁶ ขึ้นประกอบการให้เหตุผลว่า ในกรณีที่รัฐได้ออกมาตรการแทรกแซงการลงทุนอย่างมากหรืออย่างมีนัยสำคัญ (substantial value of their indirect investment) ก็อาจถือได้ว่ามาตรการดังกล่าวของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อม โดยที่การลงทุนนั้นไม่จำเป็นจะต้องถูกทำลายไปโดยสิ้นเชิง

⁵ ARTICLE 13 ETC, EXPROPRIATION

(1) Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is:

- (a) for a purpose which is in the public interest;
- (b) not discriminatory;
- (c) carried out under due process of law; and
- (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Valuation Date"). Such fair market value shall at the request of the Investor be expressed in a Freely Convertible Currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of Expropriation until the date of payment.

(2) The Investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting Party making the Expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its Investment, and of the payment of compensation, in accordance with the principles set out in paragraph (1).

(3) For the avoidance of doubt, Expropriation shall include situations where a Contracting Party expropriates the assets of a company or enterprise in its Area in which an Investor of any other Contracting Party has an Investment, including through the ownership of shares.

⁶ COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. and VIVENDI UNIVERSAL S.A. Claimants v. ARGENTINE REPUBLIC Respondent, Case No. ARB/97/3, AWARD.

(2) รัฐผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้กรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสภาพแวดล้อมในการลงทุนมีเสถียรภาพและมีความแน่นอน ตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมที่ได้รับรองไว้ในข้อ 10(1)⁷ ของสนธิสัญญาภาคีฉบับดังกล่าว และ

(3) กฎหมายภายในของประเทศสเปนไม่มีวิธีการฟ้องคดีและวิธีการบังคับคดีที่มีประสิทธิภาพ อันเป็นการละเมิดข้อ 10(12)⁸ ของสนธิสัญญาภาคีฉบับดังกล่าว

นักลงทุนจึงได้ยื่นคำร้องขอให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (request for arbitration) เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 (พ.ศ. 2555) โดยได้ส่งหนังสือแจ้งข้อพิพาทเรียกร้องให้รัฐบาลสเปนชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนประมาณ 10 ล้านยูโร คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้รับคำร้อง และได้พิจารณาใน 2 ประเด็น คือ (1) ประเด็นเขตอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการฯ และ (2) ประเด็นการละเมิดพันธกรณีของรัฐบาลสเปนตามสนธิสัญญาภาคีฉบับดังกล่าว ซึ่งจะได้มีการศึกษาและวิเคราะห์ในรายละเอียดในส่วนถัดไป

⁷ ARTICLE 10 ETC, PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS

(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

⁸ ARTICLE 10 ETC, PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS

(12) Each Contracting Party shall ensure that its domestic law provides effective means for the assertion of claims and the enforcement of rights with respect to Investments, investment agreements, and investment authorizations.

3. ประเด็นเขตอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการ

3.1 ข้อเรียกร้องของนักลงทุน

บริษัท Charanne B.V. และ Construction Investments S.A.R.L. และบริษัทสาขาในเครือ T-Solar ได้ฟ้องร้องต่อศาลปกครองสเปนว่า คำสั่งฉบับที่ 1565 ของรัฐบาลสเปนไม่เป็นธรรม พร้อมทั้งฟ้องศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปด้วยว่า การตราพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 14/2010 ของรัฐบาลสเปนเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุน โดยฝ่ายนักลงทุนเห็นว่าการลงทุนในบริษัท T-Solar เป็น “การลงทุน” ตามข้อ 1(6)(บี) ของสนธิสัญญาภาคบังคับพลังงาน⁹ กรณีถือเป็นการกระทบสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีได้

3.2 คำคัดค้านของรัฐบาลสเปน

ฝ่ายรัฐบาลสเปนซึ่งได้รับการสนับสนุนจากคณะกรรมการยุโรป¹⁰ ได้โต้แย้งเขตอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการฯ ด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้

⁹ ARTICLE 1 ECT, DEFINITIONS (6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes: *etc.*,

(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise; ...

¹⁰ คณะกรรมาธิการยุโรปได้เข้าร่วมการพิจารณาคดีนี้แบบ *amicus curiae* ซึ่ง *amicus curiae* เป็นภาษาละติน แปลว่า friend of the court หรือ “เพื่อนของศาล” หมายถึงบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรใดที่ความจริงแล้วไม่มีสิทธิจะปรากฏตัวในการพิจารณาในฐานะคู่ความ หรือพยานในศาล แต่ศาลอาจอนุญาตให้เสนอความเห็นโดยทำเป็นบันทึกเกี่ยวกับข้อกฎหมายหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด ๆ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการไต่สวนคดี เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีของศาลได้ในบางกรณี โดยเฉพาะในศาลระหว่างประเทศ ศาลอาจอนุญาตให้ “เพื่อนของศาล” เข้าร่วมในกระบวนการในชั้นพิจารณาไต่สวนหรือในชั้นอุทธรณ์ได้ โปรดดู เว็บไซต์ศูนย์สารสนเทศสิทธิมนุษยชน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

<http://library.nhrc.or.th/Dictionary/index.php?keyword=%&page=2>

ประการแรก รัฐบาลสเปนได้ยกข้อบท “fork-in-the-road” ขึ้นมาเป็นเหตุคัดค้าน ตามข้อ 26(3)(บี)(i) ของสนธิสัญญาอนุสัญญาฉบับที่ 11¹¹ นักลงทุนมีสิทธิฟ้องรัฐภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทเพียงกลไกเดียวเท่านั้น หากนักลงทุนได้ยื่นฟ้องรัฐต่อศาลภายในหรือได้ใช้กลไกการระงับข้อพิพาทใด ๆ อื่นที่ได้มีการตกลงกันแล้ว จะไม่สามารถยื่นข้อพิพาทภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทอื่นได้อีก ในกรณีนี้ รัฐบาลสเปนไม่ได้คัดค้านว่า Charanne B.V. และ Construction Investments S.A.R.L. ได้ใช้ข้อบท “fork-in-the-road” โดยตรง แต่ยกประเด็นว่าบริษัท Charanne B.V. และ Construction Investments S.A.R.L. ได้ใช้สิทธิในการระงับข้อพิพาทไปแล้วโดยอ้อมผ่านบริษัท Grupo T-Solar ที่ Charanne B.V. และ Construction Investments S.A.R.L. ได้ลงทุนโดยการถือหุ้นอยู่

ประการที่สอง รัฐบาลสเปนคัดค้านว่า การพิจารณาสัญชาติของนักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลจะต้องพิจารณาตามเงื่อนไขอัตวิสัย (subjective condition) กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการฯ ต้องไม่พิจารณาเพียงสภาพภาวะวิสัย (objective condition) ของนิติบุคคลเท่านั้น แต่ต้องมองข้ามสภาพภายนอก ได้แก่ สัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมาย และพิจารณาว่าบุคคลผู้ควบคุมบริษัทที่แท้จริงนั้นเป็น “นักลงทุนต่างชาติ” หรือไม่ กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า บุคคลผู้ควบคุมบริษัทที่แท้จริงนั้นเป็น “คนชาติ” หรือ “คนชาติของรัฐที่ไม่ใช่คู่ภาคี” ตามสนธิสัญญาอนุสัญญาฉบับที่ 12¹² คณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถ “เปิดหน้ากาก” (“lift the corporate veil”) และชี้ว่าบริษัททั้งสองไม่ใช่บริษัทสัญชาติดัตช์และลักเซมเบิร์ก กรณีจึงไม่ได้เป็น “นักลงทุน” ตามนิยามที่กำหนดไว้ในข้อ 1(7) ของสนธิสัญญาอนุสัญญาฉบับที่ 12¹² แต่เป็นเพียง “เปลือกหอยที่ว่างเปล่า” (“corporate empty shell”) ที่ถูกควบคุมโดยคนชาติสเปนและไม่มีลักษณะเป็นนักลงทุน “ต่างชาติ” (foreign) ภายใต้สนธิสัญญาอนุสัญญาฉบับที่ 12¹² ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี

¹¹ ARTICLE 26 ECT, SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR AND A CONTRACTING PARTY

(3)(b) (i) The Contracting Parties listed in Annex ID do not give such unconditional consent where the Investor has previously submitted the dispute under subparagraph (2)(a) or (b).

¹² ARTICLE 1 ECT, DEFINITIONS (7) “Investor” means:

(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

(ii) a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;

(b) with respect to a “third state”, a natural person, company or other organization which fulfils, *mutatis mutandis*, the conditions specified in subparagraph (a) for a Contracting Party.

ประการที่สาม รัฐบาลสเปนได้คัดค้านว่า คณะอนุญาโตตุลาการฯ มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนภาคพลังงานที่อยู่นอกอาณาเขตสหภาพยุโรปเท่านั้น ในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ เพราะเป็นคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทภายในของสหภาพยุโรป (intra-EU disputes) กล่าวคือ ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนที่ถือสัญชาติของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป กรณีจึงเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของกลไกการระงับข้อพิพาทของสหภาพยุโรปเท่านั้น นอกจากนี้ รัฐบาลสเปนยังได้คัดค้านว่า วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน คือ การจัดให้มีกลไกพิเศษที่ตัดความสัมพันธ์โดยปริยาย (an “implied disconnecting clause”) ระหว่างกลไกการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญากฎบัตรพลังงานกับข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปด้วย คณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี

3.3 ความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้ปฏิเสธคำคัดค้านของรัฐบาลสเปนและคณะกรรมการยุโรปในเรื่องเขตอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในทุกประเด็น และชี้แจงเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการแรก ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่ใช่ “ศาลของประเทศสเปน” และไม่ใช่ “กลไกการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้เป็นการล่วงหน้า” (“previously agreed dispute settlement procedure”) ตามนัยข้อ 26(2)(บี) ของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน¹³ นอกจากนี้ แม้อาจจะพิจารณาได้ว่า Charanne B.V. และ Construction Investments S.A.R.L. เป็นส่วนหนึ่งของ Grupo T-Solar แต่นักลงทุนผู้ฟ้องก็ยังไม่มีการสร้างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับ Grupo T-Solar มากพอที่คณะอนุญาโตตุลาการฯ จะเห็นได้ว่าเป็น “ส่วนสำคัญของกันและกัน” (“a substantial identity of parties”) ดังนั้น ถึงแม้ว่า Grupo T-Solar จะได้มีการดำเนินคดีกับรัฐบาลสเปนไปแล้วภายใต้ศาลปกครองสเปนและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปแต่ Charanne B.V. และ Construction

¹³ ARTICLE 26 ECT, SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR AND A CONTRACTING PARTY

(2) If such disputes can not be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:

(a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute;

(b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or

(c) in accordance with the following paragraphs of this Article.

Investments S.A.R.L. ซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีในครั้งนี้อย่างไม่เคยตกลงวิธีการระงับพิพาทกับรัฐบาลสเปนแต่อย่างใด บริษัท Charanne B.V. และ Construction Investments S.A.R.L. จึงยังมีสิทธิฟ้องรัฐบาลสเปนตามกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาภาคีฉบับหลังงาน

ประการที่สอง ถึงแม้ว่าบริษัท Charanne B.V. และ Construction Investments S.A.R.L. จะถูกควบคุมโดยคนชาติสเปน แต่ก็ถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายดัตช์และลักเซมเบิร์ก จึงถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติอื่นไม่ใช่สัญชาติสเปน กล่าวคือ มีความเป็น “นักลงทุนต่างชาติ” ตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาภาคีฉบับหลังงาน คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้อ้างหลักจากคดี *Yukos*¹⁴ ว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่เคยมีการกำหนดว่าจะต้องพิจารณาสัญชาติของบริษัทจากสัญชาติของผู้บริหารจัดการหรือผู้ควบคุมบริษัทที่แท้จริง ดังนั้น ในกรณีที่สนธิสัญญาภาคีฉบับหลังงานกำหนดไว้เพียงว่า ให้ถือว่าบริษัทมีสัญชาติตามกฎหมายที่บริษัทได้จัดตั้งเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการฯ ก็จะพิจารณาเท่าที่สนธิสัญญาภาคีฉบับหลังงานได้กำหนดไว้ ซึ่งสอดคล้องหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะถือว่าบริษัทถือสัญชาติตามกฎหมายที่ได้มีการจดทะเบียนจัดตั้งเท่านั้น (Theory of place of constitution in accordance with the law) โดยไม่สนใจว่าผู้ที่ควบคุมบริษัทที่แท้จริงคือใคร (Theory of control) คณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงเห็นว่ามันไม่สามารถใช้เกณฑ์ทางเศรษฐกิจ (economic criteria) ในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลได้ เว้นแต่สนธิสัญญาภาคีฉบับหลังงานจะได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นอย่างชัดเจน¹⁵ การที่คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้ตีความค่านิยมของคำว่า “นักลงทุน” อย่างกว้างเช่นนี้ อาจถือได้ว่าเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนต่างชาติในแง่ที่ว่า นักลงทุนต่างชาติสามารถจัดโครงสร้างนิติบุคคลเพื่อให้ได้รับประโยชน์สูงสุดจากความตกลงว่าด้วยการลงทุนที่ให้ความคุ้มครองสูงสุดได้ (maximum investment protection)

ในทางตรงกันข้าม นิติบุคคลอาจถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ (denial of benefits) ตามข้อ 17 ของสนธิสัญญาภาคีฉบับหลังงานได้เฉพาะกรณีที่นิติบุคคลนั้นถือสัญชาติของรัฐที่สาม

¹⁴ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227. โปรดดู <http://www.italaw.com/cases/1175#sthash.rRoJ2jAl.dpuf>

¹⁵ โดยทั่วไป ความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศกำหนดสัญชาติของ “นิติบุคคล” ตามทฤษฎีหลัก 2 ทฤษฎี คือ (1) สัญชาติตามกฎหมายของประเทศที่จัดตั้งบริษัท (place of constitution in accordance with the law หรือ place of incorporation) กรณีนี้การเป็นนิติบุคคลจะพิจารณาจากเกณฑ์ภาวะวิสัย (objective criteria) เท่านั้น ว่านิติบุคคลนั้นจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศใดก็จะถือสัญชาติของประเทศนั้น และ (2) สัญชาติตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นที่แท้จริง (Theory of Control) กรณีนี้การเป็นนิติบุคคลจะพิจารณาจากเกณฑ์อัตวิสัย (subjective criteria) ซึ่งศาลฯ จะไม่พิจารณาเพียงโครงสร้างภายนอกของบริษัทนั้น แต่จะต้องพิจารณาผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้ควบคุมนิติบุคคลที่แท้จริงว่าเป็นสัญชาติใด และอาจชี้ว่านิติบุคคลนั้นถือสัญชาติของผู้ที่ควบคุมนิติบุคคลที่แท้จริงนั้น

ซึ่งมิใช่คู่ภาคีของสนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงานเท่านั้น¹⁶ ในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้เปิดช่องไว้ว่า หากรัฐบาลสเปนสามารถพิสูจน์ได้ว่านักลงทุนผู้ฟ้องจัดตั้งบริษัทดังกล่าวมาเพื่อการฉ้อโกงหรือเพื่อประโยชน์ในการเข้าถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงาน (“fraudulent corporate structure” หรือ “fraud to jurisdiction”) คณะอนุญาโตตุลาการฯ ก็อาจจะพิจารณาประเด็นเพิ่มเติมว่านักลงทุนผู้ฟ้องอาจถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์จากรัฐบาลสเปนได้ แต่ในเมื่อรัฐบาลสเปนไม่ได้ยกเหตุฉ้อโกงดังกล่าวมาลบล้าง “ความเป็นนักลงทุนต่างชาติ” ของนักลงทุนผู้ฟ้อง คำคัดค้านของรัฐบาลสเปนจึงฟังไม่ขึ้น

ประการที่สาม ซึ่งเป็นประเด็นที่นักกฎหมายยุโรปให้ความสนใจมากที่สุด คือความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายสหภาพยุโรป คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้ปฏิเสธคำคัดค้านของรัฐบาลสเปนที่ว่า สนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงานมี “ข้อบทตัดความสัมพันธ์โดยปริยาย” ระหว่างกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงานและข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปโดยหลักแล้ว สนธิสัญญาทุกฉบับจะต้องถูกตีความตามข้อ 31 ของสนธิสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา¹⁷ และข้อบทของสนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงานได้ระบุไว้อย่างชัดเจนและไม่มีทางที่จะตีความไปได้เลยว่า สนธิสัญญานี้มีข้อบทที่ตัดความสัมพันธ์โดยปริยายของกฎหมายที่ต่างระบบกัน

¹⁶ ARTICLE 17 ECT, NON-APPLICATION OF PART III IN CERTAIN CIRCUMSTANCES

Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

(1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized; or...

¹⁷ Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้ปรับใช้หลักการของคดี *Electrabel vs. Hungary*¹⁸ โดยเห็นว่าในกรณีที่เนื้อหาของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงานและกฎหมายสหภาพยุโรปขัดแย้งกัน กฎหมายสหภาพยุโรปมีศักดิ์เหนือกว่าสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน แต่ในประเด็นนี้ ไม่มีกฎหมายสหภาพยุโรปข้อใดที่ห้ามมิให้รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรประงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาอื่น ในทางกลับกัน กฎหมายสหภาพยุโรปก็ไม่ได้ห้ามคณะอนุญาโตตุลาการฯ ในกรณีที่ปรับใช้กฎหมายสหภาพยุโรปในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามที่รัฐบาลสเปนยกขึ้นอ้างด้วย¹⁹ คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้ชี้แจงต่อไปว่าถึงแม้ว่า มาตรา 344 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป²⁰ กำหนดไม่ให้รัฐสมาชิกใช้วิธีการอื่นใดในการระงับข้อพิพาทนอกจากที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญานี้ แต่ข้อพิพาทระหว่าง Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. กับรัฐบาลสเปนไม่ใช่ข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปด้วยกัน แต่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปฝ่ายหนึ่งกับนักลงทุนเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งรัฐสมาชิกสามารถจัดทำความตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาทในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสหภาพยุโรปได้ ในกรณีเช่นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงไม่ได้มีแค่เพียง “อำนาจ” ในการใช้บังคับกฎหมายสหภาพยุโรปเท่านั้น แต่มี “หน้าที่” ต้องใช้บังคับกฎหมายสหภาพยุโรปด้วย²¹

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

¹⁸ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary* (2012), ICSID Case No. ARB/07/19.

โปรดดู <http://www.italaw.com/cases/380#sthash.lu28pg5Y.dpuf>

¹⁹ โดยหลักแล้ว ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (CJEU) จะทำหน้าที่เป็นผู้รักษาความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการตีความกฎหมายสหภาพยุโรป

²⁰ Article 344 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

(ex-Article 292 TEC)

Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein.

²¹ *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, Judgment of the Court of 1st June 1999, Case C-126/97.

ในตอนท้ายของคำวินิจฉัยชี้ขาด คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้พิจารณาประเด็นการจัดทำข้อสงวนด้วยว่า สหภาพยุโรปได้ยอมรับความเป็นไปได้ในการใช้อินญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อ 26 ของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงานตั้งแต่ที่สหภาพยุโรปได้เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาแล้ว ซึ่งข้อ 47 ของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงานไม่อนุญาตให้มีการจัดทำข้อสงวน²² ประเทศสเปนจึงไม่อาจอ้างข้อสงวนใด ๆ ที่จะไม่ยอมรับเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้

ด้วยเหตุผลทั้ง 3 ประการข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงได้รับฟ้องคดีนี้โดยหักล้างคำคัดค้านของรัฐบาลสเปนและคณะกรรมการยุโรปในประเด็นเขตอำนาจศาลทุกประการ และชี้ว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของตน²³ และได้ดำเนินการพิจารณาการละเมิดพันธกรณีในส่วนเนื้อหาของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงานต่อไป

4. ประเด็นการละเมิดพันธกรณีของรัฐบาลสเปนตามสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน: “มาตรการที่สมเหตุสมผล และสามารถคาดการณ์ได้” (“Reasonable and Foreseeable Measures”)

4.1 ข้อเรียกร้องของนักลงทุน

ในขณะที่นักลงทุนต่างชาติคาดว่าจะได้รับสิทธิประโยชน์จากอัตราไฟฟ้าสะท้อนต้นทุน (FIT) เป็นระยะเวลา 30-50 ปี ซึ่งเท่ากับอายุของโรงงาน และคาดว่าโรงงานจะสามารถทำกำไรให้ได้ถึงร้อยละ 15 รวมทั้งเข้าใจว่าการขึ้นทะเบียนเข้าร่วมโครงการ RAIPRE ถือเป็นกรับรองหรือเป็นคำมั่นของรัฐบาลสเปนในการให้สิทธิอัตราไฟฟ้าสะท้อนต้นทุน (FIT) แก่นักลงทุนต่างชาติ การฟ้องร้องของ Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. จึงเน้นที่ประเด็นของผลกระทบของกฎหมายทั้งสองฉบับที่ได้เพิ่มค่าธรรมเนียมการเข้าถึงโครงข่ายการส่งพลังงานไฟฟ้าและเพิ่มข้อกำหนดทางเทคนิค (the “Modified Framework”) ซึ่งทำให้นักลงทุนมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น นักลงทุนผู้ฟ้องกล่าวอ้างว่าการเปลี่ยนแปลงมาตรการทางกฎหมายเหล่านี้ ถือเป็นกรเวนคืนทางอ้อม (indirect expropriation) หรือกรเวนคืน

²² ARTICLE 46 ECT, RESERVATION

No reservations may be made to this Treaty.

²³ “หลักอำนาจในการพิจารณาเขตอำนาจ” (Principle of Competence-Competence) เป็นหลักสำคัญของการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ที่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 16 UNCITRAL Model Law ตามหลักการนี้ ศาลอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการชี้ขาดเขตอำนาจของตน

โดยผลแห่งกฎหมาย (regulatory expropriation)²⁴ เพราะมาตรการทางกฎหมายทั้งสองนี้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อความสามารถในการลงทุนและผลกำไรในอนาคตของนักลงทุน

4.2 คำตัดสินของรัฐบาลสเปน

ประเด็นสำคัญที่รัฐบาลสเปนยกขึ้นมาเป็นข้อแก้ต่าง คือ มาตรการของรัฐบาลสเปนเป็น “มาตรการที่สมเหตุสมผลและสามารถคาดการณ์ได้” การจำกัดระยะเวลาสิทธิของนักลงทุนในการที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ในเรื่องค่าธรรมเนียมเป็นเวลา 25-30 ปี เป็นระยะเวลาที่เหมาะสมและสอดคล้องกับระยะเวลาของเครื่องจักรต่าง ๆ รัฐบาลสเปนพยายามโต้แย้งโดยใช้หลักในคดี *Methanex vs. USA*²⁵ และยืนยันว่าตนมีอำนาจอธิปไตยในการที่จะเปลี่ยนแปลงมาตรการทางกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ นอกจากนี้ รัฐบาลสเปนเห็นว่า หลักการประติบัติที่เท่าเทียมและเป็นธรรมที่ได้รับรองไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับดังกล่าวไม่ถือว่าเป็น “การคงสถานะของกรอบกฎหมาย” (“freeze a legal framework”) ไว้อย่างนั้นตลอดไป และมีได้เทียบเท่ากับ

²⁴ กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศแบ่งการเวนคืนออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

1. “การเวนคืนทางตรง” (direct expropriation) เป็นความหมายโดยตรงของคำว่า “เวนคืน” หมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของนักลงทุนเป็นของรัฐ (nationalisation) รวมถึงการระงับสัญญาสัมปทานหรือสัญญาใด ๆ ที่ได้มีการจัดทำขึ้นระหว่างรัฐและเอกชน รัฐผู้รับการลงทุนมักจะเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในลักษณะนี้กันมากในอดีต โดยเฉพาะในยุคปลดปล่อยอาณานิคมที่รัฐที่เพิ่งได้รับอิสรภาพต้องการเวนคืนการลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ

2. “การเวนคืนทางอ้อม” (indirect expropriation) การเวนคืนโดยอ้อมพิจารณาได้ยากกว่าการเวนคืนโดยตรง เนื่องจากในการเวนคืนโดยอ้อม ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของนักลงทุนให้เป็นของรัฐหรือบุคคลที่สามแต่อย่างใด แต่เป็นการที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมาตรการใด ๆ ที่มีผลเป็นการลดมูลค่าของการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติอย่างมีนัยสำคัญ หรือการแทรกแซงโดยใช้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ (regulatory interference) เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งทำให้นักลงทุนไม่สามารถใช้สิทธิของตนได้เป็นระยะเวลาหนึ่ง ทั้งนี้ การเวนคืนทางอ้อมอาจเป็นผลมาจากมาตรการของรัฐมาตรการเดียวหรือหลายมาตรการต่อเนื่องกันได้ (a series of actions หรือ “creeping expropriation”)

ในปัจจุบัน เนื่องจากปัญหาเรื่องการเวนคืนทางตรงของรัฐน้อยลงเป็นอย่างมาก นักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจึงให้ความสำคัญกับการพิจารณาว่า การกระทำใดของรัฐที่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือเป็นการเวนคืนโดยอาศัยตัวบทกฎหมาย (“regulatory taking”) ซึ่งความตกลงคุ้มครองส่งเสริมการลงทุนสมัยใหม่ (หลัง ค.ศ. 2000) ก็ได้มีความพยายามในการพัฒนาเกณฑ์ในการพิจารณาให้ชัดเจนขึ้นโปรดดู UNCTAD (2012), *Expropriation, Issues in IIAs II*, New York, Geneva, UN Publication. http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf

²⁵ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Award 3rd August 2005, โปรดดู <http://www.italaw.com/cases/683#sthash.IfaFikyG.dpuf>

“ข้อบ่งชี้ด้วยการคงไว้ซึ่งเสถียรภาพ” (stabilization clause)²⁶ ดังนั้น สิทธิของนักลงทุนที่ได้รับค่าธรรมเนียบพิเศษนั้นมิได้เป็นสิทธิที่นักลงทุนจะได้รับตลอดไป (“acquired right”) การเปลี่ยนแปลงใด ๆ โดยรัฐบาลสเปนจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ถูกต้องและเป็นธรรมแล้ว

4.3 ความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ในการพิจารณาว่า การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติได้ถูกเวนคืนหรือไม่ ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ สภาพความเป็น “การลงทุน” (nature of “investment”) ตามนัยของความตกลงว่าด้วยการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ถึงแม้ว่าการลงทุนของนักลงทุนผู้ฟ้องในกรณี Grupo T-Solar จะเป็นเพียงการมีส่วนร่วมโดยอ้อม (“an indirect participation”) แต่ก็เป็นการลงทุนในหุ้น (shares) ไม่ได้เป็นการลงทุนในผลตอบแทน (returns) เพียงอย่างเดียว และคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเข้าใจตรงกันว่า รัฐบาลสเปนไม่ได้กระทำการใด ๆ ที่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ถือหุ้นของบริษัท T-Solar ในกรณีของนักลงทุนผู้ฟ้อง และบริษัท T-Solar ก็ยังสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้และยังมีสิทธิในทรัพย์สินทุกประการเหมือนเดิม ทั้งยังสามารถทำกำไรได้อีกด้วย ดังนั้น แม้ว่าการเปลี่ยนแปลงมาตรการทางกฎหมายจะกระทบต่อมูลค่าหุ้นของนักลงทุน แต่ความสามารถในการทำกำไรของนักลงทุนก็ไม่ได้ลดลงจนถึงขนาดที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม คณะอนุญาโตตุลาการจึงสรุปว่า การลดลงของผลกำไรไม่ถือว่าเป็น “การเวนคืนทางอ้อม” ตามนัยข้อ 13 ของสนธิสัญญาภาคบังคับพลังงาน²⁷

คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้อ้างถึงผลการศึกษาของ UNCTAD เรื่องหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม²⁸ ว่าความคาดหวังที่ชอบธรรมของนักลงทุนอาจจะมาจาก (1) คำมั่นหรือข้อผูกพันที่รัฐบาลได้ให้สัญญาไว้กับนักลงทุนเป็นการเฉพาะตัว เช่น การระบุ “ข้อบ่งชี้ด้วยการคงไว้ซึ่งเสถียรภาพ” (stabilization clause) ในสัญญา หรือ (2) ถึงแม้ว่าจะไม่มีคำมั่นหรือข้อผูกพันระหว่างรัฐบาลกับนักลงทุนเฉพาะราย แต่อาจเป็นมาตรการพิเศษที่รัฐบาลใช้จงใจเพื่อให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ และนักลงทุนต่างชาติก็ได้ตัดสินใจเข้ามาลงทุนเพราะมาตรการจงใจพิเศษนั้น ในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการฯ เห็นว่า รัฐบาลสเปนไม่ได้ให้คำมั่นใด ๆ แก่นักลงทุนเป็นการเฉพาะ และการขึ้นทะเบียนโครงการ RAIPRE เป็นเพียงวิธีการทางธุรกรรมในการบริหารจัดการของนักลงทุนผู้เข้าร่วมโครงการเท่านั้น

²⁶ โดยทั่วไป “ข้อบ่งชี้ด้วยการคงไว้ซึ่งเสถียรภาพ” (“stabilization clause”) ที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างรัฐบาลกับนักลงทุนเอกชน จะเป็นการกำหนดว่า รัฐบาลจะไม่เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม แก้ไข หรือยกเลิกมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ที่นอกเหนือไปจากที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาตั้งแต่แรก ดังนั้น ในกรณีที่รัฐบาลได้มีการเปลี่ยนแปลงมาตรการทางกฎหมาย จะถือว่ารัฐบาลได้กระทำการละเมิดข้อสัญญาต่อนักลงทุนเอกชน

²⁷ อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ 6

²⁸ UNCTAD (2012), Study on Fair and Equitable Treatment.

(administrative requirement) ไม่ใช่การรับประกันผลตอบแทนที่แน่นอนของนักลงทุน (a guarantee of a specific return) ดังนั้น การที่รัฐบาลสเปนเปลี่ยนแปลงมาตรการทางกฎหมายจึงไม่ได้เป็นการทำลาย “ความคาดหวังอันชอบธรรม” ของนักลงทุน

คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้ยืนยันหลักการของคดี *Electrabel v. Hungary*²⁹ ว่า ถึงแม้ว่านักลงทุนได้รับการสัญญาจากรัฐว่านักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองจากการเปลี่ยนแปลงมาตรการของรัฐที่ไม่เป็นธรรม แต่รัฐก็ยังสามารถในการเปลี่ยนแปลงยืดหยุ่นกฎเกณฑ์ต่าง ๆ หากการเปลี่ยนแปลงนั้นอยู่ในระดับที่สมเหตุสมผล และเป็นการตอบสนองการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้ “ความเป็นธรรม” จึงไม่ได้หมายความว่า กรอบกฎหมายต้องคงที่ไม่เปลี่ยนแปลง แต่หมายความว่า การเปลี่ยนแปลงของกฎเกณฑ์ในเวลาต่อมาจะต้องเป็นไปอย่างเป็นธรรม สม่่าเสมอ และคาดเดาได้ โดยจะต้องพิจารณาจากสภาพแวดล้อมของการลงทุนนั้นด้วย³⁰ การคาดหวังของนักลงทุนจึงควรจะเป็น “การคาดหวังที่สมเหตุสมผลและคาดเดาได้ในเวลาที่นักลงทุนได้ตัดสินใจลงทุนในโครงการ” (reasonably foreseeable at the time of investment) คณะอนุญาโตตุลาการฯ ยังได้เน้นย้ำด้วยว่า นักลงทุนควรใช้ “วิจรณ์ญาณอย่างถี่ถ้วน”³¹ ในการทำความเข้าใจและตรวจสอบกรอบกฎหมายและนโยบายของรัฐก่อนการตัดสินใจลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการลงทุนในภาคอุตสาหกรรมที่มีความอ่อนไหวสูง เช่น การลงทุนในภาคพลังงาน เป็นต้น

นอกจากนี้ การลดจำนวนการส่งกระแสไฟฟ้าเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัย (security measures) ที่รัฐบาลสเปนได้กำหนดให้นักลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ทุกคนปฏิบัติตาม จึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ และถึงแม้ว่านักลงทุนผู้ฟ้องจะอ้างว่ารัฐบาลสเปนได้เลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน แต่โดยหลักแล้วรัฐสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันได้ในแต่ละภาคอุตสาหกรรมได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงเห็นว่า รัฐบาลสเปนมีสิทธิที่จะไม่ใช้มาตรการลดจำนวนกระแสไฟฟ้าในแบบเดียวกันกับการลงทุน

²⁹ อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ 19

³⁰ “While the investor is promised protection against unfair changes, it is well-established that that the host State is entitled to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility to respond to changing circumstances in the public interest. Consequently, the requirement of fairness must not be understood as the immutability of the legal framework, but as implying that subsequent changes should be made fairly, consistently and predictably, taking into account the circumstances of the investment.” *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, 25 November 2015, para. 7.77.

³¹ ตามหลัก “due diligence” หรือมาตรฐานการเป็นนักลงทุนที่รอบคอบ (standard of “caveat investor”)

ในกิจการพลังงานลม เพราะถึงแม้ว่าพลังงานแสงอาทิตย์และพลังงานลมจะเป็นพลังงานหมุนเวียนเช่นเดียวกัน แต่ก็เป็นพลังงานคนละชนิดกัน

คณะอนุญาโตตุลาการฯ ยังได้พิจารณาประเด็นการเข้าถึงความยุติธรรม และมาตรการเยียวยาของนักลงทุนภายในระบบกฎหมายสเปนว่ามีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ให้นักลงทุนสามารถใช้บังคับสิทธิ ตามนัยข้อ 10 (12) ของสนธิสัญญาฉบับตรพลังงานหรือไม่³² ในคดีนี้ นักลงทุนได้คัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 14/2010 ว่าไม่มีกลไกเฉพาะในการตรวจสอบการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมด้านการลงทุน อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อ 10(12) ของสนธิสัญญาฉบับตรพลังงานไม่ได้กำหนดว่า รัฐจะต้องมีรูปแบบเฉพาะ (*particular modus*) ในระบบกฎหมายภายในสเปน การที่นักลงทุนสามารถดำเนินคดีและการเข้าถึงระบบศาลยุติธรรมของประเทศสเปนได้ตามปกติ ก็ถือว่ารัฐบาลสเปนได้จัดให้มีกลไกในที่จะเยียวยาความเสียหายของนักลงทุนแล้ว

ด้วยเหตุผลทั้งหมดข้างต้นคณะอนุญาโตตุลาการฯ จึงได้ชี้ขาดว่า การที่รัฐบาลสเปนเปลี่ยนนโยบายและกรอบกฎหมายว่าด้วยการลงทุนนั้น ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล (*act unreasonably*) หรือขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (*contrary to public interests*) หรือเกินกว่าเหตุ (*disproportionate*) และสั่งให้นักลงทุนผู้ฟ้องจ่ายเงินจำนวน 1.3 ล้านยูโรเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ

5. บทวิพากษ์

คดี Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. ระหว่างรัฐบาลสเปนกับนักลงทุนชาวดัชต์และลักเซมเบิร์ก ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนคดีแรกของโลกที่คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ชี้ขาด โดยคณะอนุญาโตตุลาการฯ เห็นด้วยกับนักลงทุนผู้ฟ้องว่าข้อพิพาทนี้อยู่ในเขตอำนาจของตน แต่ก็ตัดสินชี้ขาดให้รัฐบาลสเปนผู้ถูกฟ้องชนะคดีเนื่องจากไม่พบการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาฉบับตรพลังงานแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่า ผลการชี้ขาดของคดีนี้มีความสำคัญในบริบทของการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศอย่างมากใน 2 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก คดีนี้แสดงให้เห็นถึงการ “จำกัด” ระหว่างฝ่ายสหภาพยุโรปที่ต้องการ “จำกัด” หรืออาจถึงขนาด “กำจัด” กลไกอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ความตกลงคุ้มครอง

³² ARTICLE 10 ECT PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS

(12) Each Contracting Party shall ensure that its domestic law provides effective means for the assertion of claims and the enforcement of rights with respect to Investments, investment agreements, and investment authorizations.

และส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศอื่น ๆ และให้สมาชิกสหภาพยุโรปใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของสหภาพยุโรปเท่านั้น โดยเฉพาะในกรณีที่มีสมาชิกสหภาพยุโรปมีข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกตนเอง (intra-EU disputes) กับฝ่ายคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ต้องการรักษาเขตอำนาจของตนตาม “หลักอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเขตอำนาจของตน” (Principle of “Kompetenz-Kompetenz”) จึงได้ชี้ว่าตนมีเขตอำนาจตามสนธิสัญญาฉบับดังกล่าว

ในฐานะนักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเห็นตรงข้ามกับนักกฎหมายสหภาพยุโรป ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาระบบกฎหมายระหว่างประเทศควรใช้แนวทางการพิจารณานบูรณาการทั้งระบบ (systemic integration approach) โดยควรมองกฎหมายระหว่างประเทศเป็นระบบกฎหมายเอกภาพ (unity) ไม่ใช่ระบบกฎหมายที่แยกกันอยู่และไม่มีความเกี่ยวข้องกัน (“a fragmented universe”) การที่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปต้องปฏิบัติตามกฎหมายสหภาพยุโรป ไม่ได้หมายความว่ารัฐสมาชิกสหภาพยุโรปต้องการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายสหภาพยุโรปแต่เพียงอย่างเดียวและต้องการตัดความสัมพันธ์โดยปริยาย (implied disconnection) ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปกับความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอย่างสิ้นเชิง ในคดีนี้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถปรับใช้กฎหมายสหภาพยุโรปในข้อพิพาทเพื่อให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศได้จึงถือเป็นทางออกที่ดีในการประนีประนอมระบบกฎหมายทั้งสองระบบเข้าด้วยกัน ฝ่ายหนึ่ง คือ คณะอนุญาโตตุลาการฯ ที่ตั้งตามความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศใดก็ควรมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงนั้น ซึ่งเท่ากับเป็นการเปิดเวทีทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางเลือกให้กับนักลงทุนต่างชาติ อีกฝ่ายหนึ่ง คือ กฎหมายสหภาพยุโรปก็ยังสามารถถูกนำมาปรับใช้ในข้อพิพาทการลงทุนได้ ซึ่งก็เท่ากับว่ากฎหมายสหภาพยุโรปก็มีบทบาทสำคัญและมีอิทธิพลในการพัฒนากฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเช่นกัน

ประเด็นที่สอง เป็นอีกหนึ่งประเด็นสำคัญที่ก่อให้เกิดความตึงเครียดระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติและมีการอภิปรายถกเถียงกันอย่างมากในแวดวงอนุญาโตตุลาการและนักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ ประเด็นสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการที่จะออกกฎเกณฑ์หรือมาตรการต่าง ๆ เพื่อเป็นการควบคุมการเคลื่อนไหวของเม็ดเงินลงทุนในประเทศของตน ถึงแม้ว่ารัฐจะมีได้ออกกฎเกณฑ์หรือมาตรการดังกล่าวมาเพื่อควบคุมการลงทุนต่างชาติโดยตรง แต่กฎเกณฑ์หรือมาตรการเหล่านี้ก็อาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติได้ เช่น มาตรการเพื่อสิ่งแวดล้อม มาตรการภาษี มาตรฐานแรงงาน เป็นต้น กรณีอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีของรัฐที่รับรองไว้กับนักลงทุนภายใต้ความตกลงคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศหรือสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนได้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการที่คณะอนุญาโตตุลาการฯ นำหลักของคดี *Electrabel v. Hungary* มาปรับใช้ในคดีนี้ และเห็นว่า การตีความพันธกรณีในความตกลงคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไปในทางที่ไม่ให้รัฐบาลสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขกรอบกฎหมายได้เลยนั้น ถือเป็น การจำกัดอำนาจรัฐในการควบคุมดูแลการลงทุนและเศรษฐกิจมหภาคมากเกินไป (“regulatory chill”) ซึ่งแท้จริงแล้ว

รัฐมีอิสระในการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งในทางนิติบัญญัติ ทางบริหารและทางตุลาการ ทั้งนี้ การใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายหรือเปลี่ยนแปลงนโยบายจะต้องเป็นธรรมแก่นักลงทุนด้วย ซึ่งโดยทั่วไปควรเป็นไปตามหลักเกณฑ์ 5 ประการ ดังนี้

1. หลักความสมเหตุสมผลและคาดเดาได้ (reasonableness and foreseeability)
2. หลักประโยชน์สาธารณะ (public interests)
3. หลักกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย (due process of law)
4. หลักความได้สัดส่วน (disproportionality)
5. หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)

ในกรณีตามอุทธรณ์นี้ คณะอนุญาโตตุลาการฯ ได้ยกฟ้องในส่วนการละเมิดพันธกรณีของรัฐบาลสเปนตามที่นักลงทุนผู้ฟ้องกล่าวอ้าง โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า รัฐบาลสเปนไม่ได้ละเมิด “ความคาดหวังที่ชอบธรรมของนักลงทุน” แต่อย่างใด เพราะได้พิจารณาแล้วว่าการกระทำของรัฐบาลสเปนเป็นไปตามหลักทั้ง 5 ประการข้างต้น การเปลี่ยนแปลงกรอบกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนจึงไม่ถือเป็นการ “เวนคืน” ทรัพย์สินของนักลงทุน รัฐผู้รับการลงทุนจึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้อง “จ่ายค่าชดเชยการเวนคืน” ให้แก่นักลงทุนดังกล่าว (non-compensable) ถึงแม้ว่าการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายนั้นจะมีผลร้ายต่อการลงทุนก็ตาม³³

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าอะไรคือ “ความคาดหวังที่ชอบธรรมของนักลงทุน” และกฎเกณฑ์หรือมาตรการใดของรัฐที่เป็นการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชน “ทางอ้อม” ไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากการพิจารณาเรื่องดังกล่าวผูกอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละคดี (case- and fact-specific) เป็นอย่างมาก หากมองจากมุมมองของนักลงทุนต่างชาติ คำชี้ขาดในคดี Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain ดูจะน่าผิดหวังอยู่ไม่น้อย เพราะการที่นักลงทุนต่างชาติได้ขึ้น “ทะเบียนบริหารการติดตั้งเครื่องผลิตพลังงานไฟฟ้า” (RAIPRE) ตามที่รัฐบาลสเปนกำหนด ก็เท่ากับว่ารัฐบาลสเปนได้สร้างความคาดหวังให้กับนักลงทุนต่างชาติในระดับหนึ่งแล้ว กล่าวคือ นักลงทุนต่างชาติได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อขึ้นทะเบียนในโครงการนี้ด้วยคิดว่าตนจะได้รับผลตอบแทนเป็นระยะเวลาตลอดการใช้งานของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ และทะเบียน RAIPRE ก็อาจถือได้ว่าเป็น “คำมั่นเฉพาะราย” (specific commitment) ที่รัฐบาลสเปนได้ให้แก่นักลงทุนต่างชาติทุกคนที่ได้ขึ้นทะเบียนในระยะเวลาของโครงการที่ได้กำหนดไว้ด้วย ในขณะที่นักลงทุนต่างชาติที่ไม่สามารถเข้าร่วมโครงการได้ทันเวลาก็จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ใด ๆ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า “ความคาดหวังที่ชอบธรรมของนักลงทุน” เกิดจากองค์ประกอบ 2 อย่าง คือ (1) กฎเกณฑ์ที่ได้สร้างแรงกระตุ้นหรือจูงใจให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน และ (2) การจำกัดระยะเวลาของโครงการที่จะให้ผลประโยชน์แก่ผู้เข้าร่วมโครงการ ในกรณีนี้ รัฐบาลสเปนได้ใช้อัตรา FIT เพื่อกระตุ้นให้นักลงทุนต่างชาติ

³³ M. Sornarajah (2010), *International Law on Foreign Investment*, 3rd Ed., CUP, Cambridge; Ian Brownlie (2003), *Principles of Public International Law*, 6th Ed., OUP, Oxford.

เข้ามาลงทุนในประเทศ ซึ่งเท่ากับเป็นการหลีกเลี่ยงการใช้ทรัพยากรภายในของประเทศตนเอง ที่อาจจะยังขาดความรู้ความเชี่ยวชาญและเทคโนโลยีในเรื่องพลังงานแสดงอาทิด้วย รัฐบาลสเปนจึงควรให้การคุ้มครอง ส่งเสริม และสนับสนุนการลงทุนต่างชาตินั้นตามที่ได้ “สร้างภาพ” เอาไว้ด้วย

Professor Guido Santiago Tawil³⁴ หนึ่งในอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้จัดทำความเห็นแย้งต่อคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการฯ โดยมีความเห็นในประเด็น “ความคาดหวังของนักลงทุน” ว่าการสร้าง ความคาดหวังที่ชอบธรรมแก่นักลงทุนไม่ได้เกิดจาก “คำมั่นเฉพาะราย” (specific commitments) ที่รัฐได้ให้ไว้แก่นักลงทุนเท่านั้น (ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสัญญาหรือคำประกาศ/ เงื่อนไขใด ๆ ที่รัฐผู้รับการลงทุนชักจูงให้นักลงทุนเข้ามาลงทุน) แต่อาจจะเกิดจาก “ระบบกฎหมาย” ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่นักลงทุนได้เข้ามาลงทุนก็ได้ อนุญาโตตุลาการท่านนี้อ้างคดี *Total vs. Argentina* ว่า³⁵ “ความคาดหวังที่ชอบธรรมของนักลงทุน” ไม่ได้เกิดจากสัญญา สัญญาสัมปทาน หรือข้อบ่งชี้ด้วยการรักษาเสถียรภาพเท่านั้น แต่เกิดขึ้นจาก “ความประพฤติในทางระหว่างประเทศ” (international conduct) ของรัฐผู้รับการลงทุนที่ได้ทำให้นักลงทุนเชื่อว่า รัฐมีความตั้งใจจะดำเนินการในอนาคตไปในทิศทางอย่างที่ได้แจ้งไว้แก่นักลงทุน (“the intent to pursue a certain conduct in the future” or to create “expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment”) อนุญาโตตุลาการท่านนี้จึงเห็นว่าหากมีเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกสิทธิพิเศษที่รัฐได้สัญญาหรือ “สร้างความคาดหวังที่ชอบธรรม” ไว้แก่นักลงทุนและทำให้นักลงทุนต่างชาติเสียหายโดยผิดไปจากความคาดหวังนั้น รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องรับผิดชอบด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง เช่น ชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า การออกมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ที่เป็นการกระทบสิทธิในทรัพย์สินหรือมูลค่าของการลงทุนนั้น “เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นการทั่วไป โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ” หรือไม่ และหากรัฐได้จ่ายค่าทดแทนหรือค่าชดเชยความเสียหายแก่นักลงทุนโดย “ทันที เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ”

³⁴ โปรดดู Dissenting Opinion, Professor Guido Santiago Tawil (แต่งตั้งโดยฝ่ายนักลงทุนผู้ฟ้อง)

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7097_0.pdf

³⁵ ICSID No.ARB/04/1, Decision on Liability, 27th December 2010, paras.119-121

(“prompt, adequate, and effective compensation”)³⁶ ก็ถือว่ารัฐได้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ต้องประคับประคองอย่างเที่ยงธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนแล้ว

6. บทส่งท้าย

ปัจจุบันนี้ ประเทศไทยได้มีความต้องการพลังงานหมุนเวียนซึ่งเป็นพลังงานทดแทน และเป็นพลังงานสะอาดมาใช้ในประเทศแทนเชื้อเพลิงที่ใช้แล้วหมดสิ้นไป (non-renewable energy sources) ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องชักจูงนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศเพื่อถ่ายทอดนวัตกรรมและเทคโนโลยีด้านพลังงานสะอาด หรือเพื่อการดำเนินการวิจัยและพัฒนาาระบบพลังงานเซลล์แสงอาทิตย์ให้มีต้นทุนต่ำลง ในยุครัฐบาลนี้ (นายกรัฐมนตรี พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา) ประเทศไทยได้ออกมาตรการพิเศษหลายมาตรการ ทั้งมาตรการทางภาษีและมาตรการทางการเงิน โดยเฉพาะสำหรับโครงการลงทุนเพื่อการวิจัยและการพัฒนา ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ออกประกาศฉบับที่ 1/2557 เรื่อง “มาตรการส่งเสริมการ

³⁶ หลักการเวนคืนและจ่ายค่าชดเชยโดย “ทันที เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ” คิดขึ้นโดยนายคอร์เดล ฮัลล์ (Cordell Hull) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาในสมัยประธานาธิบดีแฟรงคลิน ดีลาโน รูสเวลท์ (ค.ศ. 1933-1944) สมัยที่นายฮัลล์ได้เจรจาต่อรองกับนายเอดูอาร์โด เฮย์ (Eduardo Hay) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของเม็กซิโก กรณีรัฐบาลเม็กซิโกได้เวนคืนการลงทุนของนักลงทุนชาวอเมริกันในช่วงการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมของเม็กซิโก (the Agrarian reforms) ในช่วงทศวรรษที่ 1920 โดยนายฮัลล์ต้องการให้รัฐบาลเม็กซิโก จ่ายเงินชดเชยให้นักลงทุนอเมริกันโดย “ทันที เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ” ในขณะที่รัฐบาลเม็กซิโกก็ยึด “หลักการคาลโว” (Calvo Doctrine) ที่ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายในแถบประเทศละตินอเมริกา ซึ่งหลักการคาลโวเห็นว่า คนต่างชาติไม่ควรได้รับสิทธิประโยชน์ใด ๆ ดีกว่าคนชาติของตน ในเมื่อนักลงทุนชาวเม็กซิโกเองไม่ได้รับเงินชดเชยกรณีการเวนคืนโดยรัฐบาลเม็กซิโก นักลงทุนต่างชาติก็ไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี ในช่วงหลังทศวรรษ 1960 เป็นต้นมา ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่ได้มีการบรรจุ “หลักการเวนคืนและจ่ายค่าชดเชยของฮัลล์” หรือที่เรียกกันว่า “สูตรของฮัลล์” (Hull Formula) นี้ไว้ในข้อบทว่าด้วยการเวนคืนแทบทุกฉบับ

ลงทุนเพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิต”³⁷ เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้ผู้ประกอบกิจการที่ดำเนินกิจการอยู่แล้ว เปลี่ยนมาใช้พลังงานทดแทน ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการพัฒนาตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2555-2559) และ (ร่าง) แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564) หรือ การอำนวยความสะดวกโดยการลดขั้นตอนและกระบวนการในการอนุมัติโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PPP Fast Track) เป็นต้น

ถึงแม้จะเป็นที่ชัดเจนอยู่แล้วว่าอธิปไตยในทางนิติบัญญัติของรัฐจะเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งรวมไปถึงกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะอันอาจเป็นการปรับเปลี่ยน แก้ไขหรือยกเลิกสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ในโครงการที่ได้ให้ “คำมั่น” ไว้ รัฐบาลไทยควรคำนึงถึง “ความคาดหวังที่ชอบธรรมของนักลงทุน” เพื่อหลีกเลี่ยงข้อพิพาทระหว่างประเทศในภาคพลังงานหมุนเวียนกับนักลงทุนต่างชาติ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายกับชื่อเสียงและงบประมาณของประเทศชาติอย่างมากได้ นอกจากนี้ การออกกฎหมายหรือมาตรการต่าง ๆ ของรัฐที่เป็นการลิดรอนสิทธิของนักลงทุนก็ควรจะใช้บังคับกับโครงการลงทุนในภาคพลังงานหมุนเวียนในอนาคตเท่านั้น ไม่ควรกำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับย้อนหลังกับการลงทุนที่ได้มีการลงทุนหรือดำเนินการไปก่อนแล้ว การเปลี่ยนแปลงกฎหมายและกรอบกฎหมายระหว่างการค้าการลงทุนจะทำให้ให้นักลงทุนต่างชาติเกิดความไม่มั่นใจในนิติฐานะ (legal instability) และรายได้หรือผลกำไรของตน ซึ่งจะส่งผลต่อภาพลักษณ์ของประเทศในด้านการลงทุนและส่งผลกระทบต่อแนวโน้มในการลงทุนต่างชาติในระยะยาวได้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยมีศักยภาพในการประกอบธุรกิจภาคพลังงานทดแทนอยู่แล้ว หากมีการพัฒนาอย่างจริงจังและต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นพลังงานน้ำ ลม หรือแสงอาทิตย์ ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นที่

³⁷ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง “มาตรการส่งเสริมการลงทุนเพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิต” ประกอบได้ด้วย 3 มาตรการย่อย ได้แก่ 1. มาตรการส่งเสริมการลงทุนเพื่อการประหยัดพลังงาน การใช้พลังงานทดแทน หรือการลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม 2. มาตรการส่งเสริมการลงทุนเพื่อการปรับเปลี่ยนเครื่องจักรเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการผลิต 3. มาตรการส่งเสริมการลงทุนเพื่อการวิจัยและออกแบบทางวิศวกรรมเพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพ

สำหรับผู้ประกอบการที่สนใจยื่นขอรับส่งเสริมการลงทุนตามมาตรการต่าง ๆ จะต้องดำเนินกิจการ ตามประเภทกิจการที่ปีโอไอได้ประกาศให้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2560 โดยต้องมีขนาดการลงทุนไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) ส่วนโครงการลงทุนของผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่น้อยกว่า 500,000 บาท (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) และต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 3 ปี นับจากวันที่ออกบัตรส่งเสริม

ผู้ประกอบการที่ได้รับบัตรส่งเสริมจะได้รับการสิทธิและประโยชน์ในการยกเว้นอากรขาเข้าเครื่องจักรทุกเขต ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล 3 ปี เป็นสัดส่วนร้อยละ 50 ของเงินลงทุนในการปรับปรุง (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) โดยให้ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้จากรายได้ของกิจการที่ดำเนินการอยู่เดิม ทั้งนี้ ระยะเวลายกเว้น ให้นับจากวันที่มีรายได้ภายหลังจากได้รับบัตรส่งเสริม

จะต้องศึกษาวิจัยข้อดีข้อเสียของข้อบทที่ให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในความตกลงว่าด้วยการเปิดเสรี คู่คุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศระหว่างประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ ทั้งในระดับทวิภาคี ระดับอาเซียน หรือระดับพหุภาคีอื่น ๆ รวมทั้งประเด็นการบรรจุข้อบทการใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทความตกลงดังกล่าวด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อได้มีการเปิดให้มีการลงทุนเสรีในประชาคมอาเซียน ซึ่งจะเป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนอาเซียนเข้ามาลงทุนในภาคพลังงานได้ต่อไปในอนาคต ดังนั้น เพื่อความชัดเจน ในกรณีที่รัฐต้องการให้คำมั่นสัญญากับนักลงทุน รัฐก็ควรจัดทำเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง (written commitments) หรือตามที่กฎหมายกำหนด และเพื่อแสดงให้นักลงทุนต่างชาติเห็นว่าประเทศไทยให้ความใส่ใจกับการลงทุนภาคพลังงาน ผู้เขียนขอเสนอให้มีการเขียนข้อบทเฉพาะเรื่องพลังงาน ซึ่งรวมถึงพลังงานทดแทนไว้ในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยจะจัดทำขึ้นหรือแก้ไขปรับปรุงในอนาคตด้วย โดยศึกษาเปรียบเทียบแนวทางจากความตกลงที่ได้มีการบรรจุข้อบทเรื่องพลังงานทดแทนและจากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว เช่น คดี Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs. The Kingdom of Spain และคดีอื่น ๆ ที่รอการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

กล่าวโดยสรุปแล้ว โจทย์ใหญ่ที่นักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศของไทยจะต้องตอบในการออกแบบข้อบทของความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ คือ อะไรคือจุดดุลยภาพระหว่าง “ความคาดหวังที่ชอบธรรมของรัฐ” และ “ความคาดหวังที่ชอบธรรมของนักลงทุน” และทำอย่างไรจึงจะสามารถประสานประโยชน์ระหว่างผลกำไรของนักลงทุนต่างชาติ และสาธารณประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายทั้งในแง่สังคมและเศรษฐกิจอันจะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนต่อไป

บรรณานุกรม

- Legum B., (2005) “Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?” presentation at the Symposium “Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda” co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, 12 December 2005, Paris
- Dolzer, R., Schreuer, C. (2012), *Principles of International Investment Law*, 2nd Ed., Oxford, OUP.
- Gazzini, T., Brabandere, E.D. (2012) (Eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Leiden, Boston, MartinusNijhoff Publishers.
- Muchlinski, P. (2007), *Multinational Enterprises and the Law*, 2nd Ed., Oxford, OUP.
- Newcombe, A., Paradell, L. (2009), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Hague, Kluwer Law International.
- Nipawan P. (2015), *The ASEAN Way of Investment Protection: an Assessment of the ASEAN Comprehensive investment Agreement*, Thesis, School of Law, University of Glasgow.
- OECD (2004), “*Indirect Expropriation*” and the “*Right to Regulate*” in *International Investment Law*, OECD WP on International Investment, No.4, Paris, OECD Publishing.
- _____. (2004), *FET Standard in International Investment Law*, WP on International Investment, Vol.3, Paris, OECD Publishing.
- _____. (2005), *International Investment Law: A Changing Landscape: A Companion Volume to International Investment Perspectives*, Paris, OECD Publishing.
- Reinisch, A. (Ed.) (2008), *Standards of Investment Protection*, Oxford, OUP.
- Salacuse, J.W. (2010), *The Law of International Investment Treaties*, Oxford, OUP.
- Schill S.W. (2006), *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, IILJ WP 2006/6, Global Administrative Law Series.
- _____. (2009), *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, CUP.
- UNCTAD (1998), *BIT in the Mid-1990s*, New York, Geneva, UN Publication.
- _____. (2004), *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*, UNCTAD Series on Issues in IIAs, New York, Geneva, UN Publication
- _____. (2012), *Expropriation*, Issues in IIAs II, New York, Geneva, UN Publication.
- Vandeveldt, K.J. (2005), *A Brief History of IIAs*, University of California, Davis, Vol.12.

หน้าที่เปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์

A Pre-Contractual Duty to Disclose Information in Franchise Agreements

เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม*

Chalermwut Sriporm

บทคัดย่อ

หากประเทศไทยต้องการส่งเสริมการทำธุรกิจแฟรนไชส์ให้แพร่หลาย นอกจากจะต้องมีความมีประสิทธิภาพในแง่การเมืองและเศรษฐกิจแล้ว กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับกับการทำสัญญาแฟรนไชส์ก็มีส่วนสำคัญเช่นเดียวกัน ในบทความนี้ ผู้เขียนได้เริ่มจากการชี้ให้เห็นว่าปัญหาที่มักจะพบในช่วงก่อนเกิดสัญญาแฟรนไชส์ คือ การที่ผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์มีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการตัดสินใจทำสัญญาเนื่องจากข้อมูลที่จำเป็นทั้งหมดอยู่ในความครอบครองของแฟรนไชส์ซอร์ ซึ่งความเสี่ยงเช่นว่านี้ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ว่า อาจไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ โดยเฉพาะการใช้หลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากไม่มีความชัดเจนทั้งในแง่เนื้อหาและการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอว่า การออกกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้แฟรนไชส์ซอร์ต้องเปิดเผยหรือให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจทำสัญญาจึงมีเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุด เนื่องจากสามารถสร้างมาตรฐานและความชัดเจนในแง่สิทธิและหน้าที่ได้ดีกว่าการปรับใช้กฎหมายทั่วไป โดยกฎหมายดังกล่าวต้องมีความชัดเจนทั้งในแง่เนื้อหาและสภาพบังคับ แต่ก็ต้องเป็นกฎหมายที่สามารถปฏิบัติตามได้โดยไม่สร้างภาระให้แก่แฟรนไชส์ซอร์จนเกินสมควรด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ: หน้าที่เปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญา แฟรนไชส์ซอร์ สัญญาแฟรนไชส์

* น.บ.(เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นบท, น.ม.(กฎหมายเอกชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M in International Civil and Commercial Law (Advanced Studies), Leiden University, The Netherlands อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

In order to boost franchising industries in Thailand, it requires healthy and appropriate political, economic as well as the legal environment. At the starting point, this article points out that prospective franchisees are at risk of the so-called ‘asymmetric information’, that is, a risk of lacking candid information in place before entering into a franchise contract because a franchisor retains possession of all necessary information. Then, the article suggests that this risk cannot be minimized by applying existing law rules, especially applying the principle of good faith stipulated in the Civil and Commercial Code. Even if it is possible in doing so in theory, there has been no sign of adopting this approach in practice so far. Also, the outcome of court proceedings can be unpredictable and inconsistent.

Consequently, this article suggests that the problem of asymmetric information need to be regulated by franchise pre-disclosure law rules. According to the law, the franchisor is, prior to the conclusion of the contract, obliged to provide all necessary information to prospective franchisees. It is also advised that these rules must be clear enough so that the franchisor can comply with. Yet, the rules should not place an excessive burden on the franchisor as well.

Keywords: Pre-contractual duty of disclosure, Franchisors, Franchise agreements

1. บทนำ

ในโลกของการประกอบธุรกิจที่มีการแข่งขันในการกระจายสินค้าและบริการอย่างเข้มข้น ผู้ประกอบการไม่ว่ารายเล็กหรือรายใหญ่มองหาช่องทางที่จะทำให้สินค้าหรือบริการของกิจการของตนมีโอกาสกระจายไปสู่ผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพและใช้ต้นทุนต่ำ กลไกของระบบธุรกิจแฟรนไชส์จึงเป็นรูปแบบหนึ่งที่อาจตอบโจทย์ดังกล่าวได้ เนื่องจากแฟรนไชส์ช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถขยายตลาดได้อย่างรวดเร็วผ่านเครือข่ายแฟรนไชส์ โดยการกระจายสินค้าและบริการผ่านเครือข่ายแฟรนไชส์จะใช้ต้นทุนต่ำเนื่องจากผู้ประกอบการสามารถโอนภาระการจ้างพนักงาน การเช่าสถานที่ การโฆษณา ฯลฯ ไปให้เครือข่ายแฟรนไชส์ของตนได้¹ ฉะนั้น แฟรนไชส์จึงเป็นรูปแบบการประกอบธุรกิจที่เอื้อต่อการขยายกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพภายในระยะเวลาอันสั้น²

จากข้อดีดังกล่าว ผู้ประกอบกิจการจำนวนไม่น้อยได้หันมาใช้รูปแบบแฟรนไชส์ในการขยายธุรกิจของตนไม่ว่าภายในหรือนอกประเทศ ตัวอย่างเช่น ธุรกิจร้านอาหารบริการด่วนอย่าง “เคเอฟซี” ประเทศไทยได้ประกาศปรับรูปแบบกลยุทธ์ในการประกอบธุรกิจด้วยการเป็นผู้ให้บริการแฟรนไชส์ 100% ภายในปี พ.ศ.2560 นี้³ หรือธุรกิจสุขภาพและความงามบางรายก็ใช้ช่องทางแฟรนไชส์ในการขยายกิจการเช่นเดียวกัน⁴ เหล่านี้เป็นต้น

¹ Andrew J. Sherman, *Franchising & Licensing: Two Powerful Ways to Grow Your Business in Any Economy*, (4th edn, AMACOM 2011) 14-15

² P. Ronald Stephenson and Robert G. House, ‘A perspective on franchising’(1971) 14 *Business Horizons* 35, 36

³ ฐานเศรษฐกิจ, ‘เคเอฟซี-แมคโดนัลด์’ ปรับทัพใหม่ ขยายแฟรนไชส์-ทุ่มงบสู้ศึกดูแลลูกค้าตลาดพาสต์ฟูด’ (6 กุมภาพันธ์ 2560), <http://www.thansettakij.com/content/128639> เข้าถึงเมื่อ 11 เมษายน 2560

⁴ ประชาชาติธุรกิจออนไลน์, ‘ธุรกิจสุขภาพความงามบุกกรรไฟฟ้า ศูนย์แพทย์ “ดร.อรรณ” ขยายแฟรนไชส์ ไทย-เทศ’ (7 เมษายน 2560), http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1491452731 เข้าถึงเมื่อ 11 เมษายน 2560

1.1 ลักษณะโดยทั่วไปของแฟรนไชส์⁵

ในหัวข้อที่ 1.1. นี้ ผู้เขียนจะอธิบายโดยสรุปเพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจภาพเบื้องต้นของแฟรนไชส์ทั้งในจากมุมมองในทางธุรกิจและทางกฎหมาย กล่าวคือ จากมุมมองในทางธุรกิจแฟรนไชส์เป็นรูปแบบการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่ง และจากมุมมองในทางกฎหมาย แฟรนไชส์เป็นรูปแบบในการประกอบธุรกิจที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา

1.1.1 แฟรนไชส์เป็นรูปแบบในการประกอบธุรกิจ

กล่าวโดยทั่วไป แฟรนไชส์เป็นรูปแบบหรือกลยุทธ์ในการประกอบธุรกิจเพื่อการกระจายสินค้าและบริการรูปแบบหนึ่ง⁶ โดยหากถือเกณฑ์การแบ่งประเภทตาม U.S. Department of Commerce รูปแบบธุรกิจแฟรนไชส์อาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ (1) product and trade name franchising และ (2) business format franchising⁷

(1) Product and trade name franchising

แฟรนไชส์ประเภทนี้จัดเป็นรูปแบบดั้งเดิมที่เน้นใช้สำหรับการกระจายสินค้าของแฟรนไชส์ซอร์ผ่านผู้จัดจำหน่ายแฟรนไชส์ซีซึ่งมักใช้ในธุรกิจจัดจำหน่ายรถยนต์ หรือสถานบริการน้ำมัน⁸ ในแง่นี้ แฟรนไชส์ซีจึงมีลักษณะเป็นเพียงตัวแทนจำหน่ายสินค้าและบริการของแฟรนไชส์ซอร์เท่านั้น

(2) Business format franchising

แต่หากกล่าวถึงรูปแบบแฟรนไชส์ที่แพร่หลายในปัจจุบัน ผู้ประกอบธุรกิจมักจะใช้รูปแบบของ business format franchising หรือที่เรียกว่าเป็น package franchising⁹ โดยใน business format franchising แฟรนไชส์ซอร์ไม่เพียงแต่กระจายสินค้าและบริการผ่านการดำเนินกิจการของแฟรนไชส์ซีเท่านั้น แต่

⁵ เพื่อความกระชับของเนื้อหา ต่อไปนี้บทความนี้ “แฟรนไชส์ซอร์”(franchisor) หมายความว่า ผู้ประกอบการเจ้าของสินค้าและบริการที่อนุญาตให้แฟรนไชส์ซีประกอบธุรกิจของตนเองภายใต้ระบบแบบแผนที่แฟรนไชส์ซอร์สร้างขึ้นและภายใต้ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้าหรือสัญลักษณ์ใดๆของแฟรนไชส์ซอร์ และ “แฟรนไชส์ซี”(franchisee) หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจอิสระที่ได้รับอนุญาตจากแฟรนไชส์ซอร์ให้ประกอบธุรกิจโดยใช้ระบบแบบแผนและชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้าหรือสัญลักษณ์ใดๆของแฟรนไชส์ซอร์โดยเสียค่าตอบแทน

⁶ ผู้ประกอบธุรกิจอาจใช้กลยุทธ์ในการนำสินค้าและบริการของตนไปสู่ผู้บริโภคได้หลายวิธี อาทิ การตั้งสาขาหรือตัวแทนจำหน่าย การเสนอขายโดยตรงไปยังผู้บริโภค เป็นต้น

⁷ U.S. Department of Commerce, *Franchising in the economy 1978-1980* (1980) 1-3

⁸ Ibid.

⁹ Robert W. Emerson, ‘Franchise Contract Clauses and the Franchisor's Duty of Care toward Its Franchisees’ (1994) 72 N.C. L. Rev. 905, 920.

ยังมีการถ่ายทอดแผนและกลยุทธ์การตลาด การจัดทำคู่มือ การควบคุมคุณภาพและระบบสื่อสารผลตอบแทน ให้แฟรนไชส์ซีอีกด้วย แฟรนไชส์รูปแบบนี้มักจะพบในธุรกิจอาหารบริการด่วนและธุรกิจการให้บริการอื่นๆ¹⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปรูปแบบธุรกิจแฟรนไชส์ในปัจจุบันได้ว่า แฟรนไชส์มีในองค์กรธุรกิจ¹¹ แต่เป็นกลยุทธ์ในการดำเนินธุรกิจที่แฟรนไชส์ซอร์ใช้ในการกระจายสินค้าและบริการของตนเองสู่ตลาดผ่านเครือข่ายธุรกิจของแฟรนไชส์ซี โดยความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีไม่ใช่ความสัมพันธ์ภายในองค์กรธุรกิจเดียวกันอย่างเช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสำนักงานใหญ่-สำนักงานสาขา หรือบริษัทแม่-บริษัทในเครือหรือบริษัทลูก แต่ทั้งสองฝ่ายจะมีความเป็นอิสระต่อกัน กล่าวคือ แฟรนไชส์ซีมีตัวตนของแฟรนไชส์ซอร์และมีอิสระในการดำเนินกิจการของตนภายใต้รูปแบบ เครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของแฟรนไชส์ซอร์ ฉะนั้น แฟรนไชส์ซีจึงเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงในผลกำไรและขาดทุนเอง แต่อย่างไรก็ตาม แฟรนไชส์ซอร์อาจมีอำนาจควบคุมสอดส่องการดำเนินกิจการของแฟรนไชส์ซีได้เท่าที่ตกลงกันเพื่อรักษามาตรฐานของธุรกิจของตนเอง

1.1.2 แฟรนไชส์เป็นนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา

ในการสร้างเครือข่ายแฟรนไชส์เพื่อกระจายสินค้าและบริการภายใต้มาตรฐานเดียวกัน สิ่งที่เป็นหัวใจสำคัญคือ ข้อตกลงหรือสัญญาแฟรนไชส์ เนื่องจากสัญญาจะเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินธุรกิจร่วมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่บังคับใช้ในระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี¹² แม้ว่าแต่ละประเทศจะมีนิยามสัญญาแฟรนไชส์ที่อาจแตกต่างกันไปได้ในรายละเอียด แต่เมื่อพิจารณาจากรูปแบบแฟรนไชส์ที่กล่าวไปแล้วข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่แฟรนไชส์ซอร์ได้อนุญาตให้แฟรนไชส์ซีดำเนินธุรกิจของตนภายใต้ระบบแบบแผน รูปแบบ ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้าของตนโดยที่แฟรนไชส์ซีตกลงจะดำเนินกิจการภายใต้ระบบแบบแผน รูปแบบ ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้าเช่นว่านั้นโดยเสียค่าตอบแทนให้ โดยอาจเป็นค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ รวมไปถึงค่าสิทธิรายปีเป็นการตอบแทน¹³ หากพิจารณาในแง่ของการปฏิบัติการชำระหนี้ สัญญาแฟรนไชส์จัดเป็นสัญญาต่างตอบแทน (reciprocal contract) ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีหนี้ต้องชำระซึ่งกันและกัน และเป็นสัญญาสองฝ่าย (two

¹⁰ U.S. Department of Commerce, (n 7) 2.

¹¹ Franchise Council of Australia, 'WHAT IS FRANCHISING' <<https://www.franchise.org.au/what-is-franchising-.html>> accessed 11 April 2017

¹² P. Ronald Stephenson and Robert G. House (n 2) 38. ; Donald P. Horwitz and Walter M. Volpi, 'Regulating the Franchise Relationship' (1980) 54 St. John's L. Rev. 217, 221 and Blair RD and Lafontaine F, *The Economics of Franchising* (Cambridge University Press 2005) 54

¹³ Barbara Beshel, 'An Introduction to Franchising,' <http://www.trade.gov/sabit/build/groups/public/@tg_sabit/documents/webcontent/tg_sabit_005404.pdf> accessed 11 April 2017

parties contract) ที่คู่สัญญามีเพียงแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น กฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาแฟรนไชส์โดยหลักก็คือ กฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะหนี้

ภายใต้ระบบกฎหมายไทย¹⁴ สัญญาแฟรนไชส์ไม่ถือเป็นสัญญาที่เข้าลักษณะเอกเทศสัญญาตามบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวอีกนัย สัญญาแฟรนไชส์จัดเป็นสัญญาไม่มีชื่อ (innominate contract) ลักษณะหนึ่ง¹⁵ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ไม่มีกฎหมายกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา (default rules) ไว้เป็นเฉพาะอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย เช่าทรัพย์ หรือกู้ยืมเงิน ด้วยเหตุนี้ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์จึงขึ้นอยู่กับความตกลงร่วมกันเป็นสำคัญ

นอกจากสิทธิหน้าที่หลักของสัญญาที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ในสัญญาแฟรนไชส์อาจมีข้อตกลงประการอื่นๆในรายละเอียดได้ อาทิ ข้อตกลงเกี่ยวกับการเลือกสถานที่ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามหรือการมีสิทธิประกอบธุรกิจแข่งขันในพื้นที่ของแฟรนไชส์ซี ข้อตกลงเกี่ยวกับการดำเนินกิจการให้เป็นไปตามคุณภาพ มาตรฐาน รูปแบบของแฟรนไชส์ซอร์ ข้อตกลงเกี่ยวกับการฝึกอบรม ข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ข้อตกลงเกี่ยวกับการเลิกสัญญา ข้อตกลงไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันภายหลังเลิกสัญญา เป็นต้น¹⁶

ในทางปฏิบัติ สัญญาแฟรนไชส์มักถูกจัดทำขึ้นเป็นแบบมาตรฐานไว้ล่วงหน้า เพื่อที่แฟรนไชส์ซอร์สามารถนำมาใช้ได้กับแฟรนไชส์ซีหลายรายได้โดยไม่ต้องเสียเวลาในการเจรจาต่อรองและร่างสัญญาเป็นรายกรณีไป ในแง่นี้ สัญญาแฟรนไชส์จึงจัดสัญญามาตรฐาน(adhesion contract) ซึ่งมีผลทำให้โดยทั่วไปแล้ว แฟรนไชส์ซีสามารถทำได้เพียงตกลงทำสัญญาตามเนื้อหาที่กำหนดไว้เป็นการล่วงหน้าหรือไม่เท่านั้น (take-it-or-leave-it) แม้จะมีความเป็นไปได้ที่จะเจรจาแก้ไขเนื้อหาของสัญญามาตรฐาน แต่ก็ต้องอาศัยปัจจัยหลายๆอย่าง อาทิ อำนาจต่อรองที่มีเท่ากันหรือเหนือกว่าแฟรนไชส์ซอร์ ความยินยอมของแฟรนไชส์ซอร์ เป็นต้น

¹⁴ เช่นเดียวกับระบบกฎหมายอื่นๆ อาทิ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายสเปน, โปรดดู Odavia Bueno Díaz. *Franchising in European Contract Law: A comparison between the main obligations of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish law* (sellier. european law publisher 2008) 37, 43

¹⁵ นอกจากนี้ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาก็ไม่ได้จัดว่าสัญญาแฟรนไชส์เป็นเอกเทศสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่ง หากแต่กล่าวถึงในแง่ที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน (ฎ.9753/2551) และเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (ฎ.377/2555)

¹⁶ Robert W. Emerson (n 9) 934-959.

1.2 ปัญหาในขั้นตอนก่อนสัญญา: ภาวะข้อมูลข่าวสารที่ไม่เท่าเทียมกัน

เนื่องจากธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก เป็นธุรกิจที่ผูกพันด้วยสัญญาแฟรนไชส์เป็นระยะเวลายาวนาน นอกจากนี้ แฟรนไชส์ซิมักจะเป็นเป็นบุคคลธรรมดาหรือผู้ประกอบการ SMEs¹⁷ ที่อาจจะไม่มีประสบการณ์ในทางธุรกิจมาก่อน ฉะนั้น ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลเกี่ยวกับสถานะทางการเงินและประสบการณ์ทางธุรกิจของแฟรนไชส์ซอร์ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เงื่อนไขการตลาดของธุรกิจของแฟรนไชส์ จำนวนสาขาแฟรนไชส์ ค่าใช้จ่ายในการลงทุนและเนื้อหาของสัญญาแฟรนไชส์ จึงล้วนเป็นข้อมูลที่สำคัญต่อการตัดสินใจทำธุรกิจแฟรนไชส์

แต่อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง ข้อมูลที่สำคัญเช่นที่ยกตัวอย่างไปนั้น มักจะเป็นข้อมูลที่ขึ้นอยู่กับหรืออยู่ในความครอบครองของแฟรนไชส์ซอร์แต่เพียงผู้เดียว กรณีเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดภาวะข้อมูลข่าวสารที่ไม่เท่าเทียมกัน (asymmetric information) อันมีผลทำให้แฟรนไชส์ซอร์เป็นผู้ได้เปรียบในการเข้าทำสัญญาเนื่องจากเป็นผู้ที่รู้ข้อมูลที่สำคัญในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ฝ่ายเดียว โดยที่ในขณะที่เจรจาทำสัญญา ผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้โดยปราศจากความร่วมมือของแฟรนไชส์ซอร์ นอกจากนี้ หากผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ต้องการตรวจสอบวิเคราะห์สถานะก่อนทำสัญญา (pre-contractual due diligence) ด้วยตนเองก็ย่อมทำได้ลำบากเนื่องจากจะต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก อาทิ ค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือทางบัญชี เป็นต้น

ฉะนั้น ภาวะข้อมูลข่าวสารที่ไม่เท่าเทียมกันอาจส่งผลให้ผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ต้องลงทุนในการประกอบธุรกิจโดยที่ตนเองขาดข้อมูลประกอบการตัดสินใจซึ่งนอกจากจะทำให้แฟรนไชส์ซอร์มีความเสี่ยงที่จะประสบปัญหาในการประกอบธุรกิจในภายหลังแล้ว เนื่องจากไม่สามารถศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลที่สำคัญได้ตั้งแต่ก่อนทำสัญญา ยังทำให้มีแนวโน้มที่จะเกิดข้อพิพาทหลังจากทำสัญญาได้ง่าย ซึ่งไม่ส่งผลดีทั้งในแง่ของคู่สัญญาเองที่ต้อง

¹⁷ คำว่า SMEs (small and medium-sized enterprises) หมายถึง ผู้ประกอบกิจการขนาดกลางและขนาดเล็กซึ่งแต่ละประเทศหรือภูมิภาคก็มีเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจการใดเข้าข่าย SMEs ที่แตกต่างกัน อาทิ ในยุโรป ตามเกณฑ์ของ EU Recommendation ที่ 2003/361 กิจการไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด หากมีจำนวนบุคลากรขององค์กรน้อยกว่า 10 คนและมีผลประกอบการประจำปีและ/หรืองบดุลประจำปีไม่เกิน 2 ล้านยูโร จัดเป็น microenterprise หรือหากมีจำนวนบุคลากรขององค์กรน้อยกว่า 50 คนและมีผลประกอบการประจำปีและ/หรืองบดุลประจำปีไม่เกิน 10 ล้านยูโร จัดเป็น small enterprise หรือจำนวนบุคลากรขององค์กรน้อยกว่า 250 คนและมีผลประกอบการประจำปีไม่เกิน 50 ล้านยูโร และ/หรืองบดุลประจำปีไม่เกิน 43 ล้านยูโรจัดเป็น medium-sized enterprise โปรดดู

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003H0361&from=EN>

ในส่วนของกฎหมายไทย สามารถพิจารณาได้จากมาตรา 4 แห่งพ.ร.บ.ส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดการจ้างงานและมูลค่าสินทรัพย์ถาวรของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2545

เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดี รวมไปถึงในแง่การประกอบธุรกิจโดยทั่วไปที่อาจทำให้บุคคลทั่วไปไม่สนใจประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

1.3 วัตถุประสงค์และเค้าโครงของบทความ

ผู้เขียนเห็นว่า การปล่อยให้เกิดภาวะข้อมูลข่าวสารที่ไม่เท่าเทียมกันในขั้นตอนก่อนทำสัญญาไม่ส่งผลดีต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงต้องการวิเคราะห์ปัญหาว่า ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจะสามารถบังคับให้แฟรนไชส์ซอร์ต้องร่วมมือให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ก่อนตกลงทำสัญญาได้หรือไม่ อย่างไร และท้ายที่สุด ผู้เขียนจะเสนอถึงแนวทางในเบื้องต้นบางส่วนที่ควรจะใช้เพื่อการแก้ปัญหาดังกล่าวโดยคำนึงถึงผลประโยชน์และความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

นอกจากหัวข้อที่ 1 ซึ่งเป็นส่วนของบททั่วไปที่อธิบายภาพเบื้องต้นของธุรกิจแฟรนไชส์และชี้ปัญหาที่อาจจะเกิดในขั้นตอนก่อนสัญญา ในหัวข้อที่ 2 ผู้เขียนจะนำเสนอถึงแนวทางการใช้การตีความหลักสุจริตทั่วไปเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวและวิเคราะห์ถึงข้อดีและข้อเสียของแนวทางนี้ จากนั้นในหัวข้อที่ 3 ผู้เขียนจะนำเสนอแนวทางการแก้ปัญหาโดยใช้กฎหมายเฉพาะ (dedicated franchise law) ซึ่งจะใช้วิธีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายฝรั่งเศสกับร่างกฎหมายแฟรนไชส์ของไทยที่กำลังอยู่ในการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนี้¹⁸ สุดท้ายในหัวข้อที่ 4 ผู้เขียนจะสรุปและเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาภาวะข้อมูลข่าวสารที่ไม่เท่าเทียมกันในระบบกฎหมายไทย

2. การหน้าที่เปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาตามหลักสุจริต

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนเสนอการนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อก่อให้เกิดหน้าที่ให้ข้อมูลก่อนสัญญาโดยแฟรนไชส์ซอร์ โดยจะยกตัวอย่างแนวทางของกฎหมายเยอรมันประกอบการวิเคราะห์การใช้การตีความกฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1 แนวทางตามกฎหมายเยอรมัน

ในปัจจุบันประเทศเยอรมนียังไม่มีกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ ทำให้ต้องนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ต่อไปในบทความนี้ เรียกว่า BGB) มาปรับใช้กับการทำสัญญาแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญา รวมไปถึงการเทียบเคียงหลักกฎหมายว่าด้วยนายหน้าและ

¹⁸ บทบัญญัติที่ใช้อ้างอิงในหัวข้อนี้สามารถดูได้ในภาคผนวกของบทความ

ตัวแทน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาแฟรนไชส์ขึ้นอยู่กับแนวคำพิพากษาของศาลที่ปรับใช้ กฎเกณฑ์ดังกล่าว¹⁹ เป็นที่น่าสนใจว่า กฎหมายเยอรมันมีแนวทางอย่างไรต่อประเด็นการให้หรือเปิดเผยข้อมูลใน ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแฟรนไชส์

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักสุจริต (*Treu und Glauben*) เป็นหลักการที่แทรกซึมอยู่ทั่วไปในระบบกฎหมายแห่งทั้งระบบ อันจะเห็นได้จาก BGB §242 ซึ่งวางหลักว่า “ลูกหนี้มีหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ เป็นไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”²⁰ (แปลโดยผู้เขียน) แม้ว่าเนื้อหาของ ตัวบทจะมุ่งหมายถึงการกำกับปฏิบัติการชำระหนี้ให้ เป็นไปตามหลักสุจริต พร้อมดูปกติประเพณีของการชำระ หนี้ประกอบ แต่อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายเยอรมันก็ยอมรับกันว่า หลักสุจริตเป็นการหลักกฎหมายทั่วไปที่ สามารถนำมาปรับใช้ปรับใช้เพื่อก่อให้เกิดหน้าที่ข้างเคียง (*auxiliary duties*) ได้²¹ อาทิ หน้าที่ให้การใช้ความ ระมัดระวัง หน้าที่เตือนให้รู้ถึงภัยอันตราย หรือหน้าที่ในการให้ข้อมูล²² นอกจากนี้ ตาม BGB § 311(2) ประกอบ §241(2) เพียงแค่บุคคลสองฝ่ายเริ่มเข้าเจรจาเพื่อทำสัญญาก็เกิดเป็นนิติสัมพันธ์ที่ต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่ต้อง คำนึงถึงสิทธิ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่คล้ายสัญญาเกี่ยวกับ ความไวเนื้อเชื่อใจ (*a contract-like relationship of trust, vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*)²³

หากนำหลักการข้างต้นมาปรับใช้กับการทำสัญญาแฟรนไชส์ เมื่อมีการเริ่มเจรจาทำสัญญาแฟรนไชส์ ทั้งแฟรนไชส์ซอร์และผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ต่างต้องผูกพันด้วยหน้าที่เกี่ยวกับความไวเนื้อเชื่อใจตาม BGB § 311(2) ประกอบ §241(2) แต่มีปัญหาคือ ณ จุดใดจึงจะถือว่าเริ่มเข้าสู่กระบวนการเจรจาทำสัญญานั้น มีข้อเสนอ ให้ถือเอาเวลาที่ทั้งสองฝ่ายได้พบกันในโอกาสแรกและแฟรนไชส์ซอร์ได้นำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ของตนในรายละเอียด โดยไม่คำนึงว่าสถานที่นั้นเป็นที่ใด²⁴ ส่วนหน้าที่เปิดเผยข้อมูลเท่าที่จำเป็นต่อการตัดสินใจทำ

¹⁹ Albrecht Schulz, ‘Protection of Agents, Distributors, and Franchisees, in Dennis Campbell and Louis Lafili (eds), *Distributorships, Agency and Franchising in an International Arena: Europe, the United States, Japan and Latin America* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1990) 40, 46

²⁰ ตัวบทภาษาอังกฤษฉบับทางการ คือ “An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.” โปรดดู https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html

²¹ ศาลจะมีบทบาทสำคัญในการใช้การตีความหลักสุจริตตาม§242 เพื่อให้ใช้ได้อย่างกว้างขวางในฐานะหลักทั่วไปในกฎหมาย ลักษณะสัญญา เช่นในกรณีการสร้างหน้าที่ข้างเคียงนี้ โปรดดู Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *Introduction to German Law* (Kluwer Law International 1996) 175-176 and Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to German Law* (2nd edn, Kluwer Law International 2005) 188.

²² Gerhard Robbers, *An Introduction to German Law*, (Michael Jewell Tr, 6th edn, Nomos 2017) 167

²³ Mathias Reimann and Joachim Zekoll, (n 21) 196

²⁴ Mark Abell, *The law and regulation of franchising in the EU* (Edward Elgar 2013) 106.

สัญญาตามหลักสุจริตเป็นหน้าที่ที่บังคับแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวมักจะอยู่กับทางแพรนไฮส์ซอร์ดังที่อธิบายไปแล้วข้างต้น หน้าที่เปิดเผยข้อมูลจึงจะใช้บังคับกับแพรนไฮส์ซอร์เป็นหลัก โดยข้อมูลที่จำเป็นต้องเปิดเผย มีอาทิ การศึกษาหรือรายงานเกี่ยวกับการคาดการณ์ในแง่กำไร ผลประโยชน์ที่จะได้รับ ข้อมูลเกี่ยวกับการเงิน และพื้นที่ทำธุรกิจ เป็นต้น²⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลเกี่ยวกับศักยภาพในการทำกำไรภายใต้ระบบแพรนไฮส์ซอร์ (*die Rentabilität des Systems unterrichten*) ศาลเยอรมันเคยตัดสินว่า แพรนไฮส์ซอร์จำต้องให้ข้อมูลดังกล่าวอย่างครอบคลุมและตามความเป็นจริง²⁶ การฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นย่อมเปิดช่องให้แพรนไฮส์ซอร์สามารถบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายเท่ากับค่าใช้จ่ายที่เสียไปจากการปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายจากการขาดกำไรได้²⁷

2.2 แนวทางตามกฎหมายไทย

หลักสุจริตในกฎหมายเยอรมันอาจกล่าวได้ว่าเป็นที่มาของหลักสุจริตทั่วไปตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁸ ซึ่งเป็นมาตรฐานทั่วไปที่ใช้วัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ อยู่ภายใต้กรอบที่ระบบกฎหมายจะสนับสนุนหรือไม่²⁹ ผศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้อธิบายลักษณะของหลักสุจริตว่าเป็นหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ กล่าวคือ เป็นหลักที่บุคคลจะต้องยึดมั่นในการรักษาคำมั่นที่ให้ไว้แก่คู่กรณี นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการผูกพันหรือรับผิดชอบในการกระทำหรือพฤติกรรมก่อนๆ ของตนด้วย³⁰ และเป็นหลักที่บุคคลมีความรับผิดชอบต่อชุมชนหรือสังคมในอันที่จะต้องรักษาความไว้วางใจที่ได้รับจากคู่กรณีหรือสาธารณชนทั่วไป หลักนี้เรียกร้องให้คำนึงถึงประโยชน์ได้เสียของคู่กรณีอีกฝ่ายด้วย อย่างที่เรียกกันว่าเป็นการ “เอาใจเขามาใส่ใจเรา”³¹ จะเห็นได้ว่าแนวทางการให้ความหมายหลักสุจริตของกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากแนวทางของกฎหมายเยอรมัน

หนึ่งในบทบาทของหลักสุจริตทั่วไปที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะสัญญา กล่าวคือ หลักสุจริตมีบทบาทในการเสริมสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณี (*supplementing function*) กล่าวคือ หลักสุจริตอาจนำมาใช้เพื่อก่อนหน้าที่ข้างเคียงหรือหน้าที่อุปกรณ์เพิ่มเติมจากที่มีสัญญาหรือกฎหมายกำหนดไว้ โดยอาจเสริมหน้าที่ขึ้นมาได้ทั้งก่อนเกิด

²⁵ ibid 104.

²⁶ OLG Munich, NJW 1994, 667 ff

²⁷ Mark Abell (n 24) 105.

²⁸ มาตรา 5 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

²⁹ สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559) 156

³⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2555) 61-62

³¹ เพิ่งอ้าง 62.

นิติสัมพันธ์ หรือหลังจากที่นิติสัมพันธ์เกิดแล้ว หรือหลังจากที่นิติสัมพันธ์สิ้นสุดไปแล้วก็ได้ ตัวอย่างหน้าที่ก่อนสัญญา อาทิ หน้าที่ให้ข้อมูลหรือให้ความร่วมมือ เป็นต้น³²

จากความหมายและบทบาทของหลักสุจริตข้างต้น ผู้เขียนเสนอว่า ในการเจรจาเพื่อทำสัญญา แพรนไซส์นั้น หลักสุจริตสามารถนำมาใช้และตีความเพื่อก่อให้เกิดหน้าที่เปิดเผยข้อมูลแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายได้อย่างเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากหลักสุจริตทั่วไปของไทยมิใช่หลักการดั้งเดิมในระบบกฎหมายไทย หากแต่เป็นหลักการที่รับเอามาจากกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเยอรมัน การใช้การตีความหลักการดังกล่าวจึงอาจเทียบเคียงการปรับใช้ในระบบกฎหมายเยอรมันได้ กล่าวคือ เมื่อได้มีการเข้าเจรจาท่าสัญญาแล้ว แพรนไซส์ซอร์และผู้สนใจซื้อแพรนไซส์มีหน้าที่ต่อกันในระดับหนึ่งภายใต้หลักสุจริตแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แพรนไซส์ซอร์มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้สนใจซื้อแพรนไซส์ อาทิ การศึกษาหรือรายงานเกี่ยวกับการคาดการณ์ในแง่กำไร ผลประโยชน์ที่จะได้รับ ข้อมูลเกี่ยวกับการเงิน และพื้นที่ทำธุรกิจ เหล่านี้เป็นต้น เพื่อให้เขาสามารถใช้ข้อมูลประกอบการตัดสินใจทำสัญญาได้อย่างเต็มที่

2.3 ปัญหาของการปรับใช้หลักสุจริต

ไม่ว่าในระบบกฎหมายไทยหรือกฎหมายเยอรมัน บทบาทหลักในการปรับใช้หลักสุจริตขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาหรือศาลเป็นสำคัญ อีกทั้ง หลักสุจริตเป็นหลักการที่เป็นนามธรรม ปราศจากองค์ประกอบทางกฎหมายที่ชัดเจน เป็นหลักการที่เปิดช่องให้นำมาใช้เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมและรักษาความไว้วางใจของผู้คนในสังคม การนำหลักสุจริตมาใช้เพื่อก่อหน้าที่ก่อนสัญญาจะอาจมีปัญหาบางประการทั้งในแง่ทฤษฎีและในทางปฏิบัติ

ประการแรก หลักสุจริตเป็นหลักการที่เป็นบรรทัดฐาน(norm) เกี่ยวกับพฤติกรรมของมนุษย์ซึ่งค่อนข้างจะยึดโยงกับมาตรฐานทางศีลธรรม ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ทั้งยังเป็นหลักการเปิด (open-ended norm) ซึ่งโดยตัวเองไม่มีเนื้อหาที่ชัดเจน จำเป็นต้องมีการปรับใช้ในคดีเพื่อให้เกิดเนื้อหาที่เป็นรูปธรรมขึ้นมา³³ ด้วยเหตุที่การปรับใช้หลักสุจริตขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลเป็นหลัก³⁴ ปัญหาที่ตามมาก็คือ เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในแง่สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่กรณีว่ามีประการใดบ้าง การเยียวยาเมื่อฝ่าฝืนหลักสุจริตเป็นอย่างไร ซึ่งคำตอบเหล่านี้จะขึ้นอยู่กับศาลผู้ทำหน้าที่สร้างเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ขึ้นมา (concretization) เราจึงไม่สามารถทราบคำตอบได้ตั้งแต่ต้นจนกว่าจะมีแนวคำวินิจฉัยของศาล นอกจากนี้ ดุลยพินิจของแต่ละศาลเองก็อาจ

³² เติ้งฮ้าง 91-92.

³³ Martijn W. Hesselink, 'The Concept of Good Faith' in Arthur S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code* (4th edn, Kluwer Law International 2011) 620-623

³⁴ นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่อาจโต้แย้งได้ว่า การยอมให้ศาลมีอิสระในการสร้างกฎเกณฑ์ใหม่ผ่านหลักสุจริตอาจไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของระบบซีวิลลอว์ที่ศาลไม่มีหน้าที่ออกกฎหมาย โปรตดู Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, (Edward Elgar 2014) 138

ไม่มีความสอดคล้องกัน ทำให้ปัญหาดังกล่าวขัดกับสภาพการทำธุรกิจที่ผู้ประกอบการต้องการความชัดเจนแน่นอน ในแง่ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หากกำหนดว่า แพรนไฮส์ซอร์มีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้สนใจซื้อแพรนไฮส์ เขาก็ย่อมต้องการความชัดเจนว่า ตนเองมีหน้าที่นั้นจริงหรือไม่ และมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลแค่ไหน เพียงไร ซึ่งในแง่ตัวเอง หลักสุจริตยังไม่สามารถให้ความแน่นอนใดๆ ได้จนกว่าจะมีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่สร้างเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมขึ้นมา อันนำมาสู่ปัญหาในประการต่อมา คือ

ในทางปฏิบัติจากแนวคำพิพากษาของศาลไทยจะเห็นได้ว่า ศาลค่อนข้างจำกัดการปรับใช้หลักสุจริต เฉพาะในประเด็นการตีความสัญญา (ฎ.7217/2549, ฎ.3105/2553, ฎ.12705/2557) รวมไปถึงการใช้ขีดขวาง การใช้สิทธิที่ไม่สุจริต (ฎ.3930/2541, ฎ.667/2549, ฎ.4091/2549, ฎ.4819/2549, ฎ.14482/2555, ฎ.14405/2557, ฎ.19395/2557, ฎ.1738/2558 และ ฎ.13707/2558) นอกจากนี้ เท่าที่ผู้เขียนค้นคว้ายังไม่เคย มีแนวคำพิพากษาของศาลที่วางหลักเกี่ยวกับหน้าที่ก่อนสัญญาไม่ว่าเป็นหน้าที่ทั่วไปที่ปรับใช้กับสัญญาทุกชนิดหรือ หน้าที่ที่ใช้กับสัญญาแพรนไฮส์โดยเฉพาะ

แม้ในทางทฤษฎีอาจกล่าวได้ว่า การกำหนดหน้าที่เปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาตามหลักสุจริตจะมีความเป็นไปได้ แต่ในทางปฏิบัติก็ยิ่งปราศจากความชัดเจนอยู่ ซึ่งศาลต้องมีคำพิพากษาเพื่อสร้างความชัดเจนดังกล่าว แม้ในระบอบกฎหมายซีวิลลอว์ คำพิพากษาของศาลจะไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าแนวคำพิพากษาโดยเฉพาะของศาลสูงสุด ถือเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีของศาลล่างที่หากต้องพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันก็อาจนำมาซึ่งการปรับใช้กฎหมายและชี้ผลทางกฎหมายที่เหมือนกันได้ แต่อย่างไรก็ตาม การอาศัยการวางแนวทางโดยคำพิพากษาของศาลอาจไม่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ เนื่องจากจะต้องมีการฟ้องคดีและยกประเด็นในศาลเพื่อให้มีแนวคำวินิจฉัย แต่การฟ้องคดีนั้นต้องใช้ทั้งเวลาในการดำเนินคดีซึ่งไม่ใช่ระยะเวลาสั้นๆ อีกทั้งยังต้องออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นค่าว่าจ้างทนายความ ค่าเดินทาง ค่าธรรมเนียมต่างๆ ฯลฯ ซึ่งอาจบั่นทอนแรงจูงใจ และท้ายที่สุดก็จะไม่เกิดการนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลได้ อีกทั้ง ศาลไทยเองก็ จำกัดการปรับใช้หลักสุจริตเฉพาะบางกรณีเท่านั้น ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อดีของหลักสุจริตก็คือ แม้ในเวลาที่ไม่มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่เจรจาในขั้นตอนก่อนทำสัญญา อย่างเช่น สิทธิและหน้าที่ของคู่เจรจาในการทำสัญญาแพรนไฮส์ หลักสุจริตก็เป็นเครื่องมือที่เปิดช่องให้ศาลเข้ามาอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีที่เสียเปรียบได้ โดยกำหนดหน้าที่ให้ผู้ที่ควบคุมข้อมูลที่สำคัญต้องเปิดเผยแก่อีกฝ่ายเพื่อประกอบการตัดสินใจทำสัญญา นอกจากนี้ เนื่องด้วยความหลากหลายของประเภทธุรกิจแพรนไฮส์ หลักสุจริตก็เปิดช่องให้มีการสร้างกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับสภาพโดยทั่วไปของธุรกิจนั้นๆ ได้ รายละเอียดข้อมูลที่ต้องเปิดเผยในธุรกิจแพรนไฮส์ร้านอาหารอาจไม่จำเป็นต้องเหมือนกับ รายละเอียดข้อมูลในธุรกิจแพรนไฮส์โรงแรมก็ได้ หรือระยะเวลาในการเปิดเผยข้อมูลอาจจะแตกต่างกันไปตามประเภทของธุรกิจ เหล่านี้เป็นต้น

2.4 สรุป

ผู้เขียนเสนอว่า หลักสุจริตตาม ป.พ.พ. มาตรา 5 อาจนำมาใช้เพื่อสร้างหน้าที่ให้แก่แฟรนไชส์เซอร์ ต้องเปิดเผยหรือให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจทำสัญญาแก่ผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ โดยมีข้อดีตรงที่มีความเป็นนามธรรมและยืดหยุ่น สามารถใช้ในการสร้างกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมแก่คู่กรณีเป็นรายๆได้ โดยเนื้อหาของหน้าที่อาจมีความแตกต่างกันไปได้ตามประเภทของธุรกิจ แต่ปัญหาที่สำคัญคือ การสร้างกฎเกณฑ์ดังกล่าวต้องอาศัย “ศาล” เป็นผู้วางหลักซึ่งต้องเกิดจากการฟ้องคดีให้ศาลพิจารณา (*ex post*) トラบใดที่ยังไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล แนวทางดังกล่าวก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ นอกจากนี้ การให้ดุลยพินิจแก่ศาลย่อมทำให้มีความเป็นไปได้ที่ความเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาของหน้าที่เปิดเผยข้อมูลจะไม่สอดคล้องกัน ซึ่งไม่ส่งผลดีต่อการประกอบธุรกิจที่ต้องการความแน่นอนชัดเจนในทางกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง

3. กฎหมายแฟรนไชส์ที่เกี่ยวข้องด้วยหน้าที่เปิดเผยข้อมูลโดยแฟรนไชส์เซอร์

3.1 ความเบื้องต้น

หากต้องการอุดช่องว่างของปัญหาความไม่ชัดเจนในแง่เนื้อหาเกี่ยวกับหน้าที่เปิดเผยข้อมูลจากการปรับใช้หลักสุจริต ผู้เขียนเสนอว่าการออกเป็นกฎหมายเฉพาะ³⁵ ที่ปรับใช้กับการทำสัญญาแฟรนไชส์เป็นทางออกที่เหมาะสมที่สุด เนื่องจากรัฐสามารถสร้างมาตรฐานเดียวกันได้ในทุกธุรกิจแฟรนไชส์ อีกทั้งการมีกฎหมายเฉพาะทำให้สามารถกำหนดมาตรการที่แน่นอนชัดเจนและให้ความคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจแฟรนไชส์ทุกฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สามารถกำหนดมาตรการในช่วงก่อนทำสัญญา(*pre-contractual stage*) เป็นการล่วงหน้าได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการฟ้องคดีเพื่อให้เกิดแนวคำพิพากษาของศาล

กล่าวถึงแนวโน้มทางกฎหมายในปัจจุบัน แม้จะไม่สามารถระบุจำนวนที่แน่นอนได้ แต่มีอย่างน้อย 30 ประเทศทั่วโลกที่ออกกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับธุรกิจแฟรนไชส์³⁶ หรือหากพิจารณาเฉพาะในภูมิภาคอาเซียน ประเทศเวียดนาม อินโดนีเซียและมาเลเซียมีกฎหมายเฉพาะธุรกิจแฟรนไชส์ของตนเองแล้ว³⁷ ถ้าพิจารณา

³⁵ “กฎหมายเฉพาะ” ในความหมายของผู้เขียน หมายถึง กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการเฉพาะเจาะจง โดยไม่สำคัญว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวจะอยู่ในรูปกฎหมายพิเศษต่างหากหรือบัญญัติแทรกอยู่ในกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งก็ได้

³⁶ Mark Abell, ‘The Regulation of Franchising around the World’ (2011) 9 Int'l J. Franchising L. 3

³⁷ Jeffrey A. Brimer; Mai Thi Minh Hang; Etsuko Hara; S. F. Wong; Nadia Harto; Philip F. Zeidman, ‘Government Regulation of Franchising, Licensing, and Distribution in Asia - Too Much, Too Little, or Just Right’ (2015) 13 Int'l J. Franchising L. 11, 11-46

จากวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพรนไฮส์ ออกจำแนกได้เป็นสามกลุ่มหลัก คือ กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายการค้าการลงทุนและกฎหมายแพรนไฮส์โดยแท้ ซึ่งกฎหมายแพรนไฮส์ประเภทหลังนี้มุ่งกำกับการทำสัญญาแพรนไฮส์ทั้งก่อนและหลังทำสัญญา³⁸ โดยแต่ละประเทศอาจเลือกใช้แนวทางกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง หรือผสมผสานกันก็ได้ อาทิ ในกฎหมายฉบับหนึ่งอาจเป็นกฎหมายแพรนไฮส์ที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและว่าด้วยการทำสัญญาแพรนไฮส์ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหน้าที่เปิดเผยข้อมูลควรกำหนดในกฎหมายแพรนไฮส์โดยแท้เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มากำกับดูแลการทำสัญญาแพรนไฮส์ตั้งแต่เริ่มกระบวนการเจรจาหรือขั้นตอนก่อนสัญญา ไปจนถึงการสิ้นสุดของสัญญารวมไปถึงความสัมพันธ์ภายหลังสัญญาสิ้นสุด อย่างไรก็ตาม กฎหมายแพรนไฮส์โดยแท้อาจมุ่งกำกับเฉพาะในขั้นตอนก่อนทำสัญญาอย่างเดียวก็ได้ หรือรวมไปถึงนิติสัมพันธ์ตลอดสายก็ได้

ประเด็นว่า ในกฎหมายดังกล่าวควรกำหนดกฎเกณฑ์อย่างไรบ้าง ผู้เขียนขอเสนอและวิเคราะห์ โดยเลือกเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายฝรั่งเศสและร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแพรนไฮส์ พ.ศ. (ต่อไปในบทความนี้ เรียกว่า ร่างกฎหมายไทย)³⁹ เพื่อสกัดข้อเสนอเกี่ยวกับหน้าที่เปิดเผยข้อมูลออกมา โดยสาเหตุที่เลือกศึกษาจากกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากฝรั่งเศสมีการวางหลักการที่สั้น กระชับ เหมาะสมสำหรับเป็นศึกษาเป็นแนวทางเบื้องต้นได้

3.2 ขอบเขตการปรับใช้กฎหมาย

กฎหมายฝรั่งเศสเลือกกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ บรรพ 3 มาตรา L330-3 โดยจะกำหนดหน้าที่ให้ข้อมูลต่อบุคคลใดก็ตามที่อนุญาตให้ผู้อื่นโดยเฉพาะดำเนินกิจกรรมใดๆภายใต้ชื่อองค์กร เครื่องหมายทางการค้าหรือชื่อทางการค้า ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวก็สามารถปรับใช้ได้กับการทำสัญญา

³⁸ Mark Abell, (n 36) 3.

³⁹ เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ.2559 คณะสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนหนึ่ง (โดยพลเอก สิงห์ศึก สิงห์ไพรและคณะ) ได้ร่วมกันเสนอ “ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแพรนไฮส์ พ.ศ.” ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยคณะผู้เสนอได้ใช้ร่างกฎหมายฉบับกระทรวงพาณิชย์เป็นต้นแบบและได้ปรับปรุงเนื้อหาเพิ่มเติม

สถานะของร่างกฎหมายนี้ นับถึงวันที่ 23 กันยายน 2560 ยังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาครั้งที่ 1, ตรวจสอบจากระบบประมวลผลข้อมูลการพิจารณาพระราชบัญญัติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โปรดดู <http://www.senate.go.th/w3c/senate/lawdraft.php?kw=%E0%B9%81%E0%B8%9F%E0%B8%A3%E0%B8%99%E0%B9%84%E0%B8%8A%E0%B8%AA%E0%B9%8C&submit=%E0%B8%84%E0%B9%89%E0%B8%99%E0%B8%AB%E0%B8%B2&url=lawdraft> นอกจากนี้ สามารถดูรายละเอียดของร่างกฎหมายแพรนไฮส์ได้ที่ http://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d112559-03.pdf

แฟรนไชส์เนื่องจากแฟรนไชส์ซอร์อนุญาตให้แฟรนไชส์ซีประกอบธุรกิจภายใต้รูปแบบวิธีการ เครื่องหมายการค้า และชื่อทางการค้าของตนเอง

ในส่วนของร่างกฎหมายไทย เป็นกฎหมายพิเศษที่ปรับใช้กับการทำสัญญาแฟรนไชส์โดยเฉพาะ ซึ่งใน มาตรา 4 แฟรนไชส์เป็นรูปแบบการทำธุรกิจที่แฟรนไชส์ซอร์อนุญาตให้แฟรนไชส์ซีประกอบธุรกิจในเขตพื้นที่และ ระยะเวลาที่กำหนดโดยใช้รูปแบบ ระบบ ขั้นตอนและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน จากนิยามดังกล่าว จะ เห็นได้ว่าสิ่งที่แฟรนไชส์ซอร์อนุญาตให้แฟรนไชส์ซีใช้ คือ (1) รูปแบบการทำธุรกิจ (business format) และ (2) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property rights)

ข้อสังเกตคือ กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้เขียนรับรองการอนุญาตให้ใช้รูปแบบการทำธุรกิจไว้อย่างชัดเจน อย่างร่างกฎหมายไทย จึงอาจมีปัญหาว่า การขายแฟรนไชส์ที่เน้นรูปแบบการทำธุรกิจมากกว่าการอนุญาตให้ใช้ ทรัพย์สินทางปัญญา อาจไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 330-3 นอกจากนี้ การให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจำกัด เฉพาะเครื่องหมายการค้า ซึ่งต่างจากคำนิยามของไทยที่ครอบคลุมสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไปซึ่งอาจรวมไป ถึงสิทธิบัตรหรือลิขสิทธิ์ก็ได้ แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสรับรองการอนุญาตให้ใช้ชื่อทางการค้าและชื่อบริษัทหรือองค์กร ที่มีใช้ทรัพย์สินทางปัญญา โดยที่ในร่างกฎหมายไทยมิได้เขียนครอบคลุมในกรณีดังกล่าวอย่างชัดเจน ฉะนั้น หาก เป็นการให้ใช้ชื่อทางการค้าในการประกอบธุรกิจโดยที่ชื่อดังกล่าวมิใช่เครื่องหมายการค้าตาม พ.ร.บ. เครื่องหมาย การค้า พ.ศ.2534 อาทิ การอนุญาตให้ประกอบธุรกิจขายไก่ทอดตามสูตร รูปแบบและขั้นตอนภายใต้ชื่อ ไก่ทอด ป้าลี อาจไม่เข้าข่ายลักษณะแฟรนไชส์ตามร่างกฎหมายไทย เป็นต้น

3.3 หน้าที่เปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญา

หน้าที่เปิดเผยข้อมูลโดยแฟรนไชส์ซอร์ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา L330-3 ของประมวล กฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศส โดยเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติก่อนมีการตกลงทำสัญญา ในส่วนของร่างกฎหมายไทย มาตรา 25 วรรคสอง กำหนดหน้าที่ดังกล่าวเช่นกัน แต่มีข้อสังเกตว่า ในมาตราดังกล่าวมิได้เขียนไว้อย่างชัดเจนว่า เป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติก่อนตกลงทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาประกอบมาตรา 29 ที่กำหนดให้แฟรนไชส์ซอร์มีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลหลังจากทำสัญญาแล้ว ก็อาจสันนิษฐานได้ว่าหน้าที่ตามมาตรา 25 วรรค 2 เป็น หน้าที่ก่อนเกิดสัญญา

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่า หน้าที่เปิดเผยข้อมูลตามกฎหมายฝรั่งเศสเป็นหน้าที่จัดเอกสารที่บรรจุ ข้อมูลที่เป็นจริงเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายสามารถให้ความยินยอมได้โดยมีข้อมูลประกอบอย่างเพียงพอ ซึ่งหากพิจารณา จากนิยามของ “การเปิดเผยข้อมูล” ในมาตรา 4 ของร่างกฎหมายแฟรนไชส์ไทย จะเห็นว่าเป็นการกำหนดหน้าที่ ให้แฟรนไชส์ซอร์ “...เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจของแฟรนไชส์ซอร์...” จึงเป็นที่น่าสงสัยว่า โดยสภาพของ

หน้าที่ดังกล่าว มุ่งหมายให้ข้อมูลเพื่อให้ผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์มีข้อมูลประกอบการตัดสินใจหรือเพื่อประโยชน์ของแฟรนไชส์ซียิ่งกว่าแฟรนไชส์ซอร์ จึงไม่แน่ใจว่าถ้อยคำของร่างกฎหมายดังกล่าวมีความมุ่งหมายอย่างไร

ที่สำคัญในร่างกฎหมายไทยกำหนดหน้าที่เปิดเผยข้อมูลให้รวมไปถึงการฝึกอบรม การทดลองปฏิบัติงาน (training) ซึ่งไม่ปรากฏในกฎหมายฝรั่งเศส แม้จะเห็นได้ว่าผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์จะได้ประโยชน์จากหน้าที่ดังกล่าว แต่การนิยามเช่นนี้ก็มีปัญหาเนื่องจากการกำหนดภาระให้แฟรนไชส์ซอร์ต้องปฏิบัติมากกว่าแค่การเปิดเผยหรือให้ข้อมูล แต่ยังต้องจัดการฝึกอบรมหรือการทดลองงานให้แก่ผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ซึ่งยังไม่แน่ว่าจะมีการตกลงทำสัญญากันจริงหรือไม่ ซึ่งภาระดังกล่าวย่อมตามมาค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียทำให้อาจบั่นทอนแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจในการใช้รูปแบบแฟรนไชส์ได้ อีกทั้งหน้าที่อบรมก่อนสัญญาฯ ยังซ้ำซ้อนกับหน้าที่ในมาตรา 32 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการจัดอบรมให้แฟรนไชส์ซีอยู่แล้ว⁴⁰ จึงน่าจะสงสัยว่าเหตุใดต้องกำหนดหน้าที่ฝึกอบรมไว้ตั้งแต่ยังไม่มีการทำสัญญาทั้งที่โดยสภาพหน้าที่นี้ควรเป็นหน้าที่ที่ต้องทำหลังตกลงทำสัญญาแล้ว

ในกฎหมายฝรั่งเศสระบุว่าหน้าที่เปิดเผยข้อมูลนี้ต้องทำต่อคู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งย่อมหมายถึงผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ ส่วนในร่างกฎหมายไทยมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องเปิดเผยข้อมูลแก่ใคร แต่ก็ย่อมต้องหมายถึงผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี ทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและร่างกฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลที่แฟรนไชส์ซอร์ต้องเปิดเผยข้อมูลให้มีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร อาทิ หากเป็นเพียงผู้ติดต่อสอบถามรายละเอียดเบื้องต้นเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ จะถือได้หรือไม่ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่ต้องได้รับการเปิดเผยข้อมูลแล้ว เป็นต้น

3.3.1 ระยะเวลาการเปิดเผยข้อมูล

ตามมาตรา L330-3 วรรค 4 ของกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดว่าแฟรนไชส์ซอร์จะต้องเปิดเผยข้อมูลรวมไปถึงสัญญาแฟรนไชส์ให้แก่ผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์อย่างน้อย 20 วันก่อนลงนามในสัญญา หรือหากจำเป็นต้องมีการชำระเงินก่อนทำสัญญา ระยะเวลา 20 วันให้นับถึงก่อนวันชำระเงินเช่นว่านั้น ซึ่งแตกต่างจากร่างกฎหมายไทยที่ไม่มีกำหนดกรอบเวลาในการเปิดเผยข้อมูลก่อนทำสัญญา แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนหน้าที่เปิดเผยข้อมูลหลังจากทำสัญญาตามมาตรา 29 มีการกำหนดกรอบเวลาไว้คือ ภายใน 60 วันนับแต่วันทำสัญญา

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาของระยะเวลาของการเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญที่สุดคือ จะเริ่มนับจาก ณ เวลาใดมากกว่าประเด็นว่าจะกำหนดเวลาเพียงใด แม้ในกฎหมายฝรั่งเศสจะกำหนดกรอบเวลา 20 วันก่อนลงนามในสัญญาหรือหากจำเป็นต้องมีการชำระเงินก่อนทำสัญญา ระยะเวลา 20 วันให้นับถึงก่อนวันชำระเงิน จะมีข้อดีในแง่ที่ หากคู่เจรจารู้แน่นอนว่าจะทำสัญญาหรือชำระเงินกันในวันใดแล้ว ระยะเวลาเช่นว่านั้นย่อมสร้าง

⁴⁰ ตามตัวบทให้คำว่า “...ให้แก่แฟรนไชส์ซอร์...” ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าน่าจะเกิดจากความผิดพลาดในการพิมพ์ซึ่งพบได้ทั่วไปในร่างกฎหมายนี้ ทำให้สื่อให้เห็นถึงความไม่รอบคอบและใส่ใจในรายละเอียดของการการเสนอกฎหมายซึ่งมีความสำคัญอย่างมากสำหรับการส่งเสริมธุรกิจแฟรนไชส์

ความชัดเจนให้แก่ผู้สนใจจะเข้าทำสัญญาว่าจะได้รับข้อมูลที่จำเป็นในช่วงเวลาใด แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ในทางปฏิบัติอาจจะเป็นการยากที่จะทราบวันลงนามทำสัญญาได้ตั้งแต่ต้นของการเจรจา อันจะส่งผลให้การนับระยะเวลา 20 วันโดยนับถอยหลังจากวันลงนามในสัญญาอย่างในกฎหมายฝรั่งเศสย่อมเป็นไปได้ยากตามไปด้วย ฉะนั้น กรอบเวลาควรกำหนดให้สอดคล้องกับความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเสนอว่า แพรนไซส์ซอร์มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลต่อผู้ที่ “แสดงความประสงค์” จะเข้าทำสัญญา แพรนไซส์ เมื่อมีผู้สนใจแสดงเจตนาที่จะเข้าทำสัญญา แพรนไซส์ต่อ แพรนไซส์ซอร์แล้ว แพรนไซส์ซอร์ย่อมมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลภายใน 20 วัน นับจากวันแสดงเจตนา เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถนำไปใช้พิจารณาประกอบการตัดสินใจทำสัญญาได้ รวมไปถึงหากมีข้อสงสัยเพิ่มเติมก็อาจมีการสอบถาม เจรจาท่อ ในภายหลังได้ หากกำหนดกรอบเวลาเริ่มต้นเช่นนี้จะทำให้ แพรนไซส์ซอร์สามารถปฏิบัติตามได้ง่ายกว่า และทำให้ ผู้สนใจซื้อ แพรนไซส์สามารถคาดหมายได้ว่า ตนจะได้รับข้อมูลภายในกำหนดเมื่อใด

หากย้อนกลับพิจารณาร่างกฎหมายไทย ดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้วว่า ในขั้นตอนการเปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาไม่มีกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนในมาตรา 25 วรรค 2 ซึ่งแม้จะมีข้อดีตรงที่เมื่อไม่กรอบเวลา แพรนไซส์ซอร์ย่อมมีความยืดหยุ่นในการจัดเตรียมข้อมูลเพื่อเปิดเผยต่อผู้สนใจจะทำสัญญา ซึ่งในบางครั้งอาจจะต้องใช้ระยะเวลาในการจัดเตรียมเอกสารพอสมควร แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อ แพรนไซส์ซอร์เป็นผู้ที่มีข้อมูลที่สำคัญอยู่ในความครอบครองอยู่แล้ว จึงไม่มีเหตุที่ต้องใช้ระยะเวลาในการจัดเตรียมข้อมูลมากนัก หากไม่มีกรอบเวลาที่ชัดเจนย่อมทำให้เกิดการประวิงเวลาในการเปิดเผยข้อมูลได้ ดังนั้น การกำหนดกรอบเวลาที่ชัดเจนย่อมเป็นการให้ความคุ้มครองผู้สนใจซื้อ แพรนไซส์ในอันที่จะได้รับข้อมูลสำหรับตัดสินใจทำสัญญา โดยกรอบระยะเวลาที่เป็นไปตามที่ผู้เขียนได้เสนอไปข้างต้น

3.3.2 รายละเอียดของข้อมูลที่ต้องเปิดเผย

ตามมาตรา L330-3 วรรคสองของกฎหมายฝรั่งเศส ไว้กว้างหลักว่า ข้อมูลที่ต้องทำการเปิดเผย อาจกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายก็ได้ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลที่จำต้องเปิดเผยอย่างน้อยจะต้องประกอบไปด้วย ข้อมูลเกี่ยวกับอายุและประสบการณ์ทางธุรกิจของ แพรนไซส์ซอร์ สถานะและความเป็นไปได้ในการเติบโตของตลาด ความสำคัญของเครือข่าย ระยะเวลาของสัญญา เงื่อนไขการต่ออายุสัญญา เงื่อนไขการโอนสัญญา การเลิกสัญญาและเขตจำเพาะในการประกอบกิจการ แพรนไซส์ ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ.1991 ฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายกำหนด ข้อมูลที่ต้องมีการเปิดเผยโดยนอกจากจะเน้นย้ำข้อมูลดังที่ระบุในมาตรา L330-3 วรรคสองแล้ว ยังกำหนดเพิ่ม ข้อมูลที่ต้องเปิดเผยเพิ่มขึ้นมาอีก อาทิ ลักษณะเฉพาะของบริษัทและรายละเอียดการจดทะเบียนของบริษัท รายละเอียดเกี่ยวกับบัญชีธนาคาร อายุของบริษัท สภาพทั่วไปและสภาพท้องถิ่นของตลาดสำหรับสินค้าและบริการ แพรนไซส์ และงบประมาณที่ต้องลงทุนในกิจการ แพรนไซส์ เป็นต้น⁴¹

⁴¹ Odavia Bueno Díaz (n 14) 64-65

แต่อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายแพรนไฮส์ของไทยมิได้กำหนดรายละเอียดข้อมูลที่ต้องเปิดเผยไว้ในมาตรา 25 วรรคสอง เนื่องจากรายละเอียดดังกล่าวให้จัดทำโดยประกาศคณะกรรมการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแพรนไฮส์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อดีในแง่ที่คณะกรรมการฯสามารถกำหนดเพิ่มหรือลดรายละเอียดของข้อมูลได้ตามสภาพสังคม การเมือง เศรษฐกิจ หรือสภาพการทำธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อาทิ ในอดีตองค์กรธุรกิจไม่มีการใช้สื่อสังคมออนไลน์ในการทำการตลาดสินค้าและบริการของตน แต่ในปัจจุบันองค์กรธุรกิจกลับมีการใช้สื่ออย่าง Facebook Twitter ในการทำการตลาดมากขึ้น เช่นนี้ ข้อมูลที่องค์กรธุรกิจแพรนไฮส์จะต้องเปิดเผยอาจรวมไปถึงรายละเอียดเกี่ยวกับสื่อออนไลน์ด้วยก็ได้ แต่ข้อเสียก็อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของประกาศทำได้ง่าย จึงอาจเกิดความไม่แน่นอนได้ ซึ่งในแง่นี้การกำหนดรายละเอียดบางส่วนไว้ในกฎหมายแม่บทอย่างฝรั่งเศสก็ช่วยให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น ดังนั้น ผู้เขียนเสนอว่า ในมาตรา 25 วรรค 2 ของร่างกฎหมายไทยควรกำหนดเนื้อหาของข้อมูลที่สำคัญที่จะต้องเปิดเผยโดยอาจเทียบจากข้อมูลที่กำหนดในมาตรา L330-3 วรรคสองของกฎหมายฝรั่งเศส ในส่วนข้อมูลอื่นๆให้ออกเป็นประกาศคณะกรรมการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแพรนไฮส์ซึ่งสามารถกำหนดรายละเอียดได้ตามสภาพแวดล้อมในทางสังคม การเมือง เศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากข้อมูลเหล่านี้อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามเวลา การกำหนดไว้ในตัวประกาศซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองย่อมมีความยืดหยุ่นในการแก้ไขมากกว่าการกำหนดในพระราชบัญญัติ

ในแง่ของรูปแบบการให้ข้อมูล กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้จัดทำในรูปของเอกสาร แต่ไม่ปรากฏการกำหนดเช่นนั้นในร่างกฎหมายไทยแต่อย่างใด ทำให้อาจตีความได้ว่าการบอกกล่าวด้วยวาจาก็สามารถกระทำได้ แม้ในทางปฏิบัติการให้ข้อมูลด้วยวาจาอาจเป็นภาระและมีข้อจำกัดกว่าการทำเป็นเอกสารก็ตาม แต่ในตัวร่างกฎหมายไทยควรกำหนดให้ชัดเจนว่าจะให้ทำการเปิดเผยข้อมูลในรูปแบบใด

3.4 สรุป

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหน้าที่เปิดเผยข้อมูลแก่แพรนไฮส์ซอร์โดยใช้กฎหมายเฉพาะเป็นทางออกที่ดีที่สุดที่จะจัดการกับปัญหาการขาดข้อมูลในช่วงก่อนทำสัญญาเนื่องจากสามารถกำหนดเนื้อหาของหน้าที่ได้อย่างชัดเจน เป็นมาตรฐานเดียวกันปรับใช้กับทุกสัญญาแพรนไฮส์ และทำให้แพรนไฮส์ซอร์สามารถรู้ได้ล่วงหน้าว่าตนมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลใดบ้าง ภายในกรอบเวลาเท่าใด หากฝ่าฝืนหน้าที่จะมีผลตามมาอย่างไร ซึ่งจะคุ้มครองผู้สนใจซื้อแพรนไฮส์ในช่วงก่อนทำสัญญาได้ดีกว่าการปรับใช้หลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การใช้แนวทางออกเป็นกฎหมายเฉพาะนั้น มิได้ตัดขาดจากแนวคิดของหลักสุจริตแต่อย่างไร หากแต่เป็นการสะท้อนแนวคิดของหลักสุจริตให้ปรากฏอย่างชัดเจนในรูปของกฎหมาย

เฉพาะ ฉะนั้น การออกเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อกำหนดหน้าที่ก่อนสัญญาจึงควรบัญญัติให้สอดคล้องกับความประสงค์ในทางสุจริตที่ต้องซ่งน้ำหนักและคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทุกฝ่าย

โดยกฎหมายเฉพาะอาจจะอยู่ในรูปของการบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอย่างระบบฝรั่งเศส หรือในรูปของกฎหมายพิเศษอย่างที่กำลังพิจารณาในไทยก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม จากที่ศึกษาเปรียบเทียบทำให้เห็นถึงข้อบกพร่องบางจุดของร่างกฎหมายไทย ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอแนวทางแก้ไขในหัวข้อถัดไป

4. ข้อเสนอแนะและสรุป

4.1 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้วิเคราะห์ไปข้างต้น ระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่สามารถแก้ปัญหาภาวะที่ไม่เท่าเทียมกันของข้อมูลในการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์และให้ความคุ้มครองผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ให้ได้รับข้อมูลที่เพียงพอก่อนตัดสินใจทำสัญญากับแฟรนไชส์ซอร์ แม้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อที่ 2 ว่า ในการแก้ปัญหาดังกล่าว อาจทำได้ด้วยการนำใช้หลักสุจริตเพื่อกำหนดหน้าที่ก่อนสัญญาให้กับแฟรนไชส์ซอร์อย่างเช่นระบบกฎหมายเยอรมัน โดยให้แฟรนไชส์ซอร์มีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นต่อผู้สนใจซื้อแฟรนไชส์ แต่ข้อเสียของการปรับใช้หลักการดังกล่าวคือ ความไม่แน่นอน กล่าวคือ การปรับใช้กฎหมายเช่นนี้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลเป็นสำคัญ ซึ่งก็เป็นไปได้ว่าแต่ละศาลอาจมีความเห็นไม่สอดคล้องกันในแง่ของการกำหนดหน้าที่และเนื้อหาของหน้าที่ ซึ่งในปัจจุบันไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานในกรณีเช่นนี้มาก่อน นอกจากนี้ การใช้แนวทางเช่นว่านั้นต้องเกิดจากการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งมีค่าใช้จ่ายไม่น้อย ทำให้ในทางปฏิบัติย่อมเป็นไปได้ที่จะไม่เกิดการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล เพื่อให้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอว่า หากประเทศไทยต้องการใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ซื้อแฟรนไชส์ในช่วงก่อนทำสัญญาโดยเฉพาะในประเด็นการเปิดเผยข้อมูลที่จำเป็น รัฐควรกำหนดสร้างกฎเกณฑ์เฉพาะขึ้นมาเพื่อสร้างความชัดเจนและมาตรฐานเดียวกันในแง่การสิทธิและหน้าที่ก่อนสัญญา และเนื้อหาของสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว อย่างเช่นประเทศอิตาลี ในอดีตก็อาศัยหลักสุจริตในการกำหนดหน้าที่เปิดเผยข้อมูลในระหว่างการเจรจาทำสัญญา และต่อมาก็แปลงหน้าที่ดังกล่าวมาอยู่ในรูปของกฎหมายเฉพาะเพื่อให้เกิดความชัดเจน⁴²

ในการสร้างกฎเกณฑ์เฉพาะเพื่อใช้กับธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย เป็นที่น่าสนใจว่า ในขณะที่มีการเสนอร่างกฎหมายแฟรนไชส์เพื่อให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาออกเป็นกฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งในตัวร่างกฎหมายดังกล่าวก็ปรากฏการรับรองแนวคิดว่าด้วยหน้าที่เปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาไว้ในมาตรา 25

⁴² Paula Mena Barreto; Silvia Bortolotti; Melissa Murray; Cristobal Porzio; Josh Simons 'Good Faith in Franchising' (2015) 13 Int'l J. Franchising L. 17, 19-20

วรรคสอง แต่อย่างไรก็ตาม จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายฝรั่งเศสในหัวข้อที่ 3 ผู้เขียนเห็นว่า ร่างกฎหมายแพรนไซส์ มาตรา 25 วรรคสองมีข้อบกพร่องบางประการซึ่งอาจสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขได้ดังนี้

1. ตามร่างกฎหมายแพรนไซส์ไทยควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่า หน้าที่เปิดเผยข้อมูลในมาตรา 25 วรรคสองต้องปฏิบัติก่อนมีการตกลงทำสัญญากัน กล่าวคือ ก่อนมีการลงนามในสัญญาหากสัญญาแพรนไซส์นั้นตกลงกันให้ทำเป็นหนังสือ และหากมีการตกลงทำสัญญากันโดยไม่มีเปิดเผยข้อมูลก่อน อาจส่งผลทำให้แพรนไซส์ซีมีสิทธิบางประการได้ ซึ่งจะกล่าวในข้อ 5

2. ในแง่ผู้มีสิทธิรับข้อมูล ผู้เขียนเสนอว่าควรมีการบัญญัติหลักเกณฑ์บางประการเพื่อให้แพรนไซส์ซอร์สามารถพิจารณาได้ว่าตนจะต้องเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้ใด อาทิ แพรนไซส์ซอร์มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลต่อผู้ที่ “แสดงความประสงค์” จะเข้าทำสัญญาแพรนไซส์ โดยพิจารณาจากความหนักแน่นของการแสดงเจตนาและพฤติการณ์อื่นๆโดยทั่วไปประกอบ การกำหนดเกณฑ์เช่นนี้ ก็เพื่อให้แพรนไซส์ซอร์สามารถทราบได้ว่า ตนมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลแล้วหรือยัง

3. ในแง่ของกรอบเวลาการเปิดเผยข้อมูล ผู้เขียนเสนอว่า ควรมีการกำหนดกรอบเวลาที่ชัดเจนเพื่อให้แพรนไซส์ซอร์ปฏิบัติ โดยควรนับตั้งแต่วันที่แพรนไซส์ซอร์ทราบว่าต้องเปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลใด ตัวอย่างเช่น ผู้เขียนเสนอว่า แพรนไซส์ซอร์มีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลภายใน 20 วัน นับจากวันที่ผู้สนใจจะเข้าทำสัญญาแพรนไซส์ได้แสดงเจตนา

4. ในแง่เนื้อหาของข้อมูล มาตรา 25 วรรคสองควรกำหนดเนื้อหาของข้อมูลที่สำคัญที่ต้องเปิดเผยให้ชัดเจน อาทิ ข้อมูลเกี่ยวกับตัวแพรนไซส์ซอร์ แนวโน้มการเติบโตของธุรกิจแพรนไซส์ เนื้อหาของสัญญาที่จะใช้จริง ซึ่งจะให้ผู้สนใจทราบสิทธิและหน้าที่หลักๆของตนตามสัญญา ส่วนข้อมูลอื่นๆให้กำหนดในรูปของประกาศ คณะกรรมการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแพรนไซส์ซึ่งสามารถกำหนดรายละเอียดได้ตามสภาพแวดล้อมในทางสังคม การเมือง เศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่าย

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดเผยข้อมูลควรจำกัดเฉพาะการ “ให้ข้อมูลที่จำเป็น” โดยไม่ควรกำหนดหน้าที่ฝึกอบรมหรือทดลองงานไว้อย่างที่นิยามในมาตรา 4 ซึ่งเป็นการซ้ำซ้อนกับหน้าที่หลังสัญญา อีกทั้งยังก่อให้เกิดภาระอย่างมากต่อแพรนไซส์ซอร์ด้วย ในส่วนรูปแบบการให้ข้อมูล ควรจัดทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเอกสารที่เป็นกระดาษหรือในรูปเอกสารอิเล็กทรอนิกส์

5. ในร่างกฎหมายแพรนไซส์ไม่ปรากฏสภาพบังคับหรือวิธีการเยียวยาในกรณีที่แพรนไซส์ซอร์ฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเสนอว่า ควรกำหนดให้ชัดเจนเพื่อให้แพรนไซส์ซอร์ทราบว่าเกิดผลกระทบอะไรบ้างหากตนไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งสภาพบังคับนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรเป็นสภาพบังคับในทางแพ่ง กล่าวอีกนัยก็คือไม่ควรกำหนดโทษทางอาญาต่อการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว เพราะนอกจากจะไม่เป็นการส่งเสริมให้เกิดการทำธุรกิจแพรนไซส์แล้ว ยังขัดต่อสภาพของหน้าที่เปิดเผยข้อมูลซึ่งโดยสภาพเป็นหน้าที่ในทางสัญญา

ส่วนสภาพบังคับหรือการเยียวยาทางแพ่งควรเป็นเช่นไร ผู้เขียนเสนอว่า อาจถือเกณฑ์ตาม UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law⁴³ หรือพิจารณาเทียบเคียงจากมาตรา 29 ของร่างกฎหมายไทย ซึ่งกำหนดให้สิทธิแฟรนไชส์สามารถบอกเลิกสัญญาและ/หรือเรียกค่าเสียหายได้ ฉะนั้น หากแฟรนไชส์ที่ได้ตกลงเข้าทำสัญญาโดยมิได้รับการเปิดเผยข้อมูลล่วงหน้า ก็อาจมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในภายหลังได้ แต่สิทธิเลิกสัญญาหรือเรียกค่าเสียหาย ผู้เขียนเสนอว่าควรกำหนดเกณฑ์และกรอบเวลาให้ชัดเจน อาทิ สิทธิเลิกสัญญาควรสามารถใช้ได้ภายใน 15 วันนับจากวันทำสัญญาเป็นต้น หรือสิทธิเรียกค่าเสียหายควรจะต้องเป็นกรณีที่แฟรนไชส์ซอร์มีความผิด (fault) และแฟรนไชส์ซีได้รับความเสียหายจริงซึ่งสอดคล้องกับหลักการทั่วไปในเรื่องค่าเสียหาย เป็นต้น

4.2 สรุป

การส่งเสริมธุรกิจแฟรนไชส์ให้แพร่หลายในประเทศไทย นอกจากปัจจัยแวดล้อมในแง่ความมีเสถียรภาพในทางการเมืองและเศรษฐกิจที่มั่นคงจะต้องเอื้ออำนวยต่อการทำธุรกิจแล้ว ความแน่นอนในแง่กฎหมายที่สร้างมาตรฐานและความชัดเจนให้แก่บุคคลที่ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์ก็มีส่วนสำคัญที่จะดึงดูดนักลงทุนไม่ว่ารายเล็กหรือรายใหญ่ให้หันมาใช้รูปแบบการทำธุรกิจนี้ในการกระจายสินค้าและบริการ รวมไปถึงดึงดูดผู้ที่ต้องการมีธุรกิจของตนเองซึ่งไม่จำเป็นต้องมีประสบการณ์ทางธุรกิจมาก่อนให้หันมาพิจารณาการลงทุนในธุรกิจแฟรนไชส์

แต่โดยสภาพที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมักไม่มีความเท่าเทียมกันในฐานะทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ แฟรนไชส์ซอร์มักเป็นผู้ประกอบกิจการที่มีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์มาแล้วในทางธุรกิจ แต่กลับกัน แฟรนไชส์ซีมักเป็นบุคคลธรรมดาหรือ SMEs ที่อาจจะยังขาดประสบการณ์และมีเงินทุนจำกัด ฉะนั้น การเข้าทำสัญญาจึงควรเน้นให้ความคุ้มครองฝ่ายหลังโดยควรให้เขาได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจทำสัญญาให้ได้มากที่สุด ซึ่งการทำเช่นนี้ได้ ก็ขึ้นอยู่กับแฟรนไชส์ซอร์เป็นสำคัญ หากเป็นผู้ประกอบการที่สุจริต เป็นมืออาชีพก็อาจจะไม่เกิดปัญหามากนัก แต่ก็หาใช่ว่าแฟรนไชส์ซอร์ทุกคนจะเป็นผู้ประกอบการที่สุจริต เป็นมืออาชีพเสมอไป กฎหมายจึงมีบทบาทสำคัญที่จะเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ซึ่งจากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดก็เห็นได้ว่า การปรับใช้หลักกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันอาจจะไม่เพียงพอต่อการแก้ปัญหาข้อมูลที่ไม่เท่าเทียมกันอีกต่อไป เห็นได้จากการที่ประเทศอื่นๆที่ต้องการพัฒนาธุรกิจแฟรนไชส์ล้วนหันมาพึ่งพาการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อปรับใช้กับการทำธุรกิจ อย่างเช่นประเทศเนเธอร์แลนด์ที่กำลัง

⁴³ ดูรายละเอียดได้ที่ <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law>

พิจารณาเพิ่มเติมกฎหมายแฟรนไชส์เข้าไปในประมวลกฎหมายแพ่งของตน⁴⁴ คำถามที่สำคัญคือ ถึงเวลาแล้วหรือยังที่รัฐควรพิจารณาการออกกฎหมายตามแนวทางดังกล่าวเพื่อส่งเสริมและปูทางให้ธุรกิจแฟรนไชส์สามารถเดินไปได้อย่างราบรื่นในประเทศไทย โดยที่คู่สัญญาทุกฝ่ายได้รับความเป็นธรรมและได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสมสอดคล้องกับหลักสุจริต

⁴⁴ Bart Beekman, ‘Netherlands: Dutch Franchise Code Will Become Legally Enforceable (Dutch)’ (Mondaq, 11 May 2017) http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=593418&email_access=on&chk=2148272&q=1554854 accessed 17 May 2017

บรรณานุกรม

หนังสือ

กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2555)
สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559)

Books

Andrew J. Sherman, *Franchising & Licensing: Two Powerful Ways to Grow Your Business in Any Economy*, (4th edn, AMACOM 2011)

Arthur S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code* (4th edn, Kluwer Law International 2011)

Blair RD and Lafontaine F, *The Economics of Franchising* (Cambridge University Press 2005)

Dennis Campbell and Louis Lafili (eds), *Distributorships, Agency and Franchising in an International*

Arena: Europe, the United States, Japan and Latin America (Kluwer Law and Taxation Publishers 1990)

Gerhard Robbers, *An Introduction to German Law*, (Michael Jewell Tr, 6th edn, Nomos 2017)

Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, (Edward Elgar 2014)

Mark Abell, *The law and regulation of franchising in the EU* (Edward Elgar 2013)

Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to German Law* (2nd edn, Kluwer Law International 2005)

Odavia Bueno Díaz, *Franchising in European Contract Law: A comparison between the main obligations of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish law* (sellier. european law publisher 2008)

U.S. Department of Commerce, *Franchising in the economy 1978-1980* (1980)

Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *Introduction to German Law* (Kluwer Law International 1996)

Article

Donald P. Horwitz and Walter M. Volpi, ‘Regulating the Franchise Relationship’ (1980) 54 St. John’s L. Rev.

Jeffrey A. Brimer; Mai Thi Minh Hang; Etsuko Hara; S. F. Wong; Nadia Harto; Philip F. Zeidman, ‘Government Regulation of Franchising, Licensing, and Distribution in Asia - Too Much, Too Little, or Just Right’ (2015) 13 Int’l J. Franchising L.

Mark Abell, ‘The Regulation of Franchising around the World’ (2011) 9 Int’l J. Franchising L.

P. Ronald Stephenson and Robert G. House, ‘A perspective on franchising’ (1971) 14 Business Horizons

Paula Mena Barreto; Silvia Bortolotti; Melissa Murray; Cristobal Porzio; Josh Simons ‘Good Faith in Franchising’ (2015) 13 Int’l J. Franchising L.

Robert W. Emerson, ‘Franchise Contract Clauses and the Franchisor’s Duty of Care toward Its Franchisees’ (1994) 72 N.C. L. Rev.

ภาคผนวก

French Commercial Code

คัดมาจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษอย่างเป็นทางการ ดูฉบับเต็มได้ที่

<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>

Article L330-3 “Any person who provides to another person a corporate name, trademark or trade name, by requiring therefrom an exclusivity or quasi-exclusivity undertaking in order to carry out their activity, shall be required, prior to the signature of any contract concluded in the common interest of both parties, to provide the other party with a document giving truthful information allowing the latter to commit to this contract with full knowledge of the facts.

This document, whose content shall be fixed by decree, shall specify in particular the age and experience of the undertaking, the state and prospects for development of the market concerned, the size of the network of operators, the term and conditions of renewal, cancellation and assignment of the contract and the scope of the exclusive rights.

When the payment of a sum is required prior to the signature of the contract indicated above, particularly to obtain the reservation of an area, the benefits provided in return for this sum shall be specified in writing together with the reciprocal obligations of the parties in the event of renunciation.

The document specified by the first paragraph and the draft contract shall be notified at least twenty days before the signature of the contract or, where applicable, before the payment of the sum indicated in the above paragraph.”

ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ พ.ศ. ...

คัดจากแบบเสนอร่างพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 11 สิงหาคม 2559 ดูฉบับเต็มได้ที่

http://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d112559-03.pdf

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“แฟรนไชส์” หมายความว่า

(1) การประกอบธุรกิจที่บุคคลหนึ่งเรียกว่า แฟรนไชส์ซอร์ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าแฟรนส์ซีประกอบธุรกิจ โดยใช้รูปแบบ ระบบ ขั้นตอนและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนหรือที่ผู้ให้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีสิทธิที่จะให้ผู้อื่นใช้เพื่อประกอบธุรกิจภายในระยะเวลาหรือเขตพื้นที่ที่กำหนด และการประกอบธุรกิจนั้นอยู่ภายใต้การส่งเสริมและควบคุมตามแผนการดำเนินธุรกิจของผู้ให้สิทธิในการประกอบธุรกิจ

(2) การประกอบธุรกิจอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

....

“การเปิดเผยข้อมูล” หมายความว่า การใดๆซึ่งแฟรนไชส์ซอร์มีหน้าที่เปิดเผยให้แฟรนไชส์ซีทราบเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจของแฟรนไชส์ซอร์และให้หมายความรวมถึงการฝึกอบรม การทดลองปฏิบัติงาน และการอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องและจำเป็นด้วย

มาตรา 25 ห้ามมิให้แฟรนไชส์ซอร์หรือตัวแทนทำการชักชวนหรือโฆษณา ด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือเกินความจริงเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในการชักชวนหรือโฆษณาให้ผู้อื่นเข้าร่วมทำธุรกิจ

แฟรนไชส์ซอร์หรือตัวแทนมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลและรายละเอียดตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา 29 เมื่อแฟรนไชส์ซีตกลงทำสัญญาการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับแฟรนไชส์ซอร์แล้ว แฟรนไชส์ซอร์หรือตัวแทนมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ

ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดแก่แฟรนไชส์ซีภายในหกสิบวันนับแต่วันทำสัญญา หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วแฟรนไชส์ซอร์ไม่ดำเนินการแฟรนไชส์ซีมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและแฟรนไชส์ซอร์ต้องคืนเงินค่าใช้จ่ายเงินมัดจำค่าตอบแทนและเงินใดๆที่รับไว้ทั้งหมดแก่แฟรนไชส์ซี ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิแฟรนไชส์ซีที่จะเรียกค่าเสียหายกับแฟรนไชส์ซอร์

มาตรการในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

The Measures to Control the Quasi-Fiscal Activities through Specialized Financial Institutions

วาทีนี นุชเล็ก*

Wathinee Nuchlek

บทคัดย่อ

การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจมีปัญหาการระงับการคลัง ปัญหาความไม่โปร่งใส และปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐควรกำหนดขอบเขตและกรอบการระงับการคลังในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง กำหนดให้กระทรวงการคลังเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง กำหนดให้การจัดทำสถิติการคลังภาครัฐบาลครอบคลุมรายรับและรายจ่ายจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง และกำหนดให้รัฐบาลชดเชยความเสียหายจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรควรกำหนดให้มีการเปิดเผยประมาณค่าใช้จ่ายตามนโยบายที่มีการหาเสียง ควรปรับปรุงบทนิยามคำว่า “หนี้สาธารณะ” ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ให้รวมถึงภาระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ปรับปรุงพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 กำหนดให้รัฐบาลเสนอแผนการใช้จ่ายเงินในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังต่อรัฐสภา และปรับปรุงกฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

คำสำคัญ: นโยบายกึ่งการคลัง, กิจกรรมกึ่งการคลัง, สถาบันการเงินเฉพาะกิจ, เงินนอกงบประมาณ

* นางสาววาทีนี นุชเล็ก นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายวิเคราะห์การร่างกฎหมาย กองหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Abstract

There were three problems of the use of Quasi-Fiscal Activities (QFAs) through Specialized Financial Institutions (SFIs): fiscal liabilities, transparency, and inefficiency of the legal. Therefore, they should: define the scope and the framework for fiscal liabilities of QFAs; designate the Ministry of Finance to disseminate information of QFAs; require the government financial statistic to include the revenues and expenses from QFAs; require the government to compensate for the damage arising from QFAs in the law on monetary and fiscal discipline, require to disclose expenditure estimates for the policies in the campaigns of political parties in the Organic Act on the Election of Members of the House of Representatives, revise the definition of “public debt” under the Public Debt Management Act, B.E. 2548 to cover the liabilities incurred as a result of QFAs, revise the Budget Procedures Act, B.E. 2502 by assign the government to submit the spending plan for QFAs to the parliament, and revise the law on the establishment of SFIs.

Keywords: Quasi-Fiscal Policy, Quasi-Fiscal Activity, Specialized Financial Institution, Off-Budget Expenditure

บทนำ

“กิจกรรมกึ่งการคลัง” หมายถึง การดำเนินกิจกรรมหรือนโยบายของรัฐบาลนอกระบบงบประมาณผ่านหน่วยงานอื่นที่มีใช้รัฐบาล เช่น ธนาคารกลาง สถาบันการเงินเฉพาะกิจ รัฐวิสาหกิจ ซึ่งรัฐบาลสามารถเข้าไปสั่งการให้หน่วยงานดังกล่าวใช้เงินทุนของหน่วยงานเพื่อจัดการกับระดับอุปสงค์รวมในระบบเศรษฐกิจให้เป็นไปตามที่รัฐบาลต้องการ โดยมีได้ใช้มาตรการงบประมาณรายจ่ายประจำปี การก่อกำหนดนี้สาธารณะ การจัดเก็บภาษีอากร หรือการใช้เงินคงคลัง การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของรัฐบาลผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจเป็นการดำเนินนโยบายของรัฐบาลโดยใช้สถาบันการเงินเฉพาะกิจเป็นตัวกลางในการส่งผ่านเงินทุนไปยังภาคเอกชนเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจรวมทั้งแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำทางสังคม อย่างไรก็ตาม การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทยในปัจจุบันมีปัญหาสามประการ คือ ปัญหาภาระทางการคลัง ปัญหาความไม่โปร่งใส และปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ดังนั้น บทความนี้จึงมุ่งศึกษาค้นหาและหาแนวทางการแก้ไขปัญหาภาระทางการคลังอันเกิดจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ตลอดจนแนวทางการควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจเพื่อเพิ่มความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และสอดคล้องกับหลักวินัยทางการคลัง โดยเนื้อหาของบทความประกอบด้วย 4 ส่วน คือ แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมกิจกรรมกึ่งการคลัง มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทย มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในต่างประเทศ และแนวทางการแก้ไข้ปัญหาของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยและข้อเสนอแนะ

1. แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมกิจกรรมกึ่งการคลัง

1.1 ความหมายของกิจกรรมกึ่งการคลัง

กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund : IMF) ได้กำหนดความหมายของ “กิจกรรมกึ่งการคลัง” (Quasi-fiscal Activities) ไว้ในคู่มือความโปร่งใสทางการคลัง ปี 2007 (Manual on fiscal transparency 2007) หมายถึง กิจกรรมที่ดำเนินการโดยองค์กรทางการเงิน และมีใช้ทางการเงิน และบางครั้งโดยภาคเอกชน ภายใต้การสั่งการของรัฐบาล โดยมีลักษณะทางการคลัง กล่าวคือ ในหลักการที่สามารถจำลองมาตรการทางการคลังที่เฉพาะเจาะจง เช่น ภาษี เงินอุดหนุน หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ โดยตรง แม้ว่าการนับจำนวนที่แน่นอนในบางกรณีเป็นไปได้ยากมาก ตัวอย่างเช่น เงินอุดหนุนสินเชื่อของธนาคาร และบริการสาธารณะที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ที่ให้บริการโดยรัฐวิสาหกิจ¹

¹ International Monetary Fund, Manual on fiscal transparency 2007, p. 132.

“Quasi-fiscal activities: Activities undertaken by financial and nonfinancial public corporations, and sometimes by the private sector, at the direction of the government, that are fiscal in character—that is, in

สำนักงานเศรษฐกิจการคลังได้กำหนดความหมายของคำว่า “กิจกรรมกึ่งการคลัง” หมายถึง การดำเนินกิจกรรมหรือนโยบายรัฐบาลผ่านหน่วยงานอื่นที่ไม่ใช่รัฐบาล เช่น ธนาคารกลาง สถาบันการเงินเฉพาะกิจ และรัฐวิสาหกิจ ซึ่งรัฐบาลสามารถเข้าไปแทรกแซงในกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในหน่วยงานอื่นได้ เพื่อให้มีการดำเนินนโยบายตามที่รัฐบาลต้องการโดยรัฐบาลไม่ต้องเสนองบประมาณผ่านรัฐสภา แต่อาจจะ มีผลกระทบเป็นภาระของรัฐบาลได้ในอนาคต หากการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวมีความเสียหายเกิดขึ้น เช่น โครงการบ้านเอื้ออาทรเป็นการให้สินเชื่อดอกเบี้ยต่ำแก่ประชาชนในการซื้อที่พักอาศัยโดยผ่านธนาคาร อาคารสงเคราะห์ โครงการธนาคารประชาชนเป็นการให้สินเชื่อดอกเบี้ยต่ำแก่ประชาชนที่ขาดโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินโดยผ่านธนาคารออมสิน²

รองศาสตราจารย์ ดร. วีระศักดิ์ เครือเทพ ได้กำหนดนิยามคำว่า “มาตรการกึ่งการคลัง” คือ มาตรการจัดการกับระดับอุปสงค์รวมในระบบเศรษฐกิจ โดยมีได้ใช้มาตรการงบประมาณรายจ่ายประจำปี การก่อหนี้สาธารณะ การจัดเก็บภาษีอากร หรือการใช้เงินคงคลัง หากแต่เป็นการดำเนินการโดยใช้เงินทุนจาก สถาบันการเงินของรัฐในการอัดฉีดเม็ดเงินเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจผ่านโครงการต่าง ๆ ของรัฐบาล เพื่อมุ่งหวังให้ ประชาชนมีรายได้เพิ่มขึ้น และนำไปสู่การขยายตัวของภาคธุรกิจ ซึ่งในที่สุดจะกลายเป็นแรงผลักดันให้เกิดการ ขยายตัวทางเศรษฐกิจตามที่ต้องการ³

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ปรีชา สุวรรณทัต ได้กำหนดนิยามคำว่า “กิจกรรมกึ่งการคลัง” หมายความว่า กิจกรรมการเงินของรัฐที่อยู่นอกระบบงบประมาณรายจ่ายแต่เป็นการดำเนินงานตามนโยบายของ รัฐบาลที่ผ่านธนาคารแห่งประเทศไทย ธนาคารที่เป็นรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าว อาจเกิดเป็นความเสี่ยงทางการคลังทั้งในปัจจุบันและอนาคต⁴

ดร. สมชัย จิตสุชน กำหนดนิยามคำว่า “นโยบายหรือมาตรการกึ่งการคลัง” หมายถึง มาตรการที่ รัฐบาลใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการบริหารประเทศตามที่แถลงไว้ แต่เป็นมาตรการที่มีได้มีการใช้เงิน งบประมาณแผ่นดินโดยตรง กล่าวคือ รัฐบาลมิได้มีรายได้ทั้งในรูปภาษีหรือมิใช่ภาษีและไม่มีรายจ่ายในรูปการ ใช้จ่ายภาครัฐ แต่มีผลในการจัดสรรทรัพยากรที่ไม่เป็นไปตามกลไกตลาดโดยปกติ⁵

principle, they can be duplicated by specific fiscal measures, such as taxes, subsidies, or other direct expenditures, even though precise quantification can in some cases be very difficult. Examples include subsidized bank credit and noncommercial public services provided by a public corporation”.

² สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, “คำศัพท์ เศรษฐกิจ การเงิน การคลัง ฉบับประชาชน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 2559, จาก <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=2014>.

³ วีระศักดิ์ เครือเทพ, “ความเสี่ยงทางการคลัง ความเสี่ยงของรัฐ : บทวิเคราะห์การบริหารงานภาครัฐ พ.ศ. 2544-2547,” ในการประชุมวิชาการรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 5 ประจำปี พ.ศ. 2547, จัดโดยคณะ รัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพมหานคร, 2547 : น.3.

⁴ ปรีชา สุวรรณทัต, วิชาธรรมศาสตร์ว่าด้วยการคลัง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.141.

⁵ สมชัย จิตสุชน, “พัฒนาการนโยบายการคลังหลังเกิดวิกฤตเศรษฐกิจ ปี 2540,” ในงานสัมมนาวิชาการประจำปี 2549 เรื่อง สู่หนึ่งศตวรรษหลังวิกฤตเศรษฐกิจ : ได้เรียนรู้อะไรบ้าง, จัดโดยมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2549 :

ดังนั้น จากการศึกษา นิยามที่กำหนดโดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง และนิยามที่กำหนดโดยนักวิชาการ จึงอาจสรุปได้ว่า “กิจกรรมกึ่งการคลัง” หมายถึง การดำเนินกิจกรรมหรือนโยบายของรัฐบาลนอกระบบงบประมาณผ่านหน่วยงานอื่นที่มีใช้รัฐบาล เช่น ธนาคารกลาง สถาบันการเงินเฉพาะกิจ รัฐวิสาหกิจ ซึ่งรัฐบาลสามารถเข้าไปสั่งการให้หน่วยงานดังกล่าวใช้เงินทุนของหน่วยงานเพื่อจัดการกับระดับอุปสงค์รวมในระบบเศรษฐกิจให้เป็นไปตามที่รัฐบาลต้องการ โดยมีได้ใช้มาตรการงบประมาณรายจ่ายประจำปี การก่อหนี้สาธารณะ การจัดเก็บภาษีอากร หรือการใช้เงินคลัง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอาจมีผลกระทบเป็นภาระของรัฐบาลและอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงทางการคลังทั้งในปัจจุบันและในอนาคต

1.2 ข้อดีและข้อเสียของกิจกรรมกึ่งการคลัง

การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังเป็นการดำเนินนโยบายของรัฐบาลโดยไม่ต้องเสนอของบประมาณผ่านรัฐสภาจึงมีข้อดีคือช่วยให้รัฐบาลดำเนินนโยบายต่าง ๆ ให้บรรลุผลได้ภายใต้งบประมาณที่จำกัดและเพิ่มความคล่องตัวและความยืดหยุ่นในการดำเนินนโยบายของรัฐบาล นอกจากนี้ การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ⁶ ยังช่วยให้รัฐบาลสามารถเข้าถึงและให้ความช่วยเหลือประชาชนกลุ่มเป้าหมายได้โดยตรงเพราะสถาบันการเงินเฉพาะกิจมีความใกล้ชิดและทราบความต้องการของกลุ่มเป้าหมาย⁷ อย่างไรก็ตาม การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังมีข้อเสียคือทำให้เกิดปัญหาภาระทางการคลังแก่รัฐบาลและการไม่สะท้อนถึงฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาล เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีการจัดทำสถิติการคลังภาครัฐบาลเพื่อใช้ประกอบการศึกษาวิเคราะห์นโยบายและแสดงฐานะการคลังของรัฐบาล (Government Finance Statistic : GFS) ตามที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศกำหนดขึ้นในปี ค.ศ. 2001⁸ ซึ่งไม่มีการบันทึกรายรับและรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง⁹ ทำให้ดุลงบประมาณ (Budgetary Balance) ในเอกสารประกอบ

น.8.

⁶ ปัจจุบันมี 8 แห่ง ได้แก่ (1) ธนาคารออมสิน (2) ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (3) ธนาคารอาคารสงเคราะห์ (4) ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (5) ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (6) ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (7) บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม และ (8) บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย

⁷ สุขุมลย์ ลัดพลี และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยการศึกษาแนวทางการพัฒนาสถาบันการเงินเฉพาะกิจ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2552), น.26.

⁸ นฤมล หริจันทะวงศ์, “การจัดทำสถิติการคลังตามคู่มือ GFS ค.ศ. 2001,” ฉบับที่ 27 วารสารการงบประมาณ, น. 55 (2555).

⁹ วรัญญู เทพหัสติน ณ อยุธยา และคณะ, “สัมฤทธิ์ผลการนำนโยบายการคลังไปปฏิบัติ ระหว่างปีพุทธศักราช 2544-2554,” ฉบับที่ 2 วารสารสมาคมนักวิจัย, น.17 (2557).

งบประมาณไม่สะท้อนฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาล¹⁰ และอาจส่งผลให้รัฐบาลประเมินขีดความสามารถในการใช้จ่ายและการก่อหนี้สาธารณะในอนาคตของประเทศสูงกว่าฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาล¹¹ และไม่สอดคล้องกับระบบสถิติทางการคลังของภาครัฐบาลที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศปรับปรุงใหม่ในปี ค.ศ. 2014 ที่กำหนดให้การจัดทำสถิติทางการคลังภาครัฐบาลควรครอบคลุมถึงการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังขององค์กรที่เกี่ยวกับภาคสาธารณะ¹²

1.3 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกิจกรรมกึ่งการคลัง

หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกิจกรรมกึ่งการคลังประกอบด้วยกรอบวินัยทางการคลังและหลักกฎหมายทั่วไปทางการคลัง

1.3.1 กรอบวินัยทางการคลัง

“กรอบวินัยทางการคลัง” หมายถึง การที่รัฐสามารถรักษาดุลยภาพระหว่างรายได้กับรายจ่ายไว้ได้ โดยมีการใช้จ่ายของภาครัฐอย่างเหมาะสมเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนดและมีประสิทธิภาพ มีการหารายได้เพียงพอกับรายจ่าย มีการรักษาเงินคงคลังให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม และมีการบริหารหนี้สาธารณะให้อยู่ในระดับที่สามารถใช้คืนได้ตลอดจนไม่เป็นภาระต่องบประมาณในอนาคต ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะทำให้รัฐมีเสถียรภาพทางการคลังและมีความน่าเชื่อถือทั้งทางกลไกและกระบวนการทางการคลัง ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 ได้กำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ โดยอย่างน้อยในเนื้อหากฎหมายดังกล่าวจะต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรอบการดำเนินการทางการคลังและงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการคลังด้านรายได้ และรายจ่ายทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารทรัพย์สินของรัฐและเงินคงคลัง และการบริหารหนี้สาธารณะ รวมทั้งได้กำหนดกรอบวินัยทางการคลังในเรื่องต่าง ๆ ไว้ ได้แก่ หลักเกณฑ์การจ่ายเงินแผ่นดิน (มาตรา 140) หลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดิน (มาตรา 141) หลักความครอบคลุมของเอกสารงบประมาณ (มาตรา 142) และอำนาจของรัฐสภาในการอนุมัติงบประมาณ (มาตรา 143)

¹⁰ บุญตรีโกศล โฆษิตานุกฤติ, “กิจกรรมกึ่งการคลังและผลกระทบต่อสถานะทางการคลัง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 2559, จาก <http://www.fpo.go.th/S-/Source/ECO/ECO53.pdf>.

¹¹ วีระศักดิ์ เครือเทพ, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 3*, น. 3.

¹² International Monetary Fund, GOVERNMENT FINANCE STATISTIC MANUAL 2014, (n.p., 2014), 8.

1.3.2 หลักกฎหมายทั่วไปทางการคลังที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการดำเนินกิจกรรม กึ่งการคลัง

หลักกฎหมายทั่วไปทางการคลังที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังมี 4 หลัก ได้แก่ หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ หลักการตรวจสอบได้ หลักความโปร่งใส และหลักเสถียรภาพ

หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ (Unity) วางหลักไว้ว่ารายรับและรายจ่ายทั้งหมดจะต้องปรากฏอยู่ในงบประมาณเดียวกันเพื่อให้การตัดสินใจอนุมัติหรือไม่อนุมัติงบประมาณของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปโดยถูกต้อง และทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาได้อย่างทันทีว่างบประมาณมีคุณภาพระหว่างรายรับและรายจ่ายหรือไม่¹³

หลักการตรวจสอบได้ (Accountability) เป็นการกำหนดความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติโดยแบ่งการตรวจสอบออกเป็น 2 ช่วง คือ¹⁴ การตรวจสอบก่อนการใช้งบประมาณโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และการตรวจสอบภายหลังการนำงบประมาณไปใช้

หลักความโปร่งใส (Transparency) กองทุนการเงินระหว่างประเทศได้จัดทำประมวลความโปร่งใสทางการคลัง (Fiscal Transparency Code (2014))¹⁵ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ความโปร่งใสทางการคลังแบ่งออกเป็น 4 มิติ มิติที่ 1 กำหนดแนวทางปฏิบัติให้การรายงานทางการคลัง (Fiscal Reporting) ครอบคลุมถึงกิจกรรมทางการคลังของภาคสาธารณะและกิจการทางการคลังที่อยู่ภายใต้ภาคสาธารณะตามมาตรฐานสากล มิติที่ 2 กำหนดแนวทางปฏิบัติในการจัดทำประมาณการด้านการคลังและการงบประมาณ (Fiscal Forecasting and Budgeting) ซึ่งจะต้องมีการจัดทำการประมาณการที่ครอบคลุมรายได้ รายจ่าย และการจัดหาเงินทุนของหน่วยงานรัฐบาลกลางและเสนอยอดรวมในเอกสารงบประมาณให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรวจสอบเพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ และต้องครอบคลุมถึงเรื่องอื่น ๆ เช่น ภาระทางการคลังภายใต้โครงการการลงทุนหลายปี มิติที่ 3 กำหนดแนวทางปฏิบัติในการวิเคราะห์และการบริหารจัดการความเสี่ยงทางด้านการคลัง (Fiscal Risk Analysis and Management) โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมกึ่งการคลังได้กำหนดให้เผยแพร่ข้อมูลที่ครอบคลุมถึงกิจกรรมกึ่งการคลังที่ดำเนินการโดยองค์กรที่เกี่ยวข้องกับภาคสาธารณะ รวมถึงประมาณการการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังเป็นประจำทุกปีเป็นอย่างน้อย มิติที่ 4 กำหนดแนวทางปฏิบัติให้การบริหารจัดการรายได้จากทรัพยากรธรรมชาติ (Resource Revenue Management) ต้องมุ่งเน้นความโปร่งใสในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและการรับรู้รายได้ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุดเกี่ยวกับความโปร่งใสทางงบประมาณเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่ประเทศต่าง ๆ โดยมีหลักการที่สำคัญ 3

¹³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, คำอธิบายกฎหมายการคลัง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น. 233-234.

¹⁴ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, กฎหมายการคลัง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น.192-194.

¹⁵ International Monetary Fund, Fiscal Transparency Code (2014).

ประการ¹⁶ ประการที่หนึ่ง รายงานงบประมาณ (Budget reports) งบประมาณและเอกสารงบประมาณควรครอบคลุมรายจ่ายและรายรับทั้งหมดของรัฐบาล นอกจากนี้ ยังต้องจัดทำรายงานก่อนงบประมาณ รายงานการใช้จ่ายงบประมาณประจำเดือน รายงานการใช้จ่ายงบประมาณกลางปี รายงานการใช้จ่ายงบประมาณสิ้นปี รายงานก่อนการเลือกตั้ง ประการที่สอง การเปิดเผยข้อมูลที่เฉพาะเจาะจง (Specific Disclosures) ควรเปิดเผยข้อมูลสมมติฐานทางเศรษฐกิจ รายจ่ายภาษี หนี้สินที่เป็นเงินและสินทรัพย์ และภาระผูกพันหรือภาระที่กระทบต่องบประมาณ ประการที่สาม ความซื่อสัตย์ การควบคุม และการตรวจสอบได้ (Integrity, control and accountability) สรุปนโยบายบัญชีที่เกี่ยวข้องควรมาพร้อมกับรายงานทั้งหมดซึ่งจะต้องระบุหลักการบัญชีที่ใช้ในการจัดทำ ควรมีระบบตรวจสอบภายในเพื่อยืนยันความถูกต้องของข้อมูล นอกจากนี้ รายงานสิ้นปีงบประมาณควรผ่านการตรวจสอบโดยสถาบันการตรวจสอบสูงสุดของประเทศและรายงานการตรวจสอบโดยสถาบันตรวจสอบควรผ่านการพิจารณาโดยรัฐสภา และควรเผยแพร่รายงานทางการคลังทั้งหมดสู่สาธารณะ¹⁷

หลักเสถียรภาพ (Stability) วางหลักไว้ว่ากฎหมายควรกำหนดให้มีการกำหนดเป้าหมายของงบประมาณและหนี้สาธารณะให้สอดคล้องกับกรอบด้านการงบประมาณและการคลังระยะปานกลาง เมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายงบประมาณต่อฝ่ายนิติบัญญัติควรกำหนดให้มีการเสนอแผนงานหรือโครงการต่าง ๆ ที่อยู่ในระยะเวลา 12 เดือนของแต่ละปีงบประมาณ นอกจากนี้ กฎหมายยังอาจกำหนดให้แผนงานหรือโครงการระยะปานกลางต้องได้รับการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติ และควรกำหนดให้บุคคลหรือหน่วยงานที่ทำหน้าที่บริหารจัดการงบประมาณต้องทำรายงานผลการดำเนินงานต่อฝ่ายนิติบัญญัติภายหลังการใช้จ่ายงบประมาณด้วย

2. มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทย

ในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจปี พ.ศ. 2540 สถาบันการเงินทั้งภาครัฐและภาคเอกชนในประเทศไทย ประสบภาวะวิกฤตทางการเงินส่งผลกระทบต่อการลงทุนของภาคเอกชนและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ภายหลังวิกฤตเศรษฐกิจรัฐบาลจึงพยายามใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศ โดยมาตรการกระตุ้นเศรษฐกิจรูปแบบหนึ่งที่รัฐบาลนำมาใช้ คือ การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ซึ่งเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจโดยใช้สถาบันการเงินเฉพาะกิจเป็นตัวกลางในการส่งผ่านเงินทุนไปยังผู้ประกอบการและประชาชนเพื่อกระตุ้นให้เกิดการลงทุนและการบริโภคภายในประเทศเพิ่มขึ้น เช่น โครงการสินเชื่อสำหรับ SMEs โครงการค้ำประกันสินเชื่อให้แก่ SMEs

¹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, Best Practices for Budget Transparency (2012).

¹⁷ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษากฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานกลางทางการเงินการคลังและการงบประมาณ, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด อุดมศึกษา, 2552), น.32.

ปัจจุบันประเทศไทยมีสถาบันการเงินเฉพาะกิจทั้งหมด 8 แห่ง ได้แก่ (1) ธนาคารออมสิน (2) ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (3) ธนาคารอาคารสงเคราะห์ (4) ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (5) ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (6) ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (7) บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม และ (8) บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย โดยรัฐบาลมีการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ 5 ลักษณะ ได้แก่ (1) การให้สินเชื่อ เช่น โครงการธนาคารประชาชน (2) การแทรกแซงผลผลิตทางการเกษตร เช่น โครงการรับจำนำข้าวเปลือก (3) การพักชำระหนี้ เช่น โครงการพักหนี้เกษตรกรรายย่อยและประชาชนผู้มีรายได้น้อย (4) การค้ำประกันสินเชื่อ เช่น โครงการค้ำประกันสินเชื่อในลักษณะ Portfolio Guarantee Scheme สำหรับผู้ประกอบการใหม่ (PGS New/Start-up) และ (5) การอุดหนุนแบบให้เปล่า เช่น มาตรการเพิ่มรายได้ให้แก่ผู้มีรายได้น้อยในโครงการลงทะเบียนเพื่อสวัสดิการแห่งรัฐ และมีหน่วยงานที่กำกับดูแลและตรวจสอบสถาบันการเงินเฉพาะกิจทั้งหมด 4 หน่วยงาน ได้แก่ ธนาคารแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน โดยธนาคารแห่งประเทศไทยมีหน้าที่กำกับดูแลกิจการของสถาบันการเงินเฉพาะกิจตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2557 ที่เห็นชอบให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นหน่วยงานกำกับดูแลสถาบันการเงินเฉพาะกิจ และคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2558 ที่มอบหมายให้ธนาคารแห่งประเทศไทยกำกับดูแลสถาบันการเงินเฉพาะกิจทั้ง 8 แห่ง ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 120 สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจมีหน้าที่กำกับดูแล วิเคราะห์ฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ รวมทั้งประเมินผลรัฐวิสาหกิจเพื่อใช้ประกอบการบริหารรัฐวิสาหกิจให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตามนโยบายของรัฐ สำนักงานเศรษฐกิจการคลังมีหน้าที่กำกับดูแลสถาบันการเงินเฉพาะกิจโดยการเสนอแนะและออกแบบนโยบายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสถาบันการเงินเฉพาะกิจ รวมทั้งติดตามและดูแลการดำเนินงานของสถาบันการเงินตามนโยบาย และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินและตรวจสอบบัญชีของสถาบันการเงินเฉพาะกิจซึ่งเป็นหน่วยรับตรวจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

แม้ว่าการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทยที่ผ่านมาจะมีส่วนช่วยแก้ปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจของประเทศและมีบทบาทสำคัญในการดำเนินนโยบายของรัฐบาลต่าง ๆ ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจได้ก่อให้เกิดปัญหาภาระทางการคลังแก่รัฐบาลและภาระต่องบประมาณของประเทศเป็นจำนวนมาก ประกอบด้วยภาระที่ชัดเจน (Explicit Liability) และภาระโดยนัย (Implicit Liability)

ภาระที่ชัดเจนเป็นข้อผูกพันของรัฐบาลที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนด หรือมีข้อผูกพันหรือสัญญาที่ระบุว่ารัฐบาลต้องชำระอย่างแน่นอน แบ่งเป็นภาระโดยตรง (Direct Liability) คือ ภาระเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังที่มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้รัฐบาลต้องจัดสรรงบประมาณชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ โดยกำหนดเงื่อนไขหรือ

วงเงินการชดเชยไว้อย่างชัดเจน และภาระผูกพัน (Contingent Liability)¹⁸ ได้แก่ กรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้รัฐบาลต้องจัดสรรงบประมาณชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ แต่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือวงเงินการชดเชยไว้ กรณีที่มีกฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงินเฉพาะกิจกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้รัฐบาลต้องชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังหรือการเพิ่มทุนให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ และกรณีที่รัฐบาลค้ำประกันสินเชื่อให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง เช่น โครงการรับจำนำข้าวเปลือกในสมัยรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรีนคร ที่มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้รัฐบาลต้องจัดสรรงบประมาณชดเชยต้นทุนเงินที่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรสำรองจ่ายไปก่อนระหว่างรอการระบายผลผลิต ชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ยจากการกู้ยืม ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และผลขาดทุนของโครงการทั้งในส่วนที่รัฐจัดสรรให้และส่วนเงินทุนของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร โดยกำหนดให้กระทรวงการคลังค้ำประกันเงินต้นและดอกเบี้ยสำหรับเงินกู้ที่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรกู้ยืมจากสถาบันการเงินเพื่อเป็นทุนหมุนเวียนในการดำเนินโครงการรับจำนำข้าว รวมทั้งชดเชยค่าบริหารโครงการร้อยละ 2.25 ของต้นทุน¹⁹ โครงการประกันรายได้เกษตรกรผู้ปลูกข้าวในปีในสมัยรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ อดีตนายกรัฐมนตรีนคร ที่มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้รัฐบาลต้องจัดสรรงบประมาณให้แก่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรสำหรับเงินชดเชยส่วนต่างระหว่างราคาประกันกับราคาตลาดอ้างอิงตามโครงการประกันราคาผลผลิตการเกษตรในกรณีที่ราคาตลาดอ้างอิงต่ำกว่าราคาประกันที่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรได้สำรองจ่ายให้แก่เกษตรกรผู้เข้าร่วมโครงการไปก่อน²⁰

ภาระโดยนัยเป็นภาระของรัฐบาลที่จะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรี ข้อตกลง หรือสัญญา ที่กำหนดให้รัฐบาลรับภาระไว้อย่างชัดเจน เช่น การรับภาระหนี้แทนสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังแม้ว่ารัฐบาลไม่ได้ค้ำประกัน การเพิ่มทุนให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง การเพิ่มทุนให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจที่มีผลการดำเนินการไม่ดีหรือมีเงินกองทุนต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนด โดยอาจเรียกภาระทางการคลังนี้ว่าเป็น “ภาระผูกพันโดยนัย” (Contingent Implicit Liability) เนื่องจากมิใช่ภาระโดยตรงของรัฐบาล แต่รัฐบาลอาจต้องชำระเมื่อมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น²¹

¹⁸ พงศ์ระพีพร อาภากร และคณะ, “ความเสี่ยงทางการคลังจากการดำเนินงานของสถาบันการเงินเฉพาะกิจ,” ในบทความวิจัยประกอบการสัมมนาทางวิชาการของสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ครั้งที่ 10 ประจำปี 2556 ความเสี่ยงทางการคลัง: ความท้าทายเชิงนโยบาย, รวบรวมโดยสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (กรุงเทพฯ: สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2556), 214.

¹⁹ เห่งอ้าง, น. 211-212.

²⁰ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2552, เรื่อง การดำเนินโครงการประกันรายได้เกษตรกร (การดำเนินโครงการประกันราคาผลผลิต) และหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0201/15104 ลงวันที่ 7 กันยายน 2552.

²¹ พงศ์ระพีพร อาภากร และคณะ, อ้างแล้ว เห่งอ้างที่ 18, น.214.

ในการชดเชยภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจนั้น ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สกส. 18/2556 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลธุรกรรมนโยบายรัฐ (Public Service Account : PSA) กำหนดให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจแยกบัญชีธุรกรรมนโยบายรัฐซึ่งเป็นการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามนโยบายของรัฐบาลออกจากบัญชีธุรกรรมปกติของสถาบันการเงินเฉพาะกิจ เพื่อประโยชน์ในการขอรับงบประมาณชดเชยจากรัฐบาล ซึ่งสำนักงานเศรษฐกิจการคลังได้มีการรายงานประมาณการภาระทางการคลังทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในโครงการที่มีการแยกบัญชีธุรกรรมนโยบายรัฐที่สถาบันการเงินเฉพาะกิจขอรับการชดเชยจากรัฐบาลตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดโครงการ เงินชดเชยที่สถาบันการเงินเฉพาะกิจได้รับจากรัฐบาลแล้ว ตลอดจนภาระทางการคลังคงเหลือที่สถาบันการเงินเฉพาะกิจรอการชดเชยจากรัฐบาล ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างข้อมูลในปี 2557 ปี 2558 และปี 2559 ตามตารางดังนี้

ประมาณการภาระทางภาษารัฐที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานกิจกรรมที่โครงการที่มีการแยกบัญชีธุรกรรมนโยบายรัฐ ณ สิ้นไตรมาสที่ 2 ปี 2557 (30 มิถุนายน 2557) สิ้นไตรมาสที่ 2 ปี 2558 (30 มิถุนายน 2558) และสิ้นไตรมาสที่ 2 ปี 2559 (30 มิถุนายน 2559)

สถาบันการเงินเฉพาะกิจ	ประมาณการภาระทางภาษารัฐทั้งหมดที่สถาบันการเงินเฉพาะกิจจะรับภาระชดเชยจากรัฐบาล ตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดโครงการ (ล้านบาท)			เงินชดเชยที่ได้รับจากรัฐบาลแล้ว (ล้านบาท)			ภาระทางภาษารัฐเหลือรอการชดเชยจากรัฐบาล (ล้านบาท)			สัดส่วนภาระทางภาษารัฐคงเหลือต่อภาระทางภาษารัฐทั้งหมด (ร้อยละ)		
	ปี 2557	ปี 2558	ปี 2559	ปี 2557	ปี 2558	ปี 2559	ปี 2557	ปี 2558	ปี 2559	ปี 2557	ปี 2558	ปี 2559
ธนาคารออมสิน	13,114.26	15,904.26	44,059	3,368.99	4,309.3	3,694	9,745.27	11,594.96	40,365	74.31	72.90	91.62
ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร	69,345.96	81,177.59	92,221	45,633.15	74,063.2	87,923	23,712.81	7,114.47	4,298	34.19	8.76	4.66
ธนาคารพาณิชย์	4,306.72	2,400	0	1,446.08	817.77	0	2,860.64	1,582.23	0	66.42	65.93	0
ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย	1050	1050	1,050	84.68	163.19	251	965.32	886.81	799	91.94	84.46	76.14
ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย	8,857.87	6,265.12	3,847	1,665.96	2,364.9	2,983	7,191.91	3,900.22	864	81.19	62.25	22.47
ธนาคารวิสาหกิจของรัฐ	1,311.15	1,311.15	1,487	986.15	287.37	325	1,070.54	1,026.78	1,162	81.65	78.31	78.15
รวม	97,985.96	35,108.12	142,664	53,185.01	82,005.65	95,176	45,546.49	26,105.47	47,488	71.61	62.10	45.50

หมายเหตุ. จาก รายงานสถานการณ์ด้านการคลังประจำเดือนกันยายน 2557, โดยสำนักนโยบายการคลังสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2560, จาก<http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=7633>. รายงานสถานการณ์ด้านการคลัง ปีงบประมาณ 2558 ตุลาคม 2557 – กันยายน 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2560, จาก<http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=9664>. และรายงานสถานการณ์ด้านการคลัง ปีงบประมาณ 2559 ตุลาคม 2558 - กันยายน 2559, โดยสำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=12159>.

ตามตารางข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่าการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจได้ก่อให้เกิดภาระทางการคลังแก่รัฐบาลเป็นจำนวนมาก โดยในแต่ละปีงบประมาณรัฐบาลมีภาระต้องจัดสรรงบประมาณอุดหนุนสถาบันการเงินเฉพาะกิจเพื่อทยอยชดเชยภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ แม้ว่าภาพรวมของสัดส่วนภาระทางการคลังคงเหลือทั้งหมดที่สถาบันการเงินเฉพาะกิจรอกการชดเชยจากรัฐบาลต่อภาระทางการคลังทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในปี 2557 – 2559 จะมีสัดส่วนไม่สูงนัก แต่เมื่อพิจารณาจากภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของสถาบันการเงินเฉพาะกิจแต่ละแห่งแล้ว จะเห็นได้ว่า สถาบันการเงินเฉพาะกิจบางแห่งมีภาระทางการคลังคงเหลือรอกการชดเชยจากรัฐบาลต่อภาระทางการคลังทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังเป็นสัดส่วนที่สูงเกินกว่าร้อยละ 80 ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการทำงานและสภาพคล่องของสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่มีฐานะทางการเงินที่อ่อนแอและอาจจะต้องเพิ่มทุนให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจดังกล่าวในที่สุด

นอกจากปัญหาภาระทางการคลังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจยังก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความไม่โปร่งใส เนื่องจากเป็นการดำเนินนโยบายของรัฐบาลโดยไม่ผ่านการตรวจสอบและการอนุมัติจากรัฐสภาก่อนดำเนินการ อันอาจตัดสิ้นใจในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของรัฐบาลเพียงฝ่ายเดียว ทำให้เกิดความไม่โปร่งใสในการนำเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจไปใช้จ่ายในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง และในกรณีที่มีได้กำหนดวงเงินและกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนในการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ ทำให้รัฐบาลแสดงข้อมูลภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจไม่ครบถ้วน และอาจผลักภาระดังกล่าวไปในอนาคตหรือผลักภาระไปให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ จึงเกิดความไม่โปร่งใสในการชดเชยภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจและไม่สามารถทราบถึงภาระทางการคลังที่แท้จริงของรัฐบาลในปัจจุบัน นอกจากนี้ การไม่มีการบันทึกรายรับและรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังไว้ในสถิติการคลังภาครัฐบาลเพื่อใช้ประกอบการศึกษาวิเคราะห์นโยบายและแสดงฐานะการคลังของรัฐบาล²² ยังทำให้ดุลงบประมาณไม่สะท้อนถึงฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาลซึ่งอาจส่งผลให้รัฐบาลประเมินความสามารถใน

²² นฤมล หริจันทนวงษ์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 8*, น.55.

การใช้จ่ายและการก่อกำเนิดหนี้สาธารณะสูงกว่าฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาล²³ ประกอบกับการไม่มีการเปิดเผยข้อมูลภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังไว้ในเอกสารประกอบงบประมาณ และการไม่มีการนำรวมภาระหนี้ของสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังโดยกระทรวงการคลังมีได้ค่าประกันเป็นหนี้สาธารณะของประเทศ ยังทำให้รัฐสภาไม่สามารถทราบข้อมูลภาพรวมของรายจ่ายและภาระหนี้ทั้งหมดของรัฐบาลอันอาจส่งผลให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาเกิดความบกพร่องได้ ซึ่งขัดต่อหลักความโปร่งใสตามประมวลความโปร่งใสทางการคลังที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศกำหนดขึ้นโดยวางหลักให้รัฐควรเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง งบประมาณการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของหน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ภาระผูกพันทางงบประมาณ และเปิดเผยยอดรวมรายได้ รายจ่าย และการจัดหาเงินทุน ของหน่วยงานรัฐบาลในเอกสารงบประมาณให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรวจสอบ เพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ ขัดต่อหลักความโปร่งใสตามแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดเกี่ยวกับความโปร่งใสทางงบประมาณที่องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจจัดทำขึ้นโดยวางหลักให้รัฐควรเปิดเผยภาระผูกพันของรัฐบาล รวมทั้งรายจ่ายและรายรับทั้งหมดของรัฐบาลในเอกสารประกอบงบประมาณ และขัดต่อหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณที่วางหลักให้รายรับและรายจ่ายทั้งหมดจะต้องปรากฏอยู่ในงบประมาณเดียวกัน เพื่อให้การอนุมัติและการควบคุมงบประมาณของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปโดยถูกต้องและมีประสิทธิภาพ

จากปัญหาดังกล่าวหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลสถาบันการเงินเฉพาะกิจจึงพยายามกำหนดมาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง ดังนี้

2.1 มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจมีลักษณะเป็นการใช้จ่ายของรัฐบาล โดยใช้เงินทุนของสถาบันการเงินเฉพาะกิจซึ่งเป็นเงินนอกงบประมาณจึงต้องเป็นไปตามกรอบวินัยทางการคลัง ในกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐที่จะต้องตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62²⁴ ที่กำหนดให้กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรอบการดำเนินการทางการคลังและงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการคลังด้านรายได้และรายจ่ายทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารทรัพย์สินของรัฐและเงินคงคลัง และ

²³ บุณทรีก์ โฆษิตานุกฤตี, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10*.

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 62 บัญญัติว่า “. . . กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับ กรอบการดำเนินการทางการคลังและงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการคลังด้านรายได้ และรายจ่ายทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารทรัพย์สินของรัฐและเงินคงคลัง และการบริหารหนี้สาธารณะ”

การบริหารหนี้สาธารณะ และโดยที่เงินนอกงบประมาณมีสถานะเป็นเงินแผ่นดิน²⁵ การใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังจึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การจ่ายเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 140 ที่กำหนดให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้เฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายห้าประเภทเท่านั้น ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง และกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

2.2 มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่กำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง

มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่กำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง ประกอบด้วย มาตรการควบคุมก่อนการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและมาตรการควบคุมหลังการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

มาตรการควบคุมก่อนการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ได้แก่ มาตรการตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สกส. 18/2559 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลธุรกรรมนโยบายรัฐ (Public Service Account : PSA) ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2559 ที่กำหนดให้หน่วยงานที่จะดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะดำเนินการและต้องเป็นไปตามกรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ได้แก่ 1) การช่วยเหลือหรือฟื้นฟูผู้ได้รับผลกระทบจากสาธารณภัย หรือการก่อวินาศกรรม 2) การกระตุ้นหรือฟื้นฟูเศรษฐกิจ 3) การเพิ่มขีดความสามารถในการประกอบอาชีพ และ 4) การยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน ส่วนมาตรการควบคุมหลังการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ได้แก่ มาตรการตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สกส. 18/2559^{๒๖} ที่กำหนดให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจบันทึกบัญชีธุรกรรมนโยบายรัฐ²⁶ แยกจากบัญชีการดำเนินธุรกรรมตามปกติ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นประโยชน์ใน

²⁵ ปรีชา สุวรรณทัต, คำอธิบายกรอบวินัยกฎหมายการเงินการคลังมหาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น.85.

²⁶ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สกส. 18/2559 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลธุรกรรมนโยบายรัฐ (Public Service Account : PSA) ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2559

ข้อ 4.1 บัญญัติว่า “คำจำกัดความ ในประกาศนี้ . . . “ธุรกรรมนโยบายรัฐ” หมายความว่า โครงการนโยบายรัฐที่ดำเนินการโดยสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี โดยโครงการดังกล่าวอาจมีรูปแบบการให้บริการที่มีเงื่อนไขผ่อนปรน และมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือฟื้นฟูผู้ได้รับผลกระทบจากสาธารณภัย การก่อวินาศกรรม การฟื้นฟูกระตุ้นเศรษฐกิจ การเพิ่มขีดความสามารถในการประกอบอาชีพ หรือการยกระดับคุณภาพชีวิตประชาชนและภาคธุรกิจ โดยจะต้องเป็นโครงการนโยบายรัฐที่ดำเนินการผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีหลังวันที่ 5 สิงหาคม 2552 เท่านั้น . . .”

การขอรับเงินชดเชยความเสียหายจากรัฐบาล มาตรการตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สกส. 1/2559 เรื่องการจัดทำและประกาศงบการเงินของสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ลงวันที่ 19 มิถุนายน 2559 ที่กำหนดให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องจัดทำและประกาศงบการเงินที่ระบุถึงการทำธุรกรรมนโยบายรัฐ มาตรการตามพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2536 และพระราชบัญญัติธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 ที่กำหนดให้กระทรวงการคลังต้องจัดสรรเงินเพื่อชดเชยความเสียหายเนื่องจากการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลให้แก่ธนาคาร และมาตรการตามกฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงินเฉพาะกิจแต่ละแห่งที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องจัดทำเสนอรายงานประจำปี

อย่างไรก็ตาม มาตรการข้างต้นยังไม่มีเพียงพอที่จะควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยผู้เขียนแยกพิจารณาสามประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการควบคุมการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

แม้ว่าปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศกำหนดมาตรการให้การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังต้องผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อนดำเนินการและต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องแยกบัญชีธุรกรรมนโยบายรัฐซึ่งเป็นการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังออกจากบัญชีธุรกรรมปกติ รวมทั้งมีมาตรการการตรวจสอบงบการเงินของสถาบันการเงินเฉพาะกิจโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่ยังมีมาตรการที่กำหนดให้รัฐบาลต้องขออนุมัติรายจ่ายและภาระผูกพันในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจจากรัฐสภาก่อนดำเนินการ ทำให้รัฐบาลสามารถนำเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจไปใช้ดำเนินนโยบายต่าง ๆ ได้โดยไม่จำกัดภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ และก่อให้เกิดภาระทางการคลังตามมาเป็นจำนวนมาก ซึ่งขัดต่อหลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดินที่วางหลักให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้อนุมัติรายจ่ายและภาระผูกพันทางการคลัง และขัดต่อหลักการตรวจสอบได้ที่วางหลักให้มีการตรวจสอบก่อนการใช้จ่ายเงินของฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ประเด็นที่สอง ความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ

ปัจจุบันมาตรการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยมีเพียงมาตรการตามกฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงินเฉพาะกิจสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2536 และพระราชบัญญัติธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 ที่กำหนดให้กระทรวงการคลังต้องชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ การชดเชยให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจอื่นนอกจากธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทยและธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทยจึงต้องเป็นไปตามข้อผูกพันหรือสัญญาที่ตกลงไว้กับรัฐบาล อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมาย ข้อผูกพัน หรือสัญญาที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่ารัฐบาลต้องชดเชย

ภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ แต่ในกรณีที่ไม่มี การกำหนดวงเงินและกรอบระยะเวลาในการชดเชยไว้อย่างชัดเจน ทำให้รัฐบาลแสดงข้อมูลภาระทางการคลัง ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจไม่ครบถ้วน และอาจผลกระทบ ดังกล่าวไปในอนาคตหรือผลกระทบไปให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ ส่วนในกรณีที่ไม่มีข้อผูกพันหรือสัญญาที่ระบุ ไว้อย่างชัดเจน แม้จะถือว่าเป็นภาระผูกพันทางการคลังที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบ แต่ในทางปฏิบัติรัฐบาลอาจผลั กภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ ทำให้เกิดความไม่โปร่งใสในการชดเชยความเสียหายที่ เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ดังนั้น มาตรการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการ ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยในปัจจุบันจึงไม่เพียงพอที่จะควบคุมให้มี การชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะ กิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากยังขาดมาตรการที่เป็นหลักประกันให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจว่าจะ ได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังจากรัฐบาลอย่าง ครบถ้วนภายในกรอบระยะเวลาที่ชัดเจน

ประเด็นที่สาม ความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่ง การคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

แม้ว่าปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศกำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจ ต้องเปิดเผยงบการเงินซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมนโยบายรัฐ และในกฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงิน เฉพาะกิจแต่ละแห่งได้กำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องจัดทำและเสนอรายงานประจำปีของ สถาบันการเงินเฉพาะกิจตาม แต่มาตรการดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะส่งเสริมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเปิดเผย ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่าน สถาบันการเงินเฉพาะกิจอย่างโปร่งใสและมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ยังขาดมาตรการที่กำหนดให้สถาบัน การเงินเฉพาะกิจต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการ ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ทำให้ประชาชนและองค์กรภายนอกฝ่ายบริหารไม่สามารถทราบข้อมูลเกี่ยวกับการ ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังของรัฐบาลในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบัน การเงินเฉพาะกิจ ซึ่งขัดต่อหลักความโปร่งใสตามประมวลความโปร่งใสทางการคลังที่กองทุนการเงินระหว่าง ประเทศกำหนดขึ้นโดยวางหลักให้รัฐควรเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ประมาณการการ ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของหน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ภาระผูกพันทางงบประมาณ และเปิดเผยยอด รวมรายได้ รายจ่าย และการจัดหาเงินทุนของหน่วยงานรัฐบาล และขัดต่อหลักความโปร่งใสตามแนวทางปฏิบัติที่ ดีที่สุดเกี่ยวกับความโปร่งใสทางงบประมาณที่องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจจัดทำขึ้นโดยวาง หลักให้รัฐบาลต้องเปิดเผยข้อมูลภาระผูกพันหรือภาระที่กระทบต่องบประมาณ ตลอดจนภาระผูกพันที่ขึ้นอยู่กับ เหตุการณ์ในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้น

3. มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในต่างประเทศ

3.1 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียมีการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านบริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออก (Export Finance and Insurance Corporation : EFIC) ซึ่งเป็นหน่วยงานทางการเงินที่เครือรัฐออสเตรเลียเป็นเจ้าของ โดยพระราชบัญญัติบริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออก ค.ศ. 1991 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีที่ดูแลรับผิดชอบมีอำนาจสั่งการให้บริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออกดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังซึ่งเรียกว่า “การทำธุรกรรมผลประโยชน์ของชาติ” ซึ่งแบ่งเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ การทำสัญญาประกันภัย การค้าประกัน และการให้กู้ยืมเงิน โดยมีการกำหนดมาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังที่สำคัญ คือ การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบระหว่างเครือรัฐออสเตรเลียกับหน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง และการเปิดเผยข้อมูลการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังต่อสาธารณชน โดยพระราชบัญญัติบริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออก ค.ศ. 1991 ได้กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบระหว่างเครือรัฐออสเตรเลียกับบริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออกไว้อย่างชัดเจน และกำหนดให้แยกบัญชีการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านการทำธุรกรรมผลประโยชน์ของชาติออกจากบัญชีการทำธุรกรรมอื่น รวมทั้งกำหนดให้เปิดเผยคำสั่งของรัฐมนตรีที่สั่งการให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านการทำธุรกรรมผลประโยชน์ของชาติในราชกิจจานุเบกษา ก่อนดำเนินการโดยต้องแจ้งรายละเอียดของลักษณะและขอบเขตการทำธุรกรรมผลประโยชน์ของชาติและสัดส่วนความรับผิดชอบของเครือรัฐออสเตรเลีย เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง นอกจากนี้ กฎบัตรว่าด้วยความซื่อสัตย์ทางงบประมาณ ค.ศ. 1998 ได้กำหนดให้รัฐบาลต้องจัดทำและเปิดเผยรายงานทางการคลังต่าง ๆ ที่ครอบคลุมถึงภาระผูกพันทางการคลัง และการเปิดเผยประมาณการค่าใช้จ่ายตามนโยบายที่ได้มีการหาเสียงก่อนการเลือกตั้ง และประมวลแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับความโปร่งใสทางการคลังของเครือรัฐออสเตรเลียได้กำหนดให้เครือรัฐออสเตรเลียต้องเปิดเผยข้อมูลทางการคลังที่ครอบคลุมถึงข้อมูลการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ดังนั้น มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของประเทศออสเตรเลียจึงมีจุดเด่นในเรื่องการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบระหว่างเครือรัฐออสเตรเลียกับหน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง และการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในประเทศออสเตรเลียสอดคล้องกับหลักความโปร่งใส²⁷

²⁷ วาทีนี นุชเล็ก, “มาตรการในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของรัฐบาลผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) น.201-202.

3.2 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นมีการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุน (Fiscal Investment and Loan Program : FILP) ซึ่งแบ่งเป็น 3 รูปแบบ คือ การให้กู้ยืมเงินซึ่งเป็นการระดมทุนโดยการออกพันธบัตรแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุนและนำเงินไปให้หน่วยงานที่ใช้เงินทุนกู้ยืม การค้ำประกันการออกพันธบัตรของหน่วยงานที่ใช้เงินทุน และการลงทุนทางอุตสาหกรรมซึ่งนำเงินที่ได้จากการลงทุนของรัฐบาลไปให้หน่วยงานที่ใช้เงินทุนจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีการกำหนดมาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังที่สำคัญ คือ การจัดทำแผนการใช้จ่ายเงินในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและการขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา และการเปิดเผยเกี่ยวกับข้อมูลขั้นตอนต่าง ๆ ของแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุน โดยพระราชบัญญัติการคลังสาธารณะ ค.ศ. 1947 ได้กำหนดให้แบ่งบัญชีงบประมาณออกเป็น 2 บัญชี คือ งบประมาณบัญชีทั่วไปซึ่งแสดงรายรับและรายจ่ายทั่วไปที่มีการจัดสรรให้แก่หน่วยงานต่าง ๆ และงบประมาณบัญชีพิเศษซึ่งแสดงเฉพาะรายรับและรายจ่ายในกรณีที่รัฐบาลดำเนินการโครงการบางอย่างจัดการเงินทุนบางอย่างที่รัฐเป็นเจ้าของ ใช้รายได้บางอย่างที่ต้องการรักษาความปลอดภัยของการใช้จ่ายเป็นพิเศษและจำเป็นต้องจัดการรายได้และค่าใช้จ่ายดังกล่าวแยกต่างหากจากรายได้และรายจ่ายทั่วไป โดยมีการบรรจุแผนของแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุนซึ่งเป็นแผนการใช้จ่ายเงินในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังไว้ในงบประมาณรายจ่ายบัญชีพิเศษ และพระราชบัญญัติมาตรการพิเศษสำหรับการจัดการเงินทุนกู้ยืมในระยะยาว ค.ศ. 1973 ได้กำหนดให้กระทรวงการคลังจัดทำแผนของแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุนเสนอคณะรัฐมนตรี และให้คณะรัฐมนตรีเสนอแผนดังกล่าวต่อรัฐสภาโดยแนบไปกับงบประมาณบัญชีพิเศษเพื่อให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติพร้อมทั้งงบประมาณประจำปีก่อนดำเนินการ นอกจากนี้ ยังมีการจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อความโปร่งใสของแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุน ซึ่งกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลขั้นตอนต่าง ๆ ของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุนต่อสาธารณชน ดังนั้น มาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในประเทศญี่ปุ่นจึงมีจุดเด่นในเรื่องการให้อำนาจรัฐสภาในตรวจสอบและอนุมัติแผนการใช้จ่ายเงินในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังก่อนดำเนินการ ทำให้รัฐสภาสามารถทราบภาพรวมของการใช้จ่ายเงินดังกล่าว และการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนต่าง ๆ ของดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในประเทศญี่ปุ่นสอดคล้องกับหลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดิน หลักเสถียรภาพ หลักความโปร่งใส และหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ²⁸

²⁸ เฝิงฮ้าง, น. 202-203.

4. แนวทางการแก้ไขปัญหาการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทย และข้อเสนอแนะ

การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทยเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินนโยบายของรัฐบาลให้บรรลุผลตามเป้าหมาย เนื่องจากช่วยลดปัญหาข้อจำกัดด้านงบประมาณ เพิ่มความคล่องตัวและความยืดหยุ่นในการดำเนินนโยบายของรัฐบาล และกระตุ้นเศรษฐกิจได้ตรงตามเป้าหมาย อย่างไรก็ตาม การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทยมีปัญหาการคลัง ปัญหาความไม่โปร่งใส และปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรปรับปรุงมาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยในปัจจุบันให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังต่อไปนี้

4.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2 ว่าการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ผ่านมาได้ก่อให้เกิดปัญหาการคลังแก่รัฐบาลในการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจเป็นจำนวนมาก และส่งผลกระทบต่อตรงต่องบประมาณของประเทศที่ถูกนำไปใช้จ่ายเพื่อชดเชยการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ ผู้เขียนจึงเห็นว่า แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเป็นทางการจะต้องมีการกำหนดขอบเขตของดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจและกำหนดกรอบการคลังในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ดังนี้

4.1.1 การกำหนดขอบเขตของดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

จากการศึกษาพบว่าประเทศออสเตรเลียมีการตราพระราชบัญญัติบริษัทประกันภัย และสินเชื่อเพื่อการส่งออก ค.ศ. 1991 กำหนดขอบเขตของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านบริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออกไว้ กล่าวคือ ต้องเป็นการทำสัญญาประกันภัย การค้าประกัน และการให้กู้ยืมเงิน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ของชาติ ทำให้การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของเครือรัฐออสเตรเลียผ่านบริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออกถูกกำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายจัดตั้งบริษัทฯ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการกำหนดขอบเขตของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจไว้เช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลีย โดยนำกรอบวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่กำหนดไว้ในธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สกส. 18/2559 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลธุรกรรมนโยบายรัฐ (Public Service Account : PSA) ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2559 มากำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐที่จะต้องตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 ได้แก่ 1) การช่วยเหลือหรือฟื้นฟูผู้ได้รับผลกระทบจากสา

ธารณภัยหรือการก่อวินาศกรรม 2) การกระตุ้นหรือฟื้นฟูเศรษฐกิจ 3) การเพิ่มขีดความสามารถในการประกอบอาชีพ และ 4) การยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน ทั้งนี้ ในร่างพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)²⁹ ได้นำกรอบวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านหน่วยงานของรัฐทั้งสี่ประการข้างต้นมากำหนดไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังขาดการกำหนดกรอบความจำเป็นของดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านหน่วยงานของรัฐ จึงอาจทำให้การควบคุมภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการกำหนดขอบเขตเพิ่มเติมให้รัฐบาลดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามกรอบวัตถุประสงค์ข้างต้นได้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนและไม่สามารถใช้เงินงบประมาณในการดำเนินการได้เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้รัฐบาลดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังเกินความจำเป็นจนส่งผลให้เกิดปัญหาภาระทางการคลังแก่รัฐบาลในการจัดสรรงบประมาณเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในอนาคต

4.1.2 การกำหนดกรอบภาระทางการคลังในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

จากการศึกษามาตรการที่ควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทย พบว่า ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังภาครัฐ พ.ศ.³⁰ ตามแนวทางการร่างของสำนักงานเศรษฐกิจการคลังได้กำหนดกรอบภาระทางการคลังในการดำเนินนโยบายรัฐที่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังในอนาคต โดยกำหนดให้ภาระทางการคลังที่รัฐจะต้องรับภาระทั้งหมดเมื่อรวมกันแล้วต้องมียอดคงค้างไม่เกินร้อยละห้าของงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการกำหนดกรอบความยั่งยืนทางการคลังที่กระทรวงการคลังกำหนดขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐที่จะต้องตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 โดยเห็นควรกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจประกาศกำหนดสัดส่วนภาระทางการคลังในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังที่รัฐจะต้องรับภาระทั้งหมดต้องงบประมาณรายจ่ายประจำปีเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น และสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความเหมาะสม ซึ่งการกำหนดสัดส่วนดังกล่าวจะต้องคำนึงงบประมาณของประเทศ ฐานะทางการคลังของภาครัฐบาล และภาระทางการคลังคงเหลือทั้งหมดที่รัฐต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่หน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ทั้งนี้ เพื่อช่วยแก้ไขปัญหภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในปัจจุบันและป้องกันปัญหภาระทางการคลังที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในอนาคต นอกจากนี้ การนำหลักการดังกล่าวมากำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐที่จะต้องตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 ยังสอดคล้องกับกรอบวินัยทางการคลังในเรื่องหลักเกณฑ์การจ่ายเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 140 ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ที่ผ่านการตรวจพิจารณาของ

²⁹ ร่างพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) (เรื่องเสร็จที่ 806/2560)

³⁰ ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังภาครัฐ พ.ศ. ที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหลักการตามที่กระทรวงการคลังเสนอเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2559

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 806/2560) ก็ได้มีการกำหนดกรอบภาระทางการคลังในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านหน่วยงานของรัฐไว้เช่นเดียวกัน โดยกำหนดให้คณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐเป็นผู้กำหนดภาระที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าใช้จ่ายหรือการสูญเสียรายได้ในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่หน่วยงานของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่โปร่งใสของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2 ว่าการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ทำให้เกิดปัญหาเรื่องความโปร่งใสในการนำเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจไปใช้จ่ายในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง และการชดเชยภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดให้กระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่จัดทำและเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ กำหนดให้การจัดทำสถิติการคลังภาครัฐบาลเพื่อใช้ประกอบการศึกษาวิเคราะห์นโยบายและแสดงฐานะการคลังของรัฐบาล (Government Finance Statistic : GFS) ครอบคลุมถึงรายรับและรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ และกำหนดให้บทนิยามคำว่า “หนี้สาธารณะ” ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 รวมถึงภาระหนี้ที่เกิดขึ้นการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจโดยกระทรวงการคลังมิได้คำประกัน ดังนี้

4.2.1 การกำหนดให้กระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่จัดทำและเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

จากการศึกษาพบว่า เครือรัฐออสเตรเลียได้จัดทำประมวลแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับความโปร่งใสทางการคลัง³¹ ซึ่งกำหนดหลักการเข้าถึงข้อมูลของประชาชนไว้ว่าจะต้องจัดทำข้อมูลทางการคลังที่ครอบคลุมถึงการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง และมีการตรากฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออก ค.ศ. 1991 กำหนดมาตรการให้บริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออกซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของเครือรัฐออสเตรเลียมีหน้าที่เปิดเผยคำสั่งของรัฐมนตรีที่สั่งการให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านการทำธุรกรรมผลประโยชน์ของชาติในราชกิจจานุเบกษา ก่อนดำเนินการโดยต้องแจ้งรายละเอียดของลักษณะและขอบเขตการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง รวมทั้งสัดส่วนภาระทางการคลังที่เครือรัฐออสเตรเลียจะต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่หน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง ส่วนประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดมาตรการให้ภาครัฐเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังที่สอดคล้องกับหลักความโปร่งใส โดยได้กำหนดให้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อเพิ่มความโปร่งใสของการดำเนินกิจกรรมกึ่ง

³¹ Australian Government, The treasure, The treasure, “MAKING TRANSPARENCY TRANSPARENT: AN AUSTRALIAN ASSESSMENT – MARCH 1999,” Accessed July 5, 2016, From <http://archive.treasury.gov.au/documents/178/HTML/docshell.asp?URL=atta.asp>.

การคลังผ่านแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุน โดยเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนต่าง ๆ ในการดำเนินกิจกรรม กิจการคลังให้สาธารณชนทราบเป็นระยะ³² ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำมาตรการของประเทศออสเตรเลียและ ประเทศญี่ปุ่นข้างต้นมาประยุกต์ใช้กับประเทศไทย โดยกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐที่จะต้องตรา ขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 ควรมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ กระทรวงการคลังทำหน้าที่เป็นหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำและเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนิน กิจกรรมกิจการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจรายไตรมาสและรายปีเสนอต่อคณะรัฐมนตรี สภา ผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา เพื่อทราบ และเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ เพื่อเป็นกรอบวินัยทางการคลังด้าน รายจ่ายประเภทเงินนอกงบประมาณในการดำเนินกิจกรรมกิจการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ โดยการ กำหนดมาตรการดังกล่าวจะช่วยให้ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และประชาชน ได้ทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับการ ดำเนินกิจกรรมกิจการคลัง ภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกิจการคลังผ่านสถาบันการเงิน เฉพาะกิจ และการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกิจการคลังให้แก่สถาบัน การเงินเฉพาะกิจ อันจะส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมกิจการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจสอดคล้องกับหลัก ความโปร่งใส

4.2.2 การกำหนดให้การจัดทำสถิติการคลังภาครัฐบาลเพื่อใช้ประกอบการศึกษาวิเคราะห์ นโยบายและแสดงฐานะการคลังของรัฐบาล (Government Finance Statistic : GFS) ครอบคลุมถึง รายรับและรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกิจการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

เนื่องจากการจัดทำสถิติการคลังภาครัฐบาลเพื่อใช้ประกอบการศึกษาวิเคราะห์นโยบาย และแสดงฐานะการคลังของรัฐบาลในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงรายรับและรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนิน กิจกรรมกิจการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจทำให้ดุลงบประมาณที่ปรากฏในเอกสารงบประมาณไม่ สะท้อนถึงฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาล ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของ รัฐที่จะต้องตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 ควรมีบทบัญญัติที่ กำหนดมาตรการให้การจัดทำสถิติการคลังภาครัฐบาลเพื่อใช้ประกอบการศึกษาวิเคราะห์นโยบายและแสดง ฐานะการคลังของรัฐบาลครอบคลุมถึงรายรับและรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกิจการคลังผ่าน สถาบันการเงินเฉพาะกิจด้วย โดยการกำหนดมาตรการดังกล่าวจะทำให้ดุลงบประมาณที่ปรากฏในเอกสาร งบประมาณสะท้อนถึงฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาล อันจะช่วยให้รัฐบาลประเมินความสามารถในการ ใช้จ่ายและการก่อหนี้สาธารณะในอนาคตของประเทศได้สอดคล้องกับฐานะการคลังที่แท้จริงของภาครัฐบาล และช่วยให้รัฐสภาทราบถึงภาพรวมของรายจ่ายทั้งหมดที่เกิดจากการดำเนินกิจกรรมกิจการคลังอันจะทำให้ การพิจารณาอนุมัติงบประมาณเป็นไปโดยถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ซึ่งสอดคล้องกับหลักความโปร่งใสและ หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ

³² Ministry of Finance Japan, "FILP REPORT 2010 (Part II: FILP Initiatives in Recent Years)," Accessed July 3, From http://www.mof.go.jp/english/filp/filp_report/zaito2010/zaito2010-2-02.html.

4.2.3 การกำหนดให้บทนิยามคำว่า “หนี้สาธารณะ” ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 รวมถึงภาระหนี้ที่เกิดขึ้นการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจโดยกระทรวงการคลังมิได้ค้ำประกัน

จากการศึกษาความหมายของ “หนี้สาธารณะ” พบว่า “หนี้สาธารณะ” ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 หมายถึง หนี้ที่กระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐ หรือ รัฐวิสาหกิจกู้ หรือหนี้ที่กระทรวงการคลังค้ำประกัน แต่ไม่รวมถึงหนี้ของรัฐวิสาหกิจที่ทำธุรกิจให้กู้ยืมเงินโดยกระทรวงการคลังมิได้ค้ำประกัน ส่วนความหมายของ “หนี้สาธารณะ” ในทางสากล หมายถึง หนี้ของหน่วยงานของรัฐทุกประเภทที่ก่อขึ้นเองโดยตรงหรือที่รับโอนมาให้ต้องมีภาระชำระคืน ในขณะที่บทนิยามคำว่า “หนี้สาธารณะ” ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะฯ มาตรา 4 มีขอบเขตจำกัดครอบคลุมเฉพาะหนี้ที่กระทรวงการคลังสามารถบริหารได้เท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงหนี้สาธารณะของหน่วยงานของรัฐทุกประเภทที่ตามใจในระดัปลักษณ์³³ และเหตุผลที่กำหนดให้หนี้สาธารณะตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะฯ มาตรา 4 ไม่รวมถึงหนี้ของรัฐวิสาหกิจที่ทำธุรกิจให้กู้ยืมเงินโดยกระทรวงการคลังมิได้ค้ำประกันเนื่องจากหน่วยงานดังกล่าวกู้ยืมเงินมาเพื่อทำธุรกิจให้กู้ยืมเงินอีกทอดหนึ่งจึงถือว่าภาระหนี้ตกอยู่กับเอกชนผู้กู้ไม่ใช่หน่วยงานและนับเป็นหนี้ของเอกชน³⁴ นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติรับหลักการ เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2560³⁵ ยังได้แก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “หนี้สาธารณะ” ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะฯ มาตรา 4 ให้มีความหมายแคบลง โดยกำหนดให้ “หนี้สาธารณะ” หมายความว่า หนี้ที่กระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐ หรือ รัฐวิสาหกิจกู้ หรือหนี้ที่กระทรวงการคลังค้ำประกัน แต่ไม่รวมถึงหนี้ของรัฐวิสาหกิจที่ทำธุรกิจให้กู้ยืมเงิน ธุรกิจบริหารสินทรัพย์ หรือธุรกิจประกันสินเชื่อ โดยกระทรวงการคลังมิได้ค้ำประกัน และหนี้ของธนาคารแห่งประเทศไทย เนื่องจากเห็นว่าหนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ของหน่วยงานที่มีการดำเนินงานในลักษณะที่เป็นตัวกลางทางการเงิน (financial intermediaries) และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่รัฐบาล

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาแหล่งเงินทุนที่นำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจพบว่า การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในบางกรณีอาจใช้เงินทุนส่วนหนึ่งจากเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจและอีกส่วนหนึ่งจากเงินที่สถาบันการเงินเฉพาะกิจกู้ยืมมาเพื่อใช้จ่ายในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังทั้งในส่วนที่กระทรวงการคลังค้ำประกันและไม่ค้ำประกัน ซึ่งในกรณีที่กระทรวงการคลังมิได้ค้ำประกัน ภาระหนี้ดังกล่าวจะไม่ถูกนับรวมเป็นหนี้สาธารณะตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะฯ และไม่ปรากฏในเอกสารงบประมาณ อย่างไรก็ตาม ภาระหนี้ที่เกิดจากกรณีที่สถาบันการเงินเฉพาะกิจกู้ยืมมาใช้จ่ายในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังนั้น เป็นการกู้ยืมมา

³³ สำนักงานการบริหารหนี้สาธารณะ, คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารหนี้สาธารณะ, น. 4.

³⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ 568/2546)

³⁵ หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร 0503/25427 ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2560 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเงินทุนในการดำเนินนโยบายของรัฐบาลโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำธุรกิจให้เอกชนกู้ยืมเงินอีกทอดหนึ่งอันจะถือว่าเป็นหนี้ของภาคเอกชน ดังนั้น จึงควรจะนับรวมภาระหนี้ดังกล่าวเป็นหนี้สาธารณะของประเทศด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรแก้ไขบทนิยามคำว่า “หนี้สาธารณะ” ในพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะฯ มาตรา 4 กำหนดให้หนี้สาธารณะรวมถึงหนี้ที่รัฐวิสาหกิจกู้ยืมมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้นำมาเป็นเงินทุนในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังที่กระทรวงการคลังมิได้ค้ำประกันด้วย ทั้งนี้ การแก้ไขบทนิยามดังกล่าวนอกจากจะสอดคล้องกับความหมายของหนี้สาธารณะในทางสากลที่ครอบคลุมถึงหนี้ทั้งหมดของหน่วยงานของรัฐทุกประเภทที่ก่อขึ้นเองโดยตรงหรือที่รับโอนมาให้ต้องมีภาระชำระคืนแล้ว ยังช่วยให้รัฐบาลและรัฐสภาได้ทราบถึงภาระหนี้ทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจอันจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาความสามารถในการใช้จ่ายเงินและการก่อหนี้ของรัฐบาล และการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภา ซึ่งสอดคล้องกับหลักความโปร่งใสและหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ

4.3 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทย

4.3.1 ความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการควบคุมการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

แม้ว่าปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศกำหนดมาตรการให้การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังต้องผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อนดำเนินการและต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ และกำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องแยกบัญชีธุรกรรมนโยบายรัฐซึ่งเป็นการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังออกจากบัญชีธุรกรรมปกติ รวมทั้งมีมาตรการการตรวจสอบงบการเงินของสถาบันการเงินเฉพาะกิจโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากยังขาดมาตรการที่กำหนดให้รัฐบาลต้องขออนุมัติรายจ่ายและภาระผูกพันในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจจากรัฐสภาก่อนดำเนินการ ทำให้รัฐบาลสามารถนำเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจไปใช้ดำเนินนโยบายต่าง ๆ ได้โดยไม่จำกัดภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ และก่อให้เกิดภาระทางการคลังตามมาเป็นจำนวนมาก

จากการศึกษาพบว่าประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านแผนงานให้กู้ยืมและการลงทุน โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่จัดทำและเสนอแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อพิจารณาอนุมัติพร้อมกับงบประมาณรายจ่ายประจำปี ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรวจสอบและอนุมัติการใช้จ่ายเงินในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านแผนงานให้กู้ยืมและการลงทุน รวมทั้งทราบถึงภาพรวมของรายรับและรายจ่ายทั้งหมดของรัฐบาลอันทำให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณของประเทศญี่ปุ่นเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ ผู้เขียน

จึงเห็นว่า ควรนำมาตรการของประเทศญี่ปุ่นมาประยุกต์ใช้กับประเทศไทย โดยเพิ่มมาตรการให้คณะรัฐมนตรี มีหน้าที่จัดทำและเสนอแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังต่อรัฐสภาเพื่อ พิจารณานุมัติก่อนดำเนินการพร้อมกับการเสนองบประมาณรายจ่ายประจำปี เพื่อให้รัฐสภาของประเทศไทยมี อำนาจเข้าไปคุมตรวจสอบและอนุมัติแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจในการ ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังก่อนดำเนินการ และนอกจากแผนการใช้จ่ายเงินข้างต้นแล้ว ในเอกสารงบประมาณที่ คณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภาควรมีรายงานการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในปีที่ล่วง มาแล้ว และประมาณการภาระทางการคลังทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณการดำเนินกิจกรรมกึ่ง การคลังในอดีตจนถึงปัจจุบันและภาระทางการคลังคงเหลือที่รอการชดเชยจากรัฐด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นภาพรวม ของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังทั้งระบบอันจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณานุมัติงบประมาณของฝ่ายนิติ บัญญัติ

อย่างไรก็ตาม การจัดทำงบประมาณของประเทศญี่ปุ่นได้มีการจัดทำเป็นบัญชีงบประมาณ ซึ่งแสดงทั้งรายรับและรายจ่าย โดยแบ่งออกเป็นงบประมาณบัญชีทั่วไปซึ่งแสดงรายรับและรายจ่ายทั่วไปที่มีการ จัดสรรให้แก่หน่วยงานต่าง ๆ และงบประมาณบัญชีพิเศษซึ่งแสดงเฉพาะรายรับและรายจ่ายในกรณีที่รัฐบาล ดำเนินการโครงการบางอย่าง จัดการเงินทุนบางอย่างที่รัฐเป็นเจ้าของ โดยคณะรัฐมนตรีจะบรรจุแผนของ แผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุนแนบไปกับงบประมาณบัญชีพิเศษเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณานุมัติพร้อม กับงบประมาณบัญชีทั่วไป แต่การจัดทำงบประมาณของประเทศไทยมีข้อจำกัด คือ มีการจัดทำงบประมาณโดย แสดงเฉพาะการรายจ่ายเพียงอย่างเดียว และรายจ่ายต่าง ๆ ที่แสดงในงบประมาณรายจ่ายประจำปีมีเพียงรายจ่าย ประเภทเงินงบประมาณที่จัดสรรให้แก่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานต่าง ๆ โดยไม่แสดงรายจ่าย ประเภทเงินนอกงบประมาณ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า วิธีการที่จะทำให้แผนการใช้จ่ายเงินนอกประมาณของ สถาบันการเงินเฉพาะกิจในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังเข้าสู่การพิจารณานุมัติของสภาผู้แทนราษฎรและ วุฒิสภา จะต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 8 เพื่อกำหนดให้ คณะรัฐมนตรีเสนอแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังแนบไปพร้อมกับ งบประมาณรายจ่ายประจำปี ที่เสนอรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาพิจารณานุมัติแผนดังกล่าวพร้อมกับงบประมาณ รายจ่ายประจำปี รวมทั้งเสนอรายงานการใช้จ่ายเงินนอกประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจในการดำเนิน กิจกรรมกึ่งการคลังและประมาณการภาระทางการคลังทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากใช้จ่ายเงินนอกประมาณการดำเนิน กิจกรรมกึ่งการคลังในอดีตจนถึงปัจจุบันและภาระทางการคลังคงเหลือที่รอการชดเชยจากรัฐในเอกสาร งบประมาณที่เสนอต่อรัฐสภา ทั้งนี้ เพื่อช่วยให้รัฐสภามีอำนาจตรวจสอบแผนการใช้จ่ายเงินดังกล่าวพร้อมกับ งบประมาณรายจ่ายประจำปี และมีอำนาจอนุมัติรายจ่ายและภาระผูกพันที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่ง การคลัง ซึ่งสอดคล้องกับหลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดินและหลักการตรวจสอบได้ นอกจากนี้ ยังทำ ให้รัฐสภาได้ทราบถึงภาพรวมของรายจ่ายทั้งหมดของรัฐบาลอันจะช่วยให้การพิจารณานุมัติงบประมาณของ ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปอย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ซึ่งสอดคล้องกับ หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของ งบประมาณ หลักความโปร่งใส และหลักเสถียรภาพ

4.3.2 ความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ

ตามที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2 ว่ามาตรการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมให้มีการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากยังขาดมาตรการที่เป็นหลักประกันให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจว่ารัฐบาลจะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจอย่างครบถ้วนภายในกรอบระยะเวลาที่ชัดเจน ผู้เขียนจึงเห็นว่า การแก้ไขปัญหาดังกล่าวอาจเป็นรูปธรรมควรมีการปรับปรุงมาตรการชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจให้มีประสิทธิภาพและชัดเจนยิ่งขึ้น โดยกำหนดมาตรการให้รัฐบาลมีหน้าที่ชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและกำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจมีหน้าที่จัดทำบันทึกข้อตกลงในการชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจร่วมกับหน่วยงานภาครัฐที่กำหนดนโยบาย ดังนี้

(1) การกำหนดมาตรการให้รัฐบาลมีหน้าที่ชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

ควรกำหนดเป็นหลักการให้รัฐบาลมีหน้าที่ต้องจัดสรรเงินชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังไว้ในกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐที่จะต้องตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 โดยการกำหนดมาตรการดังกล่าวจะเป็นหลักประกันให้แก่หน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังว่าจะได้รับเงินชดเชยจากรัฐบาลในกรณีที่การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามนโยบายของรัฐบาลมีค่าใช้จ่ายหรือมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่หน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง อันจะส่งผลให้เกิดความโปร่งใสในการชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

(2) การกำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจมีหน้าที่จัดทำบันทึกข้อตกลงในการชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจร่วมกับหน่วยงานภาครัฐที่กำหนดนโยบาย

จากการศึกษาแนวทางการพัฒนาการกำกับดูแลและตรวจสอบสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยในอนาคตพบว่า ร่างพระราชบัญญัติการพัฒนากำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ตามแนวทางการยกร่างของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ³⁶ ได้กำหนดให้รัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามนโยบายของรัฐต้องหารือหรือทำข้อตกลงกับหน่วยงาน

³⁶ ร่างพระราชบัญญัติการพัฒนากำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหลักการ ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2559

ภาครัฐที่กำหนดนโยบายนั้น โดยต้องจัดให้มีการคำนวณและกำหนดวงเงินที่จะใช้ชดเชย รวมทั้งกลไกวิธีการในการชดเชย และเปิดเผยให้สาธารณชนทราบก่อนดำเนินการ รวมทั้งกำหนดให้รัฐบาลต้องจัดสรรเงินชดเชยให้แก่รัฐวิสาหกิจภายในกรอบระยะเวลาที่เหมาะสม ทำให้มีหลักประกันแก่รัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังว่ารัฐบาลจะรับผิดชอบชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่รัฐวิสาหกิจตามที่มีการตกลง และทำให้ประชาชนได้ทราบถึงภาระทางการคลังที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบจัดสรรเงินชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามนโยบายรัฐผ่านรัฐวิสาหกิจ

อย่างไรก็ดี ร่างพระราชบัญญัติการพัฒนาการกำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ที่ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)³⁷ ได้กำหนดให้รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการตามแผนยุทธศาสตร์รัฐวิสาหกิจและมีภาระทางการเงินที่รัฐบาลต้องชดเชยหรืออุดหนุน คำนวณวงเงินที่จะขอชดเชยหรืออุดหนุน กลไกวิธีการชดเชยหรืออุดหนุน เสนอต่อคณะรัฐมนตรีในการกำหนดมาตรการและจัดสรรเงินชดเชยหรืออุดหนุนให้รัฐวิสาหกิจต่อไป โดยได้ตัดเนื้อหาในส่วนที่กำหนดให้รัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามนโยบายของรัฐหรือหรือทำข้อตกลงกับหน่วยงานภาครัฐที่กำหนดนโยบายเกี่ยวกับวงเงินที่จะใช้ชดเชย รวมทั้งกลไกวิธีการในการชดเชย ซึ่งเป็นมาตรการที่เป็นหลักประกันในการจัดสรรเงินชดเชยหรืออุดหนุนให้แก่รัฐวิสาหกิจได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามนโยบายของรัฐออก ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำมาตรการดังกล่าวมากำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงินเฉพาะกิจแต่ละแห่ง โดยกำหนดให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจมีหน้าที่จัดทำบันทึกข้อตกลงเกี่ยวกับชดเชยค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังร่วมกับหน่วยงานภาครัฐที่กำหนดนโยบาย เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และให้คณะรัฐมนตรีเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อทราบ และเปิดเผยให้สาธารณชนทราบก่อนดำเนินการ โดยบันทึกข้อตกลงดังกล่าวอย่างน้อยต้องประกอบด้วยสาระสำคัญของการดำเนินธุรกรรมตามนโยบายรัฐ ประเมินการภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกรรมตามนโยบายรัฐ กรอบวงเงินที่รัฐต้องชดเชย แหล่งเงินที่จะนำมาชดเชย วิธีการชดเชย และกรอบระยะเวลาในการชดเชยในแต่ละโครงการ มาตรการ หรือกิจกรรม รวมทั้งกำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่จัดสรรเงินชดเชยให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ดำเนินธุรกรรมตามนโยบายรัฐให้ครบถ้วนตามวงเงินและภายในกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้ในบันทึกข้อตกลง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังว่าจะได้รับเงินชดเชยจากรัฐบาลในกรณีที่การดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังตามนโยบายของรัฐบาลมีค่าใช้จ่ายหรือมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ และทำให้เกิดความโปร่งใสในการชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

³⁷ ร่างพระราชบัญญัติการพัฒนาการกำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) (เรื่องเสร็จ 753/2560)

4.3.3 ความไม่มีประสิทธิภาพของมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

แม้ว่าปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศกำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องเปิดเผยงบการเงินซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมนโยบายรัฐ และในกฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงินเฉพาะกิจแต่ละแห่งได้กำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจต้องจัดทำและเสนอรายงานประจำปีของสถาบันการเงินเฉพาะกิจก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะส่งเสริมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลัง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการปรับปรุงมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนี้

(1) การกำหนดมาตรการให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง

จากการศึกษาพบว่าประเทศออสเตรเลียได้ตราพระราชบัญญัติบริษัทประกันภัยสินเชื่อและการส่งออก ค.ศ. 1991 กำหนดมาตรการให้บริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออก ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของเครือรัฐออสเตรเลียมีหน้าที่เปิดเผยคำสั่งของรัฐมนตรีที่สั่งการให้ดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังในราชกิจจานุเบกษา ก่อนดำเนินการ โดยต้องแจ้งรายละเอียดลักษณะและขอบเขตของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เครือรัฐออสเตรเลียต้องรับผิดชอบชัดเจนให้แก่บริษัทประกันภัยและสินเชื่อเพื่อการส่งออก ส่วนประเทศญี่ปุ่นได้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อความโปร่งใสของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านแผนงานให้กู้ยืมเงินและการลงทุนโดยเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สาธารณชนทราบเป็นระยะตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในแผน ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำมาตรการของประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่นข้างต้นมาประยุกต์ใช้เพื่อปรับปรุงมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจแต่ละแห่งมีหน้าที่จัดทำรายงานสรุปสาระสำคัญของการดำเนินธุรกรรมนโยบายรัฐแต่ละโครงการ มาตรการหรือกิจกรรม และสัดส่วนความรับผิดชอบของรัฐ เปิดเผยให้สาธารณชนทราบก่อนดำเนินธุรกรรมนโยบายรัฐ และให้จัดทำรายงานการดำเนินธุรกรรมนโยบายของรัฐรายไตรมาสและรายปี เสนอต่อกระทรวงการคลัง คณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา เพื่อทราบ และเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ โดยเพิ่มบทบัญญัติที่กำหนดให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจมีหน้าที่รายงานข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังของรัฐบาลที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจไว้ในกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง ซึ่งจะช่วยให้ประชาชนและองค์กรภายนอกฝ่ายบริหารได้ทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังของรัฐบาลที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจที่โปร่งใส ครบถ้วน และสม่ำเสมอ และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่มาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังและภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทย

(2) กำหนดมาตรการให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเปิดเผยประมาณค่าใช้จ่ายตามนโยบายที่พรรคการเมืองได้มีการหาเสียงก่อนวันเลือกตั้ง

จากการศึกษามาตรการที่ควบคุมการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองคลั่งในประเทศไทย ออสเตรเลียพบว่า เครือรัฐออสเตรเลียได้ออกกฎบัตรว่าด้วยความซื่อสัตย์ทางงบประมาณ ค.ศ. 1998 กำหนดมาตรการให้รัฐบาลและพรรคฝ่ายค้านเปิดเผยประมาณการค่าใช้จ่ายของนโยบายที่ได้ใช้ในการหาเสียงต่อสาธารณชนก่อนวันเลือกตั้ง โดยในช่วงที่มีการหาเสียงเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีและหัวหน้าพรรคฝ่ายค้านสามารถขอให้หัวหน้าส่วนราชการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจัดเตรียมประมาณการค่าใช้จ่ายของนโยบายที่ได้ประกาศไว้ใน การหาเสียง³⁸ ทำให้ประชาชนทราบถึงรายละเอียดประมาณการต้นทุนค่าใช้จ่ายที่จะต้องใช้ในการดำเนินการตามนโยบายตามที่พรรคการเมืองได้หาเสียงไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำมาตราการเปิดเผยประมาณการค่าใช้จ่ายของนโยบายที่ได้ใช้ในการหาเสียงต่อสาธารณชนก่อนวันเลือกตั้งของประเทศออสเตรเลียข้างต้นมาประยุกต์ใช้เพื่อปรับปรุงมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองคลั่งและภาระทางการเมืองที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองคลั่งผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของ ประเทศไทยในปัจจุบันให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้ทุกพรรคการเมืองมีหน้าที่จัดทำประมาณการค่าใช้จ่ายตามนโยบายที่ได้ที่ ประกาศไว้ในหาเสียงเสนอต่อกระทรวงการคลังก่อนวันเลือกตั้ง และให้กระทรวงการคลังมีหน้าที่ตรวจสอบประมาณการค่าใช้จ่ายดังกล่าวและเสนอต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชนทราบก่อนวันเลือกตั้ง โดยเห็นควรนำมาตราการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งจะต้องตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนและองค์กรภายนอกฝ่ายบริหารได้ทราบถึงประมาณการต้นทุนค่าใช้จ่ายตามนโยบายที่พรรคการเมืองต่าง ๆ ได้มีการหาเสียง ซึ่งรวมถึงการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองคลั่งตามนโยบายของรัฐบาลและภาระทางการเมืองคลั่งของรัฐบาลที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินนโยบายดังกล่าว อันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนในการพิจารณาข้อดีข้อเสียของนโยบายที่พรรคการเมืองต่าง ๆ นำมาใช้ในการหาเสียง และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่มาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองคลั่งและภาระทางการเมืองคลั่งที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองคลั่งผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทยให้มีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น

5. บทสรุป

การดำเนินกิจกรรมทางการเมืองคลั่งผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจในประเทศไทยเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินนโยบายของรัฐบาลให้บรรลุผลตามเป้าหมาย เนื่องจากช่วยลดปัญหาข้อจำกัดด้านงบประมาณ เพิ่มความคล่องตัวและความยืดหยุ่นในการดำเนินนโยบายของรัฐบาล และกระตุ้นเศรษฐกิจได้ตรงตามเป้าหมาย แต่ก็มีข้อเสีย คือ ทำให้เกิดปัญหาภาระทางการเมืองคลั่งแก่รัฐบาล และการไม่สะท้อนถึงฐานะการคลังที่แท้จริงของ

³⁸ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง สำนักนโยบายการคลัง, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษาวินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล,” บทที่ 3-12 ถึง 3-13.

ภาครัฐบาล อย่างไรก็ตาม การพิจารณาข้อดีและข้อเสียของการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจอยู่เพื่อเป็นช่องทางให้รัฐบาลสามารถดำเนินนโยบายต่าง ๆ ที่สำคัญได้ภายใต้ข้อจำกัดด้านงบประมาณและช่วยให้เกิดความคล่องตัวและความยืดหยุ่นในการดำเนินนโยบายของรัฐบาล แต่ควรมีการปรับปรุงมาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยในปัจจุบันให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ กฎหมายจัดตั้งสถาบันการเงินเฉพาะกิจ รวมทั้งตรากฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรออกมาใช้บังคับ เพื่อปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของรัฐบาลผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจของประเทศไทยในปัจจุบันให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยมาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของรัฐบาลผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจตามที่ข้อเสนอแนะข้างต้น จะช่วยสร้างกรอบวินัยทางการคลังในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ป้องกันปัญหาภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ เพิ่มความโปร่งใสให้แก่การใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจ ในการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลัง การชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังให้แก่สถาบันการเงินเฉพาะกิจ และภาระทางการคลังที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังผ่านสถาบันการเงินเฉพาะกิจ อันสอดคล้องกับหลักความโปร่งใส นอกจากนี้ ยังเปิดโอกาสให้รัฐสภาที่มีอำนาจตรวจสอบและอนุมัติแผนการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณของสถาบันการเงินเฉพาะกิจก่อนที่จะการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังอันสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบได้ หลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดิน หลักเสถียรภาพ และหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ

บรรณานุกรม

หนังสือ

- ปรีชา สุวรรณทัต. คำอธิบายกรอบวินัยกฎหมายการเงินการคลังมหาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- _____. วิชาธรรมศาสตร์ว่าด้วยการคลัง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- พงศ์ระพีพร อาภากร และคณะ. “ความเสี่ยงทางการคลังจากการดำเนินงานของสถาบันการเงินเฉพาะกิจ.” ในบทความวิจัยประกอบการสัมมนาทางวิชาการของสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ครั้งที่ 10 ประจำปี 2556 ความเสี่ยงทางการคลัง: ความท้าทายเชิงนโยบาย, รวบรวมโดยสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 172-242. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2556.
- พิสิฐ ลี้อาธรรม. ทิศทางการพัฒนาเศรษฐกิจมหภาค การเงิน การคลัง เล่มที่ 2 วิกฤตต้มยำกุ้ง vs วิกฤตซับไพร์ม. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ สกสค., 2550.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษากฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานกลางทางการเงินการคลังและการงบประมาณ. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด อุดมศึกษา, 2552.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. คำอธิบายกฎหมายการคลัง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.
- สมชัย สัจจพงษ์. ทะลุมิติเศรษฐกิจการคลังไทย. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศรีอนันต์การพิมพ์ จำกัด, 2548.
- สุขุมารย์ ลัดพลี และคณะ. รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยการศึกษาแนวทางการพัฒนาสถาบันการเงินเฉพาะกิจ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2552.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สาระสังเขปประเด็นการปฏิรูปประเทศไทยด้านนโยบายประชานิยมที่จะส่งผลกระทบต่อหนี้สาธารณะและการเพิ่มบทบาทนิติต่อความรับผิดชอบในโครงการประชานิยม. กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558.
- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง สำนักนโยบายการคลัง. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษาวินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล. กรุงเทพมหานคร : สำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2551.
- อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป. กฎหมายการคลัง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.
- เอี่ยมพร พิชัยสนธิ. การคลังประยุกต์กับเศรษฐกิจไทยที่เปลี่ยนแปลงไป. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล. กฎหมายการคลัง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

วิทยานิพนธ์

วริยา ไควสุรัตน์. “การควบคุมการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณที่ไม่ใช่เงินคลังของส่วนราชการ.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

วาทีณี นุชเล็ก. “มาตรการในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมกึ่งการคลังของรัฐบาลผ่านสถาบันการเงิน
เฉพาะกิจ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

อานันท์ กระบวนศรี. “ปัญหาการควบคุมตรวจสอบ “ประชานิยม” ในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

บทความวารสาร

นฤมล หริจันทนะวงศ์. “การจัดทำสถิติการคลังตามคู่มือ GFS ค.ศ. 2001.” ฉบับที่ 27 วารสาร
การงบประมาณ. (2555) : 55.

วรบุตร วรศักดิ์เพชร. “งบประมาณนำรัฐ มาตรการกึ่งการคลัง (Quasi-Fiscal Activities).” ฉบับที่ 17 วารสาร
การงบประมาณ. (2551) : 74-75.

วรัญญู เทพหัสดิน ณ อยุธยา และคณะ. “สัมฤทธิ์ผลการนำนโยบายการคลังไปปฏิบัติ ระหว่างปีพุทธศักราช
2544-2554,” ฉบับที่ 2. วารสารสมาคมนักวิจัย. (2557) : 17.

เอกสารประกอบการประชุมการสัมมนา

ภาวิน ศิริประภาณุกุล. “การปฏิรูประบบงบประมาณเพื่อเพิ่มความโปร่งใสในการดำเนินนโยบาย
กึ่งการคลัง.” ในงานสัมมนาวิชาการเรื่อง การปฏิรูประบบงบประมาณเพื่อเพิ่มความโปร่งใสในการ
ดำเนินนโยบายกึ่งการคลัง. จัดโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, กรุงเทพมหานคร, 2560.

วีระศักดิ์ เครือเทพ. “ความเสี่ยงทางการคลัง ความเสี่ยงของรัฐ : บทวิเคราะห์การบริหารงานภาครัฐ พ.ศ.
2544-2547.” ในการประชุมวิชาการรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 5 ประจำปี
พ.ศ. 2547. จัดโดยคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร, 2547.

สกนธ์ วรัญญูวัฒนา และดวงมณี เลาวกุล. “ความเสี่ยงจากการใช้เครื่องมือกึ่งการคลังเพื่อการพัฒนาประเทศ”
ในงานสัมมนาทิศทางเศรษฐกิจไทยปี 2548 “เศรษฐกิจหลังเลือกตั้ง... ขึ้นต่อ หรือ ชะลอลตัว.
จัดโดยสมาคมเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร, 2547.

สมชัย จิตสุชน. “พัฒนาการนโยบายการคลังหลังเกิดวิกฤตเศรษฐกิจ ปี 2540.” ในงานสัมมนาวิชาการประจำปี
2549 เรื่อง สู่หนึ่งศตวรรษหลังวิกฤตเศรษฐกิจ : ได้เรียนรู้อะไรบ้าง. จัดโดยมูลนิธิสถาบันวิจัย
เพื่อการพัฒนาประเทศ, ชลบุรี, 2549.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

บุญศรีก์ โฆษิตานุกุทธิ์. “กิจกรรมกึ่งการคลังและผลกระทบต่อสถานะทางการคลัง.” จาก <http://www.fpo.go.th/S-l/Source/ECO/ECO53.pdf>, 3 กรกฎาคม 2559.

ธนาคารแห่งประเทศไทย. “การกำกับดูแลสถาบันการเงินเฉพาะกิจ (SFIs).” จาก https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/PruReg_HB/Pages/SFIs.aspx, 14 พฤศจิกายน 2559.

นิตินัย ศิริสมรรถการ, “กิจกรรมกึ่งการคลัง ทางเลือกในการดำเนินนโยบายที่หลีกเลี่ยงไม่ได้?” จาก <http://econ.tu.ac.th/archan/sakonเอกสาร%20ec%20449/>, 3 กรกฎาคม 2559.

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. “คำศัพท์ เศรษฐกิจ การเงิน การคลัง ฉบับประชาชน.” จาก <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=2014>, 3 กรกฎาคม 2559.

สำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. รายงานสถานการณ์ด้านการคลังประจำเดือนกันยายน 2557. จาก

<http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=7633>, 19 พฤษภาคม 2560.

_____. รายงานสถานการณ์ด้านการคลัง ปีงบประมาณ 2558 ตุลาคม 2557 – กันยายน 2558. จาก <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=9664>, 19 พฤษภาคม 2560.

_____. รายงานสถานการณ์ด้านการคลัง ปีงบประมาณ 2559 ตุลาคม 2558 - กันยายน 2559. จาก <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=12159>, 14 พฤศจิกายน 2559.

_____. รายงานสถานการณ์ด้านการคลัง ปีงบประมาณ 2560 ตุลาคม - ธันวาคม 2559, จาก <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=12564>, 25 พฤษภาคม 2560.

เอกสารอื่น ๆ

สำนักงานการบริหารหนี้สาธารณะ. คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารหนี้สาธารณะ.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ครั้งที่ 57 วันที่ 28 ธันวาคม 2553.

_____. บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ 568/2546).

- _____ . ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) (เรื่องเสร็จที่ 292/2557).
- _____ . ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) (เรื่องเสร็จที่ 806/2560).
- _____ . ร่างพระราชบัญญัติการพัฒนากำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) (เรื่องเสร็จที่ 753/2560)
- _____ . รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ครั้งที่ 57 วันที่ 28 ธันวาคม 2553.
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2552 เรื่อง การดำเนินโครงการการประกันรายได้เกษตรกร (การดำเนินโครงการประกันราคาผลผลิต)
- _____ . มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2557 เรื่อง รายงานผลการประชุมคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ.
- _____ . มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2559 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ.
- _____ . มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2559 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการพัฒนากำกับดูแลและการบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.
- _____ . หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/25427 ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2560 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

Books

Gene Park. Spending without taxation : FILP and the Politics of Public Finance in Japan. California : Stanford University Press, 2011.

Article

Organisation for Economic Co-operation and Development. The Legal Framework for Budget Systems.” OECD Journal on Budgeting. (July 2005) : 140.

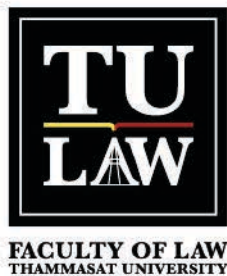
Other Materials

International Monetary Fund. Fiscal Transparency Code (2014).

_____ . GOVERNMENT FINANCE STATISTIC MANUAL 2014.

_____. Manual on fiscal transparency 2007.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Best Practices for Budgets Transparency (2012).



คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร
กรุงเทพฯ 10200

คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น
เขตบางกะปิ กทม.10240

