

การประชุมวิชาการระดับชาติ  
“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์” ครั้งที่ 4



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ร่วมกับ

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ

“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์” ครั้งที่ 4

เล่ม 1

**“การเลือกตั้งกับการ  
เปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย?”**

29 มิถุนายน 2562

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
ที่ ๑๓๕/๒๕๖๒

เรื่อง แต่งตั้งกองบรรณาธิการจัดทำรายงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน  
ครั้งที่ ๔” ประจำปี ๒๕๖๒

ตามที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการร่วมกับคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน ครั้งที่ ๔” ในวันที่ ๒๙ มิถุนายน ๒๕๖๒ เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นกองบรรณาธิการจัดทำรายงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน ครั้งที่ ๔” ประจำปี ๒๕๖๒ ดังนี้

๑. รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด	ประธานกรรมการ
๒. ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ	กรรมการ
๓. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต	กรรมการ
๔. อาจารย์ ดร.วัชรชัย จิรจินดากุล	กรรมการ
๕. ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล	กรรมการ
๖. ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์	กรรมการ
๗. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี	กรรมการ
๘. อาจารย์ ดร.เอมผกา เตชะอภัยคุณ	กรรมการและเลขานุการ

สั่ง ณ วันที่ ๑๘ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๒

ลงนาม  
(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)  
คณบดีคณะนิติศาสตร์



การประชุมวิชาการระดับชาติ  
 ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4  
 กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง  
 (Law in the Age of Change)



09.15 - 10.00 น. ปาฐกถาพิเศษ

“ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
 กับการเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย”

โดย ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต  
 คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
 และอดีตรองกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560

10.00 - 12.00 น.

เสวนาวิชาการ

“การเลือกตั้งกับการเปลี่ยนผ่าน  
 สู่ประชาธิปไตย?”

โดย

- ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ  
 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
- ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปริญญา เทวานฤมิตรกุล  
 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- อาจารย์ ติโรดม คล้ามไพบุลย์  
 นักเขียนและสื่อสารมวลชน

ผู้ดำเนินการเสวนา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์  
 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

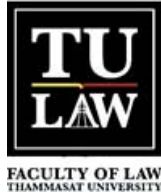
วันเสาร์ที่ 29 มิถุนายน 2562

ณ ห้องจัด เสรชมบุต (LT.1) คณะนิติศาสตร์  
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์



สำรองที่นั่งได้ที่

ดูรายละเอียดได้ที่ : <https://www.thailawcallforpapers.org>



การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์” ครั้งที่ 4  
หัวข้อ “กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง (Law in the Age of Change)”  
วันเสาร์ที่ 29 มิถุนายน 2562 เวลา 08.30 – 16.30 น.  
ณ ห้องจัด เศรษฐบุตร (LT.1) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

- 
- 08.30 – 08.45 น. ลงทะเบียนเข้าการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์” ครั้งที่ 4  
08.45 – 09.15 น. กล่าวเปิดการประชุมวิชาการระดับชาติ  
โดย รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร  
คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์  
ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต  
คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- 09.15 – 10.00 น. ปาฐกถาพิเศษ เรื่อง  
“ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการเปลี่ยนผ่านสู่  
ประชาธิปไตย”  
โดย ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต  
คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- 10.00 – 12.00 น. เสวนาวิชาการ เรื่อง  
“การเลือกตั้งกับการเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย?”  
โดย ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ  
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์  
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปริญญา เทวานฤมิตรกุล  
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
อาจารย์ ศิโรตม์ คล้ามไพบูลย์  
นักเขียนและสื่อสารมวลชน  
ผู้ดำเนินการเสวนา  
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์  
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- 12.30 – 13.00 น. ลงทะเบียนการนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์  
13.00 – 16.30 น. การนำเสนอบทความสาขานิติศาสตร์ ภายใต้หัวข้อ  
เรื่อง “กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง (Law in the Age of Change)”  
แบ่งกลุ่มย่อยตามสาขาวิชา โดย คณาจารย์ นักศึกษา และนักวิชาการ  
ณ ห้องประชุมจิตติ ดิงศภัทย์ ชั้น 1, ห้อง 123 ชั้น 1, ห้อง 222 ชั้น 2,  
ห้อง 211 ชั้น 2, ห้อง 322 ชั้น 3 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
ท่าพระจันทร์

## คำนำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ในฐานะสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาหลักของประเทศไทยที่มีพันธกิจสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการสร้างโอกาสทางวิชาการให้แก่ นักวิชาการ อาจารย์ และนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาที่จะได้เผยแพร่ผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์สู่สาธารณะ และประโยชน์ในการร่วมมือทางวิชาการระหว่าง 2 สถาบัน จึงได้ร่วมกันจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4” เพื่อเป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการและประสบการณ์ ด้วยเปิดโอกาสให้แก่ผู้สนใจได้นำเสนอบทความวิชาการทางนิติศาสตร์ อันจะนำไปสู่การแลกเปลี่ยนองค์ความรู้เพื่อการพัฒนาคุณภาพงานวิจัยที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4” จัดขึ้นภายใต้หัวข้อ “กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง” โดยมีการจัดกิจกรรมออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ การปาฐกถาพิเศษเรื่อง “ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย” โดย ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และอดีตกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560 การจัดเสวนากฎหมายเรื่อง “การเลือกตั้งกับการเปลี่ยนผ่าน” และการนำเสนอบทความทางนิติศาสตร์ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 37 บทความ เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2562 ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

สุดท้ายนี้ คณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4” ขอขอบพระคุณคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เขียนบทความทุกท่าน ตลอดจนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่ให้การสนับสนุนในการจัดประชุมวิชาการระดับชาติในครั้งนี้

คณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ

# การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 4

## สารบัญ

### กลุ่ม “กฎหมายการคลังและภาษี & กฎหมายมหาชน”

- มาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศในประเทศไทย	อัญญรัตน์ สว่างวงศ์เสรี	1
- แนวคิดในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐและการระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศในรูปแบบกองทุนรวมภายใต้กรอบทางกฎหมายและกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี	วรวิมล จันทรทอง	13
- ภาษีการท่องเที่ยวประเภทภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศ	ภัทรธนาชญ์ ศรีถาวร	29
- บางประเด็นเกี่ยวกับความเป็นศาสนาประจำชาติของ “พุทธศาสนา” ในประเทศไทย	กรีช ภูญิยามา	43
- ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทย	อภิชาติ คุณวัฒน์บัณฑิต	60
- ข้อจำกัดของเสรีภาพในการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดียโดยไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์	ณัฐวรรณ อารัมภวีโรจน์	82
- การเลี่ยงภาษีโดยเลี่ยงการมีสถานประกอบการถาวร	ชนากานต์ สรรพพิทักษ์เสรี	100

### กลุ่ม “กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ & กฎหมายธุรกิจ”

- แนวทางการเปิดเสรีการค้าบริการไปรษณีย์ในรูปแบบการจัดตั้งทางพาณิชย์ภายใต้องค์การการค้าโลกและประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของไทย	ณภัทร กิจจจรกุลภัทร	113
- การปรับใช้มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในช้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ	พัชรีภรณ์ กิ่งสร	135
- ปัญหาของการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคมข้ามแดนในโลกยุคดิจิทัล : ศึกษาในบริบทของสหภาพยุโรปและอาเซียน	ภิญญา จงอุดมการณ์	153
- แนวทางการพัฒนาหลักเกณฑ์ของไทยเพื่อรองรับการเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้กรอบอาเซียน	เพชร รวยสำราญ	173
- การประกอบธุรกิจในลักษณะ UNIVERSAL BANKING และ แนวทางการปรับใช้ในระบบ ธนาคารพาณิชย์ สปป.ลาว	ครสวัสดี แก้วอุตร	186
- เอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์	นภัส มงคลภัทรสุข	204
- ความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล : ข้อจำกัดในการถอนความยินยอมตามกฎหมายหรือสัญญาที่ให้ประโยชน์กับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	สุธิตินันท์ ศรีราษฎร์	218

## กลุ่ม “กฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม”

- การปรับปรุงการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บนพื้นฐานวัฒนธรรมที่มีชีวิตตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003	เกวลิน ต่อปัญญาชาญ	240
- มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริม การผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง	ภาสันต์ เกาศุภธน	255
- พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือกับการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือของประเทศไทย	พิชชา ใจสมคม	277
- การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมโดยกองทุนสิ่งแวดล้อม	วิยาดา กัญยาลัง	292
- มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์กับปัญหาการลดลงของพื้นที่เกษตรกรรม	ชวิศา ชันดี	314
- มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวน ศึกษากรณี นกแล้วท้งดำในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม จังหวัดกระบี่	สาวิตรี พันธุ์วงษ์	327
- มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการอุทยานแห่งชาติ	อานันท์ รัตนเจียเจริญ	348

## มาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศในประเทศไทย TAX MEASURES ON PROMOTION OF ESTABLISHMENT OF INTERNATIONAL BUSINESS CENTRE IN THAILAND

อัญญรัตน์ สว่างวงศ์เสรี\*  
Anyarat Sawangvongseree

### บทคัดย่อ

ในยุคปัจจุบันนานาประเทศมีการแข่งขันกันพัฒนาเศรษฐกิจ โดยการดึงดูดนักลงทุนจากในและนอกประเทศให้หันเข้ามาลงทุนในประเทศของตนด้วยวิธีการที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ระบบสาธารณูปโภค การคมนาคม ระบบราชการ การพัฒนาศักยภาพแรงงานในประเทศ ตลอดจนการกำหนดมาตรการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเพื่อเป็นแรงจูงใจ ด้วยเหตุนี้ ในปีพ.ศ. 2561 ประเทศไทยจึงมีการกำหนดมาตรการภาษีที่สำคัญเพื่อดึงดูดนักลงทุนจากต่างประเทศให้เข้ามาจัดตั้งองค์กรธุรกิจในประเทศไทยและประกอบธุรกิจการให้บริการด้านการบริหาร ด้านเทคนิค และด้านการสนับสนุนแก่วิสัยกิจในเครือของตนที่ตั้งอยู่ทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย กล่าวคือ มาตรการศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Centre: IBC) ทั้งนี้ มาตรการ IBC มีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีต่าง ๆ รวมถึงการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามเพื่อได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงมาตรการภาษีที่ส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศของประเทศในภูมิภาคอาเซียนนั้น ผู้เขียนมีความสนใจและมุ่งศึกษาเปรียบเทียบระหว่างมาตรการ IBC ดังกล่าวของประเทศไทย กับมาตรการ Development and Expansion Incentive: DEI ของประเทศสิงคโปร์ อันเป็นประเทศที่มีมาตรการภาษีที่ให้การส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศในประเทศของตนมาเป็นระยะเวลายาวนาน และประสบความสำเร็จในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้ไปจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศที่ประเทศดังกล่าวเป็นจำนวนมาก

ทั้งนี้ เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบแล้วพบว่ามาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการให้สิทธิประโยชน์ที่แตกต่างกับมาตรการ IBC ของประเทศไทยอยู่หลายประการ อาทิ การมิได้กำหนดเงื่อนไขในการยื่นคำขออนุมัติให้ชัดเจน การกำหนดกิจการที่ได้รับการสนับสนุนให้มีความกว้างและส่งเสริมให้มีการเพิ่มมูลค่าในทางเศรษฐกิจให้กับประเทศ รวมถึงการกำหนดระยะเวลาการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นเวลายาวนานสูงสุดได้ถึง 40 ปี ซึ่งอาจนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับมาตรการ IBC ของประเทศไทยเพื่อจะส่งเสริมการพัฒนา และรักษาสถานภาพทางเศรษฐกิจในระยะยาวให้กับประเทศไทยภายใต้มาตรการภาษีดังกล่าวได้ต่อไป

### คำสำคัญ

มาตรการภาษี, ศูนย์กลางภูมิภาค, สำนักงานใหญ่ข้ามประเทศ

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายภาษี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : Anyarat.kloy@gmail.com ปัจจุบันทำงาน ณ บริษัท อีวาย คอร์ปอเรท เซอร์วิสেস จำกัด



## ABSTRACT

Nowadays, it is a very high competition in economic development by among countries from over the world. Each country has attracted both multinational corporations and domestic investors to directly invest in their country by using different methods, including developing the country's infrastructure, public utilities, transportation, governmental system, domestic workers' capabilities as well as tax incentives. As a result, in 2018, Thailand introduced a new significant tax incentive to attract the foreign investors to establish an International Business Centre (IBC) in Thailand in order to render the qualifying activities (i.e., business administration, technical and support services) to its associated enterprises both in domestic and overseas from Thailand base.

That is an International Business Centre tax regime. Under IBC regime, there are several tax incentives provided as well as qualifications and conditions that the business operators are required to comply with. Having considering the similar tax regime among Asean countries, it was found that the Development and Expansion Incentive (DEI) of Singapore was interesting for comparative study with IBC of Thailand in order to compare and analyze for proposing to develop our tax incentive for purpose of more efficiency in attracting investors as this type of tax regime has been implemented in Singapore since long time ago and Singapore is one of the most successful country in Southeast Asia in attracting multinational companies to establish their International/Regional Headquarters therein. This study is only conducted in comparative way with IBC of Thailand.

After study and analysis, it is found that there are some differences on criteria and conditions between DEI regime of Singapore and IBC regime of Thailand, e.g., no specific quantitative conditions publicly available for DEI regime, prescribing DEI qualifying activities in way of broadly and high value-added business activities in broad and promoting high added-value to the country's economy, and providing such a long-term tax incentive, i.e., maximum at 40 years. These differences may be adapted to Thailand's IBC regime for purpose of more efficiency in attracting investors as well as developing and remaining the Thailand's long-run economic growth.

## Keywords

tax measures, regional centre, international headquarters

## บทนำ

ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการเพิ่มมาตรการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศไทยไว้หลากหลายประเภทธุรกิจ ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมและก่อให้เกิดการลงทุนภายในประเทศ โดยการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจ ก่อให้เกิดการสร้างงานและการใช้จ่ายใช้สอยภายในประเทศมากยิ่งขึ้น มาตรการดังกล่าวนั้น รวมถึงมาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศ (International Headquarters: IHQ) ตามพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการลดอัตราและยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 586) พ.ศ. 2558 ประกอบกับประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการลดอัตราภาษีเงินได้ ยกเว้นภาษีเงินได้ และยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะของบริษัทซึ่งประกอบกิจการสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศ เพื่อจูงใจให้ภาคเอกชนทั้งในประเทศและต่างประเทศดำเนินการจัดตั้งสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศในประเทศไทย อันจะทำให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการค้า การเงิน และการลงทุนของภูมิภาค ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 เป็นต้นมา ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายดังกล่าว ปัจจุบันมีผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศไทย ทั้งที่มีโครงสร้างการถือหุ้นเป็นบริษัทที่มีสัญชาติไทยและเป็นบริษัทต่างชาติต่างยื่นขอใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีในการจัดตั้งสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศ (International Headquarters: IHQ) ในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก

แต่อย่างไรก็ตามจากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมกรอบความร่วมมือ (Inclusive Framework) ตามโครงการป้องกันการถูกกัดกร่อนฐานภาษีและการโอนกำไรไปต่างประเทศ (Base Erosion and Profit Shifting: BEPS) ขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) ในฐานะประเทศสมาชิก (Associate Country) ตามมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบตามที่กระทรวงการคลังเสนอ เมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม พ.ศ. 2560 OECD ได้ดำเนินการทบทวนมาตรการภาษีของประเทศไทยเป็นครั้งแรกและ ต่อมาเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2561 OECD ได้จัดทำรายงานการทบทวนมาตรการภาษีที่เป็นภัย ซึ่งรายงานฉบับนี้ได้มีการกล่าวถึง มาตรการภาษี IHQ ของประเทศไทยว่า เป็นมาตรการภาษีที่เป็นภัยที่อาจถูกนำมาใช้ในการวางแผนภาษีเพื่อถ่ายโอนกำไรจากประเทศหนึ่งไปอีกประเทศหนึ่งได้ และประเทศไทยมีพันธกรณีในการแก้ไขมาตรการภาษีดังกล่าวเพื่อให้ไม่เป็นมาตรการภาษีที่เป็นภัยให้แล้วเสร็จภายในปีพ.ศ. 2561

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2561 ได้มีมติคณะรัฐมนตรี เห็นชอบอนุมัติหลักการร่างพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรเพื่อเป็นการปรับปรุงมาตรการภาษีเกี่ยวกับสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศ โดยมีผลให้ยุติการอนุมัติผู้ประกอบการภายใต้มาตรการ IHQ รายใหม่ตั้งแต่วันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2561 เป็นต้นมา แต่อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการมุ่งมั่นส่งเสริมการเป็นศูนย์กลางภูมิภาคของประเทศไทยอันจะส่งผลให้มีการดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนทั้งในและต่างประเทศ ก่อให้เกิดการจ้างงานและเกิดการหมุนเวียนของรายจ่ายในการดำเนินธุรกิจในประเทศไทยต่อไป พร้อมกันนี้คณะรัฐมนตรีจึงมีมติอนุมัติร่างหลักการให้มีการออกมาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Centre หรือ IBC) มาทดแทน ทั้งนี้ ความแตกต่างประการสำคัญระหว่างมาตรการ IHQ และมาตรการ IBC คือ มาตรการ IBC ได้ยกเลิกการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเงินได้นิติบุคคลที่แตกต่างกันระหว่างรายได้ที่ผู้ประกอบการได้รับจากการให้บริการกิจการที่ได้รับการสนับสนุนแก่วิสาหกิจในเครือในต่างประเทศ และรายได้ที่ผู้ประกอบการให้บริการกิจการที่ได้รับการสนับสนุนแก่วิสาหกิจในเครือภายในประเทศที่แต่เดิมได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล และได้รับการลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลจากร้อยละ 20 เป็นร้อยละ 10 ของกำไรสุทธิตามลำดับ โดยปรับเปลี่ยนให้ได้รับการลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราที่เท่าเทียมกัน

ทั้งนี้ มาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ ประเทศ (International Business Centre หรือ IBC) ได้รับการตราไว้ในพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการลด

อัตราและยกเว้นราชการ (ฉบับที่ 674) พ.ศ. 2561 ซึ่งประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2561 และให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2561 เป็นต้นมา แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงมาตรการ IBC ของประเทศไทยแล้วนั้น พบว่ามีข้อสังเกตบางประการที่น่าสนใจ ได้แก่ การกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขที่กำหนดในการขอรับสิทธิประโยชน์ภายใต้มาตรการภาษีไว้ละเอียดแน่นนอน ประเภทกิจการที่ได้รับการสนับสนุน และกำหนดระยะเวลาการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี

ด้วยเหตุนี้ จากกรณีดังกล่าว บทความนี้จึงมุ่งสนใจในการศึกษาเปรียบเทียบมาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Centre หรือ IBC) ในแง่ของการดึงดูดการเป็นศูนย์กลางสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศของประเทศไทยเปรียบเทียบกับมาตรการภาษีส่งเสริมการจัดตั้งสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศภายใต้มาตรการ Development and Expansion Incentive (DEI) ของประเทศสิงคโปร์ อันเป็นประเทศที่มีมาตรการภาษีซึ่งให้การส่งเสริมการจัดตั้งสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศภายในประเทศมาเป็นระยะเวลายาวนาน และประสบความสำเร็จในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้ไปจัดตั้งสำนักงานใหญ่ข้ามประเทศที่ประเทศดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ซึ่งตามข้อมูลของหน่วยงานกำกับดูแลของประเทศสิงคโปร์นั้น กิจการการเป็นสำนักงานใหญ่และให้บริการเฉพาะทางหรือบริการวิจัยและพัฒนาก่อให้เกิดมูลค่าการลงทุนในประเทศสิงคโปร์สูงถึง 1,676 ล้านดอลลาร์สิงคโปร์ และมีมูลค่ารายจ่ายทางธุรกิจในประเทศสิงคโปร์จำนวนกว่า 2,342 ล้านดอลลาร์สิงคโปร์ในปีพ.ศ. 2560 ที่ผ่านมา ทั้งนี้ เพื่อวิเคราะห์และนำแนวทางของมาตรการภาษีของประเทศสิงคโปร์มาปรับใช้กับมาตรการภาษีของประเทศไทยเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการดึงดูดนักลงทุนมากยิ่งขึ้นต่อไป

ทั้งนี้ จากการศึกษาถึงลักษณะและหลักเกณฑ์ของมาตรการเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศระหว่างมาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์ และ มาตรการศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ (IBC) ของประเทศไทยนั้นจะเห็นได้ว่าสามารถเปรียบเทียบสาระสำคัญของความแตกต่างกันระหว่าง 2 มาตรการข้างต้นได้ดังนี้

### 1. กิจการที่ได้รับการสนับสนุน

ภายใต้มาตรการ IBC ของประเทศไทยนั้น มีการกำหนดประเภทกิจการซึ่งได้รับการสนับสนุนที่มีความละเอียดชัดเจน<sup>1</sup> ได้แก่ กิจการการให้บริการด้านบริหาร ให้บริการด้านเทคนิค ให้บริการสนับสนุน กล่าวคือ การบริหารงานทั่วไป การวางแผนทางธุรกิจและการประสานงานทางธุรกิจ การจัดหาวัตถุดิบและชิ้นส่วน การวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ การสนับสนุนด้านเทคนิค การส่งเสริมด้านการตลาดและการขาย การบริหารด้านงานบุคคลและการฝึกอบรม การให้คำปรึกษาด้านการเงิน การวิเคราะห์และวิจัยด้านเศรษฐกิจและการลงทุน หรือการจัดการและควบคุมสินเชื่อ และกิจการการบริหารเงินในเรื่องของศูนย์บริหารเงินซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน และการกู้ยืมและให้กู้ยืมเงินบาทของศูนย์บริหารเงินซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน และมีการเปิดช่องให้รวมถึงการให้บริการสนับสนุนอื่น ๆ ตามที่อธิบดีกรมสรรพากรประกาศกำหนด

ในขณะที่ภายใต้มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์ ประเภทกิจการที่ได้รับการสนับสนุน<sup>2</sup> ได้แก่ การผลิตหรือ การเพิ่มกำลังการผลิตสำหรับผลิตภัณฑ์จากประเภทอุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์ การให้บริการทางวิศวกรรมหรือทางเทคนิคซึ่งรวมถึงบริการด้านห้องปฏิบัติการทดลอง การให้คำปรึกษา การค้นคว้าวิจัยและการพัฒนา การให้บริการเกี่ยวกับข้อมูลจากฐานคอมพิวเตอร์ หรือบริการเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อื่น ๆ

<sup>1</sup> กรมสรรพากร, “พระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการลดอัตราและยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 674) พ.ศ. 2561,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2561, จาก [http://www.rd.go.th/publish/fileadmin/user\\_upload/kormor/newlaw/dc674.pdf](http://www.rd.go.th/publish/fileadmin/user_upload/kormor/newlaw/dc674.pdf)

<sup>2</sup> Section 19I. and Section 16. of the Income Tax Act

การให้บริการด้านการพัฒนาหรือผลิตการออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial design) และรวมถึงการให้บริการหรือกิจการด้านอื่น ๆ ที่อาจจะกำหนดขึ้น

## 2. เงื่อนไขในการได้รับอนุมัติเป็นผู้ประกอบการภายใต้มาตรการภาษี

มาตรการ IBC ของประเทศไทยได้มีการกำหนดเงื่อนไขสำคัญที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยพึงมีในการยื่นคำขออนุมัติเป็นศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ<sup>3</sup> ได้แก่ จำนวนทุนขั้นต่ำซึ่งบริษัทต้องมีจำนวนทุนชำระแล้วในวันสุดท้ายของแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีตั้งแต่ 10 ล้านบาทขึ้นไป จำนวนรายจ่ายของกิจการศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศที่ได้จ่ายให้แก่ผู้รับในประเทศไทยที่ต้องไม่น้อยกว่า 60 ล้านบาทในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี และจำนวนการจ้างงานพนักงานที่มีความรู้และทักษะที่จำเป็นโดยงานประจำให้แก่ศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ กำหนดไว้เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 10 คน หรือไม่น้อยกว่า 5 คน เฉพาะกรณีประกอบกิจการบริหารเงิน (Treasury Center) เพียงอย่างเดียว

ในขณะที่มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์นั้น จากการศึกษาพบว่ามิได้มีการระบุเงื่อนไขในการได้รับอนุมัติ ได้แก่ จำนวนทุนขั้นต่ำ จำนวนรายจ่ายขั้นต่ำที่ต้องจ่ายภายในประเทศ และจำนวนการจ้างงานแรงงานในประเทศดังเช่นมาตรการ IBC ของประเทศไทยที่กล่าวข้างต้นในกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการ DEI แต่อย่างใด

## 3. สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ได้รับ

ภายใต้มาตรการ IBC ของประเทศไทยนั้น ได้มีการกำหนดสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ผู้ประกอบการ IBC จะได้รับ<sup>4</sup> มีดังต่อไปนี้ รายได้จากกิจการที่ได้รับการสนับสนุนจะได้รับการลดอัตราภาษีจากร้อยละ 20 เหลือร้อยละ 8, 5 หรือ 3 ของกำไรสุทธิตามสัดส่วนค่าใช้จ่ายที่จ่ายให้แก่ผู้รับที่อยู่ในประเทศไทยเป็นจำนวน 60, 300 หรือ 600 ล้านบาทแล้วแต่กรณี เงินปันผลที่ IBC ได้รับจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล รวมถึงเงินปันผลและ ดอกเบี้ยที่ IBC จ่ายออกไปต่างประเทศจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย นอกจากนี้เงินได้ที่แรงงานต่างชาติได้รับจะได้รับการลดอัตราภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจำกัดที่อัตราร้อยละ 15

ในขณะที่มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์ มีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี<sup>5</sup> แก่ผู้ประกอบการภายใต้มาตรการ DEI คือ ได้รับการลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลจากร้อยละ 17 เหลือร้อยละ 10 หรือร้อยละ 5 ของกำไรสุทธิ แล้วแต่รัฐมนตรีกำหนดในหนังสืออนุมัติกิจการ ทั้งนี้ ไม่รวมค่าสิทธิหรือรายได้อื่นที่ได้รับจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

## 4. ระยะเวลาการให้สิทธิประโยชน์

มาตรการ IBC ของประเทศไทยนั้นได้มีการกำหนดระยะเวลาการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นระยะเวลา 15 รอบระยะเวลาบัญชีติดต่อกัน<sup>6</sup> รอบระยะเวลาบัญชีใดมีเงื่อนไขไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนด ให้ถือว่าไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น และหากมีการขาดคุณสมบัติต่อเนื่องเกินกว่า 1 รอบระยะเวลาบัญชีติดต่อกัน หรือไม่มีลักษณะเป็นศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ อธิบดีมีอำนาจเพิกถอนการเป็นศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ และให้สิทธิที่ได้รับจากการลดอัตราและยกเว้นภาษีสิ้นสุดลง นับตั้งแต่รอบระยะเวลาบัญชีแรกที่ได้รับสิทธิได้

ในขณะที่มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์นั้นมีการกำหนดระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีโดยให้สิทธิประโยชน์ครั้งแรกไม่เกิน 10 ปี ทั้งนี้สามารถขยายระยะเวลาได้ครั้งละ 5 ปี แต่รวมกันแล้วไม่เกิน 40 ปี<sup>7</sup>

<sup>3</sup> กรมสรรพากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.5.

<sup>4</sup> กรมสรรพากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.5.

<sup>5</sup> Section 19J (5D) of the Income Tax Act

<sup>6</sup> กรมสรรพากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.5.

<sup>7</sup> Section 19K. – (3B) of the Income Tax Act

## บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

ทั้งนี้ จากการศึกษาข้อมูลดังกล่าวข้างต้นนั้นสามารถวิเคราะห์ถึงสาระสำคัญของความแตกต่างระหว่างมาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์และมาตรการ IBC (ประกอบมาตรการ IHQ) ของประเทศไทยพร้อมข้อเสนอแนะในการส่งเสริมให้มาตรการ IBC ของประเทศไทยมีประสิทธิภาพในการดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทย ภายใต้มาตรการดังกล่าวมากยิ่งขึ้นและส่งผลให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยในระยะยาวได้ ดังต่อไปนี้

### 1. กรณีการมีได้กำหนดถึงคุณสมบัติและเงื่อนไขในการขอรับสิทธิประโยชน์ภายใต้มาตรการภาษี DEI ของประเทศสิงคโปร์ไว้โดยชัดเจน

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่ามาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์นั้นมิได้มีการระบุถึงคุณสมบัติของบริษัทผู้ยื่นคำขอและเงื่อนไขในการได้รับอนุมัติคำขอไว้โดยชัดเจน ซึ่งต่างจากมาตรการ IBC ของประเทศไทยที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนแน่นอน อาทิ การกำหนดให้บริษัทผู้ประกอบการ IBC ต้องมีจำนวนทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท การกำหนดให้บริษัทผู้ประกอบการ IBC ต้องมีจำนวนค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจที่จ่ายให้กับผู้รับในประเทศไม่น้อยกว่า 60 ล้านบาทต่อปี และการกำหนดให้บริษัทผู้ประกอบการ IBC ต้องมีจำนวนการจ้างแรงงานในประเทศไทยสำหรับการประกอบกิจการที่ได้รับการสนับสนุนและอนุมัติภายใต้มาตรการ IBC เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 10 คน หรือไม่น้อยกว่า 5 คนเฉพาะกรณีประกอบธุรกิจการบริหารเงินแต่เพียงอย่างเดียว ในส่วนของการยื่นคำขอเพื่อขออนุมัติประกอบกิจการภายใต้มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์นั้น จากข้อมูลที่ได้ศึกษาค้นคว้า บริษัทที่ประสงค์จะยื่นคำขอจะต้องจัดทำแผนธุรกิจที่ระบุถึงแผนการและรายละเอียดต่าง ๆ ของธุรกิจที่แสดงให้เห็นถึงแผนที่จะช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์ได้<sup>8</sup> ซึ่งในเอกสารข้อมูลในการแนะนำมาตรการภาษี DEI ของคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจแห่งประเทศสิงคโปร์นั้น มีเพียงการระบุไว้โดยกว้างว่าผู้ยื่นคำขอที่จะได้รับการอนุมัติจะต้องมีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขที่กำหนดทั้งในด้านของคุณภาพและปริมาณ (Qualitative and Quantitative)<sup>9</sup> ซึ่งระบุตัวอย่างของเงื่อนไขดังกล่าวไว้เพียงว่า ต้องพิจารณาถึงจำนวนการจ้างงานในประเทศสิงคโปร์ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างงานแรงงานผู้มีทักษะมีความเชี่ยวชาญ (skilled and expertise labour) และการจ้างงานแรงงานผู้สูงอายุ

<sup>8</sup> E-Mail ตอบกลับจาก Client Services, Singapore Economic Development Board (client\_services@edb.gov.sg), Retrieved on December 14, 2018.

“We wish to highlight that EDB incentives are customised to each company’s needs and applications are reviewed based on its quantitative and qualitative merits. Companies will need to prepare detailed business plans setting out the proposed business activities to be carried out in Singapore to be discussed with EDB.

If you would like to have further discussions with EDB, please help us understand the company’s plans by providing the following information:

- Company profile – location of current headquarter(s) and size of business (in terms of revenue & employment)
- Timeline for setting up in Singapore
- Size of planned investment in Singapore (in terms of fixed asset investments and/or operating expenditure)
- Number of planned hires in Singapore

The above information will enable EDB to better assess the company’s plans and the suitability of DEI for the company. Thank you.”

<sup>9</sup> Singapore Economic Development Board, “PIONEER CERTIFICATE INCENTIVE AND DEVELOPMENT AND EXPANSION INCENTIVE,” Retrieved on 19 November 2018, from <https://www.edb.gov.sg/content/dam/edb/edbsite/downloads/brochures/PC%20and%20DEI%20Brochure.PDF>

จำนวนค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะใช้ในการดำเนินกิจการ แผนการส่งเสริมขีดความสามารถและศักยภาพในประเทศสิงคโปร์ ไม่ว่าจะเป็นทั้งทางด้านเทคโนโลยี ทักษะ และ ความรู้ความชำนาญ (know-how) ในส่วนของโครงการประกอบธุรกิจการผลิตอาจรวมไปถึงมูลค่าการลงทุนในสินทรัพย์สำหรับโรงงาน อาคาร และเครื่องมืออุปกรณ์ที่ใช้ประกอบกิจการ ไว้เท่านั้น หากแต่ได้มีการระบุถึงจำนวนที่แน่ชัดของเงินไขดังกล่าวเหล่านั้น การไม่ระบุถึงเงินไขที่ชัดเจน หรือจำนวนที่ชัดเจนของเงินไขต่าง ๆ ในการที่จะยื่นคำขออนุมัติเป็นผู้ประกอบการภายใต้มาตรการ DEI นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากมองในแง่ของความโปร่งใส หรือ Transparency อันถือเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาว่า มาตรการภาษีใดเป็นมาตรการภาษีที่เป็นภัย (Harmful Tax Practice) ตามแผนปฏิบัติการที่ 5 ของโครงการ BEPS ในการต่อต้านมาตรการภาษีที่เป็นภัยอันอาจมีผลให้เกิดการกีดกันและการโยกฐานกำไรอันไม่สมควร เหตุเพราะการไม่กำหนดเงินไขที่ชัดเจนเช่นนี้ไว้ในกฎหมายหรือกฎระเบียบที่เปิดเผยสู่สาธารณชน ทำให้ในการที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะยื่นคำขอรับสิทธิประโยชน์ตามมาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องเข้าไปปรึกษากับเจ้าหน้าที่กรมสรรพากร (IRAS) หรือปรึกษาผู้เชี่ยวชาญทางด้านภาษีอากรในประเทศสิงคโปร์เพื่อทราบถึงคุณสมบัติหรือเงื่อนไขเบื้องต้นในการที่จะได้รับอนุมัติสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้มาตรการ DEI ซึ่งก่อให้เกิดการเสียเวลาและเสียต้นทุนค่าใช้จ่ายในการขอรับสิทธิประโยชน์ทางภาษียิ่งขึ้น อีกทั้งทำให้การพิจารณาแผนธุรกิจและเงื่อนไขการอนุมัติสิทธิประโยชน์ดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่ค่อนข้างคลุมเครือและเป็นไปตามดุลยพินิจของผู้พิจารณาคำขอเป็นการเฉพาะจึงอาจทำให้เกิดประเด็นเรื่องความโปร่งใสได้ แต่อย่างไรก็ตาม ตามรายงานของ OECD เมื่อปี พ.ศ. 2560 ที่ผ่านมา มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์ก็ไม่ได้มีการจัดให้เป็นมาตรการภาษีที่เป็นภัยแต่อย่างใด<sup>10</sup> อย่างไรก็ตาม หากมองในแง่ดีของการที่ไม่ได้กำหนดจำนวนของเงินไขไว้โดยเฉพาะเจาะจง และเปิดโอกาสให้ผู้ยื่นคำขอมิมีโอกาสนำเสนอแผนธุรกิจและเจรจาแผนการดำเนินงานธุรกิจกับผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติสิทธิประโยชน์ทางภาษี ผู้เขียนเห็นว่าก็อาจเป็นผลให้เกิดการยืดหยุ่นในเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติตามได้ ประกอบกับอัตราภาษีลดพิเศษ (Concessionary rate) ที่เป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์มีการกำหนดให้อนุมัติให้ใช้บังคับได้ใน 2 อัตรา กล่าวคืออัตราร้อยละ 5 หรือร้อยละ 10 แล้วแต่รัฐมนตรีเห็นสมควรอนุมัติ และตามกฎหมายของมาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์ก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนแน่นอนว่ากรณีใดจึงจะอนุมัติให้อัตราภาษีลดพิเศษ ร้อยละ 5 หรือกรณีใดจึงจะอนุมัติให้อัตราภาษีลดพิเศษร้อยละ 10 ทั้งนี้ เป็นไปตามดุลยพินิจของผู้มีอำนาจพิจารณาโดยเฉพาะ<sup>11</sup>

กรณีนี้จึงอาจมองได้ว่าการพิจารณาอนุมัติการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์นั้นเปิดโอกาสให้มีการยืดหยุ่นสำหรับเงื่อนไขของแผนการดำเนินงานและยืดหยุ่นในส่วนของสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ผู้ได้รับอนุมัติจะได้รับ ด้วยเหตุการณ์เปิดโอกาสที่ว่าหากผู้ประกอบการใดให้สิ่งที่พิจารณาแล้วเป็นประโยชน์ต่อประเทศมากกว่า ควรยอมได้รับสิทธิประโยชน์ที่มากกว่า ดังนั้นเงินไขจึงได้รับการยืดหยุ่นและสิทธิประโยชน์ที่ผู้ประกอบการแต่ละคนที่จะได้รับจึงไม่เท่าเทียมกัน เพราะเหตุที่ว่าการลงทุนไม่เหมือนกัน ผลของการลงทุนไม่เหมือนกัน สิทธิประโยชน์ที่ได้รับยอมได้ไม่เท่ากันนั่นเอง

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นเป็นโอกาสอันดีในการที่ประเทศไทยจะได้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุมัติสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่มีความยืดหยุ่นของประเทศสิงคโปร์มาปรับใช้กับการพิจารณาการอนุมัติสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้มาตรการ IBC เพื่อกระตุ้นให้มีการลงทุนและส่งเสริมเศรษฐกิจให้กับประเทศไทยอย่างแท้จริง และเป็นการยุติธรรมให้แก่ผู้ลงทุนหากผู้ใดมีการลงทุนมากในทางที่ส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศ

<sup>10</sup> OECD, “Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report,” Retrieved on November 19, 2018, from <http://www.oecd.org/tax/beps/harmful-tax-practices-2017-progress-report-on-preferential-regimes-9789264283954-en.htm>

<sup>11</sup> E-Mail, *supra* note 8, p.9.

ไทยได้มากในระยะยาว ย่อมควรได้รับสิทธิประโยชน์มากกว่าผู้อื่น ในลักษณะของการพิจารณาในเรื่องของการต่างตอบแทน แต่อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการลดช่องโหว่ในการพิจารณาที่ไม่เป็นธรรมจึงเห็นสมควรให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิทั้งจากภายในหน่วยงานรัฐและภาคเอกชนมาเพื่อพิจารณาการอนุมัติสิทธิประโยชน์ทางภาษีดังกล่าวเป็นการเฉพาะ

## 2. ความแตกต่างบางประการของกิจการที่ให้การสนับสนุน

เมื่อมีการเปรียบเทียบกับกิจการที่ได้รับการสนับสนุนภายใต้มาตรการ IBC ของประเทศไทย และมาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์แล้วนั้นพบว่ากิจการที่ได้รับการสนับสนุนของประเทศไทยมีการกำหนดกิจการที่ได้รับการส่งเสริมไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นคำนิยามของกิจการการให้บริการสนับสนุน หรือการให้คำนิยามในการให้บริการบริการการเงิน แต่อย่างไรก็ตามเมื่อวิเคราะห์ดูแล้วพบว่ากิจการที่ได้รับการสนับสนุนภายใต้มาตรการ DEI เป็นการกำหนดประเภทของกิจการที่ได้รับการสนับสนุนที่ค่อนข้างเปิดกว้างและมีการสนับสนุนให้เกิดการดำเนินธุรกิจที่เป็นกิจกรรมที่เสริมสร้างมูลค่าสำหรับกิจกรรมทางธุรกิจในประเทศสิงคโปร์ อาทิ การผลิต หรือ การเพิ่มกำลังการผลิตสำหรับผลิตภัณฑ์จากประเภทอุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์ การให้บริการทางวิศวกรรมหรือทางเทคนิคซึ่งรวมถึงบริการด้านห้องปฏิบัติการทดลอง การให้คำปรึกษา การค้นคว้าวิจัยและการพัฒนาการให้บริการเกี่ยวกับข้อมูลจากฐานคอมพิวเตอร์ หรือบริการเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อื่น ๆ การให้บริการด้านการพัฒนาหรือผลิตการออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial design)<sup>12</sup> ซึ่งส่งผลให้ช่วยพัฒนาและเพิ่มมูลค่าเศรษฐกิจของประเทศได้ในระยะยาว

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นเป็นการสมควรให้กิจการที่ได้รับการสนับสนุนภายใต้มาตรการ IBC มีการกำหนดกิจการที่ได้รับการส่งเสริมให้มีการเปิดกว้างสำหรับกิจการที่มีผลเป็นการส่งเสริมให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยี ทักษะ ความรู้ความชำนาญให้กับทรัพยากรในประเทศ อาทิ การกำหนดการให้บริการทางวิศวกรรมหรือทางเทคนิคซึ่งรวมถึงบริการด้านห้องปฏิบัติการทดลอง การให้บริการเกี่ยวกับข้อมูลจากฐานคอมพิวเตอร์ หรือบริการเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อื่น ๆ การให้บริการด้านการพัฒนาหรือการผลิตการออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial design) ดังเช่นกิจการที่ได้รับการสนับสนุนภายใต้มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์ อันจะมีส่วนช่วยส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยได้ในระยะยาวด้วย เป็นต้น

<sup>12</sup> Section 16. of the Income Tax Act

### 3. ระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี

จากข้อมูลที่ได้ค้นคว้าและศึกษานั้นพบว่าระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์นั้น ในครั้งแรก รัฐมนตรีอาจกำหนดอนุมัติระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีได้ตามที่เห็นสมควร แต่ทั้งนี้ไม่เกิน 10 ปี และเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการภายใต้มาตรการ DEI มีสิทธิยื่นคำขอขยายระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี พร้อมแนบแผนการดำเนินธุรกิจและขยายธุรกิจเพิ่มเติม ทั้งนี้ เมื่อมีการพิจารณาแล้วและมีผลให้มีการอนุมัติให้ขยายระยะเวลา ระยะเวลาที่ขยายนั่นอนุมัติให้ขยายได้แต่ละครั้งไม่เกิน 5 ปี และระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่รวมระยะเวลาที่ขยายแล้วรวมกันสูงสุดได้ไม่เกิน 40 ปี<sup>13</sup> ในขณะที่มาตรการ IBC ของประเทศไทยให้ระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเท่ากับ 15 รอบระยะเวลาบัญชีติดต่อกัน

จากกรณีนี้จะเห็นได้ว่าระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้มาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์ มีระยะเวลาสูงสุดถึง 40 ปี ต่างจากของประเทศไทยที่ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเพียง 15 รอบระยะเวลาบัญชี ทั้งนี้ การกำหนดระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นระยะเวลายาวนานกว่านั้น ย่อมเป็นการดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาดำเนินกิจการที่ได้รับการสนับสนุนรวมทั้งกิจการอื่น ๆ ในประเทศเป็นระยะเวลายาวนานและต่อเนื่องซึ่งส่งผลดีให้ภาคธุรกิจได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีในระยะยาว และทำให้เกิดความคุ้นชินในการประกอบธุรกิจในประเทศ ซึ่งจะส่งผลให้เป็นการส่งเสริมสถานภาพทางเศรษฐกิจของประเทศได้ในระยะยาว

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นเป็นการสมควรให้การกำหนดระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้มาตรการ IBC ของประเทศไทยมีการเปิดโอกาสให้มีการขยายระยะเวลาการได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีให้มีระยะเวลายาวนานขึ้นดังเช่นมาตรการ DEI ของประเทศสิงคโปร์โดยที่ผู้ที่ยื่นคำขอขยายระยะเวลาการได้รับสิทธิประโยชน์ต้องมีการยื่นแผนการขยายกิจการที่ได้รับการส่งเสริมพร้อมกับคำขอขยายระยะเวลา ซึ่งส่งผลให้มีการขยายการพัฒนาและส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศไทยได้ในระยะยาวต่อไป

### บทสรุป

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการเป็นศูนย์กลางภูมิภาคระหว่างมาตรการของประเทศไทย กล่าวคือมาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการจัดตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Centre หรือ IBC) และมาตรการของประเทศไทย กล่าวคือ มาตรการ Development and Expansion Incentive (DEI) และได้นำเสนอแนวทางการปรับปรุงมาตรการ IBC ของประเทศไทยเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยภายใต้มาตรการดังกล่าวมากยิ่งขึ้นดังข้อเสนอแนะ 3 ประการดังกล่าวข้างต้น ได้แก่ การยืดหยุ่นเงื่อนไขและคุณสมบัติสำหรับผู้ประกอบการศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศตามหลักต่างตอบแทนโดยยึดถือการพิจารณาประโยชน์ที่ประเทศจะได้รับจากการประกอบกิจการศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศเป็นสำคัญ การกำหนดประเภทกิจการที่ได้รับการสนับสนุนให้ส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาว และการกำหนดระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ยาวนานมากยิ่งขึ้นและให้โอกาสในการขยายระยะเวลาดังกล่าวพร้อมต้องมีแผนขยายธุรกิจที่จะส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศต่อไปนั้น เป็นเพียงการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบเฉพาะมาตรการทั้งสองดังกล่าวเท่านั้น โดยมีได้ทำการศึกษาไปถึงมาตรการที่ส่งเสริมการเป็นศูนย์กลางภูมิภาคอื่น ๆ ของประเทศไทย อีกทั้ง ขณะจัดทำบทความฉบับนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการ IBC ของประเทศไทยมีเพียงพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการลดอัตราและยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 674) พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่กำหนดถึงค่านิยาม เงื่อนไข หลักเกณฑ์ และสิทธิประโยชน์ทางภาษีของมาตรการศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น ยังมิได้มีการออกกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรที่กำหนดรายละเอียดของเงื่อนไข และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ

<sup>13</sup> Section 19K. – (3B) of the Income Tax Act



การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

มาตรการดังกล่าวมาเพิ่มเติมแต่อย่างไร ด้วยเหตุนี้ หากมีการประกาศกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมแล้วอาจมีประเด็นที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบเพิ่มเติมได้อีกต่อไป

## บรรณานุกรม

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. “คู่มือโอกาสและทิศทางการค้าการลงทุนในประเทศสิงคโปร์.” [http://www.ditp.go.th/ewt\\_news\\_ditp2.php?content=391539&cate=1052&d=](http://www.ditp.go.th/ewt_news_ditp2.php?content=391539&cate=1052&d=). 22 พฤศจิกายน 2561.

รัฐบาลประเทศไทย. “มาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางของภูมิภาค.” [http://www.thai.gov.go.th/news/contents/details/16013\\_1](http://www.thai.gov.go.th/news/contents/details/16013_1) พฤศจิกายน 2561.

ประชาชาติธุรกิจ. “สรรพากรตั้ง บ.ข้ามชาติใช้ IBC หนุนตั้งศูนย์กลางธุรกิจระหว่างประเทศ.” <https://www.prachachat.net/finance/news-238191>, 1 พฤศจิกายน 2561.

### BOOK

Kees van Raad. Materials on International, TP & EU Tax Law. Volume A. International Tax Center Leiden. Hague: 2016.

### ELECTRONIC MEDIA

OECD. “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.” <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. 19 July 2013.

\_\_\_\_\_. “Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report.” <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>. 5 October 2015.

\_\_\_\_\_. “Harmful Tax Practices - 2017 Progress Report on Preferential Regimes.” <http://www.oecd.org/tax/beps/harmful-tax-practices-2017-progress-report-on-preferential-regimes-9789264283954-en.htm>. 16 October 2017.

EY. “Harmful Tax Incentives Critically Curtailed : BEPS Action 5 In Action.” [http://www.ey.com /gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-final-report-on-countering-harmful-tax-practices-under-action-5](http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-final-report-on-countering-harmful-tax-practices-under-action-5), 8 October 2015.

\_\_\_\_\_. “Headquarters Program under the Development and Expansion Incentive.” <https://www.ey.com/sg/en/services/tax/ey-tax-incentives-in-asia-pacific-singapore>. 5 November 2018

KPMG International Cooperative. “Singapore Tax Profile.” <https://home.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2018/08/singapore-2018.pdf>, June 2018 .

Inland Revenue Authority of Singapore. “Overview of Corporate Income Tax.” <https://www.iras.gov.sg/irashome/Businesses/Companies/Learning-the-basics-of-Corporate-Income-Tax/Overview-of-Corporate-Income-Tax/>, 4 October 2018.

\_\_\_\_\_. “INCOME TAX ACT (Chapter 134).” <https://sso.agc.gov.sg/Act/ITA1947>. 7 November 2018.

\_\_\_\_\_. “ECONOMIC EXPANSION INCENTIVES (RELIEF FROM INCOME TAX) ACT (CHAPTER 86).” <https://sso.agc.gov.sg/Act/EEIRITA1967#xv->. 7 November 2018.

\_\_\_\_\_. “Explanatory Notes to Basic Format of Tax Computation for a Development and Expansion Incentive (DEI) Company.” [https://www.iras.gov.sg/IRASHome/uploadedFiles/IRASHome/Quick\\_Links/DEI%20\(TC\)%20Explanatory%20Notes.pdf](https://www.iras.gov.sg/IRASHome/uploadedFiles/IRASHome/Quick_Links/DEI%20(TC)%20Explanatory%20Notes.pdf), 7 November 2018.

Economic Development Board of Singapore, “PIONEER CERTIFICATE INCENTIVE AND DEVELOPMENT AND EXPANSION INCENTIVE.” <https://www.edb.gov.sg/en/how-we-help/incentives-and-schemes.html>. 1 November 2018.

## แนวคิดในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐและการระดมทุนเพื่อการพัฒนา โครงสร้างพื้นฐานของประเทศในรูปแบบกองทุนรวมภายใต้กรอบทางกฎหมาย และกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี

วรวิมล จันทรทอง\*

Worawimol Chantarathong

### บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดและเครื่องมือในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐและการระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐเพื่อนำไปสู่การพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและลดอุปสรรคในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การระดมทุนในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ ภายใต้กรอบทางกฎหมายและกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี โดยรักษาสมดุลและการผสมผสานระหว่างการพัฒนาวัฏจักรทางการเงิน การคลังของภาครัฐและการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีความเหมาะสมสอดคล้องกับบริบทของการพัฒนาประเทศ เพื่อประโยชน์ในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพที่ดีให้แก่ประชาชนต่อไป

### คำสำคัญ

การจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่น, โครงสร้างพื้นฐาน, วินัยการเงินการคลัง

### ABSTRACT

This paper seeks to propose alternative financing for the possibilities and vehicles of the public sector and the mobilization for developing national infrastructure on public sector's infrastructure fund. It also aims to scrutinize the feasibility of the advanced legal measures for diminishing legal obstacles in the public sector. Alternative financing particularly for the mobilization in public sector's infrastructure fund, within the law and fiscal discipline through balancing and combination between innovative public financial engineering and prescribing appropriate legal measures to harmonize with globalization context for the benefit of the public sector. Also alternative financing to improve the quality and efficiency of delivery of public services to citizens.

### Keywords

Alternative financing, Infrastructure, Fiscal discipline

---

\* นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการเงินและภาษีอากร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติกรชำนาญการ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาค้นคว้าเพื่อจัดทำดุษฎีนิพนธ์ของผู้เขียน ภายใต้หัวข้อ “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่ออนาคตประเทศไทย”

## บทนำ

การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานมีความสำคัญต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจ เพราะนอกจากจะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนตามภารกิจหลักของภาครัฐแล้ว โครงสร้างพื้นฐานที่มีประสิทธิภาพยังสะท้อนให้เห็นถึงการมีคุณภาพชีวิตที่ดีของประชาชนและพัฒนาการทางเศรษฐกิจที่ดีของประเทศ อันจะช่วยเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศอีกด้วย

ในปัจจุบันการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน มักพึ่งพาระบบงบประมาณและการกู้เงินอันเป็นแหล่งเงินทุนดั้งเดิม แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดที่เพิ่มขึ้นในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนดั้งเดิมของภาครัฐ ประกอบกับบทบาทหน้าที่ภาครัฐในการพัฒนาบริการสาธารณะให้อย่างทั่วถึง รวดเร็ว และให้เพียงพอกับความต้องการของประชาชน จึงก่อให้เกิดแนวคิดในการพัฒนาการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐ (Public alternative finance) โดยการนำเอารูปแบบการจัดหาแหล่งเงินทุนของภาคเอกชนมาปรับใช้ในการจัดหาแหล่งเงินทุนของภาครัฐ เพื่อให้ภาครัฐบรรลุเป้าประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐ<sup>1</sup> โดยการปรับบทบาทหน้าที่ขององค์กรภาครัฐให้มีกลยุทธ์ มีความเชี่ยวชาญ และดำเนินงานเชิงรุกในการลงทุนมากกว่าหน้าที่ในการกำกับดูแลในลักษณะเดิม นอกจากการเปลี่ยนแปลงบทบาทหน้าที่ของภาครัฐในการเข้าเป็นผู้ประกอบการในตลาดเองแล้ว (Market player) ภาครัฐยังมีการเพิ่มบทบาทเอกชนให้การเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน เช่น การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุน เป็นต้น หรือการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการเป็นแหล่งเงินทุนในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ เช่น การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ การระดมทุนรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ เป็นต้น

รูปแบบการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในแต่ละรูปแบบนั้น มีความแตกต่างกันในหลายประเด็น ทั้งในด้านการเงินและด้านกฎหมาย เช่น ต้นทุนทางการเงิน ความเป็นหนี้สาธารณะ อำนาจในการบริหารจัดการของภาครัฐ นอกจากนี้ ยังมีจุดเด่นและข้อด้อยแตกต่างกัน ซึ่งการพิจารณาคัดเลือกรูปแบบการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานอาจต้องคำนึงถึงบริบทปัจจัย สภาวะทางเศรษฐกิจและความเหมาะสมในแต่ละช่วงเวลา

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เป็นการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานรูปแบบหนึ่งตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ โดยเป็นรูปแบบการระดมทุนในตลาดทุนซึ่งเอกชนดำเนินการโดยปกติทั่วไป อย่างไรก็ตาม เมื่อภาครัฐประสงค์จะเข้าจัดหาแหล่งเงินทุนในรูปแบบดังกล่าว ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการลดภาระทางคลังจากงบประมาณและการกู้เงิน อาจต้องพบกับข้อจำกัดทางกฎหมายอันเป็นเหตุให้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่น อันเนื่องมาจากปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างบริบทการลงทุนของภาคเอกชนและกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ภาครัฐ อาทิเช่น กฎหมายว่าด้วยงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลัง ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดระบบการเงินของภาครัฐ การบริหารจัดการการเงินและทรัพย์สินของภาครัฐ เป็นต้น

การส่งเสริมและพัฒนาการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน นอกจากต้องขจัดข้อจำกัดทางกฎหมายข้างต้นเพื่อให้สามารถระดมทุนได้บรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์แล้ว ภาครัฐยังต้องดำเนินการภายใต้หลักการการรักษาสสมดุลด้านกฎหมายการลงทุนเพื่อการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นและการกำกับดูแลทางการคลังของภาครัฐไว้ เพื่อการพัฒนากฎหมายของภาครัฐให้มีความเหมาะสม เป็นรูปธรรม และสนับสนุนการเพิ่มช่องทางในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นให้แก่ภาครัฐในอนาคตต่อไปอีกด้วย

<sup>1</sup> Giselle Datz, “Government as Market Players : State Innovation in the Global Economy,” *Journal of International Affairs*, Vol. 62, No. 1, p.35 (2008).

### 1. แนวคิดในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐ

การลงทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในปัจจุบัน มักมีการจัดหาเงินทุนจากแหล่งเงินทุนแบบดั้งเดิม คือ งบประมาณ และการกู้เงิน ซึ่งโดยลักษณะของการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานนั้น จำเป็นต้องใช้เงินทุนจำนวนมาก การพึ่งพางบประมาณและการกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพียงอย่างเดียว อาจก่อให้เกิดอุปสรรค เนื่องจากภาครัฐมีรายจ่ายประจำที่สูง อีกทั้งเพดานหนี้สาธารณะของประเทศยังมีความจำเป็นต้องกันสำรองไว้ เพื่อการกักเงิน หรือการค้ำประกันในโครงการภาครัฐอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นและเร่งด่วน การลงทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน โดยการพึ่งพางบประมาณและการกู้เงิน อาจก่อให้เกิดภาระทางการคลังแก่ภาครัฐ และไม่สอดคล้องกับหลักความมั่นคงยั่งยืนทางการคลัง นอกจากนี้ ข้อจำกัดของแหล่งเงินทุนแบบดั้งเดิมอาจทำให้การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐต้องหยุดชะงัก ซึ่งอาจสวนทางกับความต้องการของประชาชน และการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจของประเทศ ด้วยเหตุแห่งข้อจำกัดในการจัดหาแหล่งเงินทุน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ ข้างต้น จึงทำให้ภาครัฐมีแนวคิดในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐมากขึ้น เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระทางการคลังของรัฐ อีกทั้งยังเป็นการได้แลกเปลี่ยนเรียนรู้นวัตกรรมและเทคโนโลยีใหม่ๆ จากภาคเอกชนในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน โดยการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนอาจมีได้ในหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนร่วมในการเข้าจัดทำบริการสาธารณะตามที่รัฐมอบหมาย หรือการเข้ามามีส่วนร่วมในด้านการเข้าเป็นแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่น (Alternative finance) เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน นอกเหนือจากแหล่งเงินทุนแบบดั้งเดิมอีกด้วย

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) ได้กล่าวถึงการจัดหมวดหมู่ของเครื่องมือในการจัดหาแหล่งเงินทุนสำหรับโครงสร้างพื้นฐานไว้ในบทความ เรื่อง เครื่องมือและการริเริ่มในการจัดหาเงินทุนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2015 (Infrastructure Financing Instruments and Incentives) โดยแบ่งรูปแบบ (Modes) เครื่องมือในการจัดหาแหล่งเงินทุน (Infrastructure finance instruments) และรูปลักษณะที่ปรากฏในตลาด (Market Vehicles)<sup>2</sup> ดังปรากฏในภาพตาราง

ที่มา : องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD)

Table 1. Taxonomy of instruments and vehicles for infrastructure financing

Modes		Infrastructure Finance Instruments		Market Vehicles
Asset Category	Instrument	Infrastructure Project	Corporate Balance Sheet / Other Entities	Capital Pool
Fixed Income	Bonds	Project Bonds	Corporate Bonds, Green Bonds	Bond Indices, Bond Funds, ETFs
		Municipal, Sub-sovereign bonds		
		Green Bonds, Sukuk	Subordinated Bonds	
	Loans	Direct/Co-Investment lending to Infrastructure project, Syndicated Project Loans	Direct/Co-investment lending to infrastructure corporate	Debt Funds (GPs)
			Syndicated Loans, Securitized Loans (ABS), CLOs	Loan Indices, Loan Funds
Mixed	Hybrid	Subordinated Loans/Bonds, Mezzanine Finance	Subordinated Bonds, Convertible Bonds, Preferred Stock	Mezzanine Debt Funds (GPs), Hybrid Debt Funds
Equity	Listed	YieldCos	Listed infrastructure & utilities stocks, Closed-end Funds, REITs, IITs, MLPs	Listed Infrastructure Equity Funds, Indices, trusts, ETFs
	Unlisted	Direct/Co-Investment in infrastructure project equity, PPP	Direct/Co-Investment in infrastructure corporate equity	Unlisted Infrastructure Funds

Source: OECD analysis drawing on OECD (2015b)

<sup>2</sup> Organization for Economic Co-operation and Development, Infrastructure Financing Instruments and Incentives, (Paris : OECD, 2015), p.15.

## ภาพตารางแสดงหมวดหมู่ของเครื่องมือและกลไกในการจัดหาแหล่งเงินทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐาน

จากภาพในตารางข้างต้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เครื่องมือและกลไกในการจัดหาแหล่งเงินทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานนั้นมีหลากหลายประเภท โดยอาจแบ่งพิจารณาตามประเภทสินทรัพย์ (asset) ออกเป็น 3 ประเภทหลัก ได้แก่ ประเภทหนี้ ประเภททุน และประเภทผสม สรุปได้โดยสังเขป ดังนี้

ประเภทหนี้ หรือการลงทุนที่ให้ผลตอบแทนแน่นอน (fixed-income investment) คือ การลงทุนที่ผู้ลงทุนจะได้รับผลตอบแทนสม่ำเสมอและแน่นอนภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่น การให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน การลงทุนในตราสารการเงินประเภทหุ้นกู้และการลงทุนในพันธบัตรรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งผู้ลงทุนหรือผู้ให้กู้จะมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ของผู้กู้ยืม หรือผู้ถือตราสาร ซึ่งสัญญาว่าจะจ่ายผลตอบแทนให้เป็นงวดๆ อย่างสม่ำเสมอ และจ่ายเงินต้นภายในระยะเวลาที่กำหนด หากลูกหนี้หรือผู้ถือตราสารไม่สามารถจ่ายผลตอบแทนหรือจ่ายเงินต้นได้ตามระยะเวลาที่สัญญาไว้ เจ้าหนี้หรือผู้ถือหลักทรัพย์ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องได้<sup>3</sup> ซึ่งสิทธิเรียกร้องของผู้ลงทุนประเภทหนี้ กรณีที่ผู้ถือตราสารล้มละลายนั้น มีเหนือสิทธิของผู้ลงทุนในตราสารทุน โดยการลงทุนในตราสารหนี้มีปัจจัยความเสี่ยงที่ต้องคำนึง อาทิเช่น ความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงราคาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของอัตราดอกเบี้ยในตลาด (Interest Rate Risk หรือ Price Risk หรือ Market Risk) ความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระหนี้หรือไม่สามารถชำระหนี้ เมื่อครบกำหนดได้ถอน (Credit Risk หรือ Default Risk) ความเสี่ยงจากการขาดสภาพคล่อง (Liquidity Risk) ความเสี่ยงจากภาวะเงินเฟ้อ (Inflation Risk) เป็นต้น

ประเภททุน หรือการลงทุนตราสารทุน (equity instrument) คือ การลงทุนในตราสารที่มีลักษณะแตกต่างจากตราสารหนี้ กล่าวคือ ผู้ลงทุนในตราสารทุนจะมีฐานะเป็นเจ้าของธุรกิจที่ออกตราสารและมีส่วนได้เสียหรือมีสิทธิในทรัพย์สินและรายได้ของธุรกิจ ซึ่งแตกต่างจากตราสารหนี้ที่ผู้ลงทุนจะมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ของธุรกิจ และไม่มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินและรายได้ของธุรกิจที่ออกตราสาร ผู้ถือตราสารทุนจะได้รับผลตอบแทนในรูปแบบเงินปันผล (dividend) โดยธุรกิจที่ออกตราสารทุนไม่มีข้อผูกพันว่าจะต้องจ่ายเงินปันผล ซึ่งแตกต่างจากลักษณะการลงทุนในตราสารหนี้ที่ผู้ลงทุนได้รับดอกเบี้ยแน่นอน ในกรณีผู้ถือตราสารล้มละลายผู้ลงทุนในตราสารทุนมีสิทธิเรียกร้องน้อยกว่าสิทธิของผู้ลงทุนในตราสารหนี้ ตัวอย่างตราสารทุน เช่น หุ้นสามัญ ใบสำคัญแสดงสิทธิในผลประโยชน์ที่เกิดจากหุ้นสามัญ และใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญ<sup>4</sup> เป็นต้น โดยการลงทุนในตราสารทุนมีปัจจัยความเสี่ยงที่ต้องคำนึง อาทิเช่น ความเสี่ยงที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของภาวะตลาดโดยรวม (Market Risk) ความเสี่ยงจากการขาดสภาพคล่อง (Liquidity Risk) ความเสี่ยงจากการดำเนินงานของบริษัทผู้ออกหุ้น (Company Risk) เป็นต้น

ประเภทผสม หรือการลงทุนในตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Mixed instrument) คือ การลงทุนในตราสารที่มีลักษณะผสมระหว่างตราสารหนี้และตราสารทุน โดยมีการผสมเงื่อนไขของความเป็นหนี้หรือความเป็นทุนรวมอยู่ในตราสาร โดยเป็นตราสารทางการเงินที่ออกครั้งแรกในรูปแบบตราสารหนี้ แต่มีเงื่อนไขให้ผู้ถือสามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งเป็นตราสารทุนของบริษัทผู้ออกตราสารได้ภายในช่วงเวลา อัตรา และราคาที่กำหนดไว้ ซึ่งสิทธิเรียกร้องของนักลงทุนในกรณีผู้ถือตราสารล้มละลายน้อยกว่าเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้สามัญ และเจ้าหนี้ไม่ต้องยอสิทธิรายอื่น ตัวอย่างของตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน เช่น หุ้นกู้แปลงสภาพ (Convertible debenture) หุ้นกู้พร้อมใบสำคัญแสดงสิทธิ (Debenture with warrants) เป็นต้น ซึ่งการลงทุนในตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนมีปัจจัยความเสี่ยงที่ต้องคำนึง อาทิเช่น ผู้ถือตราสารอาจกำหนดเงื่อนไขในการไม่จ่ายดอกเบี้ย หรือยกยอดไปจ่ายในงวดอื่นซึ่งอาจสะสมดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้หากบริษัทผู้ออกหุ้นกู้ไม่มีผลกำไรจากการดำเนินงานและไม่จ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิส่งผลให้ผู้ถือตราสารอาจไม่ได้รับดอกเบี้ยในบางงวด หรือได้รับดอกเบี้ยล่าช้า

<sup>3</sup> สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, การลงทุนในตราสารทุน (Equity Investments), พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2556), น.7.

<sup>4</sup> เติ้งอ้อวาง, น.16.

ซึ่งจากรายละเอียดเครื่องมือในการจัดหาแหล่งเงินทุนสำหรับโครงสร้างพื้นฐานจากภาพในตารางข้างต้น ผู้เขียนได้หยาบกรุปแบบการจัดหาแหล่งเงินทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานขึ้นมา เพื่อนำมาศึกษาถึงแนวทางในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐ 3 ประเภท ได้แก่ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund) การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) และทรัสต์ เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure trust) โดยสามารถสรุปรูปแบบการจัดหาแหล่งเงินทุนทั้ง 3 ประเภทโดยสังเขปได้ ดังนี้

#### 1.1 กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund)

##### 1.1.1 ลักษณะของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เป็นกองทุนรวมประเภทหนึ่งที่ตั้งขึ้นเพื่อระดมทุนจากผู้ลงทุนทั่วไป เพื่อลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นประโยชน์สาธารณะในวงกว้าง ในกิจการที่มีความจำเป็น และเป็นประโยชน์ในการพัฒนาประเทศ<sup>5</sup> กลไกของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์และมีภาระระดมทุนผ่านตลาด โดยการออกหน่วยลงทุนที่มีลักษณะคล้ายการเสนอขายหุ้นครั้งแรก หรือได้รับเงินทุนจากนักลงทุนในการเข้าลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานในลักษณะกองทุนเปิด ดำเนินการผ่านผู้จัดการกองทุนซึ่งทำหน้าที่ในการคัดเลือกหลักทรัพย์และบริหารจัดการโดยทั่วไป (Day-to-day operations) แทนนักลงทุน โดยกองทุนดังกล่าวเป็นหนึ่งในวิธีการที่ทำให้นักลงทุนรายย่อยสามารถเข้าลงทุนในสินทรัพย์โครงการโครงสร้างพื้นฐานได้โดยตรง โดยการเข้าซื้อหน่วยลงทุนของกองทุน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ อาจมีลักษณะเป็นกองทุนปิด กองทุนเปิด หรือรูปแบบทรัสต์ โดยกองทุนดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับหุ้นทั่วไปที่มีสภาพคล่องสามารถซื้อขายเปลี่ยนมือได้ในตลาดหลักทรัพย์ การระดมทุนในลักษณะกองทุนรวมดังกล่าวอาจเป็นการจัดกลุ่มของสินทรัพย์โครงการโครงสร้างพื้นฐานที่มีความหลากหลาย (Mixed – asset sector) หรือเป็นกลุ่มกองทุนในสาขาเดียวกันก็ได้ รูปแบบการลงทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น อาจถูกพิจารณาในลักษณะเป็นการลงทุนในสินทรัพย์โครงการโครงสร้างพื้นฐานโดยตรง โดยมีผู้จัดการกองทุนทำหน้าที่เป็นเจ้าของและผู้จัดการสินทรัพย์ภายในกองทุนรวมมากกว่ารูปแบบการจัดหาเงินทุนตามบุคคลในรูปแบบบริษัทโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure company) ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของเข้าลงทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน คือ การลงทุนระยะยาวในสินทรัพย์โครงการโครงสร้างพื้นฐานที่มีกระแสเงินสดอย่างสม่ำเสมอจากเงินปันผลในอัตราสูง<sup>6</sup> โดยนักลงทุนจะได้รับผลตอบแทนในรูปแบบเงินปันผลและกำไรจากการขายหน่วยลงทุน

##### 1.1.2 จุดเด่นของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

จุดเด่นของการลงทุนประเภทกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน คือ การนำศักยภาพในการจัดการรายได้ของสินทรัพย์โครงการโครงสร้างพื้นฐานที่มีอยู่ไปจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อการพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐาน โดยไม่ต้องมีการขายหรือโอนกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์โครงการโครงสร้างพื้นฐาน ทำให้ไม่เป็นอุปสรรคต่อภาครัฐในชำระระดมทุนภายใต้รูปแบบการลงทุนดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มทางเลือกในการมีส่วนร่วมในการลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานแก่ประชาชนรายย่อย และหากภาครัฐมีการส่งเสริมการลงทุนประเภทดังกล่าว กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมักได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีและค่าธรรมเนียมในการดำเนินธุรกรรมต่างๆ ของกองทุนในทางบัญชีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีรูปแบบการลงทุนที่บันทึกเงินที่ได้รับจากการระดมทุนผ่านขายสิทธิเรียกร้องในกระแสรายได้ของโครงการโครงสร้างพื้นฐานหรือสิทธิเรียกร้องในกระแสรายได้ในอนาคตของโครงการโครงสร้างพื้นฐานให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เป็นรายได้ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยไม่ถูกบันทึกบัญชีในรูปแบบหนี้ ดังนั้น ในกรณีที่ภาครัฐเป็นผู้ชำระระดมทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลักษณะธุรกรรมดังกล่าวไม่ถือเป็นหนี้สาธารณะ ตามบทนิยาม “หนี้สาธารณะ” บทบัญญัติมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

<sup>5</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดหลักทรัพย์, “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2562, จาก [https://www.set.or.th/th/products/listing2/files/Brochure\\_IFF\\_issuer.pdf](https://www.set.or.th/th/products/listing2/files/Brochure_IFF_issuer.pdf)

<sup>6</sup> *Supra note 1*, p. 34.



### 1.1.3 ข้อดีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

การลงทุนประเภทกองทุนรวมในลักษณะดังกล่าวอาจมีต้นทุนทางการเงินสูงกว่าการกู้เงิน เนื่องจากมีโครงสร้างในการดำเนินธุรกรรมที่ซับซ้อนอันอาจก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย อาทิ ค่าธรรมเนียม ค่าที่ปรึกษาการเงิน ค่าที่ปรึกษากฎหมาย ค่าประเมินสินทรัพย์ ซึ่งหากค่าใช้จ่ายสูงเกินไปอาจก่อให้เกิดความไม่คุ้มค่างบลงทุนประเภทดังกล่าว อันถือเป็นต้นทุนทางการเงิน นอกจากนี้ นักลงทุนยังอาจต้องรับความเสี่ยงจากการเกิดความผันผวนอย่างไม่คาดคิดจากสถานะในตลาดทุนได้

### 1.2 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization)

#### 2.2.1 ลักษณะของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ เป็นกระบวนการนำกองสินทรัพย์ที่มีสภาพคล่องต่ำมาแปลงให้เป็นหลักทรัพย์ประเภทตราสารหนี้ซึ่งมีสภาพคล่องสูงกว่า เรียกว่า ตราสารหนี้ที่เกิดขึ้นจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitized Bond) โดยการนำสินทรัพย์ที่มีการเปลี่ยนมือยากมาแปลงเป็นหลักทรัพย์เพื่อทำให้สามารถซื้อขายในตลาดรองได้ง่ายขึ้น เช่น การนำเอาสินเชื่อผ่อนบ้านมาแปลงเป็นหลักทรัพย์โดยการออกเป็นตราสารหนี้<sup>7</sup> เป็นต้น โดยดำเนินการผ่านการขายสิทธิในกองสินทรัพย์หรือกระแสเงินสดในอนาคตของกองสินทรัพย์ให้กับผู้ลงทุนซึ่งมีหลักทรัพย์เป็นตัวแทนสินทรัพย์นั้น เนื่องจากหลักทรัพย์สามารถซื้อขายได้ง่ายกว่าการซื้อขายสินทรัพย์โดยตรงรวมทั้งการโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้ลงทุนมีขั้นตอนและความยุ่งยากมากกว่า อาจกล่าวได้ว่า การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ เป็นการนำเอาสินทรัพย์ที่มีสภาพคล่องต่ำ และไม่ค่อยมีการซื้อขายมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ที่นักลงทุนสามารถลงทุนได้ ทั้งนี้ สินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงนั้นจะต้องเป็นสินทรัพย์ที่มีศักยภาพที่จะสร้างกระแสเงินสดให้กับเจ้าของสินทรัพย์ในอนาคตได้ เช่น ลูกหนี้ต่าง ๆ ที่มีกำหนดการชำระหนี้ที่แน่นอน ผลตอบแทนในอนาคตที่คาดว่าจะได้รับจากการลงทุน เป็นต้น ซึ่งกองสินทรัพย์ซึ่งจะนำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์นั้น ต้องประกอบไปด้วยสินทรัพย์จำนวนมากที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันและมีขนาดใหญ่เพียงพอตามเกณฑ์ของตลาด โดยหลักทรัพย์ที่ได้จากกระบวนการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ เรียกรวมกันว่า หลักทรัพย์ที่มีสินทรัพย์หนุนหลัง (Asset-backed Security) แตกต่างกันไปตามประเภทของสินทรัพย์ที่หนุนหลังอยู่ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทหลัก คือ Mortgage - backed Security (MBS) Asset - backed Security (ABS) และ Collateralized debt Obligation (CDO)<sup>8</sup> โดยนักลงทุนจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนในรูปของดอกเบี้ย ส่วนลด (ผลต่างระหว่างราคาไถ่ถอนกับราคาซื้อ) และกำไรจากส่วนเกินมูลค่าขายและมูลค่าซื้อ ในลักษณะเดียวกันกับผลตอบแทนของตราสารหนี้

#### 1.2.2 จุดเด่นของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

จุดเด่นของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ คือ การได้รับเงินทุนจากการแปลงสินทรัพย์ที่มีสภาพคล่องต่ำ อันดับความน่าเชื่อถือของตราสารที่สูง เนื่องจากเป็นหลักทรัพย์ที่มีสินทรัพย์หนุนหลัง นอกจากนี้ นักลงทุนยังมีสถานะเป็นเจ้าของบุริมสิทธิ และเจ้าหนี้นี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย

#### 1.2.3 ข้อดีของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

เนื่องจากธุรกรรมมีความซับซ้อน โครงสร้างของการทำธุรกรรมอาจก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หลายประการ อาทิ ค่าที่ปรึกษากฎหมาย ค่าประเมินสินทรัพย์ค่าธรรมเนียมการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของตราสาร ค่าธรรมเนียมที่ปรึกษาการเงิน ซึ่งหากค่าใช้จ่ายสูงเกินไปอาจก่อให้เกิดความไม่คุ้มค่างบลงทุนประเภทดังกล่าวได้

### 1.3 ทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Trust)

#### 1.3.1 ลักษณะของทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน

<sup>7</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “รู้จักตราสารต่าง ๆ ทางการเงิน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2562 จาก [https://www.set.or.th/dat/vdoArticle/attachFile/TSI-Document\\_Inv\\_002.pdf](https://www.set.or.th/dat/vdoArticle/attachFile/TSI-Document_Inv_002.pdf)

<sup>8</sup> สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง แนวทางการพัฒนาธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์และการนำไปใช้ประโยชน์ในโครงการลงทุนภาครัฐ เพื่อสังคมของกระทรวงการคลัง กรมธนารักษ์, น. 9-11.

ทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน เป็นเครื่องมือในการระดมทุนเพื่อการพัฒนาในกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในวงกว้าง โดยสามารถลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานทั้งภายในประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ระบบขนส่งทางรางหรือทางท่อ ไฟฟ้า ประปา ถนน ทางพิเศษหรือทางสัมปทาน ท่าอากาศยานหรือสนามบิน ท่าเรือน้ำลึก โทรคมนาคมหรือโครงสร้างพื้นฐานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร พลังงานทางเลือก ระบบบริหารจัดการน้ำหรือการชลประทาน ระบบป้องกันภัยธรรมชาติ ระบบจัดการของเสีย และกิจการโครงสร้างพื้นฐานหลายกิจการประกอบกันที่มีความเชื่อมโยงส่งเสริมซึ่งกันและกัน หรือต่อชุมชนเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน เป็นทางเลือกหนึ่งในการระดมทุนสำหรับภาครัฐและเอกชน นอกเหนือจากการนำบริษัทเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานสามารถระดมทุนโดยการนำกิจการโครงสร้างพื้นฐานมาระดมทุนเพื่อนำไปพัฒนาโครงการต่อด้วยต้นทุนที่เหมาะสม และใช้สินทรัพย์ของโครงสร้างพื้นฐานหรือความสามารถในการทำกำไรของโครงการมาเป็นเครื่องมือในการระดมทุน ทั้งนี้ กองทรัสต์สามารถนำเงินที่ได้จากการระดมทุนไปลงทุนได้ทั้งในโครงการที่สร้างเสร็จและมีรายได้แล้ว (Brownfield Project) และโครงการที่ยังไม่แล้วเสร็จ (Greenfield Project)<sup>9</sup> ซึ่งนักลงทุนในฐานะผู้ถือหุ้นทรัสต์จะได้รับผลตอบแทนในรูปแบบเงินปันผล และกำไรจากส่วนเกินมูลค่าหน่วยทรัสต์

ทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Trust) มีลักษณะคล้ายคลึงกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์การกำกับดูแลของประเทศไทย สามารถสรุปประเด็นความแตกต่างโดยสังเขปได้ ดังนี้ ประเด็นโครงสร้างของกองทุน กล่าวคือ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน มีโครงสร้างรูปแบบกองทุนรวม ทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน มีโครงสร้างในรูปแบบทรัสต์ ประเด็นขอบเขตในการลงทุน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่อยู่ภายในประเทศไทย แต่ทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานสามารถลงทุนได้ทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ โดยมีมูลค่ารวมในการลงทุนของโครงการที่สูงกว่าการลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และประเด็นสิทธิประโยชน์ทางภาษี การลงทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี โดยบุคคลธรรมดาได้รับยกเว้นภาษีเงินปันผลระยะเวลา 10 ปี ซึ่งผู้ลงทุนในทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีดังกล่าว<sup>10</sup>

### 1.3.2 จุดเด่นของทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน

จุดเด่นของการลงทุนประเภททรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน คือ กลไกของทรัสต์อยู่ภายใต้หลัก “การห่างไกลจากการล้มละลาย” โดยความคงอยู่ของทรัสต์ แยกออกจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับผลประโยชน์ กล่าวคือ แม้ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับผลประโยชน์ ตาย ล้มละลาย เลิกกิจการ หรือสิ้นสภาพนิติบุคคล ทรัสต์ยังคงอยู่ อันเป็นการรักษาประโยชน์ของทรัสต์สินในกองทรัสต์ให้ตกไปยังผู้รับประโยชน์ (นักลงทุน) ซึ่งถือเป็นกลไกที่คุ้มครองประโยชน์ของนักลงทุนสูงสุด และขอบเขตการลงทุนของทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานยังสามารถครอบคลุมไปถึงการลงทุนในสินทรัพย์ในต่างประเทศ โดยมีมูลค่าการลงทุนรวมสูงกว่าการลงทุนลักษณะอื่น

### 1.3.3 ข้อดีของทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน

การลงทุนในทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย อาจยังไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี เมื่อเปรียบเทียบกับการลงทุนประเภทอื่น

<sup>9</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดหลักทรัพย์, “กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Trust),” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2562 จาก [https://www.set.or.th/th/products/listing2/set\\_infratrust\\_p1.html](https://www.set.or.th/th/products/listing2/set_infratrust_p1.html)

<sup>10</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดหลักทรัพย์, “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน Infrastructure Fund (IFF),” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2562 จาก [https://www.set.or.th/th/products/listing2/set\\_iff\\_p5.html?printable=true](https://www.set.or.th/th/products/listing2/set_iff_p5.html?printable=true)

## 2. การระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศในรูปแบบของกองทุนรวมภายใต้กรอบทางกฎหมายและกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี

จากแนวคิดในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาคเอกชนที่กล่าวในข้างต้น นำไปสู่การรับแนวคิดในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นมาใช้เพื่อพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ อันเป็นการลดข้อจำกัดจากแหล่งเงินทุนดั้งเดิมที่มีแหล่งที่มาหลักจากงบประมาณและเงินกู้ ซึ่งผู้เขียนได้เลือกศึกษาและวิเคราะห์รูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund) ซึ่งเป็นหนึ่งในรูปแบบในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นมาใช้เพื่อพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าภาครัฐจะรับแนวคิดในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาคเอกชนมาใช้เพื่อพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ แต่เนื่องจากภาครัฐยังคงมีบริบทของกฎหมายอื่น ๆ ที่ต้องพิจารณาร่วมด้วย นอกเหนือจากกฎหมายภาคเอกชน และกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ อาทิ กฎหมายว่าด้วยเรื่องระบบงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยวินัยการคลัง กฎหมายของหน่วยงานภาครัฐที่ต้องนำมาพิจารณาร่วมกัน เพื่อให้การดำเนินธุรกรรมในรูปแบบการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดหาแหล่งเงินทุนและสอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายอย่างรอบด้าน

### 2.1 การระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศในรูปแบบของกองทุนรวมภายใต้กรอบทางกฎหมาย

หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่ในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและให้บริการสาธารณะจะสามารถดำเนินการระดมทุนในรูปแบบของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่จัดตั้งหน่วยงานนั้นเป็นสำคัญ ซึ่งการระดมทุนในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องคำนึงถึงกรอบทางกฎหมายที่สำคัญ ดังนี้

#### 2.1.1 ประเด็นการคัดเลือกหน่วยงานของรัฐเพื่อเข้าระดมทุนในรูปแบบของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ

แม้ว่าในปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์จะกำหนดให้ภาครัฐสามารถนำโครงการโครงสร้างพื้นฐานเข้าระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้ แต่การดำเนินการดังกล่าวได้นั้น จะต้องมีการพิจารณาคัดเลือกหน่วยงานของรัฐที่มีความสามารถในการนำโครงการโครงสร้างพื้นฐานเข้าระดมทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานด้วย โดยพิจารณาจากอำนาจ หน้าที่ และขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น กรณีส่วนราชการ จากการพิจารณาพบว่า มีการกำหนดอำนาจหน้าที่และขอบวัตถุประสงค์ของส่วนราชการ ปรากฏตามความในบทบัญญัติมาตรา 8 ฉ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยกำหนดให้การแบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานรัฐมนตรี กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ให้ออกเป็นกฎกระทรวงและให้ระบุอำนาจหน้าที่ของแต่ละส่วนราชการไว้ในกฎกระทรวงด้วย โดยให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของส่วนราชการดังกล่าวเป็นผู้ออกกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการ กฎกระทรวงนั้นเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้ ซึ่งจากการศึกษาตัวอย่างของส่วนราชการที่มีการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานอย่างชัดเจน ได้แก่ กรมทางหลวง ในฐานะส่วนราชการ สังกัดกระทรวงคมนาคม โดยกรมทางหลวงได้มีการกำหนดภารกิจไว้ในกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวงกระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558 ซึ่งจากการพิจารณาพบว่า ความในข้อ 2 ของกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวงกระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558 ซึ่งกำหนดให้กรมทางหลวงมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทางหลวงพิเศษทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง อันเป็นเหตุให้กรมทางหลวงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้ยานยนต์บนทางหลวงและสะพาน พ.ศ. 2497 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการด้านค่าธรรมเนียมบนทางหลวงซึ่งอยู่ภายใต้ภารกิจความรับผิดชอบของกรมทางหลวงด้วย โดยความในบทบัญญัติมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้ยานยนต์บนทางหลวงและสะพาน พ.ศ. 2497 ได้กำหนดวัตถุประสงค์ในการใช้เงินค่าธรรมเนียมทางหลวง โดยกำหนดให้เงินค่าธรรมเนียมการใช้ยานยนต์บนทางหลวงและสะพานที่เก็บได้ และเงินค่าปรับเนื่องจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น จะนำไปใช้ได้เฉพาะกับทางหลวงและสะพานที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในเฉพาะบางกรณีตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น เมื่อ

พิจารณากฎหมาย กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องข้างต้นพบว่า อาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของกรมทางหลวง ซึ่งเป็นหนึ่งในส่วนราชการที่มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน เนื่องจากข้อบัญญัติประสงค์ในการใช้เงินค่าธรรมเนียมผ่านทางของกรมทางหลวงตามพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้ยานยนต์บนทางหลวงและสะพาน พ.ศ. 2497 ไม่ครอบคลุมถึงการนำมาระดมทุนหรือชำระในแก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งสอดคล้องตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 1235/2555 เรื่อง การจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อพัฒนาทางหลวงพิเศษ จากประเด็นข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวงกระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558 จะให้อำนาจกรมทางหลวงในฐานะส่วนราชการ สังกัดกระทรวงคมนาคม มีภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงได้ แต่เนื่องจากกรมทางหลวงยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายความรวมถึงการต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้ยานยนต์บนทางหลวงและสะพาน พ.ศ. 2497 ที่กำหนดวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินค่าธรรมเนียมการใช้ยานยนต์บนทางหลวงและสะพานที่เก็บได้เป็นการเฉพาะ ไม่รวมถึงการนำไปจ่ายให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ดังนั้น จึงเป็นผลทำให้กรมทางหลวงไม่อาจระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้ เนื่องจากไม่สามารถนำรายได้ที่จัดเก็บไว้ในทุนค่าธรรมเนียมผ่านทางซึ่งเป็นบัญชีทุนหมุนเวียนมาชำระให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพราะกฎหมายที่กำหนดวัตถุประสงค์ในการใช้เงินของกรมทางหลวงไม่เปิดช่องให้สามารถดำเนินการได้ สำหรับกรณีรัฐวิสาหกิจ ตัวอย่างเช่น กรณีการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 6 และมาตรา 9 (10) แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ประกอบกับลักษณะการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของรัฐวิสาหกิจ พบว่ามีแนวทางการพิจารณาการระดมทุนดังกล่าวว่า เป็นไปเพื่อการจัดหาแหล่งเงินทุนประการหนึ่ง เพื่อนำมาใช้ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในลักษณะเช่นเดียวกับกรณีการกู้ยืม หรือการออกพันธบัตร ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อบัญญัติประสงค์โดยทั่วไปของรัฐวิสาหกิจที่สามารถดำเนินการได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตามนัยของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 385/2553 เรื่อง การจัดตั้งกองทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานไทย ซึ่งวางแนวทางการพิจารณาว่าการทำสัญญากับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้นเป็นรูปแบบในการจัดหาเงินอย่างหนึ่งเพื่อใช้ในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าที่เป็นกิจการที่อยู่ภายใต้ข้อบัญญัติประสงค์ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิต ในทำนองเดียวกันกับการกู้ยืมและการออกพันธบัตร ดังนั้น การดำเนินการทำสัญญากับกองทุนในเรื่องนี้ จึงเป็นการกระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจ จากแนวทางการวินิจฉัยข้างต้นจะเห็นได้ว่า หน่วยงานภาครัฐประเภทรัฐวิสาหกิจอาจมีความเหมาะสมในการชำระระดมทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมากกว่าหน่วยงานภาครัฐประเภทส่วนราชการที่มีข้อจำกัดด้านอำนาจ หน้าที่ และข้อบัญญัติประสงค์ตามกฎหมายที่กำหนดขอบเขตและภารกิจของหน่วยงาน

2.1.2 ประเด็นกรณีหน่วยงานของรัฐชำระระดมทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีการลงทุนในสินทรัพย์โครงสร้างพื้นฐานหลายประเภท

เมื่อคัดเลือกหน่วยงานของรัฐที่มีความเหมาะสมสามารถชำระระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในเบื้องต้นได้แล้ว อาจต้องมีการพิจารณาถึงการกำหนดโครงสร้างของการลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในระยะต่อไปด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีส่วนราชการ หากมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ให้อำนาจในการชำระระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องตามภารกิจของส่วนราชการนั้น ๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีกรมทางหลวง ในฐานะส่วนราชการที่ประสงค์จะชำระระดมทุนภายในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน อาจประสบปัญหาข้อจำกัดด้านความสามารถในการระดมทุนผ่านกองทุนที่มีการลงทุนในสินทรัพย์ที่มีความหลากหลาย กล่าวคือ หากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่กรมทางหลวง ในฐานะส่วนราชการชำระระดมทุนไปลงทุนในสินทรัพย์โครงสร้างพื้นฐานจากบริการสาธารณะประเภทอื่น เช่น ไฟฟ้า การสื่อสาร เป็นต้น อาจถือได้ว่าไม่สอดคล้องตามภารกิจภายใต้กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวงกระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558 ที่กำหนดให้ กรมทางหลวง มีภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวง ดังนั้น จึงอาจก่อให้เกิด

ข้อจำกัดในการระดมทุนของกรมทางหลวง ในฐานะส่วนราชการไม่ดำเนินการให้สอดคล้องตามภารกิจของส่วนราชการได้นอกจากนี้ กรณีรัฐวิสาหกิจพบว่า มีลักษณะคล้ายกับกรณีส่วนราชการข้างต้น กล่าวคือ เนื่องจากกฎหมายจัดตั้งของรัฐวิสาหกิจมีลักษณะกำหนดขอบวัตถุประสงค์ให้รัฐวิสาหกิจสามารถลงทุนหรือเข้าร่วมกิจการกับบุคคลอื่นเพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจนั้นๆ ดังนั้น หากมีการเข้าระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งเป็นกองทุนที่มีการระดมทุนจากโครงการของหน่วยงานภาครัฐที่มีสินทรัพย์หลากหลายประเภท (Mixed asset) อาจไม่สอดคล้องกับขอบวัตถุประสงค์ที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งของรัฐวิสาหกิจในแต่ละแห่งได้ เช่น การทางพิเศษแห่งประเทศไทย รัฐวิสาหกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างทางพิเศษ ระดมทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่มีการระดมทุนในกิจการท่าอากาศยาน หรือ พลังงาน เป็นต้น ดังนั้น จึงอาจก่อให้เกิดข้อจำกัดในการระดมทุนของรัฐวิสาหกิจที่เข้าระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในสินทรัพย์ที่มีความหลากหลายแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจที่เข้าระดมทุนได้ เนื่องจากไม่สอดคล้องกับอำนาจ หน้าที่ และขอบวัตถุประสงค์ของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งที่กำหนดให้รัฐวิสาหกิจสามารถลงทุนหรือเข้าร่วมกิจการกับบุคคลอื่นเพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจแห่งนั้นเท่านั้น

2.2 การระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศในรูปแบบของกองทุนรวมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี

การระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศในรูปแบบของกองทุนรวมของภาครัฐ นอกจากต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับกรอบในทางกฎหมายแล้ว ยังคงต้องคำนึงถึงความสอดคล้องตามกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดีด้วย โดยมีผู้ให้ความหมายความหมายและองค์ประกอบของวินัยทางการเงินการคลังไว้อย่างหลากหลาย อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า วินัยทางการเงินการคลัง หมายถึง หลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อการกำกับดูแลการใช้จ่ายของรัฐให้มีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสม โดยคำนึงถึงความสามารถในการชำระหนี้ของภาครัฐ เพื่อสร้างความยั่งยืนทางการเงินการคลังและเสถียรภาพทางเศรษฐกิจต่อไป กรอบวินัยคลังอาจแบ่งองค์ประกอบได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1) กรอบวินัยคลังในทางด้านกฎหมาย ที่ปรากฏในกฎหมายต่างๆ เช่น กรอบวินัยคลังที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง กฎหมายว่าด้วยหนี้สาธารณะ เป็นต้น ซึ่งเป็นกรอบในทางกฎหมายที่รัฐบาล รัฐสภาและหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตาม 2) กรอบวินัยคลังในทางด้านเศรษฐกิจ หรือ กรอบความยั่งยืนทางการเงินการคลัง<sup>11</sup> โดยเป็นการกำหนดกรอบในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินการทางการเงินการคลังในรูปแบบเป้าหมายหรือตัวชี้วัดทางเศรษฐกิจ เช่น ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (Gross Domestic Product : GDP) รายจ่าย ดุลของงบประมาณ การก่อหนี้สาธารณะ เป็นต้น โดยหากเป็นกรอบในทางเศรษฐกิจ หากไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายจะมีลักษณะเป็นเพียงแนวทางหรือตัวชี้วัดความมีเสถียรภาพหรือความยั่งยืนทางการเงินการคลังเท่านั้น และสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยดุลยพินิจของฝ่ายบริหาร<sup>12</sup> ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดแนวทางในการดำเนินนโยบายการคลังที่สอดคล้องกับความต้องการทางเศรษฐกิจและการคลังของประเทศ โดยมีเป้าหมายเพื่อรักษาเสถียรภาพด้านการคลังในระยะปานกลางและระยะยาว โดยความยั่งยืนทางการเงินการคลังหรือความมีเสถียรภาพด้านการคลังในระยะปานกลางและระยะยาว รวมทั้งการมีวินัยทางการเงินการคลังเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสำหรับประเทศเป็นอย่างมาก เพราะนอกจากจะทำให้ภาครัฐ ภาคเอกชน และประชาชนทั่วไปสามารถมั่นใจในเสถียรภาพด้านการคลังของประเทศแล้ว ยังช่วยสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนทั้งในและต่างประเทศ และความน่าเชื่อถือด้านการคลังของประเทศในเวทีโลก เช่น องค์กรด้านการเงินระหว่างประเทศและบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถืออีกด้วย<sup>13</sup>

<sup>11</sup> สุปรียา แก้วละเอียด, กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย, (ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560) น. 172.

<sup>12</sup> เฟิงอ้วง, น. 171-172.

<sup>13</sup> สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, “การพัฒนากรอบความยั่งยืนด้านการคลัง,” สืบค้นเมื่อ 30 เมษายน 2561 จาก <http://www.fpo.go.th/main/News/Special-report/761.aspx>.

นอกจากหลักการพื้นฐานของกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งต้องนำมาปรับใช้กับการจัดหาแหล่งเงินทุนแบบดั้งเดิมและการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐในข้างต้นแล้ว ในกรณีการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐในแต่ละประเภทย่อมต้องพิจารณาถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดีที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบลักษณะและกลไกของการระดมทุนจากแหล่งเงินทางเลือกแต่ละประเภทเป็นการเฉพาะ โดยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดีในการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ สรุปได้พอสังเขป ดังนี้

### 2.2.1 ประเด็นระบบงบประมาณตามกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี

ระบบงบประมาณและกรอบวินัยการเงินการคลังมีความสัมพันธ์กับการระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เนื่องจากการระดมทุนดังกล่าวเป็นการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกประเภทหนึ่ง ซึ่งโดยหลักการแล้วหากภาครัฐประสงค์จะเข้าระดมทุนผ่านกลไกรูปแบบดังกล่าวก็ควรต้องดำเนินการให้มีความสอดคล้องกับบริบททางการเงินการคลังของภาครัฐด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีความสัมพันธ์กับระบบงบประมาณในลักษณะเป็นการใช้ช่องทางตามบทยกเว้นหลักการนำส่งเงินเป็นรายได้แผ่นดินของส่วนราชการในลักษณะเงินนอกงบประมาณ ซึ่งโดยหลักการแล้วควรดำเนินการตามหลักความยินยอมอันเป็นกรอบวินัยทางการคลังและเป็นหลักกฎหมายทางงบประมาณที่สำคัญ เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในฐานะตัวแทนของประชาชนให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการจ่ายเงินที่มาจากภาษีของประชาชนผ่านกระบวนการอนุมัติในรูปแบบของพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี<sup>14</sup> แต่ด้วยลักษณะของการระดมทุนเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีอาจดำเนินการให้สอดคล้องกับระบบงบประมาณได้ เนื่องจากการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่เข้าระดมทุนได้รับเงินจากการขายสิทธิรับรัฐรายได้ในอนาคตของโครงการเพื่อนำไปพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานได้โดยตรง ซึ่งโดยหลักการ กรณีส่วนราชการบทยกเว้นมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 ได้กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการที่ได้เก็บหรือรับเงินนั้นมีหน้าที่ควบคุมให้ส่งเข้าบัญชีเงินคงคลัง บัญชีที่ 1 เว้นแต่กรณีจะตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ไม่ต้องนำส่งเข้าคลัง ได้แก่ รายจ่ายที่หัก เป็นรายจ่ายที่มีกฎหมายอนุญาตให้จ่ายได้ หรือรายจ่ายที่จำเป็นต้องจ่ายตามระเบียบที่ได้รับความตกลงจากกระทรวงการคลังเพื่อเป็นค่าสินบนรางวัล หรือค่าใช้จ่ายในการจัดให้ได้มาซึ่งเงินอันพึงต้องชำระให้แก่รัฐบาล หรือรายจ่ายที่ต้องจ่ายคืนให้แก่บุคคลใด ๆ เพราะเป็นเงินอันไม่พึงต้องชำระให้แก่รัฐบาล ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานร่วมกับบทยกเว้นมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 พบว่า หากส่วนราชการไม่เข้ากรณีข้อยกเว้นตามมาตรา 4 ข้างต้น ส่วนราชการในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่ได้เข้าระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานอาจขาดความสามารถในการยึดถือเงินที่ได้รับจากการระดมทุน หรือสามารถนำเงินที่ได้รับจากการระดมทุนไปใช้ได้ หรือสามารถส่งเงินที่ได้รับจากการระดมทุนต่อไปยังแหล่งอื่น โดยไม่นำส่งเข้าคลังเป็นรายได้แผ่นดินได้ จากลักษณะข้างต้นพบว่า หากส่วนราชการสามารถเข้าระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้ก็ไม่น่าจะนำเงินที่ได้รับจากการระดมทุนไปใช้จ่ายเพื่อพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานได้ ประกอบกับบทยกเว้นมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 กำหนดให้บรรดาเงินที่หน่วยงานของรัฐจัดเก็บหรือได้รับไว้ เป็นกรรมสิทธิ์ ไม่ว่าจะได้รับตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับ หรือได้รับชำระตามอำนาจหน้าที่หรือสัญญา หรือได้รับจากการให้ทรัพย์สินหรือเก็บดอกผลจากทรัพย์สินของราชการให้นำส่งคลังตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น ซึ่งหน่วยงานของรัฐข้างต้นนอกจากหมายถึงส่วนราชการแล้ว หมายความว่ารวมถึงกรณีของรัฐวิสาหกิจด้วย เนื่องจากต้องนำส่งเงินจากการขายสิทธิรับรัฐรายได้ในอนาคตของโครงการเป็นรายได้แผ่นดินตามหลักของระบบงบประมาณ เพราะโดยหลักการหน่วยงานของรัฐไม่มีอำนาจในการยึดถือรายได้โดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน ซึ่งทำให้การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของ

<sup>14</sup> ปรีชา สุวรรณทัต, วิชาการธรรมศาสตร์ว่าด้วยการคลังภาครัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.120.

หน่วยงานเจ้าของโครงการในลักษณะดังกล่าวไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการนำเงินไปพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป ข้อจำกัดในการจัดหาแหล่งเงินทุนดั้งเดิมของภาครัฐมีมากขึ้นจึงมีการผ่อนคลายและยกเว้นระบบเงินในงบประมาณ โดยการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งต้องอาศัยอำนาจรัฐสภา เพื่อกำหนดข้อยกเว้นให้หน่วยงานของภาครัฐไม่ต้องนำเงินส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดินซึ่งจัดเก็บไว้ในรูปแบบเงินนอกงบประมาณ เช่น ทุนหมุนเวียน เป็นต้น ทั้งนี้ การกำหนดข้อยกเว้นให้หน่วยงานของภาครัฐไม่ต้องนำเงินส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดินในลักษณะดังกล่าว ควรเป็นไปอย่างจำกัดและรัดกุม พร้อมทั้งควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการในการกำกับดูแลการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณ ซึ่งรวมถึงการกำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินนอกงบประมาณ เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับทราบถึงรายจ่ายในภาพรวมของรัฐบาล อันจะส่งผลทำให้การพิจารณาและการอนุมัติงบประมาณเป็นไปโดยถูกต้องและสอดคล้องกับหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณและวินัยทางการคลังที่ดีต่อไป

2.2.2 ประเด็นการบริหารจัดการเงินที่ได้รับจากการระดมทุนของหน่วยงานของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพตามกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี

เนื่องจากการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐประเภทกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีลักษณะธุรกรรมเป็นการเข้าทำสัญญาซื้อขายสิทธิรับรายได้ในอนาคตของหน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐาน โดยระยะเวลาของสัญญาซื้อขายสิทธิดังกล่าวอาจยาวนานกว่า 30 ปี ซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับเงินจากการระดมทุนตามสัญญาซื้อขายสิทธิรับรายได้ในอนาคตในลักษณะเป็นงวดเดียว จึงมีลักษณะแตกต่างจากรูปแบบการจัดสรรเงินงบประมาณและการกู้ยืมเงินที่มีการจ่ายเงินเป็นงวด ทำให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานนั้นไม่มีภาระในการบริหารจัดการเงินที่ใช้ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ดังเช่นกรณีหน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานได้รับเงินจากการระดมทุนตามสัญญาซื้อขายสิทธิรับรายได้ในอนาคตที่ได้รับเป็นเงินจากการระดมทุนจำนวนมากในครั้งเดียว ซึ่งอาจส่งผลทำให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานต้องแบกรับภาระต้นทุนในการถือเงิน (Negative carry cost) ได้ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับวินัยทางการคลังที่ดีในหลักการเรื่องประสิทธิภาพ หน่วยงานภาครัฐเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่เข้าระดมทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงต้องกำหนดแนวทางและแผนบริหารจัดการการเงินดังกล่าวอย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพ เพื่อให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐานได้ใช้ประโยชน์จากเงินที่ได้รับจากการระดมทุนโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุด

2.2.3 ประเด็นหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลและตรวจสอบการดำเนินการเกี่ยวกับเงินที่ได้รับจากการระดมทุนของหน่วยงานของรัฐผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐที่เหมาะสมตามกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี

เนื่องจากการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐประเภทกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในปัจจุบันยังไม่เป็นที่แพร่หลาย จึงอาจทำให้ภาครัฐขาดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลและตรวจสอบการเข้าระดมทุนของหน่วยงานของรัฐในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานอย่างเป็นรูปธรรมและสอดคล้องกับลักษณะของธุรกรรมที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะอย่างเหมาะสม จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการขาดการกำกับดูแลและตรวจสอบหรือขาดความเข้าใจของหน่วยงานตรวจสอบในลักษณะเฉพาะบางประการของการระดมทุนผ่านรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่อาจมีความแตกต่างจากแนวทางการจัดหาแหล่งเงินทุนดั้งเดิมของภาครัฐ เช่น ลักษณะต้นทุนทางการเงินที่สูงกว่าการระดมทุนในรูปแบบอื่น เป็นต้น อาจนำไปสู่การถูกพิจารณาในลักษณะการสร้างต้นทุนทางการเงินที่สูงกว่าการระดมทุนในรูปแบบอื่นนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือมีลักษณะเป็นการจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ ตามบทบัญญัติมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 อันอาจเป็นอุปสรรคในการพัฒนาแนวทางการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐประเภทกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องตามกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี จึงควรมีการจัดทำหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลและตรวจสอบที่มีความเหมาะสมกับแนวทางการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐเพื่อประกอบการใช้ดุลยพินิจของหน่วยงานตรวจสอบที่เกี่ยวข้องให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะของการระดมทุน อันจะเป็นการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวทางการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐแก่หน่วยงานตรวจสอบที่เกี่ยวข้องต่อไป

## 2.2.4 ประเด็นการให้การสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐตามกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี

เนื่องจากการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐประเภทกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานบางประเภท อาจจำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐเพื่อจูงใจนักลงทุนให้เข้าซื้อหน่วยลงทุนภายในกองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐาน หรือการสนับสนุนทางการเงินเพื่อรักษาระดับกระแสรายได้ของโครงการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวนี้ แม้จะไม่เข้าข่ายลักษณะการเป็นหนี้สาธารณะตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 เนื่องจากไม่ได้เกิดขึ้นภายใต้นิติกรรมที่เป็นลักษณะเป็นการชดใช้การกู้ยืม แต่อาจก่อให้เกิดภาระทางการคลังแฝง (Contingence liabilities)<sup>15</sup> เนื่องจากมีผลผูกพันให้ภาครัฐอาจต้องดำเนินการจ่ายชดเชยผลตอบแทนแก่ผู้ถือหน่วยลงทุนที่มีการประกันผลตอบแทน กรณีที่ผลตอบแทนไม่เป็นไปตามอัตราที่กำหนดไว้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้การดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการที่ก่อให้เกิดภาระต่องบประมาณหรือภาระทางการคลังในอนาคตตามที่คณะกรรมการกำหนด ให้หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินการนั้นจัดทำแผนบริหารจัดการกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการ ประมาณการรายจ่ายแหล่งเงินที่ใช้ตลอดระยะเวลาดำเนินการ และประโยชน์ที่จะได้รับ โดยต้องเสนอพร้อมกับการขออนุมัติกิจกรรม มาตรการหรือโครงการต่อคณะรัฐมนตรี และในกรณีที่มีการดำเนินการ ก่อให้เกิดการสูญเสียรายได้ของรัฐหรือของหน่วยงานของรัฐ ให้จัดทำประมาณการการสูญเสียรายได้และประโยชน์ที่จะได้รับ เสนอในการขออนุมัติต่อคณะรัฐมนตรีด้วย โดยคณะรัฐมนตรีต้องพิจารณาความจำเป็นเร่งด่วน ประโยชน์ที่ได้รับ และภาระทางการคลังหรือการสูญเสียรายได้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งการให้การสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐข้างต้นนั้น อาจเข้าข่ายลักษณะเป็นการดำเนินกิจกรรม มาตรการ หรือโครงการที่อาจก่อให้เกิดภาระทางการคลังในรายจ่ายในอนาคต ดังนั้น การพิจารณาจ่ายเงินสนับสนุนในรูปแบบการรับประกันผลตอบแทน จึงจำต้องคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏตามกฎหมายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด เพื่อให้กลไกการรับประกันผลตอบแทนดังกล่าวมีความสอดคล้องกับหลักวินัยการเงินการคลังของรัฐควบคู่ไปกับการเป็นเครื่องมือสนับสนุนทางการเงินของรัฐไปพร้อมกันด้วย

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การนำกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งเป็นรูปแบบในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นมาใช้ในการพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐ จึงอาจก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องกับแนวทางการดำเนินการด้านกรอบของกฎหมายและแนวทางในการกำกับดูแลทางกฎหมายการเงินการคลังของภาครัฐที่มีอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น หากภาครัฐต้องการที่จะส่งเสริมแนวทางในการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานให้สามารถบรรลุผลในการระดมทุน ขจัดอุปสรรคทางกฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในการดำเนินธุรกรรม ในขณะเดียวกันที่ภาครัฐสามารถกำกับดูแลการจัดการจัดหาแหล่งเงินทุนดังกล่าวให้สอดคล้องกับกรอบทางกฎหมายและกรอบวินัยการเงินการคลังที่ดี ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการกำหนดแนวทางในการกำกับดูแลการจัดการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไว้เป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านวินัยการเงินการคลังควรมีการกำหนดให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะการดำเนินธุรกรรมในรูปแบบดังกล่าว เช่น การกำหนดให้มีการรายงานภาระผูกพัน หรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ จากการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน การกำหนดเพดานการก่อภาระผูกพันจากการดำเนินการจัดหาแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน การกำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และ

<sup>15</sup> ภาระผูกพัน (Contingent Liability) เป็นภาระที่รัฐบาลอาจจะต้องจ่ายหรือ ชำระหนี้เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น เช่น การค้ำประกันหนี้ให้แก่รัฐวิสาหกิจ หากรัฐวิสาหกิจไม่สามารถชำระหนี้ได้ รัฐบาลจะต้องเป็นผู้ชำระหนี้แทนให้ แต่หากรัฐวิสาหกิจมีเงินชำระหนี้เองได้ก็จะไม่เกิดเป็นภาระแก่รัฐบาล อ้างใน Hana Polackova, Government Contingent Liabilities : A Hidden Risk to Fiscal Stability, (Washington D.C. : BID, 1998), pp.1-2.



วิธีการในการนำสินทรัพย์โครงการโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐเข้าการจัดการแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เป็นต้น ทั้งนี้ โดยอาจปรับปรุงโดยเพิ่มข้อสังเกตดังกล่าวข้างต้นเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการเงินการคลังของภาครัฐที่มีอยู่ในปัจจุบัน หรือการตรากฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะ อันจะเป็นการสร้างความชัดเจนในการดำเนินการและยังเป็นการกำหนดแนวทางในการกำกับดูแลการจัดการแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นมาใช้ในการพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐที่ความเหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะการดำเนินธุรกรรม เพื่อเป็นการส่งเสริมแนวทางการพัฒนาของแหล่งเงินทุนทางเลือกอื่นของภาครัฐเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานต่อไป

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

ปรีชา สุวรรณทัต. วิชาธรรมศาสตร์ว่าด้วยการคลังภาครัฐ. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

สุปรียา แก้วละเอียด. กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย. ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. การลงทุนในตราสารทุน (Equity Investments). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2556.

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง. รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง แนวทางการพัฒนาธุรกรรม การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์และการนำไปใช้ประโยชน์ในโครงการลงทุนภาครัฐ เพื่อสังคมของกระทรวงการคลัง กรมธนารักษ์. กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการคลัง, 2558.

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดหลักทรัพย์. “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน.” [https://www.set.or.th/th/products/listing2/files/Brochure\\_IFF\\_issuer.pdf](https://www.set.or.th/th/products/listing2/files/Brochure_IFF_issuer.pdf). 5 มกราคม 2562.

\_\_\_\_\_. “กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Trust).” [https://www.set.or.thth/products/listingset\\_infratrust\\_p1.html](https://www.set.or.thth/products/listingset_infratrust_p1.html), 5 มกราคม 2562.

\_\_\_\_\_. “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน Infrastructure Fund (IFF).” [https://www.set.or.th/th/products/listing2/set\\_iff\\_p5.html?printable=true](https://www.set.or.th/th/products/listing2/set_iff_p5.html?printable=true), 5 มกราคม 2562.

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. “รู้จักตราสารต่าง ๆ ทางการเงิน.” [https://www.set.or.th/dat/vdoArticle/attachFile/TSI-Document\\_Inv\\_002.pdf](https://www.set.or.th/dat/vdoArticle/attachFile/TSI-Document_Inv_002.pdf), 2 กุมภาพันธ์ 2562.

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. “การพัฒนารอบความยั่งยืนด้านการคลัง.” <http://www.fpo.go.th/main/News/Special-report/761.aspx>, 30 เมษายน 2561.

### BOOKS

Hana Polackova. Government Contingent Liabilities : A Hidden Risk to Fiscal Stability. Washington D.C. : BID, 1998.

Organization for Economic Co-operation and Development. Infrastructure Financing Instruments and Incentives. Paris : OECD, 2015.

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

JOURNAL

Giselle Datz. “Government as Market Players : State Innovation in the Global Economy.” Journal of International Affairs, Vol. 62, No. 1, (2008).

## ภาษีการท่องเที่ยวประเภทภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศ TOURISM TAX ON DEPARTURE AND AIR TRAVEL

ภัทธธนาถย์ ศรีธภาพร\*  
Bhatharathanath Srithaporn

### บทคัดย่อ

ภาษีที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวอย่างภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศเป็นภาษีที่มีลักษณะใกล้เคียงกันและถูกนำมาเปรียบเทียบอยู่บ่อยครั้งในต่างประเทศ การจัดเก็บภาษีการท่องเที่ยวเหล่านี้มักเป็นไปเพื่อการสร้างรายได้ให้แก่รัฐ การชดเชยต้นทุนจากการท่องเที่ยวที่มีต่อสิ่งแวดล้อม และการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่นักท่องเที่ยว ในอดีตประเทศไทยเคยมีการจัดเก็บภาษีที่มีโครงสร้างคล้ายคลึงกับภาษีการเดินทางออกนอกประเทศตามพระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526 แต่จากการศึกษาพบว่า ภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของประเทศไทยไม่ได้เป็นภาษีที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวอย่างในต่างประเทศ แต่เป็นกฎหมายภาษีที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ เป้าหมายการจัดเก็บภาษีไม่ใช่ตัวนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เข้ามาท่องเที่ยวและรายได้ภาษีไม่ได้นำมาใช้เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการท่องเที่ยว หากประเทศไทยจะจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศเพื่อนำรายได้ไปส่งเสริมการท่องเที่ยวอย่างยั่งยืนนั้นควรจะตราเป็นกฎหมายฉบับใหม่ เนื่องจากการจะปรับปรุงกฎหมายเดิมยังคงมีอุปสรรคในด้านความไม่เหมาะสมหลายประการ

### คำสำคัญ

ภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร, การท่องเที่ยวอย่างยั่งยืน, นักท่องเที่ยว, นักเดินทาง

### ABSTRACT

Departure tax and air travel tax were compared by many countries because of similarities of tax structure. These taxes are commonly used to raise government revenue. Sometimes they are responsible for infrastructure and environmental management costs related to tourism. Previously, Thailand levied departure tax according to Departure Tax Decree which has structural similarities to comparable departure tax internationally. However, results were that the objective of departure tax in Thailand involve with economic system instead of tourism-related activities. International tourist was not target of Thailand's departure tax, as well as revenue from the tax is not responsible for tourism-related project. To levy departure tax for supporting sustainable tourism in Thailand should enact the new law because improving Departure Tax Decree still has obstacles on suitability.

### Keywords

Departure tax, Sustainable tourism, Tourist, Travelers, Taxation, Voyagers

---

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายภาษี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
: bhatharathanath.s@gmail.com

## บทนำ

ในปัจจุบันเป็นที่รู้กันดีว่าอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวเป็นกิจกรรมหนึ่งที่สามารถสร้างรายได้ให้แก่ประเทศไทยจำนวนมากในแต่ละปี อย่างไรก็ตามกิจกรรมการท่องเที่ยวยังเป็นกิจกรรมหนึ่งซึ่งคนทั่วไปจะกระทำเมื่อตนเองว่างหลังจากทำหน้าที่การทำงานของตนเสร็จสิ้น ซึ่งอาจถูกมองว่าเป็นกิจกรรมที่ฟุ่มเฟือยอย่างหนึ่ง นอกจากนี้กิจกรรมการท่องเที่ยวยังเป็นกิจกรรมที่สร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วิถีชุมชน วัฒนธรรมประเพณี สร้างความแออัดให้แก่สถานที่ท่องเที่ยว ทำให้เกิดต้นทุนแก่รัฐที่จะต้องเยียวยาผลกระทบต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการท่องเที่ยว

การมีนักท่องเที่ยวเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศนั้นยังเกิดต้นทุนต่าง ๆ ของรัฐที่จะต้องพัฒนาสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ในประเทศให้เพียงพอและรองรับต่อความต้องการของนักท่องเที่ยวที่มีจำนวนมาก ทั้งในด้านของโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นถนนหนทางที่จะต้องมีความสะดวก ระบบขนส่งมวลชนที่ต้องมีความปลอดภัยและครอบคลุมในทุกพื้นที่ ระบบการสื่อสาร การให้ข้อมูลที่สำคัญแก่นักท่องเที่ยว น้ำประปา ไฟฟ้าตามเส้นทางต่าง ๆ เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงการดูแลรักษาความปลอดภัยโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมต่าง ๆ กับนักท่องเที่ยว ซึ่งอาจจะทำให้เกิดผลกระทบต่อภาพลักษณ์ด้านการท่องเที่ยวในประเทศไทยอีก

จากที่กล่าวไปในข้างต้นทำให้เห็นว่าแม้ในประเทศที่เป็นแหล่งท่องเที่ยวที่มีนักท่องเที่ยวจำนวนมากและมีรายได้จากการท่องเที่ยวเป็นจำนวนมากก็ตาม แต่ก็มีรายจ่ายต่าง ๆ ซึ่งเป็นต้นทุนมาจากการมีนักท่องเที่ยวเข้ามาท่องเที่ยวภายในประเทศ จึงเป็นเหตุให้มีการจัดเก็บภาษีการท่องเที่ยวขึ้นในบางประเทศ เพื่อให้นักท่องเที่ยวซึ่งเป็นบุคคลที่มีส่วนทำให้เกิดต้นทุนทางการท่องเที่ยวแก่รัฐและได้รับประโยชน์จากการท่องเที่ยวมีส่วนร่วมในการเข้ามารับผิดชอบในต้นทุนดังกล่าวแก่รัฐ อีกทั้งยังสามารถนำรายได้ดังกล่าวมาพัฒนาคุณภาพด้านการท่องเที่ยวให้ดียิ่งขึ้นไป ซึ่งกลับจะเป็นประโยชน์แก่นักท่องเที่ยวในอนาคตเสียอีก

ในต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศนั้นมีแนวความคิดในการบรรเทาภาระของรัฐที่เป็นรายจ่ายอันเป็นต้นทุนมาจากการท่องเที่ยว และกิจกรรมส่งเสริมการท่องเที่ยวของรัฐ โดยการจัดเก็บภาษีที่เกี่ยวข้องจากการท่องเที่ยวนอกเหนือจากภาษีชนิดอื่น ๆ เช่น ให้มีการจัดเก็บภาษีโรงแรม ภาษีร้านอาหาร ภาษีการเดินทางออกนอกประเทศ และภาษีการเดินทางทางอากาศ เป็นต้น ซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ในบางประเทศก็มีการจัดเก็บภาษีที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวมานานแล้วหลายสิบปี แต่ในบางประเทศก็ยังคงเป็นเรื่องที่ใหม่อยู่ ซึ่งมีพัฒนาการในเรื่องของโครงสร้างภาษีอยู่ตลอดเวลา

ผู้เขียนเห็นว่าการจัดเก็บภาษีการท่องเที่ยวในลักษณะที่เป็นภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศ เป็นวิธีการที่ค่อนข้างจะมีประสิทธิภาพและมีความง่ายในการจัดเก็บ เนื่องจากการจัดเก็บผ่านทางผู้ประกอบการขนส่งเช่น สายการบิน สายการบินเรือ เป็นต้น ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มักถูกควบคุมดูแลโดยกฎหมายอื่น ๆ ของรัฐโดยเคร่งครัดอยู่แล้ว ทำให้การบิดเบือนและการหลีกเลี่ยงภาษีทำได้ยาก อีกทั้งยังเกิดผลกระทบน้อยกับการท่องเที่ยวภายในประเทศโดยประชาชนในประเทศด้วย อย่างไรก็ตามภาษีทั้งสองประเภทยังคงมีลักษณะที่คล้ายกัน และลักษณะที่แตกต่างกันอยู่ในบางประการ ทำให้เกิดการนำมาเปรียบเทียบกับบางกรณี ประกอบกับการต้องพิจารณาความสอดคล้องกับในเรื่องของทฤษฎีที่เกี่ยวกับภาษีซึ่งเป็นหลักการที่เป็นสากลด้วย จึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจนำมาศึกษาวิเคราะห์และได้นำมากล่าวถึงในบทความนี้

ในอดีตประเทศไทยเคยมีการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรตามพระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526 ที่ยกเลิกการจัดเก็บไปเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2534 อันเป็นภาษีที่มีโครงสร้างใกล้เคียงภาษีการเดินทางออกนอกประเทศที่มีการจัดเก็บในต่างประเทศ แต่วัตถุประสงค์ในการจัดเก็บก็ยังคงแตกต่างกับในต่างประเทศที่มีการจัดเก็บภาษีชนิดที่คล้ายคลึงกัน และการนำรายได้ไปใช้ประโยชน์ก็ยังคงแตกต่างกันอยู่ บทความนี้จึงได้นำกฎหมายภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของไทยมาเปรียบเทียบกับกฎหมายภาษีของต่างประเทศและเสนอข้อปรับปรุงต่าง ๆ ให้แก่กฎหมายไทย

## 1. ภาษีการเดินทางออกนอกประเทศตามกฎหมายต่างประเทศ

แนวคิดเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศซึ่งเป็นภาษีการท่องเที่ยวประเภทหนึ่ง มีเหตุผลมาจาก<sup>1</sup> การเพิ่มความหลากหลายของรายได้ (Revenue diversification) ทำให้สถานที่ปลายทางของการท่องเที่ยวสามารถมีรายได้ที่มีความหลากหลายและขยายฐานภาษีของตนออกไปได้ การตอบแทนผลประโยชน์ที่ได้รับ (Paying for benefit received) เพราะนักท่องเที่ยวได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะ เช่น ไฟฟ้า การให้ข้อมูลการท่องเที่ยว ความคุ้มครองจากตำรวจ เป็นต้น อีกทั้งการเข้ามาของนักท่องเที่ยวทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายแรงงานเข้ามา ทำให้ประชากรมีความหนาแน่น เกิดภาระแก่รัฐที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้นเพื่อสอดคล้องกับความต้องการที่เพิ่มขึ้น และเป็นการจัดเก็บค่าเช่าทางเศรษฐกิจ (Extract economic rents) เนื่องจากจุดหมายปลายทางของการท่องเที่ยวมักมีจุดเด่นเฉพาะสำหรับการดึงดูดนักท่องเที่ยว จุดเด่นดังกล่าวทำให้จุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวอื่น ๆ มีแรงกระตุ้นให้จัดเก็บค่าเช่าทางเศรษฐกิจก่อนที่จะมีการใช้ทรัพยากรการท่องเที่ยวอื่นไปอย่างฟุ่มเฟือย โดยภาษีการเดินทางออกนอกประเทศก็เป็นภาษีชนิดหนึ่งที่เหมาะสมสำหรับการจัดเก็บค่าเช่าทางเศรษฐกิจ

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในเรื่องภาษีการเดินทางออกนอกประเทศของประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งลักษณะโครงสร้างของภาษิดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกันมาก

### 1.1 ภาษีการเดินทางออกนอกประเทศตามกฎหมายออสเตรเลีย

ในอดีตประเทศออสเตรเลียได้ทำการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศตามกฎหมาย Departure Tax Act 1978 แต่มีวิธีการจัดเก็บที่ค่อนข้างยุ่งยากจึงได้ยกเลิกไปและจัดเก็บตามกฎหมายใหม่คือ Passenger Movement Charge Act 1978 และ Passenger Movement Charge Collection Act 1978 ซึ่งได้มีการจัดเก็บตามกฎหมายใหม่ครั้งแรกในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 แม้ว่าตามชื่อกฎหมายดังกล่าวจะใช้คำว่า “Charge” อยู่ด้วยก็ตาม และทางรัฐบาลของออสเตรเลียได้มีการออกมาแนะนำว่าเป็นการเก็บเพื่อครอบคลุมค่าใช้จ่ายในกระบวนการศุลกากร การเข้าเมือง อันได้แก่การออกวีซ่าระยะสั้นและการควบคุมโรค แต่เมื่อพิจารณาในทางภาษี สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินของออสเตรเลีย (Australian National Audit Office) ก็มีความเห็นว่าเป็นสิ่งที่มุ่งไปในคุณลักษณะทางภาษีทั้งหมด เป็นสิ่งที่ถูกบังคับให้จัดเก็บเป็นเงินเพื่อประโยชน์ในทางสาธารณะ และไม่ใช่นโยบายนิยมสำหรับการให้บริการ Passenger Movement Charge เป็นสิ่งที่ถูกจัดเก็บจากผู้โดยสารขาออก แม้ว่าการเรียกเก็บดังกล่าวจะถูกออกแบบมาเพื่อครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายในกระบวนการผู้โดยสารขาเข้า เช่นเดียวกันว่าภาษีที่ทำการเรียกเก็บทั้งหมดนี้ เป็นความรับผิดชอบของผู้โดยสารขาออกทั้งหมด ซึ่งรวมทั้งพลเมืองของประเทศออสเตรเลียและผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศออสเตรเลียที่เดินทางออกไปด้วย แม้ว่าพวกเขาไม่จำเป็นต้องใช้วีซ่าของประเทศออสเตรเลียเมื่อเดินทางกลับเข้ามาในประเทศออสเตรเลียอีกครั้ง ซึ่งสำนักอัยการของประเทศออสเตรเลียก็ได้มีความเห็นในทำนองเดียวกันกับสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน<sup>2</sup> รายได้จากการจัดเก็บ Passenger Movement Charge นั้น ปรากฏว่ารัฐบาลออสเตรเลียได้มีการจัดสรรให้แก่<sup>3</sup> กองทุนตั้งขึ้นใหม่ชื่อ Asia Marketing Fund (AMF)<sup>4</sup> เพื่อส่งเสริมให้ประเทศออสเตรเลียเป็นจุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวของคนเอเชีย ซึ่งเป็นตลาดที่กำลังเติบโต และจัดสรรให้แก่กองทุน Tourism Industry Regional Development Fund<sup>5</sup> เพื่อช่วยเหลือในการปรับปรุงคุณภาพในผลิตภัณฑ์และบริการเกี่ยวกับการท่องเที่ยวในประเทศ

<sup>1</sup> Joseph J. Cordes, Robert D. Ebel, and Jane G. Gravelle, The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy, Second Edition (Washington D.C.: The Urban Institute Press, 2007), p.442.

<sup>2</sup> Australian National Audit Office, “Passenger Movement Charge Australian Customs Service Performance Audit Tabled 1 August 1996,” Retrieved on April 25, 2019, from [https://www.anao.gov.au/sites/g/files/net616/f/ANAO\\_Report\\_1996-97\\_01.pdf](https://www.anao.gov.au/sites/g/files/net616/f/ANAO_Report_1996-97_01.pdf).

<sup>3</sup> OECD, Tourism Trend and Policies 2014, (OECD publishing, 2014), p.78.

<sup>4</sup> Tourism Research Australia, “Asia Marketing Fund Research,” Retrieved on April 25, 2019, from <https://www.tra.gov.au/tra/2016/industryresources/asia-marketing-fund-research.html>.

<sup>5</sup> Berrigan Shire, “Tourism Industry Regional Development Fund,” Retrieved on April 25, 2019, from <http://www.berriganshire.nsw.gov.au/Council/FindingGrants/tabid/63/articleType/ArticleView/articleId/430/Tourism-Industry-Regional-Development-Fund.aspx>.

ออสเตรเลีย ในปัจจุบันประเทศออสเตรเลียจัดเก็บภาษีในอัตรา 60 ดอลลาร์ออสเตรเลียต่อการเดินทางต่อคนต่อเที่ยวที่เดินทางออก<sup>6</sup>

### 1.2 ภาษีการเดินทางออกนอกประเทศตามกฎหมายญี่ปุ่น

สำหรับในกรณีของประเทศญี่ปุ่นเพิ่งเริ่มมีการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศในชื่อภาษีนักท่องเที่ยวนานาชาติ (International Tourist Tax) เมื่อวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2562 ตามกฎหมาย International Tourist Tax Act 2018 เป็นการจัดเก็บภาษีจากผู้เดินทางออกนอกประเทศทุกคนไม่ว่าจะเป็นนักท่องเที่ยวหรือคนสัญชาติญี่ปุ่น รัฐบาลของญี่ปุ่นได้นำเสนอว่าภาษีดังกล่าวจะถูกนำมาจัดสรรเพื่อวัตถุประสงค์สามประการ<sup>7</sup> ประการแรกคือการสร้างความผ่อนคลายและลดความเครียดสำหรับบรรยากาศสิ่งแวดล้อมด้านการท่องเที่ยว ประการที่สองคือการปรับปรุงการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับความหลากหลายของสิ่งดึงดูดในประเทศญี่ปุ่น ประการที่สามคือการพัฒนาทรัพยากรการท่องเที่ยว โดยอาศัยความได้เปรียบในความพิเศษของวัฒนธรรม ทรัพยากรธรรมชาติของแต่ละภูมิภาค การจัดเก็บภาษีดังกล่าวประเทศญี่ปุ่นจัดเก็บในอัตรา 1,000 เยน ต่อการเดินทางต่อคนต่อเที่ยวที่เดินทางออก<sup>8</sup>

### 1.3 โครงสร้างภาษีการเดินทางออกนอกประเทศของประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่น

โครงสร้างภาษีการเดินทางออกนอกประเทศของประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่นมีความคล้ายคลึงกันโดยมีลักษณะของแต่ละโครงสร้างดังต่อไปนี้

ผู้มีหน้าที่เสียภาษี ได้แก่ บุคคลที่เดินทางออกนอกประเทศโดยไม่มีการคำนึงถึงสัญชาติว่าเป็นนักท่องเที่ยวต่างชาติหรือเป็นคนสัญชาติของประเทศที่เดินทางออกมา แต่อาจมีการยกเว้นให้บุคคลบางประเภทตามกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น เด็ก เจ้าหน้าที่ทางการทูต ลูกเรือของสายการบินหรือสายการบินเรือ ผู้โดยสารที่เดินทางผ่านภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เป็นต้น

ฐานภาษีของภาษีการเดินทางออกนอกประเทศคือ การที่บุคคลเดินทางออกนอกประเทศไม่ว่าโดยวิธีการใด แต่สำหรับประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่นนั้นการเดินทางออกนอกประเทศสามารถกระทำได้โดยสองทางคือทางอากาศยานและทางเรือ ภายหลังจากเวลาที่กฎหมายการจัดเก็บภาษีดังกล่าวมีผลบังคับใช้ อย่างไรก็ตามได้มีการยกเว้นการจัดเก็บภาษีสำหรับในบางกรณี เช่น ผู้ที่เดินทางออกนอกประเทศไปแล้วเดินทางกลับมา โดยยังไม่ได้เข้าไปในประเทศอื่นเนื่องจากสภาพอากาศหรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือกรณีผู้โดยสารจากอากาศยานหรือเรือที่ต้องลงจอดหรือเทียบท่าในประเทศอันมีเหตุมาจากสภาพอากาศ หรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

อัตรากำไรของภาษีการเดินทางออกนอกประเทศนั้นมีการจัดเก็บในลักษณะที่เป็นภาษีต่อหน่วย (Unit Tax) หรือจัดเก็บเป็นเงินก้อน โดยเป็นการจัดเก็บต่อคนต่อครั้งที่เดินทางออกนอกประเทศเป็นจำนวนที่คงที่ ในประเทศออสเตรเลียมีการจัดเก็บในอัตรา 60 ดอลลาร์ออสเตรเลีย ส่วนประเทศญี่ปุ่นมีการจัดเก็บในอัตรา 1,000 เยน

วิธีการจัดเก็บภาษีของภาษีการเดินทางออกนอกประเทศ โดยทั่วไปผู้มีหน้าที่เสียภาษีคือบุคคลที่เดินทางออกนอกประเทศ แต่กฎหมายของในแต่ละประเทศนั้นก็มิบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บแบบพิเศษ (Special Collection) คือให้สายการบินและสายการบินเรือเป็นผู้เรียกเก็บภาษีแทนหน่วยงานจัดเก็บภาษีและนำส่งให้แก่หน่วยงานที่รับผิดชอบ ในประเทศออสเตรเลียให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการที่จะทำข้อตกลงให้ผู้อื่นมีหน้าที่จัดเก็บและเสียภาษีแทน กล่าวคือสายการบินและสายการบินเรือเป็นผู้เรียกเก็บภาษีแทนหน่วยงานจัดเก็บขณะที่ทำการขายตั๋วโดยสารและชำระเงินภาษี รวมทั้งต้องรับผิดชอบชำระภาษีในส่วนที่ผู้โดยสารไม่ได้ชำระให้ครบถ้วนด้วยหากได้ทำข้อตกลงไว้กับรัฐมนตรี<sup>9</sup> ส่วนในกรณีของประเทศญี่ปุ่น บทบัญญัติในกฎหมายได้พูดถึงวิธีการจัดเก็บแบบพิเศษไว้เช่นกัน กล่าวคือเป็นการให้ผู้ประกอบการกิจการขนส่งเป็นผู้เรียกเก็บภาษีนักท่องเที่ยวนานาชาติจากนักท่องเที่ยวนานาชาติก่อนที่นักท่องเที่ยวจะเดินทางออกโดยการขนส่งนั้น ๆ โดยผู้ประกอบการกิจการขนส่งต้องนำเงินมาชำระแก่หน่วยงานจัดเก็บภาษีของรัฐ

<sup>6</sup> Passenger Movement Charge Act 1978, Section 6.

<sup>7</sup> National Tax Agency, “Leaflet (for individuals departing from Japan),” Retrieved on April 25, 2019, from <https://www.nta.go.jp/english/taxes/indirect/pdf/leaflet2.pdf>.

<sup>8</sup> International Tourist Tax Act 2018, Article 15.

<sup>9</sup> Passenger Movement Charge Collection Act 1978, Section 10.

ภายในระยะเวลาสิ้นเดือนของเดือนที่สองนับแต่เวลาที่นักท่องเที่ยวได้เดินทางออกไป หากนักท่องเที่ยวไม่ได้ชำระบริษัทสายการบินหรือสายการบินเรือจะต้องรับผิดชอบชำระภาษีดังกล่าวแทน<sup>10</sup> ส่วนอีกกรณีคือการที่นักท่องเที่ยวนานาชาติต้องชำระภาษีเอง เนื่องจากนักท่องเที่ยวได้เดินทางออกไป โดยเครื่องบินส่วนตัวหรือวิธีอื่นที่คล้ายคลึงกัน นักท่องเที่ยวจำเป็นต้องชำระภาษีให้แก่รัฐบาลญี่ปุ่นเมื่อได้มีการขึ้นเครื่องบินหรือลงเรือดังกล่าว

ในส่วนของการระงับข้อพิพาทนั้น ในกฎหมายของประเทศออสเตรเลียได้กล่าวถึงกรณีที่จะเรียกนักท่องเที่ยวค้างจากการใช้วิธีการจัดเก็บภาษีแบบพิเศษโดยการตกลงระหว่างรัฐมนตรีกับผู้ประกอบการขนส่งระหว่างประเทศ ที่ให้ผู้ประกอบการเรียกเก็บภาษีแทนจากผู้เดินทางว่าต้องดำเนินการในศาลที่มีเขตอำนาจ อีกทั้งกำหนดว่าการฟ้องคดีแพ่งต่อศาลเพื่อเรียกนักท่องเที่ยวค้างและการฟ้องคดีอาญาสำหรับกรณีที่ไม่ชำระภาษีการเดินทางออกนอกประเทศก่อนที่จะเดินทางออกไป ผู้ฟ้องคดีต้องมีหลักฐานและมีการกล่าวอ้างที่มีมูลน่าเชื่อถือ<sup>11</sup> ในส่วนของประเทศญี่ปุ่นนั้นให้ผู้อำนวยการศุลกากรหรือเจ้าหน้าที่ศุลกากรมีอำนาจหน้าที่ในฐานะผู้กระทำการแทนของผู้อำนวยการภาษีแห่งชาติในการสอบสวนคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิด และให้นำบทบัญญัติในบทที่ 11 ของกฎหมายภาษีอากรแห่งชาติมาใช้บังคับโดยอนุโลม<sup>12</sup> สำหรับคดีทางแพ่งของประเทศญี่ปุ่นในการอุทธรณ์การประเมินหรือฟ้องคดีต่อศาลให้ปฏิบัติตามกฎหมายภาษีอากรแห่งชาติบทที่ 8 ว่าด้วยการอุทธรณ์และฟ้องคดี

โครงสร้างในส่วนของเบี้ยปรับ เงินเพิ่มและโทษ ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดเบี้ยปรับตามจำนวนวันที่ชำระภาษีสล่าช้า และกำหนดเงินเพิ่มกรณีไม่ชำระภาษีไว้ร้อยละ 5 หรือ 10 ของจำนวนภาษีที่ค้างชำระ นอกจากนี้ทั้งสองประเทศได้กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับหลายกรณี เช่น ในกรณีการไม่ชำระภาษีการเดินทางออกนอกประเทศก่อนเดินทาง ไม่ให้ความร่วมมือหรือบงการในการตอบคำถามหรือเอกสาร ขัดขวางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ช่มชู้คุกคามเจ้าหน้าที่<sup>13</sup> ส่วนของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ทั้งกรณีผู้เดินทางไม่ชำระภาษีและผู้ประกอบการไม่เรียกเก็บภาษีด้วย<sup>14</sup>

## 2. ภาษีการเดินทางทางอากาศตามกฎหมายต่างประเทศ

ในหลายประเทศมีการเริ่มต้นการเก็บภาษีที่เกี่ยวข้องกับการเดินทางเข้าหรือออกนอกประเทศ โดยมีความเฉพาะเจาะจงที่เชื่อมโยงกับการเดินทางทางอากาศ (Air Travel) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับปรากฏการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งส่วนใหญ่สะท้อนจากการเพิ่มขึ้นของความสามารถที่จะซื้อหรือการมีเงินซื้อ และการเจริญเติบโตสำหรับการเดินทางทางอากาศในระดับระหว่างประเทศ การเจริญเติบโตดังกล่าวได้มีความกังวลถึงความเกี่ยวพันของการเจริญเติบโตที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ในด้านความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมนั้น หลายประเทศได้เริ่มมีการเก็บภาษี ค่าธรรมเนียม และการเรียกเก็บเงินต่าง ๆ ที่มีความหลากหลาย เพื่อนำเงินเหล่านั้นไปใช้ในวัตถุประสงค์สำหรับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของการบริการที่ได้รับ และในบางกรณีมีความพยายามที่จะส่งเสริมพฤติกรรมที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมด้วย<sup>15</sup>

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักรและประเทศเยอรมนีซึ่งมีโครงสร้างภาษีที่คล้ายคลึงกันอย่างมาก

### 2.1 ภาษีการเดินทางทางอากาศตามกฎหมายสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรมีการจัดเก็บภาษีการเดินทางทางอากาศตามกฎหมาย Air Passenger Duty Regulation 1994 จากชื่อของภาษีชนิดดังกล่าวทำให้เห็นว่าเป็นการจัดเก็บภาษีจากการเดินทางทางอากาศ เมื่อมีการเดินทางทางอากาศ แต่มีลักษณะที่แตกต่างจากภาษีการเดินทางออกนอกประเทศในประเทศที่การเดินทางทางอากาศในประเทศก็จะถูกจัดเก็บภาษีด้วย อย่างไรก็ตามนโยบายภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักรทำไปเพื่อการเพิ่มรายได้ของรัฐ

<sup>10</sup> National Tax Agency, “Q&A about the International Tourist Tax,” Retrieved on April 26, 2019, from <https://www.nta.go.jp/english/taxes/indirect/pdf/leaflet3.pdf>.

<sup>11</sup> Passenger Movement Charge Collection Act 1978, Section 10 and Section 13.

<sup>12</sup> International Tourist Tax Act 2018, Article 27.

<sup>13</sup> Passenger Movement Charge Collection Act 1978, Section 6(2) and Section 8.

<sup>14</sup> International Tourist Tax Act 2018, Article 24 and Article 25.

<sup>15</sup> OECD, *supra note 3*, p.81.



นั่นเอง<sup>16</sup> แต่ต่อมาในภายหลังเริ่มมีแนวคิดเรื่องการส่งเสริมพฤติกรรมที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมด้วยจึงได้มีการปรับโครงสร้างในเรื่องของอัตราเป็นหลายอัตราให้สอดคล้องกับระยะทางที่เดินทาง<sup>17</sup> ปัจจุบันภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักรถูกจัดเป็นภาษีสรรพสามิต ในส่วนของการจัดสรรเงินภาษีประเภทดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ สหราชอาณาจักรไม่ได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์ไว้เฉพาะ จึงเป็นรายได้ทั่วไปของรัฐเช่นเดียวกับภาษีชนิดอื่น

## 2.2 ภาษีการเดินทางทางอากาศตามกฎหมายเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีได้มีการจัดเก็บภาษีการเดินทางทางอากาศตามกฎหมาย Aviation Tax Act 2010 (Luftverkehrssteuergesetz - LuftVStG) เริ่มมีการจัดเก็บภาษีดังกล่าวในปี ค.ศ. 2011 เมื่อเปรียบเทียบกับ สหราชอาณาจักรแล้วก็ยังถือว่าเริ่มมีการจัดเก็บภาษีเป็นเวลาที่ไม่นาน โดยภาษีชนิดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม<sup>18</sup> โดยจัดเก็บจากผู้โดยสารเมื่อมีการจองซื้อตั๋วโดยสารเที่ยวบิน มีการจัดเก็บในหลายอัตราตามระยะทางเช่นเดียวกับสหราชอาณาจักร ในส่วนของการจัดสรรเงินภาษีประเภทดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ ประเทศเยอรมนีไม่ได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์ไว้เฉพาะ จึงเป็นรายได้ทั่วไปของรัฐเช่นเดียวกับภาษีชนิดอื่น

## 2.3 โครงสร้างภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักรและประเทศเยอรมนี

โครงสร้างภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักรและประเทศเยอรมนีมีความคล้ายคลึงกันโดยมีลักษณะของแต่ละโครงสร้างดังต่อไปนี้<sup>19</sup>

ผู้มีหน้าที่เสียภาษีคือผู้ประกอบการสายการบิน ที่ได้ทำการบินโดยมีผู้โดยสารเดินทางจากสนามบินในประเทศนั้น ๆ โดยใช้อากาศยานที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งสายการบินสามารถเรียกเก็บเงินภาษีดังกล่าวจากผู้โดยสารได้สำหรับผู้โดยสารที่อยู่ในข่ายต้องถูกเก็บภาษีและไม่สามารถเรียกเก็บภาษีจากผู้โดยสารที่ได้รับยกเว้นภาษีตามที่กฎหมายประเทศนั้น ๆ กำหนดไว้ นอกจากนี้สายการบินผู้มีหน้าที่ต้องเสียภาษีต้องมาขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานจัดเก็บภาษีที่มีหน้าที่ตามกฎหมายภายในเวลาที่กฎหมายของประเทศนั้น ๆ กำหนดนับแต่ทำการบิน

ในส่วนของฐานภาษีนั้น อย่างที่ได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วคือผู้ประกอบการสายการบินที่ได้ประกอบกิจการที่มีอากาศยานที่สามารถถูกจัดเก็บภาษีการเดินทางทางอากาศได้ และขนส่งผู้โดยสารที่สามารถถูกจัดเก็บภาษีได้และไม่คำนึงถึงสัญชาติผู้โดยสาร โดยไม่ใช่ว่าบุคคลที่ได้รับการยกเว้นภาษี เช่น เด็ก ลูกเรือของสายการบิน บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ผู้โดยสารที่เดินทางผ่าน โดยเดินทางจากสนามบินใด ๆ ในประเทศนั้น ๆ และไม่คำนึงถึงว่าจุดหมายปลายทางนั้นจะเป็นสถานที่ในประเทศหรือต่างประเทศ

อัตรารายของภาษีเดินทางทางอากาศของทั้งประเทศเยอรมนีและสหราชอาณาจักรมีการกำหนดอัตราเป็นขั้น โดยเก็บภาษีเป็นเงินจำนวนที่แน่นอนตามระยะทางที่เดินทาง โดยสหราชอาณาจักรได้แบ่งเป็นสองอัตราตามระยะทาง คือ Band A ระยะ 0-2,000 ไมล์ และ Band B ระยะเกิน 2,000 ไมล์ และแบ่งอีกขั้นตามคลาสของที่นั่งที่เดินทางคืออัตราแบบลด (reduced) แบบมาตรฐาน (standard) และแบบสูง (higher) ส่วนในประเทศเยอรมนีได้แบ่งอัตราเป็นไปตาม

<sup>16</sup> Antony Seely, “Air Passenger Duty : introduction,” Retrieved on April 27, 2019, from <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN00413>.

<sup>17</sup> ในสหราชอาณาจักรเริ่มจากได้มีการปราศรัยของนายเคนเนท คลาร์ก รัฐมนตรีในปี ค.ศ. 1993 ว่า “ผมมีความจำเป็นจะต้องเพิ่มรายได้ให้กับรัฐ แต่จะกระทำในแนวทางที่เกิดผลกระทบต่อให้น้อยที่สุดต่อระบบเศรษฐกิจ” ผลจากการปราศรัยดังกล่าวทำให้เกิดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับภาษีหลายประการ หนึ่งในนั้นคือการจัดเก็บภาษีการเดินทางทางอากาศในชื่อ Air Passenger Duty เนื่องจากเปรียบเสมือนการเป็นครั้งแรกของการเดินทางทางอากาศที่จะอยู่ภายใต้การเก็บภาษีหากเปรียบเทียบกับภาคส่วนอื่น ๆ ในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งผลประโยชน์ที่ได้รับนั้นไม่เพียงแต่การที่ได้สิทธิในการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 0 ยิ่งไปกว่านั้นเชื้อเพลิงที่ใช้ในการเดินทางทางอากาศระหว่างประเทศและการเดินทางภายในประเทศเกือบทั้งหมดก็ไม่ต้องเสียภาษี

<sup>18</sup> OECD, *supra* note 3, p.82.

<sup>19</sup> HM Revenue & Customs, “Excise Notice 550: Air Passenger Duty,” Retrieved on April 27, 2019, from <https://www.gov.uk/government/publications/excise-notice-550-air-passenger-duty/excise-notice-550-air-passenger-duty>.

ระยะทางอย่างเดียว แต่แบ่งเป็นสามระยะทางจึงมีสามอัตรา อย่างไรก็ตามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังของประเทศเยอรมนีสามารถทำข้อตกลงกับหน่วยงานอื่น ๆ เพื่อลดอัตราภาษีดังกล่าวลงได้<sup>20</sup>

ในส่วนของวิธีการจัดเก็บภาษีเป็นการเสียภาษีเป็นรายเดือน โดยทั่วไปผู้มีหน้าที่เสียภาษีต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีโดยวิธีการประเมินตนเอง แต่สำหรับในสหราชอาณาจักรผู้มีหน้าที่เสียภาษีสามารถเลือกเสียภาษีเป็นรายปีได้อีกวิธีหนึ่ง

การระงับข้อพิพาททางภาษีของภาษีการเดินทางทางอากาศ ในสหราชอาณาจักรถ้าหากผู้มีหน้าที่เสียภาษีไม่เห็นด้วยกับการประเมินหรือการตัดสิน ผู้มีหน้าที่เสียภาษีมียุติวิธีที่จะขอให้ทบทุนคำตัดสินนั้น ซึ่งผู้มีหน้าที่เสียภาษีจะต้องร้องขอให้ทบทุนภายใน 30 วันนับแต่มีการตัดสิน ต่อ HMRC และทำให้ชัดเจนว่าไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินเพราะเหตุใด ซึ่งถ้าหากผู้เสียภาษียังไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินก็มีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมภายใน 30 วันนับแต่มีการทบทวน แต่ในประเทศเยอรมนีให้นำ The Fiscal Code of Germany อันเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับกฎหมายภาษีของประเทศเยอรมนีมาปรับใช้<sup>21</sup>

ในส่วนของเบี้ยปรับ เงินเพิ่มและโทษ เกิดจากความผิดได้หลายประการเช่น ความบกพร่องในการไม่ขึ้นทะเบียนเพื่อเรียกเก็บภาษีการเดินทางทางอากาศ ความบกพร่องในการไม่แจ้งการเปลี่ยนแปลงในธุรกิจ ความบกพร่องในการไม่จัดหาหลักประกันเมื่อมีการเรียกร้อง ความบกพร่องในการไม่ชำระภาษีเต็มจำนวนในวันที่ถึงกำหนดชำระ และการหนีภาษี ความบกพร่องในการไม่เก็บรายงานข้อมูล เป็นต้น

### 3. ภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของประเทศไทย

ภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรเป็นภาษีที่ออกตามกฎหมายพระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526 อยู่ในอำนาจหน้าที่และการควบคุมของกรมสรรพากร ภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของประเทศไทยเป็นภาษีที่มีโครงสร้างคล้ายคลึงกับ Passenger Movement Charge ของประเทศออสเตรเลียและ International Tourist Tax ของประเทศญี่ปุ่นเป็นอย่างมาก กล่าวคือเป็นการจัดเก็บจากการเดินทางออกนอกประเทศ

อย่างไรก็ตามภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของประเทศไทย ไม่ใช่ภาษีการท่องเที่ยวอย่างแท้จริง ต่างจากกรณีของประเทศออสเตรเลีย ญี่ปุ่น และประเทศอื่น ๆ ที่ได้ทำการศึกษาไป เนื่องจากเหตุผลในการตราพระราชกำหนดดังกล่าวซึ่งแนบไว้ท้ายพระราชกำหนดดังกล่าวว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่มีความจำเป็นต้องป้องกันมิให้มีการนำเงินตราต่างประเทศออกนอกราชอาณาจักรเกินสมควร เพื่อรักษาดุลการชำระเงินของประเทศ และโดยที่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันที่จะรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้” จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเหตุผลในทางเศรษฐกิจของประเทศโดยเฉพาะ และเป็นกฎหมายฉุกเฉินที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวอย่างแท้จริง เป้าหมายการจัดเก็บภาษีไม่ใช่ตัวนักท่องเที่ยวเพราะนักท่องเที่ยวต่างชาติไม่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษี มีการจัดเก็บในอัตราที่สูงและรายได้ดังกล่าวก็ไม่ได้นำไปใช้ประโยชน์ด้านการท่องเที่ยว โดยปัจจุบันประเทศไทยได้มีการยกเลิกการจัดเก็บภาษีชนิดนี้ไปแล้วในปี พ.ศ. 2534 เนื่องจากภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศไทยได้เจริญขึ้นมาก สมควรยกเว้นภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรให้แก่ผู้เดินทาง<sup>22</sup>

#### 3.1 โครงสร้างภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของประเทศไทยในอดีต

ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเดินทางออกนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายนี้คือผู้เดินทาง ซึ่งหมายถึง ผู้มีสัญชาติไทยและคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรซึ่งเดินทางออกนอกราชอาณาจักร<sup>23</sup> แต่สามารถยกเว้นให้แก่บุคคลบางประเภทได้ตามที่กฎหมายกำหนด

<sup>20</sup> Aviation Tax Act, Section 11.

<sup>21</sup> The Fiscal Code of Germany, Section 1(1).

<sup>22</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2534) ออกตามความในพระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526.

<sup>23</sup> พระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526, มาตรา 3.

ฐานภาษี คือการจัดเก็บภาษีจากฐานการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร คำนวณเป็นจำนวนต่อคนต่อครั้งที่เดินทางออกนอกราชอาณาจักร<sup>24</sup>

ในด้านอัตราภาษี พระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526 มาตรา 8 กำหนดว่า ผู้เดินทางมีหน้าที่ในการเสียภาษีทุกครั้งเดินทางออกนอกราชอาณาจักรตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ไม่เกินครั้งละห้าพันบาท โดยกฎกระทรวง (พ.ศ. 2526) ออกตามความในพระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526 ได้กำหนดอัตราภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไว้คือ การเดินทางโดยทางอากาศ ครั้งละ 1,000 บาท และการเดินทางโดยทางบกหรือทางน้ำ ครั้งละ 500 บาท

วิธีการจัดเก็บภาษี พระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526 มาตรา 4 และมาตรา 8 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้ส่วนราชการหรือบุคคลอื่นเรียกเก็บภาษีเพื่อกรมสรรพากรก็ได้ และวิธีการเสียภาษีให้เป็นไปตามที่อธิบดีประกาศกำหนด ซึ่งได้มีประกาศกระทรวงการคลังในเรื่องดังกล่าวกำหนดให้ กรมศุลกากรเป็นผู้เรียกเก็บภาษีกรณีผู้เดินทางเดินทางออกนอกราชอาณาจักรโดยทางอากาศ ทางบก และทางน้ำ และให้ผู้ประกอบการขนส่งเป็นผู้เรียกเก็บภาษี กล่าวคือ การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นผู้เรียกเก็บภาษีกรณีผู้เดินทางเดินทางออกนอกราชอาณาจักรโดยทางรถไฟ ผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศหรือตัวแทนที่ประกอบกิจการในประเทศไทยเป็นผู้เรียกเก็บภาษีกรณีผู้เดินทางเดินทางออกนอกราชอาณาจักรโดยทางอากาศด้วยอากาศยาน และผู้ประกอบการขนส่งทางเรือหรือตัวแทนที่ประกอบกิจการในประเทศไทยเป็นผู้เรียกเก็บภาษีกรณีผู้เดินทางเดินทางออกนอกราชอาณาจักรโดยทางน้ำด้วยเรือ

การระงับข้อพิพาท ผู้เสียภาษีสามารถอุทธรณ์การประเมินของเจ้าพนักงานต่ออธิบดีได้ได้ เว้นแต่กรณีที่ไม่ได้มาให้อัยการตามหมายเรียกหรือไม่ได้ให้ข้อมูลตามคำสั่งตามมาตรา 13 และกรณีการอุทธรณ์ดังกล่าวให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ในประมวลรัษฎากรมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในส่วนเบี้ยปรับ เงินเพิ่มและโทษ กรณีที่ผู้เดินทางไม่ได้เสียภาษีตามมาตรา 8 หรือผู้ที่อธิบดีประกาศกำหนดตามมาตรา 4 ให้มีหน้าที่เรียกเก็บภาษีแทนกรมสรรพากรไม่นำส่งภาษี ให้เสียเบี้ยปรับสองเท่าของภาษี และเงินเพิ่มอภัยร้อยละ 1.5 ต่อเดือนหรือเศษของเดือนที่ต้องเสียภาษี โดยไม่รวมเบี้ยปรับ โดยให้เริ่มคำนวณจากวันที่เสียภาษีหรือนำส่งภาษีนอกจากนี้ กฎหมายได้กำหนดโทษทางอาญาในกรณีที่มีการแจ้งความเท็จ ให้อัยการอันเป็นเท็จ หรือนำหลักฐานอันเป็นเท็จมาแสดงเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีหรือพยายามหลีกเลี่ยงภาษี กรณีที่ขัดขวาง ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งอธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ กรณีไม่ชำระภาษี กรณีไม่นำส่งภาษี การไม่ปฏิบัติตามหมายเรียกหรือไม่ยอมตอบคำถามของพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

#### 4. ข้อพิจารณาที่สำคัญสำหรับกรณีที่มีการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศในประเทศไทย

##### 4.1 นโยบายทางภาษีการบริโภค

ภาษีการบริโภคนั้นประกอบไปด้วยภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีสรรพสามิตและภาษีศุลกากร ในสหราชอาณาจักรภาษีการเดินทางทางอากาศถูกจัดเป็นภาษีสรรพสามิตประเภทหนึ่ง ส่วนในประเทศญี่ปุ่นได้จัดให้ภาษีการเดินทางออกนอกประเทศเป็นภาษีที่จัดเก็บทางอ้อม แต่ถูกแยกออกจากภาษีการบริโภคทั่วไป ซึ่งภาษีการบริโภคนั้นควรมีความสอดคล้องกับหลักภาษีอากรที่ดีในเรื่องของความเป็นกลางและไม่ควรมีภาระภาษีซ้ำซ้อน ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

หลักภาษีอากรที่ดีตาม The Ottawa Taxation Framework Condition เป็นหลักที่นำมาใช้ในการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในบริบทของธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่หลักการดังกล่าวยังคงสามารถนำมาใช้กับการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มที่จัดเก็บจากการค้าภายในประเทศและการค้าระหว่างประเทศด้วย<sup>25</sup> ภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศต่างถูกจัดเป็นภาษีการท่องเที่ยวยุโรปประเภทหนึ่งซึ่งมีลักษณะการจัดเก็บจากกิจกรรมที่มี

<sup>24</sup> พระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526, มาตรา 8.

<sup>25</sup> สุเมธ ศิริคุณโชติ, ภาษีมูลค่าเพิ่ม: หลักการและหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.44-45.

พื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวนอกเหนือจากภาษีการบริโภคทั่วไปอย่างภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่มีลักษณะเป็นภาษีทางอ้อมเช่นเดียวกับภาษีมูลค่าเพิ่ม<sup>26</sup> จึงควรมีลักษณะที่สอดคล้องกับหลักภาษีอากรที่ดี

ในด้านหลักความเป็นกลาง (Neutrality) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในหลักภาษีอากรที่ดีได้วางหลักไว้ว่าภาษีควรมีความเป็นกลางและความเสมอภาคระหว่างรูปแบบของการประกอบกิจการ ข้อพิจารณาทางด้านภาษีไม่ควรมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจทางธุรกิจของผู้เสียภาษี ผู้เสียภาษีซึ่งอยู่ในสถานการณ์อย่างเดียวกันที่ประกอบกิจการประเภทเดียวกันควรจะต้องเสียภาษีเท่ากัน<sup>27</sup> เมื่อพิจารณาภาษีการเดินทางออกนอกประเทศของออสเตรเลียและภาษีนักท่องเที่ยวนานาชาติของญี่ปุ่นซึ่งมีลักษณะอย่างเดียวกันจะพบว่ามีการจัดเก็บภาษีในอัตราเดียวกันแม้ว่าจะใช้วิธีการเดินทางออกนอกประเทศต่างวิธีกันอย่างการเดินทางทางอากาศยานและการเดินทางทางเรือ ส่วนภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักรและเยอรมนีก็เก็บจากสายการบินแต่ละสายการบินในอัตราเดียวกัน ซึ่งมีความแตกต่างอยู่บ้างที่ระยะทางที่ผู้โดยสารเดินทาง แต่บุคคลที่เดินทางในระยะทางเดียวกัน แม้ใช้บริการสายการบินที่ต่างกันก็ยังคงจัดเก็บภาษีในอัตราเดียวกัน ส่วนในอดีตประเทศไทยมีการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร การเดินทางออกนอกราชอาณาจักรโดยสายการบินก็จะถูกจัดเก็บภาษีในอัตราเดียวกัน ส่วนการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรทางบกและทางเรือก็จะถูกจัดเก็บภาษีในอัตราที่เหมือนกัน

สำหรับกรณีการขายสินค้าหรือให้บริการในต่างประเทศ หลักความเป็นกลางทางภาษีสามารถบรรลุผลด้วยการใช้หลักปลายทาง (Destination Principle) ตามหลักดังกล่าว การส่งออกย่อมไม่เสียภาษีมูลค่าเพิ่ม (Free of VAT) และการนำเข้าต้องถูกจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากฐานภาษีเดียวกันและในอัตราเดียวกันเช่นเดียวกับการขายสินค้าหรือให้บริการในประเทศ ทำให้มีปัญหาคควรพิจารณาว่าภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศในกรณีการเดินทางออกนอกประเทศนั้นเป็นการส่งออกบริการหรือไม่ การจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศกรณีการเดินทางระหว่างประเทศเป็นการหลีกเลี่ยงแนวทางที่ OECD กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งเคยมีแนวคิดมองว่าภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักรว่าเปรียบเสมือนภาษีส่งออกของนักท่องเที่ยวที่เข้ามาบริโภคสินค้าการท่องเที่ยวในสหราชอาณาจักร และเป็นภาษีนำเข้าของคนที่อยู่ในสหราชอาณาจักรที่ไปท่องเที่ยวในต่างประเทศ<sup>28</sup>

เมื่อย้อนกลับไปสู่เหตุผลที่ทำให้มีการจัดเก็บภาษีการท่องเที่ยวแล้วเป็นภาษีที่มีแนวคิดว่าการท่องเที่ยวสร้างผลกระทบต่าง ๆ ให้กับประเทศที่มีผู้มาท่องเที่ยว เช่น การทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทำให้สิ่งแวดล้อมมีความเสื่อมโทรม เกิดต้นทุนแก่รัฐที่จะต้องดูแลความปลอดภัยให้นักท่องเที่ยว จัดหาสิ่งอำนวยความสะดวก โครงสร้างพื้นฐานทั่วไปและโครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวโดยเฉพาะ ปัญหาความแออัด และปัญหาอื่น ๆ จึงมีการเก็บภาษีการท่องเที่ยวเพื่อเป็นรายได้และบรรเทาแก้ไขปัญหาให้แก่นักรัฐนั้น<sup>29</sup> ผู้เขียนจึงเห็นว่าภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศไม่ใช่การหลีกเลี่ยงการใช้หลักปลายทาง แต่เป็นเพียงการจัดเก็บภาษีที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวที่ระยะเวลาที่ทำการจัดเก็บนั้นอาจทำให้เกิดการตีความและความเข้าใจผิดขึ้นได้

#### 4.2 ความสอดคล้องกับอนุสัญญาชิคาโกว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ค.ศ. 1944

อนุสัญญาชิคาโก 1944 (Chicago Convention) เป็นอนุสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความปลอดภัยและความเป็นระเบียบของการบิน พลเรือนของโลก โดยการสร้างกฎเกณฑ์และมาตรฐานสากลเกี่ยวกับการบินพลเรือนในด้าน

<sup>26</sup> OECD, *supra* note 3, p.76-77.

<sup>27</sup> สุเมธ ศิริคุณโชติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.45.

<sup>28</sup> Song, Haiyan, Neelu Seetaram and Shun Ye, “The effect of tourism taxation on tourists’ budget allocation,” Retrieved on April 27, 2019, from [https://www.researchgate.net/publication/329773545\\_The\\_effect\\_of\\_tourism\\_taxation\\_on\\_tourists%27\\_budget\\_allocation](https://www.researchgate.net/publication/329773545_The_effect_of_tourism_taxation_on_tourists%27_budget_allocation).

<sup>29</sup> กัญจน์ณัฐ เกตุชัยมาศ, “ภาษีกิจการโรงแรมเพื่อพัฒนาการท่องเที่ยว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.33-34.

ความปลอดภัย (safety) ความมั่นคง (security) ประสิทธิภาพ (efficiency) ไปจนถึงด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (environment protection)<sup>30</sup>

ในประเด็นนี้ภาษีการท่องเที่ยวที่เป็นภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศเป็นภาษีที่จะต้องนำมาพิจารณาเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาชิคาโกโดยตรง เนื่องจากเคยมีประเด็นโต้เถียงว่าภาษีสองประเภทนี้ขัดต่ออนุสัญญาดังกล่าวหรือใหม่ในข้อบทที่ 15 ในเรื่องค่าภาระสำหรับท่าอากาศยานและค่าภาระที่คล้ายกัน ซึ่งวางหลักไว้ว่า “... ค่าภาระใด ๆ ที่รัฐผู้ทำสัญญาอาจเรียกเก็บหรืออนุญาตให้เรียกเก็บจากอากาศยานของรัฐผู้ทำสัญญาอื่นใด สำหรับการเข้าท่าอากาศยานและเครื่องอำนวยความสะดวกในการเดินทางอากาศเช่นว่านั้น ... รัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งรัฐใดจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าภาระอื่น สำหรับสิทธิของอากาศยานใด ๆ แห่งรัฐผู้ทำสัญญา หรือบุคคล หรือ ทรัพย์สินในอากาศยานนั้น ในการบินผ่านหรือการเข้ามาในหรือออกไปจากอาณาเขตของตนแต่อย่างใดไม่ได้”

เคยมีคำตัดสินของศาลสูงของสหราชอาณาจักรในเรื่องดังกล่าวในคดี *In R (on the application of the Federation of Tour Operators and others) v. Her Majesty’s Treasury* [2007] EWHC 2062 (Admin) โดยผู้ฟ้องคดีคือหน่วยงานที่กำกับดูแลเกี่ยวกับธุรกิจการท่องเที่ยว ได้กล่าวอ้างว่า Air Passenger Duty หรือภาษีการเดินทางทางอากาศของสหราชอาณาจักร ขัดกับอนุสัญญาชิคาโกว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศในข้อบทที่ 15 เรื่องค่าธรรมเนียมหรือค่าภาระอื่นสำหรับสิทธิบินผ่านหรือการเข้ามาหรือออกไปจากอาณาเขตของตนอย่างใด ซึ่งคดีนี้ศาลสูงแห่งสหราชอาณาจักรได้ตัดสินและตีความว่า<sup>31</sup> ถ้อยคำในข้อบทที่ 15 นั้นกล่าวถึงการคิดเงินและค่าธรรมเนียมซึ่งไม่ใช่ภาษี หากอนุสัญญาดังกล่าวมีเจตนาจะให้ครอบคลุมถึงภาษีก็น่าจะกล่าวถึงภาษีสรรพสามิตไปแล้ว จึงเป็นสิ่งที่แตกต่างกัน เนื่องจากการคิดเงินนั้นใช้สำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกและการบริการทางด้านการบิน ส่วนภาษีนั้นเป็นการเพิ่มรายได้ให้รัฐ ในส่วนของคำว่า “สิทธิบินผ่านหรือการเข้ามาหรือออกไปจากอาณาเขตของตนอย่างใด” นั้นศาลก็ตีความไปถึงว่า ภาษีการเดินทางทางอากาศนั้นไม่ใช่การเดินทางออกนอกประเทศอย่างเดียว เนื่องจากแม้เที่ยวบินไม่ได้เดินทางออกนอกประเทศก็มีการเก็บภาษีชนิดดังกล่าว ศาลสูงแห่งสหราชอาณาจักรจึงยกฟ้องผู้ฟ้องคดีดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ว่าภาษีการเดินทางทางอากาศไม่ขัดต่ออนุสัญญาชิคาโกว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ

#### 4.3 ผลกระทบต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานและการประกอบอาชีพ

ด้วยสภาพภูมิประเทศของประเทศไทยมีพรมแดนทางบกติดกับประเทศรอบข้าง แตกต่างจากประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่นที่มีการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศ อีกทั้งการค้าขายแดนของประเทศไทยก็เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญอย่างหนึ่ง รวมถึงการเคลื่อนย้ายของแรงงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยด้วย เมื่อนำภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศมาพิจารณาในประเด็นเรื่องผลกระทบต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานและการประกอบอาชีพแล้ว วิธีการเดินทางที่น่าจะได้รับผลกระทบมากที่สุดคือการเดินทางทางบก ซึ่งเป็นวิธีที่ผู้ใช้แรงงานใช้เข้าออกประเทศไทยเป็นปกติ หรือการเดินทางเพื่อประกอบการค้าขายแดน การจัดเก็บภาษีทำให้นำไปสู่การเพิ่มต้นทุนของการขายสินค้าหรือจัดให้บริการ หรือเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งเพื่อที่จะทำให้ผู้ใช้แรงงานได้ค่าแรงมา จึงควรมีวิธีการบรรเทาภาระภาษีดังกล่าวที่เกิดขึ้นโดยการลดภาษี ยกเว้นภาษี หรือใช้มาตรการอื่นใด รวมถึงการกำหนดอัตราที่แตกต่างจากการเดินทางรูปแบบอื่น เพื่อไม่ให้กระทบต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานและการค้าขายแดนอันจะมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย

#### 5. ข้อเสนอแนะให้มีการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศเป็นภาษีการท่องเที่ยวสำหรับประเทศไทย

แม้ในทางทฤษฎีเราอาจจำแนกภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศออกจากกันได้ แต่ในการกำหนดนโยบายภาษีนั้นภาษีทั้งสองประเภทมักถูกมองว่าเป็นภาษีอย่างเดียวกัน จึงมีการเลือกกำหนดแนวนโยบายภาษีไปในทางใดทางหนึ่ง กล่าวคือ เลือกจัดเก็บภาษีเพียงแค่หนึ่งประเภทเท่านั้น เพื่อเป็นมาตรการในการจัดการผลกระทบที่เกิดจากการท่องเที่ยว

<sup>30</sup> อริย วิมุตติสุนทร, “ธุรกิจสายการบินต้นทุนต่ำ: ประเด็นข้อกฎหมายในการประกอบธุรกิจ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.35.

<sup>31</sup> Pablo Mendes de Leon, *From Lowlands to High Skies – A Multilevel Jurisdictional Approach toward Air Law*, (Brill, 2013), p.68-72.

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีพรมแดนทางบกติดต่อกับประเทศอื่น มีการเคลื่อนย้ายแรงงาน มีการค้าขายแดนมาเกี่ยวข้อง การจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจอย่างไรก็ตามหากพิจารณาไปถึงภาษีการเดินทางทางอากาศ ซึ่งโดยทั่วไปมีการอ้างอิงถึงการก่อกมลภาวะจากอากาศยานเป็นหลัก ทำให้การจัดเก็บภาษีในลักษณะดังกล่าวต้องจัดเก็บกับการเดินทางทางอากาศในประเทศด้วย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการท่องเที่ยวภายในประเทศได้ ดังนั้นการปรับใช้ลักษณะที่เป็นภาษีการเดินทางออกนอกประเทศในเชิงที่เป็นภาษีการท่องเที่ยวแล้ว จะดูมีความเป็นธรรมสำหรับการเดินทางทุกรูปแบบเสียมากกว่า เนื่องจากกิจการที่เป็นการล่องเรือสำราญระหว่างประเทศที่เป็นการท่องเที่ยวนั้นก็จะถูกจัดเก็บภาษีประเภทนี้ด้วยเช่นกัน แต่อาจสร้างมาตรการให้กับการเดินทางทางบกระหว่างประเทศให้ได้รับการลดภาษี การยกเว้นภาษี การใช้มาตรการบรรเทาภาระภาษีอื่น ๆ หรือกำหนดอัตราที่แตกต่างจากการเดินทางรูปแบบอื่น เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อการค้าขายแดนและการเคลื่อนย้ายแรงงานไร้ฝีมือระหว่างประเทศ เหมือนเช่นกรณีที่พระราชกำหนดภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2526 เคยได้กำหนดอัตราภาษีของการเดินทางทางบกและทางเรือระหว่างประเทศให้แตกต่างจากการเดินทางทางอากาศ โดยผู้เขียนขอเสนอแนะให้มีการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศสำหรับประเทศไทยในสองประเด็นคือ ข้อเสนอแนะในด้านโครงสร้างภาษี และข้อเสนอแนะในด้านการจัดสรรเงินภาษี

#### 5.1 ข้อเสนอแนะในด้านโครงสร้างภาษี

ในประเด็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีนั้น ควรจะเป็นบุคคลธรรมดาที่เดินทางออกนอกประเทศ ซึ่งครอบคลุมถึงบุคคลทุกคนเว้นแต่กฎหมายจะกำหนดยกเว้นไว้อย่างไรก็ตาม เช่น เจ้าหน้าที่ทูต ลูกเรือของสายการบินและสายการบินเรือเด็ก ฯลฯ ทำให้โดยทั่วไปทั้งนักท่องเที่ยวต่างชาติและคนสัญชาติต่างเป็นผู้ถูกจัดเก็บภาษีชนิดนี้ และในมุมมองของนักท่องเที่ยวต่างชาติก็อาจจะไม่รู้สึกรู้ว่าตนถูกเลือกปฏิบัติ

ในประเด็นฐานภาษีนั้น คือการเดินทางออกนอกประเทศโดยคิดเป็นจำนวนต่อคนและต่อครั้ง ครอบคลุมถึงการเดินทางออกนอกประเทศไม่ว่าจะเป็นทางอากาศโดยอากาศยาน ทางน้ำโดยเรือ และทางบก ไม่ว่าจะการเดินทางออกนอกประเทศนั้นจะกระทำโดยตนเอง หรือผ่านทางผู้ประกอบการขนส่งก็ตาม

ในประเด็นอัตราภาษีนั้น ไม่ควรจัดเก็บในอัตราที่สูงจนเกินไป เนื่องจากอาจเกิดผลกระทบต่ออุปสงค์การท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยวได้ อันจะมีผลกระทบตามมาต่อระบบเศรษฐกิจ โดยทั่วไปภาษีในลักษณะนี้จะจัดเก็บเป็นภาษีต่อหน่วย (Unit Tax) เพราะมีความง่ายในการจัดเก็บ ผู้มีหน้าที่เสียภาษีรู้ถึงภาระหน้าที่ของตนอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามดังที่ผู้เขียนได้เกริ่นถึงความแตกต่างของสภาพภูมิประเทศของประเทศไทยในด้านพรมแดนไปแล้วว่ามีความแตกต่างจากประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่นที่มีลักษณะเป็นเกาะ การเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศทางบกควรมีอัตราที่แตกต่างจากการเดินทางทางอื่นหรือมาตรการบรรเทาภาระภาษีเพื่อไม่ให้กระทบกับการเคลื่อนย้ายแรงงานจากประเทศเพื่อนบ้านและการค้าขายแดน สำหรับอัตราที่เหมาะสมสำหรับการเดินทางออกนอกประเทศทางอากาศนั้นผู้เขียนขอเสนออัตรา 200-300 บาทต่อคนต่อเที่ยว เนื่องจากเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่นที่จัดเก็บภาษีชนิดดังกล่าว 1,000 เยน ซึ่งเป็นจำนวนเงินราว 300 บาทเช่นกัน อีกทั้งหากเปรียบเทียบค่าบริการการใช้สนามบินของประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นแล้วก็มีอัตราที่ใกล้เคียงกันอยู่ที่ราว 700 บาท

ในประเด็นวิธีการจัดเก็บภาษีนั้น โดยทั่วไปผู้มีหน้าที่ชำระภาษีควรต้องชำระแก่หน่วยงานจัดเก็บโดยตรงซึ่งควรจะเป็นกรมสรรพากรที่ดูแลภาษีหลาย ๆ ชนิดอยู่แล้ว แต่ควรมีกฎหมายให้อำนาจกรมสรรพากรกำหนดให้หน่วยงานอื่นเป็นผู้เรียกเก็บภาษีแทนตน เช่น กรมศุลกากรเรียกเก็บภาษีที่เดินทางออกจากด่านพรมแดนทางบก หรือผู้ประกอบการขนส่งคนโดยสารเป็นผู้เรียกเก็บภาษีแทนกรมสรรพากรไม่ว่าจะเป็นการเดินทางทางบก ทางเรือ และทางอากาศ ดังเช่นที่เคยปฏิบัติในกรณีภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรในอดีต และอาจมีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการจัดเก็บพิเศษ (Special Collection/Special Arrangement) อย่างในต่างประเทศให้หน่วยงานที่กรมสรรพากรมอบหมายตามกฎหมายหรือมีข้อตกลงต่อกันต้องรับผิดชอบในการชำระภาษีให้ครบ เช่น ผู้ประกอบกิจการขนส่งไม่เรียกเก็บภาษีจากผู้เดินทางออกนอกประเทศ ผู้ขนส่งนั้นก็ต้องรับผิดชอบในจำนวนเงินภาษีดังกล่าวต่อกรมสรรพากร

ในประเด็นการระงับข้อพิพาททางภาษีหรือการอุทธรณ์การประเมินนั้น อาจให้นำวิธีการตามที่ปรากฏในประมวลรัษฎากรมาใช้บังคับโดยอนุโลมก็ได้ เช่น เรื่องกำหนดระยะเวลา ลำดับชั้นการอุทธรณ์อันได้แก่ ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในกรมสรรพากรและการอุทธรณ์ต่อศาล

ในประเด็นเรื่องเบี้ยปรับ เงินเพิ่มและโทษนั้น อาจมีการกำหนดเบี้ยปรับและเงินเพิ่มกรณีที่ไม่ชำระภาษีในกำหนดเวลา หรือไม่นำส่งภาษีกรณีที่มีหน้าที่นำส่งภาษีแทนตามจำนวนที่เหมาะสม ในอดีตภาษีการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรได้กำหนดเบี้ยปรับไว้สองเท่าของจำนวนภาษีที่ค้างชำระ และเงินเพิ่มอีกร้อยละ 1.5 ต่อเดือน ส่วนกรณีโทษทางอาญาอาจจะกำหนดโทษในกรณีที่มีการแจ้งความเท็จ ให้ถ้อยคำอันเป็นเท็จ หรือนำหลักฐานอันเป็นเท็จมาแสดงเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีหรือพยายามหลีกเลี่ยงภาษี กรณีที่ขัดขวาง ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งอธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ กรณีไม่ชำระภาษี กรณีไม่นำส่งภาษี การไม่ปฏิบัติตามหมายเรียกหรือไม่ยอมตอบคำถามของพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

#### 5.2 ข้อเสนอแนะในด้านการจัดสรรเงินภาษี

ผู้เขียนเห็นว่าการจัดเก็บภาษีการท่องเที่ยวในลักษณะการเดินทางออกนอกประเทศเป็นภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างนั้นจะมีข้อดีกว่าการไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ เนื่องจากจะสามารถเป็นหลักประกันความยั่งยืนในการฟื้นฟูและพัฒนาทรัพยากรด้านการท่องเที่ยวของประเทศได้ โดยการนำรายได้มาชดเชยต้นทุนที่เกิดจากการท่องเที่ยวที่รัฐต้องแบกรับไว้ ทั้งในด้านสิ่งแวดล้อม สิ่งอำนวยความสะดวก การรักษาความปลอดภัย และสามารถนำมาใช้จ่ายสำหรับโครงการเพื่อการท่องเที่ยวขนาดใหญ่ได้ เช่น การเป็นเจ้าภาพการแข่งขันกีฬาโอลิมปิกอย่างในประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น และมีลักษณะเป็นการสร้างความเต็มใจและความพึงพอใจให้นักท่องเที่ยวในการจะต้องเสียภาษี เมื่อทราบว่าเงินที่ตนต้องเสียไปนั้นจะถูกนำไปฟื้นฟูและพัฒนาด้านการท่องเที่ยวในประเทศที่ตนมาเยือนด้วย

#### บทสรุป

จากการศึกษาเปรียบเทียบภาษีการท่องเที่ยวประเภทภาษีการเดินทางออกนอกประเทศและภาษีการเดินทางทางอากาศในหลายประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าภาษีการเดินทางออกนอกประเทศตามที่ผู้เขียนได้เสนอไว้แล้วข้างต้นมีความเหมาะสมกับประเทศไทยมากกว่าภาษีการเดินทางทางอากาศ เพราะในแง่การท่องเที่ยวในประเทศของคนในประเทศที่ไม่ค่อยได้รับผลกระทบจากการจัดเก็บภาษีการเดินทางออกนอกประเทศ เนื่องจากไม่มีการจัดเก็บภาษีจากเที่ยวบินในประเทศดังเช่นภาษีการเดินทางทางอากาศ แต่มีข้อควรพิจารณาในด้านการเดินทางออกนอกประเทศทางบกที่อาจกระทบต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานกับประเทศเพื่อนบ้านและการค้าชายแดนเนื่องจากภาษีเป็นต้นทุนอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจจะต้องมีการกำหนดอัตราภาษีที่ต่างจากการเดินทางออกนอกประเทศด้วยวิธีการอื่นหรือมีมาตรการบรรเทาภาระภาษีให้เกิดผลกระทบให้น้อยที่สุด นอกจากนี้รายได้จากการจัดเก็บภาษีควรกำหนดสัดส่วนเพื่อนำไปใช้ในวัตถุประสงค์ด้านการท่องเที่ยวด้วยเพื่อให้นักท่องเที่ยวเกิดความรู้สึกที่ดีต่อการเสียภาษีว่าการเสียภาษีนั้นจะนำไปฟื้นฟูและพัฒนาด้านการท่องเที่ยวซึ่งเป็นประโยชน์แก่ตัวนักท่องเที่ยวเอง

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

สุเมธ ศิริคุณโชติ. ภาษีมูลค่าเพิ่ม : หลักการและหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

### วิทยานิพนธ์

กัญจน์ณัฐ เกตุชัยมาศ. “ภาษีกิจการโรงแรมเพื่อพัฒนาการท่องเที่ยว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อริย วิมุติสุนทร. “ธุรกิจสายการบินต้นทุนต่ำ: ประเด็นข้อกฎหมายในการประกอบธุรกิจ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

### BOOKS

Joseph J. Cordes. Robert D. Ebel. and Jane G. Gravelle. The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy. Second Edition. Washington D.C.: The Urban Institute Press, 2007.

OECD. Tourism Trend and Policies 2014. OECD publishing, 2014.

Pablo Mendes de Leon. From Lowlands to High Skies – A Multilevel Jurisdictional Approach toward Air Law. Brill, 2013.

### ELECTRONIC MEDIA

Antony Seely. “Air Passenger Duty : introduction.” <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN00413>, April 27, 2019.

Australian National Audit Office. “Passenger Movement Charge Australian Customs Service Performance Audit Tabled 1 August 1996.” [https://www.anao.gov.au/sites/g/files/net616\\_/f/ANAO\\_Report\\_1996-97\\_01.pdf](https://www.anao.gov.au/sites/g/files/net616_/f/ANAO_Report_1996-97_01.pdf), April 25, 2019.

Berrigan Shire. “Tourism Industry Regional Development Fund.” <http://www.berriganshire.nsw.gov.au/Council/FindingGrants/tabid/63/articleType/ArticleView/articleId/430/Tourism-Industry-Regional-Development-Fund.aspx>, April 25, 2019.

HM Revenue & Customs. “Excise Notice 550: Air Passenger Duty.” <https://www.gov.uk/government/publications/excise-notice-550-air-passenger-duty/excise-notice-550-air-passenger-duty>, April 27, 2019.

National Tax Agency. “Leaflet (for individuals departing from Japan).” <https://www.nta.go.jp/english/taxes/indirect/pdf/leaflet2.pdf>, April 25, 2019.



National Tax Agency. “Q&A about the International Tourist Tax.” <https://www.nta.go.jp/english/taxes/indirect/pdf/leaflet3.pdf>, April 26, 2019.

Song, Haiyan. Neelu Seetaram and Shun Ye. “The effect of tourism taxation on tourists’ budget allocation.” [https://www.researchgate.net/publication/329773545\\_The\\_effect\\_of\\_tourism\\_taxation\\_on\\_tourists%27\\_budget\\_allocation](https://www.researchgate.net/publication/329773545_The_effect_of_tourism_taxation_on_tourists%27_budget_allocation), April 25, 2019.

Tourism Research Australia. “Asia Marketing Fund Research.” <https://www.tra.gov.au/tra/2016/industry/resources/asia-marketing-fund-research.html>, April 30, 2019.

## บางประเด็นเกี่ยวกับความเป็นศาสนาประจำชาติของ “พุทธศาสนา” ในประเทศไทย SOME ISSUES ABOUT “BUDDHISM” AS THE STATE RELIGION OF THAILAND

กริช ภูณียามา\*

Krich Pooyeyama

"เมื่อข้าพเจ้ามีโอกาสไปเยือนสำนักกวาดิกัน เมื่อปีคริสต์ศักราช 1860  
สมเด็จพระสันตะปาปาจอห์น ปอล ที่ 2 ตรัสถามถึงคนไทยนับถือศาสนาากน้อยเพียงใด  
ข้าพเจ้าทูลตอบว่า คนไทยเป็นศาสนิกชนที่ดีทั่วกัน  
ส่วนใหญ่่นับถือพระพุทศาสนา อันเป็นศาสนาประจำชาติ"  
พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9

### บทคัดย่อ

จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กษัตริย์ผู้เป็นประมุขของรัฐทรงเป็นพุทธมามกะ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าประชาชนชาวไทยจำนวนกว่าร้อยละเก้าสิบนับถือพุทธศาสนา ตลอดจนทางปฏิบัติของบรรดาดังกล่าวของรัฐให้ความสำคัญต่อศาสนาดังกล่าวเป็นอย่างมาก ย่อมสรุปได้ว่าพุทธศาสนาถือเป็นศาสนาประจำชาติไทย อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของ “พุทธศาสนา” ในที่นี้หมายถึงเฉพาะพุทธศาสนานิกายเถรวาทในสายการปฏิบัติ (school) ที่ได้รับการรับรองจากรัฐไทยอย่างเป็นทางการผ่านโครงสร้างการปกครองตามกฎหมายคณะสงฆ์เท่านั้น อนึ่ง ปัญหาที่ว่าสถานะความเป็นศาสนาประจำชาติเช่นนี้สมควรถูกบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ยังคงเป็นข้อถกเถียงที่มีมาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในห้วงเวลาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

### คำสำคัญ

รัฐกับศาสนา โลกาวิสัย ศาสนาประจำชาติไทย

### ABSTRACT

Due to the provision in the Constitution of the Kingdom of Thailand which stipulates that the King, who is the Head of State, is Buddhist, and the fact that over ninety percent of the Thai population lists Buddhism as their religion, and that state agencies practically give the religion utmost importance, it can be concluded that Buddhism is the state religion of Thailand. However, the extent of “Buddhism” as a state religion of Thailand only comprises of the Theravada school, officially acknowledged by the state through the administration under the Sangha Law. Besides, the question whether such status of the state religion should be explicitly declared in the Constitution continues to be discussed especially in the period of the new constitution draft.

### Keywords

state and religion, secularism, state religion of Thailand.

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

## บทนำ

เมื่อพิจารณาจากสิ่งที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมายปัจจุบันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของรัฐต้องเป็นพุทธมามกะ (มาตรา 7)<sup>1</sup> แล้ว การผูกโยง “พุทธศาสนา” ไว้กับคุณสมบัติของผู้เป็นประมุขทำให้ศาสนาดังกล่าวดูมีความ “เกี่ยวข้องอย่างเป็นพิเศษ” (special link) กับรัฐไทย<sup>2</sup> มีพิกัดกล่าวถึงข้อสันนิษฐานทำนองว่าประชาชนชาวไทยจำนวนกว่าร้อยละเก้าสิบเป็นพุทธศาสนิกชน ตลอดจนทางปฏิบัติของบรรดาองค์กรต่าง ๆ ของรัฐให้ความสำคัญต่อพุทธศาสนาอย่างมากและยกไว้ในสถานะอันสูงส่ง ภายใต้โครงสร้างเช่นนี้แม้ในเบื้องต้นอาจสรุปได้ว่าพุทธศาสนาย่อมถือเป็นศาสนาทางการ (Established Religion) หรือศาสนาประจำชาติของประเทศไทย แต่ปัญหาคือขอบเขตของ “พุทธศาสนา” ในที่นี้กินความกว้างขวางเพียงใด อีกทั้งจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องบัญญัติรับรองสถานะเช่นว่านั้นของพุทธศาสนาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ เนื้อหาของบทความนี้มุ่งวิเคราะห์เพื่อหาคำตอบในสองประเด็นสำคัญดังกล่าว

### 1. ขอบเขตของ “พุทธศาสนา” ในฐานะศาสนาประจำชาติของประเทศไทย

เกี่ยวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดให้กษัตริย์ต้องเป็นพุทธมามกะหรือต้องนับถือพุทธศาสนานั้น ในทางวิชาการปรากฏคำอธิบายของ หยุด แสงอุทัย ในเรื่องที่ว่า ความมุ่งหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้กษัตริย์ทรงนับถือพุทธศาสนาเป็นเพราะประชาชนชาวไทยนับถือศาสนานี้เป็นส่วนมาก ผู้เป็นประมุขจึงต้องนับถือศาสนาไปด้วยเพื่อจะได้ปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนาที่ปรากฏตามขนบธรรมเนียมประเพณีที่มีอยู่ได้ ดังนั้น จึงต้องถือว่า “พุทธศาสนา” ในที่นี้ ย่อมหมายถึงพุทธศาสนาที่ชาวไทยส่วนมากนับถืออันได้แก่ พุทธศาสนาฝ่ายหินยาน (เถรวาท – ผู้เขียน) เท่านั้น ไม่ใช่พุทธศาสนาฝ่ายมหายานตามที่จีนและญวนนับถืออยู่<sup>3</sup> กระนั้น มีข้อสังเกตคือแม้พุทธ

<sup>1</sup> บทบัญญัติแบบมาตรา 7 ตรขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 (มาตรา 4) และเนื้อความลักษณะเดียวกับได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรของไทยที่ใช้บังคับภายหลังจากนั้นทุกฉบับ.

<sup>2</sup> กรณีข้างต้นเป็นไปในทำนองเดียวกับความเกี่ยวข้องอย่างเป็นพิเศษระหว่างคริสต์ศาสนิกชนในนิกาย Anglican กับรัฐอังกฤษ ที่กฎหมายกำหนดให้กษัตริย์หรือพระราชินีผู้เป็นประมุขจะต้องเป็นคริสต์ศาสนิกชนในนิกายนี้เท่านั้น ดู Mark Hill QC, Russell Sandberg, and Norman Doe, *Religion and Law in the United Kingdom*, Second Edition (Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2014), p.30.

<sup>3</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. (กรุงเทพมหานคร : บารุงสาส์น, 2511), น.56 – 57 ข้อพิสูจนประการหนึ่งว่า พุทธศาสนาที่เป็นศาสนาประจำชาติไทยกินความเฉพาะพุทธศาสนาฝ่ายเถรวาทเท่านั้นคือบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งถือเป็นการปรากฏตัวครั้งแรกของถ้อยบัญญัติว่าด้วย “พุทธศาสนาเถรวาท” ในรัฐธรรมนูญ โดยประเด็นนี้จะได้อภิปรายโดยละเอียดต่อไปข้างหน้า

อนึ่ง แนวคำอธิบายที่ว่าพุทธศาสนาที่เป็นศาสนาประจำชาติของไทยหมายถึงพุทธศาสนาฝ่ายเถรวาท นับว่ามีส่วนช่วยขยายความหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นด้วย กล่าวคือ ตามมาตรา 5 ทวิของพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ค่านิยามของ “คณะสงฆ์” ตามที่ปรากฏในกฎหมายฉบับนี้ว่าหมายถึง “บรรดาพระภิกษุที่ได้รับบรรพชาอุปสมบทจากพระอุปัชฌาย์ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะปฏิบัติศาสนกิจในหรือนอกราชอาณาจักร” แม้ในทางคำอธิบายจะผู้อธิบายว่าคณะสงฆ์ตามนิยามในกฎหมายข้างต้นคือ “คณะสงฆ์ไทย” ดู ปลื้ม โชติชูชูยางกูร, คำบรรยายกฎหมายคณะสงฆ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2553), น.88 ซึ่งหมายถึง “คณะสงฆ์ของชาวไทยในลัทธิเถรวาท” ดู โชติ ทองประยูร, กฎหมายคณะสงฆ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การศาสนา กรมการศาสนา, 2506), น.337 แต่ก็ไม่ปรากฏคำอธิบายอย่างชัดเจนว่าเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเรื่องนี้จากกรอบคิดเกี่ยวกับศาสนาประจำชาติแล้วย่อมเห็นได้ว่า เมื่อพุทธศาสนาซึ่งเป็นศาสนาประจำชาติหรือศาสนาของรัฐไทยหมายถึงเฉพาะพุทธศาสนาฝ่ายเถรวาทเท่านั้น คณะสงฆ์ของชาวไทยในพุทธศาสนาที่รัฐจะรับรองให้เป็น “คณะสงฆ์แห่งรัฐ” โดยสภาพจึงหมายถึงเฉพาะคณะสงฆ์ของนิกายเถรวาทเช่นเดียวกัน กระนั้นตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 5 ทวิ ก็ได้รับรองให้บรรพชิตจีนนิกายและอนัมนิกายในฝ่ายมหายานถือเป็น “คณะสงฆ์อื่น” ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งในมาตรา 46 กำหนดให้ “การปกครองคณะสงฆ์อื่น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” อันหมายถึงกฎกระทรวงฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2520) และกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2536) ออก

ศาสนาฝ่ายเถรวาทเองก็แยกย่อยออกเป็นสายการปฏิบัติ (school) ต่าง ๆ อีกจำนวนมาก ถึงที่สุดแล้วจึงต้องพิจารณาต่อไปว่าพุทธศาสนาแบบเถรวาทที่จัดเป็นศาสนาทางการหรือศาสนาประจำชาติไทยในขณะนี้ คือพุทธเถรวาททุกสายการปฏิบัติหรือหมายถึงพุทธเถรวาทเพียงบางกลุ่มเท่านั้น ? ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่อาจหยิบยกมาพิจารณาเพื่อหาข้อสรุปในประเด็นที่ตั้งไว้ได้ดังนี้

#### 1.1 กรณีเกี่ยวกับการบวชภิกษุณีในพุทธศาสนานิกายเถรวาทและสถานะของภิกษุณีในประเทศไทย

ปัญหาเกี่ยวกับภิกษุณีในประเทศไทยถูกพูดถึงและอภิปรายถกเถียงกันมาอย่างช้านาน กล่าวได้ว่าในทัศนะของมหาเถรสมาคมซึ่งเป็นองค์กรของรัฐผู้มีความอำนาจหน้าที่ในการปกครองคณะสงฆ์ไทยไม่ยอมรับการมีอยู่ของภิกษุณีสงฆ์โดยสิ้นเชิง ในสมัยของพระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราวุฒินิพนธ์ สมเด็จพระสังฆราชเจ้า (สิริวฑฒโน ม.จ.ภุชงค์ ชมพูนุท) วัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม สมเด็จพระสังฆราชองค์ที่ 11 ได้ทรงออกประกาศห้ามพระเถระมิให้บวชหญิงเป็นบรรพชิต ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2471 ข้อวินิจฉัยของพระองค์ตามประกาศชี้ให้เห็นว่า นักบวชหญิงในพุทธศาสนาเถรวาทไม่ว่าภิกษุณีหรือสามเณรีได้สาบสูญขาดเชื้อสายไปแล้ว ดังนั้นผู้ใดพยายามบวชหญิงให้เป็นบรรพชิต ผู้นั้นย่อมได้ชื่อว่า “...บัญญัติสิ่งทีพระพุทธเจ้าไม่บัญญัติ เลิกถอนสิ่งที่พระพุทธเจ้าทรงบัญญัติไว้แล้ว เป็นเสี้ยนหนามแก่พระศาสนา...” และด้วยเหตุที่ประเด็นเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิในการบวชของสตรีมักปรากฏขึ้นเป็นระยะ ๆ “ประกาศิต” เช่นว่านี้จึงถูกเน้นย้ำอีกครั้งใน “พระวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราวุฒินิพนธ์ สมเด็จพระสังฆราช (สุวฑฒโน เจริญ คชวัตร) วัดบวรนิเวศวิหาร สมเด็จพระสังฆราชองค์ที่ 19 ที่ได้ประทานเรื่องในพิธีประสาทปริญญาแก่ผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีและโท รุ่นที่ 47 ของมหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2544 เนื้อหาของพระวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราวุฒินิพนธ์ของสมเด็จพระสังฆราชองค์ที่ 11 ซึ่งสมเด็จพระญาณสังวร ทรงเห็นว่ายังคง “ทันสมัย ทันทับเหตุการณ์ขณะนี้อย่างยิ่ง” และเป็นประโยชน์ในแง่ที่จะ “ช่วยปกป้องมิให้ทำบาปทำกรรมที่มีใช้เบียดพระพุทธศาสนา” ในตอนท้ายของพระวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราวุฒินิพนธ์กล่าวย้ำเตือนให้พระภิกษุสงฆ์ยึดถือปฏิบัติตามประกาศของสมเด็จพระสังฆราชองค์ที่ 11 “เชื่อไว้เถิด ดีกว่าไม่เชื่อ จะได้ไม่เป็นภาระเสี่ยงพาดตนไปรับผลของบาปกรรมที่หนักนัก” เนื่องจากเป็นการ “คิดพูดทำใจ ๆ อันไม่ถูกต้อง อันผิดจากที่ (พระพุทธเจ้า - ผู้เขียน) ทรงบัญญัติไว้” รวมความแล้วพระทัศนะของสมเด็จพระสังฆราชทั้งสององค์เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือทรงเห็นว่าตามพระธรรมวินัยที่พุทธศาสนาฝ่ายเถรวาทยึดถือ ในยุคปัจจุบันการบวชหญิงเป็นภิกษุณี (ตลอดจนนักบวชหญิงประเภทอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน) ไม่อาจกระทำได้ และการฝ่าฝืนกระทำการเช่นนั้นย่อมเป็นการล่วงละเมิดต่อข้อบัญญัติที่พระพุทธเจ้าทรงวางไว้

ข้างต้นนี้นับเป็นบรรทัดฐาน (precedent) ที่คณะสงฆ์ไทยน้อมนำมาปฏิบัติอย่างเคร่งครัด เห็นได้จากมติของมหาเถรสมาคมในการประชุมครั้งที่ 31/2545 เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2545 (มติที่ 512/2545) และมติของมหาเถรสมาคมในการประชุมครั้งที่ 27/2557 เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2557 (มติที่ 609/2557) ซึ่งเป็นการพิจารณาในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบวชภิกษุณีในประเทศไทย เฉพาะมติที่ 609/2557 อันเป็นทาล่าสุดของมหาเถรสมาคมต่อประเด็นดังกล่าว นอกจากจะวินิจฉัยถึงความไม่ชอบด้วยพระธรรมวินัยของการบวชภิกษุณีแล้ว เนื้อหาของมดียังสั่งกำชับไปยังพระภิกษุผู้มีอำนาจปกครองคณะสงฆ์ทุกลำดับชั้นให้เข้มงวดกวดขันเกี่ยวกับเรื่องนี้ด้วย “เห็นว่าประเทศไทยนับถือพระพุทธศาสนาสายเถรวาทและปฏิบัติตามพระธรรมวินัยที่มีมาในพระไตรปิฎก พระพุทธศาสนาสายเถรวาทนี้ไม่อาจบรรพชาสามเณรีและอุปสมบทสตรีเป็นภิกษุณีขึ้นได้อีก พร้อมกับมีมติให้เจ้าคณะพระสังฆาธิการทุกระดับกวดขันให้มีการถือปฏิบัติตามประกาศพระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราวุฒินิพนธ์ สมเด็จพระสังฆราชเจ้า เรื่อง

---

ตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ผลจากบทบัญญัติข้างต้นคือ ในประเทศไทยแม้คณะสงฆ์ฝ่ายมหานิกายอย่างจีนิกายและอนัมนิกายจะมีใช้คณะสงฆ์แห่งรัฐเช่นฝ่ายเถรวาท แต่ความมีอยู่ของนักบวชทั้งสองกลุ่มนี้ก็ถูกรับรองไว้ในกฎหมายคณะสงฆ์ ผลที่ตามมาจากการรับรองเช่นว่านี้ย่อมนำมาซึ่งสิทธิต่าง ๆ จากรัฐ นับตั้งแต่การมีระบบการปกครองและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย สิทธิในการได้รับสมณศักดิ์และ “นิตยภัต” อันเป็นเงินที่รัฐถวายให้แก่พระสงฆ์ทรงสมณศักดิ์และพระสงฆ์ที่มีตำแหน่งหน้าที่ในทางปกครอง เป็นต้น.

ห้ามพระเถรไม่ให้บวชหญิงเป็นบรรพชิต พ.ศ. ๒๔๗๑ และพระวรวงศ์เธอสมเด็จพะญาณสังวร สมเด็จพระสังฆราชสกลมหาสังฆปริณายก และมติมหาเถรสมาคม พ.ศ. ๒๕๔๕ เรื่องการบวชภิกษุณีอย่างเคร่งครัด”

ข้อวินิจฉัยของมหาเถรสมาคมที่ยืนยันในแนวทางเช่นนี้ ส่งผลให้หน่วยงานอื่นของรัฐปฏิบัติในลักษณะที่ “ไม่เป็นมิตร” (unfriendly) ต่อบรรดานักบวชหญิงที่ยืนยันว่าตนเป็นบรรพชิตในกายเถรวาทตามไปด้วย<sup>4</sup> ดังกรณีเจ้าหน้าที่ของสำนักพระราชวังปฏิเสธมิให้คณะภิกษุณีและสามเณรีเข้าไปถวายบังคมพระบรมศพพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 ณ พระที่นั่งดุสิตมหาปราสาท ในพระบรมมหาราชวัง ด้วยเหตุผลว่าเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมาย<sup>5</sup> ซึ่งคงหมายถึงความผิดฐานแต่งกายเลียนแบบสงฆ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 208 เนื่องจากมหาเถรสมาคมไม่ได้รับรองการบวชของนักบวชกลุ่มนี้<sup>6</sup> เช่นเดียวกับที่เจ้าหน้าที่ของสำนักงานฝ่ายหนังสือเดินทาง กระทรวงการต่างประเทศ ไม่อนุญาตให้สามเณรีสวมจีวรเพื่อถ่ายรูปสำหรับติดในหนังสือเดินทาง โดยยืนยันว่าจะต้องสวมเสื้อผ้าแบบฆราวาสที่บิ๊วไว้ในขณะถ่ายรูป<sup>7</sup>

<sup>4</sup> อย่างไรก็ตาม สมควรตราไว้ว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในคราวประชุมด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ครั้งที่ 17/2558 เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน 2558 ได้มีโอกาสพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับกรณีที่มีมหาเถรสมาคมมีมติห้ามบวชภิกษุณีในประเทศไทย และมีความเห็นว่า มติมหาเถรสมาคมในการประชุมครั้งที่ 27/2557 มติที่ 609/2557 ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ที่คุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนา ทั้งยังไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งรับรองเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาไว้ที่น่าสนใจคือต่อกรณีดังกล่าวคณะกรรมการฯ ยังมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายด้วยว่า รัฐไทยควรทำการศึกษาแนวคิดเรื่องรัฐฆราวาส (Secular State) อย่างหลากหลายและกว้างขวาง ดังเช่นบรรดาประเทศที่เป็นแบบอย่างของรัฐเสรีประชาธิปไตย ทั้งนี้ ในการเป็นรัฐฆราวาสนั้น ศาสนาจะถูกถือว่าเป็นเรื่องของปัจเจกชน รัฐไม่สามารถเข้าไปมีส่วนในการจัดการหรือการดำเนินการของศาสนาใด ๆ หรือให้สิทธิพิเศษแก่ศาสนาใดศาสนาหนึ่งมากกว่าศาสนาอื่น ดูรายงานผลการตรวจสอบที่ 344/2558 ลว. 22 มิถุนายน 2558 ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ สม 0003/1923 ลว. 6 กรกฎาคม 2558

แต่ถึงที่สุดเมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 แล้ว อำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นเพียงอำนาจในลักษณะ “เสนอแนะ” มาตรการหรือแนวทางในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานของรัฐที่เป็นต้นเหตุแห่งการละเมิดเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการบังคับให้หน่วยงานเหล่านั้นต้องปฏิบัติตามข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ แต่อย่างใด ดู รัฐธรรมนูญ มาตรา 247(1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 26(1).

<sup>5</sup> ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, “ ‘ภิกษุณีห้ามเข้า’ ถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าไปในพระที่นั่งดุสิตมหาปราสาท,” มติชนสุดสัปดาห์ (6 - 12 มกราคม 2560) : น.69.

<sup>6</sup> ภายหลังคณะภิกษุณีและสามเณรีได้ร้องเรียนกรณีนี้ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (วลพ.) ซึ่งจากตรวจสอบข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานทั้งปวงแล้วคณะกรรมการเห็นว่า กรณีข้างต้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเพราะเหตุบุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง ตามนัยของรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 ววรรคสาม ประกอบมาตรา 31 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 ประกอบมาตรา 17 กระนั้น ในส่วนเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบภายหลังได้มีการนำเสนอประเด็นปัญหาดังกล่าวต่อกองอำนวยการรักษาความสงบเรียบร้อยบริเวณโดยรอบพระบรมมหาราชวัง (กอร. รส.) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับการเข้าถวายบังคมพระบรมศพ จนนำไปสู่การมีมติอนุญาตให้ภิกษุณีและสามเณรีสามารถเข้าไปถวายบังคมพระบรมศพ หรือเจริญเมตตาจิตเพื่อถวายเป็นพระราชกุศลได้เช่นเดียวกับภิกษุสามเณร จึงถือว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้รับการแก้ไขแล้ว (คำร้องเลขที่ 05/2560).

<sup>7</sup> ทวีวัฒน์ ปุณฺณศิริวัฒน์, “สามเณรีกับสิทธิทางกฎหมาย,” มติชน (6 มิถุนายน 2547) : น.6

อย่างไรก็ดีสำหรับกรณีนี้ในภายหลังเจ้าหน้าที่ระดับผู้บังคับบัญชาของสำนักงานหนังสือเดินทางได้มีคำสั่งอนุญาตให้สามเณรีถ่ายรูปติดหนังสือเดินทางโดยสวมจีวรได้.

## 2.2 กรณีเกี่ยวกับนักบวชกลุ่ม “สันตือโศก”

ในการวิเคราะห์เรื่องพุทธศาสนิกนิกายเถรวาทที่เป็นศาสนาประจำชาตินั้น กรณี “สันตือโศก” คืออีกเหตุการณ์หนึ่งที่ควรให้ความสนใจ สมควรตั้งข้อสังเกตไว้ตั้งแต่ต้นว่ารูปเรื่องของกรณีสันตือโศกมีความแตกต่างกับกรณี “ภิกษุณี” ซึ่งเป็นเรื่องที่กลุ่มนักบวชหญิงนอกคณะสงฆ์ไทยรวมทั้งผู้สนับสนุนสิทธิการบวชของสตรีเรียกร้องการยอมรับจากมหาเถรสมาคมในฐานะ “คณะสงฆ์อื่น” ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ทำนองเดียวกับที่คณะสงฆ์จีนิกายและอนัมนิกายได้รับการรับรองในลักษณะเช่นนั้น<sup>8</sup> ตรงกันข้ามกับกรณีสันตือโศกที่ “สมณะโพธิรักษ์” (รักษ์ รักพงษ์) ผู้นำขององค์กร เดิมคือพระภิกษุนิกายเถรวาทในสังกัดคณะสงฆ์ไทยและอยู่ภายใต้การปกครองของมหาเถรสมาคม แต่ด้วยการตีความและการปฏิบัติตามพุทธธรรมแตกต่างกับคณะสงฆ์เดิมที่มีการปฏิบัติ และการเข้าใจต่อพุทธธรรมตามแนวจารีตที่ยึดถือกันมาในสังคมไทย ทำให้สมณะโพธิรักษ์และสาธุศิษย์ของท่านที่รวมตัวกันในนาม “สันตือโศก” ประกาศ “นानาสังวาส” คือไม่ขึ้นต่อการปกครองของคณะสงฆ์ไทยเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2518 และได้ดำเนินการปฏิบัติตลอดจนเผยแพร่ธรรมะตามความเชื่อของตน เป็นต้นว่า ไหมโกนคิ้ว ไม้บูชาด้วยไฟคือรูปเทียน ประกาศตนเป็นพระโพธิสัตว์และพระอริยบุคคล และที่เด่นชัดที่สุดคือการเว้นจากการบริโภคเนื้อสัตว์ (มังสะวิรัติ)

มหาเถรสมาคมในฐานะองค์กรปกครองคณะสงฆ์ไทยตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ได้รับรู้และติดตามความเคลื่อนไหวของกลุ่มสันตือโศกอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ ไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามหาเถรสมาคมมีท่าทีที่ไม่เอื้อเฟื้อต่อนักบวชกลุ่มนี้สัก เช่น กรณีที่การรถไฟแห่งประเทศไทยมีหนังสือหรือมายังกรมการศาสนาเกี่ยวกับสิทธิได้รับลดหย่อนค่าโดยสารรถไฟของพระภิกษุสามเณรในสำนักสันตือโศก ซึ่งกรมการศาสนาโดยความเห็นชอบของมหาเถรสมาคมพิจารณาแล้วเห็นว่า นักบวชสันตือโศกไม่ควรมีสิทธิได้ลดค่าโดยสารเช่นเดียวกับพระภิกษุสามเณรทั่วไป เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้ขึ้นอยู่ในปกครองของคณะสงฆ์ไทยตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และไม่ได้อยู่ในความอุปการะของทางราชการ ดังนั้นจึงไม่ควรได้รับสิทธิดังกล่าวเช่นเดียวกับพระภิกษุสามเณรในปกครองของคณะสงฆ์ไทย<sup>9</sup> และการดำเนินการของมหาเถรสมาคมที่กล่าวได้ว่าเป็น “จุดแตกหัก” ในกรณีสันตือโศกคือ การประชุมมหาเถรสมาคมเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2531 ซึ่งที่ประชุมได้มีมติครั้งที่ 1/2531 แต่งตั้ง “คณะกรรมการสงฆ์” ขึ้นเพื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลฎีกาในข้อหา มีพฤติกรรม “ทำวิปริตจากพระธรรมวินัย” และ “ทำพระธรรมวินัยให้วิปริต” การพิจารณาดำเนินไปจนกระทั่งวันที่ 23 พฤษภาคม 2532 จึงแล้วเสร็จ โดยคณะกรรมการสงฆ์มีมติเป็น “สมานฉันท์” ว่า “ถึงเวลาแล้วที่จะต้องมีการกำจัดกวาดล้างเลี่ยนหนามร้ายแห่งพระศาสนาเหล่านี้ให้หมดสิ้นไป” โดยขอให้มหาเถรสมาคมใช้อำนาจตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มีคำสั่งให้พระโพธิรักษ์ สละสมณเพศเสีย ด้วยฐานประพฤติล่วงละเมิดพระธรรมวินัยเป็นอาชญา และไม่อยู่ในสังกัดวัดใดวัดหนึ่ง กับทั้งไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งเนื่องจากได้ประกาศตัวอย่างชัดเจนว่าจะไม่ขึ้นหรือสังกัดอยู่กับคณะสงฆ์ไทย โดยได้พำนักอาศัยในบ้านแทนวัด แต่เรียกเสียว่าพุทธสถาน สำหรับบุคคลผู้เป็นบริวารที่พระโพธิรักษ์จัดทำให้ปรากฏภาวะเหมือนอยู่ในสมณเพศ โดยไม่เอื้อเฟื้อต่อสังฆกรรมตามพระวินัย ให้ประกาศว่าบุคคลเหล่านี้มิใช่ผู้ที่บวชถูกต้องตามพระวินัย อันมีผลทำให้ถือไม่ได้ว่ามีเพศสมณะ (อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสงฆ์เห็นว่าสำหรับบุคคลผู้หลงเข้าไปยอมรับนับถือโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หากประสงค์จะได้ครองสมณเพศโดยถูกต้องแล้ว ให้มาแสดงตัวต่อพระสังฆาธิการและขอรับการ

<sup>8</sup> สมฤทธิ ลือชัย, “อคติและมายาคติที่ขัดขวางการฟื้นฟูภิกษุณีสงฆ์ฝ่ายเถรวาท,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2561, จาก <https://prachatai.com/journal/2016/07/67100> เป็นต้น ทั้งนี้ มีความพยายามจากหลายฝ่ายเสนอขอแก้ไขพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 5 ทวิ ในส่วนบทนิยาม “คณะสงฆ์อื่น” ให้หมายความรวมถึง “คณะภิกษุณีสงฆ์” ด้วย ดู ไพบูลย์-ภิกษุณี ร้อง กสม.เสนอ ครม.แก้กฎหมายให้หญิงบวชได้, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2561, จาก <https://prachatai.com/journal/2017/02/69950>.

<sup>9</sup> หนังสือกรมการศาสนาที่ ศธ. 0407/8537 ลว. 23 กรกฎาคม 2525 เรื่อง การซื้อตั๋วรถไฟลดราคาของภิกษุสามเณรจากสำนักสันตือโศก อ้างถึงใน ปิยนาล วรศิริ, “การเมืองเรื่องศาสนา : บทบาทและการดำเนินการของมหาเถรสมาคมต่อกรณีสันตือโศก,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.352 ข้อสังเกตคือ ในทางปฏิบัติการรถไฟแห่งประเทศไทยให้สิทธิการลดค่าโดยสารแก่พระภิกษุสามเณรในพุทธศาสนาทุกนิกาย โดยรวมทั้งพระภิกษุสามเณรจากประเทศลาวและกัมพูชาซึ่งไม่อยู่ภายใต้การปกครองของคณะสงฆ์ไทยด้วย.

บรรพชาอุปสมบทให้ถูกต้องตามพระธรรมวินัยต่อไป) คณะการกสงฆ์ยังได้เสนอให้มหาเถรสมาคมกระทำ “ปกาศนียกรรม” โดยประกาศข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้พุทธบริษัททราบโดยทั่วกัน เช่นเดียวกับที่พระพุทธรูปเจ้าทรงกระทำมาแล้วในกรณีพระเทวทัต อนึ่ง ขอให้กรรมการศาสนาแจ้งแก่พระภิกษุสามเณรทั่วราชอาณาจักรให้ทราบข้อเท็จจริง และมีให้คหบดีสมาคมนักบวชหรือให้ความร่วมมือใด ๆ แก่พระโพธิรักษ์ และคณะที่พระโพธิรักษ์บวชให้ด้วย<sup>10</sup> ทั้งนี้ มหาเถรสมาคมในการประชุมครั้งที่ 15/2532 เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2532 มีมติเป็นเอกฉันท์เห็นชอบตามมติของคณะกรรมการกสงฆ์ทั้ง 4 ประการ และในเดือนมิถุนายน 2532 จึงมีปกาศนียกรรม บอกล่าความเป็นมาแห่งกรณีทั้งหมด โดยความในตอนท้ายระบุว่า “...ขอประกาศให้พระภิกษุสามเณรและพุทธศาสนิกชนได้ทราบข้อเท็จจริงโดยทั่วกัน และมีให้คหบดีสมาคมนักบวชหรือให้ความร่วมมือใด ๆ แก่พระโพธิรักษ์ และคณะที่พระโพธิรักษ์บวชให้ ขอให้พระภิกษุสามเณรและพุทธบริษัทได้ร่วมกันมณสิการและพึงสังวรระวัง พร้อมทั้งบอกกล่าวแจ้งให้ทราบต่อ ๆ กันอย่างทั่วถึง ทั้งนี้ เพื่อมิให้ตกเป็นเครื่องมือของบุคคลเหล่านั้น ใช้บ่อนทำลายพระพุทธศาสนาและความมั่นคงของประเทศชาติต่อไป”

ภายหลังจากนั้นได้มีการจับกุมและดำเนินคดีกับพระโพธิรักษ์และพวก สืบเนื่องจากว่าพระโพธิรักษ์ได้ตั้งตนเป็นพระอุปัชฌาย์ทำการบรรพชาอุปสมบทให้แก่พระภิกษุและสามเณร โดยมีได้รับการแต่งตั้งให้เป็นพระอุปัชฌาย์ตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ประกอบกับกฎหมายมหาเถรสมาคมฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2506) ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ฯ ด้วยเหตุนี้ (รัฐจึงเห็นว่า) การบวชที่กระทำโดยพระโพธิรักษ์เป็นไปโดยไม่ชอบและผู้ที่ได้รับการบวชย่อมไม่มีสถานะเป็นพระภิกษุสามเณรในพุทธศาสนา ไม่มีสิทธิแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นภิกษุสามเณรในพุทธศาสนาได้ พนักงานอัยการจึงเป็นโจทก์ฟ้องบุคคลเหล่านี้ในความผิดตามมาตรา 208 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>11</sup> ส่วนการกระทำของพระโพธิรักษ์มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้อื่นในการทำความผิด จึงถูกฟ้องในฐานะเป็นผู้สนับสนุนการทำความผิดดังกล่าวตามนัยมาตรา 208 ประกอบมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา การต่อสู้ทางคดีดำเนินเรื่อยมาจนถึงชั้นฎีกาซึ่งในที่สุดศาลตัดสินให้จำเลยเป็นฝ่ายแพคดี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3699 – 3739/2541)

เมื่อพิจารณาจากข้อต่อสู้ในฎีกาของฝ่ายจำเลยและข้อวินิจฉัยของศาลแล้วพบว่าประเด็นที่น่าสนใจสมควรนำมาวิเคราะห์ โดยข้อต่อสู้ประการหนึ่งคือ จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 208 เพราะการกระทำของจำเลยเป็นการใช้เสรีภาพในการปฏิบัติศาสนบัญญัติตามความเชื่อถือของตน อันได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>12</sup> ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ทั้งนี้ จำเลยเห็นว่ากฎหมายมหาเถรสมาคมที่ว่าผู้จะเป็นพระอุปัชฌาย์ทำการบรรพชาอุปสมบทแก่กุลบุตรต้องได้รับการแต่งตั้งจากมหาเถรสมาคมเท่านั้น เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นนอกเหนือจากข้อบัญญัติในพระธรรมวินัย และถือว่าผิดต่อพระธรรมวินัยที่พระพุทธรูปเจ้าทรงวางไว้ ดังนั้น การบังคับให้จำเลยต้องปฏิบัติตามกฎหมายมหาเถรสมาคมข้างต้นจึงเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพทางศาสนาของจำเลยที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ศาลเห็นว่า กฎหมายมหาเถรสมาคมตามประเด็นแห่งคดี ออกมาเพื่อประดิษฐานพระธรรมวินัยให้เหมาะสมกับความเปลี่ยนแปลงของบ้านเมืองและจำนวนพุทธศาสนิกชนที่เพิ่มขึ้นมิได้ขัดหรือแย้งต่อพระธรรมวินัยแต่อย่างใด ประการสำคัญคือเมื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวออกโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 จึงใช้บังคับได้ จำเลยทุกคนจำเป็นต้องอนุวัตปฏิบัติตามจะเถียงว่าขัดหรือแย้ง

<sup>10</sup> มติคณะกรรมการกสงฆ์ เกี่ยวกับกรณีสันติอโศก ลว. 23 พฤษภาคม 2532 อ้างถึงใน *เพ็ญอ้วง*, น.353 - 356.

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 208 “ผู้ใดแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวชในศาสนาใดโดยมิชอบ เพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าเป็นบุคคลเหล่านั้นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน...”.

กับพระธรรมวินัยจึงไม่ปฏิบัติตามไม่ได้<sup>13</sup> ทั้งนี้ ศาลอธิบายว่าแม้รัฐธรรมนูญ มาตรา 38 จะคุ้มครองเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติของบุคคล แต่ก็ได้แสดงความมุ่งหมายไว้ด้วยว่าการใช้เสรีภาพดังกล่าวจะต้องไม่เป็นปฏิกิริยาต่อหน้าที่พลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ฯ บัญญัติขึ้นเพื่อให้การปกครองคณะสงฆ์เป็นไปด้วยความเรียบร้อย จำเลยจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายให้ต้องตามเจตนารมณ์ด้วย ศาลยังได้กล่าวในตอนท้ายของคำพิพากษาว่า “การที่ภิกษุสงฆ์นักบวชไม่อนุวัตปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว กลับมีผลเป็นการก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นดังเช่นที่ปรากฏในคดีนี้” ข้อวินิจฉัยข้างต้นเท่ากับศาลชี้ว่าการกระทำของจำเลยมีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีจึงไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการใช้เสรีภาพทางศาสนาอันจะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง<sup>14</sup>

<sup>13</sup> อนึ่ง พระโพธิ์ริชหนึ่งในจำเลยยังได้ฎีกาด้วยว่า จำเลยกับพวกตีความและปฏิบัติตามพระธรรมวินัยแตกต่างกับพระสงฆ์ภายใต้การปกครองของมหาเถรสมาคมทำให้ไม่อาจร่วมทำสังฆกรรมกันได้ จึงได้ประกาศขอลาออกจากการปกครองของมหาเถรสมาคมตั้งแต่วันที่ 6 สิงหาคม 2518 และแยกตัวออกมาตั้งพุทธสถานสันติอโศกโดยการวางกฎระเบียบต่าง ๆ สำหรับปกครองตนเอง ด้วยเหตุนี้พวกจำเลยจึงไม่อยู่ในบังคับและไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายมหาเถรสมาคมและพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ฯ ซึ่งศาลมีความเห็นต่อประเด็นนี้ว่า ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ไม่ปรากฏบทบัญญัติมาตราใดให้สิทธิพระภิกษุสงฆ์ไทยในการประกาศแยกตนให้มีผลประดุจ “สังฆเภท” เช่นนั้นได้ การประกาศของพระโพธิ์ริชกับพวกจึงไม่ทำให้พ้นจากการปกครองของมหาเถรสมาคมและไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ตลอดจนกฎหมายมหาเถรสมาคมที่ออกโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติดังกล่าว ความเห็นของศาลสอดคล้องกับข้อเขียนของพระพรหมคุณาภรณ์ (ปยุตโต ประยูรธ อารยางกูร) วัดญาณเวศกวัน ซึ่งปัจจุบัน (พ.ศ. 2562) ดำรงสมณศักดิ์ที่สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์และเป็นกรรมการมหาเถรสมาคมโดยตำแหน่ง พระเถระผู้ได้รับการยอมรับนับถืออย่างสูงในฐานะปราชญ์แห่งคณะสงฆ์ไทยที่ว่า การเข้าอยู่และการออกจากคณะสงฆ์ไทยกำหนดด้วยการบวชและการลาสิกขาตามลำดับ กล่าวคือ เมื่อบวชตามกฎเกณฑ์ของพระธรรมวินัยที่สืบต่อกันมาในคณะสงฆ์ไทยก็เข้าอยู่ในคณะสงฆ์ไทย ขึ้นต่อกฎหมายคณะสงฆ์และอยู่ภายใต้การปกครองของมหาเถรสมาคมซึ่งเป็นองค์กรปกครองตามกฎหมายดังกล่าวทันทีโดยอัตโนมัติ และหากบรรพชิตผู้ใดไม่ประสงค์จะอยู่ในคณะสงฆ์ไทยอีกต่อไปก็อาจลาออกได้โดยการสึกหรือลาสิกขา ซึ่งย่อมทำให้ผู้นั้นพ้นจากคณะสงฆ์ไทย ไม่ต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมายคณะสงฆ์และไม่ต้องขึ้นต่อการปกครองของมหาเถรสมาคมโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกัน โดยนัยนี้การประกาศลาออกจากการอยู่ใต้การปกครองของมหาเถรสมาคมของพระโพธิ์ริชจึงไม่มีผลและไม่มีความหมายใด ๆ ทั้งสิ้น ดู พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), *กรณีสันติอโศก*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2531), น.11 – 14

ข้อวินิจฉัยของศาลและพระเถระผู้เป็นต้น “มันสมอง” ของฝ่ายมหาเถรสมาคมข้างต้น เป็นการยืนยันถึงกำลังบังคับแห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ตลอดจนอำนาจของมหาเถรสมาคมองค์กรของรัฐผู้ทรงอำนาจในการปกครองคณะสงฆ์ไทยตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งบุคคลผู้อยู่ในสังกัดฝ่ายรัฐเหล่านี้ต่างเห็นว่าพระโพธิ์ริชในฐานะภิกษุผู้อุปสมบทในคณะสงฆ์ไทยพึงต้องยอมรับและไม่อาจปฏิเสธได้.

<sup>14</sup> หากพิเคราะห์บทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยเสรีภาพในทางศาสนา ซึ่งในที่นี้คือมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ศาลพิพากษาคดีแล้ว จะพบว่า รัฐธรรมนูญวางข้อจำกัดของการใช้เสรีภาพดังกล่าวไว้ 2 ประการคือ ประการแรก การใช้เสรีภาพต้อง “ไม่เป็นปฏิกิริยาต่อหน้าที่ของพลเมือง” และประการที่สอง การใช้เสรีภาพต้อง “ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เมื่อพิจารณาประกอบกับหน้าที่ของชนชาวไทยที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 67 ว่า “บุคคลมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย” ในแง่นี้ศาลจึงอาจวินิจฉัยได้ว่าข้ออ้างเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนาที่จำเลยยกขึ้นในฎีกาเพื่อไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคณะสงฆ์เป็นข้ออ้างที่ฟังไม่ขึ้น เพราะเป็นการกระทำอันเป็นปฏิกิริยาต่อหน้าที่พลเมืองที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบเนื้อหาของคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น ศาลมิได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ คงวินิจฉัยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับข้อจำกัดในประการที่สองคือการใช้เสรีภาพในทางศาสนาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ เท่านั้น

อนึ่ง ต่อกรณีนี้พระพรหมคุณาภรณ์ได้ให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจข้อเขียน “กรณีสันติอโศก” ความว่า คณะสงฆ์ไทยเป็นสถาบันที่รัฐให้ความสำคัญอย่างมากด้วยการยกย่องเชิดชูให้มีสถานะพิเศษอย่างหนึ่ง กระนั้น เนื่องจากพระภิกษุสามเณรในคณะสงฆ์ก็เป็นพลเมืองของประเทศไทย รัฐจึงได้จัดให้มีระบบการปกครองคณะสงฆ์ขึ้นเป็นแผนกหนึ่งภายใต้การควบคุมของรัฐโดยตราเป็นกฎหมายคณะสงฆ์ ซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมายคณะสงฆ์ย่อมมิใช่เป็นเพียงการปฏิบัติเกี่ยวกับการถือ



มีข้อสังเกตว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดเป็นเงื่อนไขของการใช้เสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตนนี้ แม้จะเป็นข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับแต่กลับไม่มีกฎหมายฉบับใดให้คำวิเคราะห์ศัพท์หรือนิยามความหมายไว้ในทางทฤษฎีเรียกถ้อยบัญญัติลักษณะเช่นนี้ว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” (indefinite legal concept) ซึ่งเป็นกรณีที่องค์กรผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์ให้รูปประโยคกฎหมายที่ตนตราขึ้นครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก และเป็นข้อเท็จจริงที่ตนไม่สามารถกำหนดให้เป็นองค์ประกอบที่ชัดเจนแน่นอนได้ ถ้อยคำดังกล่าวมักเกี่ยวข้องกับคุณค่าบางประการซึ่งวิญญูชนอาจเห็นแตกต่างกันได้ว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่<sup>15</sup> และโดยเหตุที่ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิด (open texture) ผู้ใช้กฎหมายเช่นองค์กรตุลาการในกรณีนี้จึงมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในอันที่จะตีความและปรับใช้ถ้อยคำดังกล่าว<sup>16</sup> จึงมีผู้วิจารณ์ว่าการกำหนดแนวความคิดในเรื่องนี้มีผลเสมือนกับมอบอำนาจให้ผู้พิพากษาเป็นผู้บัญญัติกฎหมายด้วย<sup>17</sup> ซึ่งหากกล่าวในอีกด้านหนึ่งการที่กฎหมายวางหลักไว้กว้าง ๆ เพื่อให้ข้อความคิดในเรื่องนี้ขยับไปได้ตามกาลสมัยเช่นนี้ ความยุ่งยากจึงมาตกเป็นภาระของศาลที่จะต้องพิเคราะห์แต่ละกรณีเป็นเรื่องเป็นรายไป<sup>18</sup> ดังมีผู้พยายามเทียบเคียงว่า ความยากในการหาขอบเขตที่แน่นอนของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นไปในทำนองเดียวกับการวินิจฉัยเรื่อง *public policy* ในกฎหมายอังกฤษ ซึ่งผู้พิพากษาของอังกฤษพากัน “สั้นเคียร”<sup>19</sup> ไปตาม ๆ กัน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าคำอธิบายในทางตำราจำนวนมากได้พยายามให้คำจำกัดความหรือนิยามความหมายของข้อความคิดดังกล่าว ซึ่งศาลผู้มีหน้าที่วินิจฉัยคดีก็สามารถนำหลักเกณฑ์ทั่ว ๆ ไปนี้มาปรับกับข้อเท็จจริงว่าการนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นระเบียบแบบแผนเดียวกันในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง<sup>20</sup> ในบรรดาตำราทางวิชาการ (โดยเฉพาะ

---

ศาสนา หรือเป็นเรื่องของพิธีกรรมตามความเชื่อถือเท่านั้น หากแต่บทบัญญัติบางประการในกฎหมายนี้ เป็นต้นว่า การที่พระภิกษุสามเณรต้องมีวัดสังกัด กิติ ต้องมีหนังสือสุทธิเป็นดังบัตรประจำตัวประชาชน กิติ การตั้งวัด ตั้งสำนักสงฆ์ต้องได้รับอนุญาตจากทางราชการ กิติ การจะเป็นอุปชฌาย์ได้ต่อเมื่อได้รับตราตั้ง กิติ (ตัวอย่างเหล่านี้ล้วนเกี่ยวกับสิ่งทีละสงฆ์สันติ อโศกประพจน์ปฏิบัติ - ผู้เขียน) ล้วนบัญญัติขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและสันติสุขของสังคมตามวัตถุประสงค์ของรัฐ กรณีจึงมิใช่เป็นเรื่องของการถือศาสนา หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือไม่ ดังนั้น จึงไม่อาจยกเอาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพในทางศาสนาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคณะสงฆ์ได้ ดู *เพ็งอ้วง*, น. 19 - 21 กล่าวให้ชัดคือ ในทัศนะของพระพรหมคุณาภรณ์นั้นเรื่องนี้ไม่ใช่ประเด็นเกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในทางศาสนาตั้งแต่ต้นนั่นเอง

ท่านผู้นี้ยังเรียกร้องให้พระภิกษุสามเณรตระหนักว่า ตนไม่พึงฝ่าฝืนต่ออำนาจรัฐด้วยการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยอ้างว่าบทบัญญัติเหล่านั้นไม่มีในพระธรรมวินัย ทั้งนี้ เพราะสำนักว่าตนก็เป็นพลเมืองของรัฐ และเพื่อเอื้อต่อกิจการที่รัฐดำเนินเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังที่บทบัญญัติในพระวินัยหลายข้อพระพุทธรเจ้าก็ทรงกำหนดโดยอิงกับกฎหมายของรัฐ ประการสำคัญคือทรงบัญญัติไว้เป็นหลักปฏิบัติอย่างหนึ่งว่า *อนุชานามิ ภิกขเว ราชุนิ อนุตติตุง ภิกขุทั้งหลาย เรอาอนุญาตให้อนุวัตรตามฝ่ายบ้านเมือง (วินย.4/209/273) ดู เพ็งอ้วง*, น.21.

<sup>15</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*, (นนทบุรี : นิติราษฎร์, 2554), น.81.

<sup>16</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.269 – 270.

<sup>17</sup> อุทก มงคลานวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 32, ตอนที่ 1, น. 15 (2518).

<sup>18</sup> สุปิ่น พูลพัฒน์, “วัตถุที่ประสงค์ต้องห้าม,” *ตุลพาน*, เล่ม 8, ปีที่ 6, น.634 (สิงหาคม 2502).

<sup>19</sup> พระมนูภาคินวิมลศาสตร์, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดารลักษณะสัญญาผิดกฎหมาย*, (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479), น.21.

<sup>20</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, *กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.169.

อย่างยิ่งตำราที่เขียนขึ้นโดยผู้ประกอบวิชาชีพผู้พิพากษา) ได้ให้นิยามเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ในทำนองว่า การกระทำที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรือความสงบสุขในสังคมถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>21</sup> หากถือตามคำอธิบายดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าในทัศนะของศาล การกระทำต่าง ๆ ของพวกจำเลยอันผิดแผกไปจากแนวประเพณีปฏิบัติตามจารีตที่ยึดถือกันมาในคณะสงฆ์ไทย ประการสำคัญคือการประกาศไม่ยอมอยู่ภายใต้กฎหมายคณะสงฆ์ตลอดจนไม่ยอมรับอำนาจขององค์กรปกครองคณะสงฆ์อย่างมหาเถรสมาคม กระทำดังนี้ย่อมถือว่ากระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรืออีกนัยหนึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่ใช่ว่ารัฐไทยจะรับรองหรือคุ้มครองให้ในนามของเสรีภาพทางศาสนาที่สุดแม้พวกจำเลยจะนิยามตนเองเป็นคณะสงฆ์ในพุทธศาสนาเถรวาท<sup>22</sup> แต่รัฐย่อมไม่นับข้อเชื่อและสายการปฏิบัติ (school) เช่นนี้เป็นพุทธศาสนาเถรวาทแบบ “ทางการ” อันถือเป็นศาสนาประจำชาติแต่อย่างใด

ท่าทีของบรรดาองค์กรต่าง ๆ ของรัฐไทยที่ไม่ให้การรับรองสายการปฏิบัติ (school) แบบเถรวาททั้งของคณะภิกษุณีและสันตโศภคพงพองแสดงให้เห็นได้ว่า พุทธศาสนาแบบเถรวาทที่เป็นศาสนาประจำชาติหรือศาสนาทางการของไทยมิได้กินความถึงพุทธเถรวาทในทุก ๆ สายการปฏิบัติ แต่หมายเฉพาะพุทธเถรวาทในสายการปฏิบัติแบบ “ทางการ” ซึ่งถูกรับรองโดยรัฐผ่านโครงสร้างการปกครองตามกฎหมายว่าด้วยคณะสงฆ์เท่านั้น และกล่าวได้ว่าวิธีคิดและแนวปฏิบัติของรัฐไทยเป็นเช่นนี้มาโดยตลอดตั้งแต่อดีตจวบจนปัจจุบัน<sup>23</sup>

## 2. การบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้พุทธศาสนาเป็น “ศาสนาประจำชาติ”

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งมีการอภิปรายถกเถียงกันมาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในห้วงเวลาที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่คือ ควรบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้พุทธศาสนา (เถรวาท) เป็นศาสนาประจำชาติหรือไม่<sup>24</sup> จากการศึกษาพบว่าฝ่ายที่ไม่ปฏิเสธหรือเห็นด้วยกับการบัญญัติให้พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติในรัฐธรรมนูญ มักให้เหตุผลโดยอิงกับบริบททางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมที่พุทธศาสนามีความเกี่ยวเนื่องกับรัฐไทยมาโดยตลอด จนกล่าวได้ว่าประวัติศาสตร์ของประเทศไทยเป็นประวัติศาสตร์ของชนชาติที่นับถือพุทธศาสนา<sup>25</sup> การ

<sup>21</sup> อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม - สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), น.32 – 33, ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551), น.44

อนึ่ง ศักดิ์ยังให้ข้อสังเกตไว้ด้วยว่า การใดที่กระทบกระเทือนถึงศาสนาหรือหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่งอาจเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะศาสนาถือเป็นเรื่องของสังคมด้วย ดู ศักดิ์ สนองชาติ, *เพิ่งอ้าง*, น.45.

<sup>22</sup> คณะสงฆ์สันตโศภคยีนยันมาโดยตลอดว่ามีได้ตั้งตนเป็นนิกายใหม่ เพียงแต่ประกาศเป็น “นานาสังวาส” กับสงฆ์ฝ่ายมหาเถรสมาคม ซึ่ง (ตามความเข้าใจของสันตโศภค) มีผลให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะสงฆ์และการปกครองของมหาเถรสมาคม ดู แรจรวม ขาวหินฟ้า, “สันตโศภคไม่ใช่ “นิกาย” สันตโศภคเป็นแค่ “นานาสังวาส” กับสงฆ์เถรสมาคม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2562, จาก <https://www.asoke.info/Kid/k162/042.html> เช่นนี้จึงอนุมานได้ต่อไปว่าในทัศนะของสันตโศภคพวกตนจึงยังคงเป็นคณะสงฆ์ฝ่ายเถรวาทดุจเดียวกับก่อนประกาศตนเป็น “นานาสังวาส” ไม่ขึ้นกับการปกครองของคณะสงฆ์ไทยนั่นเอง.

<sup>23</sup> มีข้อสังเกตว่าพุทธศาสนาเถรวาทแบบทางการเช่นว่านั้นได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับการก่อรัฐสมัยใหม่ (modern state) ของไทยในสมัยรัชกาลที่ 4 – 6 ด้วย ดู ปฐม ตาคะนานันท์, คณะสงฆ์สร้างชาติ สมัยรัชกาลที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2551), น.210 - 211.

<sup>24</sup> กรณีประเทศอังกฤษนั้นด้วยเหตุที่ไม่มีรัฐธรรมนูญซึ่งประมวลไว้ในเอกสารฉบับเดียวกัน (Codified Constitution) จึงไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาเช่นนี้โดยสภาพ ตาม The Act of Supremacy, 1558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองอำนาจสูงสุดทางศาสนาของสถาบันกษัตริย์ ก็เพียงแต่ประกาศให้กษัตริย์หรือพระราชินี ทรงเป็น Supreme Governor แห่งศาสนจักรนิกายอังกฤษเท่านั้น.

<sup>25</sup> พระพรหมาคูณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), ความสำคัญของพระพุทธศาสนา ในฐานะศาสนาประจำชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร : ธรรมสภาและสถาบันบันลือธรรม, 2556), น.2.

บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเพียงการรับรองสิ่งที่มีอยู่แล้วโดยพฤตินัยให้ปรากฏในทางนิตินัยเท่านั้น<sup>26</sup> และกล่าวให้ถึงที่สุดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่รับรองให้พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติถือเป็นการดำรง “จารีต” ของรัฐ (กษัตริย์) ไทยในอดีตให้สืบเนื่องต่อมา ข้อเท็จจริงที่ว่าในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์กษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกย่อมรับรองพุทธศาสนาให้เป็นศาสนาประจำชาติไทยอยู่แล้วในตัว ตามหลัก “ศาสนาประจำชาติเป็นไปตามศาสนาของผู้ปกครอง” (Whose rule, his religion) อันมีมาแต่โบราณ ดังนั้น ภายใต้ระบอบการปกครองแบบ Constitutional Monarchy อย่างปัจจุบันที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและประมุขของรัฐคือกษัตริย์ต้องทรงอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าว ความเป็นศาสนาประจำชาติของพุทธศาสนาจึงควรได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ข้อความคิดเช่นนั้นสืบต่อมาจากสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างเป็นทางการนั่นเอง<sup>27</sup>

ขณะเดียวกันในงานวิชาการของฝ่ายที่ (เห็นด้วยกับการที่พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติไทยแต่) ไม่เห็นความจำเป็นของการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ ให้เหตุผลว่าข้อความที่ระบุในรัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกและทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก” เป็นการยืนยันสถานะพิเศษของพุทธศาสนาในสังคมไทยได้เป็นอย่างดี เพราะเมื่อกษัตริย์ผู้ทรงเป็นตัวแทนของชาติไทยต้องเป็นพุทธมามกเช่นนี้ ก็เท่ากับเป็นการรับรองไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่าพุทธศาสนาเป็นศาสนาของแผ่นดินนี้ แต่ขณะเดียวกันก็จักทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภกโดยพระราชทานความอุปถัมภ์บำรุงแก่ศาสนาอื่นที่มีผู้เคารพเลื่อมใสอยู่ในประเทศไทยด้วย<sup>28</sup> ข้างต้นจึงถือเป็นผู้โลบายและความสามารถเชิงภาษาอันชาญฉลาดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 อันเป็น “ต้นตำรับ” ของบทบัญญัติเช่นนี้ นับได้ว่าเป็น “การนำเอาความคิดเรื่องอัครศาสนูปถัมภกทางพุทธศาสนามาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และสานให้เข้ากับความคิดระบบพระมหากษัตริย์ให้เป็นความคิดธรรมราชาอย่างมีเอกภาพ”<sup>29</sup> ส่งผลให้สามารถบรรจุพุทธศาสนาซึ่งเป็นองค์คุณของชาติที่สำคัญเข้าไปในโครงสร้างของรัฐธรรมนูญได้อย่างลึกซึ้งและแนบเนียน การพยายามจะบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติเสียอีก ที่ได้ออกจะเป็นการนับถือศาสนาอย่างรุนแรง ไม่คำนึงถึงเสรีภาพในการนับถือศาสนาหรือพูดง่าย ๆ ว่า ไม่คิดถึงศาสนาอื่นเลยจะเอาแต่ของตัวเองเท่านั้น<sup>30</sup> จึงมีข้อพิจารณาต่อประเด็นนี้ว่า การไม่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ ดูจะเอื้อต่อประโยชน์เชิงรัฐประศาสน์ในแง่การสร้างความปลอดภัยต่อสมานฉันท์เป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันของคนในชาติ มากกว่าการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในลักษณะเช่นนั้น

<sup>26</sup> พระธรรมโกศาจารย์, “ศาสนาประจำชาติไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2561, จาก [http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent\\_desc.php?article\\_id=593&articlegroup\\_id=21](http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php?article_id=593&articlegroup_id=21).

<sup>27</sup> *เพ็ญอ้วน* อย่างไรก็ตาม มีผู้ตั้งข้อสังเกตต่อการให้เหตุผลเช่นนี้ด้วยกล่าวคือ การอ้างว่าพระราชปฏิบัติของกษัตริย์ในยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ทรงบำเพ็ญตนเป็นพุทธมามกเป็นสิ่งที่ต้องรักษาไว้ แม้สังคมไทยจะได้อกจากระบอบการปกครองดังกล่าวและเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยแล้ว ข้ออ้างเช่นนี้เป็นสิ่งที่ยังคงต้องมีการวิเคราะห์และไตร่ตรองต่อไป เนื่องจากเจตจำนงของรัฐในระบอบประชาธิปไตยย่อมมาจากเจตจำนงของปวงชนมิใช่มาจากเจตจำนงของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น ในรัฐเสรีประชาธิปไตยเช่นประเทศไทยปัจจุบัน การยกเอาเจตจำนงของบุคคลหรือสถาบันใดสถาบันหนึ่งขึ้นมาเป็นเจตจำนงของรัฐเช่นที่กล่าวข้างต้น จะถือว่าถูกต้องและเป็นธรรมตามระบอบการปกครองหรือไม่ ดู ชาญณรงค์ บุญหนุน, “ข้อถกเถียงเรื่องพุทธศาสนาประจำชาติไทยในรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์และข้อสังเกต,” ใน *ศาสนากับความรุนแรง*, บรรณาธิการโดย ปรีดี หงษ์สดัน และอัมพร หมดเดิ่น (กรุงเทพมหานคร : Illuminations Editions, 2562), น.449 – 450.

<sup>28</sup> ธงทอง จันทรางศุ, “การบัญญัติให้พระพุทธรูปเป็นศาสนาประจำชาติในรัฐธรรมนูญ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2561, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act106.pdf>.

<sup>29</sup> ปาฐกถา ปรีดี เกษมทรัพย์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันปรีดี พนมยงค์ 11 พฤษภาคม 2539 ซึ่งองค์ปาฐกเชื่อว่า หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์) ในฐานะ “*Moving spirit*” ของการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มีส่วนสำคัญในการผลักดันให้เกิดบทบัญญัติดังกล่าวขึ้น.

<sup>30</sup> ความเห็นของ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช อ้างถึงใน คึกฤทธิ์ คิดอย่างไร ? กับประเด็นพระพุทธรูปเป็นศาสนาประจำชาติ !, สืบค้นเมื่อวันที่ 6 เมษายน 2562, จาก <http://alittlebuddha.com/News%202007/March%2007/02%20March%2007.html>.

อนึ่ง ในระหว่างกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ปรากฏการเคลื่อนไหวขององค์กรของกลุ่มชาวพุทธที่ประสงค์ให้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ เช่นเดียวกับที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ แต่ถึงที่สุดแล้วคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ก็มีได้ดำเนินการตามข้อเรียกร้องดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>31</sup> โดยมีชัย ฤชุพันธุ์ ในฐานะประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ได้ชี้แจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า การบัญญัติเช่นนั้น “อาจเกิดปัญหาและไม่คุ้มค่า”<sup>32</sup> อย่างไรก็ตาม การ “พบกันครึ่งทาง” ในเรื่องนี้คือบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสองซึ่งบัญญัติว่า “ในการอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนา อันเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านาน รัฐพึงส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาทเพื่อให้เกิดการพัฒนาจิตใจและปัญญา และต้องมีมาตรการและกลไกในการป้องกันมิให้มีการบ่อนทำลายพระพุทธศาสนาไม่ว่าในรูปแบบใด และพึงส่งเสริมให้พุทธศาสนิกชนมีส่วนร่วมในการดำเนินมาตรการหรือกลไกดังกล่าวด้วย” ต่อบทบัญญัติข้างต้นมีข้อสังเกตดังนี้

แม้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 จะมีได้บัญญัติให้พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติแต่ก็ระบุไว้ในมาตรา 67 วรรคสองว่า “เป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านาน” ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าเนื้อความเช่นนี้มี “น้ำเสียง” ของการแสดงสถานะพิเศษของพุทธศาสนาเหนือศาสนาอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ถ้าถ้อยบัญญัติข้างต้นมิได้เพิกปรกฏเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ การบัญญัติทำนองเดียวกันยังเคยปรากฏในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 79 ด้วย ซึ่งข้อสังเกตคือในช่วงเวลากร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็มีกระแสนรณรงค์เรียกร้องจากกลุ่มชาวพุทธให้บัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองพุทธศาสนาให้เป็นศาสนาประจำชาติเช่นเดียวกัน เนื้อความที่ยกพุทธศาสนาไว้ในสถานะพิเศษทั้งในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560 ดังกล่าว คงเป็นผลพวงจากความพยายามประนีประนอมของผู้ร่างรัฐธรรมนูญกับข้อเรียกร้องเรื่องศาสนาประจำชาติของกลุ่มชาวพุทธนั่นเอง

อีกประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 67 วรรคสองที่น่าสนใจคือ ถ้อยบัญญัติส่วนท้าย “ต้องมีมาตรการและกลไกในการป้องกันมิให้มีการบ่อนทำลายพระพุทธศาสนาไม่ว่าในรูปแบบใด และพึงส่งเสริมให้พุทธศาสนิกชนมีส่วนร่วมในการดำเนินมาตรการหรือกลไกดังกล่าวด้วย” เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐด้านศาสนาในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550<sup>33</sup> ซึ่งบัญญัติในลักษณะให้รัฐต้องส่งเสริมความเข้าใจอันดีและการอยู่ร่วมกันอย่างสมานฉันท์ของทุก ๆ ศาสนาแล้ว มีผู้วิเคราะห์ว่าเนื้อความในมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันดูมี “น้ำเสียง” ที่รุนแรงและให้ภาพเสมือนหนึ่งพุทธศาสนากำลังตกอยู่ภายใต้การคุกคามหรือภัยอันตรายบางอย่าง จึงจำเป็นต้องมีอำนาจรัฐเข้ามาช่วยปกป้องคุ้มครอง ทั้งนี้ อนุมานได้ว่าการดำเนินการเช่นนี้นั้นย่อมสร้างผลกระทบต่อศาสนาอื่น ๆ อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงทำให้ภาพลักษณ์เกี่ยวกับนโยบายด้านศาสนาของไทยดูรุนแรงขึ้นกว่าที่ผ่านมา<sup>34</sup>

<sup>31</sup> สรุปร่างรัฐธรรมนูญ: กรธ. ไม่เขียน “พระพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ” แต่สั่งรัฐสนับสนุนเฉพาะพุทธเถรวาท, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2562, จาก <https://ilaw.or.th/node/4080>.

<sup>32</sup> “มีชัย” แกลงร่างรธน.ฉบับก่อนลงประชามติ เผยพิมพ์รอบแรก 2 พันเล่ม, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2562, จาก [https://www.khaosod.co.th/view\\_newsonline.php?newsid=1459242625](https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1459242625).

<sup>33</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

“มาตรา 73 รัฐต้องให้ความอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น ส่งเสริมความเข้าใจอันดีและความสมานฉันท์ระหว่างศาสนิกชนของทุกศาสนา รวมทั้งสนับสนุนการนำหลักธรรมของศาสนามาใช้เพื่อเสริมสร้างคุณธรรมและพัฒนาคุณภาพชีวิต”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

“มาตรา 79 รัฐต้องให้ความอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาซึ่งเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านานและศาสนาอื่น ทั้งต้องส่งเสริมความเข้าใจอันดีและความสมานฉันท์ระหว่างศาสนิกชนของทุกศาสนา รวมทั้งสนับสนุนการนำหลักธรรมของศาสนามาใช้เพื่อเสริมสร้างคุณธรรมและพัฒนาคุณภาพชีวิต”.

<sup>34</sup> เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง ใน Thailand Unsettled EP.4 | ศาสนาพุทธในรัฐธรรมนูญ เครื่องมือรัฐ-ชนชั้นนำ และระเบิดเวลาที่รอปะทุ, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2562, จาก <https://prachatai.com/journal/2018/12/80340>.

ที่สำคัญที่สุดคือ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ได้ทำให้ “พุทธศาสนาเถรวาท” ปรากฏตัวในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก โดยกำหนดให้ “รัฐพึงส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาทเพื่อให้เกิดการพัฒนาจิตใจและปัญญา” ซึ่งโฆษกคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญหรือ กรธ. (ชาติชาย ณ เชียงใหม่) ได้ชี้แจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า เหตุที่ต้องใส่คำว่า “พุทธศาสนาเถรวาท” ไว้ ก็เพราะในอดีตเรื่องเกี่ยวกับศาสนาอาจไม่อ่อนไหวเหมือนปัจจุบันที่ถือเป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อของสถาบันศาสนาทั่วโลก กล่าวคือเกิดลัทธิ นิกาย พิธีกรรมแปลก ๆ ใหม่ ๆ จึงจำต้องกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการรักษา “พุทธแท้” ไว้ ทั้งนี้ โฆษก กรธ.ยังให้ข้อมูลด้วยว่า ก่อนที่จะบัญญัติเรื่องนี้ในรัฐธรรมนูญ กรธ. ได้หารือกับผู้รู้ พระสงฆ์ชั้นผู้ใหญ่ ตลอดจนศึกษาจากงานวิจัยต่าง ๆ ครอบรอบแล้ว และเห็นว่าเป็นประโยชน์จึงระบุไว้เช่นนั้น ทั้งนี้ ไม่คิดว่ากรณีดังกล่าวจะเป็นเหตุให้เกิดความขัดแย้งหรือแตกแยกแต่อย่างใด<sup>35</sup> กระนั้น ในความเป็นจริงก็ปรากฏข้อร้องเรียนจากพระภิกษุสงฆ์ในฝ่ายจีนิกายและอนัมนิกายที่ไม่เห็นด้วยกับบทบัญญัติเช่นนี้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำแล้วดูเหมือนว่ารัฐจะสนับสนุนพุทธศาสนาเพียงนิกายเดียวคือเถรวาทเท่านั้น<sup>36</sup> มีพักต้องกล่าวถึงความเห็นทางวิชาการที่มีทั้งให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับขอบเขตที่ไม่ชัดเจนของถ้อยคำดังกล่าว อาทิ ความเห็นที่ตั้งคำถามว่าพุทธศาสนาเถรวาทในที่นี้หมายถึงพุทธของใคร เพราะในความเป็นจริงพุทธเถรวาทในไทยมีหลากหลายสำนัก หลายสายการปฏิบัติ<sup>37</sup> หรือกระทั่งบางท่านที่เชื่อว่าบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ขัดต่อหลักประชาธิปไตยในเรื่องการเลือกปฏิบัติทางศาสนา เนื่องจากเป็นการยกนิกายใดนิกายหนึ่งขึ้นมาให้ความสำคัญเหนือนิกายอื่น ๆ<sup>38</sup> จะอย่างไรก็แล้วแต่ สิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้คือการให้ความสำคัญกับพุทธศาสนาเถรวาทอย่างเห็นได้ชัดในบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ถือเป็นอีกหนึ่งข้อพิสูจน์ว่าภายใต้กรอบคิดของรัฐไทยนั้น พุทธศาสนาที่ถือเป็นศาสนาประจำชาติย่อมหมายถึงเฉพาะพุทธศาสนาในนิกายเถรวาทเท่านั้นไม่รวมถึงพุทธศาสนานิกายอื่นดังที่อภิปรายไว้แล้วก่อนหน้านี้ (ดูรายละเอียดในข้อ 2.)

มีประเด็นที่ท้าทายว่า การถกเถียงเรื่องขอบเขตของพุทธศาสนาที่เป็นศาสนาประจำชาติไทย ตลอดจนความเหมาะสมของการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญให้พุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ เหล่านี้อาจไม่สำคัญเท่ากับการขบคิดเพื่อหาข้อสรุปให้ได้ว่า โดยโครงสร้างของรัฐธรรมนูญไทยที่รับรองถึงสถานะอันพิเศษของพุทธศาสนาไว้ ทั้งด้วยการกำหนดให้บุคคลผู้จะดำรงตำแหน่งประมุขต้องนับถือพุทธศาสนาตามมาตรา 7 ทั้งด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐในมาตรา 67 ที่บทบาทของรัฐในฐานะผู้อุปถัมภ์และคุ้มครองพุทธศาสนาถูกเน้นย้ำเป็นพิเศษ มากกว่าบทบาทเช่นเดียวกันของรัฐที่มีต่อศาสนาอื่น ๆ อย่างเห็นได้ชัด โครงสร้างที่เป็นอยู่เช่นนี้เอื้ออำนวยต่อการคุ้มครองรักษาไว้ซึ่งเสรีภาพและความเสมอภาคทางศาสนาตามหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยหรือไม่เพียงใด จริงอยู่ อาจมีผู้แย้งว่าในบางประเทศทั้ง ๆ ที่มีศาสนาทางการหรือศาสนาประจำชาติ แต่ก็ยอมรับกันว่าประเทศเหล่านั้นเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ให้ความสำคัญคุ้มครองต่อเสรีภาพและความเสมอภาคทางศาสนาของประชาชน กรณีดังกล่าวนี้เช่น

<sup>35</sup> นับถอยหลังประชามติ รธน.: วิวาทะว่าด้วยเรื่อง “ศาสนา” ในรัฐธรรมนูญ, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2562, จาก <https://thaipublica.org/2016/06/referendum-6/>.

<sup>36</sup> ‘สนพ’ ชี้ ‘พระจีน’ ยื่นค้านมาตรา 67 ใน รธน.วอนรัฐสนับสนุน ‘นิกาย’ อื่นเท่าเทียมพุทธ ‘เถรวาท’, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2562, จาก [https://www.matichon.co.th/education/news\\_157637](https://www.matichon.co.th/education/news_157637).

<sup>37</sup> สมฤทธิ์ ลือชัย ใน มินหนกมาก!! นักวิชาการพุทธศาสนางร่าง รธน.มาตรา 67 ให้รัฐหนุน-เผยแผ่หลักธรรมพุทธ “เถรวาท” เท่านั้น, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2562, จาก [https://www.matichon.co.th/education/news\\_100020](https://www.matichon.co.th/education/news_100020)

ทั้งนี้ สมฤทธิ์ยังเห็นต่อไปว่าถึงที่สุดแล้วพุทธศาสนาเถรวาทที่อยู่ในข่ายจะได้รับการส่งเสริมและสนับสนุนจากรัฐจะต้องเป็นพุทธเถรวาทที่เอื้อประโยชน์ให้แก่รัฐเท่านั้น.

<sup>38</sup> ชาญณรงค์ บุญหนุน ใน นักวิชาการพุทธ ชี้รัฐธรรมนูญใหม่เปิดช่อง ‘โพยบูลย์’ สกัดพุทธนอกรีต, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2562, จาก [https://www.matichon.co.th/education/news\\_110125](https://www.matichon.co.th/education/news_110125) ชาญณรงค์เห็นด้วยว่า ผลที่สืบเนื่องมาจากบทบัญญัติดังกล่าวคือมีความเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่การออกกฎหมายเกี่ยวกับนิกายเถรวาทที่รัฐมีหน้าที่ต้องส่งเสริมและสนับสนุน ซึ่งในอีกด้านหนึ่งคือการออกกฎหมายมาควบคุมพระสงฆ์นิกายเถรวาทนั่นเอง เช่นอาจมีกฎหมายที่ห้ามองห้ามวัดหรือสำนักใดบิดเบือนคำสอนในนิกายเถรวาท และข้อกำหนดเช่นนี้ย่อมมีนัยของการนำไปใช้จัดการกับสายการปฏิบัติ (school) เถรวาทที่สอนแตกต่างออกไปจากสายการปฏิบัติเถรวาทแบบ “ทางการ”.

ประเทศอังกฤษที่มีคริสตศาสนานิกาย Anglican เป็นศาสนาทางการ (Established Religion) หรือศาสนาประจำชาติ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามสมควรตราไว้ด้วยว่า สำหรับอังกฤษนั้นในปัจจุบันเริ่มปรากฏงานวิชาการที่ชี้ให้เห็นว่า ศาสนาทางการอาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายได้ในตัวเอง (*in se*)<sup>39</sup> และระบบเช่นนี้มีได้ส่งเสริมต่อเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง โดยกระแสความคิดที่ทันสมัย (*state of art*) ในปัจจุบันแสดงให้เห็นว่าการมีศาสนาทางการกับผลกระทบต่อเสรีภาพในการนับถือศาสนา (*forum internum*) และเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา (*forum externum*) เป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ และข้อสรุปเช่นนี้มีความเป็นไปได้มากกว่า “วาทกรรม” ซึ่งพวกที่นิยมการมีศาสนาทางการประสงค์จะโน้มน้าวให้ผู้คนเชื่อว่าสิ่งดังกล่าวไม่กระทบต่อการคุ้มครองเสรีภาพในทางศาสนา แม้ว่าในเชิงนามธรรมรัฐอาจมีศาสนาทางการโดยให้ความเอื้อเฟื้อต่อศาสนาอื่นอย่างเต็มที่ไปพร้อม ๆ กันได้ แต่ข้อความคิดเช่นนี้เห็นจะเป็นได้แค่เพียงความคาดหวังเท่านั้น หรืออย่างน้อยที่สุดการกล่าววาทกรรมว่าศาสนาทางการหรือศาสนาประจำชาติไม่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นพหุนิยมทางศาสนา (Religious Pluralism) และเสรีภาพทางศาสนาของปัจเจกบุคคลได้ ก็คงเป็นการ “ด่วนสรุป” จนเกินไป<sup>40</sup> ในแง่ความเสมอภาคทางศาสนา ต่อข้อสรุปที่ว่า การมีศาสนาทางการหรือศาสนาประจำชาติมิได้ส่งผลกระทบต่อทิศทางดำเนินนโยบายของรัฐแต่อย่างใด เช่นนี้รัฐจึงยังคงสามารถปฏิบัติต่อทุกศาสนาอย่างเสมอภาคได้ กรณีดังกล่าวปรากฏข้อโต้แย้งของนักวิชาการด้วยเหตุผลว่า ในทางปฏิบัติอาจเป็นไปได้ยากที่ศาสนาหรือลัทธิความเชื่ออื่น ๆ จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกับศาสนาทางการ และอีกประการคือ รูปแบบเช่นนี้ย่อมเป็นการเจาะจงให้ศาสนาหรือความเชื่ออันใดอันหนึ่งเป็นเรื่อง “ทางการ” (official) และเมื่อศาสนาใดศาสนาหนึ่งกลายเป็น Established Church เสียแล้ว ย่อมก่อให้เกิดระยะห่างระหว่างรัฐกับศาสนาอื่นที่เป็น Non - Established Church โดยอัตโนมัติ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติของรัฐอยู่ในตัวเอง<sup>41</sup> รัฐที่ต้องการดำรงไว้ซึ่ง “ความเป็นกลางทางศาสนา” (Neutrality) จึงไม่อาจมีศาสนาทางการได้ และอาจกล่าวได้ว่า การไม่มีศาสนาทางการหรือศาสนาประจำชาติถือเป็นเงื่อนไขที่ขาดไม่ได้ (*sine qua non*) ของความเสมอภาคและเสรีภาพทางศาสนา

## บทสรุป

จากที่กล่าวมาทั้งหมดเห็นได้ว่า “พุทธศาสนา” ที่เป็นศาสนาประจำชาติของประเทศไทย ย่อมหมายถึงเฉพาะ “พุทธศาสนาเถรวาทแบบทางการ” ซึ่งถูกรับรองโดยรัฐตามโครงสร้างการปกครองภายใต้กฎหมายคณะสงฆ์เท่านั้น ซึ่งพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อสรุปข้างต้นปรากฏทั้งจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตลอดจนการกระทำและคำวินิจฉัยของบรรดาองค์กรของรัฐ ทั้งนี้ ในสังคมยังคงมีข้อถกเถียงอย่างต่อเนื่องต่อการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญให้พุทธศาสนา (เถรวาท) เป็นศาสนาประจำชาติ จะอย่างไรก็แล้วแต่ บทความนี้ได้ให้ข้อสังเกตด้วยว่า ประเด็นที่อาจสำคัญกว่าข้อวิเคราะห์และถกเถียงข้างต้นและสมควรได้รับการพิจารณาโดยละเอียดถี่ถ้วนต่อไปคือ การมีพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติเช่นนี้ ส่งผลกระทบต่อบทบาทของรัฐไทยในการคุ้มครองเสรีภาพและความเสมอภาคทางศาสนา ตามบทบาทและหน้าที่ของรัฐเสรีประชาธิปไตยหรือไม่ เพียงใด

<sup>39</sup> Jeroen Temperman, “Are State Churches Contrary to International Law ?,” Oxford Journal of Law and Religion, 2, 1, p.124 (2013).

<sup>40</sup> *Ibid*, p.132.

<sup>41</sup> Cornelis D. De Jong, The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations (1946 – 1992), (Antwerpen : Intersentia, 2000), p.740.

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

- โชติ ทองประยูร. กฎหมายคณะสงฆ์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การศาสนา กรมการศาสนา, 2506.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ปฐม ตาคะนานันท์. คณะสงฆ์สร้างชาติ สมัยรัชกาลที่ 5. กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2551.
- ปลื้ม โชติชูชูยางกูร. คำบรรยายกฎหมายคณะสงฆ์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2553.
- พระพรหมาคุมารณ์ (ป.อ. ปยุตโต). กรณีสันตติโสภ. พิมพ์ครั้งที่ 6. ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2531.
- \_\_\_\_\_. ความสำคัญของพระพุทธศาสนา ในฐานะศาสนาประจำชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : ธรรมสภาและสถาบันบันลือธรรม, 2556.
- พระมนูภาณวิมลศาสตร์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดารลักษณะสัญญาผิดกฎหมาย. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. นนทบุรี : นิติราษฎร์, 2554.
- \_\_\_\_\_. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551.
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2511) เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไป โดยย่อ. กรุงเทพมหานคร : บำรุงสาส์น, 2511.
- อัศววิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม – สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549.

### สารนิพนธ์

- ปิยนาด วรศิริ. “การเมืองเรื่องศาสนา : บทบาทและการดำเนินการของมหาเถรสมาคมต่อกรณีสันตติโสภ.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

### บทความในวารสารทางกฎหมาย

- สุปัน พูลพัฒน์. “วัตถุที่ประสงค์ต้องห้าม.” ตุลพาห. เล่ม 8. ปีที่ 6. (สิงหาคม 2502) : น.634.

อุกฤษ มงคลนาวิน. “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ. เล่มที่ 32. ตอนที่ 1. (2518) : 15.

### บทความจากหนังสือรวบรวมบทความ

ชาญณรงค์ บุญหนุน. “ข้อถกเถียงเรื่องพุทธศาสนาประจำชาติไทยในรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์และข้อสังเกต.” ใน ศาสนากับความรุนแรง. บรรณาธิการโดย ปรีดี หงษ์สตัน และอัมพร หมายเด้น. น.449 – 450. กรุงเทพมหานคร : Illuminations Editions, 2562.

### บทความในหนังสือพิมพ์

ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์. “‘ภิกษุณีห้ามเข้า’ ถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าไปในพระที่นั่งดุสิตมหาปราสาท.” มติชนสุดสัปดาห์. (6 - 12 มกราคม 2560) : น.69.

ทวีวัฒน์ ปุณฺทริกวิวัฒน์. “สามเนรีกับสิทธิทางกฎหมาย.” มติชน. (6 มิถุนายน 2547) : 6.

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง ใน Thailand Unsettled EP.4 | ศาสนาพุทธในรัฐธรรมนูญ เครื่องมือรัฐ-ชนชั้นนำ และ ระเบิดเวลาที่รอปะทุ. <https://prachatai.com/journal/2018/12/80340>, 16 กุมภาพันธ์ 2562.

คึกฤทธิ์ คิดอย่างไร ? กับประเด็นพระพุทธรูปเป็นศาสนาประจำชาติ !. <http://alittlebuddha.com/News%202007/March%2007/02%20March%2007.html>, 6 เมษายน 2562.

ชาญณรงค์ บุญหนุน ใน นักวิชาการพุทธ ชี้รัฐธรรมนูญใหม่เปิดช่อง ‘ไพบูลย์’ สกัดพุทธนอกรีด. [https://www.matichon.co.th/education/news\\_110125](https://www.matichon.co.th/education/news_110125), 16 กุมภาพันธ์ 2562.

จงทอง จันทรางศุ. “การบัญญัติให้พระพุทธรูปเป็นศาสนาประจำชาติในรัฐธรรมนูญ.” <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act106.pdf>, 14 มิถุนายน 2561.

นั้บถอยหลังประชามติ รธน.: วิวาทะว่าด้วยเรื่อง “ศาสนา” ในรัฐธรรมนูญ. <https://thaipublica.org/2016/06/referendum-6/>, 15 กุมภาพันธ์ 2562.

พระธรรมโกศาจารย์. “ศาสนาประจำชาติไทย.” [http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent\\_desc.php?article\\_id=593&articlegroup\\_id=21](http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php?article_id=593&articlegroup_id=21), 17 ตุลาคม 2561.

ไพบูลย์-ภิกษุณี ร้อง กสม.เสนอ ครม.แก้กฎหมายให้หญิงบวชได้. <https://prachatai.com/journal/2017/02/69950>, 1 ธันวาคม 2561.

“มีชัย” แฉลงร่างรธน.ฉบับก่อนลงประชามติ เผยพิมพ์รอบแรก 2 พันเล่ม. [https://www.khaosod.co.th/view\\_newsonline.php?newsid=1459242625](https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1459242625), 14 กุมภาพันธ์ 2562.

แรงรวม ชาวหินฟ้า. “สันติอโศกไม่ใช่ “นิกาย” สันติอโศกเป็นแค่ “นานาสังวาส” กับสงฆ์เถรสมาคม.” <https://www.asoke.info/Kid/k162/042.html>, 10 มกราคม 2562.



การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

‘สนพ’ ชี้ ‘พระจีน’ ยื่นคำนำมาตรา 67 ใน รธน.วอนรัฐสนับสนุน ‘นิกาย’ อื่นเท่าเทียมพุทธ ‘เถรวาท’. [https://www.matichon.co.th/education/news\\_157637](https://www.matichon.co.th/education/news_157637), 15 กุมภาพันธ์ 2562.

สมฤทธิ์ ลือชัย โน มินหนักมาก!! นักวิชาการพุทธศาสนาสร้าง รธน.มาตรา 67 ให้รัฐหนุน-เผยแผ่หลักธรรมพุทธ “เถรวาท” เท่านั้น. [https://www.matichon.co.th/education/news\\_100020](https://www.matichon.co.th/education/news_100020), 15 กุมภาพันธ์ 2562.

สมฤทธิ์ ลือชัย. “อคติและมายาคติที่ขัดขวางการฟื้นฟูภิกษุณีสงฆ์ฝ่ายเถรวาท.” <https://prachatai.com/journal/2016/07/67100>, 1 ธันวาคม 2561.

สรุปร่างรัฐธรรมนูญ: กรธ. ไม่เขียน “พระพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ” แต่สั่งรัฐสนับสนุนเฉพาะพุทธเถรวาท. <https://ilaw.or.th/node/4080>, 14 กุมภาพันธ์ 2562.

### คำพิพากษาคำวินิจฉัยและความเห็น

ความเห็นคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (วลพ.) เรื่อง การถูกปฏิเสธมิให้เข้าไปภายในพระบรมมหาราชวังเพื่อเจริญเมตตาจิตแด่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช ด้วยเหตุแห่งเพศ (คำร้องเลขที่ 05/2560).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3699 – 3739/2541.

มติมหาเถรสมาคมในการประชุมครั้งที่ 31/2545 วันที่ 29 พฤศจิกายน 2545 (มติที่ 512/2545).

มติมหาเถรสมาคมในการประชุมครั้งที่ 27/2557 วันที่ 11 ธันวาคม 2557 (มติที่ 609/2557).

รายงานผลการตรวจสอบที่ 344/2558 ลว. 22 มิถุนายน 2558 ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ สม 0003/1923 ลว. 6 กรกฎาคม 2558.

### ปาฐกถา

ปาฐกถา ปรีดี เกษมทรัพย์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. วันปรีดี พนมยงค์, 11 พฤษภาคม 2539.

### BOOKS

Cornelis D. De Jong. The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations (1946 – 1992). Antwerpen : Intersentia, 2000.

Mark Hill QC, Russell Sandberg, and Norman Doe. Religion and Law in the United Kingdom. Second Edition. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2014.

### ARTICLES

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

Jeroen Temperman. “Are State Churches Contrary to International Law ?.” Oxford Journal of Law and Religion. 2. 1. (2013) : p.124.

## ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทย LEGAL PROBLEMS ON NATIONAL STRATEGY ACT B.E. 2560 (2017 C.E.)

อภิชาติ คุณวัฒน์บัณฑิต\*  
Apichart Khunnawatbandit

### บทคัดย่อ

เมื่อทำการศึกษาความเป็นมาของการวางแผนพัฒนาและยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทยแล้ว จะสามารถแบ่งวิวัฒนาการของจัดทำวางแผนพัฒนาและยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทยได้ออกเป็นสี่ยุค ได้แก่ ยุคที่หนึ่ง คือ การจัดทำเค้าโครงการเศรษฐกิจ ที่ถือเป็นจุดเริ่มต้นในการวางแผนทิศทางการพัฒนาของประเทศ ยุคที่สอง คือ การจัดทำผังเศรษฐกิจของประเทศ ถือเป็นก้าวก่อตั้งคณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจชุดแรก พร้อมกับการเกิดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในหมวด “แนวนโยบายแห่งรัฐ” ยุคที่สาม คือ การจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจ (และสังคม) แห่งชาติ เป็นยุคที่ประเทศไทยได้ยกร่างแผนพัฒนาได้สำเร็จ โดยยังคงดำเนินการวางแผนควบคู่กับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญ และยุคที่สี่ คือ การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของการใช้แผนระยะยาวและมีสภาพบังคับทางกฎหมายเป็นครั้งแรก

ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติประสบความสำเร็จผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาความไม่ชัดเจนของการดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับยุทธศาสตร์ชาติบางประการ ซึ่งได้แก่ สถานะและผลทางกฎหมายของ “แผนยุทธศาสตร์ชาติ” ที่มีสถานะเช่นเดียวกับแผนงานตามกฎหมายอื่น ๆ ที่หากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องการให้แผนงานหรือประเด็นใดมีสภาพบังคับทางกฎหมาย ก็จำเป็นที่จะต้องเสนอประเด็นนั้น ๆ เป็นร่างกฎหมายไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณา โดยมีคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติทำหน้าที่หลักในการให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรี ฉะนั้นบุคคลที่มาร่วมเป็นองค์ประกอบในโครงสร้างของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติจึงต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญที่คณะรัฐมนตรีในระบอบประชาธิปไตยให้การยอมรับ สามารถให้ข้อเสนอแนะตามหลักวิชาการเพื่อให้การดำเนินการตามแผนยุทธศาสตร์ชาติซึ่งใช้ต่อเนื่องเป็นระยะเวลา 20 ปี ประสบความสำเร็จ

ทางด้านเนื้อหาในการบัญญัติให้นโยบายของรัฐบาลให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ รัฐบาลต้องมุ่งเน้นการดำเนินการไปตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งต้องสอดคล้องกับหลักเสรีประชาธิปไตยและนิติรัฐ โดยให้นำแนวนโยบายแห่งรัฐไปเป็นแนวทางในการตรากฎหมาย (ของฝ่ายนิติบัญญัติ) และนำมากำหนดเป็นนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน (ของรัฐบาล) ขณะที่ความรับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรียังคงต้องให้ความสำคัญในการรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร

ทางประเด็นการติดตามตรวจสอบและประเมินผล การตีความความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องระหว่างการบริหารตามนโยบายรัฐบาลกับยุทธศาสตร์ชาติมีลักษณะที่มีความเป็นนามธรรมสูงมาก ความเหมาะสมในหลายกรณีย่อมมีลักษณะผันแปรไปตามช่วงเวลาและบริบทของสังคมที่มีการตีความ ขณะที่การปฏิบัติตามหลักการอันมีคุณค่าพื้นฐานสากล ได้แก่ ประเด็นในเรื่องสิทธิมนุษยชน เสรีภาพของประชาชน หรือการพัฒนาศักยภาพของมนุษย์ กลับไม่ได้ถูกบรรจุไว้ในกรอบการประเมิน หรือบางเรื่องแม้จะมีการกำหนดในกรอบของแผนยุทธศาสตร์ชาติแต่ก็ไม่สามารถปฏิบัติได้เนื่องจากมีความเป็นนามธรรมสูงมาก ซึ่งเรื่องเหล่านี้ล้วนมิใช่ความผิดของผู้ปฏิบัติ หากแต่ข้อบกพร่องต่าง ๆ เหล่านี้ย่อมเกิดขึ้นจากตัวชีวิตในการประเมินผล นอกจากนั้น แม้วากฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติจะได้อำนาจให้มีการทบทวนยุทธศาสตร์ชาติในทุก ๆ ห้าปี เพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมยุทธศาสตร์ชาติแล้วก็ตาม แต่หากมีการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติแล้วมีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงกลับไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายที่จะพิจารณาหาหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับผิดชอบ ขณะที่หากพิจารณาตามหลักกฎหมายมหาชนแล้ว ปัจจัยสำคัญที่สุดต่อการคงอยู่และ

\* นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักวิเคราะห์นโยบายและแผนชำนาญการ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี

ความสำเร็จของกฎหมายจัดทำยุทธศาสตร์ชาติซึ่งเป็นผลงานของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ก็คือความยืดหยุ่นของตัวยุทธศาสตร์ชาติและการดำเนินการของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐและเสรีประชาธิปไตย

### คำสำคัญ

ยุทธศาสตร์ชาติ, แผน 20 ปี, คณะรักษาความสงบแห่งชาติ

### ABSTRACT

From 1932 revolution of Siam, The Thailand’s development plan was established as the first five-year plan to promote subjects related to economics. Since then, Thailand has expanded its subject areas to cover economic social and development. The next 20 years, after Constitution of the Kingdom of Thailand (B.E. 2560 (2017)) and the National Strategy Preparation Act B.E. 2560 comes into use, The National Strategy ; The 20-year plan for national development will come into effect as a “framework” for the legislation, public decision and implementation of government policies. All government agencies and public organizations are required to comply with the master plan including budget allocations must be in line. Also elected governments failing to comply with the plan will face impeachment.

In a Representative, the will of the state is formulated and expressed not directly by the people themselves, but by their representatives to whom they delegate the power deliberation and decision-making. Many have questioned about the appropriate framework of the National Strategy. Will the next elected government that comes to power have enough independence to govern and determine its own policies? In addition, what will be the role of the National Strategy Committee (NSC) and what relationship will it have with the Cabinet for its implementation of the National Strategy. Although, whoever becomes the prime minister must chair as The NSC, the board will be prepare a draft and give opinions for the cabinet. Thus, in this regard governments will be able to determine its policies, plans and projects suitable to the situation in the future ; however, the NSC shall exercise such power through the cabinet or governmental actions in accordance with the rule of law.

### Keywords

The 20-year Plan, National Strategy, National Council for Peace and Order

## บทนำ

ภารกิจของรัฐสมัยใหม่มีเป้าหมายในการตอบสนองความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของประชาชนและสมาชิกในสังคม สำหรับประเทศไทยกลับประสบปัญหาจากการดำเนินการนโยบายต่าง ๆ ที่ไม่มีความต่อเนื่องอันเป็นผลจากการขาดเสถียรภาพในทางการเมือง มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลบ่อยครั้งและนักการเมืองต่างมุ่งหวังตัวนโยบายเพื่อผลประโยชน์ในทางการเมือง ภายหลังจากเหตุการณ์รัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีและหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้มีดำริให้มีการจัดทำแผนระยะยาวหรือที่เรียกกันว่า “ยุทธศาสตร์ชาติ” ขึ้น สอดคล้องกับข้อเสนอของสภาปฏิรูปแห่งชาติที่ต้องการให้มีแผนระยะยาว 20 ปี เพื่อมุ่งหวังให้เป็นเครื่องรับประกันความต่อเนื่องของการพัฒนาประเทศ โดยได้มีการกำหนดไว้ในหมวดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้มีการจัดทำและประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ

ผลที่หลีกเลี่ยงไม่ได้จากการตราและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติคือผลกระทบต่อระบบกฎหมาย เนื่องจากโดยปกติแล้วการวางเป้าหมายในการพัฒนาประเทศเป็นบทบาทหน้าที่หลักของคณะรัฐมนตรีผู้ใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายบริหาร การดำเนินการตามนโยบายหรือแผนงานโครงการของรัฐบาลย่อมอยู่ในดุลยพินิจการตัดสินใจของรัฐบาล โดยใช้กลไกการบริหารราชการแผ่นดินและกลไกทางงบประมาณ โดยไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย ขณะที่การดำเนินการควบคุมตรวจสอบการตัดสินใจทางนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบาลย่อมเป็นการตรวจสอบในทางการเมือง โดยองค์กรที่สามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้แก่ รัฐสภา องค์กรอิสระ และองค์กรภาคประชาสังคมและภาคประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบผ่านการเลือกตั้งและการแสดงเจตจำนงของรัฐผ่านทางกระบวนการการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา อย่างไรก็ตามการศึกษาข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ รากฐานทางทฤษฎี ความหมาย วัตถุประสงค์ และรูปแบบของนโยบายสาธารณะ จะทำให้สามารถเข้าใจในตัวยุทธศาสตร์ชาติได้ถ่องแท้ยิ่งขึ้น

### 1. ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับยุทธศาสตร์ชาติ

#### 1.1 เจตจำนงแห่งรัฐ : รากฐานทางทฤษฎีของการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ

เจตจำนงแห่งรัฐ (Will of the state) หรือ วัตถุประสงค์ของรัฐ<sup>1</sup> เป็นเกณฑ์หนึ่งในทางรัฐศาสตร์ที่อธิบายถึงเป้าหมายของระบอบการปกครองในแต่ละรูปแบบ นับตั้งแต่การเป็นชุมชนทางการเมืองที่เป็นระบบจนพัฒนาสู่การเป็นรัฐสมัยใหม่อันมีพัฒนาการมาเป็นลำดับ โดยเราสามารถจัดหมวดความคิดตามเจตจำนงแห่งรัฐ ออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ นับตั้งแต่การเสนอว่ารัฐเกิดขึ้นเพื่อสนับสนุนส่งเสริมคุณธรรมและความยุติธรรมในสมัยกรีกโบราณ การที่มองว่ารัฐจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของพระเจ้าโดยไม่จำเป็นต้องใส่ใจต่อเจตจำนงของมนุษย์ในยุคกลาง การมองว่าทุกคนในรัฐจะต้องมุ่งสละชีวิตของตนเพื่อเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ และแผ่นดิน ตามทัศนคติของลัทธินาซี หรือการกำหนดวัตถุประสงค์ของรัฐเพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตของแต่ละบุคคลซึ่งสะท้อนเจตจำนงของรัฐผ่านการเลือกตั้งในปัจจุบัน<sup>2</sup>

ในทางกฎหมายมหาชน การแสดงเจตจำนงของรัฐได้แสดงออกผ่านทางกระบวนการการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา โดยมีรูปแบบการปกครองตามตัวบทกฎหมายหรือการปกครองตามหลักนิติรัฐ ดังกรณีการ

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557)

<sup>2</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights ค.ศ.1948) ข้อ 21 ซึ่งได้รับการรับรองและประกาศโดยอสมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เอ (III) วันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 และประเทศไทยได้ให้การออกเสียงสนับสนุน

ข้อ 21 ทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศตน โดยตรงหรือผ่านผู้แทนซึ่งได้รับเลือกตั้งโดยอิสระ ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศตนโดยเสมอภาค เจตจำนงของประชาชนจะต้องเป็นพื้นฐานแห่งอำนาจการปกครอง ทั้งนี้ เจตจำนงนี้จะต้องแสดงออกทางการเลือกตั้งตามกำหนดเวลาและอย่างแท้จริง ซึ่งต้องเป็นการออกเสียงอย่างทั่วถึงและเสมอภาค และต้องเป็นการลงคะแนนลับ หรือวิธีการลงคะแนนโดยอิสระในทำนองเดียวกัน

เกิดขึ้นของพระราชบัญญัติสิทธิที่เรียกว่า Bill of rights ในปี ค.ศ.1689 นับตั้งแต่การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองในยุโรป ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการคลังมหาชน คือห้ามกษัตริย์จัดเก็บภาษีโดยไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภาที่เป็นตัวแทนของประชาชน จนนำมาสู่หลักที่เรียกกันว่า หลักความยินยอม (The Principle of Consent) นั้นหมายความว่า การดำเนินการต่างๆ ของรัฐจะต้องแสดงออกในรูปแบบของกฎหมาย และบุคคลที่จะดำเนินการในภารกิจต่างๆ ของรัฐจะต้องมีที่มาจากความเป็นผู้แทนของราษฎรด้วย

การสะท้อนการมีเจตจำนงของรัฐนำมาซึ่งการกำหนดเป้าหมายและกำหนดภารกิจต่าง ๆ ที่รัฐจะต้องดำเนินการ โดยหากเมื่อพิจารณาจากคุณค่าของหลักประชาธิปไตยและคุณค่าของหลักนิติรัฐแล้ว ย่อมจะเห็นว่ารัฐมีภารกิจที่สำคัญในเรื่องต่างๆ ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและความปลอดภัยของรัฐ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน การจัดการศึกษาและการทำงานบำรุงศิลปวัฒนธรรม การจัดสวัสดิการสังคมและการสร้างความเป็นธรรมในสังคม การส่งเสริมและการควบคุมกำกับเศรษฐกิจ และการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

## 1.2 ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับยุทธศาสตร์ชาติ

### 1.2.1 ความหมายของยุทธศาสตร์

คำว่า ยุทธศาสตร์ หรือ Strategy ในภาษาอังกฤษมีรากศัพท์มาจากภาษากรีกโบราณคำว่า Strategos ซึ่งหากเป็นคำนามจะแปลว่า “นายพลผู้นำทัพ” และหากคำกริยาจะหมายถึงการวางกลวิธีเพื่อโจมตีฝ่ายศัตรูด้วยการใช้กำลังพลและอาวุธยุทธโธปกรณ์อย่างมีประสิทธิภาพ” สำหรับประเทศไทยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้คำนิยามของคำว่ายุทธศาสตร์ ว่า “วิชาว่าด้วยการพัฒนาและการใช้อำนาจทางการเมือง เศรษฐกิจ จิตวิทยา และกำลังรบทางทหารตามความจำเป็นทั้งในยามสงบและยามสงคราม” นอกจากนี้อาจหมายความได้ถึง “ที่มีความสำคัญทางการเมือง เศรษฐกิจ จิตวิทยา และกำลังรบทางทหาร ทั้งในยามสงบและยามสงคราม เช่น จุดยุทธศาสตร์.”

การนำคำว่ายุทธศาสตร์มาใช้เป็นเทคนิคในทางการบริหารเริ่มต้นในช่วงทศวรรษที่ 1950 อันเป็นบริบทในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง มุลนิธิฟอร์ดภายใต้การนำของโรเบิร์ต แมคนามารา (Robert Mcnamara) อดีตผู้บัญชาการทหารสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้สนับสนุนให้มหาวิทยาลัยต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา ทำการวิจัยเชิงประยุกต์ให้นำยุทธศาสตร์ทางการทหารของกองทัพอากาศสหรัฐอเมริกามาใช้ประโยชน์ทางการบริหาร และนำแนวคิดด้านการวางแผนในรูปแบบนี้เผยแพร่ไปยังหลายประเทศทั่วโลก รวมถึงไทยด้วย

ส่วนคำว่า “ยุทธศาสตร์ชาติ” ในประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกรอบแนวคิดในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง<sup>3</sup> สืบทอดมาผ่านการศึกษานักศึกษาในหลักสูตรวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร<sup>4</sup> โดยได้กรอบแนวคิดของยุทธศาสตร์โดยเน้นในเรื่องของปัจจัยอำนาจและสะท้อนกลับไปเพื่อใช้เป็นอำนาจในการควบคุมเรื่องต่างๆ ความหมายของคำว่า ยุทธศาสตร์ (Strategy) หมายถึง กระบวนการที่เชื่อมโยงระหว่างเครื่องมือหรือวิธีการและวัตถุประสงค์ ส่วนคำว่า ยุทธศาสตร์ชาติ (National Strategy) หมายความว่า กระบวนการที่ได้มาซึ่งเป้าหมายของชาติ ที่มีจะถูกกล่าวถึงในรูปของผลประโยชน์แห่งชาติ บทบาทของกระบวนการกำหนดยุทธศาสตร์คือ แปลผลประโยชน์แห่งชาติให้เป็นวิธีการ หรือเครื่องมือที่จะทำให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์แห่งชาติ ส่วนเครื่องมือหรือวิธีการต่าง ๆ จะถูกกล่าวถึงในรูปของเครื่องมือกำลังอำนาจแห่งชาติ<sup>5</sup> ได้แก่ การเมือง เศรษฐกิจ สังคมจิตวิทยา การทหาร วิทยาศาสตร์เทคโนโลยี การพลังงาน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

<sup>3</sup> สุเทพ สุวรรณิน, “ยุทธศาสตร์ชาติ” เนื่องในงานพระราชทานเพลิงศพ พันเอก สุเทพ สุวรรณิน ฌาปนสถาน กองทัพบก วัดโสมนัสวิหาร, 2505 : น.9-22

<sup>4</sup> สถาปณารูปแห่งชาติ, วาระการปฏิรูปพิเศษ 4 : การกำหนดยุทธศาสตร์ชาติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, กรกฎาคม, 2558)

<sup>5</sup> เครื่องมือกำลังอำนาจแห่งชาติ ในข้อความข้างต้นจะมีที่มาจากการศึกษาวิเคราะห์กำลังอำนาจแห่งชาติด้านต่างๆ ในภาพรวมได้แก่ กำลังอำนาจ ด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคมจิตวิทยา การทหาร และวิทยาศาสตร์เทคโนโลยี การพลังงาน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร โดยมีกำลังอำนาจแห่งชาติที่เป็นรูปธรรมได้แก่

ขณะที่ในทางกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ได้ให้นิยามแก่คำว่า ยุทธศาสตร์ชาติ หมายถึง ยุทธศาสตร์ชาติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติซึ่งเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกัน เพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว<sup>6</sup>

#### 1.2.2 วัตถุประสงค์และผลของการวางแผนยุทธศาสตร์

การวางแผนยุทธศาสตร์มีวัตถุประสงค์และส่งผลในด้านต่าง ๆ นับตั้งแต่การเป็นการประมวลข้อมูลที่เกิดขึ้นในอดีตจวบจนปัจจุบัน การใช้ดุลพินิจวางแนวทางการดำเนินงานด้านต่าง ๆ หรือการทำการตัดสินใจเพื่อควบคุมสิ่งต่าง ๆ ในอนาคต ส่วนจะเป็นระยะเวลาสั้นเท่าใดเป็นเรื่องที่ยากที่หาความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตได้ตายตัว เพราะบางเรื่องเราควรคาดการณ์อนาคตแค่เพียงไม่กี่วินาที ขณะที่บางเรื่องเราควรคาดการณ์มองอนาคตไปในระยะยาวหลายสิบปี<sup>7</sup> ทั้งนี้ ตามสภาพบริบทของขอบเขตแต่ละประเด็นที่เราสามารถคาดการณ์และจินตนาการออกได้ อย่างเป็นรูปธรรม การกำหนดระยะเวลาของสิ่งที่คาดการณ์ให้เหมาะสมจึงเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่งที่จะทำให้การวางแผนประสบความสำเร็จ

#### 1.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายสาธารณะและแผนยุทธศาสตร์

จากการศึกษาแนวคิดของการวางแผนข้างต้น จะพบว่าการวางแผนยุทธศาสตร์ของภาครัฐและการดำเนินนโยบายสาธารณะและมีความสัมพันธ์ระหว่างกันและกันอย่างแยกไม่ออก แต่ความหมายของคำว่านโยบายสาธารณะจะกินความกว้างขวางมากไปกว่าคำว่ายุทธศาสตร์มาก เนื่องจากยุทธศาสตร์เป็นเรื่องของการตัดสินใจวางแผนที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ขณะที่ความหมายของนโยบายสาธารณะได้หมายความรวมถึงสิ่งที่รัฐบาลตัดสินใจเลือกที่จะไม่กระทำ<sup>8</sup> ทั้งกิจกรรมที่เป็นกิจวัตรและกิจกรรมที่เกิดขึ้นในบางโอกาส โดยในส่วนของรัฐบาลเลือกจะไม่กระทำถือว่าเป็นสาระสำคัญของนโยบายสาธารณะเท่าเทียมกันกับการเลือกกระทำที่สะท้อนคุณค่าไม่ต้อยไปกว่าส่วนที่รัฐบาลเลือกที่จะกระทำเช่นกัน เนื่องการตัดสินใจต่าง ๆ ของรัฐบาลล้วนส่งผลกระทบต่อทั้งทางบวกทางลบต่อประชาชน ขณะที่ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการกำหนดนโยบายก็คือฝ่ายบริหาร หรือ รัฐบาล หากรัฐบาลกำหนดนโยบายที่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน ทั้งในด้านค่านิยมของสังคมและการดำรงชีวิตอย่างมีคุณภาพของประชาชน จะทำให้รัฐบาลได้รับความเชื่อถือจากประชาชน โดยอาจได้รับความไว้วางใจจากการเลือกตั้งให้ทำหน้าที่รัฐบาลบริหารประเทศต่อไปอีก ในทางตรงกันข้าม หากรัฐบาลกำหนดนโยบายที่ไม่สอดคล้องกับค่านิยมหรือความต้องการของประชาชน ประชาชนอาจรวมตัวกันคัดค้านเพื่อกดดันให้รัฐบาลเปลี่ยนแปลงนโยบายหรืออาจมีผลรุนแรงถึงขั้นทำให้รัฐบาลต้องหมดอำนาจไป และอาจส่งผลให้รัฐบาลหมดโอกาสในการบริหารประเทศ ด้วยการพ่ายแพ้การเลือกตั้งให้กับพรรคการเมืองที่สามารถกำหนดนโยบายที่ดีกว่า ซึ่งสะท้อนการแสดงเจตจำนงของรัฐผ่านการเลือกตั้งและกระบวนการรัฐสภา

#### 1.2.4 รูปแบบของนโยบายสาธารณะและแผนยุทธศาสตร์

เมื่อใช้หลักการทางกฎหมายมหาชนเป็นเกณฑ์ในการจำแนกรูปแบบของนโยบายสาธารณะ เราสามารถจำแนกรูปแบบของนโยบายสาธารณะออกเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่ นโยบายสาธารณะที่แสดงเป็นรูปแบบกฎหมาย

---

ภูมิศาสตร์ ภูมิรัฐศาสตร์ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการทูต การเศรษฐกิจ การศึกษา ประชากร การทหาร วิทยาศาสตร์เทคโนโลยี ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การพลังงาน กับที่เป็นนามธรรมได้แก่ ลักษณะและเอกลักษณ์ประจำชาติ อุดมการณ์ของชาติ แบบแผนของชาติ วัฒนธรรม ประเพณี ภาวะผู้นำ ความเชื่อ ศาสนา จริยธรรม และความจงรักภักดี

<sup>6</sup> ตามนิยามในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 65

<sup>7</sup> ปกรณ์ ปรียากร. การวางแผนกลยุทธ์ แนวคิดและแนวทางเชิงประยุกต์. พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เสมอธรรม, 2549).

<sup>8</sup> สมบัติ อารังธยวงศ์ , นโยบายสาธารณะ แนวคิด การวิเคราะห์และกระบวนการ. พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เสมอธรรม, 2556).

นโยบายสาธารณะที่แสดงออกในรูปแบบของการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา นโยบายสาธารณะที่เป็นมติคณะรัฐมนตรี และในรูปแบบของแผนงานหรือโครงการที่เป็นสายลักษณะอักษร

#### 1.2.4.1 นโยบายสาธารณะในรูปแบบกฎหมาย

นโยบายสาธารณะในรูปแบบของกฎหมาย สามารถอธิบายโดยกรอบของบ่อเกิดของกฎหมาย (Source of Law) ใน 4 รูปแบบ คือ

1) กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การออกกฎหมายถือเป็นการแสดงเจตจำนงหรือการเลือกตั้งสติใจอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐผ่านกระบวนการของรัฐสภา โดยอาศัยความชอบธรรมจากผู้แทนของประชาชนในการให้ความเห็นชอบออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้<sup>9</sup> ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดอำนาจให้คณะรัฐมนตรี ศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งประชาชนเข้าชื่อเพื่อเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาได้

2) กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร นอกจากกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ฝ่ายบริหารที่ได้รับแต่งตั้งและมอบอำนาจจากผู้แทนประชาชนยังสามารถตรากฎหมายขึ้นตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ ให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและต้องไม่มีบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน อาทิเช่น การตราพระราชกำหนด อันได้แก่พระราชกำหนดทั่วไป และพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีและเงินตรา หรือการออกกฎหมายลำดับรอง อันได้แก่ การออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งถือเป็นการกำหนดนโยบายประเภทหนึ่ง

3) กฎหมายที่โดยองค์การมหาชนที่มีอำนาจอิสระ (autonomy)<sup>10</sup> อาทิ กฎหมายซึ่งบัญญัติโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติ ข้อบังคับขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์การเหล่านี้จะใช้อำนาจได้เฉพาะที่มีกฎหมายให้อำนาจนั้นไว้และต้องไม่ใช้อำนาจเกินขอบเขตกว่าที่กฎหมายกำหนด ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละแห่งย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดนโยบายเฉพาะแต่ในพื้นที่ที่ตนได้รับอำนาจมาตาม “หลักการกระจายอำนาจในเชิงพื้นที่ (Decentralization territorial)” เท่านั้นเว้นแต่เป็นความร่วมมือระหว่างท้องถิ่นซึ่งมีขั้นตอนและวิธีการต่างหากตามที่กฎหมายกำหนดเนื้อหาและวิธีการไว้

4) คำพิพากษาบรรทัดฐานของฝ่ายตุลาการ ซึ่งสามารถพิจารณาออกเป็น 2 แนวทาง โดยในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ คำพิพากษาของกฎหมายไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย ส่วนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าหลักคำพิพากษาของศาลเป็นหลักทางกฎหมาย โดยคำพิพากษาบรรทัดฐานของฝ่ายตุลาการมีผลกระทบในทางอ้อมต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีหน้าที่หลักที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักนิติรัฐและไม่เป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอข้อสังเกตให้ชัดเจนว่า บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญอย่างหนึ่งคือ “รัฐธรรมนูญ” ไม่ควรถือเอาเป็นการกำหนดนโยบายสาธารณะได้ เนื่องจากในประเทศที่ปกครองตามหลักนิติรัฐ ผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญ หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งสถาบันในรัฐธรรมนูญจะกำหนดกฎเกณฑ์ทาง รัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ การจัดสรรอำนาจและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันในรัฐธรรมนูญ และการให้การรับประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอีกประการหนึ่ง ลักษณะสำคัญทั้งสองประการดังกล่าวถือเป็นสิ่งพื้นฐานที่รัฐไม่สามารถเลือกที่จะ “ไม่กระทำ” ตามหลักนโยบายสาธารณะได้ กรณีที่รัฐเลือกที่จะไม่กระทำตามรัฐธรรมนูญจึงมีกรณีเดียวคือการที่ประชาชนหรือผู้แทนประชาชนเห็นพ้องร่วมกันอย่างเป็นทางการ (Consensus decision-making) ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตราใดไม่สอดคล้องกับเจตจำนงแห่งรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป จึงเสนอให้ทำการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เข้ากับเจตจำนงดังกล่าวและปฏิบัติตามกรอบแห่งรัฐธรรมนูญต่อไป

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26.

<sup>10</sup> ผศ.ดร.ณัฐพล ใจจริง และกฤษฎณ์ วงศ์วิเศษธร, “ข้อบัญญัติท้องถิ่น,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2561, จาก [http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ข้อบัญญัติท้องถิ่น\\_\(ผศ.ดร.ณัฐพล\\_ใจจริงและกฤษฎณ์\\_วงศ์วิเศษธร\)](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ข้อบัญญัติท้องถิ่น_(ผศ.ดร.ณัฐพล_ใจจริงและกฤษฎณ์_วงศ์วิเศษธร)).



#### 1.2.4.2 นโยบายสาธารณะที่เป็นการแปลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา

การแปลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา ได้แก่ นโยบายทั่วไปที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องแสดงเจตนาารมณ์ของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาว่า ภายในวาระการดำรงตำแหน่งของคณะรัฐมนตรี จะมีบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งการแก้ปัญหาในระยะเร่งด่วนและแนวทางในการแก้ไขปัญหาในระยะยาวอย่างไร เมื่อสมาชิกรัฐสภาได้รับทราบนโยบายของคณะรัฐมนตรีแล้ว คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีจะเป็นข้อผูกมัดให้คณะรัฐมนตรีต้องบริหารราชการให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา สาเหตุที่คณะรัฐมนตรีต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภานั้น<sup>11</sup> ก็เพราะคณะรัฐมนตรีไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรง ดังเช่นในกรณีของระบบประธานาธิบดี แต่คณะรัฐมนตรีมาจากการเลือกตั้งทางอ้อม ซึ่งโดยปกติแล้วประชาชนจะเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเป็นตัวแทนในการทำหน้าที่นิติบัญญัติ และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมากเลือกสมาชิกด้วยกันคนหนึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีและจัดตั้งคณะรัฐมนตรี เพื่อนำนโยบายที่ใช้ในการหาเสียงในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาใช้เป็นนโยบายบริหารราชการแผ่นดิน และควรให้รัฐสภามีโอกาสเข้าตรวจสอบหรือควบคุมได้ตั้งแต่ในเบื้องต้น เพราะนโยบายของรัฐบาลอาจเป็นประเด็นที่เกี่ยวพันหรืออาจนำไปสู่การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจในโอกาสต่อไป ทั้งนี้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรถือเป็นองค์กรหลักที่คณะรัฐมนตรีจะรับผิดชอบต่อการกำหนดนโยบายและแผนงานต่าง ๆ เนื่องจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน เป็นตัวแทนในรัฐสภาและเป็นตัวแทนในการบริหารบ้านเมือง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อวุฒิสภาหรือ สมาชิกวุฒิสภาจึงควรมีที่มาที่มีจุดยึดโยงกับประชาชน ส่วนสมาชิกวุฒิสภาผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการแต่งตั้ง ควรมีอำนาจหน้าที่เพียงการกลั่นกรองงานนิติบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎร

#### 1.2.4.3 นโยบายสาธารณะในรูปแบบที่เป็นมติคณะรัฐมนตรี

มติคณะรัฐมนตรีถือได้ว่าเป็นแนวนโยบายในการดำเนินงานของส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐในระดับต่าง ๆ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้ให้คำนิยามของมติคณะรัฐมนตรีว่า<sup>12</sup> มติคณะรัฐมนตรีคือผลการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรีในการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายของคณะรัฐมนตรี เช่น มติคณะรัฐมนตรี เกี่ยวกับการอนุมัติร่างกฎหมาย การอนุมัติงบประมาณ การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการการกำหนดระเบียบและแบบแผนในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไปมติคณะรัฐมนตรีมีผลใช้บังคับกับส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจองค์การมหาชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานต่าง ๆ ดังกล่าว เว้นแต่เป็นเรื่องที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สิ่งที่ต้องพิจารณาอยู่เสมอคือสถานะของมติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมายและจะขัดต่อกฎหมายไม่ได้ รวมทั้งไม่สามารถอ้างเป็นข้อยกเว้นบทกฎหมายได้ ดังนั้น ในกรณีที่มติคณะรัฐมนตรีมีมติในเชิงนโยบายให้ดำเนินการเรื่องใด ซึ่งมีกฎหมายที่เป็นอุปสรรคในการดำเนินการ หน่วยงานของรัฐก็ยังไม่สามารถดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีนั้นได้จนกว่าจะแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เกิดอำนาจในการดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเสียก่อน ส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐพบว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เคยปฏิบัติอยู่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายให้หน่วยงานของรัฐเสนอขอปรับปรุงหรือขอยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต่อไป

#### 2.2.4.4 นโยบายสาธารณะในรูปแบบของแผนงานหรือโครงการที่เป็นลายลักษณ์อักษร

นโยบายที่เราเห็นกันบ่อยที่สุดจะปรากฏในรูปของแผน โครงการ หรือกิจกรรมที่รัฐบาลที่กระทำเพื่อแก้ไขปัญหาให้กับสังคมทั้งในระยะสั้นและระยะยาว เนื่องจากแผนงาน โครงการ หรือกิจกรรม เป็นเรื่องของการถ่ายทอดเป้าหมายของแต่ละเรื่องไปสู่การปฏิบัติ สำหรับประเทศไทยแล้วแผนที่เป็นหลักและมีสถานะสูงสุดในการพัฒนาประเทศในช่วงที่ผ่านมาคือ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และแผนตามกฎหมายต่าง ๆ ที่ส่วนราชการที่มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบต้องจัดทำแผนวางเป้าหมายในระยะหนึ่ง อาทิ แผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนใน

<sup>11</sup> นราภรณ์ เพชรเมณี, แถลงนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2562, จาก <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=แถลงนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน>

<sup>12</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มติคณะรัฐมนตรี, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2562. จาก <http://www.soc.go.th/acrobat/QA1.pdf>

กิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี คือผู้มีอำนาจในการอนุมัติแผน ส่วนผู้ที่ลงนามประกาศใช้แผนดังกล่าวคือ ประธานคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เป็นต้น ทั้งนี้ แผนตามกฎหมายต่าง ๆ มักจะมีโอกาสประสบความสำเร็จมากกว่าแผนที่มีขอบเขตเนื้อหากว้างขวาง เนื่องจากแผนงานหรือโครงการเหล่านี้กำหนดผู้ที่มีอำนาจรับผิดชอบที่ชัดเจน สิ่งที่ต้องพิจารณาอยู่เสมอคือสถานะของแผนเหล่านี้แม้จะเป็นแผนที่ออกตามบทบัญญัติของกฎหมายแต่ไม่ได้มีสถานะทางกฎหมาย แผนดังกล่าวมีสถานะเป็นเพียงแผนงานที่มีเป้าหมายสอดคล้องกับแผนการบริหารราชการแผ่นดิน ตัวชี้วัดของ ก.พ.ร. และแผนปฏิบัติการของ ก.พ.ร. ที่ต้องการให้บรรลุเท่านั้น ส่วนการดำเนินกิจกรรมตามแผนงานหรือโครงการของภาครัฐล้วนต้องใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและระเบียบวิธีปฏิบัติต่าง ๆ

## 2. การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทย

### 2.1 ความเป็นมาของการวางแผนพัฒนาและยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทย

การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทยมีพัฒนาการในการวางแผนพัฒนาอยู่มาเป็นลำดับขั้นตามแนวคิดของบริบทในการพัฒนาในแต่ละยุค สำหรับความเป็นมาของการวางแผนพัฒนาและยุทธศาสตร์ชาติในประเทศไทย สามารถจำแนกอธิบายได้ออกเป็น 4 ยุค คือ ยุคที่หนึ่ง การจัดทำเค้าโครงการเศรษฐกิจแห่งชาติ<sup>13</sup> ยุคที่สอง การจัดทำผังเศรษฐกิจของประเทศ ยุคที่สาม การจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจ (และสังคม) แห่งชาติ และยุคที่สี่ การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ดังอภิปรายได้ดังนี้

#### 2.1.1 ยุคที่หนึ่ง การจัดทำเค้าโครงการเศรษฐกิจ

แนวคิดในการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. 2475 (ค.ศ. 1932) โดยเฉพาะแนวคิดของนายปรีดี พนมยงค์ หนึ่งในแกนนำของคณะราษฎร ที่ได้รับการศึกษาแนวคิดจากการศึกษาเศรษฐศาสตร์การเมืองที่ว่า “รัฐเป็นเครื่องมือที่ทรงอำนาจในการนำสังคมสู่ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและความเสมอภาคมากขึ้น”<sup>14</sup> โดยได้พยายามดำเนินการยกร่าง “เค้าโครงการเศรษฐกิจ” มีเนื้อหา 3 ส่วน ส่วนแรกคือ เค้าโครงการเศรษฐกิจ, ส่วนที่สองคือ เค้าร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกันความสุขสมบูรณ์ของราษฎร (Assurance Sociale) และส่วนที่สามคือ เค้าร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบเศรษฐกิจ พุทธศักราช... โดยร่างกฎหมายฉบับหลังได้มีการกำหนดให้มีการวางแผนเศรษฐกิจแห่งชาติเป็นครั้งแรก<sup>15</sup> ซึ่งเสนอให้มีองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการจัดทำแผนเศรษฐกิจแห่งชาติด้วย แต่ทว่า ความขัดแย้งทางอุดมการณ์การเมืองของบริบทโลกและสังคมไทยในขณะนั้นรุนแรงมาก จนมีผลให้ร่างกฎหมายดังกล่าวถูกยับยั้ง แต่ทั้งนี้ “หลัก 6 ประการ” อันเป็นวิสัยทัศน์แห่งชาติที่คณะราษฎรได้ประกาศไว้ ยังคงดำเนินทิศทางไปอย่างต่อเนื่องผ่านคำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาและปรากฏในรูปแบบอื่น ๆ ของความเจริญ อาทิ การจัดทำประมวลกฎหมายใหม่ การเพิ่มเงินลงทุนด้านการศึกษา การก่อสร้างมหาวิทยาลัย การขยายระบบเทศบาล การเพิ่มเงินลงทุนสร้างถนน โรงพยาบาล การผลิตไฟฟ้า รวมทั้งการปรับเปลี่ยนสนธิสัญญาอันจำกัดอำนาจอธิปไตยของสยามด้านการภาษี และยกเลิกการให้ชาติตะวันตกมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตเหนือสยามที่ทำไว้กับประเทศตะวันตกตั้งแต่ พ.ศ. 2398 โดยสนธิสัญญาเหล่านี้ถูกปรับเปลี่ยนใหม่ในช่วงปี พ.ศ. 2480-2481

#### 2.1.2 ยุคที่สอง การจัดทำผังเศรษฐกิจของประเทศ

หลัก 6 ประการ ซึ่งเป็นการประกาศ “วิสัยทัศน์แห่งชาติ” ถูกเชื่อมโยงไปพร้อม ๆ กับแตกแยกกันระหว่างคณะราษฎรกลุ่มพลเรือนและคณะราษฎรกลุ่มทหาร อันเป็นผลมาจากสภาพปัญหาทางการเมืองระหว่างสงครามโลก

<sup>13</sup> สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ / เล่มที่ 24 / เรื่องที่ 9 แผนพัฒนาประเทศ.

<sup>14</sup> คริส เบเคอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, ประวัติศาสตร์ไทยร่วมสมัย: ฉบับปรับปรุงเป็นภาษาไทย (กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2557), น.185.

<sup>15</sup> รวิพรรณ สาสิม, ประวัติของเศรษฐกิจไทย ตั้งแต่ 2475, (กรุงเทพมหานคร : สำนักวิชาเศรษฐศาสตร์และนโยบายสาธารณะ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, ธันวาคม 2555).

ครั้งที่ 2 ซึ่งได้มีผลกระทบต่อรัฐบาลพลเรือนอย่างต่อเนื่องหลายชุด ทางด้านการเมืองของไทยเข้าสู่ที่เสถียรภาพทางการเมืองของไทยตกต่ำถึงขีดสุด มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลจำนวน 11 ครั้ง ในรอบระยะเวลาเพียง 5 ปี นับตั้งแต่ 2487-2491 แนวคิดการสร้างความต่อเนื่องของแนวนโยบายโดยการกำหนดกรอบการดำเนินงานไว้ในรัฐธรรมนูญจึงปรากฏในชื่อ “แนวนโยบายแห่งรัฐ” ซึ่งมีขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492<sup>16</sup> เพื่อให้รัฐบาลที่จะเข้ามาบริหารประเทศใช้เป็นกรอบในการดำเนินงาน ส่วนในทางสากลแนวคิดเรื่องนี้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี ฉบับปี 1918 หรือที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญไวมาร์” ซึ่งเป็นแนวคิดแบบสังคมนิยมที่เห็นว่ารัฐควรมีบทบาททางเศรษฐกิจและสังคมเพื่อสร้างความเป็นธรรม ต่อมาแนวคิดนี้ได้แพร่หลายไปยังรัฐธรรมนูญอีกหลายประเทศ เช่น ไอร์แลนด์ จีน อินเดีย บังกลาเทศ

สำหรับประเทศไทยเองปัญหาทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะปัญหาเงินเฟ้อซึ่งพุ่งขึ้นสูงมากกว่าร้อยละ 1,000 ตั้งแต่ พ.ศ.2481 สหรัฐถือโอกาสนี้ที่จะหลอหลอมให้ไทยเป็นสมาชิกของโลกเสรีนิยมโดยนำการพัฒนาสนับสนุนให้กับไทย รัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้ลงนามในสนธิสัญญาในเดือนกันยายน 2493 เพื่อขอรับความช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกา ก่อนหน้านั้นประเทศไทยได้มีองค์กรหรือกลไกใดสำหรับการวางแผนเศรษฐกิจในระดับภาพรวม และไม่มีกลไกที่ใช้ในการวางแผนหรือประสานงานการรับความช่วยเหลือระหว่างประเทศ<sup>17</sup> รัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม จึงต้องจัดตั้งสภาเศรษฐกิจแห่งชาติ (ในปัจจุบันคือสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ขึ้นในปี พ.ศ. 2493 เพื่อทำหน้าที่วิเคราะห์วิจัยเกี่ยวกับเรื่องเศรษฐกิจ และเป็นที่ปรึกษาของรัฐบาลในการแก้ไขปัญหาทางการเงิน การคลังและทางเศรษฐกิจโดยทั่วไป พร้อมทั้งได้จัดตั้ง “คณะกรรมการดำเนินการทำผังเศรษฐกิจของประเทศ” ซึ่งเป็นคณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจชุดแรก และ “คณะกรรมการความร่วมมือทางเศรษฐกิจและวิชาการกับต่างประเทศ (กศว.)” เพื่อประสานงานหรือรองรับความช่วยเหลือภายหลังจากที่รัฐบาลได้ลงนามในสนธิสัญญากับสหรัฐอเมริกา แต่คณะกรรมการชุดดังกล่าวทำหน้าที่ได้เพียงแค่การตรวจสอบโครงการลงทุนของกระทรวงและรัฐวิสาหกิจ พร้อมทั้งจัดทำข้อเสนอแนะให้แก่รัฐบาลเพื่อการจัดสรรงบประมาณของรัฐเท่านั้น ในขณะที่คณะกรรมการชุดนี้ไม่เคยเสนอโครงการใหม่ใดๆ ด้วยตนเอง และไม่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการใด ๆ ของรัฐที่อาจมีผลอย่างมากต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ หากกิจการนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับงบประมาณ

<sup>16</sup> อีรวัดน์ ขวัญใจ, จากแนวนโยบายแห่งรัฐสู่ยุทธศาสตร์ชาติ : เหล้าเก่าในขวดใหม่?, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 กันยายน 2560. จาก <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/642673>.

<sup>17</sup> อภิชาติ สถิตินิรามัย, รัฐไทยกับการปฏิรูปเศรษฐกิจ: จากกำเนิดทุนนิยมนายธนาคารถึงวิกฤตเศรษฐกิจ 2540. (นนทบุรี : สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2556).

### 2.1.3 ยุคที่สาม การจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจ (และสังคม) แห่งชาติ

คณะทำงานจากธนาคารโลกได้เข้ามาสำรวจสถานะทางเศรษฐกิจเพื่อวางพื้นฐานในการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจ ตามแนวคิดของรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ที่ได้เรียกร้องให้มีการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติของไทย คณะทำงานดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักที่จะช่วยทำการฟื้นฟูและพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ และได้จัดทำรายงาน A Public Development Program for Thailand ต่อมา มีการแปลเป็นฉบับภาษาไทยชื่อว่า โครงการพัฒนาของรัฐบาลสำหรับประเทศไทย โดยได้มีการเสนอข้อมูลวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและแนวทางในการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทย ซึ่งรายงานฉบับนี้ต่อมาได้กลายมาเป็นแผนพัฒนาเศรษฐกิจฉบับที่ 1 เริ่มต้นใช้เมื่อปี พ.ศ. 2504 ในช่วงที่จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นนายกรัฐมนตรี ด้วยการสนับสนุนของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

ต่อมาในปี พ.ศ. 2502 รัฐบาลได้ดำเนินการออกพระราชบัญญัติพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ และตั้งสำนักงานสภาเศรษฐกิจแห่งชาติขึ้น เพื่อทำหน้าที่วาง “แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ” หลังจากนั้นจึงได้มีการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2504 - 2506 -2509) เป็นฉบับแรก โดยวางบทบาทของภาครัฐให้สนับสนุนการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานให้แก่ภาคเอกชน และได้ดำเนินการวางแผนควบคู่กับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้นโยบายของรัฐบาลแต่ละชุดอยู่ในกรอบของแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

ในช่วงระหว่างการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ฉบับที่ 1-3 ซึ่งถือว่าเป็นแผนที่มีผลในทางปฏิบัติมากที่สุด ผู้นำรัฐและนักวิชาการของสภาพัฒน์ในช่วงดังกล่าวต่างมองเห็นตรงกันว่าสภาพความยากจนคือสภาพความด้อยพัฒนาและความด้อยพัฒนาคือความยากจน โดยมีมากและหนาแน่นในชนบทและเป็นความยากจนที่สมบูรณ์คือประชาชนในชนบทที่มีความขาดแคลนอย่างยิ่งและช่วยตนเองไม่ได้<sup>18</sup> ขณะที่ ปวย อึ้งภากรณ์ ได้นำเสนอบทความจำนวนสองหน้ากระดาษที่ถูกยกย่องว่าเป็นวิสัยทัศน์ประเทศไทย<sup>19</sup> ในที่ประชุมคณะกรรมการที่ปรึกษาการพัฒนาเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Southeast Asian Development Advisory Group - SEADAG) เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2516 ก่อนจะตีพิมพ์ลงในหนังสือพิมพ์บางกอกโพสต์ ฉบับวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ในชื่อ The Quality of Life of a South East Asian : A Chronical of Hope from Womb to Tomb และภายหลังถูกแปลเป็นภาษาไทยในชื่อ คุณภาพแห่งชีวิต ปฏิทินแห่งความหวัง จากครรภ์มารดาถึงเชิงตะกอน โดยบทความดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับความต้องการพื้นฐานในชีวิตของผู้เขียนตั้งแต่อยู่ในครรภ์จนถึงเสียชีวิต

การพัฒนาอุตสาหกรรมเป็นไปอย่างรวดเร็วระหว่าง พ.ศ. 2503 – 2533 ในทศวรรษ 2520 เกิดประเทศเศรษฐกิจที่พัฒนาอย่างรวดเร็วในแถบเอเชีย ได้แก่ ฮองกง สิงคโปร์ เกาหลีใต้ และไต้หวัน จนนำมาสู่คำว่า สี่เสือแห่งเอเชีย (Four Asian Tigers) ความสำเร็จทางเศรษฐกิจของประเทศเหล่านี้เป็นแบบจำลองสำหรับประเทศกำลังพัฒนา รวมถึงการวางวิสัยทัศน์ของประเทศไทยที่ให้เป็น “เสือตัวที่ 5 ของเอเชีย” แต่ทว่าบทบาทของภาครัฐกลายเป็นปัญหาของภาคเอกชนมากขึ้นทุกขณะเนื่องจากปรับตัวไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลง นับตั้งแต่ปี 2533 รัฐบาลทุกชุดมีนโยบายในการต้องการปฏิรูประบบราชการ มีการออกพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เพื่อปรับบทบาทของข้าราชการให้มีความทันสมัยมากขึ้น แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2535 - 2539) มียุทธศาสตร์หลักอันเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายและระบบราชการให้เอื้อต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม

ประเทศไทยประสบกับวิกฤติเศรษฐกิจในปี 2540 และนำมาสู่การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปีดังกล่าว สิ่งสำคัญทั้งสองประการนำมาสู่การปฏิรูปทางภาครัฐครั้งใหญ่ของไทย ในปี 2541 รัฐบาลนายชวน หลีกภัย ได้ลงนามในสัญญากับธนาคารโลกโดยความร่วมมือกับธนาคารแห่งการพัฒนาของเอเชีย (Asian Development Bank :

<sup>18</sup> อรศรี งามวิทยาพงศ์, “กระบวนทัศน์และการจัดการความยากจนในชนบทของรัฐในช่วงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1-8 : พ.ศ. 2504 - 2544,” (วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตร์ดุสิตบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.118.

<sup>19</sup> อำพน กิตติอำพน, “เรื่อง วิสัยทัศน์ประเทศไทยในอีก 20 ปี,” ในการประชุมประจำปี 2551 ของ สศช. เรื่องวิสัยทัศน์ประเทศไทย...สู่ปี 2570 เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2551.

ADB) ในวงเงิน 400 ล้านบาท เพื่อใช้ในโครงการปฏิรูปภาครัฐ นำมาสู่ “แผนปฏิรูปการบริหารจัดการภาครัฐ (Public Sector Management Reform Plan : PSMRP)” ครอบคลุมการปฏิรูปในห้าด้าน เช่น ด้านการบริหารรายจ่าย การบริหารทรัพยากรบุคคล

การเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วใน “ยุคโลกาภิวัตน์” ทำให้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเน้นเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนมากกว่าเน้นการสร้างความสำเร็จเติบโตเศรษฐกิจ บทบาทด้านนโยบายรัฐบาลจึงกลายเป็นตัวสะท้อนวิสัยทัศน์ใหม่ของชาติได้มากกว่าแผนพัฒนาในด้านต่าง ๆ ใน พ.ศ. 2545 รัฐบาลได้กำหนดให้มี “วาระแห่งชาติ” ใน 4 ด้าน ได้แก่ การแก้ไขปัญหาความยากจนและการกระจายรายได้ การเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ การพัฒนาทุนทางสังคม และการพัฒนาที่ยั่งยืน ทางด้านการพัฒนาเศรษฐกิจ รัฐบาลได้ตั้ง “คณะกรรมการเพิ่มขีดความสามารถด้านการแข่งขัน” เพื่อมาวางแนวนโยบายเศรษฐกิจของประเทศ ทางด้านราชการมีการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเพื่อทำหน้าที่ประเมินตัวชี้วัดตามคำรับรองการปฏิบัติราชการ (Performance Agreement:PA) มีการนำระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ (Strategic Performance Based Budgeting “SPBB”) มาใช้ โดยกำหนดบทบาทความรับผิดชอบเป็นลำดับขั้น ให้รัฐบาลรับผิดชอบต่อเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ รัฐมนตรีรับผิดชอบต่อเป้าหมายการให้บริการของกระทรวง และหัวหน้าส่วนราชการรับผิดชอบต่อเป้าหมาย/ผลผลิตของหน่วยงาน ขณะที่บทบาทด้านการวางแผนของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติลดลงอย่างสิ้นเชิง

#### 2.1.4 ยุคที่สี่ การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ

แม้ประเทศไทยจะเริ่มคลี่คลายจากวิกฤติเศรษฐกิจในปี 2540 แต่การพัฒนาประเทศยังเป็นไปได้อย่างล่าช้า เมื่อเทียบกับประเทศอื่นในภูมิภาคอาเซียน แม้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 11 (2555-2559) จะมีแผนงานในกรอบอาเซียนซึ่งระบุไว้ชัดเจนเพื่อรองรับให้ประเทศไทยเข้าเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ในปี 2558 แต่ในทางปฏิบัติยังไม่ได้มีการเตรียมการมากนัก ในเดือนตุลาคม 2555 แนวคิดการจัดทำ “ยุทธศาสตร์ประเทศไทย” จึงเกิดขึ้น โดยรวบรวมแผนต่าง ๆ ของรัฐบาลที่กระจัดกระจายอยู่ตามแต่ละหน่วยงานให้รวมเป็นแผนเดียว โดยมีสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นหน่วยงานหลัก

ปัญหาที่สำคัญที่สุดในการเตรียมพร้อมเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนไม่ใช่ปัญหาจากขีดความสามารถด้านการแข่งขันหากแต่เป็นปัญหาการเมืองภายในประเทศ วิกฤตการณ์การเมืองไทย พ.ศ. 2548–2553 และวิกฤตการณ์การเมืองไทย พ.ศ. 2556 – 2557 ส่งผลเสียอันสำคัญต่อการพัฒนาความเป็นประชาธิปไตยของไทยทั้งในทางนิติบัญญัติและในทางบริหาร แนวคิดการจัดทำยุทธศาสตร์ประเทศจึงถูกเสนอกลับเข้ามาอีกครั้ง ในนาม “ยุทธศาสตร์ชาติ” โดยรัฐบาลพลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้กำหนดยุทธศาสตร์ประเทศสำหรับปี 2558 ว่า “ประเทศชาติมั่นคง ประชาชน มั่งคั่ง อย่างยั่งยืน”<sup>20</sup> พร้อมกับการทำงานของสภาปฏิรูปแห่งชาติ<sup>21</sup> ซึ่งเป็นสภาเฉพาะกิจหลังการรัฐประหารได้มีการกำหนดวาระ “การกำหนดยุทธศาสตร์ชาติ” และ “แนวทางปฏิรูปเศรษฐกิจไทยเพื่อเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วภายในปี 2575” นอกจากนี้คณะกรรมการปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดิน สภาปฏิรูปแห่งชาติ ได้จัดทำรายงานเรื่อง “การกำหนดยุทธศาสตร์ชาติและปฏิรูประบบงบประมาณและการคลังท้องถิ่น”<sup>22</sup> คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับทราบแนว

<sup>20</sup> ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2558 มีมติกำหนดให้ส่วนราชการที่ประสงค์จะเสนอเรื่องประเภทนโยบาย แผนงาน โครงการต่อคณะรัฐมนตรีจะต้องมีแผนการดำเนินงานที่ชัดเจนตามวิสัยทัศน์ดังกล่าว

<sup>21</sup> สภาปฏิรูปแห่งชาติ ตามมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ถือเป็นการตั้งสภาปฏิรูปครั้งแรกของไทย สภานี้คล้ายกับข้อเรียกร้องของคณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (กปปส.) ในห้วงวิกฤตการณ์การเมืองไทย พ.ศ. 2556 – 2557 ที่ให้มีสภาประชาชนเพื่อดำเนินการปฏิรูปประเทศก่อนการเลือกตั้งในครั้งต่อไป

<sup>22</sup> การประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติ เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2558 วาระรับทราบรายงานของคณะกรรมการปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดิน เรื่อง การกำหนดยุทธศาสตร์ชาติและปฏิรูประบบงบประมาณและการคลังท้องถิ่น

ทางการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติตามข้อเสนอของสภาปฏิรูปแห่งชาติ และแต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2558<sup>23</sup>

เดือนกุมภาพันธ์ 2559 สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปแห่งชาติได้เห็นชอบให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณารายงานเรื่อง “การจัดทำ การกำหนด และการขับเคลื่อนกฎหมายยุทธศาสตร์ชาติ และร่างพระราชบัญญัติยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. ....” ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ด้านการบริหารราชการแผ่นดิน สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ คู่ขนานไปกับการทำงานของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งมีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธาน ได้เตรียมบรรจุประเด็นการปฏิรูปประเทศของสภาปฏิรูปแห่งชาติเอาไว้ในร่างรัฐธรรมนูญ แทนที่บทบัญญัติเกี่ยวกับ “คณะกรรมการยุทธศาสตร์การปฏิรูปและการปรองดองแห่งชาติ” ใน “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ...” ที่ถูกยกวางขึ้นโดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งมี ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธาน

ภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ นำมาสู่การประกาศใช้แผนยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ. 2561-2580) ซึ่งถือเป็นยุทธศาสตร์ชาติฉบับแรกตามบทบัญญัติว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ โดยได้ประกาศใช้อย่างเป็นทางการในวันที่ 13 ตุลาคม 2561 มีการกำหนดวิสัยทัศน์แห่งชาติว่า “ประเทศไทยมีความมั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน เป็นประเทศพัฒนาแล้ว ด้วยการพัฒนาตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง” ประกอบด้วย 6 ยุทธศาสตร์ด้าน คือ ด้านความมั่นคง ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน ด้านการพัฒนาและเสริมสร้างศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ ด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม ด้านการสร้างการเติบโตคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม และด้านการปรับสมดุลและพัฒนาระบบบริหารจัดการภาครัฐ

จากลำดับความเป็นมาของการจัดทำแผนพัฒนาประเทศทั้งสี่ยุค สามารถสรุปได้ว่ายุทธศาสตร์ชาติได้นำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงใน 3 ประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่ง ยุทธศาสตร์ชาติเป็นการเปลี่ยนกรอบระยะเวลาจากแผนระยะสั้น (Short-Term Planning) เป็นแผนระยะยาว 20 ปี (Long-Term Planning) ประเด็นที่สอง ยุทธศาสตร์ชาติเป็นการเปลี่ยนสภาพบังคับจากการเป็นกลไกทางงบประมาณและการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งมีสภาพบังคับในทางการเมือง ให้เป็นกลไกที่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย (Legal Binding) ประเด็นที่สาม ยุทธศาสตร์ชาติได้เปลี่ยนวิสัยทัศน์จากแนวคิดทางการบริหารภาครัฐจากที่สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นผู้กำหนดให้ส่วนราชการเป็นผู้ขับเคลื่อนตามปกติโดยเน้นตัวแบบกระบวนการ (Process Model) เป็นแนวคิดทางการเมืองที่เน้นตัวแบบสถาบัน (Institutional Model)<sup>24</sup> โดยมีการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาใหม่โดยมีสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติยังคงอยู่เป็นผู้สนับสนุน

## 2.2 การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติในรัฐธรรมนูญ

หากย้อนกลับไปศึกษาการบัญญัติแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐเอาไว้ในรัฐธรรมนูญของไทย จะพบว่าการกำหนดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐเป็นหนึ่งในวิธีการกำหนดเป้าหมายและเจตจำนงแห่งรัฐที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่ฉบับปี พ.ศ. 2492 เนื้อหาในหมวดนี้สามารถสะท้อนรัฐในอุดมคติของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ

<sup>23</sup> กรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ประกอบด้วย เลขาธิการนายกรัฐมนตรี เป็นประธาน เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นรองประธานกรรมการ โดยมีรองเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้รับมอบหมายและรองเลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นเลขานุการร่วมที่ได้รับมอบหมาย

<sup>24</sup> การวิเคราะห์การกำหนดนโยบายสาธารณะภายใต้กรอบความคิดของตัวแบบสถาบันยึดฐานคิดที่สำคัญว่านโยบายสาธารณะคือผลผลิตของสถาบันทางการเมือง (Political Institutional Outputs) ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายสาธารณะและสถาบันต่าง ๆ ของรัฐจะดำเนินไปอย่างใกล้ชิด กล่าวคือนโยบายจะไม่มีผลเป็นนโยบายสาธารณะ จนกว่านโยบายนั้นจะได้รับความเห็นชอบ ถูกนำไปปฏิบัติ และใช้บังคับโดยสถาบันของรัฐที่รับผิดชอบ สถาบันราชการมีบทบาทในการกำหนดคุณลักษณะ (characteristic) ของนโยบายสาธารณะ 3 ประการดังนี้ 1. สถาบันของรัฐเป็นผู้รับรองความชอบธรรม (legitimacy) 2. นโยบายสาธารณะมีลักษณะครอบคลุมทั้งสังคม (universality) 3. สถาบันของรัฐเท่านั้นที่ เป็นผู้ผูกขาดอำนาจการบังคับใช้ (coercion)

มากมายหลายประการ และทุก ๆ ครั้งที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่แนวนโยบายเหล่านี้ก็มีจำนวนมากเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งลงไปถึงเรื่องปลีกย่อยที่ไม่สำคัญถึงขั้นต้องกำหนดในรัฐธรรมนูญ ทำให้บทบัญญัติหลายประการถูกละเลยหรือไม่สามารถนำมาปฏิบัติใช้จริง ประกอบกับในรัฐธรรมนูญเองก็กำหนดว่าบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นเพียง “แนวทางในการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ”<sup>25</sup> เพื่อให้คณะรัฐมนตรีจัดทำแผนบริหารราชการแผ่นดินตามนโยบายดังกล่าว มีการกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องจัดทำรายงานแสดงผลการดำเนินการรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคต่อรัฐสภาปีละหนึ่งครั้ง อันเป็นไปตามหลักการกระทำทางนโยบายว่าควรมีเพียงสภาพบังคับในทางการเมือง<sup>26</sup> ซึ่งมีรัฐสภาเป็นผู้ตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของรัฐบาล และแม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540<sup>27</sup> และฉบับ พ.ศ. 2550 จะได้มีการปรับปรุงบ้างเล็กน้อย<sup>28</sup> แต่ก็ยังไม่บรรลุผลในทางปฏิบัติมากนัก อันเนื่องจากการที่ขาดสภาพบังคับทางกฎหมายที่ชัดเจน รัฐธรรมนูญฉบับ 2560 หมวดแนวนโยบายแห่งรัฐ จึงกำหนดให้รัฐจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกัน และให้มีกฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อกำหนดรายละเอียดและองค์กรในการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยให้แผนงานดังกล่าวมีสภาพบังคับในทางกฎหมายด้วย

### 2.3 กฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ

#### 2.3.1 สถานะและผลทางกฎหมาย

ตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติที่ให้การประกาศใช้ยุทธศาสตร์ชาติให้ทำเป็นประกาศพระบรมราชโองการ<sup>29</sup> โดยหากพิจารณาเนื้อหาของยุทธศาสตร์ชาติแล้วจะพบว่าสถานะทางกฎหมายของยุทธศาสตร์ชาติ คือกระทำทางรัฐบาลที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยจัดทำในรูปแบบของพระบรมราชโองการซึ่งเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน เช่นเดียวกับแนวทางในการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติที่ปกติได้กระทำมาแล้ว หากแต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติมีกรอบระยะเวลาและเนื้อหาที่แคบกว่าและไม่ต้องผ่านการเห็นชอบจากรัฐสภา และหากพิจารณาตามความในมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเพื่อใช้เป็น “กรอบ” ในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกัน

สำหรับยุทธศาสตร์ชาติของไทยฉบับแรก มีผู้รับสนองพระราชโองการคือนายกรัฐมนตรี ตามที่พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามกฎหมาย และแม้ว่าสถานะของ “พระบรมราชโองการ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2560 และกฎหมายอื่น ๆ จะยังไม่ได้มีการศึกษานियามและยังไม่ได้จัดลำดับศักดิ์ของสถานะทางกฎหมายอย่างเป็นระบบ แต่หากศึกษาตามนิยามทั่วไปของระบอบการปกครองของไทยแล้ว คณิน บุญสุวรรณ<sup>30</sup> ได้ให้อธิบายเอาไว้ว่า พระบรมราชโองการหมายถึงคำสั่งอย่างเป็นทางการของพระมหากษัตริย์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในฐานะที่พระองค์ทรงเป็นประมุขของราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และ

<sup>25</sup> แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ได้มีการบัญญัติไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 หมวดที่ 5 ว่าด้วย “แนวนโยบายแห่งรัฐ” เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน

<sup>26</sup> กฤษณ์มนต์ ทิพย์เศวต, “สภาพบังคับของบทบัญญัติว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.)

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 “มาตรา 88 บทบัญญัติในหมวดนี้มีไว้เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน,”

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 “มาตรา 75 บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นเจตจำนงให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน,”

<sup>29</sup> การประกาศใช้ยุทธศาสตร์ชาติฉบับแรกของไทยซึ่งออกตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2561 ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 82 ก

<sup>30</sup> คณิน บุญสุวรรณ, ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมืองไทย ฉบับสมบูรณ์, กรุงเทพมหานคร.

ทรงใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นของปวงชนชาวไทยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งสอดคล้องกับขั้นตอนของการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติที่ผ่านการพิจารณาให้ความเห็นจากรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรอิสระต่าง ๆ

การประกาศใช้ยุทธศาสตร์ชาติมีผลทางกฎหมายอย่างยิ่งต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามที่กำหนดไว้ในยุทธศาสตร์ชาติ การกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดิน การจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ นโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติและแผนอื่นใด รวมตลอดทั้งการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณต้องสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่จะกำกับดูแลและสนับสนุน ขณะที่ผลทางกฎหมายต่อการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ หรือเป็นองค์กรอิสระ หรือองค์กรอัยการ ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีกำกับดูแลโดยการประสาน การปรึกษา หรือเสนอแนะต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐขององค์กรดังกล่าว

### 2.3.2 คณะกรรมการ

พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ จำนวนทั้งสิ้น 34 คน แบ่งเป็น 4 ประเภทคือ ประเภทที่ 1 ข้าราชการการเมือง ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีเป็นประธาน ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และ รองนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย ประเภทที่ 2 ข้าราชการประจำ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นข้าราชการประจำที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงกลาโหม ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ และ ประธานกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ประเภทที่ 3 ตัวแทนองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ประกอบด้วย ประธานสภาเกษตรกรแห่งชาติ ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย และ ประธานสมาคมธนาคารไทย และ ประเภทที่ 4 ผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกิน 17 คน ซึ่งแต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรี

#### 2.3.2.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ

พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ ให้มีบทบาทในทุกกระบวนการของการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ<sup>31</sup> นับตั้งแต่ การจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรี การให้คณะกรรมการสามารถกำหนดวิธีการการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติ และการมีส่วนร่วมในการติดตาม การตรวจสอบ และการประเมินผลการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ และมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนทุกภาคส่วนดำเนินการให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ การให้อำนาจแก่คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติเสนอความเห็นต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ และให้อำนาจแก่คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติในการกำกับดูแลการปฏิรูปประเทศให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ

### 2.3.3 สารระสำคัญและเนื้อหาของยุทธศาสตร์ชาติ

พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 ได้กำหนดให้ยุทธศาสตร์ชาติ ต้องมีสารระสำคัญและเนื้อหาของยุทธศาสตร์ชาติตามองค์ประกอบอย่างน้อย 3 เรื่อง คือ หนึ่ง วิสัยทัศน์การพัฒนาประเทศ สอง เป้าหมายการพัฒนาประเทศในระยะยาว กำหนดระยะเวลาที่ต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย และสามารถวัดการบรรลุเป้าหมาย และยุทธศาสตร์ด้านต่าง ๆ ซึ่งออกตามเป้าหมายการพัฒนาประเทศในระยะยาว โดยอย่าง

<sup>31</sup> ราชกิจจานุเบกษา, ประกาศคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติด้านต่าง ๆ, 29 กันยายน 2560, เล่ม 134 ตอนพิเศษ 242 ง, น. 26.



น้อยต้องมีเป้าหมายใน 3 ด้าน ได้แก่ ด้านความมั่นคงของประเทศ ด้านคุณภาพและความเป็นอยู่ของประชาชน และด้านบทบาทของรัฐที่มีต่อประชาชน โดยมีรายละเอียดสาระสำคัญ ดังนี้

### 2.3.3.1 วิสัยทัศน์การพัฒนาประเทศ

ในยุทธศาสตร์ชาติฉบับแรกได้กำหนดวิสัยทัศน์การพัฒนาประเทศของยุทธศาสตร์ของไทยคือ การนำประเทศไปสู่ความ “มั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน และเป็นประเทศที่พัฒนา ด้วยการนำหลักตามปรัชญาแนวคิดเศรษฐกิจพอเพียง” โดยได้นำแนวคิด “เศรษฐกิจพอเพียง” ของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มากำหนดให้สอดคล้องกับวิสัยทัศน์แห่งชาติ ปี 2558 ให้กลายมาเป็นยุทธศาสตร์ชาติ

### 3.3.3.2 เป้าหมายการพัฒนาประเทศในระยะยาว กำหนดระยะเวลาที่ต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายและตัวชี้วัดการบรรลุเป้าหมาย

ยุทธศาสตร์ชาติ คือ แผนแม่บทที่กำหนดเป้าหมายอนาคตประเทศในระยะยาว 20 ปี โดยภายใต้แผนการ 20 ปี จะมีจุดประสงค์เพื่อบรรลุเป้าหมายในด้านต่าง ๆ แบ่งย่อยเป็นกรอบการดำเนินการทุก ๆ 5 ปี เพื่อให้เห็นการพัฒนาอย่างต่อเนื่องของประเทศเป้าหมายในระยะ 5 ปีแรก คือการสร้างเศรษฐกิจและสังคมไทยมีการพัฒนาอย่างมั่นคงและยั่งยืน เป้าหมายใน 10 ปี คือ ให้ระบบเศรษฐกิจของไทยมีความเป็นชาติการค้า มีระบบเศรษฐกิจดิจิทัลที่เข้มข้น ทั้งภาคเกษตร อุตสาหกรรม บริหาร วิสาหกิจ เป้าหมายใน 15 ปี คือ การมีประชากรที่มีคุณภาพ มีศักยภาพในการพัฒนาประเทศ สังคมไทยเป็นสังคมที่เป็น และเป้าหมายใน ระยะ 20 ปี ประเทศไทยมีเศรษฐกิจและสังคมพัฒนาอย่างเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม ระบบราชการมีประสิทธิภาพ โปร่งใส

มีตัวชี้วัดการบรรลุเป้าหมาย ด้านความมั่นคง ได้แก่ ดัชนีชี้วัดความสุขของประชากรสำหรับประเทศไทย อยู่ใน 10 อันดับแรกของโลก ภายในปี พ.ศ. 2580 ระดับความมั่นคงปลอดภัยภายในประเทศและศักยภาพตำรวจระดับสากล อยู่ใน 20 ลำดับแรกของโลก ภายในปี พ.ศ. 2580 กองทัพและหน่วยงานด้านความมั่นคงมีความพร้อมด้านบุคลากร เทคโนโลยี ยุทธโศปกรณ์ แผน ระบบการแก้ไขปัญหา และการมีส่วนร่วมของภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชนในการแก้ไขปัญหาที่ครอบคลุมทุกมิติและทุกระดับความรุนแรง รวมถึงมีการฝึกอบรมที่มีประสิทธิภาพอย่างต่อเนื่องการนำเสนอแนวความคิดริเริ่มและหนทางแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศตามโอกาสที่เหมาะสมของประเทศไทย การพัฒนาโลก (คนและเครื่องมือ) รวมถึงระบบการบริหารจัดการความมั่นคงแบบองค์รวม ให้เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ

ตัวชี้วัดด้านความมั่งคั่ง ได้แก่ ประเทศไทยจะต้องมีการขยายตัวของเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องเพื่อยกระดับให้เป็นกลุ่มประเทศที่มีรายได้สูง ลดความเหลื่อมล้ำเพื่อให้ประชาชนได้รับผลประโยชน์จากการพัฒนาอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ เศรษฐกิจของประเทศจะต้องมีความสามารถในการแข่งขันที่สูงขึ้นทั้งจากภายในและภายนอกประเทศ สร้างฐานเศรษฐกิจและสังคมในอนาคต ซึ่งกระจายอยู่ในยุทธศาสตร์ชาติสองด้าน คือ ยุทธศาสตร์ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน และยุทธศาสตร์ด้านการสร้างโอกาส ความเสมอภาค และเท่าเทียมกันทางสังคม

ตัวชี้วัดด้านความยั่งยืนดังนี้ พื้นที่สีเขียวที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมไม่น้อยกว่าร้อยละ 55 ของพื้นที่ประเทศ ได้แก่ ป่าธรรมชาติร้อยละ 35 พื้นที่สวนป่าใช้ประโยชน์ร้อยละ 15 และพื้นที่สาธารณะเพื่อการพักผ่อนหย่อนใจร้อยละ 5 พื้นที่เขี้ยวโล้น หาดทองเที่ยวและแนวปะการัง แม่น้ำลำคลองและแหล่งน้ำธรรมชาติได้รับการฟื้นฟูดูแลรักษา น้ำเสียได้รับการบำบัด และขยะมูลฝอยได้รับการกำจัดอย่างถูกสุขอนามัย ปริมาณฝนขนาดเล็กในบรรยากาศอยู่ในเกณฑ์มาตรฐานสากล ปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ปล่อยลดลงอย่างน้อย ร้อยละ 20 จากกรณีปกติ มูลค่าเศรษฐกิจฐานชีวภาพเพิ่มขึ้น ระบบการจัดการเชิงคุณภาพของภาคการท่องเที่ยว ระบบจัดการน้ำเชิงลุ่มน้ำ ความมั่นคงน้ำในทุกมิติเพิ่มขึ้นให้ได้ร้อยละ 80 กระทบทัศน์ แนวคิด และพฤติกรรมเกิดการเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่สนับสนุนการพัฒนาที่ยั่งยืน องค์ความรู้และศักยภาพที่พึงประสงค์ของทุกภาคส่วนพัฒนาดีขึ้น การกระจายอำนาจไปสู่ท้องถิ่น ระบบธรรมาภิบาลและการมีส่วนร่วมเกิดขึ้น โครงการสำคัญที่สะท้อนการเปลี่ยนแปลงในการกำหนดอนาคตประเทศ

### 2.3.3.3 ยุทธศาสตร์ด้านต่าง ๆ

การกำหนดเนื้อหาของยุทธศาสตร์ชาติเริ่มขึ้นในคราวประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2558 คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับทราบแนวทางการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติตามข้อเสนอของสภาปฏิรูปแห่งชาติ โดยเนื้อหาของ

หารจัดทำยุทธศาสตร์ชาติจะต้องมีความเชื่อมโยงกับกรอบการปฏิรูปทั้ง 11 ด้าน ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557<sup>32</sup> และนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่แถลงต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ<sup>33</sup> เพื่อจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติและกรอบแนวทางการปฏิรูปประเทศไทยในระยะ 20 ปี ซึ่งได้มีการได้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติในวันเดียวกัน ต่อมาคณะกรรมการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติ ได้กำหนดประเด็นและเป้าหมายในการพัฒนาครอบคลุมในด้านต่าง ๆ ได้แก่ ด้านเศรษฐกิจ การลดความเหลื่อมล้ำในสังคม การพัฒนาภาคและเมืองต่าง ๆ รวมถึงพื้นที่เศรษฐกิจของไทย การพัฒนาสิ่งแวดล้อม การพัฒนาศักยภาพของคนภายในประเทศ การบริหารจัดการในภาครัฐ การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและระบบโลจิสติกส์ การพัฒนาวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรม ความมั่นคง และความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนา<sup>34</sup> โดยจำแนกเป็น 6 ด้านต่าง ๆ ได้แก่ ด้านความมั่นคง ด้านการสร้างขีดความสามารถในการแข่งขัน ด้านพัฒนาและเสริมสร้างศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ ด้านสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม ด้านการสร้างการเติบโตบนคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม ด้านการปรับสมดุลและพัฒนาระบบการบริหารจัดการภาครัฐ

#### 2.3.4 การติดตามตรวจสอบและการประเมินผล

ระเบียบว่าด้วยการติดตาม ตรวจสอบ และประเมินผลการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ และแผนการปฏิรูปประเทศ พ.ศ. 2562 ได้วางระบบการติดตามประเมินผลยุทธศาสตร์ชาติ โดยมีหลักเกณฑ์ วิธีการการติดตาม ตรวจสอบ และประเมินผลการดำเนินงานโดยหน่วยงานที่เป็นกลาง ทั้งขั้นตอนก่อนเริ่มโครงการ ระหว่างดำเนินโครงการ และหลังสิ้นสุดโครงการ รวมทั้งการประเมินบกพร่องต่อหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐกรณีไม่ดำเนินการตามแผนที่วางไว้หรือไม่จัดทำรายงานการดำเนินงานประจำปี โดยสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบ จะต้องจัดทำรายงานสรุปผลการดำเนินการประจำปีเสนอต่อคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ คณะรัฐมนตรี หัวหน้าหน่วยงานขององค์กรอิสระ และรัฐสภาทราบ

นอกจากนั้น คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติยังสามารถเสนอเรื่องให้คณะกรรมการยุทธศาสตร์เพื่อเสนอรัฐสภาเป็นการเฉพาะเรื่องได้ หากเห็นว่าหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาแล้วแต่กรณีมีมติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาดำเนินการกับหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ และในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีมติว่าข้อกล่าวหาไม่มูล ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหาขึ้นสั่งให้ผู้นั้นพักราชการหรือพักงาน หรือสั่งให้ออกจากราชการหรือออกจากงานไว้ก่อน หรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่งต่อไป

พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 เป็นกลไกควบคุมทางกฎหมาย อันมีลักษณะที่เป็นการก่อตั้งองค์กรในรูปแบบคณะกรรมการ เข้ามาทำการวินิจฉัยและจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ โดยให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นผู้พิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดจากการไม่ดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ นอกเหนือจากกลไกทางการเมืองซึ่งเป็นกลไกหลักตามระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา โดยใน มาตรา 29 ของกฎหมายการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ระบุว่ากรณีมีการดำเนินการของหน่วยงานรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาซึ่งมีอำนาจติดตามและเร่งรัดการปฏิรูปประเทศและจัดทำยุทธศาสตร์ชาติในรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าการดำเนินการของ

<sup>32</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 27 ให้มีสภาปฏิรูปแห่งชาติมีหน้าที่ศึกษาและเสนอแนะเพื่อให้เกิดการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ (1) การเมือง (2) การบริหารราชการแผ่นดิน (3) กฎหมายและกระบวนการยุติธรรม (4) การปกครองท้องถิ่น (5) การศึกษา (6) เศรษฐกิจ (7) พลังงาน (8) สาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม (9) สื่อสารมวลชน (10) สังคม (11) อื่น ๆ

<sup>33</sup> คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี แถลงต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ วันศุกร์ที่ 12 กันยายน 2557 จำนวน 11 ด้าน

<sup>34</sup> สำนักงานบริหารนโยบายของนายกรัฐมนตรี, “4 ปัจจัย ทำ “ยุทธศาสตร์ชาติ” ให้ใช้ได้จริง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2561. จาก <https://pmdu.soc.go.th/4-essentials-to-build-national-strategy/3269>.

คณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จากนั้นให้วุฒิสภาเสนอเรื่องไปศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการลงโทษต่อไป

#### 2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างแผนปฏิรูปประเทศ และแผนยุทธศาสตร์ชาติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการกำหนดหมวดการปฏิรูปประเทศเอาไว้ในหมวดที่หกโดยมีรายละเอียดที่ต้องดำเนินการในประเด็นต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้จำนวน 11 ข้อ<sup>35</sup> แต่ทว่า รัฐธรรมนูญหมวดดังกล่าวได้กำหนดให้การปฏิรูปประเทศต้องสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกับยุทธศาสตร์ชาติ โดยมีพระราชบัญญัติแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ กำหนดกลไก วิธีการ และขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศในด้านต่าง ๆ อีกชั้นหนึ่ง สำหรับการจัดทำแผนการปฏิรูปประเทศได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูปประเทศด้านต่างๆ เพื่อรับผิดชอบจัดทำแผนการปฏิรูปประเทศแต่ละด้านให้แก่คณะรัฐมนตรี และรายงานต่อรัฐสภาเพื่อทราบก่อนการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา โดยการติดตามตรวจสอบกำหนดเพียงให้หน่วยงานของรัฐรายงานผลการดำเนินการรายงานต่อคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ คณะรัฐมนตรี หัวหน้าหน่วยงานของศาลและองค์กรอิสระ และรัฐสภาเพื่อทราบ และหากกรณีที่คณะกรรมการปฏิรูปพบการดำเนินการใดของหน่วยงานของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับแผนการปฏิรูปประเทศและไม่ดำเนินการแก้ไขได้ คณะกรรมการปฏิรูปสามารถแจ้งต่อคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติเพื่อมีมติให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติและพิจารณาดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจต่อไป

### 3. ปัญหาทางกฎหมายจากการดำเนินการเกี่ยวกับยุทธศาสตร์ชาติ

#### 3.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของยุทธศาสตร์ชาติ

##### 3.1.1 ปัญหาการจำแนกสถานะทางกฎหมายกับสถานะทางนโยบายและแผน

ยุทธศาสตร์ชาติถือเป็นเรื่องใหม่ที่ไม่เคยเกิดกับกิจการบริหารราชการแผ่นดินของไทยมาก่อน เพราะหลายทศวรรษที่ผ่านมาประเทศไทยใช้เพียงนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่แถลงต่อรัฐสภาโดยมีแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นแผนที่กำหนดเป้าหมาย การที่รัฐบาลมีแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นแผนงานหลักเพียงแผนเดียวย่อมนำให้เกิดทิศทางและการขับเคลื่อนเพื่อการพัฒนาประเทศอย่างชัดเจน แต่ขณะเดียวกันการที่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติมีสถานะเป็นเพียงแผนซึ่งไม่ได้มีสภาพบังคับในทางกฎหมายย่อมทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการขับเคลื่อนแผนงานต้องทำงานอย่างหนักในการสร้างการยอมรับต่อสังคมและผู้เกี่ยวข้องเพื่อที่จะทำให้แผนงานบรรลุเป้าหมายในการดำเนินการ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยเสนอความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี กรณีกระทรวงการคลังเสนอให้คณะรัฐมนตรีทราบถึงแผนยุทธศาสตร์การพัฒนาระบบบริหารเงินนอกงบประมาณเพื่อใช้เป็นกรอบแนวทางการพัฒนาระบบเงินนอกงบประมาณ ว่ากรณีดังกล่าวไม่มีประเด็นข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาแต่อย่างใด<sup>36</sup> ฉะนั้นสภาพบังคับของ “แผนยุทธศาสตร์ชาติ” จึงมีสถานะทางนโยบายและแผนเช่นเดียวกับแผนงานอื่นๆ ที่หากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องการให้แผนงานหรือประเด็นใดมีสภาพบังคับในทางกฎหมาย ก็จำเป็นที่จะต้องเสนอประเด็นนั้น ๆ เป็นร่างกฎหมายไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

##### 3.1.2 ปัญหาสถานะความสัมพันธ์ของแผนยุทธศาสตร์ชาติและแผนการปฏิรูปประเทศ

การเชื่อมโยงกฎหมายการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติกับการปฏิรูปประเทศในหมวด 16 ของรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดทำแผนปฏิรูปประเทศให้แผนปฏิรูปแต่ละด้านต้องสอดคล้องกับแผนแม่บทยุทธศาสตร์ชาติ นั้นหมายความว่าสถานะของแผนยุทธศาสตร์ชาติมีสถานะของแผนงานที่เป็นแผนระดับสูงสุดแม้ว่าจะมีการกำหนดประเด็นการปฏิรูปแยกเอาไว้อีกหมวดหนึ่งของรัฐธรรมนูญก็ตาม

<sup>35</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 257.

<sup>36</sup> เรื่อง แผนยุทธศาสตร์การพัฒนาระบบบริหารเงินนอกงบประมาณ, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเสร็จที่ 645/2555.

ขณะกลไกที่สำคัญของกฎหมายการปฏิรูปประเทศ คือ การประชุมของร่วมคณะกรรมการปฏิรูปประเทศ ซึ่งผู้ร่วมประชุมจะประกอบไปด้วยประธานกรรมการปฏิรูปทุกคณะ กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ มอบหมายกรรมการยุทธศาสตร์ชาติคนหนึ่งเป็นประธานของที่ประชุมร่วม และให้เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติทำหน้าที่เลขานุการในการประชุม แต่หากพิจารณาจากกฎหมายดังกล่าวก็ยังไม่ทราบบทบาทที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องระหว่างคณะกรรมการปฏิรูปประเทศกับคณะรัฐมนตรี การทำงานของคณะกรรมการปฏิรูปประเทศมีเพียงการรวบรวมความเห็นเพื่อให้ได้เสนอแนะไปให้คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อให้คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติพิจารณา ก่อนเสนอเรื่องต่างๆ (ซึ่งอาจจะไม่เกี่ยวข้องของคณะกรรมการปฏิรูปประเทศ) ไปยังคณะรัฐมนตรี บทบาทหลักในการเชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการต่างๆ จึงตกอยู่ที่สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในการทำหน้าที่ฝ่ายเลขานุการในการดำเนินการร่วมกันระหว่างคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติและคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ยุทธศาสตร์ชาติ และการสร้างความสามัคคีปรองดอง เพื่อติดตามการดำเนินการภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติแผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ และแผนการปฏิรูปประเทศ

### 3.2 ปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ

#### 3.2.1 ปัญหาในทางโครงสร้างของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ

คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ ถือเป็นคณะกรรมการเกี่ยวกับนโยบายระดับชาติซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายคณะหนึ่ง ซึ่งโดยปกติของคณะกรรมการตามกฎหมายแล้วจะมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเสนอแนะนโยบายที่เหมาะสมต่อคณะรัฐมนตรี โดยไม่ได้มีอำนาจในการตัดสินใจในเรื่องนั้นโดยตรง เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินนั้นเป็นเรื่องของคณะรัฐมนตรี และโดยที่อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติที่เป็นหน้าที่หลักคือการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรี ฉะนั้นบุคคลที่มาเข้าร่วมเป็นองค์ประกอบในโครงสร้างของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติจึงต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญที่คณะรัฐมนตรีให้การยอมรับสามารถให้ข้อเสนอแนะตามหลักวิชาการเพื่อให้การดำเนินการตามแผนยุทธศาสตร์ชาติซึ่งใช้ต่อเนื่องเป็นระยะเวลา 20 ปี ประสบความสำเร็จ

#### 3.2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนในทางบทบาทคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ อีกหน้าที่หนึ่งนอกเหนือไปจากการทำหน้าที่ในการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติเสนอต่อคณะรัฐมนตรีและหน้าที่ในการเสนอความเห็นต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติเพื่อให้การดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติประสบความสำเร็จแล้ว และการกำกับดูแลการปฏิรูปประเทศให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ ก็เป็นอีกหน้าที่หนึ่งที่มีความสำคัญไม่แพ้กัน เนื่องจากเป็นบทบาทคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติในลักษณะพิเศษ ที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติด้านที่เกี่ยวข้องรายงานต่อคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อให้คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาตินำเรื่องเสนอรัฐสภาทราบเป็นการเฉพาะเรื่องได้โดยตรง<sup>37</sup> และในกรณีที่การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรี หรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้รายงานแก่วุฒิสภาตามมาตรา 269(4) ของรัฐธรรมนูญ ได้โดยตรงโดยไม่ต้องนำเรื่องผ่านคณะรัฐมนตรี

### 3.3 ปัญหาจากการกำหนดนโยบายของรัฐบาลตามกรอบยุทธศาสตร์ชาติ

โดยทฤษฎีแล้วการกำหนดนโยบายของรัฐบาลหรือการบริหารงานของรัฐบาลที่มาจาก การเลือกตั้งย่อมมีความชอบธรรมสูงสุดในการแสดงเจตจำนงแห่งรัฐ แต่โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ) กฎหมาย (ตามหลักนิติรัฐ) และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา (ตามหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา) ฉะนั้น เนื้อหาของยุทธศาสตร์ชาติต่อการกำหนดนโยบายของรัฐบาลจึงต้องมุ่งเน้นไปที่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งต้องสอดคล้องกับหลักเสรี

<sup>37</sup> พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 24.

ประชาธิปไตยและนิติรัฐ โดยให้นำแนวนโยบายแห่งรัฐไปเป็นแนวทางในการตรากฎหมาย (ของฝ่ายนิติบัญญัติ) และกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน (ของรัฐบาล)<sup>38</sup> และการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลก็ต้องเป็นไปตามยุทธศาสตร์ชาติ โดยหลักความรับผิดชอบของรัฐมนตรียังต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในการกำหนดนโยบายและการดำเนินการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรีเป็นสำคัญ<sup>39</sup>

### 3.4 ปัญหาในการติดตามตรวจสอบและการประเมินผลการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ

ในทางกฎหมายมหาชน การตีความของความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องของการบริหารนโยบายรัฐบาลกับยุทธศาสตร์ชาติถือว่ามีค่านามธรรมสูงมาก โดยความเหมาะสมของนโยบายขึ้นอยู่กับบริบทของสังคมภายในของแต่ละประเทศ ขณะที่ความถูกต้องตามหลักการอันมีคุณค่าอันเป็นสากล ได้แก่ ประเด็นในเรื่องสิทธิมนุษยชน เสรีภาพของประชาชน หรือการพัฒนาศักยภาพของมนุษย์ ซึ่งล้วนเป็นเรื่องพื้นฐานของประเทศพัฒนาแล้วที่ยุทธศาสตร์ชาติได้ตั้งเป้าหมายให้ประเทศไทยก้าวไปถึงแต่ไม่ได้ถูกไว้ในกรอบการประเมิน หรือบางเรื่องเป็นการกำหนดกรอบของแผนยุทธศาสตร์ชาติที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ ข้อบกพร่องต่างๆ เหล่านี้ล้วนมิใช่ความผิดของผู้ปฏิบัติในทางกลับกันยังพบปัญหาในการติดตามตรวจสอบและการประเมินผลการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติหากเกิดกรณีที่ดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติแล้วมีความเสียหายเกิดขึ้น

### 3.5 ปัญหาในการปรับปรุงแก้ไขยุทธศาสตร์ชาติ

กฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติได้กำหนดให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติทุกห้าปี นอกจากนั้น ขั้นตอนการปรับปรุงแก้ไขยุทธศาสตร์ชาติได้กำหนดให้คณะกรรมการต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนเพื่อคณะกรรมการสามารถแก้ไขเพิ่มเติมยุทธศาสตร์ชาติให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ของโลกหรือสถานการณ์ของประเทศซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจนไม่สามารถหรือไม่เหมาะสมที่จะดำเนินการตามเป้าหมายหรือยุทธศาสตร์ด้านหนึ่งด้านใดได้ หากรัฐสภาให้ความเห็นชอบให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมยุทธศาสตร์ชาติ คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติจึงจะสามารถดำเนินการตามกระบวนการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติซึ่งต้องเสนอคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาอีกครั้ง ก่อนที่จะมีพระบรมราชโองการประกาศใช้เป็นยุทธศาสตร์ชาติต่อไป ขณะที่เนื้อหาในการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติมีกรอบในการจัดทำที่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์แห่งชาติ ความต้องการและความจำเป็นในการพัฒนาประเทศให้สอดคล้องกับหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียงและการพัฒนาที่ยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาล และเป้าหมายการปฏิรูปประเทศตามที่บัญญัติไว้ในหมวดที่ 16 ของรัฐธรรมนูญ

## ข้อเสนอแนะและบทสรุป

เหตุการณ์การเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การปกครองระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญในปี 2475 ถือเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายของไทย รวมไปถึงเป็นการเปลี่ยนโครงสร้างของระบบการบริหารบุคลากรของภาครัฐไปโดยปริยาย จากการที่ข้าราชการต้องทำหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของพระมหากษัตริย์ที่มีอำนาจเป็นล้นพ้น<sup>40</sup> เปลี่ยนเป็นการแยกกันทำหน้าที่ตามบทบาทของข้าราชการการเมืองซึ่งมาจากการปกครองในระบบรัฐสภาและบทบาทของข้าราชการประจำที่ทำหน้าที่ในการปฏิบัติตามกรอบนโยบายที่ได้รับมาจากฝ่ายการเมือง บทบาทของข้าราชการการเมืองจึงเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการปรับเปลี่ยนนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินต่างๆ ให้ทันต่อการตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงตามเจตจำนงแห่งรัฐในแต่ละยุคสมัย ขณะที่บทบาทของข้าราชการประจำคือการขับเคลื่อนนโยบายการทำงานต่างๆ ให้สอดคล้องกับหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง และหลักความต่อเนื่อง โดยเฉพาะหลัก

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 64

<sup>39</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 65

<sup>40</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2530), น.305 – 307

ความต่อเนื่องถือเป็นหน้าที่หลักของฝ่ายข้าราชการประจำในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้นโยบายต่าง ๆ บรรลุผลสำเร็จ โดยไม่สามารถโยนภาระงานนี้ไปยังฝ่ายข้าราชการการเมืองได้

การเกิดขึ้นของกฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยอ้างว่าการเมืองในระบอบประชาธิปไตยทำให้ การขับเคลื่อนนโยบายไม่มีความต่อเนื่อง นับเป็นสิ่งสะท้อนความไม่เข้าใจในบทบาทตนเองของข้าราชการประจำของ ไทยในระบอบประชาธิปไตย อันนำมาซึ่งจุดเริ่มต้นในการร่างแผนยุทธศาสตร์ชาติที่มีการรวมเนื้อหาอย่างกว้างขวาง มีการขยายขอบเขตระยะเวลาของแผนมากขึ้นเรื่อย ๆ จนเรียกได้ว่ายุทธศาสตร์ชาติเป็นแผนการดำเนินการ วางเป้าหมายของประเทศไทยที่ยาวที่สุดนับตั้งแต่เคยปรากฏมาก่อน

ในมิติด้านสภาพบังคับทางกฎหมายยุทธศาสตร์ชาติถือเป็นแผนด้านนโยบายฉบับแรกที่มีสภาพบังคับทาง กฎหมายโดยมีการกำหนดบทลงโทษแก่เจ้าหน้าที่รัฐไม่ดำเนินการอย่างรุนแรง ด้วยความมุ่งหมายที่ยุทธศาสตร์ชาติจะ เป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้ สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว ตามที่ปรากฏในวิสัยทัศน์ กฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ แต่เมื่อพิจารณาถึงมิติทั้งสามด้านดังกล่าว ทั้งด้านขอบเขตเนื้อหา ด้าน ระยะเวลา และด้านสภาพบังคับทางกฎหมายแล้ว จะพบได้ว่าเป้าหมายของแผนยุทธศาสตร์ชาติได้หันหน้าหนักไปที่การ สร้างความเจริญของประเทศโดยเป็นส่วนใหญ่ ขณะที่การมุ่งเน้นการสร้างโอกาสและการพัฒนาศักยภาพของคนใน ประเทศยังมีสัดส่วนที่ไม่มากนัก

เพื่อให้การดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติประสบความสำเร็จ สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสิ่งที่คณะกรรมการ ยุทธศาสตร์ชาติในฐานะองค์กรหลักที่กำกับและขับเคลื่อนการดำเนินการตามกรอบยุทธศาสตร์ชาติต้องพิจารณา ดำเนินการต่าง ๆ ได้แก่ การกำหนดสถานะของแผนยุทธศาสตร์ชาติให้ชัดเจน การยกเลิกการจัดทำแผนแม่ที่มีความ ซ้ำซ้อนกันภายใต้บทยุทธศาสตร์ชาติ การปรับปรุงกรอบระยะเวลาในการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติให้เหมาะสมกับ วิสัยทัศน์ที่กำหนดไว้ การปรับปรุงโครงสร้างของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติเพื่อให้เกิดความเป็นกลางในการปฏิบัติ หน้าที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติซึ่งมีสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคม แห่งชาติในฐานะองค์กรหลักที่กำกับและขับเคลื่อนการดำเนินการตามกรอบยุทธศาสตร์ชาติ ต้องพิจารณาดำเนินการใน ต่างๆ โดยยึดมั่นในหลักความเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนุญที่สอดคล้องกับหลักเสรีประชาธิปไตยและนิติรัฐ อันจะ นำมาซึ่งความเป็นประชาธิปไตยอันเป็นเกียรติภูมิของชาติและการบรรลุเป้าหมายของยุทธศาสตร์ชาติที่แท้จริง

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

คณิน บุญสุวรรณ. ปทานุกรมศัพท์รัฐสภา และการเมืองไทย ฉบับสมบูรณ์, กรุงเทพมหานคร.

คริส เบเคอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร. ประวัติศาสตร์ไทยร่วมสมัย : ฉบับปรับปรุงเป็นภาษาไทย. กรุงเทพมหานคร : มติชน. 2557. น.185.

ปกรณ ปรียาร. การวางแผนกลยุทธ์ แนวคิดและแนวทางเชิงประยุกต์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2549.

ทวีพรรณ สาลีผล. ประวัติของเศรษฐกิจไทย ตั้งแต่ 2475. กรุงเทพมหานคร : สำนักวิชาเศรษฐศาสตร์และนโยบายสาธารณะ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, ธันวาคม 2555.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

วิชญ์ เครื่องงาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530. น.305 – 307

สภาปฏิรูปแห่งชาติ. วาระการปฏิรูปพิเศษ 4 : การกำหนดยุทธศาสตร์ชาติ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, กรกฎาคม 2558)

สมบัติ อ่างรงค์. นโยบายสาธารณะ แนวคิด การวิเคราะห์และกระบวนการ. พิมพ์ครั้งที่ 26. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2556.

อภิชาติ สลิตนิรามัย. รัฐไทยกับการปฏิรูปเศรษฐกิจ : จากกำเนิดทุนนิยมธนาคารถึงวิกฤตเศรษฐกิจ. 2540. นนทบุรี : สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2556.

### วิทยานิพนธ์

กฤษณ์มนต์ ทิพย์เสวต. “สภาพบังคับของบทบัญญัติว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

อรศรี งามวิทยาพงศ์. “กระบวนการทัศน์และการจัดการความยากจนในชนบทของรัฐในช่วงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1-8 : พ.ศ. 2504 - 2544.” วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตร์ดุสิตบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546. น.118.

### บทความ

สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ / เล่มที่ 24 / เรื่องที่ 9 แผนพัฒนาประเทศ

สุเทพ สุวรรณิน. “ยุทธศาสตร์ชาติ.” เนื่องในงานพระราชทานเพลิงศพ พันเอกสุเทพ สุวรรณิน ฌาปนสถานกองทัพภักดีโสภณนันทวิหาร, 2505. น.9-22

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

ณัฐพล ใจจริงและกฤษณ์ วงศ์วิเศษธร. “ข้อบัญญัติท้องถิ่น” [http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ข้อบัญญัติท้องถิ่น\\_\(ผศ.ดร.ณัฐพล\\_ใจจริงและกฤษณ์\\_วงศ์วิเศษธร\)](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ข้อบัญญัติท้องถิ่น_(ผศ.ดร.ณัฐพล_ใจจริงและกฤษณ์_วงศ์วิเศษธร)), 23 ตุลาคม 2561.

ธีรวัฒน์ ขวัญใจ. “จากแนวนโยบายแห่งรัฐสู่ยุทธศาสตร์ชาติ : เหล้าเก่าในขวดใหม่?” <http://www.Bangkokbiznews.com/blog/detail/642673>, 28 กันยายน 2560.

นราภัทร เพชรมณี. “แถลงนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน.” <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=แถลงนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน>, 23 มกราคม 2562.

สำนักงานบริหารนโยบายของนายกรัฐมนตรี. “4 ปัจจัย ทำ “ยุทธศาสตร์ชาติ” ให้ใช้ได้จริง.” <https://pmdu.soc.go.th/4-essentials-to-build-national-strategy/3269>, 23 ตุลาคม 2561.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. “มติคณะรัฐมนตรี.” <http://www.soc.go.th/acrobat/QA1.pdf>, 15 มกราคม 2562.

### เอกสารประกอบการประชุมการสัมมนา

อำพน กิตติอำพน. “เรื่อง วิสัยทัศน์ประเทศไทยในอีก 20 ปี.” ในการประชุมประจำปี 2551 ของ สศช. เรื่องวิสัยทัศน์ประเทศไทย...สู่ปี 2570 เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2551.



## ข้อจำกัดของเสรีภาพในการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดียโดยไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ LIMITATIONS OF FREEDOM TO POSTING MESSAGES ON SOCIAL MEDIA WITHOUT ONLINE ANONYMITY

ณัฐวรรณ อารัมภวิโรจน์\*  
Nuttawan Arumwiroj

### บทคัดย่อ

ในปัจจุบันสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยี โดยเฉพาะการสื่อสารถึงกันของมนุษย์ที่สามารถสื่อสารถึงกันได้อย่างไม่จำกัด แม้จะอยู่ในตำแหน่งที่ห่างไกลกัน เมื่อเทคโนโลยีเอื้ออำนวยให้มนุษย์สามารถเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารถึงกันได้ผ่านสื่อสังคมออนไลน์ต่าง ๆ ตามเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประชาชนจึงมีเสรีภาพในการพูดและการแสดงออกตามที่ตนคิดของแต่ละบุคคล ไม่ว่าจะแสดงออกผ่านการแต่งตัว การโพสต์ข้อความ รูปภาพ หรือคลิปวิดีโอบนสื่อออนไลน์ต่าง ๆ หรือการแสดงออกในรูปแบบอื่นๆ ในบางครั้งอาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย ประเทศไทยจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 ขึ้นใช้บังคับ โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และเพื่อความมั่นคงของรัฐ จึงกำหนดให้ประชาชนลงทะเบียนเพื่อแสดงตัวตนในการใช้อินเทอร์เน็ต ทำให้สามารถระบุตัวตนของผู้ใช้บริการได้ บทความนี้จึงได้ทำการศึกษาถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการจำกัดสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ ผลดีและผลกระทบในการเปิดเผยตัวตนออนไลน์ ซึ่งพบว่า ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ตามบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 1 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาซึ่งเกิดขึ้นจากการตีความของศาลเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ แต่การคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวจะต้องชั่งน้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่นด้วย อีกทั้งการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ก่อให้เกิดทั้งผลดีและผลกระทบต่อสังคม ประชาชนจะแสดงความคิดเห็นโดยเปิดเผยตัวตนหรือไม่เปิดเผยตัวตนก็ได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิดังกล่าว เพื่อเป็นการเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน

### คำสำคัญ

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, สิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์

### ABSTRACT

At present, the society has been changing along with the progress of technology, especially communication technology that enables human to communicate unlimitedly even in the remote area. Thanks to this technology that provide people to share information via social media, people can speak and express their individual attitudes more freely, which if freedom of expression, a fundamental right under the Universal Declaration of Human Rights and under the Constitution of the Kingdom of Thailand BE 2560. Therefore, whether expressing through how they dress, how they post messages, pictures, or video clips on various online communications or other forms of

\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น

expression, it sometimes violates other people’s rights, which also violates the law. Thailand, therefore, enacted the Act on commission of offences relating to computer, B.E. 2550 (2007). The law aims to protect the rights and freedoms of individuals in accessing computer systems and to protect state’s security. It requires internet users to disclose their identity via registrations, so that they can be identified. This article studied the freedom of expression and the right to online anonymity of the United States, laws related to limitation of the right to online anonymity, and pros and cons of online self-disclosure. This article found that, according to the first amendment to the United States Constitution arising from the interpretation of the court to protect freedom, people have freedom to express their opinions and the right to online anonymity. Such freedom, however, must be weighed against other values or benefits. In addition, online anonymity have pros and cons to the society. People can express their opinions without revealing their identities, unless there is a law prescribing otherwise in order to protect the rights or reputation of other persons and maintain national security or public order or morality.

**Keywords**

Freedom of Expression, Right to Online Anonymity

## บทนำ

ศตวรรษที่ 21 ถือเป็นยุคแห่งการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ และเทคโนโลยีซึ่งส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิต ทำให้มนุษย์ต้องปรับตัวและยกระดับสมรรถนะของตน เพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลง ในปัจจุบันสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยี หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงจากยุคอนาล็อก (Analog) ไปสู่ยุคดิจิทัล (Digital) เทคโนโลยีสารสนเทศได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการพัฒนาประเทศ สร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ตลอดจนช่วยพัฒนาความเป็นอยู่ของประชาชนในสังคมให้ดีขึ้น สำหรับประเทศไทยรัฐบาลทุกยุคสมัยที่ผ่านมาล้วนแล้วแต่ให้ความสนใจและให้ความสำคัญในเรื่องการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ อาจด้วยสาเหตุที่เล็งเห็นว่าเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นปัจจัยสำคัญในอันที่จะช่วยให้ประเทศไทยสามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้ อีกทั้งเทคโนโลยียังเป็นเครื่องมือที่จะเพิ่มเติมศักยภาพให้ประเทศสามารถเป็นผู้นำในด้านการค้า การผลิต การเงิน การขนส่ง การพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ รวมถึงการเสริมสร้างคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศให้ดียิ่งขึ้น<sup>1</sup>

อีกทั้งเทคโนโลยีการสื่อสารก็เป็นสิ่งหนึ่งที่สำคัญ นอกจากจะช่วยสร้างความเข้าใจซึ่งกันและกันระหว่างผู้ส่งสารและผู้รับสารได้อย่างถูกต้องแล้ว ยังเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงผู้คนที่อยู่ในพื้นที่ต่าง ๆ ได้เกิดความสัมพันธ์และแลกเปลี่ยนเรียนรู้ซึ่งกันและกัน อาจกล่าวได้ว่า การสื่อสารเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์เพราะธรรมชาติของมนุษย์มีความต้องการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มจึงต้องมีการสื่อสารถึงกัน การสื่อสารของมนุษย์จึงถูกแสดงออกมาในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การสื่อสารภายในตนเอง การสื่อสารระหว่างบุคคล การสื่อสารระหว่างกลุ่ม การสื่อสารภายในองค์กร และการสื่อสารมวลชน เมื่อบริบทสังคมเปลี่ยนแปลงไป จึงทำให้ลักษณะของการสื่อสารถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ตั้งแต่ยุคเทคโนโลยี 1G โดยสามารถส่งผ่านข้อมูลด้วยระบบอนาล็อก (Analog) ซึ่งเป็นการสื่อสารทางเสียงผ่านสัญญาณคลื่นวิทยุ ต่อมาการสื่อสารได้ถูกพัฒนาเข้าสู่ยุค 2G, 3G และ 4G ซึ่งถือว่าเป็นยุคของการสื่อสารผ่านระบบดิจิทัล (Digital) ที่มี การสื่อสารถึงกันได้อย่างรวดเร็ว ผ่านเครือข่ายความเร็วสูงชนิดพิเศษ สามารถใช้งานได้แบบไร้สาย (Wireless) รวมถึงคุณสมบัติการเชื่อมต่อเสมือนจริงในรูปแบบสามมิติ (Three - dimensional) ระหว่างผู้ส่งสารและผู้รับสาร ผ่านการเชื่อมต่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และแพร่ขยายไปอย่างไร้ขอบเขตทั่วโลกสามารถสื่อสารถึงกันได้อย่างไม่จำกัด แม้จะอยู่ในตำแหน่งที่ห่างไกลกัน ดังคำกล่าวที่ว่า “โลกไร้พรมแดน”<sup>2</sup>

เมื่อเทคโนโลยีเอื้ออำนวยให้มนุษย์สามารถเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารถึงกันได้ผ่านสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) อาทิ เฟสบุ๊ก (Facebook) ทวิตเตอร์ (Twitter) พันทิป (Pantip) อินสตาแกรม (Instagram) เป็นต้น นอกจากสื่อมวลชนซึ่งถือว่าเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่นำเสนอข้อมูลข่าวสารทุกแขนงให้แก่ประชาชนได้รับทราบแล้ว ปัจจุบันบุคคลยังสามารถมีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและแสดงทัศนคติในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสังคม เศรษฐกิจและการเมืองต่อสาธารณะโดยอาศัยช่องทางการสื่อสารออนไลน์ ตามเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพในการพูดและการแสดงออกตามทัศนคติของแต่ละบุคคล ไม่ว่าจะแสดงออกผ่านการโพสต์ข้อความ รูปภาพหรือคลิปวิดีโอบนสื่อออนไลน์ต่าง ๆ หรือการแสดงออกในรูปแบบอื่น ๆ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อเผชิญกับความไม่เป็นธรรมหรือถูกละเมิดสิทธิก็อาจแสดงออกโดยการโพสต์เรื่องราวลงในสื่อสังคมออนไลน์เพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมหรือกรณีที่มีประเด็นทางสังคมหรือทางการเมือง ปัจจุบันบุคคลก็จะแสดงทัศนคติของตนต่อเรื่องดังกล่าว ในบางครั้ง

<sup>1</sup> พงษ์ศักดิ์ ศุภเศรษฐศิริ, “สื่อไทยปัจจุบัน : กรณีศึกษาการนำเสนอเนื้อหา,” (วิทยาลัยวิศวกรรมสื่อสารสังคม มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2556), น. 1-2.

<sup>2</sup> ศุภศิลป์ กุลจิตต์เจือวงศ์, “2022 วิวัฒนาการการสื่อสารแห่งโลกอนาคต,” วารสารอิเล็กทรอนิกส์, ปีที่ 5, ฉบับที่ 2, น. 60-65 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2555).

อาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย โดยการแสดงออกดังกล่าวปัจเจกบุคคลมักจะแสดงตัวตนโดยใช้ “นามแฝง” แทนการใช้ชื่อ สกุลจริงหรือชื่อตามกฎหมาย<sup>3</sup>

แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการตรากฎหมาย<sup>4</sup> กำหนดให้ประชาชนลงทะเบียนครั้งแรกเพื่อแสดงตัวตนในการใช้งานอินเทอร์เน็ตและสื่อสังคมออนไลน์อื่น ๆ ทำให้สามารถระบุตัวตนของผู้ใช้บริการได้ เพื่อความปลอดภัยของประชาชน และเป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ จึงนำมาสู่ประเด็นปัญหาที่ว่ากฎหมายดังกล่าวไปกระทบต่อเสรีภาพในการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดีย (Social Media) โดยไม่เปิดเผยตัวตนอันเป็นสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ (Right to Online Anonymity) หรือไม่ การจะหาคำตอบดังกล่าวจึงต้องพิจารณาเห็นว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูดของประชาชนหมายถึงรวมถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์หรือไม่ บทความนี้จึงได้ศึกษาประเด็นดังกล่าว โดยเริ่มจากการพิจารณาถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลได้นำมาใช้ในการตัดสินคดี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ ผลดีและผลกระทบในการเปิดเผยตัวตนออนไลน์ จากการศึกษาพบว่าประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ตามบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 1 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาซึ่งเกิดขึ้นจากการตีความของศาลเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ แต่การคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวจะต้องชั่งน้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่นด้วย ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่มีคดีที่ปรากฏชัดถึงการตีความเช่นนี้ อีกทั้งการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ก่อให้เกิดทั้งผลดีและผลกระทบต่อสังคม ประชาชนจะแสดงความคิดเห็นโดยเปิดเผยตัวตนหรือไม่เปิดเผยตัวตนก็ได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวเพื่อเป็นการเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน

## 1. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์

### 1.1 ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อกล่าวถึงเสรีภาพก็เป็นการหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกล่าวถึงคำว่า “สิทธิ” เนื่องจากสองคำนี้ได้ถูกนำมาใช้ควบคู่กันไปเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้มีความหมายที่เหมือนกัน โดยคำว่า “สิทธิ” หมายถึงอำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลอย่างเป็นรูปธรรมในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง งดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือยอมให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่เข้าขัดขวางเพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ ส่วน “เสรีภาพ” หมายถึง โอกาสที่จะเลือกทำหรือไม่ทำตามที่ตนปรารถนาก็ได้ สิ่งที่จะจำกัดได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด<sup>5</sup>

ในประเทศที่มีการแบ่งแยกกฎหมายตามนิติสัมพันธ์ออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนจะมีการแบ่งประเภทของสิทธิออกเป็นสิทธิทางเอกชนและสิทธิทางมหาชนด้วย โดยสิทธิทางเอกชนเป็นสิทธิในระบบกฎหมายเอกชน แบ่งแยกออกเป็นสิทธิสัมบูรณ์ซึ่งเป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิสามารถยกขึ้นใช้บังคับบุคคลใดก็ได้ และสิทธิสัมพัทธ์เป็นสิทธิซึ่งผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องได้เฉพาะจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ส่วนสิทธิทางมหาชนนั้นเป็นสิทธิในระบบกฎหมายมหาชน โดยเป็นอำนาจทางกฎหมายที่ระบบกฎหมายให้ไว้แก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธินั้น สิทธิทางมหาชนอาจมีลักษณะเป็นสิทธิป้องกัน (status negative) อันเป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้รัฐงดเว้นการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำสิทธิ

<sup>3</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์, “สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง,” วารสารนิติสังคมศาสตร์, ปีที่ 8, ฉบับที่ 2, น. 74 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2558).

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 วรรคสอง “ผู้ให้บริการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ให้บริการนับตั้งแต่เริ่มใช้บริการและต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่การให้บริการสิ้นสุดลง”

<sup>5</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.49-51.

ของตน เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในการแสดงเจตจำนงทางการเมืองซึ่งผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องการเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองได้ เป็นต้น<sup>6</sup>

อีกทั้งสิทธิทางรัฐธรรมนูญก็เป็นอำนาจของปัจเจกบุคคลในการที่จะป้องกันตนจากการล่วงล้ำจากรัฐโดยปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิจะได้รับการประกันว่าสิทธิดังกล่าวมีความมั่นคงยืนยาวตลอดจนสามารถที่จะได้รับการบังคับได้ ดังนั้น สิทธิทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน ที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยที่ต้องให้ความเคารพปกป้อง และคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิทางรัฐธรรมนูญมีผลใช้ได้ทางปฏิบัติ<sup>8</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติให้การรับรองหลักการในเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 34<sup>9</sup> ด้วย อีกทั้ง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ยังได้รับความรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อที่ 19<sup>10</sup> อีกด้วย ในส่วนเรื่องสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ นั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดยตรง ซึ่งจะได้กล่าวถึงอีกครั้งในหัวข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการจำกัดสิทธิการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์

## 1.2 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression)

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) หรือ เสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) เกิดขึ้นมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์ และได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นเสรีภาพของปัจเจกบุคคลแต่ละคนในการแสดงความคิดเห็นหรือความเห็นของตนให้ปรากฏต่อผู้อื่นผ่านทาง การพูด ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หมายถึง อิสระในการคิด และการพูดโดยปราศจากการแทรกแซง<sup>11</sup>

ต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงขยาย ขอบเขตไปถึงการเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ การสมาคม การรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง การสื่อสารถึงกัน การเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ เมื่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมีความหลากหลายยิ่งขึ้น การเรียกร้อง

<sup>6</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการผลิตตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.223-224.

<sup>7</sup> เท็งอ้าง, น.226.

<sup>8</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.49.

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อสารโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน”

<sup>10</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อที่ 19

1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะหรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก

3. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่องแต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน

<sup>11</sup> ทิวาลัย แสงอุไร, “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการละเมิดอำนาจอธิปไตยรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.18.-19.

เรื่องใดเรื่องหนึ่ง อาจเรียกร้องโดยอาศัยฐานของเสรีภาพที่แตกต่างกัน เช่น บุคคลหนึ่งอาจเรียกร้องเสรีภาพในการโฆษณา ขณะที่อีกคนหนึ่งเรียกร้องเสรีภาพในการสมาคม หรืออาจเรียกร้องเสรีภาพในการพิมพ์ เป็นต้น<sup>12</sup>

นอกจากนี้ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นยังถือว่าเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมประชาธิปไตย ที่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นและแสดงเจตจำนงในเรื่องทั่ว ๆ ไปของสังคมได้ ระบบกฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้เกิดการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประชาชนจะมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แต่ก็ต้องกระทำการอยู่ภายใต้ขอบเขตของเสรีภาพ อันไม่เป็นการไปละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น นอกจากระบบกฎหมายจะต้องให้การรับรองเสรีภาพแล้วยังอาจจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อการดังต่อไปนี้<sup>13</sup> คือ

1) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เนื่องจากปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าบุคคลใดก็ไม่สามารถที่จะใช้เสรีภาพของตน เพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่เสรีภาพของบุคคลอื่นได้ ตามแนวคิดของ John Lock ที่ว่ามนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ มีความเท่าเทียมกัน สามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนได้ภายในขอบเขตของกฎธรรมชาติ จึงไม่อาจมีใครมาก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นได้ และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอันเท่าเทียมกัน จึงจำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพของตน เพื่อให้ผู้อื่นและตนเองมีเสรีภาพอย่างแท้จริง

2) เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐจะต้องมีความมั่นคง จึงส่งผลให้รัฐเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุขมีความมั่นคงภายในรัฐ อีกทั้งป้องกันการรุกรานจากภายนอกประเทศ ดังนั้น ความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและความสามารถทำภาระหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อย่างไรก็ตาม การดำรงอยู่ของรัฐนี้หากเป็นกิจการภายในประเทศจะสามารถจำกัดเสรีภาพได้เฉพาะกรณีที่มีความรุนแรงจริงๆ เท่านั้น เช่น กรณีที่มีเหตุความไม่สงบหรือเกิดจลาจลขึ้น ต่างกับกรณีเพื่อป้องกันภัยจากภายนอกประเทศ ที่รัฐจะมีความชอบธรรมอย่างยิ่งในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ จึงได้รับการพิจารณามาตั้งแต่เริ่มต้นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพ

3) เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) คือการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ไม่ใช่ประโยชน์ของคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ และถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐเพื่อตอบสนองต่อความต้องการร่วมกันของประชาชนในสังคม ไม่ว่าจะเป็นการปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินหรือความเป็นอยู่ที่ดีของทุกคนในการดำรงชีวิต

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่ว่าจะเป็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อสารโดยวิธีอื่นก็ตาม แต่เสรีภาพดังกล่าวปัจเจกบุคคลอาจถูกจำกัดได้ หากกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากนี้ การพิจารณาถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นข้างต้นหมายความว่ารวมถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ด้วยหรือไม่ จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หมายความว่ารวมถึงการแสดงความคิดเห็นในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการพูด การเขียน การแสดง การวาด การพิมพ์ การสมาคม การรวมกลุ่ม การเดินขบวน และการประท้วง การออกเสียงลงคะแนน การรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง การแสดงออกทางวิชาการ<sup>14</sup> ซึ่งปัจเจกบุคคลสามารถแสดงออกได้หลายรูปแบบตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ในปัจจุบันเทคโนโลยีเอื้ออำนวยให้ปัจเจกบุคคลสามารถแสดงออกถึงกันผ่านทางสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) ได้ เช่น การโพสต์ข้อความตามความคิดเห็นของตนด้วยการพิมพ์ลงในเฟซบุ๊ก (Facebook) หรือ ทวิตเตอร์ (Twitter) หรืออินสตาแกรม

<sup>12</sup> วิษณุ เครืองาม, “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น,” *วารสารนิติศาสตร์*, เล่ม 4, ปีที่ 11, น.571 (2524).

<sup>13</sup> *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 204-215.

<sup>14</sup> *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น. 19.

(Instagram) เป็นต้น การแสดงออกดังกล่าวเป็นเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่สามารถกระทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม การแสดงความคิดเห็นจะต้องไม่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่ได้กล่าวไปถึงว่าการแสดงความคิดเห็นนั้นจะต้องกระทำโดยเปิดเผยตัวตนหรือสามารถกระทำได้แม้ไม่เปิดเผยตัวตนจึงต้องพิจารณาถึงเรื่องอื่นประกอบดังจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

1.3 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

1.3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ถือว่าเป็นเอกสารประวัติศาสตร์ในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลกและเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับที่มีอยู่ในปัจจุบัน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถือเป็นมาตรฐานที่ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ร่วมกันจัดทำเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทั่วโลก ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกที่ร่วมรับรองปฏิญญาดังกล่าว<sup>15</sup>

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อที่ 12 ประกอบข้อที่ 19<sup>16</sup> กล่าวคือ บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซงและแสวงหา รับ และแจกจ่ายข้อมูล และความคิดผ่านสื่อใดๆ โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน อีกทั้งบุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจ ในความเป็นส่วนตัวหรือการสื่อสารไม่ได้ โดยบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต่อการแทรกแซงสิทธิดังกล่าว

นอกจากนี้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ยังให้การรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลไว้ในข้อ 19<sup>17</sup> ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง อีกทั้งมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ซึ่งสิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก แต่อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิดังกล่าว บุคคลผู้ใช้สิทธิต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย คือการใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่องตามบัญญัติ

<sup>15</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, แปลโดย กระทรวงการต่างประเทศ เนื่องในโอกาสการครบรอบ 60 ปี ของการรับรอง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในวันที่ 10 ธันวาคม 2551 น. 1-2.

<sup>16</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 12 บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจ ในความเป็นส่วนตัว ครอบครัวที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสาร หรือจะถูกกลบเกลื่อนเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกแซงสิทธิหรือการลบลู่ดังกล่าว

ข้อ 19 ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสารและ ข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน

<sup>17</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อ 19

1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง  
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก

3. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่องแต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน

แห่งกฎหมาย เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ปฎิญาสภากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้ให้การรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอีกทั้ง ยังให้การรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในการแสดงออกโดยปราศจากการแทรกแซงตามอำเภอใจ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่องตามบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน

ฉะนั้น การพิจารณาประเด็นปัญหาที่ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นข้างต้นหมายความว่ารวมถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ด้วยหรือไม่ จะเห็นได้ว่า ปฎิญาสภากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ให้การรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยบุคคลจะแสดงออกเช่นใดย่อมเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยปราศจากการแทรกแซงตามอำเภอใจ ดังนั้น บุคคลจะแสดงความคิดเห็นโดยเปิดเผยตัวตนหรือไม่เปิดเผยตัวตนก็ได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน

#### 1.4 สิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ (Right to Online Anonymity)

การไม่เปิดเผยตัวตนและการเข้ารหัสไม่ใช่ปรากฏการณ์ใหม่ การไม่เปิดเผยตัวตนช่วยอำนวยความสะดวกในการแสดงออกของความคิดเห็นต่าง ๆ และนำมาสู่ความขัดแย้งในหลายประเทศทั่วโลก การปกป้องความเป็นส่วนตัวหรือการไม่เปิดเผยตัวตน เป็นองค์ประกอบสำคัญในการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิในความเป็นส่วนตัว การไม่เปิดเผยตัวตนทำให้ปัจเจกบุคคลสามารถแสดงออกได้โดยไม่ต้องกลัวว่าจะถูกตอบโต้และมีความสำคัญอย่างยิ่งในประเทศที่เสรีภาพในการแสดงออกถูกจำกัดอย่างหนัก ซึ่งจะช่วยให้ปัจเจกบุคคลสามารถที่จะแสดงออกในบางเรื่องที่จะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะในทางออนไลน์ได้โดยไม่ต้องกังวลถึงภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตนเอง อย่างไรก็ตาม การไม่เปิดเผยตัวตนนั้นอาจถูกนำไปใช้โดยปัจเจกบุคคลที่เจตนาไม่ดีที่จะมีส่วนร่วมในการกระทำผิดต่อกฎหมายในทางอาญาหรือการกระทำผิดประเภทอื่น ๆ เช่น การล่อลวงละเมิดทางออนไลน์หรือการกลั่นแกล้งทางออนไลน์ เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐบาลทั่วโลกพยายามจำกัดการไม่เปิดเผยตัวตนและให้เปิดเผยตัวตนโดยการลงชื่อเข้าใช้โดยการเข้ารหัส (login) เพื่อเป็นการป้องกันการสื่อสารออนไลน์ที่จะนำไปสู่การกระทำที่ผิดกฎหมายหรืออาจนำไปสู่การก่อการร้าย ตัวอย่างเช่น ประเทศจีนรัฐบาลได้ปิดกั้นการรับส่งข้อมูลที่เรียกว่า “เครือข่ายส่วนตัวเสมือน” (Virtual Private Networks) หรือที่รู้จักกันในชื่อย่อว่า “VPN” ซึ่งเป็นฟังก์ชันหนึ่งในระบบเน็ตเวิร์ค สร้างขึ้นมาทำให้สามารถรับส่งข้อมูลได้ปลอดภัยมากขึ้นและสามารถเชื่อมตรงกับเซิร์ฟเวอร์หรืออุปกรณ์ที่อยู่ใน VPN เดียวกันได้สะดวกขึ้นหรือในสหรัฐอเมริกาการไม่เปิดเผยตัวตนเป็นเครื่องมือที่เอื้อต่อกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย<sup>18</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีศาลสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาคดีให้ความคุ้มครองการไม่เปิดเผยตัวตน ซึ่งเกิดขึ้นจากการตีความของศาลเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ แต่การคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวจะต้องชั่งน้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่นด้วย

การไม่เปิดเผยชื่อ เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นส่วนตัว อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ปัจเจกบุคคลสามารถที่จะแสดงออกตามสิทธิเสรีภาพของตนโดยไม่เปิดเผยชื่อก็ได้ ซึ่งรวมถึงการแสดงความคิดเห็นในทางออนไลน์ที่เกิดขึ้นในยุคของเทคโนโลยีที่ได้มีการพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว ในเชิงสังคม และพฤติกรรมศาสตร์ นักวิชาการบางท่านจำแนกความไม่เปิดเผยชื่อสามารถสะท้อนให้เห็นถึงพฤติกรรมใน 3 ลักษณะ ได้แก่<sup>19</sup> การ

<sup>18</sup> “Right to Online Anonymity 2015,” Retrieved on May 2, 2019, from [https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38006/Anonymity\\_and\\_encryption\\_report\\_A5\\_final-web.pdf](https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38006/Anonymity_and_encryption_report_A5_final-web.pdf)

<sup>19</sup> Burkell, J. A. “Anonymity in Behavioral Research : Not Being Unnamed, but Being Unknown,” *University of Ottawa Law and Technology Journal*, 3, 1, pp.189 (2006).



ป้องกันความเป็นตัวตน (Identity protection) การไม่เปิดเผยจากการสังเกตเห็น (Visual anonymity) การไม่เปิดเผยจากพฤติกรรมที่ตนกระทำ (Action anonymity) อีกทั้งในทางกฎหมายการไม่เปิดเผยตัวตนมีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของปัจเจกบุคคล โดยมีนักวิชาการได้แบ่งสิทธิการไม่เปิดเผยตัวตนหรือสิทธินิรนามในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาออกเป็น 5 ด้าน กล่าวคือ<sup>20</sup> (1) การคุ้มครองการไม่เปิดเผยตัวตนตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น (Speech) (2) การคุ้มครองการไม่เปิดเผยตัวตนตามกฎหมายอาญา เช่น การคุ้มครองการไม่เปิดเผยตัวตนของพยานบุคคล (3) การคุ้มครองการไม่เปิดเผยตัวตนในการดำเนินคดีแพ่ง (4) การไม่เปิดเผยตัวตนในความสัมพันธ์อื่นๆ ระหว่างรัฐและประชาชน (5) การเปิดเผยข้อมูลระบุตัวตน (Identity) ในชีวิตประจำวัน อย่างไรก็ตามการคุ้มครองการไม่เปิดเผยตัวตนในส่วนที่เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นมิติที่ได้รับการให้น้ำหนักมากกว่าด้านอื่น ๆ

นอกจากนั้น หลักกฎหมายที่สำคัญของสหรัฐอเมริกาในการคุ้มครองการไม่เปิดเผยตัวตน มีรากฐานมาจากบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 1 ของรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา (The First Amendment to the United States Constitution) ซึ่งมีหลักสำคัญว่า “ห้ามมิให้รัฐจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูด สิทธิในการชุมนุมโดยสงบของประชาชน...”<sup>21</sup> จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรอง “สิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตน” ไว้อย่างชัดเจน โดยระบุคุ้มครอง “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูด” (Freedom of speech) แต่ในคดีที่มีการกล่าวอ้างว่ารัฐละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูดศาลได้ตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในประเด็นต่างๆ เช่น ในการพิจารณาคดี *Reno v ACLU* ซึ่งศาลสูงสุดได้วางหลักไว้ว่าการสื่อสารทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Email) ห้องสนทนา (Chat room) เวิลด์ไวด์เว็บ (World Wide Web) จัดเป็นการแสดงความคิดเห็นอันได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย<sup>22</sup>

เมื่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูดและศาลได้พิจารณาแล้วว่าการสื่อสารออนไลน์จัดเป็นเสรีภาพอันได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สำหรับคดีที่ศาลวางหลักคุ้มครองสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี *ACLU of Georgia v Miller* ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายระดับมลรัฐ (Georgia statute) ส่งผลเป็นการห้ามทำการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์ทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต โดยศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>23</sup> นอกจากนั้นในคดี *McIntyre v. Ohio Elections Commission* ซึ่งเป็นกรณีของนางมาร์กาเร็ต แมคอินไทร์ แจกใบปลิวให้กับบุคคลที่เข้าร่วมประชุมสาธารณะที่รัฐโอไฮโอ โดยใบปลิวนั้นมีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งของเธอในกรณีที่ถูกเรียกเก็บภาษีโรงเรียน และได้มีการแสดงความคิดเห็นของเธอในฐานะผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องและผู้จ่ายภาษี โดยในใบปลิวนั้นได้มีการเซ็นชื่อแต่ไม่ได้รับชื่อและที่อยู่ เธอถูกปรับ 100 เหรียญ เพราะกระทำผิดต่อกฎหมายการเลือกตั้งซึ่งห้ามมิให้มีการเผยแพร่เอกสารหรือวรรณกรรมใดๆ ที่เกี่ยวกับการรณรงค์เลือกตั้งที่ไม่ระบุชื่อและที่อยู่ คดีนี้ศาลได้ตีความเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูด (Freedom of speech) ตามรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองถึงสิทธิในการสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนด้วย (right to speak anonymously or right to anonymous speech) ซึ่งศาลได้อธิบายว่าสิทธินี้ให้การคุ้มครองรวมถึงข้อมูลระบุตัวตนของผู้แสดง

<sup>20</sup> Froomkin, M. “Anonymity and the Law in the United States”. in Kerr, I., Lucock, C., & Steeves, V. (Eds). *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy, and Identity in a Networked Society*, Oxford: Oxford University Press, pp. 441-464 (2009). อ้างใน คณาธิป ทองรวีวงศ์, “สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง,” *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, ปีที่ 8 ฉบับที่ 2, น. 82-83 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2558).

<sup>21</sup> Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances

<sup>22</sup> อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 4*, น. 83 - 85.

<sup>23</sup> *เพ็งอ้าง*, น.94.

ความคิดเห็นด้วย นอกจากนี้ยังมีความหมายครอบคลุม กรณีผู้ให้บริการ ผู้พิมพ์เผยแพร่ข้อความ ในอันที่จะโต้แย้งคัดค้านการส่งมอบข้อมูลระบุตัวตนเกี่ยวกับผู้พูดเพื่อให้เป็นไปตามหมายศาลด้วย<sup>24</sup>

ดังนั้น สิทธิในการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตนเกิดขึ้นจากการตีความของศาลเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูด (Freedom of Expression) ตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง แต่การคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวจะต้องชั่งน้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่นด้วย เช่น การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน โดยการพิจารณาดังกล่าวศาลได้วางหลักในการพิจารณาคดีไว้ ดังเช่นคดีหมิ่นประมาทบุคคลสาธารณะ ซึ่งในการแสดงความคิดเห็นหรือการพูดในลักษณะหมิ่นประมาทนั้น ศาลในสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาให้นำหนักไปในทิศทางคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือการพูด โดยวางหลักจำกัดข้ออ้างในคดีหมิ่นประมาทสำหรับกรณีที่สื่อเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับ “บุคคลสาธารณะ” ว่าโจทก์จะต้องมีการพิสูจน์มากกว่าคดีหมิ่นประมาททั่วไป<sup>25</sup> สำหรับสิทธิในการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตนนั้นก็มิใช่ข้อจำกัดเช่นเดียวกัน หากคดีนั้นผลประโยชน์อื่นมีน้ำหนักความสำคัญมากกว่าสิทธิในการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตน เช่น ในคดี Buckley v Valeo ศาลตัดสินว่ากฎหมายการรณรงค์ทางการเมืองที่ให้เปิดเผยชื่อและที่อยู่ของผู้บริจาคเงินสมทบการเมืองนั้นใช้บังคับได้เนื่องจากผลประโยชน์ของรัฐในการเลือกตั้งที่เป็นธรรมมีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตน<sup>26</sup> นอกจากสหรัฐอเมริกาแล้ว รัฐธรรมนูญของหลายประเทศก็ให้การคุ้มครอง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูด (Freedom of Expression) เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งหากเปรียบเทียบแล้วจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แต่ไม่ได้คุ้มครองสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา อีกทั้งยังไม่มีคดีที่ปรากฏว่าศาลได้ตีความเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ให้ความคุ้มครองไปถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนอย่างชัดเจน ดังจะกล่าวถึงต่อไป

## 2. กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการจำกัดสิทธิการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์

### 2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศอีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับได้ให้ความคุ้มครองที่สอดคล้องกันและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของปัจเจกบุคคลไว้ใน มาตรา 34<sup>27</sup> ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา

<sup>24</sup> McIntyre v. Ohio Elections Comm’n, 514 U.S. 334, 357 (1995). อ้างใน คณาธิป ทองรวีวงศ์, “สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง,” วารสารนิติสังคมศาสตร์, ปีที่ 8, ฉบับที่ 2, น.85-86 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2558).

<sup>25</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะ : กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายไทย,” วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย หอการค้าไทย, ปีที่ 7, ฉบับที่ 1, น. 205-213 (มิถุนายน 2558).

<sup>26</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 85.

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น

และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ปัจเจกบุคคลสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นในลักษณะต่าง ๆ ได้ซึ่งน่าจะหมายความรวมถึง การแสดงออกทางออนไลน์ด้วย แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติคุ้มครองถึงเรื่องการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนไว้ อีกทั้ง ยังไม่มีคดีที่ปรากฏว่าศาลได้ตีความเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ให้ความคุ้มครองไปถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนอย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังบัญญัติให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ หากกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน จึงเป็นเหตุให้รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้

แต่อย่างไรก็ตามการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ แม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น หากการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ปัจเจกบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ<sup>28</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่า ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป อีกทั้ง หากในอนาคตเกิดกรณีพิพาทเพื่อเรียกร้องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตน ศาลจะมีคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวอย่างไร จะมีการตีความเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นให้ความคุ้มครองไปถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนเช่นเดียวกับศาลของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีการขังน้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่นด้วยหรือไม่ อาจจะต้องทำการศึกษาต่อไป

## 2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตนออนไลน์

โดยในปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 (แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2560) ขึ้นใช้บังคับ โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และเพื่อความมั่นคงของรัฐ เนื่องจากระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของปัจเจกบุคคล หากมีผู้กระทำด้วยประการใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือ ทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบ

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากนี้บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้อิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

คอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจารย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่กล่าวมาจะถูกลงโทษตามที่กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ บัญญัติไว้<sup>29</sup>

หากพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 (แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2560) แล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายได้บัญญัติถึงการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารโดยไม่เปิดเผยตัวตนไว้ในมาตรา 26<sup>30</sup> วรรคสองซึ่งได้วางหลักไว้ว่า ผู้ให้บริการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็น เพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ให้บริการ ซึ่งหมายความว่า ผู้ให้บริการทางออนไลน์จะต้องเปิดเผยตัวตนเพื่อลงทะเบียนครั้งแรกก่อนเข้าใช้งานเว็บไซต์ (website) ในบางกรณี หรือสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) ต่างๆตามที่ผู้ให้บริการกำหนด ซึ่งผู้ให้บริการจะได้เก็บข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็นของผู้ใช้บริการไว้ เพื่อให้สามารถระบุตัวตนได้ ตัวอย่างเช่น การเข้าใช้งาน เฟสบุ๊ก (Facebook) ครั้งแรกจะต้องมีการกรอกข้อมูล ชื่อ นามสกุล หมายเลข โทรศัพท์มือถือหรืออีเมล (E-mail) วันเดือนปีเกิด และเพศ และกำหนดรหัสผ่าน เพื่อลงชื่อเข้าใช้งานครั้งถัดไป<sup>31</sup> จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้ปัจเจกบุคคลที่มีความประสงค์เข้าใช้งานเว็บไซต์ (website) บางกรณี หรือสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) ต่างๆต้องเปิดเผยตัวตน อันนำมาสู่ประเด็นที่ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 วรรคสองกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) โดยการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดีย (Social Media) โดยไม่เปิดเผยตัวตนหรือไม่

ประเด็นปัญหานี้กลายเป็นข้อถกเถียงในสังคมหลังจากได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 ขึ้นใช้บังคับ โดยมีทั้งปัจเจกบุคคลที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยเพราะเห็นว่าเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

โดยกลุ่มที่เห็นด้วยกล่าวว่า การแสดงความคิดเห็นโดยการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดีย (Social Media) โดยเปิดเผยตัวตน จะทำให้ผู้แสดงความคิดเห็นใช้ถ้อยคำที่สุภาพและมีมรรยาทในการแสดงความคิดเห็น<sup>32</sup> อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลอื่นที่อาจถูกละเมิดจากการแสดงความคิดเห็นโดยการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดีย (Social Media) ได้ เนื่องจากเทคโนโลยีเอื้ออำนวยให้มนุษย์สามารถเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารถึงกันได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว หากมีการแสดงความคิดเห็นหรือโพสต์ข้อความที่กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น ข้อมูลดังกล่าวจะถูกเผยแพร่ไปอย่างกว้างขวางจนไม่สามารถที่จะควบคุม อีกทั้งการระบุตัวตนหรือการเปิดเผยตัวตนยังสามารถที่จะดำเนินการทางกฎหมายกับผู้กระทำความผิดได้ง่ายกว่าการไม่เปิดเผยตัวตน ตัวอย่างเช่น

กรณีพนักงานของบริษัทด้านการขนส่งสินค้าชื่อดัง แยกกล่องพัสดุของลูกค้ารายหนึ่งและนำสินค้า (เซ็กซ์ทอย) ที่อยู่ด้านในมาถ่ายรูปเล่นด้วยท่าทางล้อเลียนและโพสต์ลงในโซเชียลมีเดีย (Social Media) อีกทั้งหลังจากที่พนักงานโพสต์ข้อมูลแล้วได้มีบุคคลอื่นมาแสดงความคิดเห็นและถามที่อยู่ของลูกค้าเจ้าของเซ็กซ์ทอยอีกด้วย ซึ่งผู้

<sup>29</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

<sup>30</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 26 ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการผู้ใดเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกินเก้าสิบวันแต่ไม่เกินหนึ่งปีเป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้.

ผู้ให้บริการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ให้บริการนับตั้งแต่เริ่มใช้บริการ และต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่การใช้บริการสิ้นสุดลง.

ความในวรรคหนึ่งจะใช้กับผู้ให้บริการประเภทใด อย่างไร และเมื่อใด ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษาผู้ให้บริการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรานี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท.

<sup>31</sup> “สร้างบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊ก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2562, จาก <https://www.facebook.com>.

<sup>32</sup> เครือข่ายพลเมืองเน็ต, “ถ้าบริษัทใจ ไม่ได้ทำอะไรผิด ก็เปิดเผยตัวว่าคุณเป็นใคร (จริงไหม?),” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2562, จาก <https://thainetizen.org/2015/01/right-to-anonymity-debates/>.

โพสต์เองก็บอกที่อยู่คร่าวๆ ให้กับบุคคลที่ถาม ทั้งยังมีการกล่าวถึงลูกค้าในเชิงเชิงชวนให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศอีกด้วย<sup>33</sup> จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าของสินค้าอีกทั้งเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมาย จากการโพสต์ข้อมูลโดยเปิดเผยตัวตนจึงสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ง่าย

นอกจากนั้นการแสดงความคิดเห็นหรือโพสต์ข้อความต่าง ๆ โดยไม่เปิดเผยตัวตน อาจนำมาสู่การกระทำ ความผิดต่อกฎหมายและผลกระทบต่อสังคมได้กล่าวคือ<sup>34</sup> การไม่เปิดเผยตัวตนอาจนำไปสู่อาชญากรรมไซเบอร์ (Cybercrime) ทั้งกรณีอาชญากรรมที่มุ่งประสงค์ผลประโยชน์ทางการเงิน เช่น การฉ้อโกงออนไลน์ และกรณีอาชญากรรมที่คุกคามต่อสิทธิส่วนบุคคลรวมทั้งความปลอดภัยทางกายภาพของบุคคล เช่น การ ฝ้าติดตามคุกคามออนไลน์ (Cyber stalking) การกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ (Cyber bullying) หรือการไม่เปิดเผยตัวตนอาจนำไปสู่การสื่อสารที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ต การใช้ถ้อยคำไม่สุภาพ การหมิ่นประมาทบุคคลอื่นต่อสาธารณะ การแสดงความคิดเห็นโดยขาดวุฒิภาวะขาดการไตร่ตรอง

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับการปิดกั้นสิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยชื่อ กล่าวไว้

การแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนจะส่งเสริมการสื่อสารโดยเสรีในตลาดแห่งความคิด (Market place of idea) ที่ควรมีแนวคิดที่แตกต่างหลากหลายทั้งแนวคิดที่เป็นกระแสหลัก แนวคิดตามประเพณีนิยม แนวคิด นอกระแส โดยความหลากหลายนี้จะเกิดขึ้นได้จากการแสดงซึ่งความคิดอย่างเสรีนั่นเอง<sup>35</sup>

นอกจากนั้น การแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนยังก่อให้เกิดการรับประกันสิทธิในการโพสต์เนื้อหา ของกลุ่มคนชายขอบและกลุ่มคนที่ต้องการการปกป้องเป็นพิเศษให้สามารถพูดและแสดงความคิดเห็นของตนได้ เช่น กลุ่มคนรักเพศเดียวกัน กลุ่มคนชายขอบที่มีความเชื่อทางการเมืองและศาสนาต่างจากคนส่วนใหญ่ การสื่อสารแบบไม่เปิดเผยตัวตน มักจะเป็นหนทางที่ทำให้การสื่อสารในที่สาธารณะเป็นไปได้ อีกทั้งในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนยังก่อให้เกิดผลดีกับสังคมในการแสดงออกถึงเรื่องบางเรื่องที่ไม่อาจแสดงความคิดเห็นโดยเปิดเผยตัวตน ได้ เพราะจะก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยต่อผู้แสดงความคิดเห็น เช่น การเปิดโปงความไม่ชอบมาพากล การทุจริตคอร์รัปชัน หรือแม้แต่การละเมิดสิทธิมนุษยชน เป็นต้น<sup>36</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น การการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนยังต้องใช้ชื่อจริง นามสกุลจริง และข้อมูลต่างๆ เพื่อเข้าสู่ระบบอันนำไปสู่การเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล หากมีการแฮกข้อมูลดังกล่าวก็จะส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคล ดังกรณีที่เกิดขึ้นที่สหรัฐอเมริกาที่เฟซบุ๊ก (Facebook) ถูกแฮกระบบครั้งใหญ่เพราะก่อนหน้านี้ข้อมูลผู้ใช้งานกว่า 87 ล้านราย ได้รั่วไหลออกจากระบบไปในปี 2559 ซึ่งข้อมูลที่หลุดรั่วออกไปนั้นได้ถูกส่งต่อไปยังบริษัท เคมบริดจ์ อะนาลิติก้า (Cambridge Analytica) บริษัทวิเคราะห์ข้อมูลในการจัดทำแคมเปญหาเสียงเลือกตั้งของประธานาธิบดี โดนัลด์ ทรัมป์ ได้นำข้อมูลไปใช้งานโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอม จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทำให้ มาร์ก ซักเคอร์เบิร์ก (Mark Zuckerberg) CEO ของเฟซบุ๊ก (Facebook) ต้องเข้ารับการชี้แจงต่อวุฒิสภาสหรัฐอเมริกาถึง มาตรการในการดูแลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งาน<sup>37</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการเปิดเผยตัวตนอาจก่อให้เกิดการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต อันจะก่อให้เกิดอาชญากรรมอื่น ๆ ขึ้นได้อย่างคาดไม่ถึง

<sup>33</sup> “จวกยับ! พนักงานบริษัทส่งสินค้าแอบแกะเช็คช้อยลูกค้า ถ่ายรูปเล่น-ลือลวงโซเซียล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2562, จาก <https://www.sanook.com/news/7757143/>.

<sup>34</sup> อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 3, น. 91-92.

<sup>35</sup> เพิ่งอ่าง, น. 89-90.

<sup>36</sup> อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 31.

<sup>37</sup> สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, “รู้เท่าทัน พร้อมป้องกัน การถูกขโมยข้อมูลส่วนตัวบนโซเชียลมีเดียชื่อดัง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2562, จาก <https://www.etda.or.th/content/how-to-protect-your-private-facebook-data.html>.

จากข้อถกเถียงดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการไม่เปิดเผยตัวตนมีทั้งผลดีและผลกระทบต่อสังคม แต่อย่างไรก็ตาม การที่มนุษย์มาอยู่ร่วมกันในสังคมเพื่อให้ทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับในการอยู่ร่วมกัน หรือที่เรียกว่า “กฎหมาย” นั้นเอง

ดังนั้นประเด็นปัญหาที่ว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 วรรคสองกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) โดยการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดีย (Social Media) โดยไม่เปิดเผยตัวตนหรือไม่”

ซึ่งจะเห็นได้ว่า การแสดงความคิดเห็นผ่านทางสื่อออนไลน์เป็นพื้นที่เสรีในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและการแสดงทัศนคติส่วนตัวอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปึงเจกบุคคลมีเสรีภาพในการพูดและการแสดงออกตามทัศนคติของแต่ละบุคคล ไม่ว่าจะแสดงออกผ่านการโพสต์ข้อความ รูปภาพ หรือคลิปวิดีโอ บนสื่อออนไลน์ต่างๆ หรือการแสดงออกในรูปแบบอื่น ๆ โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองให้การรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และบุคคลจะแสดงออกเช่นใดย่อมเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยปราศจากการแทรกแซงตามอำเภอใจ ดังนั้น ปึงเจกบุคคลจะแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนหรือไม่เปิดเผยตัวตนก็ได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของปึงเจกบุคคลไว้ ซึ่งหมายความรวมถึงการแสดงออกทางออนไลน์ด้วย แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติคุ้มครองถึงเรื่องการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนไว้ อีกทั้ง ยังไม่มีคดีที่ปรากฏว่าศาลได้ตีความเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ให้ความคุ้มครองไปถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนอย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังบัญญัติให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ หากกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน จึงเป็นเหตุให้รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้

หากพิจารณาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้วจะเห็นได้ว่า ได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของปึงเจกบุคคลรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งหมายความรวมถึง การแสดงออกทางออนไลน์ด้วย ซึ่งไม่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตนอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ แม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น หากการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ปึงเจกบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้ และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงอาจกล่าวได้ว่า ปึงเจกบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

เมื่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นเสรีภาพที่มีเงื่อนไขผูกพันอยู่กับกฎหมายที่อาจมีการตราขึ้นมาเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพได้ การตรากฎหมายดังกล่าวของรัฐจำต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เพื่อไม่เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมและปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยเสรีอย่างง่ายตายเพียงเพราะเหตุผลด้านความมั่นคงเพียงอย่างเดียว จนบางครั้งอาจมีปัญหในเรื่องขอบเขตอำนาจในการใช้ว่าไม่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองเอาไว้ ดังนั้น การตรากฎหมายให้อำนาจรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงควรจำกัดขอบเขตของผู้ใช้อำนาจโดยคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วน

(Principle of Proportionality) เพื่อให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเหตุผลและความจำเป็น โดยกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลน้อยที่สุด และมีการชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ เป็นรายกรณีเพื่อไม่ให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกจำกัดโดยไม่จำเป็นและไม่กระทบต่อประโยชน์ของประชาชนจนก่อให้เกิดความเสียหายเกินสมควร<sup>38</sup>

อีกทั้งการเปิดเผยตัวตนในโลกออนไลน์ โดยการใช้ชื่อ นามสกุล ตามกฎหมายอาจเกิดการแสกข้อมูลอันนำไปสู่การเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตและส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดต่อกฎหมายในรูปแบบอื่นหรือเกิดการนำเอาข้อมูลไปใช้โดยมิชอบ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทั้งการเปิดเผยตัวตนและการไม่เปิดเผยตัวตนมีทั้งผลดีและผลเสียจึงควรที่จะพิจารณาสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนกับประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ การให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนควรถูกนำมาใช้ในกรณีที่สังคมหรือประชาชนส่วนใหญ่ได้ประโยชน์ หรือถูกนำมาใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ควรมีช่องทางการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีโดยไม่เปิดเผยตัวตน ในเรื่องการแจ้งเบาะแสการทุจริต คอร์รัปชัน ทางออนไลน์โดยไม่เปิดเผยตัวตน เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันก็ต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสังคมหรือประชาชนอื่น ๆ ที่จะได้รับผลจากการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนด้วยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 หากจะพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยการโพสต์ข้อความบนโซเชียลมีเดียโดยไม่เปิดเผยตัวตนหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าส่งผลกระทบต่อเสรีภาพ แต่เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และเพื่อความมั่นคงของรัฐ ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงควรกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจให้อยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนเพื่อให้เกิดดุลยภาพ

## บทสรุป

เมื่อเทคโนโลยีเอื้ออำนวยให้มนุษย์สามารถเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารถึงกันได้ผ่านสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) อาทิ เฟสบุ๊ก (Facebook) ทวิตเตอร์ (Twitter) พันทิป (Pantip) อินสตาแกรม (Instagram) เป็นต้น การแสดงทัศนคติในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสังคม เศรษฐกิจและการเมืองต่อสาธารณะโดยอาศัยช่องทางการสื่อสารออนไลน์ ตามเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองและคุ้มครองให้ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพในการพูดและการแสดงออกตามทัศนคติของแต่ละบุคคล ไม่ว่าจะแสดงออกผ่านการแต่งตัว การโพสต์ข้อความ รูปภาพ หรือคลิปวิดีโอบนสื่อออนไลน์ต่าง ๆ หรือ การแสดงออกในรูปแบบอื่น ๆ ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อเผชิญกับความไม่เป็นธรรมหรือถูกละเมิดสิทธิ ก็จะสามารถแสดงออกโดยการโพสต์เรื่องราวบนสื่อสังคมออนไลน์เพื่อเรียกร้องความเป็นธรรม หรือ กรณีที่มีประเด็นทางสังคมหรือการเมือง ปัจเจกบุคคลก็อาจมีการแสดงทัศนคติของตนต่อเรื่องดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามการแสดงออกดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น เพื่อเป็นการรักษาความมั่นคงของชาติและความสงบเรียบร้อยศีลธรรมของประชาชนด้วย ซึ่งในบางครั้งการแสดงความคิดเห็นของประชาชนอาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย ปัจจุบันประเทศไทยจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดให้ประชาชนผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ต้องลงทะเบียนเพื่อแสดงตัวตนในการใช้อินเทอร์เน็ต ทำให้สามารถระบุตัวตนของผู้ใช้บริการได้ เพื่อความปลอดภัยของประชาชน และเป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่เปิดเผยตัวตน ถึงแม้ว่าการเปิดเผยตัวตนจะส่งผลดีต่อประชาชน แต่ควรที่จะให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนด้วยตามหลักความได้สัดส่วน แม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติ

<sup>38</sup> ภัคพงศ์ พงษ์เกตุรา, “การให้ความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นผ่านสื่อออนไลน์,” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, การอบรมหลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น. 8.

รับรองและคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น หากการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ปัจเจกบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงอาจกล่าวได้ว่า ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตนได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป อีกทั้ง หากในอนาคตเกิดกรณีพิพาทเพื่อเรียกร้องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่เปิดเผยตัวตน ศาลจะมีคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวอย่างไร จะมีการตีความเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นให้ความคุ้มครองไปถึงสิทธิในการไม่เปิดเผยตัวตน เช่นเดียวกับศาลของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีการชั่งน้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่นด้วยหรือไม่ อาจจะต้องทำการศึกษาต่อไป



## บรรณานุกรม

### หนังสือ

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. แปลโดย กระทรวงการต่างประเทศ เนื่องในโอกาสการครบรอบ 60 ปี ของการรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในวันที่ 10 ธันวาคม 2551.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการผลิตตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

วิชฌุ เครื่องงาม. “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 4. ปีที่ 11. 2524, น.571.

### วิทยานิพนธ์

ทิพวัลย์ แสงอุไร. “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

### บทความ

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะ : กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายไทย.” วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย หอการค้าไทย. ปีที่ 7. ฉบับที่ 1. มิถุนายน 2558, น.205-213.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง.” วารสารนิติสังคมศาสตร์. ปีที่ 8. ฉบับที่ 2. กรกฎาคม – ธันวาคม 2558, น.74

พฤทธิ์ ศุภเศรษฐศิริ. “สื่อไทยปัจจุบัน : กรณีศึกษาการนำเสนอเนื้อหา.” วิทยาลัยวัดกรรมสื่อสารสังคม มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2556.

ศุภศิลาป์ กุลจิตต์เจี๊วงค์. “2022 วิวัฒนาการการสื่อสารแห่งโลกอนาคต.” วารสารอิเล็กทรอนิกส์. ปีที่ 5. ฉบับ ที่ 2. พฤษภาคม – สิงหาคม 2555, น.60-65.

Michael Froomkin. “Anonymity and the Law in the United States.” in Kerr, I., Lucock, C., & Steeves, V. (Eds). Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy, and Identity in a Networked Society. Oxford : Oxford University Press. (2009) p.441 - 464. ใน คณาธิป ทองรวีวงศ์. “สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง.” วารสารนิติสังคมศาสตร์. ปีที่ 8. ฉบับที่ 2. กรกฎาคม – ธันวาคม 2558, น.82 - 83.

## สื่ออิเล็กทรอนิกส์

เครือข่ายพลเมืองเน็ต. “ถ้าบริสุทธิ์ใจ ไม่ได้ทำอะไรผิด ก็เปิดเผยตัวว่าคุณเป็นใคร (จริงไหม?).<https://thainetizen.org/2015/01/right-to-anonymity-debates/>.

“จวกยับ! พนักงานบริษัทส่งสินค้าแอบแกะเช็คชื่อยูกค้า ถ่ายรูปเล่น-ลือลงโซเชียล.” <https://www.sanook.com/news/7757143/>.

“สร้างบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊ก.” <https://www.facebook.com>.

สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. “รู้เท่าทัน พร้อมป้องกัน การถูกขโมยข้อมูลส่วนตัวบนโซเชียลมีเดียชื่อดัง.” <https://www.etda.or.th/content/how-to-protect-your-private-facebook-data.html>.

## เอกสารอื่น ๆ

ภัคพงศ์ พงษ์ภทตรา. “การให้ความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นผ่านสื่อออนไลน์.” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล. การอบรมหลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

## JOURNAL

Jacquelyn Burkell. “Anonymity in Behavioral Research: Not Being Unnamed, but Being Unknown.” University of Ottawa Law and Technology Journal. 3. 1. 2006, p.189.

## ELECTRONIC MEDIA

“Right to Online Anonymity 2015.” [https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38006/Anonymity\\_and\\_encryption\\_report\\_A5\\_final-web.pdf](https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38006/Anonymity_and_encryption_report_A5_final-web.pdf).

## การเลี่ยงภาษีโดยเลี่ยงการมีสถานประกอบการถาวร TAX AVOIDANCE BY AVOIDING PERMANENT ESTABLISHMENTS

ชนากานต์ สรรพพิทักษ์เสรี\*  
Chanakarn Sanpitakseree

### บทคัดย่อ

สถานประกอบการถาวร เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญในการพิจารณาถึงภาระภาษีของวิสาหกิจต่างประเทศที่เข้ามาประกอบกิจการและมีเงินได้เกิดขึ้นในรัฐแหล่งเงินได้ สำหรับประเทศไทย คำว่า สถานประกอบการถาวรสามารถพบได้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ได้ทำความตกลงไว้กับนานาประเทศ แต่ไม่พบว่ามีการระบุอยู่ในประมวลรัษฎากรซึ่งเป็นกฎหมายภายในที่ใช้เป็นหลักในการพิจารณาการจัดเก็บภาษีอย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อยุคสมัยเปลี่ยนไป มีการนำเทคโนโลยีมาใช้อำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ และอาจอาศัยช่องทางนี้ในการวางแผนเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีโดยเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวร ดังนั้น บทบัญญัติที่ประเทศไทยมีอยู่เดิมอาจไม่เพียงพอต่อการใช้เพื่อจัดเก็บภาษีในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ จึงควรมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้มีความทันสมัยและสามารถใช้จัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพ

### คำสำคัญ

การหลีกเลี่ยงภาษี, อนุสัญญาภาษีซ้อน, สถานประกอบการถาวร

### ABSTRACT

Permanent establishment is an important point to considering the tax burden of foreign enterprises entering the Kingdom to do business with income generated from a source state. For Thailand, terms of permanent establishment are outlined in double tax agreements signed with different nations, but unspecified in The Thailand Revenue Code as internal law mainly used to guide tax collection. Nowadays, modern technology facilitates business operations with increased communication channels and convenience, for which business planning may be exploited to avoid taxation by avoiding permanent establishment status. In Thailand, extant provisions may be insufficient to collect income tax as the source state. Modifications to the international tax law system in the Kingdom would include amending and modernizing the Revenue Code to be more effective in tax collection.

### Keywords

Tax Avoidance, Double Tax Agreement, Permanent Establishment

---

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายภาษี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ :  
c.sanpitakseree@gmail.com

## บทนำ

หลังจากที่ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เนื่องด้วยการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีต่าง ๆ แก่นักลงทุนต่างประเทศประกอบกับมาตรการส่งเสริมการลงทุนจากรัฐ ส่งผลให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความน่าสนใจสำหรับนักลงทุนจากต่างประเทศ และเมื่อนักลงทุนต่างประเทศเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ไม่ว่าจะในรูปแบบใด หากการประกอบธุรกิจดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดเงินได้จากประเทศไทย ประเทศไทยซึ่งอยู่ในฐานะที่เป็นรัฐแหล่งเงินได้ก็พึงมีอำนาจในการจัดเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้<sup>1</sup> โดยการจัดเก็บภาษีจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ในประมวลรัษฎากรของไทย ประกอบกับอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศซึ่งเป็นรัฐถิ่นที่อยู่ นั้นๆ (ถ้ามี) อย่างไรก็ตาม ยังคงมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา นั่นก็คือเรื่องเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวร (Permanent Establishment หรือ PE) ที่เป็นเงื่อนไขสำคัญในการจัดเก็บภาษีจากกำไรธุรกิจ (Business Profits) ที่นักลงทุนจากต่างประเทศได้รับจากรัฐแหล่งเงินได้ ถ้าหากบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีความไม่ชัดเจน หรือมีช่องว่าง ก็อาจเป็นการเปิดช่องทางให้นักลงทุนจากต่างประเทศอาศัยในการวางแผนเพื่อหลีกเลี่ยงการชำระภาษีแก่ประเทศไทยซึ่งจะทำให้ประเทศไทยขาดรายได้ในส่วนนี้ไป และถึงแม้ว่าในเบื้องต้นประเทศไทยจะมีการยกเว้นภาษีเงินได้ให้กับธุรกิจบางประเภทในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่หากมองในระยะยาวเมื่อพ้นจากช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้วยังไม่สามารถเก็บภาษีจากธุรกิจดังกล่าวได้ นโยบายต่างๆ ที่รัฐวางไว้เพื่อส่งเสริมการลงทุนโดยหวังผลให้เกิดเม็ดเงินหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจไทยก็จะไม่สัมฤทธิ์ผล รัฐก็จะเสียประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy) ที่การประกอบธุรกิจเป็นเรื่องง่ายมาก เพียงแค่การดำเนินการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ใช้ระยะเวลาไม่นานก็สามารถทำธุรกรรมต่างๆ ระหว่างประเทศได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว เพราะฉะนั้น หากกฎหมายของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่ทันสมัยเพียงพอ ก็อาจทำให้ไม่สามารถรักษาประโยชน์ของประเทศที่พึงมีพึงได้

ทั้งนี้ นิยามคำว่า “สถานประกอบการถาวร” ของประเทศไทยที่ใช้ในปัจจุบันนั้น ยังมีการเปิดให้ตีความได้ค่อนข้างกว้าง เนื่องจากไม่ได้มีการระบุนิยามความหมายอย่างชัดเจน เป็นแต่เพียงการอนุมานจากบทบัญญัติที่มีอยู่เท่านั้น จึงอาจเป็นช่องโหว่ทางกฎหมายให้แก่วิสาหกิจต่างประเทศในการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีโดยเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรศึกษาเกี่ยวกับการป้องกันการใช้กลวิธีการหลีกเลี่ยงภาษีโดยเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวร เพื่อที่จะได้รู้ทัน และสามารถออกบทบัญญัติมารับมือกับเหตุการณ์ และสถานการณ์ทางภาษีที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยต่างๆ ได้อย่างเหมาะสม และทันทั่วถึง

โดยทั่วไปแล้ว สถานประกอบการถาวร หมายถึง สถานธุรกิจประจำซึ่งวิสาหกิจใช้ประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน<sup>2</sup> โดยเมื่อพิจารณาจากการปรากฏทางกายภาพ (Physical Presence) จะต้องมีการประกอบ 3 องค์ประกอบหลัก อันเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของการเป็นสถานประกอบการถาวร ได้แก่<sup>3</sup>

1. จะต้องมีการมีสถานธุรกิจ (Place of business)
2. สถานธุรกิจนั้นจะต้องมีความประจำ หรือถาวรในระดับหนึ่ง (Fixed) และ
3. จะต้องมีการประกอบกิจการผ่านสถานธุรกิจนั้น (Business must be carried on through this fixed place of business)

เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับต่างๆ บทบัญญัติเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวรจะอยู่ในข้อบทที่ 5 (Article 5) โดยจะสามารถจำแนกสถานประกอบการถาวรออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

<sup>1</sup> โดยทั่วไปหลักที่ใช้ในการจัดเก็บภาษีซึ่งเป็นที่ยอมรับ และใช้บังคับทั่วโลกนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 หลักใหญ่ ๆ ได้แก่ หลักแหล่งเงินได้ (Source Rule) และหลักถิ่นที่อยู่ (Resident Rule) แต่อาจมีบางประเทศที่ใช้หลักสัญชาติ (Citizenship Rule หรือ Nationality Rule) เช่น สหรัฐอเมริกา

<sup>2</sup> ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.576.

<sup>3</sup> Dale Pinto, *E-commerce and Source-Based Income Taxation*, (Amsterdam : IBFD, 2003), p.72.

1. สถานประกอบการถาวรประเภททรัพย์สิน (Asset PE) เช่น สถานจัดการ สาขา สำนักงาน โรงงาน โรงช่างเหมืองแร่ บ่อน้ำมัน บ่อแก๊ส หรือเหมืองหิน เป็นต้น

2. สถานประกอบการถาวรประเภทกิจกรรม (Activity PE) เกิดจากการดำเนินกิจกรรม หรือโครงการต่างๆ ในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ละฉบับ เช่น โครงการก่อสร้างถนน สะพาน คลอง การวางท่อส่งน้ำมัน หรือการขุดเจาะน้ำมัน เป็นต้น

ทั้งนี้ ในอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับ อาจมีการแบ่งสถานประกอบการถาวรประเภทนี้ออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่เป็นโครงการก่อสร้าง โครงการประกอบ โครงการติดตั้ง (Project PE หรือ Construction Site PE) และมีการกล่าวถึงลักษณะที่เป็นการให้บริการ (Service PE) เพิ่มเติมด้วย<sup>4</sup>

3. สถานประกอบการถาวรประเภทตัวแทน (Agent PE) เป็นกรณีที่วิสาหกิจต่างประเทศมีบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ติดต่อหรือทำการแทน โดยจะต้องไม่ใช่ตัวแทนอิสระที่กระทำการอันเป็นปกติในธุรกิจของตน

อย่างไรก็ดี นอกจากการจัดประเภทของสถานประกอบการถาวรทั้ง 3 ประเภทนี้ เมื่อกาลเวลาผ่านไป มีแนวความคิดเกี่ยวกับสถานประกอบการประเภทใหม่ที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ในปัจจุบันมีการนำเทคโนโลยีต่างๆ รวมทั้งระบบอินเทอร์เน็ตมาใช้ในการประกอบธุรกิจมากขึ้น ส่งผลให้ความจำเป็นในการปรากฏทางกายภาพของสถานธุรกิจประเภทต่างๆ ลดลง ดังนั้น แนวความคิดในเรื่องเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวรในลักษณะเสมือน (Virtual PE หรือ Digital PE) จึงได้ถูกนำเสนอขึ้น โดยเป็นการหันมาให้ความสำคัญกับจุดเชื่อมโยงใหม่ (New Nexus) อันได้แก่ บทบาททางเศรษฐกิจที่สำคัญ (Significant Economic Presence) ซึ่งอาจพิจารณาได้จากปัจจัยบ่งชี้ต่างๆ เช่น

ปัจจัยด้านรายรับ (Revenue-based factor) ได้แก่ การกำหนดระดับรายรับขั้นต่ำในรูปสกุลเงินท้องถิ่น

ปัจจัยด้านดิจิทัล (Digital factor) ได้แก่ การใช้โดเมนเนมท้องถิ่น การใช้ดิจิทัลแพลตฟอร์มท้องถิ่น และการใช้ระบบการชำระเงินเป็นสกุลเงินท้องถิ่น

ปัจจัยด้านผู้ใช้งาน (User-based factors) ได้แก่ จำนวนผู้ใช้งานเป็นประจำต่อเดือน จำนวนข้อสรุปของสัญญา และปริมาณข้อมูลสารสนเทศที่มีรูปแบบเป็นดิจิทัลที่ไม่ส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภค<sup>5</sup>

ในด้านการหลีกเลี่ยงภาษี เป็นคำที่พบในกฎหมายศุลกากร<sup>6</sup> และในประมวลรัษฎากร มาตรา 37<sup>7</sup> และมาตรา 37 ทวิ<sup>8</sup> ซึ่งการหลีกเลี่ยงภาษีตามกฎหมายดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะหมายถึงการหนีภาษี (Tax Evasion หรือ Tax Dogging) ซึ่งได้มีการให้คำอธิบายว่าเป็นการใช้วิธีการที่ผิดกฎหมาย หรือฉ้อฉล เพื่อเสียภาษีในอัตราที่ต่ำ หรือไม่เสียภาษีเลย (The Reduction of Tax by Illegal Means)<sup>9</sup> โดยจะมีความแตกต่างกับการเลี่ยง

<sup>4</sup> เป็นไปตามต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนของ UN

<sup>5</sup> ณัฐพล ศรีพจนารถ, “แนวทางการจัดเก็บภาษีในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy),” *Tax Policy Journal*, Edition 1, Volume 55 (March 2018)

<sup>6</sup> กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, “ความผิดทางศุลกากร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2561 จาก [http://onestopservice.ditp.go.th/download/file/56\\_Their\\_customs.pdf](http://onestopservice.ditp.go.th/download/file/56_Their_customs.pdf)

<sup>7</sup> มาตรา 37 ผู้ใด

(1) โดยรู้อยู่แล้วหรือโดยจงใจ แจ้งข้อความเท็จ หรือให้ถ้อยคำเท็จหรือตอบคำถามด้วยถ้อยคำอันเป็นเท็จ หรือนำพยานหลักฐานเท็จมาแสดงเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรตามลักษณะนี้ หรือ

(2) โดยความเท็จ โดยฉ้อโกงหรืออุบาย หรือโดยวิธีการอันใดทำนองเดียวกัน หลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรตามลักษณะนี้

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองแสนบาท

<sup>8</sup> มาตรา 37 ทวิ ผู้ใดโดยเจตนาละเลย ไม่ยื่นรายการที่ต้องยื่นตามลักษณะนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากร ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือทั้งปรับทั้งจำ

<sup>9</sup> พนิท ธีรภาพวงศ์, *ภาษีบริษัทข้ามชาติ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.76.

ภาษี (Tax Avoidance)<sup>10</sup> ที่ในความหมายโดยทั่วไป หมายถึง การใช้วิธีที่ไม่ผิดกฎหมาย เพื่อที่จะไม่ต้องเสียภาษี หรือเสียภาษีน้อยลง เช่น การใช้ช่องโหว่ของกฎหมาย<sup>11</sup> เป็นต้น ซึ่งแม้การกระทำดังกล่าวจะไม่ผิดกฎหมาย แต่อาจส่งผลให้รัฐสูญเสียรายได้ทางภาษีเป็นจำนวนมาก

อย่างไรก็ดี หากกล่าวถึงการเลี่ยงภาษีซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการประหยัดภาษี อาจมีประเด็นเกี่ยวกับเส้นแบ่งความแตกต่างกับการวางแผนภาษีอากร (Tax Planning) ซึ่งหมายถึงการเตรียมการเพื่อเสียภาษีให้ถูกต้องครบถ้วนโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษี (Tax Incentives) และการใช้ระยะเวลาปลอดภาษี (Tax Holiday) เป็นต้น<sup>12</sup> โดยผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความเห็นว่า หากเป็นการเลี่ยงภาษีอากรที่ยอมรับได้ (Acceptable Tax Avoidance) จะถือว่าเป็นการวางแผนภาษีอากร ซึ่งอาจพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งในการบริหารจัดการภาษีของวิสาหกิจ แต่หากเป็นการเลี่ยงภาษีอากรที่ยอมรับไม่ได้ (Unacceptable Tax Avoidance) ก็จะเป็นการเลี่ยงภาษีซึ่งต้องมีมาตรการในการป้องกัน และแก้ไขปัญหาดังกล่าว เรียกว่า มาตรการตอบโต้ ซึ่งในทางกฎหมายภาษีระหว่างประเทศพบว่า มีวิธีการหลีกเลี่ยงภาษี และมาตรการตอบโต้หลากหลายรูปแบบ เช่น การใช้แดนปลอดภาษี (Tax Havens) การตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalisation) การกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing) การแสวงหาผลประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยไม่ชอบ (Treaty Shopping)<sup>13</sup> และการหลีกเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวร เป็นต้น

### 1. รูปแบบการดำเนินธุรกิจในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล

ปัจจุบันในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลนั้น มีการนำเทคโนโลยีอันล้ำสมัยมาใช้ ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่างๆ มากมายต่อสังคมและเศรษฐกิจโลก โดยเฉพาะในด้านการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศที่เป็นไปอย่างเสรี เนื่องจากการเคลื่อนย้ายถ่ายโอนสินค้า ทุน และข้อมูลต่างๆ ข้ามพรมแดนจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งมีความสะดวก และรวดเร็วยิ่งขึ้น ยกตัวอย่างกรณีศึกษา เช่น

กรณีศึกษา Google Inc. มีสำนักงานใหญ่อยู่ในสหรัฐอเมริกา ต่อมาได้มีการตั้งบริษัทลูกในประเทศไอร์แลนด์ ซึ่งมีอัตราภาษีเพียงร้อยละ 12.5 (ค่อนข้างต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักร และประเทศไทย) เพื่อเป็นสถานที่บันทึกรายได้จากการขายโฆษณาในประเทศสหราชอาณาจักรที่มีอัตราภาษีสูงกว่า โดยมีการอ้างว่า บริษัทที่ประเทศไอร์แลนด์เป็นผู้ปิดการขายโฆษณา ส่วนพนักงานขายทั้งหมดซึ่งเปิดการขายในสหราชอาณาจักร เพียงทำหน้าที่เจรจา ให้ข้อมูล และประสานงานแก่ลูกค้าในประเทศสหราชอาณาจักรเท่านั้น ไม่ได้มีอำนาจปิดการขายเอง เพราะไม่ได้เป็นเจ้าของสินค้าและบริการของ Google ดังนั้น แม้ว่า Google จะมียาได้จากลูกค้าในสหราชอาณาจักรหลายพันล้านปอนด์ ก็ไม่ควรถูกต้องเสียภาษีในสหราชอาณาจักร ขณะที่รายได้จากการขายโฆษณาในประเทศอื่น ๆ ทั่วโลก รวมถึงในประเทศไทย Google ก็ใช้วิธีนี้เช่นเดียวกัน ทำให้ไม่มีประเทศใด ๆ สามารถเก็บภาษีจาก Google ในกรณีดังกล่าวได้

กรณีศึกษา Amazon ประกอบกิจการจำหน่ายสินค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ต (Online Store) โดยก่อตั้งเป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา ต่อมาได้มีการประกอบกิจการของบริษัทภายใต้ชื่อเดียวกันในสหราชอาณาจักร ใช้ชื่อว่า Amazon UK ซึ่งในภายหลังได้มีการโอนกิจการให้กับ Amazon EU Sarl ที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศลักเซมเบิร์ก โดยยังคงมีการดำเนินกิจการซื้อขายสินค้าในสหราชอาณาจักรผ่าน www.amazon.co.uk แต่ Amazon UK จะรับผิดชอบเฉพาะการจัดส่งสินค้าเท่านั้น ดังนั้น เมื่อลูกค้าสั่งซื้อสินค้าผ่านเว็บไซต์ และชำระเงินจากสหราชอาณาจักรไปยัง Amazon EU Sarl บริษัทในประเทศลักเซมเบิร์กก็จะจัดทำใบกำกับภาษีสำหรับลูกค้าจากประเทศลักเซมเบิร์ก

<sup>10</sup> การแปลความหมายของคำว่า Tax Avoidance ในบางตำราอาจมีการใช้คำว่า การหลีกเลี่ยงภาษีอากร

<sup>11</sup> ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.833.

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง, น.795-797.

<sup>13</sup> โปรดดู ศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับวิธีการหลีกเลี่ยงภาษี และมาตรการตอบโต้ ได้ใน สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) ; พนิต ธีรภาพวงศ์, ภาษีบริษัทข้ามชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552)

ส่วนใบกำกับภาษีซื้อสำหรับ Amazon UK จะถูกจัดทำโดย Amazon EU Sarl อีกทอดหนึ่ง ซึ่ง Amazon UK ชี้แจงว่า กิจกรรมทางธุรกิจต่าง ๆ ที่กระทำในสหราชอาณาจักรไม่เพียงพอที่จะทำให้การดำเนินการเข้าลักษณะเป็นสถานประกอบการถาวรตามนิยามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติเรื่องภาษีเงินได้นิติบุคคลตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร เพราะการดำเนินการของ Amazon UK มีเพียงการดำเนินการด้านคลังสินค้า และกิจกรรมสนับสนุนธุรกิจหลักที่เป็น การซื้อขายออนไลน์เท่านั้น แม้ว่าที่ Amazon UK จะมีพนักงาน และคลังสินค้าจำนวนมากก็ตาม<sup>14</sup> ทั้งนี้ สำหรับ ประเทศไทยนั้น Amazon ยังไม่ได้มีการจัดตั้งบริษัทหรือสำนักงานที่ให้บริการเกี่ยวกับการขายสินค้าในประเทศไทย อาจเป็นเพราะลูกค้าที่สั่งซื้อสินค้าในประเทศไทยยังมีไม่มาก อย่างไรก็ตาม Amazon ได้มีการจัดตั้งสำนักงานใน ประเทศไทยสำหรับ Amazon Web Services (AWS) ซึ่งเป็นการให้บริการเกี่ยวกับคลาวด์สำหรับเว็บไซต์ที่มีลูกค้าใน ประเทศไทยใช้บริการเป็นจำนวนมากน้อย และการขยายตัวของลูกค้าผู้ใช้บริการเป็นอย่างดี

จากกรณีปัญหาดังที่ยกตัวอย่าง ทำให้มีการศึกษาใน Final Reports on the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project 2015 Action 7 : Prevent the Artificial Avoidance of PE Status โดยมี แนวความเห็นว่าจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในข้อบทที่ 5 แห่ง OECD Model ดังนี้<sup>15</sup>

## 2. แนวทางการแก้ไขปัญหาตาม OECD

ตามที่ OECD ได้ศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับการเลี่ยงสถานประกอบการถาวร ได้มีข้อเสนอหลายประการโดย ข้อเสนอในส่วนที่มีความสัมพันธ์กับกรณีตัวอย่าง มีดังต่อไปนี้

ประการแรก มีการเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของตัวแทนในข้อบทที่ 5 วรรค 5 และวรรค 6 แห่ง OECD Model รวมไปถึงการเพิ่มเติมวรรค 8 ดังนี้

วรรค 5 แม้จะมีบทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 อยู่ ภายใต้วรรค 6 หากบุคคลกระทำการในรัฐผู้ทำสัญญาเพื่อ วิสาหกิจหนึ่งเป็นปกติวิสัยในการทำสัญญา หรือมีส่วนเป็นหลักที่นำไปสู่การทำสัญญาโดยไม่มี การดัดแปลง รายละเอียดโดยวิสาหกิจนั้น และสัญญาเหล่านั้นได้กระทำ

(ก) ในนามของวิสาหกิจนั้น หรือ

(ข) เพื่อการถ่ายโอนของความเป็นเจ้าของ หรือเพื่อการอนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้ทรัพย์สินที่วิสาหกิจนั้น เป็นเจ้าของ หรือที่วิสาหกิจนั้นมีสิทธิที่จะใช้ หรือ

(ค) เพื่อการให้บริการโดยวิสาหกิจนั้น

วิสาหกิจนั้นจะถือว่ามิใช่สถานประกอบการถาวรในรัฐดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมใด ๆ ที่บุคคลได้กระทำ เพื่อวิสาหกิจนั้น เว้นแต่กิจกรรมของบุคคลดังกล่าวจะถูกจำกัดตามที่ระบุไว้ในวรรค 4 ซึ่งแม้จะกระทำผ่านสถานธุรกิจ ประจำก็ไม่ได้ทำให้เป็นสถานประกอบการถาวรภายใต้บทบัญญัติของวรรคดังกล่าว<sup>16</sup>

วรรค 6 ความในวรรค 5 จะไม่นำมาใช้บังคับกับบุคคลที่กระทำการในรัฐผู้ทำสัญญาในนามของวิสาหกิจของ รัฐอื่น ๆ ที่ดำเนินธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอย่างตัวแทนอิสระซึ่งกระทำการไปตามทางอันเป็นปกติในธุรกิจของตน แต่

<sup>14</sup> เฉลิมพงศ์ ตั้งบริบูรณ์รัตน์ และสุดคะนึง สมบูรณ์วงศ์, “ความท้าทายในการจัดเก็บภาษียุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy) : กรณีศึกษาการปรับโครงสร้างธุรกิจและการโอนย้ายฐานภาษีของ Amazon UK (ตอนที่ 1),” สรรพากรสาร, ฉบับที่ 6, ปีที่ 61, น.57-65 (มิถุนายน 2557).

<sup>15</sup> OECD, “Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report,” Retrieved on October 31, 2015 form <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

<sup>16</sup> เปลี่ยนแปลงจากเดิมในวรรค 5 ความว่า แม้จะมีบทของวรรค 1 และวรรค 2 อยู่ หากบุคคลหนึ่งนอกเหนือไปจาก ตัวแทนที่มีสถานภาพอิสระซึ่งอยู่ในบังคับของวรรค 6 กระทำการแทนวิสาหกิจหนึ่ง โดยมีและใช้อำนาจในการทำสัญญาเพื่อ หรือในนามของวิสาหกิจนั้นอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญานั้นเป็นปกติ ให้ถือว่าวิสาหกิจนั้นมีสถานประกอบการถาวรในรัฐนั้นในเรื่อง กิจกรรมใด ๆ ซึ่งบุคคลนั้นทำเพื่อวิสาหกิจนั้น เว้นไว้แต่ว่ากิจกรรมต่างๆของบุคคลนั้นจำกัดอยู่เฉพาะแต่เพียงที่วรรค 4 ได้ กำหนดไว้ ถ้าได้ใช้ผ่านทางสถานธุรกิจประจำจะไม่ทำให้สถานธุรกิจประจำนี้กลายเป็นสถานประกอบการถาวรภายใต้วรรคนั้น

หากเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่เฉพาะหรือเกือบเฉพาะในนามของวิสาหกิจหนึ่งหรือมากกว่าที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด บุคคลนั้นจะไม่ใช่ตัวแทนอิสระตามความหมายของวรรคนี้<sup>17</sup>

วรรค 8 เพื่อวัตถุประสงค์ของข้อนี้ บุคคลหรือวิสาหกิจหนึ่งจะเป็นผู้มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิดกับอีกวิสาหกิจหนึ่ง หากพิจารณาบนฐานของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจควบคุมอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายอยู่ภายใต้การควบคุมของกลุ่มบุคคลเดียวกันหรือวิสาหกิจเดียวกัน และไม่ว่าในกรณีใด บุคคลจะเป็นผู้ที่ได้รับการพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับวิสาหกิจนั้น หากมีผลประโยชน์ทางตรงหรือทางอ้อมในวิสาหกิจนั้นมากกว่าร้อยละ 50 (หรือในกรณีของบริษัท มากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และมูลค่าหุ้นของบริษัท หรือมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์ของบริษัท) หรือถ้าบุคคลคนอื่นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมมีส่วนได้เสียมากกว่าร้อยละ 50 ของผลประโยชน์ (หรือในกรณีของบริษัท มากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และมูลค่าหุ้นของบริษัท หรือมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์ของบริษัท) ในบุคคลและวิสาหกิจ<sup>18</sup>

จากการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ในวรรค 5 เป็นการให้ความสำคัญกับอำนาจของตัวแทน โดยจากเดิมที่จะต้องเป็นกรณีที่มีและใช้อำนาจในการทำสัญญา แต่ในบทบัญญัติที่มีการแก้ไขนั้น ได้ให้ความสำคัญกับกรณีที่เป็นส่วนหลักในการนำไปสู่การทำสัญญาด้วย ดังนั้น หากเป็นดังกรณีศึกษา Google การที่พนักงานขายซึ่งเปิดการขายทำหน้าที่เจรจา ให้ข้อมูล และประสานงานแก่ลูกค้า แม้ไม่ได้มีอำนาจปิดการขายเองเพราะไม่ได้เป็นเจ้าของสินค้า หรือหากมีการปิดการขายผ่านระบบอินเทอร์เน็ต การกระทำของพนักงานก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหลักที่นำไปสู่การทำสัญญา ส่งผลให้มีลักษณะเป็นสถานประกอบการถาวรประเภทตัวแทนในรัฐแหล่งเงินได้ และ Google ก็มีหน้าที่จะต้องเสียภาษีในรัฐแหล่งเงินได้นั้น ๆ

สำหรับวรรค 6 และวรรค 8 เป็นการแก้ไขบทบัญญัติโดยให้ความสำคัญกับวิสาหกิจที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด โดยมองว่าปัจจุบันในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ กลุ่มบริษัท หรือวิสาหกิจขนาดใหญ่ที่เป็นธุรกิจข้ามชาติ อาจมีการใช้ความสัมพันธ์ในระหว่างองค์กรเพื่อวางแผนเลี่ยงภาษีได้ ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขบทบัญญัติให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวด้วย

ประการที่สอง มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับกิจกรรมที่ได้รับการยกเว้นจากการพิจารณาว่าเป็นสถานประกอบการถาวร ซึ่งจะต้องเป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการ หรือเป็นส่วนประกอบให้แก่วิสาหกิจต่างประเทศนั้นๆ กล่าวคือจะต้องไม่ใช่กิจกรรมที่เป็นส่วนหลักในการประกอบธุรกิจ (Core Business Activity) และเพื่อป้องกันการจัดรูปแบบของธุรกรรมเพื่อให้เข้าข่ายยกเว้นดังกล่าวโดยการกระจายกิจกรรมของธุรกิจตนออกเป็นดำเนินงานขนาดย่อยหลายๆ หน่วย เพื่อให้แต่ละหน่วยมีลักษณะเป็นเพียงการเตรียมการหรือเป็นส่วนประกอบของกิจการตน จึงได้มีข้อเสนอในการแก้ไขข้อบทที่ 5 วรรค 4 แห่ง OECD Model และเพิ่มเติมบทบัญญัติวรรค 4.1 ดังนี้

วรรค 4 แม้จะมีบทบัญญัติก่อนๆ ของข้อนี้อยู่ คำว่า “สถานประกอบการถาวร” ไม่ให้ถือว่ารวมถึง

(ก) การใช้สิ่งอำนวยความสะดวกเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการเก็บรักษา การจัดแสดง หรือส่งมอบสิ่งของหรือสินค้าซึ่งเป็นของวิสาหกิจนั้น

(ข) การรักษามูลภัณฑ์ของสิ่งของหรือสินค้าซึ่งเป็นของวิสาหกิจเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการเก็บรักษา การจัดแสดง หรือส่งมอบ

(ค) การรักษามูลภัณฑ์ของสิ่งของหรือสินค้าซึ่งเป็นของวิสาหกิจเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ให้วิสาหกิจอื่นใช้ในการดำเนินการ

<sup>17</sup> เปลี่ยนแปลงจากเดิมในวรรค 6 ความว่า วิสาหกิจหนึ่งจะไม่ถือว่าสถานประกอบการถาวรในรัฐผู้ทำอนุสัญญารัฐหนึ่งเพียงเพราะว่าได้ประกอบธุรกิจในรัฐนั้นโดยผ่านนายหน้า ตัวแทนการค้าทั่วไป หรือตัวแทนอื่นใดที่มีสถานภาพเป็นอิสระหากบุคคลเช่นว่านั้นได้กระทำตามทางอันเป็นปกติแห่งธุรกิจของตน

<sup>18</sup> เพิ่มเติมเข้ามาใน OECD Model เพื่อให้คำจำกัดความของวิสาหกิจที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด



(ง) การมีสถานธุรกิจประจำไว้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดซื้อสิ่งของหรือสินค้า หรือการเก็บรวบรวมข้อมูลสารสนเทศสำหรับวิสาหกิจนั้น

(จ) การมีสถานธุรกิจประจำไว้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจกรรมอื่นให้แก่วิสาหกิจนั้น

(ฉ) การมีสถานธุรกิจประจำไว้เพียงเพื่อดำเนินกิจกรรมใดๆ ตามที่ได้กล่าวถึงในอนุวรรค (ก) ถึง (จ) รวมกัน

โดยมีเงื่อนไขว่ากิจกรรมดังกล่าว หรือในกรณีอนุวรรค (ฉ) กิจกรรมทั้งหมดของสถานธุรกิจประจำ มีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือเป็นส่วนประกอบ<sup>19</sup>

วรรค 4.1 ความในวรรค 4 จะไม่นำมาใช้กับสถานธุรกิจประจำที่ใช้หรืออยู่ในความดูแลรักษาโดยวิสาหกิจหากวิสาหกิจเดียวกัน หรือวิสาหกิจที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิดดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจในสถานที่เดียวกัน หรือสถานที่อื่นในรัฐผู้ทำสัญญาเดียวกัน และ

(ก) สถานที่นั้น หรือสถานที่อื่น จะถือว่าเป็นสถานประกอบการถาวร สำหรับวิสาหกิจ หรือวิสาหกิจที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด ภายใต้บทบัญญัติข้อนี้ หรือ

(ข) กิจกรรมทั้งหมดที่เป็นผลมาจากการรวมกันของกิจกรรมที่ดำเนินการโดยสอง วิสาหกิจในสถานที่เดียวกัน หรือโดยวิสาหกิจเดียวกัน หรือรัฐวิสาหกิจที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิดในสอง สถานที่ จะไม่เป็นการเตรียมการหรือเป็นส่วนประกอบของวิสาหกิจหนึ่ง

หากว่ากิจกรรมทางธุรกิจที่ดำเนินการโดยสองวิสาหกิจในสถานที่เดียวกัน หรือโดยวิสาหกิจที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิดในสองสถานที่ จะถือว่าเป็นส่วนของการประกอบธุรกิจ<sup>20</sup>

จากการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวในวรรค 4 หากเป็นดังกรณีศึกษา Amazon การที่ Amazon UK มีเพียงการดำเนินการด้านคลังสินค้า และกิจกรรมสนับสนุนธุรกิจหลักที่เป็นการซื้อขายออนไลน์ จะถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหลักในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น กิจกรรมดังกล่าวจึงไม่ใช่การเตรียมการและส่วนประกอบที่จะเข้าข่ายเว้นของการเป็นสถานประกอบการถาวร ส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมในสหราชอาณาจักรเหล่านั้น เข้าลักษณะของการเป็นสถานประกอบการถาวรที่จะทำให้ Amazon UK มีภาวะภาษีตามจำนวนที่สมเหตุสมผลมากขึ้น

### 3. แนวทางในการแก้ปัญหาอื่น ๆ

การพิจารณาถึงภาวะภาษีของวิสาหกิจต่างประเทศ นอกเหนือจากที่จะต้องพิจารณาอนุสัญญาภาษีซ้อน จะต้องพิจารณาถึงอำนาจการจัดเก็บภาษิตามกฎหมายภายในของรัฐแหล่งเงินได้ควบคู่กันไป ซึ่งในแต่ละประเทศต่างก็มีกฎหมายภายในที่ใช้เป็นหลักในการจัดเก็บภาษีที่แตกต่างกัน และบทบัญญัติในกฎหมายภายในของบางประเทศอาจยังไม่มีความครอบคลุมเพียงพอต่อการเก็บภาษีจากธุรกรรมต่างๆ ที่มีการวางแผน และเปลี่ยนแปลงรูปแบบในการประกอบกิจการ ในบางประเทศจึงได้มีการนำระบบกฎหมายภายในรูปแบบอื่นๆ มาปรับใช้เพื่อจัดเก็บภาษีจากธุรกรรมต่าง ๆ ที่ไม่ต้องด้วยบทบัญญัติเดิมที่มีอยู่ เช่น

กฎหมาย Diverted Profits Tax หรือที่อาจรู้จักกันอย่างแพร่หลายว่าในชื่อ Google Tax เป็นระบบการเก็บภาษีจากผลกำไรที่มีการโยกย้าย โดยระบบนี้มีที่มาจากสหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหาการกัดกร่อนฐานภาษีและจำหน่ายกำไรไปยังต่างประเทศ เนื่องจากมีธุรกิจข้ามชาติขนาดใหญ่จำนวนมากซึ่งเป็นกลุ่มธุรกิจที่มีการทำพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มียอดขาย (รายได้) จากการจำหน่ายสินค้า และการให้บริการในประเทศเป็นจำนวนมาก แต่กลับมีการเสียภาษีให้กับกรมสรรพากรของประเทศดังกล่าวเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และเมื่อมีการตรวจสอบถึงธุรกรรมต่างๆ และการวางแผนโครงสร้างของบริษัทเหล่านี้ พบว่ามีการวางแผนภาษีโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีให้รัฐโดยโยกย้ายผลกำไรจากบริษัทลูก (Subsidiaries) ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่มีอัตราภาษีเงิน

<sup>19</sup> เปลี่ยนแปลงจากความเดิม โดยการนำเงื่อนไขของกิจกรรมด้านทำอนุวรรค (จ) และ (ฉ) มาใช้กับทุกกรณี (ก) – (ฉ)

<sup>20</sup> เพิ่มเติมเข้ามาใน OECD Model โดยเป็นข้อยกเว้นของความในวรรค 4 เพื่อป้องกันการกระจายกิจกรรมในวิสาหกิจที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด

ได้สูง ไปยังบริษัทแม่ (Headquarters) ในประเทศที่มีอัตราภาษีเงินได้ต่ำ<sup>21</sup> จึงได้มีการนำระบบกฎหมายภาษีในรูปแบบใหม่มาใช้บังคับ โดยกฎหมายนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ใน Finance Act 2015 ซึ่งได้มีการกล่าวถึงหลักการพิจารณาที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ การพิจารณาจากธุรกรรมที่ขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Transactions Lacking Economic Substance)<sup>22</sup> และการพิจารณาจากกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการหลีกเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวรในสหราชอาณาจักร (Avoiding a UK Taxable Presence or Permanent Establishment)<sup>23</sup>

จากหลักการข้างต้น การทดสอบถึงธุรกรรม หรือกิจกรรมต่าง ๆ ของวิสาหกิจ (Sufficient or Insufficient Economic Activities Test) จะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีความเชี่ยวชาญด้านภาษี อาจกล่าวได้ว่ากฎหมาย Diverted Profits Tax เป็นกฎหมายที่เพิ่มอำนาจให้แก่เจ้าพนักงานประเมินในการเรียกเก็บภาษีจากวิสาหกิจข้ามชาติ โดยวิสาหกิจนั้นๆ จะมีหน้าที่ในการรายงานให้กรมสรรพากรของสหราชอาณาจักรทราบเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ และหากพบว่าการดำเนินธุรกิจนั้น มีลักษณะธุรกรรมที่ขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจ หรือมีการดำเนินกิจกรรมใดๆ ที่กระทำเพื่อหลีกเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวร ซึ่งมีผลทำให้จำนวนภาษีที่ต้องชำระลดลง เจ้าพนักงานประเมินก็จะมีอำนาจในการประเมินภาษีใหม่ได้ โดยอัตราภาษีที่ใช้ในการจัดเก็บตามกฎหมายนี้เป็นอัตราร้อยละ 25 ของกำไรสุทธิ ซึ่งเป็นอัตราที่สูงกว่าภาษีเงินได้นิติบุคคลตามปกติ (ร้อยละ 20) ซึ่งผู้เขียนมองว่า อาจเป็นกลวิธีของสหราชอาณาจักร ที่ต้องการให้วิสาหกิจข้ามชาติที่พยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษีเข้ามาอยู่ในระบบตามปกติ เพื่อที่จะได้เสียภาษีในอัตราที่ต่ำลง หรืออาจมองได้จากอีกแง่มุมว่าเป็นมาตรการที่ใช้ลงโทษหากวิสาหกิจต่างประเทศพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษี

ปัจจุบันนอกจากสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลียก็ได้มีการนำหลักการในกฎหมายนี้มาใช้เพื่อเก็บภาษีจากกลุ่มวิสาหกิจข้ามชาติขนาดใหญ่ (Significant Global Entities หรือ SGEs)<sup>24</sup> เช่น Google และ Facebook เป็นต้น โดยอาจมีรายละเอียดข้อกำหนดที่แตกต่างกันบ้าง แต่ยังคงไว้ในหลักการที่ว่าหากวิสาหกิจต่างชาติมีการดำเนินธุรกรรม หรือกิจกรรมในลักษณะที่เป็นไปเพื่อการโอนกำไรที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจในประเทศออสเตรเลียเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีในประเทศออสเตรเลีย ก็ให้นำกฎหมาย Diverted Profits Tax มาบังคับใช้ โดยจะจัดเก็บในอัตราที่สูงกว่าอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลทั่วไป (Diverted Profits Tax จัดเก็บในอัตราร้อยละ 40 แต่หากเป็นกรณีทั่วไปจะอยู่ที่อัตรา ร้อยละ 30)

กฎหมาย Equalisation Levy หรืออาจเรียกว่าระบบการจัดเก็บภาษีเพื่อความเท่าเทียม เป็นระบบกฎหมายใหม่ที่พบในประเทศอินเดีย โดยได้รับอิทธิพลจากการให้ความสำคัญกับบทบาททางเศรษฐกิจที่สำคัญ (Significant Economic Presence) ซึ่งประเทศอินเดียนั้น มีอัตราการเติบโตของเศรษฐกิจดิจิทัลค่อนข้างสูง และเป็นไปอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจโฆษณาออนไลน์ ดังนั้น บทบัญญัติที่มีอยู่เดิมอาจทำให้ไม่สามารถเก็บภาษีได้ตามจำนวนที่ควรจะเป็น จึงได้มีการนำระบบกฎหมายนี้มาใช้โดยมีจุดประสงค์เพื่อจัดเก็บภาษีจากธุรกรรมดิจิทัล (Digital Transactions) ซึ่งจะจัดเก็บจากวิสาหกิจต่างประเทศที่ไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศอินเดีย โดยครอบคลุมเฉพาะการดำเนินธุรกิจแบบ B2B (Business-to-business) ทั้งนี้ หากเป็นกรณีทั่วไปที่วิสาหกิจต่างประเทศทำธุรกรรมผ่านสถานประกอบการถาวรจะไม่ต้องพิจารณากฎหมายนี้ เพราะวิสาหกิจนั้นจะถูกจัดเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้ผ่านสถานประกอบการถาวรตามปกติ แต่หากเป็นการทำธุรกรรมที่พยายามหลีกเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวรโดยการใช้ช่องทางออนไลน์ เพื่อที่จะไม่ต้องเสียภาษีให้กับประเทศอินเดียอันเป็นประเทศแหล่งเงินได้ Equalisation Levy ก็ให้นำมาใช้เพื่อเข้ามาจัดการกับปัญหานี้

<sup>21</sup> ธเนศพงษ์ ช่วงประยูร, “Google Tax,” *Tax Policy Journal*. Edition1. Volume 20. (April 2015).

<sup>22</sup> Section 80 และ 81 ใน Finance Act 2015.

<sup>23</sup> Section 86 ใน Finance Act 2015.

<sup>24</sup> ATO, “Diverted Profit Tax,” Retrieved on January 31, 2017, from <https://www.ato.gov.au/general/new-legislation/in-detail/direct-taxes/income-tax-for-businesses/diverted-profits-tax/?=redirected>.

สำหรับการจัดเก็บ Equalisation Levy จะคำนวณในอัตราร้อยละ 6 จากค่าตอบแทนที่วิสาหกิจต่างประเทศได้รับสำหรับการให้บริการตามประเภทที่ระบุไว้ โดยจะเป็นกรณีที่ให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอินเดีย หรือสถานประกอบการถาวรของผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอินเดีย เป็นผู้เสียภาษีแทน ซึ่งประเภทของการบริการที่ได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้ ได้แก่ การโฆษณาออนไลน์ การใช้พื้นที่การโฆษณาแบบดิจิทัล สิ่งอำนวยความสะดวก หรือการบริการสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการโฆษณาออนไลน์ และการบริการใดๆ ที่อาจกำหนดขึ้นในภายหลัง<sup>25</sup>

ปัจจุบัน นอกจากประเทศอินเดีย พบว่าหลักการใน Equalisation Levy ในส่วนที่เป็นการให้ความสำคัญกับสถานประกอบการถาวรในแง่มุมมองอื่น นอกจากที่ต้องมีการปรากฏทางกายภาพ ได้ถูกนำมาใช้ในประเทศอิสราเอล โดยได้มีการกำหนดให้วิสาหกิจต่างประเทศจะถือว่ามีสถานประกอบการถาวรในประเทศอิสราเอล หากมีสถานธุรกิจ หรือตัวแทนในประเทศอิสราเอล รวมถึงการปรากฏตัวทางดิจิทัลที่สำคัญ (Significant Digital Presence) เกี่ยวพันกับผู้ใช้ในประเทศอิสราเอล เช่น การโฆษณาออนไลน์ต่างๆ หรือการใช้บริการออนไลน์โดยลูกค้าในอิสราเอล เป็นต้น ทั้งนี้ ประเทศอิสราเอลจัดเก็บในลักษณะของการเก็บภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 25 จากการชำระค่าบริการให้แก่วิสาหกิจต่างชาติ<sup>26</sup>

จะเห็นได้ว่า Equalisation Levy เป็นกฎหมายหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการของสถานประกอบการถาวรในกฎหมายภาษี จากเดิมที่จะต้องพิจารณาจากการปรากฏตัวทางกายภาพ (Physical Presence) ต่อมาเมื่อมีการนำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงลักษณะทางกายภาพ ก็ได้มีการให้ความสำคัญกับบทบาททางเศรษฐกิจ (Economic Presence) และการพิจารณาถึงลักษณะการปรากฏตัวทางดิจิทัล (Digital Presence) ที่มีความเกี่ยวพันกับผู้ใช้ในประเทศ แทนการพิจารณาแต่เพียงในหลักการเดิมๆ

#### 4. ระบบกฎหมายภาษีของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน ได้มีการลงนามในอนุสัญญาภาษีซ้อนกับต่างประเทศถึง 61 ฉบับ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะทำได้ทำไว้นานแล้ว มีเพียงอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยกับฟิลิปปินส์ที่เพิ่งมีการแก้ไขช่วงต้นปี พ.ศ. 2561 และมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2562 และอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยกับพม่าที่เพิ่งจะมีการเจรจาเมื่อปี พ.ศ. 2560 และมีผลใช้บังคับใช้เมื่อปี พ.ศ. 2561 ที่ผ่านมา ดังนั้น กรณีจึงเป็นที่น่าพิจารณาว่าบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ได้ทำไว้เดิมอาจไม่เพียงพอต่อการจัดเก็บภาษีในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล

นอกจากที่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับประเทศไทยซึ่งมีประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายภายในที่ใช้เป็นหลักในการพิจารณาถึงการจัดเก็บภาษีจากผู้มีเงินได้ จากการศึกษาพบว่าในประมวลรัษฎากรนั้น ยังไม่ได้มีการบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องสถานประกอบการถาวรโดยให้ความสำคัญอย่างชัดเจน ไม่มีการกำหนดนิยามความหมายไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด มีเพียงการกล่าวถึงอำนาจในการจัดเก็บภาษี (Taxing Right) จากบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศที่ได้มีการ “กระทำการกิจการ” ในประเทศไทย ซึ่งอาจอนุมานได้ว่าเป็นการกล่าวถึงสถานประกอบการถาวรโดยปริยาย ปรากฏตามมาตรา 66<sup>27</sup> ซึ่ง

<sup>25</sup> EY, “India proposes equalization levy on digital e-commerce transactions in 2016 budget,” Retrieved on March 31, 2016, from <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--india-proposes-equalization-levy-on-digital-e-commerce-transactions-in-2016-budget>.

<sup>26</sup> OECD, “Tax Challenges of Digitalisation comments Received on the Request for Input - Part 2,” Retrieved on October 26, 2017, from <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>

<sup>27</sup> มาตรา 66 บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยหรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ และกระทำการกิจการในประเทศไทยต้องเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการกิจการในที่อื่น ๆ รวมทั้งในประเทศไทย ให้เสียภาษีในกำไรสุทธิจากกิจการหรือเนื่องจากการที่ได้กระทำในประเทศไทยในรอบระยะเวลาบัญชีและการคำนวณ

ผู้เขียนมองว่า คำนี้เป็นคำที่มีความหมายค่อนข้างกว้าง และแม้ว่าจะสามารถเปิดโอกาสให้มีการตีความได้ถึงกรณีสถานประกอบการถาวรทุกประเภท แต่โดยทั่วไปจะหมายถึงการมีสถานประกอบการถาวรประเภททรัพย์สิน และประเภทกิจกรรมในประเทศไทยเท่านั้น เพราะสำหรับสถานประกอบการถาวรประเภทตัวแทน จะมีมาตรา 76 ทวิ<sup>28</sup> กล่าวถึงไว้โดยเฉพาะว่าเป็นกรณีที่มีลูกจ้าง ผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อ ในการประกอบกิจการในประเทศไทย ซึ่งในการที่จะพิจารณาถึงความเป็นตัวแทนนั้น ไม่สามารถทำความเข้าใจความหมายได้ภายในมาตราเดียว หรือเพียงกฎหมายฉบับเดียว แต่จะต้องศึกษาถึงความเป็นอิสระของตัวแทนในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 2/2526 เรื่องภาษีเงินได้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล<sup>29</sup> ประกอบด้วย ทั้งนี้ ตามประมวลรัษฎากรไทยยังไม่ได้มีการให้ความสำคัญกับสถานประกอบการถาวรในลักษณะเสมือน ซึ่งอาจเป็นเพราะแนวคิดในเรื่องนี้ยังเป็นเรื่องใหม่ที่ต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมให้ชัดเจนก่อนจะกำหนดลงในประมวลรัษฎากรซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย

ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีการประกอบกิจการอยู่ในรูปของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งอาจไม่ปรากฏลักษณะของสถานประกอบการถาวรทางกายภาพ เพราะวิสาหกิจต่างประเทศไม่จำเป็นต้องมีการตั้งสำนักงาน มีสาขา หรือมีตัวแทนในประเทศไทย ปัจจุบันประเทศไทยจะเก็บภาษีเงินได้จากธุรกรรมนี้ได้โดยไม่เต็มประสิทธิภาพ เพราะเงินได้จากธุรกรรมดังกล่าวจะถูกลงมาเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(8) เงินได้จากการธุรกิจ และการพาณิชย์ ซึ่งเมื่อวิสาหกิจต่างชาติไม่ได้ประกอบกิจการในประเทศไทย และไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย แต่ได้รับเงินได้

---

กำไรสุทธิให้ปฏิบัติเช่นเดียวกับมาตรา 65 และมาตรา 65 ทวิ แต่ถ้าไม่สามารถจะคำนวณกำไรสุทธิดังกล่าวแล้วได้ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการประเมินภาษีตามมาตรา 71 (1) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

<sup>28</sup> มาตรา 76 ทวิ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ มีลูกจ้าง หรือผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อ ในการประกอบกิจการในประเทศไทย ซึ่งเป็นเหตุให้ได้รับเงินได้หรือผลกำไรในประเทศไทย ให้ถือว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นประกอบกิจการในประเทศไทย และให้ถือว่า บุคคลผู้เป็นลูกจ้างหรือผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อเช่นว่านั้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เป็นตัวแทนของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ และให้บุคคลนั้นมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้ เฉพาะที่เกี่ยวกับเงินได้หรือผลกำไรดังกล่าวแล้ว

<sup>29</sup> ในกรณีที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อในประเทศโดยบุคคลในประเทศเป็นผู้ดำเนินการแนะนำให้ผู้สั่งซื้อสินค้าจากต่างประเทศ ถ้าบุคคลในประเทศได้ประกอบธุรกิจอย่างเป็นอิสระจากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศดังกล่าว โดยปรากฏว่า

(1) ในทางปฏิบัติ บุคคลในประเทศได้กระทำการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนเพื่อการขายสินค้าให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลต่าง ๆ ในต่างประเทศเป็นการทั่วไปโดยมิได้กระทำให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศแห่งใดแห่งหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่และ

(2) ไม่มีสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างบุคคลในประเทศกับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิบุคคลในประเทศในการกระทำการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนเพื่อการขายสินค้าประเภทเดียวกันกับบุคคลอื่นในต่างประเทศและในทางปฏิบัติไม่เคยปรากฏว่ามีการจำกัดสิทธิเช่นนั้น และ

(3) ในการประกอบธุรกิจดังกล่าว บุคคลในประเทศมิได้รับประโยชน์อย่างอื่นจากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศ เว้นแต่ค่านายหน้าสำหรับการซื้อขายสินค้าแต่ละคราวเท่านั้น และ

(4) ในการซื้อขายสินค้า ผู้ซื้อสินค้าได้ชำระหรือจะได้ชำระเงินค่าสินค้าให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศซึ่งเป็นผู้ขายสินค้านั้นโดยตรง

กรณีเช่นนี้ พึงเข้าใจได้ว่า บุคคลในประเทศมิใช่เป็นลูกจ้างหรือผู้ทำการแทนหรือผู้ทำการติดต่อที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศ “มี” ในการประกอบกิจการในประเทศไทยตามความในมาตรา 76 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

พึงประเมินประเภทนี้ที่จ่ายจากประเทศไทย จะไม่เข้าองค์ประกอบในการที่จะต้องเสียภาษีให้กับประเทศไทยตาม มาตรา 70<sup>30</sup> ตัวอย่างเช่น

หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากร ที่ กค 0706(กม.09)/026 ลงวันที่ 7 มกราคม 2546 กรณีการจ่ายค่าจด ทะเบียน Web Address และค่าเช่าพื้นที่บน Server กรณีภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายของการชำระค่าจดทะเบียน Web Address ในชื่อ thai.com และค่าเช่าพื้นที่บน Server เพื่อเก็บข้อมูลที่ติดต่อผ่านชื่อ thai.com แก่นิติบุคคล ต่างประเทศที่ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าตอบแทนดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้บริการที่มีการประกอบธุรกิจ เกี่ยวกับการให้บริการซึ่งใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่และมีการลงทุนค่อนข้างสูง เมื่อบริษัทฯ ชำระค่าตอบแทนดังกล่าว ให้แก่นิติบุคคลต่างประเทศที่ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเข้าลักษณะเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(8) แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทฯ ผู้จ่ายเงินได้ไม่มีหน้าที่หักภาษีจากเงินได้ดังกล่าวเพื่อนำส่งกรมสรรพากรตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรแต่อย่างใด

จากแนววินิจฉัยข้อหารือดังกล่าว แม้จะเป็นกรณีที่มีการใช้ Web Address ในชื่อ thai.com ที่สามารถ พิจารณาได้ว่ามีความสัมพันธ์กับประเทศไทย กรมสรรพากรมองว่ากรณีนี้เป็นเป็นการที่นิติบุคคลต่างประเทศไม่ได้ ประกอบกิจการในประเทศไทย กล่าวคือไม่ได้มีการกระทำการกิจการตามมาตรา 66 หรือไม่เป็นกรณีที่มีตัวแทนตาม มาตรา 76 ทวิ แต่เป็นกรณีที่วิสาหกิจต่างประเทศมีเงินได้ที่เกิดจากการให้บริการอันเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(8) แห่งประมวลรัษฎากรไทยซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 70 ส่งผลให้ผู้จ่ายเงินได้ไม่มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้ ดังกล่าวนำส่งกรมสรรพากร จะเห็นได้ว่า แม้นิติบุคคลต่างประเทศจะเป็นผู้ประกอบการที่ได้ให้บริการในต่างประเทศ แต่เมื่อมีการให้บริการในประเทศไทย กลับไม่มีการพิจารณาถึงความเกี่ยวข้อง หรือการมีส่วนร่วมในการโต้ตอบกับ ผู้ใช้งานในประเทศไทย ไม่มีการพิจารณาถึงเรื่องบทบาททางเศรษฐกิจที่สำคัญ (Significant Economic Presence) หรือการมีสถานะเป็นสถานประกอบการในลักษณะเสมือน ซึ่งอาจเป็นเพราะแนวความคิดดังกล่าวนี้ยังไม่เป็นที่รู้จัก และได้รับการยอมรับในเวลานั้น แต่ต่อมาได้มีข้อหารือกรมสรรพากร ที่ กค 0706/10491 ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2550 วินิจฉัยในลักษณะเดียวกัน จึงเป็นที่น่าพิจารณาว่าบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรปัจจุบัน อาจไม่เพียงพอต่อการเก็บ ภาษีในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเกี่ยวกับกลวิธีการหลีกเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวรตามรายงานของ OECD ใน BEPS Project รวมไปถึงข้อเสนอในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการปรับปรุงบทบัญญัติในต้นแบบอนุสัญญาภาษี ของ OECD (Model Tax Convention) จะเห็นได้ว่าตามรายงานนั้นค่อนข้างให้ความสำคัญกับกรณีของวิสาหกิจที่มี ความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด เนื่องจากมีความเป็นไปได้สูงที่จะใช้ประโยชน์จากความสัมพันธ์ ดังกล่าวเป็น ช่องทางเพื่อหลีกเลี่ยงการมีสถานะเป็นสถานประกอบการถาวร ซึ่งจะส่งผลให้วิสาหกิจต่างประเทศ มีภาระทางภาษีที่ เบาบางลงหรืออาจไม่มีเลย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของประเทศแหล่งเงินได้ที่จะจัดช่องว่างของการใช้ความสัมพันธ์ ดังกล่าว โดยเมื่อเป็นการทำธุรกรรมระหว่างประเทศซึ่งค่อนข้างมีความสำคัญ เนื่องจากอำนาจในการจัดเก็บภาษีอาจ มีการทับซ้อนกันระหว่างประเทศถิ่นที่อยู่ และประเทศแหล่งเงินได้ องค์กรที่มีหน้าที่ในการเก็บภาษีในแต่ละรัฐจึงควร มีบทบัญญัติซึ่งใช้บังคับกับผู้เสียภาษีที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีความชัดเจน เพื่อป้องกันการใช้กลวิธีต่างๆ ในการ บิดพลิ้วรูปแบบของสัญญา และรูปแบบขององค์กรเพื่อให้ได้รับประโยชน์สูงสุดแก่องค์กรของตน

<sup>30</sup> มาตรา 70 บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศมิได้ประกอบกิจการในประเทศไทยแต่ได้รับเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) (3) (4) (5) หรือ (6) ที่จ่ายจากหรือในประเทศไทยให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วน นิติบุคคลนั้นเสียภาษี โดยให้ผู้จ่ายหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายตามอัตรากำหนดสำหรับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติ บุคคล แล้วนำส่งอำเภอท้องที่พร้อมกันยื่นรายการตามแบบที่อธิบดีกำหนดภายในเจ็ดวันนับแต่วันสิ้นเดือนของเดือนที่จ่ายเงิน ได้พึงประเมินนั้น ทั้งนี้ ให้นำมาตรา 54 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

สำหรับประเทศไทย ควรมีการทบทวนการทำอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับเก่า ๆ โดยอาจจะต้องมีการเจรจา และทำความเข้าใจกับต่างประเทศให้เป็นไปในลักษณะเดียวกัน โดยอาจพิจารณาตามข้อเสนอในการปรับปรุงแก้ไขอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD เพราะถ้าหากยังยึดติดอยู่กับแบบเดิม ๆ ที่ใช้ในปัจจุบัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะยังไม่เพียงพอที่จะครอบคลุมกับหลาย ๆ กรณี และอาจเป็นช่องทางให้เกิดการหลีกเลี่ยงภาษีได้

ในแง่มุมมองของการนำระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่มีการบังคับใช้ในต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทย เช่น กฎหมาย Diverted Profits Tax และ กฎหมาย Equalisation Levy ผู้เขียนมองว่าหลักการต่างๆ ในกฎหมายเหล่านี้ มีความน่าสนใจหากจะนำมาปรับใช้ในอนาคต อย่างไรก็ดี จะต้องมีการศึกษาถึงข้อดี ข้อเสีย และผลกระทบโดยละเอียด รวมถึงการให้ความรู้ และสร้างความเข้าใจที่ตรงกันกับประชาชนด้วย

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในส่วนที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ควรมีแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรให้มีความชัดเจน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามมาตรา 66 ให้สามารถครอบคลุมไปถึงการมีสถานประกอบการถาวรในลักษณะเสมือน โดยให้ความสำคัญกับบทบาททางเศรษฐกิจที่สำคัญ (Significant Economic Presence) ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 66 ดังนี้

มาตรา 66 บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยหรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการในประเทศไทยต้องเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการในที่อื่น ๆ รวมทั้งในประเทศไทย ให้เสียภาษีในกำไรสุทธิจากกิจการหรือเนื่องจากกิจการที่ได้กระทำในประเทศไทย ในรอบระยะเวลาบัญชีและการคำนวณกำไรสุทธิให้ปฏิบัติเช่นเดียวกับมาตรา 65 และมาตรา 65 ทวิ แต่ถ้าไม่สามารถจะคำนวณกำไรสุทธิดังกล่าวแล้วได้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการประเมินภาษีตามมาตรา 71 (1) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

“กระทำการ” หมายความว่ารวมถึง กรณีที่มีการปรากฏบทบาททางเศรษฐกิจที่สำคัญในประเทศไทย

“บทบาททางเศรษฐกิจที่สำคัญ” ในวรรคสาม หมายความว่ารวมถึง

(1) การกระทำการอย่างเป็นระบบและมีความต่อเนื่องกัน

(2) การมีส่วนร่วมในการโต้ตอบกับผู้ใช้งานผ่านสื่อดิจิทัลอย่างมีนัยสำคัญ

(3) การชำระเงินเป็นสกุลเงินไทย หรือการโอนเงินจากหรือในประเทศไทยที่มีความสัมพันธ์กับการกระทำการ

จากการเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นการกำหนดให้ชัดเจนขึ้นถึงจุดรับผิดทางภาษี (Tax Point) ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการในที่อื่นๆ รวมทั้งในประเทศไทย โดยเป็นการกล่าวถึงการกระทำการให้ชัดเจนขึ้นว่า รวมไปถึงการให้ความสำคัญกับบทบาททางเศรษฐกิจที่สำคัญ ซึ่งการเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้ ผู้เขียนมองว่าจะทำให้สามารถเก็บภาษีจากกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และแก้ปัญหากรณีตามข้อหาหรือได้ ดังนี้

กรณีตาม (1) ผู้เขียนมองว่าอาจนำมาใช้ในกรณีที่เป็นกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือกิจการอื่นใด ที่มีการดำเนินกิจกรรมอย่างเป็นระบบครบวงจร เช่น มีการจัดทำคำสั่งซื้อ และต่อมาสินค้าเกิดขึ้นไม่ว่าจะที่ทอดต่อเนื่องกันอันเป็นเหตุให้ได้รับเงินได้จากประเทศไทย เป็นต้น

กรณีตาม (2) ผู้เขียนมองว่าอาจนำมาใช้ในกรณีที่มีการเจรจาโต้ตอบกันระหว่างผู้ให้บริการ และผู้ใช้บริการ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลต่างๆ อันแสดงให้เห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการประกอบกิจการในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศแหล่งเงินได้ โดยอาจพิจารณาได้จากทั้งจากปริมาณข้อมูล หรือจำนวนธุรกรรมที่เกิดขึ้นบนแพลตฟอร์ม เป็นต้น

กรณีตาม (3) ผู้เขียนมองว่าเป็นการขจัดช่องว่างที่อาจเกิดขึ้น โดยให้ความสำคัญกับการมีเงินได้ไหลออกจากประเทศไทย ซึ่งหากเป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์กับกิจการของวิสาหกิจต่างประเทศ ประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐแหล่งเงินได้ควรมีอำนาจในการจัดเก็บภาษีจากจำนวนเงินตรงนี้ได้

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.

พนิต ธีรภาพวงศ์. ภาษีบริษัทข้ามชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552). น.76.

### บทความ

เฉลิมพงศ์ ตั้งบริบูรณ์รัตน์ และสุดคะนึง สมบูรณ์วงศ์. “ความท้าทายในการจัดเก็บภาษียุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy) : กรณีศึกษาการปรับโครงสร้างธุรกิจและการโอนย้ายฐานภาษีของ Amazon UK (ตอนที่ 1).” สรรพากรสาส์น. ฉบับที่ 6. ปีที่ 61. (มิถุนายน 2557) : น.57-65.

ณัฐพล ศรีพจนารถ. “แนวทางการจัดเก็บภาษีในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy).” Tax Policy Journal. Edition 1. Volume 55. March 2018.

ธเนศพงศ์ ช่วงประยูร. “Google Tax.” Tax Policy Journal. Edition1. Volume 20. (April 2015).

### BOOK

Pinto, Dale. E-commerce and Source-Based Income Taxation. Amsterdam : IBFD, 2003.

### ELECTRONIC MEDIA

ATO. “Diverted Profit Tax.” <https://www.ato.gov.au/general/new-legislation/in-detail/direct-taxes/income-tax-for-businesses/diverted-profits-tax/?=redirected>, January 31, 2017.

EY. “India proposes equalization levy on digital e-commerce transactions in 2016 budget.” <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert-india-proposes-equalization-levy-on-digital-e-commerce-transactions-in-2016-budget>, March 31, 2016.

OECD. “Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report.” <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>, October 31, 2015.

OECD. “Tax Challenges of Digitalisation comments Received on the Request for Input - Part 2.” <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>, October 26, 2017.

OECD. “Model Tax convention on Income and on Capital 2017 (Full Version).” <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>, April 30, 2019.

## แนวทางการเปิดเสรีการค้าบริการไปรษณีย์ในรูปแบบการจัดตั้งทางพาณิชย์ภายใต้ต้องการ การค้าโลกและประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของไทย

### GUIDELINE TO LIBERALIZATION OF POSTAL SERVICES IN THE FORM OF COMMERCIAL ESTABLISHMENT UNDER WTO AND AEC OF THAILAND

ณภัทร กิจขจรกุลภัทร\*  
Napat Kitkhachonkunlaphat

#### บทคัดย่อ

ไปรษณีย์เป็นการค้าบริการประเภทหนึ่ง ไทยจึงมีพันธกรณีระหว่างประเทศในการเปิดเสรีการค้าบริการไปรษณีย์ให้สอดคล้องกับพันธกรณีในระดับสากลอย่างความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการและพันธกรณีในระดับภูมิภาคอย่างความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน โดยการเปิดเสรีที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่การค้าระหว่างประเทศของไทยมากที่สุดคือ การเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในไทย เนื่องจากเป็นรูปแบบการให้บริการไปรษณีย์ ที่มีหน้าที่รวบรวมไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุก่อนดำเนินการส่งต่อ อันได้รับผลกระทบโดยตรงจากการเติบโตอย่างรวดเร็วของธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศ

ปัญหาสำคัญของการเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในไทยมีอยู่ว่า บริการไปรษณีย์นั้นมีลักษณะสำคัญ 2 ส่วนด้วยกันคือ 1. เป็นบริการขนส่งประเภทหนึ่ง กล่าวคือเป็นบริการขนส่งไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุที่มีประสิทธิภาพในการรวบรวม ส่งต่อ และนำจ่ายไปถึงที่อยู่ของผู้ใช้บริการได้โดยตรง 2. เป็นบริการสื่อสารคมนาคมประเภทหนึ่งด้วย กล่าวคือในการบริการขนส่งนั้น บริการไปรษณีย์มีความสามารถที่จะให้ผู้ใช้บริการติดต่อสื่อสารกับผู้ให้บริการไปรษณีย์ได้ว่า ไปรษณีย์ภัณฑ์หรือพัสดุนั้นอยู่ ณ ขั้นตอนใดของการบริการแล้ว ซึ่งทำให้บริการไปรษณีย์แตกต่างจากบริการขนส่งประเภทอื่น ๆ ด้วยคุณสมบัติพิเศษนี้ทำให้เมื่อเปรียบเทียบพันธกรณีระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาคกับกฎหมายภายในของไทยแล้ว ทำให้เกิดความขัดแย้งขึ้น เพราะไทยมองเห็นลักษณะสำคัญของบริการไปรษณีย์ว่ามีลักษณะพิเศษ แต่บริการไปรษณีย์ระหว่างประเทศถูกมองว่ามีลักษณะเป็นเพียงบริการสื่อสารคมนาคม

อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายภายในของไทยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศเช่นนี้ เป็นผลให้ไทยจะต้องจัดให้มีการอนุวัติการกฎหมายภายในของไทย โดยนอกจากจะต้องอนุวัติการข้อกฎหมายให้สอดคล้องแล้ว กฎหมายที่อนุวัติการแล้วจะต้องสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในสภาพสังคมปัจจุบันของไทยได้ด้วย กล่าวคือจะต้องเป็นกฎหมายที่เปิดเสรีให้การจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในไทยอย่างแท้จริง เพราะตามแผนการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน พ.ศ. 2558 ที่ไทยได้ลงนามรับรองผูกพันในตราสารไว้แล้ว กำหนดให้ไทยจะต้องยกเลิกการเลือกปฏิบัติสำหรับการค้าบริการทั้งหมดภายในปี พ.ศ. 2558 อย่างไม่มีเงื่อนไข

#### คำสำคัญ

ไปรษณีย์, ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ, ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : oooo\_k@hotmail.com



## ABSTRACT

Postal is a type of service. Therefore, Thailand has international obligation to liberalize postal service in accordance with international commitments (GATS) and regional commitments (AFAS). The liberalization that will be the most benefit of international trade of Thailand is the liberalization of postal services in the form of commercial establishment that has a duty to collect mails and parcels before transport and delivery which is directly affected by the rapid growth of the international e-commerce.

The main problem of liberalization of postal services in the form of commercial establishment in Thailand is the postal service has two main characteristics. It is a type of transport service which is an effective mails and parcels delivery service to collect, transport and delivery to the user's address. 2. It is a type of communication service that the postal service has the ability to allow users to communicate with the postal service provider regardless of the email or package that is in any service process. Which make the postal service different from other type of transport services. With this special feature, when comparing international commitments at both international and regional levels with Thai domestic laws, conflicts arise because Thailand sees the important characteristics of the postal service that it has special characteristics. But in the international postal service is seen as only communication service.

However, when domestic laws do not comply with international obligations, the result is that Thailand must comply with international obligations. In addition to complying with international obligations, established laws must be able to apply to facts in the current social situation of Thailand as well. Means that it must be a law that truly liberalizes postal services in the form of commercial establishments in Thailand because, according to the AEC Blueprint 2015 in which Thailand has signed the document binding, Thailand must cancel discrimination for providing all services without conditions within 2015

## Keywords

Postal, General agreement on Trade in Services (GATS), ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS)

## บทนำ

จากการขยายตัวของธุรกิจการซื้อขายผ่านธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยเป็นปัจจัยบวกสำคัญที่ผลักดันให้ธุรกิจขนส่งพัสดุรายย่อย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการค้าบริการไปรษณีย์เติบโตมากขึ้น คาดการณ์ว่าปัจจุบันมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า 27,000 ล้านบาท และมีอัตราการเติบโตโดยเฉลี่ยร้อยละ 10 ถึง 20 ต่อปี เป็นเหตุให้มีผู้ประกอบการรายใหม่ทั้งบริษัทไทย และบริษัทจากต่างประเทศมีความต้องการเข้ามาลงทุนในการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในประเทศไทยมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง

ทว่าตามกฎหมายไทยในปัจจุบันการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์จะต้องมีการขออนุญาตจาก บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด (ปณท.) ซึ่งถือเป็นผู้ประกอบการรายหนึ่งที่มีอำนาจผูกขาดบริการไปรษณีย์ไว้ อันเป็นการขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาค เนื่องจากแม้ตามมาตรา 1 วรรค 3 ข้อ(บี)<sup>1</sup> ของ GATS จะกำหนดข้อยกเว้นให้การค้าบริการไม่รวมถึงกิจการที่รัฐจัดให้มีการบริการเองแต่ผู้เดียว อย่างไรก็ตามที่ไทยจัดให้ ปณท. บริการไปรษณีย์แต่ผู้เดียว ทว่าตามมาตรา 1 วรรค 3 ข้อ(ซี)<sup>2</sup> ของ GATS ได้ขยายความต่อไปว่ากิจการที่รัฐจัดให้มีการบริการเองแต่ผู้เดียวที่จะไม่ถือเป็นการค้าบริการอันเข้าข้อยกเว้นนั้น จะต้องเป็นบริการที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการหากำไรหรือมีการค้าแข่งกับผู้ประกอบการรายอื่น เพราะฉะนั้นการที่ปณท.ได้มีการวางนโยบายเพื่อให้ผลประกอบการได้กำไรเสมอมาดังจะเห็นได้จากงบการเงินแต่ละปีของ ปณท.<sup>3</sup> ที่ปรากฏผลประกอบการของ ปณท.ที่ได้กำไรสูงขึ้นอย่างสม่ำเสมอ ประกอบกับการที่ ปณท. ออกจดหมายเวียนห้ามจดทะเบียนบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจไปรษณีย์<sup>4</sup> ที่ห้ามผู้ประกอบการรายอื่นทำการค้าแข่งให้บริการไปรษณีย์กับ ปณท. จึงต้องถือว่า ปณท. ให้บริการไปรษณีย์เพื่อการค้ากำไร และเป็นผู้ประกอบการรายหนึ่งที่ผูกขาดตลาดการค้าบริการไปรษณีย์ไว้ อันไม่เข้าข้อยกเว้นของ GATS บริการไปรษณีย์ในไทยจึงเป็นการค้าบริการอย่างหนึ่งที่ไทยจำต้องมีการเปิดเสรีภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศ

จึงมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่าการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์นั้นยังคงเป็นบริการสาธารณะที่ไทยมีความจำเป็นต้องผูกขาดการให้บริการไว้หรือไม่ และแท้จริงแล้วไปรษณีย์มีลักษณะการให้บริการอย่างไร ไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศไว้เพียงใด และแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ซึ่งเมื่อศึกษาเรื่องการเปิดเสรีการค้าบริการนั้นมีผู้จัดทำเพียงไม่กี่เล่ม โดยเล่มที่น่าสนใจได้แก่ วิทยานิพนธ์ของนายบดีศร ทังปريانนท์<sup>5</sup> ซึ่งมีข้อมูลเกี่ยวกับการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้พันธกรณีระดับสากลที่ดี แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงพันธกรณีในระดับภูมิภาคแต่อย่างใด ส่วนในเรื่องของบริการไปรษณีย์นั้น มีวิทยานิพนธ์ของนายสุรศักดิ์ จินดาพันธ์<sup>6</sup> ได้จัดทำไว้ แต่มิได้มีการกล่าวถึงการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์โดยเฉพาะเจาะจง จึงจำต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมจากตัวบทกฎหมาย หนังสือ ตลอดจนบทความทั้งไทยและต่างประเทศ ประกอบกันเพื่อที่จะส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ อีกทั้งยังส่งผลดีต่อภาครัฐบาลไทยเองที่จะสามารถควบคุม ตรวจสอบจำนวนการให้บริการไปรษณีย์ให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อเรียกเก็บภาษีให้ได้เต็มเม็ดเต็มหน่วย เป็นการส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ อีกทั้งยัง

<sup>1</sup> Article 1 paragraph 3 (B) : “services” includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority.

<sup>2</sup> Article 1 paragraph 3 (C): “a service supplied in the exercise of governmental authority” means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

<sup>3</sup> บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด, รายงานประจำปี 2560 บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด, (กรุงเทพฯ: บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด, 2561) น. 30-36

<sup>4</sup> หนังสือบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด ที่ ปณท กม.(วม) 173 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2560.

<sup>5</sup> บดีศร ทังปريانนท์, “การเปิดเสรีการค้าบริการการศึกษาภายใต้ข้อตกลง GATS ขององค์การการค้าโลก (WTO) กับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.27-105

<sup>6</sup> สุรศักดิ์ จินดาพันธ์, “ประเด็นทางกฎหมายในการเปิดตลาดการค้าบริการภายใต้ GATS : ศึกษากรณีบริการไปรษณีย์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก, 2553), น.12-61

เป็นการสร้างตลาดแรงงานในระดับมหาดเล็กด้วย และภาคประชาชนก็ได้รับประโยชน์จากการบริการที่มีคุณภาพมากยิ่งขึ้น ในราคาที่ถูกลง

### 1. ประวัติความเป็นมาและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการค้าบริการไปรษณีย์และการเปิดเสรี

การประกอบธุรกิจไปรษณีย์เกิดขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคล 2 ฝ่าย โดยแรกเริ่มนั้น รัฐบาลพ่อค้า ตลอดจนประชาชนทั่วไปได้มีการจ้างให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งเรียกว่า “ผู้ส่งสาสน์” ทำหน้าที่ส่งข้อความที่มีลักษณะที่สำคัญให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>7</sup> ต่อมาเมื่อประชาชนทั่วไปเริ่มที่จะสามารถอ่านหนังสือที่บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรได้อย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น ความต้องการในการใช้บริการไปรษณีย์จึงสูงขึ้นตามลำดับ อย่างไรก็ตาม ความต้องการในการใช้บริการไปรษณีย์ส่วนใหญ่แล้ว จะเป็นการใช้บริการโดยฝ่ายรัฐบาลเสียมากกว่า ซึ่งรัฐบาลเองก็จะทำการจ้างผู้ส่งสาสน์ ที่เลือกไว้โดยเฉพาะโดยเลือกบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือและสามารถส่งสาสน์ได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ<sup>8</sup> จากการค้นพบหลักฐานอันเป็นลายลักษณ์อักษรต่างๆพบว่า หลังจากที่มีการก่อตั้งมหาวิทยาลัยต่างๆมากมาย ตลอดจนการค้าขายที่มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ทำให้ประชาชนทั่วไปประกอบอาชีพโดยมีเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรกันมากขึ้น ทำให้ประชาชนทั่วไปตลอดจนพ่อค้ามีความต้องการที่จะใช้บริการไปรษณีย์กันมากขึ้น ทั้งในรูปแบบของไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุ โดยธุรกิจไปรษณีย์ในช่วงแรกนั้น ค่าบริการจะพิจารณาจากความรวดเร็วในการส่ง โดยผู้ใช้บริการคาดหวังที่จะได้รับความสะดวกสบายและความรวดเร็วมากกว่ากรณีที่ต้องทำการนำส่งเอง

ต่อมาเมื่อธุรกิจไปรษณีย์ได้พัฒนาขึ้น มีผู้ประกอบการค้าแข่งขันกันมากขึ้นด้วยเหตุที่เป็นที่ต้องการของพ่อค้าและประชาชนโดยทั่วไปมากขึ้น ตลอดจนรัฐบาลเองก็มีความต้องการที่จะใช้บริการไปรษณีย์เหล่านี้ในปริมาณมหาศาลด้วย ความต้องการของผู้ใช้บริการไปรษณีย์จึงเปลี่ยนไปโดยพิจารณาจากค่าบริการที่ถูกที่สุด และจะใช้บริการเฉพาะไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้อย่างเร่งด่วนหรือไม่ค่อยมีความสำคัญมากนักแทน ต่อมาเมื่อมีความต้องการใช้บริการไปรษณีย์ของทั้งภาครัฐและภาคเอกชนมากขึ้น รัฐบาลจึงเห็นว่าธุรกิจไปรษณีย์นั้นมันขึ้นประโยชน์สาธารณะ (Public interest) เนื่องจากเป็นบริการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนส่วนใหญ่ในรัฐ รัฐบาลจึงควรเข้ามาให้บริการเอง เพื่อที่รัฐจะได้ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อมูลส่วนตัวของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>9</sup> อีกทั้งธุรกิจไปรษณีย์ควรจะต้องให้บริการแก่ประชาชนทุกคนในรัฐได้อย่างทั่วถึง ในราคาที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้<sup>10</sup> รัฐบาลจึงบังคับให้ประชาชนใช้บริการไปรษณีย์ของรัฐเอง ธุรกิจไปรษณีย์จึงริเริ่มการผูกขาด (Monopoly) มาจากจุดนี้

<sup>7</sup> The earliest historical records contain evidence of postal systems. Among others, the Twelfth Pharaonic Dynasty in Egypt (circa 2000 B.C.), the Chou Dynasty in China (1122-225 B.C.), and the Roman Empire all employed couriers in the administration of their governments. See generally G.A. CODDING, JR., THE UNIVERSAL POSTAL UNION, (1964), P. 2-18 (origins of the post); P. BADURA, DAS VERWALTUNGSMONOPOL, (1963), p.193 - 209 (history and nature of the German postal monopoly).

<sup>8</sup> The Roman Empire, for example, developed an intricate messenger system to co-ordinate military actions. See G.A. CODDING, JR., Ibid 1, at p.2-3. More generally, governments employed couriers to inform themselves of world developments and current events. Gesetz uber das Postwesen (Post G)& 2(1)

<sup>9</sup> See G.A. CODDING, JR., supra note 1, at p.6, P.BADURA, supra note 1, at p.64, Priest, “The History of Postal Monopoly in the United States”, J. LAW & ECON., 8, 33, p.35(1975).

<sup>10</sup> See Generally HOUSE COMM., On Post OFFICE AND CIVIL SERVICE, 93D CONG., 1st SESS., STATUES RESTRICTING PRIVATE CARRIAGE OF MAIL AND THEIR ADMINISTRATION, (Comm. Print 1973), p.56. [hereinafter cites as BOARD OF GOVERNORS REP.]. As part of the Postal Reorganization Act of 1970, the U.S. Congress directed the Board of Governors of the Postal Service to do a complete evaluation of the Private Express Statutes and to do make recommendations for their modernization.

อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาผ่านไปเทคโนโลยีทั่วโลกพัฒนามากขึ้น ก็เกิดเทคโนโลยีขึ้นมาทดแทนไปรษณีย์มากมาย อาทิ โทรเลข โทรศัพท์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ความต้องการใช้บริการไปรษณีย์ภัณฑ์ของประชาชนก็ถูกลดบทบาทลง ทว่าสำหรับพศ. นั้น เทคโนโลยีต่างๆ ยังไม่อาจทดแทนได้ โดยเฉพาะสำหรับการค้าระหว่างประเทศ การเติบโตของ E-Commerce ทำให้อัตราการใช้บริการพัสดุระหว่างประเทศพุ่งสูงขึ้นอย่างมาก และความต้องการของประชาชนในการใช้บริการพัสดุก็น่าสนใจกลับมาให้ความสำคัญกับความรวดเร็วอีกครั้ง แม้จะยังมีความต้องการความคุ้มครองทางคุณภาพและราคาอยู่เช่นเดิมก็ตาม ทำให้รัฐบาลของหลายประเทศ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วมองว่าธุรกิจไปรษณีย์ไม่ได้มีความสำคัญในฐานะสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารของประชาชนอันเป็นประโยชน์สาธารณะดังเช่นแต่ก่อน ทว่าธุรกิจไปรษณีย์ควรมุ่งเน้นความสำคัญไปที่คุณภาพคือความรวดเร็วและความปลอดภัยของการบริการมากกว่า<sup>11</sup>

รัฐบาลเหล่านี้จึงเห็นควรให้มีการเปิดเสรีให้ภาคเอกชนเข้ามาค้าแข่งในธุรกิจไปรษณีย์ได้อย่างเสรีซึ่งปัจจุบันการประกอบธุรกิจไปรษณีย์ในระดับสากลได้แบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ คือ กลุ่มประเทศที่ยังผูกขาดการให้บริการไปรษณีย์ไว้โดยรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นประเทศกำลังพัฒนา(Developing Countries) หรือประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (Least Developed Countries ; LDC) เช่น ลาว พม่า ไทย กับกลุ่มประเทศที่เปิดเสรีให้เอกชนเข้ามาให้บริการไปรษณีย์ค้าแข่งได้อย่างเสรีซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นประเทศพัฒนาแล้ว(Developed Countries) เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สิงคโปร์<sup>12</sup> โดยที่การประกอบธุรกิจไปรษณีย์นั้นเป็นบริการที่มีความพิเศษเฉพาะจึงได้มีการจัดตั้งสหภาพสากลไปรษณีย์ (Universal Postal Union : UPU) และรัฐส่วนใหญ่ในโลก รวมถึงไทยได้เข้าเป็นสมาชิก เพื่อให้การประกอบธุรกิจไปรษณีย์ระหว่างประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกันโดย UPU ไม่ได้บังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องผูกขาดหรือเปิดเสรีการให้บริการไปรษณีย์แต่อย่างใด

โดย UPU ได้ให้ความหมายของบริการไปรษณีย์ไว้ในอนุสัญญาสากลไปรษณีย์ (Universal Postal Convention: UPC) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์กลางในการประกอบธุรกิจไปรษณีย์ที่รัฐสมาชิก UPU ลงนามผูกพัน ไว้ในมาตรา 1 ข้อ 1.14<sup>13</sup> ว่า “บริการไปรษณีย์สากล เป็นบริการพื้นฐานที่ให้บริการอย่างทั่วถึง บนพื้นฐานของคุณภาพครอบคลุมทุกพื้นที่ในดินแดนของประเทศสมาชิก ในราคาที่ใช้บริการทุกระดับสามารถใช้บริการได้” และกำหนดว่าการให้บริการไปรษณีย์ระหว่างประเทศนั้นจะต้องมีการส่งต่อไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุแก่ผู้ประกอบการในแต่ละรัฐระหว่างทาง ผู้ประกอบการไม่สามารถให้บริการข้ามพรมแดนได้อย่างเสรี

จากหลักเกณฑ์นี้เองเป็นเหตุให้หากผู้ประกอบการรายใดประสงค์จะให้บริการไปรษณีย์ระหว่างประเทศจึงต้องเข้าไปจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ในรัฐระหว่างทางนั้น เพื่อให้บริการไปรษณีย์ของตนมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นนั่นเอง โดยนอกจากจะมีหลักเกณฑ์กลางในการประกอบธุรกิจไปรษณีย์แล้ว ไปรษณีย์ยังถือเป็นการค้าบริการประเภทหนึ่งอีกด้วย

ในเรื่องการค้าบริการนั้นองค์การการค้าโลก(World Trade Organization : WTO ) ได้ให้ความสำคัญโดยกำหนดไว้ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ(General Agreement on Trade in Services: GATS) ซึ่งเป็นหนึ่งในความตกลงพ่วงที่กำหนดไว้ในภาคผนวก 1 ปี ของกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ในการจัดตั้งองค์การการค้า

<sup>11</sup> Robert Carbaugh, “The Future of The U.S. Postal Service,” Cato Journal, 459, Vol.27, No.3, (Fall 2007), p.459.

<sup>12</sup> International Bureau of the Universal Postal Union, Status and structures of postal entities in UPU member countries, Berne, July 2009.

<sup>13</sup> Universal Postal Convention Article 1 Definitions

1.14 universal postal service: the permanent provision of quality basic postal services at all points in a member country’s territory, for all customers, at affordable prices.

โลกขึ้น ซึ่งตามมาตรา 1 วรรค 3 ข้อ(บี) ของ GATS<sup>14</sup> ได้ให้ความหมายของคำว่า “บริการ” ไว้ว่า หมายถึงการค้าบริการทุกรูปแบบ แต่ไม่รวมถึงกิจการที่รัฐจัดให้มีการบริการเองแต่ผู้เดียว อย่างไรก็ตามในมาตรา 1 วรรค 3 ข้อ(ซี) ของ GATS<sup>15</sup> ได้ขยายความหมายของกิจการที่รัฐจัดให้มีการบริการเองแต่ผู้เดียวที่จะไม่ถือเป็นการค้าบริการต่อไปอีกว่า จะต้องเป็นบริการที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการหากำไรหรือมีการแข่งกับผู้ประกอบการรายอื่น พร้อมกันนั้น GATS ได้นิยามการค้าบริการระหว่างประเทศ(mode of supply) ไว้ 4 รูปแบบตามมาตรา 1 วรรค 2<sup>16</sup> ประกอบด้วย การให้บริการข้ามพรมแดน (Cross Border Supply) การค้าบริการที่ผู้รับบริการเคลื่อนย้ายไปยังประเทศผู้ให้บริการ (Consumption Abroad) การจัดตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อให้บริการในต่างรัฐ (Commercial Presence) และการค้าบริการที่บุคคลธรรมดาผู้ให้บริการของรัฐหนึ่งเดินทางเข้าไปให้บริการในอีกรัฐหนึ่ง (Presence of Natural Person) สำหรับการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในไทยนั้น ถือเป็นบริการในรูปแบบที่ 3 ของบริการไปรษณีย์ และการที่ไทยให้อำนาจ ปณท. เป็นผู้ผูกขาดการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ไว้ ไม่เข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 1 วรรค 3 ข้อ(บี) ประกอบ ข้อ(ซี) ของ GATS ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เพราะปณท.ได้มีการวางนโยบายเพื่อให้ผลประโยชน์การได้กำไรเสมอมาตั้งแต่เห็นได้จากงบการเงินแต่ละปีของ ปณท.<sup>17</sup> ที่ปรากฏผลประโยชน์ของ ปณท.ที่ได้กำไรสูงขึ้นอย่างสม่ำเสมอ ประกอบกับการที่ ปณท. ออกจดหมายเวียนห้ามจดทะเบียนบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจไปรษณีย์ที่ห้ามผู้ประกอบการรายอื่นทำการค้าแข่งให้บริการไปรษณีย์กับ ปณท.<sup>18</sup> จึงต้องถือว่า ปณท. ให้บริการไปรษณีย์เพื่อการค้า และเป็นผู้ประกอบการรายหนึ่งที่ผูกขาดตลาดการค้าบริการไปรษณีย์ที่มีการแข่งกับผู้ประกอบการรายอื่นไว้

ไทยจึงต้องผูกพันตามพันธกรณีของ GATS ที่จะต้องเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ โดยในการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการตามวิธีการของ GATS นั้น จะกระทำโดยการแบ่งหมวดหมู่ของบริการออกตามลักษณะสำคัญของบริการนั้น เพื่อให้ง่ายต่อการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการและการกระทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

ดังนั้นจึงต้องมีการแยกให้ชัดเจนก่อนว่าไทยเห็นว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะสำคัญเช่นใดเพราะบริการไปรษณีย์นั้นมีลักษณะสำคัญ 2 ส่วนด้วยกันคือ 1. เป็นบริการขนส่งไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุที่มีประสิทธิภาพในการรวบรวม ส่งต่อ และนำจ่ายไปถึงที่อยู่ของผู้ใช้บริการได้โดยตรง 2. ในระหว่างให้บริการขนส่งนั้น บริการไปรษณีย์มีความสามารถที่จะให้ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารกับผู้ให้บริการไปรษณีย์ได้

โดยภายใต้ GATS นั้นได้แบ่งบริการออกเป็นหมวดตามลักษณะของบริการเพื่อให้ง่ายต่อการเจรจาเปิดเสรี โดยได้จัดให้บริการไปรษณีย์มีลักษณะอยู่ในหมวดบริการสื่อสารคมนาคมตามการให้ความหมายของสหประชาชาติ

<sup>14</sup> Article 1 paragraph 3 (B) : “services” includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority;

<sup>15</sup> Article 1 paragraph 3 (C) : “a service supplied in the exercise of governmental authority” means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

<sup>16</sup> Article 1 : 2 For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service:

- (a) from the territory of one Member into the territory of any other Member.
- (b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member.
- (c) by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member.
- (d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member.

<sup>17</sup> อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 3

<sup>18</sup> อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 4

(United Nation : UN) ที่ได้จัดทำ “หลักเกณฑ์ชั่วคราวในการแบ่งสินค้าหลัก”(Provisional Central Product Classification : CPC)<sup>19</sup> ในปี พ.ศ. 2534 โดยให้ความสำคัญของการบริการไปรษณีย์ในฐานะเป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารมากกว่าความสำคัญในการบริการขนส่งที่รวดเร็ว ทว่าในปี พ.ศ. 2558 UN ได้จัดทำ “หลักเกณฑ์กลางในการแบ่งสินค้า”(Central Product Classification : CPC Version 2.1)<sup>20</sup> เพื่อแบ่งหมวดใหม่ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน โดยบริการไปรษณีย์ถูกย้ายมาอยู่ในหมวดของบริการสาธารณูปโภคในฐานะบริการขนส่งประเภทหนึ่ง อันแสดงให้เห็นว่าปัจจุบันความสำคัญของการบริการไปรษณีย์อยู่ที่ความรวดเร็วในการขนส่ง ไม่เพียงแต่ใช้บริการเพื่อเป็นสื่อกลางในการสื่อสารดังเช่นแต่ก่อน อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษสำคัญถึง 2 อย่าง คือเป็นทั้งบริการสื่อสารคมนาคม และ บริการขนส่ง อันแตกต่างจากบริการอื่นซึ่งส่วนใหญ่จะมีลักษณะสำคัญเพียงประการเดียว โดยสำนักเลขาธิการ (The Secretariat) ของ WTO ได้มีการกล่าวไว้ในตอนต้นของหลักเกณฑ์ในการจัดหมวดหมู่การบริการที่ใช้สำหรับการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ GATS ว่า ลักษณะการให้บริการที่กำหนดไว้นั้นอาจจะมีการปรับเปลี่ยนแก้ไขได้ตามความเหมาะสม<sup>21</sup>

อย่างไรก็ตามปัจจุบันก็ยังมีได้มีการยืนยันว่าการเจรจาเพื่อเปิดเสรีตาม GATS จะมีการปรับเปลี่ยนบริการไปรษณีย์ตามหลักเกณฑ์กลางในการแบ่งสินค้าที่แก้ไขใหม่ปี พ.ศ. 2558 หรือไม่ จึงต้องถือว่าการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ภายใต้ GATS ตลอดจนการอนุวัติการกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกให้สอดคล้องพันธกรณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้ จึงต้องถือตามลักษณะที่ว่าบริการไปรษณีย์เป็นบริการสื่อสารคมนาคมอยู่เช่นเดิม

ส่วนภายใต้ AFAS ได้นำเอาหลักเกณฑ์ในการจัดหมวดหมู่การบริการของ GATS มาใช้ ประเด็นเรื่องการประกอบธุรกิจจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์จึงต้องถือว่ามีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคมเช่นเดียวกันกับ GATS

ในกรณีของไทยนั้นได้ให้ความหมายของ “บริการไปรษณีย์” ตามที่ได้บัญญัติไว้ในไปรษณีย์นิเทศ พ.ศ.2561 หมายถึง บริการที่บริษัทดำเนินการรับฝากข่าวสาร เอกสารและสิ่งของ จากบุคคลหนึ่งแล้วนำไปส่งมอบให้แก่อีกบุคคลหนึ่งภายในประเทศและต่างประเทศ โดยทางไปรษณีย์หรือวิธีการสื่อสารอื่น รวมทั้งบริการที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกัน<sup>22</sup> แสดงให้เห็นว่าการประกอบธุรกิจไปรษณีย์ในไทยนั้นเห็นว่าเป็นการค้าบริการรูปแบบหนึ่งเช่นเดียวกัน อันสอดคล้องกับมุมมองในระดับสากลและระดับภูมิภาค

ทว่าการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์นั้น ไทยมิได้มีการจัดแบ่งประเภทของการค้าบริการตามลักษณะสำคัญไว้ชัดเจนเหมือนกับ GATS และ AFAS จึงต้องมีการวิเคราะห์ว่าในปัจจุบันไทยมองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะสำคัญเช่นใด เพราะจะมีผลในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศต่อไป โดยอาจแบ่งนิยามในการให้ความหมายตามลักษณะสำคัญของบริการไปรษณีย์ในไทยได้ 2 แนวคิดดังนี้

#### 1.1 แนวคิดว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคม

เนื่องจากบริการไปรษณีย์ในไทยตั้งแต่แรกเริ่มจนถึงปัจจุบันมีลักษณะเป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารเสมอมา โดยอยู่ร่วมกับเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารในแต่ละยุคแต่ละสมัย ตั้งแต่เริ่มมีจดหมาย วิทยุ โทรเลข โทรศัพท์ โทรศัพท อินเทอร์เน็ต โดยเพิ่งมาแยกตัวเป็นเอกเทศในการประกอบธุรกิจให้บริการไปรษณีย์โดยเฉพาะในปี พ.ศ.

<sup>19</sup> World Trade Organization, “Services Sectoral Classification List,” MTN. GNS/W/120, 10 July 1991.

<sup>20</sup> Department of Economic and Social Affairs, United Nations, “Central Product Classification (CPC) Version 2.1,” Statistical Papers, Series M No.77, Vol.2.1, New York, 11 August 2015.

<sup>21</sup> Note by the Secretariat.

The secretariat indicated in its informal note containing the draft classification list (24 May 1991) that it would prepare a revised version based on comments from participants. The attached list incorporates, to the extent possible, such comments. It could, of course, be subject to further modification in the light of developments in the services negotiations and ongoing work elsewhere.

<sup>22</sup> กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, ไปรษณีย์นิเทศ 2561, หมวด 7 บริการไปรษณีย์, ข้อ 65, น.31.

2546 นี้เอง ดังนั้นแนวความคิดนี้จึงมองว่าบริการไปรษณีย์เป็นการค้าบริการอย่างหนึ่งที่มีลักษณะสำคัญอยู่ในหมวดของบริการสื่อสารคมนาคมเช่นเดียวกับ GATS และ AFAS

แต่มีข้อสังเกตว่าหากไทยมองบริการไปรษณีย์ว่าเป็นบริการสื่อสารคมนาคมตามแนวความคิดนี้แล้วเหตุใดกฎหมายไทยในปัจจุบันถึงไม่สามารถเปิดเสรีตามพันธกรณีได้ เพราะในปี 2546 ที่ธุรกิจเกี่ยวกับการสื่อสารของไทยถูกบังคับให้เปิดเสรี บริการไปรษณีย์กลับยังสามารถผูกขาดเอาไว้ได้อยู่ แม้ในปัจจุบันจะพบว่ามีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์จำนวนมาก ทว่าบริษัทเหล่านี้กลับจดทะเบียนจัดตั้งในไทยโดยระบุประเภทกิจการเป็นบริการขนส่งทั้งสิ้น เพราะหากจดทะเบียนประเภทกิจการเป็นบริการไปรษณีย์แล้วก็จะเป็นการฝ่าฝืนอำนาจของ ปณท. ดังจะเห็นได้จากจดหมายเวียนของ ปณท. ถึงกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ที่ระบุว่า ปณท. ยังคงมีอำนาจผูกขาดการให้บริการไปรษณีย์อยู่ ห้ามกรมพัฒนาธุรกิจการค้ารับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยมีวัตถุประสงค์ให้บริการไปรษณีย์โดยเด็ดขาด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก ปณท. แล้วเท่านั้น ซึ่งเหตุนี้เองที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทเหล่านี้หลีกเลี่ยงกฎหมายไทย และเป็นการสะท้อนว่าการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์มิใช่บริการสื่อสารคมนาคมแต่อย่างใด ตลอดจนสะท้อนให้เห็นว่าตามสภาพสังคมปัจจุบันการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในไทยพร้อมที่จะมีการค้าแข่งอย่างเสรีแล้วขาดเพียงแต่กฎหมายที่จะรองรับเท่านั้น

#### 1.2 แนวคิดว่าการไปรษณีย์มีลักษณะเป็นบริการพิเศษ

เนื่องจากไทยได้เข้าเป็นสมาชิก UPU เป็นลำดับต้น ๆ ของภูมิภาค และได้มีการให้ความสำคัญกับบริการไปรษณีย์อย่างยิ่ง จะเห็นได้จากการตราพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 ขึ้นเพื่อใช้สำหรับบริการไปรษณีย์โดยเฉพาะ แม้ตัวองค์กรที่ดูแลบริการไปรษณีย์จะอยู่ใกล้ชิดกับบริการสื่อสารคมนาคมอื่นตลอดมา ทว่าก็จะมืองค์กรหน่วยย่อยไว้คอยกำกับดูแลบริการไปรษณีย์โดยเฉพาะเสมอมา ในช่วงที่มีการเปิดเสรีบริการสื่อสารคมนาคมในไทยไทยก็ได้มีการเปิดเสรีบริการไปรษณีย์ไปด้วย แสดงให้เห็นว่าไทยก็มองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษมาตั้งแต่ต้น กล่าวคือไทยมิได้มองบริการไปรษณีย์มีลักษณะสำคัญเป็นเพียงบริการสื่อสารคมนาคมเท่านั้น แต่ไทยยังได้ให้ความสำคัญกับบริการไปรษณีย์ในฐานะเป็นบริการขนส่งด้วยอย่างแยกกันมื่อกล่าวถึงลักษณะด้านใดสำคัญกว่ากัน

แนวความคิดนี้ยังสอดคล้องกับการประกอบธุรกิจไปรษณีย์ในปัจจุบันที่มีความเป็นระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น โดยเป็นผลมาจากการแข่งขันในการพัฒนาและขยายธุรกิจจากภายในประเทศสู่ระหว่างประเทศของบริษัทไปรษณีย์ต่าง ๆ ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เพื่อตอบสนองความต้องการในการขนส่งสินค้าที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศ โดยเริ่มมีพัฒนาจากกลุ่มประเทศที่มีความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรม แล้วขยายต่อไปสู่ประเทศอุตสาหกรรมใหม่ ไปสู่ประเทศกำลังพัฒนาทางอุตสาหกรรม จนกระทั่งครอบคลุมทั่วโลกในที่สุด โดย Dalsey, Hillblom and Lynn (DHL) เป็นผู้ประกอบการรายแรกที่ริเริ่มให้บริการจัดส่งพัสดุถึงบ้านของลูกค้าทางไปรษณีย์ระหว่างประเทศโดยการระบุเวลาที่แน่นอน (International door-to-door delivery of time-sensitive documentation) ในปี 1971 และขยายไปทั่วโลกในเวลาต่อมา ในขณะเดียวกัน การไปรษณีย์สหรัฐอเมริกาและกรมไปรษณีย์อังกฤษได้ร่วมมือกันให้บริการ Express Mail Service (EMS) ระหว่างประเทศขึ้นครั้งแรกระหว่างเมืองลอนดอน-นิวยอร์ก ในปี 1971 เช่นกันและต่อมาวิธีการนี้ก็ได้ออกไปสู่ประเทศอื่นๆ อาทิ ฮองกง บราซิล เนเธอร์แลนด์ สิงคโปร์ เบลเยียม ญี่ปุ่น อาร์เจนตินา คูเวต ในช่วงปี 1973-1977 และขยายไปทั่วโลกในเวลาต่อมา การให้บริการไปรษณีย์ประเภทนี้ถูกเรียกว่าบริการไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่นิยมมากสำหรับการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในระยะหลังมานี้การเจริญเติบโตของธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แบบก้าวกระโดด ประกอบกับความต้องการในการใช้บริการสำหรับสินค้าที่มีมูลค่าสูงแต่มีขนาดเล็ก (High Value, Low Volume) ซึ่งเป็นสินค้าที่ต้องอาศัยระบบขนส่งที่รวดเร็ว ปลอดภัยและมีการดูแลสภาพของสินค้าอย่างดีที่สุด ตลอดจนแนวการบริหารธุรกิจแบบ Just-in-Time ในปัจจุบันมีมากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะกับผู้ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่จะต้องบริหารคลังสินค้าของตนและจัดส่งสินค้าสู่ตลาดด้วยความรวดเร็ว ตรงเวลา ถูกต้องและแม่นยำ ยิ่งทำให้การประกอบธุรกิจไปรษณีย์ตามสภาพสังคมปัจจุบันมีการแข่งขันกันสูงขึ้น ในฐานะสื่อกลางในการจัดส่งสินค้าและบริการต่างๆ ทั้งระหว่างผู้ประกอบการรายเดิมด้วยตนเอง และผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการจะเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทนี้ ยิ่งเป็นเครื่องยืนยันว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะสำคัญโดยเป็นทั้งบริการสื่อสารคมนาคมและบริการขนส่งอย่างแยกจากกันไม่ออกว่าลักษณะใดสำคัญกว่ากัน

และด้วยลักษณะสำคัญดังกล่าวนี้เองทำให้บริการไปรษณีย์ในระยะหลังได้กลายเป็นต้นทุนธุรกรรม (Transaction Cost) อย่างหนึ่งไปโดยปริยาย ซึ่งทฤษฎีต้นทุนทางธุรกรรม (Transaction Cost Theory) ตามหลักเศรษฐศาสตร์ หมายถึงต้นทุนอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็ต้นทุนด้านเวลา ด้านราคาสินค้า ค่าใช้จ่ายในการค้นหาผู้ซื้อและผู้ขายสินค้า ค่าใช้จ่ายในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าและบริการ ค่าใช้จ่ายในการต่อรองราคา ค่าใช้จ่ายในการจัดทำและบังคับตามสัญญา ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการเดินทาง หากผู้ประกอบการรายใดสามารถลดต้นทุนธุรกรรมในการดำเนินงานลงได้ ก็จะทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นมีกำไรมากขึ้นตามมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการมักหาทางประหยัดค่าใช้จ่ายรายการธุรกรรมต่างๆเช่นเดียวกับที่พยายามลดต้นทุนการผลิตสินค้าลง โดยค่าใช้จ่ายในการใช้บริการไปรษณีย์ เพื่อนำส่งสินค้าไปยังผู้บริโภคในรูปแบบของพัสดุจึงถือเป็นตัวกลางในการให้ความสะดวกแก่ผู้ประกอบการธุรกิจต่างๆในปัจจุบันเนื่องจากมีความรวดเร็วและตรวจสอบได้ในราคาค่าบริการที่ถูก บริการไปรษณีย์จึงถือเป็นต้นทุนทางธุรกรรมที่สำคัญอย่างหนึ่งไปด้วยนั่นเอง และแนวคิดนี้ยังสอดคล้องกับหลักเกณฑ์กลางในการแบ่งสินค้าในปี พ.ศ. 2558 ที่จัดให้บริการไปรษณีย์อยู่หมวดเดียวกับการขนส่งและสาธารณูปโภคต่าง ๆ โดยนำบริการไปรษณีย์และบริการพัสดุรวมไว้ในหมวดเดียวกัน แสดงให้เห็นว่า บริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษอย่างน้อย 2 อย่างคือเป็นทั้งบริการด้านสื่อสารคมนาคม และยังเป็นบริการด้านสาธารณูปโภคอีกด้วย แต่ในปัจจุบันจะให้ความสำคัญในด้านเป็นเครื่องมือสาธารณูปโภคมากกว่า และเมื่อพิจารณาจากสภาพการให้บริการไปรษณีย์ที่มีฐานะตัวกลางในการใช้สินค้าและบริการอื่นๆ อันเป็นต้นทุนทางธุรกรรม โดยลักษณะบริการด้านการสื่อสารมีผลเฉพาะการตรวจสอบ และติดตามว่าสินค้าหรือบริการนั้นๆอยู่ ณ ที่ใดแล้วเท่านั้น

แนวความคิดนี้เห็นว่าบริการไปรษณีย์ในไทยไม่ควรได้ถูกจัดอยู่ในหมวดบริการสื่อสารคมนาคมเท่านั้น เพราะบริการไปรษณีย์มีลักษณะที่พิเศษกว่าบริการทั่วไป เนื่องจากเป็นบริการขนส่งไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุที่มีประสิทธิภาพในการรวบรวม ส่งต่อ และนำจ่ายไปถึงที่อยู่ของผู้ใช้บริการได้โดยตรงและในระหว่างให้บริการขนส่งนั้น บริการไปรษณีย์มีความสามารถที่จะให้ผู้ใช้บริการติดต่อสื่อสารกับผู้ให้บริการไปรษณีย์ได้ ซึ่งสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่ผู้ประกอบการทั้งหลายพยายามเข้ามาจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์โดยจดประเภทกิจการขนส่ง อันเป็นลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเด่นกว่าการใช้เพื่อการสื่อสารคมนาคม แต่การที่มาจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทในไทยเช่นนี้ ก็เป็นเพียงการหลีกเลี่ยงกฎหมายของไทยที่ยังผูกขาดการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์เท่านั้น และเมื่อพิจารณาจากการออกกฎ ระเบียบต่าง ๆ ของไทย ไม่ว่าจะเป็นข้อบังคับคณะกรรมการกิจการไปรษณีย์ ฉบับที่ 1 ว่าด้วยที่ทำการไปรษณีย์อนุญาต พ.ศ. 2552 และ ข้อบังคับคณะกรรมการกิจการไปรษณีย์ ฉบับที่ 2 ว่าด้วยที่ทำการไปรษณีย์อนุญาต ประเภทร้านไปรษณีย์ไทย พ.ศ. 2557 ตลอดจนจดหมายเวียนถึงกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ห้ามจดทะเบียนตั้งบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจไปรษณีย์ แสดงให้เห็นว่าไทยยึดถือหลักการตามแนวความคิดที่สองของไทยที่กล่าวมาข้างต้นว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากบริการทั่วไป ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่มีผู้ประกอบการจำนวนมากพยายามเข้ามาจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์เมื่อจดทะเบียนให้มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจไปรษณีย์ไม่ได้ จึงหลีกเลี่ยงไปจดทะเบียนเป็นบริการขนส่งแทน แต่การที่ไทยมีมุมมองต่อบริการไปรษณีย์เช่นนี้เป็นเหตุให้กฎหมายของไทยเกี่ยวกับบริการไปรษณีย์เกิดความขัดแย้งกับพันธกรณีทั้งระดับสากลและระดับภูมิภาคทั้ง GATS และ AFAS ที่มองว่าบริการไปรษณีย์เป็นเพียงบริการที่มีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคมเท่านั้นอย่างไรก็ตามก็เป็นการสนับสนุนไทยที่มองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษตามแนวความคิดนี้นั้นสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน โดยการมองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะเช่นนี้จะเป็นการขัดแย้งกับมุมมองของทั้ง GATS และ AFAS ซึ่งอาจส่งผลให้การเจรจาเพื่อเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์เกิดข้อขัดแย้งบางประการขึ้นได้

อย่างไรก็ตามในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์นั้นไม่ว่าจะมองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษ หรือเป็นบริการที่มีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคม ก็มีผลไม่ต่างกันเนื่องจากในการจัดทำหลักเกณฑ์ชั่วคราวในการแบ่งสินค้าหลักในปี พ.ศ. 2534 ที่ GATs อิงมาเป็นเกณฑ์ตาม CPC 75113<sup>23</sup> และหลักเกณฑ์กลางใน

<sup>23</sup> 75113 Post office counter services



การแบ่งสินค้าที่ปรับปรุงใหม่ในปี พ.ศ. 2558 UN ตาม CPC 68013<sup>24</sup> ได้ให้ความหมายว่า เป็นการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์สำหรับรวบรวมทั้งบริการไปรษณีย์และบริการพัสดุเหมือนกัน แต่ผลของการแบ่งลักษณะดังกล่าวจะส่งผลต่อการอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศของกฎหมายไทยดังจะได้กล่าวต่อไป

ดังนั้นการที่ไทยมองว่าบริการไปรษณีย์เป็นบริการพิเศษแตกต่างจาก GATS และ AFAS ที่มองบริการไปรษณีย์ว่ามีลักษณะเด่นเป็นบริการสื่อสารคมนาคม เป็นผลให้การเจรจาเปิดเสรีตามหมวดหมู่ที่แบ่งไว้แล้วและการอนุวัติการกฎหมายภายในเกิดข้อขัดแย้งบางประการ จนทำให้ไม่สามารถกระทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้อย่างที่ควรจะเป็น ดังนั้นจึงต้องมีการศึกษาพันธกรณีที่มีอยู่ว่าไทยต้องอนุวัติการกฎหมายอย่างไรบ้าง

## 2. พันธกรณีของบริการไปรษณีย์ภายใต้ GATS และ AFAS

กฎหมายภายในของไทยได้มีการอนุวัติการในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ให้สอดคล้องกับ GATS โดยเปิดเสรีในขั้นต่ำสุดเท่าที่พันธกรณีบังคับไว้ ทว่าเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ AFAS ซึ่งเป็นความตกลงในระดับภูมิภาค ที่นำหลักการของ GATS มาใช้ กลับพบว่ากฎหมายภายในของไทยไม่สอดคล้องกับ AFAS

เหตุผลหลัก 2 ประการ ประการแรก การที่ไทยมองว่าบริการไปรษณีย์เป็นบริการพิเศษที่มีลักษณะเด่น 2 อย่างอันไม่อาจกำหนดได้ว่าลักษณะไหนเด่นกว่ากัน จึงบัญญัติ พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 เพื่อควบคุมการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์เป็นการเฉพาะ อันแตกต่างจากมุมมองของทั้ง GATS และ AFAS ที่มองว่า ไปรษณีย์มีลักษณะเด่นเป็นบริการสื่อสารคมนาคม ทำให้กฎหมายภายในของไทยในปัจจุบันเกิดความไม่สอดคล้องบางประการ

ประการที่สอง ไทยไม่ประสงค์จะเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ โดยกฎหมายภายในของไทยแม้จะมีการอนุวัติการให้สอดคล้องกับ GATS แต่การอนุวัติการดังกล่าวเป็นเพียงการขยายอำนาจบริการไปรษณีย์ของ ปณท. ให้ผูกขาดตลาดและหากำไรได้มากขึ้นเท่านั้น จะเห็นได้จากการที่ข้อบังคับคณะกรรมการกิจการไปรษณีย์ ฉบับที่ 1 ว่าด้วยที่ทำการไปรษณีย์อนุญาต พ.ศ. 2552 และ ข้อบังคับคณะกรรมการกิจการไปรษณีย์ ฉบับที่ 2 ว่าด้วยที่ทำการไปรษณีย์อนุญาต ประเภทร้านไปรษณีย์ไทย พ.ศ. 2557 กำหนดให้สามารถขออนุญาตเข้ามาจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ได้ตามความหมายของ GATS แต่มีข้อกำหนดเช่นกันว่า การเข้ามาจัดตั้งนั้นทำได้ แต่ห้ามทำการค้าแข่งกับ ปณท. เด็ดขาด มิฉะนั้นจะถูกเพิกถอนการอนุญาต และ ปณท. ยังได้ออกจดหมายเวียนถึงกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ (เพื่อห้ามมิให้มีการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลในไทยเพื่อจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์โดยเด็ดขาด เว้นแต่ได้รับอนุญาตจาก ปณท. อย่างไรก็ตามภายใต้พันธกรณี AEC Blueprint 2015 กำหนดให้ไทยจะต้องเปิดเสรี โดยขจัดการเลือกปฏิบัติทั้งหมดภายใน พ.ศ. 2558 ดังนั้นกฎหมายภายในของไทยในปัจจุบันจึงไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ AFAS

การที่จะอนุวัติการกฎหมายภายในของไทยให้สอดคล้องกับ GATS และ AFAS จึงต้องพิจารณาว่าตาม GATS และ AFAS นั้นมีหลักเกณฑ์ใดที่สำคัญอย่างไรบ้าง และส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในของไทยอย่างไรบ้าง เพื่อที่การเปิดเสรีการค้าบริการไปรษณีย์ในรูปแบบการจัดตั้งทางพาณิชย์ของไทยจะได้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งในระดับสากลและระดับภูมิภาคมีหลักเกณฑ์สำคัญที่ไทยมีพันธกรณีจะต้องอนุวัติการกฎหมายภายในตามอยู่ 2 ประการ คือ หลักการและพันธกรณีทั่วไป (General Obligation and Principle) และข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments)

---

Services rendered at post office counters, e.g. sale of postage stamps, handling of certified or registered letters and packets, and other post office counter services.

<sup>24</sup> 68013 Post office counter services

This subclass includes.

- sales of postage stamps, handling of certified or registered letters and packets, and other post office counter services

## 2.1 หลักการและพันธกรณีทั่วไป

โดยหลักการและพันธกรณีทั่วไปนั้นจะมีลักษณะ Top-Down กล่าวคือจะครอบคลุมการค้าบริการทุกสาขา และประเภเป็นผลให้รัฐสมาชิกทั้งหมดจะต้องผูกพันปฏิบัติตามพันธกรณีในส่วนนี้ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ซึ่งสามารถแบ่งหลักการสำคัญแยกย่อยออกได้อีก 3 หลักการคือ

หลักการแรกคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ของ GATS<sup>25</sup> ซึ่งกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องให้การปฏิบัติที่ดีที่สุดแก่รัฐสมาชิกทุกรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) โดยที่หลักการนี้ GATS ได้นำมาจาก GATT 1994 อีกทีหนึ่งซึ่งเป็นความตกลงที่ใช้กับการค้าสินค้าทั่วไป กล่าวคือหลักการนี้กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อการให้บริการและผู้ประกอบธุรกิจให้บริการที่เป็นคนของรัฐสมาชิกอื่น ไม่น้อยกว่าที่รัฐได้ปฏิบัติต่อการให้บริการและผู้ประกอบธุรกิจให้บริการที่เป็นคนของอีกรัฐหนึ่ง สำหรับการค้าบริการที่มีรูปแบบและประเภทเดียวกันตามที่ GATS ได้แยกไว้โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข โดยรัฐสมาชิกสามารถยกเว้นหลักการนี้ได้โดยกำหนดไว้โดยชัดแจ้งแต่จะมีระยะเวลาที่จำกัด ซึ่งปัจจุบันก็ล่วงเลยเวลาที่รัฐสมาชิกจะยกเว้นหลักการนี้ภายใต้ GATS แล้ว

อย่างไรก็ตามภายใต้มาตรา 5<sup>26</sup> ของ GATS อันเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นของหลัก MFN นั้นได้ให้สิทธิรัฐสมาชิกในการจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจระหว่างประเทศได้ โดยที่อาเซียนนั้นได้รับคำแนะนำจากคณะผู้เชี่ยวชาญจากสหประชาชาติ

---

<sup>25</sup> Article 2 : Most-Favoured-Nation Treatment

With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.

A Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions.

The provisions of this Agreement shall not be so construed as to prevent any Member from conferring or according advantages to adjacent countries in order to facilitate exchanges limited to contiguous frontier zones of services that are both locally produced and consumed.

<sup>26</sup> Article 5: Economic Integration

This Agreement shall not prevent any of its Members from being a party to or entering into an agreement liberalizing trade in services between or among the parties to such an agreement, provided that such an agreement:

(a) has substantial sectoral coverage(1), and

(b) provides for the absence or elimination of substantially all discrimination, in the sense of Article 17, between or among the parties, in the sectors covered under subparagraph (a),through:

(i) elimination of existing discriminatory measures, and/or

(ii) prohibition of new or more discriminatory measures, either at the entry into force of that agreement or on the basis of a reasonable time-frame, except for measures permitted under Articles 11, 12, 14 and 14 bis.

In evaluating whether the conditions under paragraph 1(b) are met, consideration may be given to the relationship of the agreement to a wider process of economic integration or trade liberalization among the countries concerned.

(a) Where developing countries are parties to an agreement of the type referred to in paragraph 1, flexibility shall be provided for regarding the conditions set out in paragraph 1, particularly with reference to subparagraph (b) thereof, in accordance with the level of development of the countries concerned, both overall and in individual sectors and subsectors.

ในเรื่องความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐสมาชิกเมื่อประมาณปี พ.ศ.2515-2517 และเมื่อปี พ.ศ. 2550 ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ (บรูไน กัมพูชา อินโดนีเซีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มาเลเซีย พม่า ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ เวียดนาม และไทย) ได้ร่วมกันจัดทำแผนการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2015 (ASEAN Economic Community Blueprint 2015 : AEC Blueprint 2015) เพื่อใช้เป็นกรอบในการดำเนินการด้านเศรษฐกิจเพื่อเข้าสู่การเป็นประชาคมอาเซียน ในปี พ.ศ. 2558

AEC Blueprint 2015 นั้นได้สร้างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ไทยจะต้องทำตามในฐานะปฏิญญาระหว่างประเทศ กล่าวคือไทยได้ให้คำมั่นสัญญาโดยถือเอาความสุจริตหรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์เป็นที่ตั้งว่าจะเปิดเสรีให้นักลงทุนสัญชาติอาเซียนเข้ามาลงทุนในทุกสาขาการค้าบริการซึ่งรวมถึงการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ด้วย และในขณะเดียวกันจะต้องให้บุคคลสัญชาติอาเซียนสามารถเข้ามาถือหุ้นในนิติบุคคลดังกล่าวได้ไม่น้อยกว่า ร้อยละ 70 โดยจะเปลี่ยนอาเซียนให้เป็นตลาดเดียวและเป็นฐานการผลิตที่มีอำนาจแข่งขันกับเศรษฐกิจโลกได้<sup>27</sup>

---

(b) Notwithstanding paragraph 6, in the case of an agreement of the type referred to in paragraph 1 involving only developing countries, more favourable treatment may be granted to juridical persons owned or controlled by natural persons of the parties to such an agreement.

Any agreement referred to in paragraph 1 shall be designed to facilitate trade between the parties to the agreement and shall not in respect of any Member outside the agreement raise the overall level of barriers to trade in services within the respective sectors or subsectors compared to the level applicable prior to such an agreement.

If, in the conclusion, enlargement or any significant modification of any agreement under paragraph 1, a Member intends to withdraw or modify a specific commitment inconsistently with the terms and conditions set out in its Schedule, it shall provide at least 90 days advance notice of such modification or withdrawal and the procedure set forth in paragraphs 2, 3 and 4 of Article 21 shall apply.

A service supplier of any other Member that is a juridical person constituted under the laws of a party to an agreement referred to in paragraph 1 shall be entitled to treatment granted under such agreement, provided that it engages in substantive business operations in the territory of the parties to such agreement.

(a) Members which are parties to any agreement referred to in paragraph 1 shall promptly notify any such agreement and any enlargement or any significant modification of that agreement to the Council for Trade in Services. They shall also make available to the Council such relevant information as may be requested by it. The Council may establish a working party to examine such an agreement or enlargement or modification of that agreement and to report to the Council on its consistency with this Article.

(b) Members which are parties to any agreement referred to in paragraph 1 which is implemented on the basis of a time-frame shall report periodically to the Council for Trade in Services on its implementation. The Council may establish a working party to examine such reports if it deems such a working party necessary.

(c) Based on the reports of the working parties referred to in subparagraphs (a) and (b), the Council may make recommendations to the parties as it deems appropriate.

A Member which is a party to any agreement referred to in paragraph 1 may not seek compensation for trade benefits that may accrue to any other Member from such agreement.

<sup>27</sup> DO HEREBY.

ADOPT the AEC Blueprint which each ASEAN Member Country shall abide by and implement the AEC by 2015. The AEC Blueprint will transform ASEAN into a single market and production base, a highly

โดย AFAS นั้นได้ให้สิทธิรัฐสมาชิกอาเซียนที่จะสามารถกำหนดข้อยกเว้น MFN และสามารถคงมาตรการดังกล่าวไว้ได้นานกว่า GATS จนกว่ารัฐสมาชิกจะมีความพร้อมที่จะปฏิบัติตามหลัก MFN กล่าวคือให้รัฐสมาชิกมีสิทธิที่จะยกเว้นหลัก MFN ได้จนกว่ารัฐเหล่านั้นจะมีความพร้อมและยกเลิกข้อยกเว้นเหล่านั้นไปเอง ทว่ารัฐสมาชิกจะต้องกำหนดใช้ชัดเจนไว้ในตารางภาคผนวกแยกเป็นอีกตารางหนึ่งต่างหากจากตารางข้อผูกพันทั่วไปและตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยอาศัยมาตรา 2 วรรค 2 ของ GATS<sup>28</sup> โดยที่รายการข้อยกเว้นหลัก MFN ของไทยได้ยื่นไว้พร้อมกับตารางข้อผูกพันชุดที่ 10<sup>29</sup> แต่มิได้มีการกำหนดธุรกิจการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ไว้แต่อย่างใด

โดยกฎหมายภายในของไทยในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์นั้นมิได้ให้สิทธิรัฐสมาชิกอื่นใดเป็นพิเศษ จึงถือว่ากฎหมายภายในสอดคล้องกับหลักการแรกนี้แล้ว

หลักการที่สองคือ หลักความโปร่งใสที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ของ GATS<sup>30</sup> โดยกำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องแสดงความโปร่งใสด้วยการระบุกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทั้งหมดในรัฐตนให้ชัดเจน ให้รัฐสมาชิกอื่นทราบว่าจะเข้ามาประกอบธุรกิจให้บริการประเภทนั้นๆ ในรัฐ จะต้องคำนึงถึงกฎหมายฉบับใดบ้าง นอกจากนั้นสมาชิกยังมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการค้าบริการ (the Council for Trade in Services) ถึงกฎหมายระเบียบข้อบังคับ หรือแนวทางอื่นใด ที่รัฐต้องการจะแก้ไข อีกทั้งหากมีรัฐสมาชิกอื่นใดร้องขอ รัฐนั้นจะต้องจัดให้มีหน่วยให้ข้อมูล(Enquiry Point) อย่างน้อยที่สุดหนึ่งหน่วย เพื่อคอยให้ข้อมูลผู้ประกอบการธุรกิจจากรัฐสมาชิกอื่นนั้นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้นๆ ในรัฐ ซึ่งยิ่งกฎหมายภายในของรัฐมีความชัดเจนมากเท่าใด ก็จะมีนักลงทุนจากรัฐ

---

competitive economic region, a region of equitable economic development, and a region fully integrated into the global economy. The AEC Blueprint including its strategic schedule is annexed to this Declaration.

<sup>28</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27.

<sup>29</sup> Thailand, “THAILAND-LIST OF MFN EXEMPTIONS,” Protocol to implement the tenth package of commitments on air transport services under the ASEAN Framework Agreement on Services, signed at Singapore (13 October 2017).

<sup>30</sup> Article 3 : Transparency.

Each Member shall publish promptly and, except in emergency situations, at the latest by the time of their entry into force, all relevant measures of general application which pertain to or affect the operation of this Agreement. International agreements pertaining to or affecting trade in services to which a Member is a signatory shall also be published. Page 287

Where publication as referred to in paragraph 1 is not practicable, such information shall be made otherwise publicly available.

Each Member shall promptly and at least annually inform the Council for Trade in Services of the introduction of any new, or any changes to existing, laws, regulations or administrative guidelines which significantly affect trade in services covered by its specific commitments under this Agreement.

Each Member shall respond promptly to all requests by any other Member for specific information on any of its measures of general application or international agreements within the meaning of paragraph 1. Each Member shall also establish one or more enquiry points to provide specific information to other Members, upon request, on all such matters as well as those subject to the notification requirement in paragraph 3. Such enquiry points shall be established within two years from the date of entry into force of the Agreement Establishing the WTO (referred to in this Agreement as the "WTO Agreement"). Appropriate flexibility with respect to the time-limit within which such enquiry points are to be established may be agreed upon for individual developing country Members. Enquiry points need not be depositories of laws and regulations.

Any Member may notify to the Council for Trade in Services any measure, taken by any other Member, which it considers affects the operation of this Agreement.

สมาชิกอื่นล้าที่จะเข้าไปประกอบธุรกิจให้บริการในรัฐนั้นๆมากขึ้น จึงถือเป็นหลักการที่สำคัญอย่างหนึ่ง โดยรัฐสมาชิกจะออกกฎหมาย ระเบียบใด ๆ จะต้องตีพิมพ์เป็นลายลักษณ์อักษรกฎหมาย หรือระเบียบนั้นๆล่วงหน้าก่อนมีผลบังคับใช้แล้วรายงานให้ WTO ทราบ เพื่อที่ WTO จะได้ตรวจสอบว่ากฎหมาย หรือระเบียบดังกล่าว ขัดกับหลักการเปิดเสรีการค้าบริการหรือไม่ ซึ่งหลักการนี้ AFAS นำหลักการของ GATS มาใช้

ซึ่งกฎหมายไทยในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์นั้นแม้จะมีการกำหนดไว้แล้ว ทว่ายากต่อการทำความเข้าใจเพราะมีการอ้างอิงถึงกฎหมายหลายฉบับ ประกอบกับเป็นกฎหมายหลายระดับไม่ว่าจะเป็นระดับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ระเบียบ ข้อบังคับ ที่ต้องอ่านประกอบกัน ซึ่งบางฉบับถูกยกเลิกไปแล้ว จึงถือว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันขัดกับหลักการที่สองนี้

หลักการที่สามคือ หลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับซึ่งมีส่วนสำคัญในการผลักดันให้รัฐสมาชิก เปิดเสรีการค้าบริการทั้งหมดในที่สุดโดยกำหนดไว้ในส่วนที่ 4 ของ GATS กล่าวคือ รัฐสมาชิกต้องพยายามที่จะเปิดเสรีการค้าบริการให้แก่กัน โดยต้องเปิดเสรีมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยให้เวลา ทบทวนกฎ หรือระเบียบใด ๆ ที่ขัดกับกฎหมายฉบับนี้ทุก ๆ 5 ปี เพื่อลดมาตรการในการจำกัดการเข้าสู่ตลาด(Market Access Exemptions) หรือการจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Exemptions) ทว่ามิได้มีการบังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องเปิดเสรีการค้าบริการทุกประเภทในทันทีทันใด เพียงแต่จะต้องมีการเปิดเสรีมากขึ้นเรื่อย ๆ จะลดลงไม่ได้โดยเด็ดขาด ซึ่งหลักการนี้จะส่งผลสำคัญต่อข้อผูกพันเฉพาะ และเป็นหลักการที่บังคับให้กฎหมายภายในของไทยต้องเปิดเสรีมากขึ้นตามลำดับนั่นเอง และ AFAS ก็นำหลักการนี้ของ GATS มาใช้ด้วยเช่นกัน

โดยกฎหมายภายในของไทยในปัจจุบันแม้จะมีได้มีการเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ ทว่าก็มีการประกาศข้อบังคับให้ผู้ประกอบการรายอื่นมาขออนุญาตเพื่อจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของ ปณท. ซึ่งถือว่าการเปิดเสรีมากกว่าแต่ก่อนที่ห้ามกระทำได้โดยเด็ดขาดแล้ว อันถือว่าการกฎหมายไทยสอดคล้องกับหลักการที่สามนี้แล้ว

## 2.2 ข้อผูกพันเฉพาะ

ข้อผูกพันเฉพาะนั้นจะมีลักษณะ Bottom-Up กล่าวคือจะครอบคลุมการค้าบริการเฉพาะสาขาและประเภทที่จัดแจ้งไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะโดย GATS เข้าใจถึงความพิเศษของการค้าบริการ ที่มักจะมีความซับซ้อนเมื่อผู้ประกอบการรายหนึ่งจะเข้าไปให้บริการในอีกรัฐหนึ่ง เพราะจะต้องคำนึงถึงกฎระเบียบต่างๆภายในรัฐนั้น ๆ ดังจะเห็นได้จากหลักการสำคัญต่างๆที่วางหลักไว้ในหลักการและพันธกรณีทั่วไปเพื่อไว้จัดการกฎระเบียบต่าง ๆ ภายในรัฐให้มีความชัดเจน ในทางกลับกัน GATS ก็เข้าใจว่ารัฐสมาชิกนั้นมีทั้งรัฐในกลุ่มที่พัฒนาแล้ว รัฐในกลุ่มที่กำลังพัฒนา และรัฐในกลุ่มที่พัฒนาน้อยที่สุด ซึ่งเป็นความเหลื่อมล้ำที่เป็นปัญหาใหญ่อาจนำไปสู่การไม่ยอมเปิดเสรีการค้าบริการ GATS จึงได้สร้างข้อผูกพันเฉพาะซึ่งสามารถยกเว้นหลักการสำคัญของ GATS แต่รัฐเหล่านั้นจะต้องกำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะเพื่อเป็นการสงวนสิทธิในการเปิดเสรีในบริการดังกล่าว อีกทั้งการยกเว้นหลักการนี้สามารถที่จะระบุไว้เป็นการทั่วไปใช้กับการให้บริการทุกสาขาในทุกประเภท หรือบางประเภทการให้บริการ หรือจะระบุข้อจำกัดไว้เฉพาะโดยตรงเฉพาะสาขาใดสาขาหนึ่ง ในประเภทใดประเภทหนึ่งก็ได้ อย่างไรก็ตามการระบุดังกล่าวเป็นผลให้รัฐสมาชิกนั้นจะต้องผูกพันปฏิบัติตามพันธกรณีในส่วนนี้เฉพาะส่วนที่ตนจัดแจ้งยินยอมไว้เท่านั้น โดย AFAS ก็มีการกำหนดให้รัฐสมาชิกจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะภายใต้ AFAS ไว้เช่นกัน ซึ่งสามารถแบ่งหลักการสำคัญแยกย่อยออกได้อีก 3 หลักการที่จะกำหนดไว้ในตารางดังนี้

หลักการแรกคือ หลักยกเว้นการเข้าสู่ตลาดที่กำหนดไว้ในมาตรา 16<sup>31</sup> ของ GATS กล่าวคือ โดยหลักแล้วรัฐสมาชิกจะต้องยินยอมให้มีการเข้าสู่ตลาดของรัฐสมาชิกอื่นเข้ามาประกอบกิจการให้บริการในรัฐตนได้ ไม่น้อยกว่า

<sup>31</sup> Article 16 : Market Access.

With respect to market access through the modes of supply identified in Article 1, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule.

รายละเอียด ข้อยกเว้น เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ดังนั้นหากรัฐใดยังไม่พร้อมให้มีการค้าแข่งในการประกอบกิจการให้บริการใดในรัฐตนจะต้องระบุไว้ในตารางข้อผูกพันให้ชัดเจนเพื่อเป็นสงวนไว้ซึ่งบริการดังกล่าวในรัฐตน อย่างไรก็ตาม MA นั้นมิใช่จะยกเว้นได้โดยไม่มีเงื่อนไข การจะกำหนดสงวนสิทธิดังกล่าวไว้จะสามารถทำได้เฉพาะกรณีที่กำหนดไว้เท่านั้น

หลักการที่สองคือ หลักยกเว้นการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่กำหนดไว้ใน GATS มาตรา 17<sup>32</sup> ซึ่งถือเป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติเช่นเดียวกับหลัก MFN แต่จะต่างกันตรงที่หลักการนี้ใช้พิจารณาระหว่างการการปฏิบัติต่อสมาชิกของรัฐอื่นจะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับที่ตนปฏิบัติต่อผู้ประกอบการให้บริการจากรัฐตน กล่าวคือ NT ใช้วิเคราะห์การปฏิบัติของรัฐต่อทุกคนภายในรัฐตนจะต้องเหมือนกันโดยไม่มีการแบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลสัญชาติใด ต่างกับ MFN ใช้วิเคราะห์การปฏิบัติต่อรัฐสมาชิกอื่นก่อนเข้ามาภายในรัฐตนจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลของรัฐอื่นเหมือนกันทุกรัฐ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการประกอบธุรกิจให้บริการซึ่งได้รับผลกระทบจากระเบียบภายในของรัฐนั้นๆมากกว่า หลัก NT จึงดูจะมีความสำคัญมากกว่าหลัก MFN ทำให้ GATS กำหนดให้มีการยกเว้นหลักการนี้ได้เพื่อลดความเหลื่อมล้ำระหว่างรัฐที่พัฒนาแล้วกับรัฐที่กำลังพัฒนาหรือพัฒนาน้อยที่สุดเช่นเดียวกับหลัก MA

---

In section where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as.

- (a) Limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;
- (b) Limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test.
- (c) Limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test.
- (d) Limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that service suppliers may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test.
- (e) Measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service and
- (f) Limitation on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment.

<sup>32</sup> Article 17 : National Treatment

In the sector inscribed in its Schedules, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to service and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.

A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

Formally identical or formally treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

หลักการที่สามคือ ข้อผูกพันเพิ่มเติมอันเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ กล่าวคือภายหลังจากจัดทำตารางข้อผูกพันแล้วจะต้องมีการเพิ่มเติมแก้ไขจนนำไปสู่การเปิดเสรีเต็มรูปแบบของทุกประเภทและสาขาบริการ ทว่าหลักการนี้เมื่อนำมาใช้จริงเป็นไปได้ยากมาก เนื่องจากความเหลื่อมล้ำระหว่างรัฐที่พัฒนาแล้ว รัฐที่กำลังพัฒนาและรัฐที่พัฒนาน้อยที่สุดค่อนข้างแตกต่างกันอย่างมาก ประเภทบริการ และสาขาบริการ ก็มีจำนวนมากการจะจัดทำตารางข้อผูกพันแต่ละประเภทและสาขาจึงต้องศึกษากันอย่างละเอียดถี่ถ้วน การเจรจาภายใต้ GATS แต่ครั้งก็สะท้อนให้เห็นถึงความเหลื่อมล้ำของแต่ละรัฐและอำนาจต่อรองซึ่งไม่สามารถเทียบกันได้ เป็นเหตุให้การเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ GATS นั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก รัฐจำนวนไม่น้อยเลือกที่จะคงไว้ซึ่งตารางข้อผูกพันที่เคยได้ยื่นไว้ (Stand Still) ในส่วนของไทยเองนั้น การประกอบธุรกิจจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ก็มีผลเช่นเดียวกัน จึงเห็นได้ว่าในตารางข้อผูกพันของไทยมิได้มีการกำหนดข้อผูกพันเพิ่มเติมไว้เลย โดยส่วนใหญ่จะเป็นการแก้ไขปรับปรุงข้อยกเว้น MA กับ NT เสียมากกว่า

ซึ่งกฎหมายภายในเกี่ยวกับการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์เมื่อเทียบกับตารางข้อผูกพันเฉพาะทั้งภายใต้ GATS และ AFAS มีรายละเอียดค่อนข้างเยอะและซับซ้อน ถ้าจะให้อธิบายโดยละเอียดจะต้องใช้พื้นที่เยอะมากจึงขอละไว้ ณ ที่นี้ แต่ขอสรุปโดยภาพรวมว่า กฎหมายภายในของไทยในปัจจุบันในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ค่อนข้างขัดแย้งกับตารางข้อผูกพันเฉพาะที่ได้ยื่นไว้ หรือบางกรณีแม้ไม่ขัดแย้งโดยตรงแต่ก็สร้างความขัดแย้งในการนำไปใช้จริง โดยเหตุผลหลักมาจากการที่ไทยมิได้มองบริการไปรษณีย์มีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคม และไทยไม่ยอมเปิดเสรีในด้านนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามไทยจะต้องอนุวัติการให้กฎหมายภายในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศทั้ง GATS และ AFAS

### 3. แนวทางอนุวัติการกฎหมายภายในของไทยให้สอดคล้องทั้ง GATS และ AFAS

จากที่ศึกษามาข้างต้นจะเห็นได้ว่าปัญหาหลักของการกระทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศในการเปิดเสรีจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์นั้น เกิดจากการที่ไทยมองลักษณะของบริการไปรษณีย์แตกต่างจาก GATS และ AFAS ทำให้เกิดผลประหลาดในการอนุวัติการกฎหมายภายในของไทย ดังนั้นเมื่อไทยต้องการที่จะอนุวัติการกฎหมายในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ให้สอดคล้องกับความตกลงทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาคแล้ว ไทยจึงต้องยืนยันให้แน่ชัดเสียก่อนว่าไทยจะมองบริการไปรษณีย์ว่ามีลักษณะอย่างไร เพื่อจะได้สามารถอนุวัติการกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยไทยจะต้องมีความประสงค์ที่จะเปิดเสรีทั้งทางข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเสียก่อน จากนั้นจึงต้องพิจารณาจากลักษณะของบริการไปรษณีย์ ซึ่งอาจกระทำได้ 2 แนวทางดังนี้

#### 3.1 ไทยเปลี่ยนมุมมองว่าไปรษณีย์มีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคม

เมื่อไทยมองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคมดังเช่นในระดับสากลและระดับภูมิภาคแล้ว ไทยจะต้องยกเลิกพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 ตลอดจนกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่เป็นบทกฎหมายลูกทั้งหมด เพราะกฎหมายเหล่านี้ถือเป็นการกำหนดให้บริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษเฉพาะ จากนั้นการพิจารณากฎหมายภายในของไทยในการเปิดเสรีการค้าบริการไปรษณีย์ในรูปแบบการจัดตั้งทางพาณิชย์ จะต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากการจะเข้ามาจัดตั้งทางพาณิชย์ของต่างชาตินั้นจะต้องเข้ามาจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่างด้าวในไทยเสียก่อน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดวิธีการเข้ามาจัดตั้งทางพาณิชย์ไว้

โดยประการแรกการจะเข้ามาจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่างด้าวในไทยจะต้องเป็นกิจการที่เข้าลักษณะตามมาตรา 5<sup>33</sup> ของพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งตามกรณีศึกษานั้นจะเห็นได้ว่าการเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์นั้นจะเป็นการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ โดยอาศัย การเติบโตอย่าง

<sup>33</sup> มาตรา 5 การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค อนาคตของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา.

รวดเร็วของธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศ ดังนั้นการเข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลต่างด้าวเพื่อการนี้จึงผ่านเกณฑ์ตามมาตรา 5 ดังกล่าวข้างต้น

ประการที่สองการจะเข้ามาจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่างด้าวในไทยจะต้องพิจารณาจากลักษณะของบริการดังกล่าวโดยไทยได้มีการจัดทำบัญชีไว้ท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยแยกเป็น 3 บัญชี ตามมาตรา 8<sup>34</sup> ของพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งหมวดบริการสื่อสารคมนาคม ที่บริการไปรษณีย์เป็นสาขาย่อยตามแนวความคิดนี้ เมื่อพิจารณาตามบัญชีหนึ่ง ที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการในไทยด้วยเหตุผลพิเศษ ตามข้อ (1) ห้ามทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งมีความใกล้เคียงกับบริการไปรษณีย์มากที่สุด แต่ข้อ (1) ดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด ว่าหากต่างด้าวจะเข้ามาจดทะเบียนนิติบุคคลในหมวดบริการสื่อสารคมนาคมจะเป็นการต้องห้ามเด็ดขาด มีเพียงกำหนดไว้เฉพาะ 3 กิจการที่กล่าวไปข้างต้นเท่านั้น จึงจะถือว่าห้ามเข้ามาประกอบธุรกิจไปรษณีย์ด้วยเหตุผลพิเศษตามบัญชีหนึ่งนี้ไม่ได้ ส่วนบัญชีสองนั้นก็ได้มีการกล่าวถึงบริการสื่อสารคมนาคมไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด ที่น่าสนใจคือตามบัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว แม้จะมีได้มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะถึงบริการสื่อสารคมนาคม ทว่ามีการกำหนดไว้ในข้อ (21) มีใจความว่าการทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวงจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการก่อนจึงจะสามารถจดทะเบียนนิติบุคคลต่างด้าวในไทยได้ ซึ่งเมื่อพิจารณากฎกระทรวงที่ออกมาบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน มีการออกมาทั้งหมด 4 ฉบับ คือ กฎกระทรวง กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2556<sup>35</sup> กฎกระทรวง กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559<sup>36</sup> กฎกระทรวง กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560<sup>37</sup> และกฎกระทรวง กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562<sup>38</sup> โดยทั้ง 4 ฉบับก็มิได้มีการกล่าวถึงการประกอบธุรกิจจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์แต่อย่างใด จึงต้องถือว่าการจะประกอบธุรกิจจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ซึ่งถือเป็นการค้าบริการอย่างหนึ่ง เป็นกิจการที่ไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับชาวต่างชาติ หากต่างชาติประสงค์จะเข้ามาประกอบกิจการดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการก่อน ดังนั้นเมื่อไทยมองลักษณะบริการไปรษณีย์ตามแนวทางนี้แล้วก็สามารถอนุญาตโดยการกำหนดการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ไว้ในบัญชีสามนี้ โดยจะกำหนดเป็นอีกอนุมาตราหนึ่งแยกต่างหากไว้ หรือจะประกาศในกฎกระทรวงให้ครอบคลุมถึงการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ผ่านข้อยกเว้นของข้อ (21) ก็สามรถทำได้ทั้งสิ้น ซึ่งทั้ง 2 วิธีได้ผลลัพธ์ที่ได้เหมือนกัน

<sup>34</sup> มาตรา 8 ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12.

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง.

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี.

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ.

<sup>35</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130/ตอนที่ 25 ก/หน้า 13/18 มีนาคม 2556.

<sup>36</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133/ตอนที่ 16 ก/หน้า 9/19 กุมภาพันธ์ 2559.

<sup>37</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134/ตอนที่ 62 ก/หน้า 6/9 มิถุนายน 2560.

<sup>38</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136/ตอนที่ 79 ก/หน้า 7/25 มิถุนายน 2562.



โดยเมื่อไทยมองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคมอันสอดคล้องกับทั้งในระดับสากล และระดับภูมิภาคแล้ว ซึ่งตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรค 2<sup>39</sup> ได้กำหนดให้ไทยสามารถยกเว้นหลักเกณฑ์ตามมาตรา 5 และมาตรา 8 ข้างต้นในเรื่องวิธีการเข้ามาจัดตั้งทางพาณิชย์ เพื่อบริการให้กฎหมายภายในของไทยสามารถกระทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็น GATS หรือ AFAS ได้ทันทีผ่านมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม ตามตารางข้อผูกพันที่ยื่นไว้ภายใต้ AFAS มีการอ้างถึงมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่วางหลักไว้ว่า “คนต่างด้าวตามมาตรา 10 หากประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้แจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อขอหนังสือรับรองและให้อธิบดีออกหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวนั้นโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าการแจ้งมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือกรณีไม่เป็นไปตามมาตรา 10 ให้อธิบดีแจ้งแก่คนต่างด้าวนั้นทราบโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว” แสดงให้เห็นว่าแม้จะอนุวัติการตามมาตรา 10 ได้ทันที แต่ไทยก็จำเป็นต้องกำหนดประเภทกิจการ การจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ไว้ในท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้อยู่ดี

ตามแนวทางนี้ จะทำให้การเข้ามาจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์กระทำได้อย่างเสรีตามที่ให้พันธกรณีไว้ภายใต้ GATS, AFAS และ AEC Blueprint 2015 ทำให้บริการมีการแข่งขัน เป็นไปตามกลไกตลาด ส่งผลให้รัฐบาลไทยไม่จำเป็นต้องควบคุมบริการไปรษณีย์อีกต่อไป แต่อาจมีข้อเสียคือ การเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์นั้น อาจเกิดปัญหาเรื่องการควบคุมตลาดของต่างชาติรายใหญ่ หรือ อาจจะทำให้มีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์เฉพาะในเมืองเศรษฐกิจเท่านั้น

### 3.2 ไทยมองว่าไปรษณีย์มีลักษณะเป็นบริการพิเศษเหมือนเดิม

เมื่อไทยมองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะพิเศษเป็นทั้งบริการสื่อสารคมนาคมและบริการด้านสาธารณูปโภคในเวลาเดียวกัน ซึ่งเป็นมุมมองที่ไทยมองบริการไปรษณีย์อยู่ในปัจจุบัน อันไม่สอดคล้องกับมุมมองของทั้ง GATS และ AFAS ซึ่งไทยมีสิทธิที่จะทำได้ แต่ไทยต้องอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศให้ได้ โดยไทยต้องอนุวัติการพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 เป็นรายมาตราเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับทั้ง GATS, AFAS และความผูกพันภายใต้ AEC Blueprint 2015 เพราะตามที่ปรากฏห้ามไว้ในมาตรา 13<sup>40</sup> ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้ไม่สามารถอนุวัติการตามแนวทางแรกได้ และไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การแก้ไขกฎหมายภายในของไทยจึงใช้เวลานาน โดยไทยจะต้องมีการวิเคราะห์อย่างละเอียดเพื่อให้ส่งเสริมการเปิดเสรีไปรษณีย์ในรูปแบบอื่นๆต่อไปได้ง่ายอีกด้วย ซึ่งวิธีการนี้จะค่อนข้างซับซ้อนเพราะไทยมีได้มองลักษณะของบริการไปรษณีย์เช่นเดียวกันกับความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ ทำให้กฎหมายไทยนั้นมีลักษณะทั้งสอดคล้องและไม่สอดคล้องกับหลักการและพันธกรณีทั่วไป ตลอดจนตารางข้อผูกพันเฉพาะฉบับนี้

โดยภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศของ WTO นั้นไทยในฐานะรัฐสมาชิกเพียงแต่จะต้องมีการจัดให้มีการเปิดเสรีการค้าบริการในรัฐตนให้มากขึ้นตามลำดับ และจะต้องไม่ขัดกับตารางข้อผูกพันผูกพันแนบมาและตารางข้อผูกพันเฉพาะที่ตนได้ยื่นไว้เท่านั้น ซึ่งในเรื่องการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์นั้นไทยมิได้มีการจัดทำตารางข้อ

<sup>39</sup> มาตรา 10 บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช่บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

<sup>40</sup> มาตรา 13 ในกรณีที่กฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

ผูกพันเฉพาะไว้ พันธกรณีระหว่างประเทศจึงมีเฉพาะการกระทำตามให้สอดคล้องกับตารางข้อผูกพันแนวนอนเท่านั้น ซึ่งไทยก็ได้มีการอนุวัติการกฎ ระเบียบ ข้อบังคับภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าวแล้ว แม้จะยังคงเป็นการผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวในการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์โดย ปณท. แต่ก็ถือว่ามีการผ่อนปรนการผูกขาดให้มีการมาขอ อนุญาตจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ได้แล้ว เพียงแต่ห้ามค้าแข่งกับ ปณท. อันถือเป็นการเปิดเสรีการค้าบริการ ไปรษณีย์แบบก้าวหน้าตามลำดับแล้ว ประเทศไทยจึงไม่มีหน้าที่ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศในฐานะเป็นสมาชิก ของ WTO ที่จะต้องอนุวัติการกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ให้สอดคล้องอีก

ทางด้านพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้ AEC นั้นแม้ในเรื่องการเปิดเสรีการค้าบริการจะได้อิงมาจาก GATS ของ WTO เสียส่วนใหญ่ ทว่าความผูกพันตามพันธกรณีของ AEC นั้นมีความเข้มข้นมากกว่า เนื่องจากใน AEC Blueprint 2015 ในฐานะปฏิญญา บังคับให้รัฐสมาชิกผูกพันจะต้องเปิดเสรีให้นักลงทุนสัญชาติอาเซียนเข้ามาลงทุน ในการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ด้วย และในขณะเดียวกันจะต้องให้บุคคลสัญชาติอาเซียนสามารถเข้ามาถือ หุ้ในนิติบุคคลดังกล่าวได้ไม่น้อยกว่า ร้อยละ 70 เพื่อจะเปลี่ยนอาเซียนให้เป็นตลาดเดียวและเป็นฐานการผลิตที่มี อำนาจแข่งขันกับเศรษฐกิจโลกได้<sup>41</sup> โดยมีกรกล่าวข้อหนึ่งในมาตรา 3 ประกอบมาตรา 1 (ซี) ว่าการเปิดเสรีการค้า บริการลักษณะต่างๆ จะต้องเปิดตามกรอบเวลาที่ AEC Blueprint 2015 โดยจะต้องขจัดมาตรการเลือกปฏิบัติที่มีอยู่ ทั้งหมด รวมทั้งข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดของรัฐสมาชิก ตลอดจนห้ามสร้างมาตรการใหม่ หรือจัดให้มีการเลือกปฏิบัติ ใหม่ในการเข้าสู่ตลาดภายในปี พ.ศ. 2558 การที่ไทยจัดให้มีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ได้ แต่ห้ามทำ การค้าแข่งกับ ปณท. จึงขัดแย้งกับพันธกรณีดังกล่าว อีกทั้งปัจจุบันไทยก็ได้มีการกระทำตามตารางข้อผูกพัน แนวนอนที่ไทยจัดทำภายใต้ AFAS ทุกประการ

ดังนั้นตามการมองลักษณะนี้ประเทศไทยจึงมีความผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศในฐานะเป็น สมาชิกของ AEC ที่จะต้องอนุวัติการกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ให้สอดคล้องกับตาราง ข้อผูกพันแนวนอนที่ได้ยื่นไว้ ตลอดจนอนุวัติการกฎ ระเบียบ ข้อบังคับภายใน เพื่อขจัดมาตรการเลือกปฏิบัติที่มีอยู่ ทั้งหมดในการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์โดยเร็ว โดยการแก้ไขตามแนวทางนั้น จะทำให้การเข้ามาจัดตั้งที่ ทำการไปรษณีย์กระทำได้อย่างเสรีตามที่ให้พันธกรณีไว้ภายใต้ AEC Blueprint 2015 เช่นเดียวกับแนวทางแรก แต่ ประโยชน์ที่ได้รับจากการที่ไทยยังคงพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 ไว้นั้น ทำให้ไทยยังสามารถที่จะจัด ให้บริการไปรษณีย์ในไทยสอดคล้องกับอนุสัญญาสากลไปรษณีย์ ที่เป็นหลักเกณฑ์กลางในการบริการไปรษณีย์ระหว่าง ประเทศอีกอย่างหนึ่งได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดิม และไทยยังสามารถจัดตั้งหน่วยงานกลางขึ้นมาควบคุมดูแล การ จัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในไทย โดยอาจจะส่งต่ออำนาจจาก ปณท. ให้คณะกรรมการกิจการไปรษณีย์เป็น ผู้ดูแล เพราะเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในการให้บริการไปรษณีย์ในไทยอยู่แล้ว เพื่อให้ไทยยังคงให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับ ข้อมูลส่วนตัวของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนให้บริการแก่ประชาชนทุกคนได้อย่างทั่วถึง ซึ่งส่งผล ดีกว่าการเปิดเสรีอย่างไม่จำกัดตามแนวทางแรก

## บทสรุป

ภายใต้ GATS และ AFAS ไทยต้องเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ แต่บริการไปรษณีย์เป็น บริการที่มีลักษณะเด่นสองอย่างรวมกันคือ เป็นทั้งบริการสื่อสารคมนาคม และบริการขนส่ง ซึ่งไทยมองลักษณะของ บริการไปรษณีย์พิเศษแตกต่างกับทั้ง GATS และ AFAS ที่มองว่าเป็นเพียงบริการสื่อสารคมนาคมธรรมดา ทำให้ยาก ต่อการที่ไทยจะเปิดเสรีให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และตามพันธกรณีภายใต้ AEC Blueprint 2015 บังคับให้ไทยต้องเปิดเสรีการค้าบริการอย่างไม่มีเงื่อนไขให้แก่สมาชิกอาเซียนภายในปี พ.ศ. 2558 และต้องเป็นการ เปิดเสรีตามความเป็นจริงด้วยมิใช่เฉพาะตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นไทยจึงจำเป็นต้องมีการอนุวัติการกฎหมายภายในให้มีการเปิดเสรีตามพันธกรณีดังกล่าว โดยอาจกระทำได้ 2 แนวทาง คือ 1. เปลี่ยนมุมมองของไทยให้มองบริการไปรษณีย์ ว่ามีลักษณะเป็นบริการสื่อสารคมนาคมเหมือน GATS และ AFAS หรือ 2. ไทยมองว่าบริการไปรษณีย์มีลักษณะ

<sup>41</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28

พิเศษตามเดิม แต่ต้องอนุวัติการกฎหมายภายในที่มีอยู่ให้สอดคล้องพันธกรณีระหว่างประเทศให้ได้ โดยผลของทั้ง 2 แนวทางล้วนทำให้สามารถจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ได้อย่างเสรีตามความเป็นจริงได้ทั้งสิ้น แต่แนวทางที่ 2 นั้นเหมาะสมกับไทยมากกว่า เนื่องจากไทยยังคงสามารถคอยกำกับดูแลมาตรฐานของการบริการตามพันธกรณีภายใต้ UPU ได้เช่นเดิม และไทยควรเริ่มจากการเปิดเสรีในระดับอาเซียนตามพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้ AFAS และ AEC Blueprint 2015 ที่บังคับไว้เท่านั้น เพื่อสำรวจประโยชน์ที่ได้รับจากการเปิดเสรีการจัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์ทางพาณิชย์ในระดับภูมิภาค ก่อนที่จะพิจารณาเปิดเสรีในระดับสากลต่อไป

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

คณะกรรมการกิจการไปรษณีย์. กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. ไปรษณีย์นิเทศ 2561, เมษายน 2561.

บดีศร ทังปรียานนท์. การเปิดเสรีการค้าบริการการศึกษาภายใต้ข้อตกลง GATS ขององค์การการค้าโลก (WTO) กับประเทศไทย. 27. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550. น.105.

สุรศักดิ์ จินดาพันธ์. ประเด็นทางกฎหมายในการเปิดตลาดการค้าบริการภายใต้ GATS: ศึกษากรณีบริการไปรษณีย์. 12. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก, 2553. น.61.

หนังสือบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด ที่ ปณท กม.(วม) 173 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2560.

### เอกสารอื่น ๆ

รายงานประจำปี 2561 บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด.

### BOOKS

ASEAN Framework Agreement on Services. signed at Bangkok, Thailand (15 December 1995).

Department of Economic and Social Affairs. United Nations. “Central Product Classification (CPC) Version 2.1.” Statistical Papers. Series M No.77. Vol.2.1. New York. 2015.

HOUSE COMM. On Post OFFICE AND CIVIL SERVICE. 93D CONG.. 1st SESS.. STATUES RESTRICTING PRIVATE CARRIAGE OF MAIL AND THEIR ADMINISTRATION : Comm. Print, 1973.

International Bureau of the Universal Postal Union. Status and structures of postal entities in UPU member countries. Berne, July 2009.

Priest. “The History of Postal Monopoly in the United States.” J. LAW & ECON. 8. 33. (1975) p.35.

Robert Carbaugh. “The Future of The U.S. Postal Service.” Cato Journal. 459. Vol.27. No.3. (Fall 2007) p.459.

### กฎหมาย

พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มาตรา 5-13

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130. ตอนที่ 25 ก. 13. 18 มีนาคม 2556.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133. ตอนที่ 16 ก. 9. 19 กุมภาพันธ์ 2559.

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134. ตอนที่ 62 ก. 6. 9 มิถุนายน 2560.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136. ตอนที่ 79 ก. 7. 25 มิถุนายน 2562.

## LAWS

AEC Blueprint 2015

G.A. CODDING. JR.. THE UNIVERSAL POSTAL UNION, 1964.

General agreement on Trade in Services, art. 1-17.

P. BADURA. DAS VERWALTUNGSMONOPOL, 1963.

World Trade Organization. Services Sectoral Classification List. MTN. GNS/W/120. 10 July 1991.

## การปรับใช้มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนตาม กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

### ADOPTION OF INTERNATIONAL LABOR STANDARDS IN PUBLIC MORAL EXCEPTIONS ACCORDING TO INTERNATIONAL TRADE LAW

พัชรีภรณ์ กิ่งสร\*

Patchareeporn Kingsorn

#### บทคัดย่อ

เนื่องด้วยการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันประเทศที่พัฒนาแล้วมักมีการอ้างใช้มาตรการทางการค้าที่มีใช้ทางภาษีโดยมีการเชื่อมโยงเรื่องของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเข้ามาเป็นเงื่อนไขทางการค้า เช่น การออกมาตรการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กซึ่งส่งผลเป็นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศโดยการกระทำดังกล่าวถือเป็นการละเมิดพันธกรณีในข้อ III และข้อ XI ของความตกลง GATT จึงทำให้ประเทศที่ออกมาตรการมีการอ้างใช้ข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX(a) การปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยอ้างว่ามาตรการมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมมาตรฐานแรงงานและสามารถใช้มาตรการผ่านการตีความข้อยกเว้นดังกล่าวได้ ซึ่งจากการตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนตามอนุสัญญากรุงเวียนนาและหลักการตีความอย่างมีวิวัฒนาการประกอบกับการศึกษาเปรียบเทียบการตีความเรื่องของกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ (PPMs) ในความตกลง TBT ทำให้ไม่สามารถตีความให้รวมถึงเรื่องของแรงงานในข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ดังนั้นเมื่อไม่สามารถดำเนินการคุ้มครองและส่งเสริมมาตรฐานแรงงานผ่านการออกมาตรการห้ามนำเข้าได้ก็ควรที่จะมีการดำเนินการในวิธีการอื่นแทนเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบเชิงลบต่อการค้าระหว่างประเทศในลักษณะของการกีดกันทางการค้าที่มีผลต่อการแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะต่อประเทศกำลังพัฒนา

#### คำสำคัญ

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ, ข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชน, กระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์, ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

#### ABSTRACT

Due to Non-Tariff Measures has been the reason excused by developed countries in current international trade which international labor standards have been associated as the trade condition such as issue of import prohibition measure of products manufactured by child labor resulting in international trade barriers and such actions deemed as material breach of Article III and XI of GATT and this cause the countries issuing their measure have excused applying Article XX(a) of General Exception: Public moral protection. It has been claimed that the said measure purposes to protect and promote labor standard and such measure can be applied through the interpretation of the said Exception. According to the interpretation of public moral exception pursuant to Vienna Convention and evolutionary interpretation principle accompany with interpretation regarding Process and Production Methods (PPMs) in TBT Agreement, it is not possible to interpret to cover labor in public moral exception. Therefore, when protection and

---

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : k.patcharepp@gmail.com

promotion of labor standard are not possible to be done through import prohibition measure, there should be another conducts to avoid negative impact on international trade in the aspect of trade barrier affecting trade competition, particularly for developing countries.

**Keywords**

International Labor Standards, Public Moral Exception, Process and Production Methods, General Agreement on Tariffs and Trade

## บทนำ

ในการดำเนินการทางการค้าระหว่างประเทศในทางปฏิบัติย่อมมีหลายเรื่องเข้ามาเกี่ยวข้องนอกจากเรื่องของ การค้า โดยเฉพาะประเด็นเรื่องของมาตรฐานแรงงานที่มักจะถูกผูกให้เชื่อมโยงกับเรื่องของการค้ามาโดยตลอด โดยเฉพาะการกระทำของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมักจะนำมาตั้งเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการเจรจาข้อตกลงการค้า ระหว่างประเทศ โดยมองว่าประเทศกำลังพัฒนามีการใช้แรงงานโดยไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมจึงได้มีการ ดำเนินการทางการค้าโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองแรงงานให้เป็นไปตามมาตรฐานแรงงานสากลที่กำหนดขึ้นโดย องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) โดยเฉพาะมาตรฐานแรงงานหลักที่กำหนดตามปฏิญญาขององค์การแรงงาน ระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานปี 1998<sup>1</sup> อย่างเช่นเรื่องของการห้ามใช้แรงงานเด็ก โดยมีการวางหลักที่สำคัญว่ารัฐต้องดำเนินนโยบายแห่งชาติเพื่อยกเลิกการใช้แรงงานเด็กทั้งหมด เพิ่มอายุขั้นต่ำในการ ทำงาน และยกเลิกรูปแบบการใช้แรงงานเด็กที่ไม่อาจยอมรับได้<sup>2</sup> เป็นต้น

จากความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันของมาตรฐานแรงงานกับการค้าประกอบกับการที่องค์การแรงงานระหว่าง ประเทศ (ILO : International labor Organization) เป็นองค์การที่มีหน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานแรงงานระหว่าง ประเทศ และการให้ความช่วยเหลือทางด้านวิชาการแก่ประเทศสมาชิกนั้นแต่ไม่มีเครื่องมือในการบังคับใช้มาตรฐาน แรงงานอย่างเป็นทางการเพียงเครื่องมือในการให้คำแนะนำ การให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคและการเงิน และการ ทำโทษโดยการสร้างแรงกดดันทางการเมืองและการรณรงค์เท่านั้นไม่มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพให้รัฐสมาชิก ทั้งหลายปฏิบัติตาม ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงมีแนวความคิดที่จะใช้กระบวนการทางการค้ามาเป็นเครื่องมือในการ บังคับใช้มาตรฐานแรงงาน โดยผ่านการออกมาตรการทางการค้าด้านแรงงานที่มีการห้ามการนำเข้าสินค้าที่ผลิตจาก แรงงานเด็กโดยเชื่อว่าการออกมาตรการทางการค้าฝ่ายเดียวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองแรงงานในประเทศ ผู้นำเข้าจะช่วยให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาแรงงานต่างๆ ในประเทศผู้ส่งออกสินค้าได้ซึ่งเป็นการขัดกับ วัตถุประสงค์หลักขององค์การการค้าโลก (WTO) ในการเปิดการค้าเสรีที่สมาชิกจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อสินค้า ของสมาชิกอื่นหากสินค้านั้นเหมือนกัน การที่ประเทศพัฒนาแล้วได้ออกมาตรการทางการค้าห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มี กระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ (PPMs) ที่ไม่เป็นที่ยอมรับ เนื่องจากมีการใช้แรงงานเด็กซึ่งไม่เป็นไปตาม มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่กำหนด โดยประเด็นดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับความตกลงว่าด้วย อุปสรรคเทคนิคต่อการค้า (TBT) ที่ว่าด้วยเรื่องของกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตที่ไม่มีผลต่อคุณลักษณะสุดท้าย ของผลิตภัณฑ์ หรือ NPR-PPMs ซึ่งถือเป็นประเด็นที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามจากการ ปฏิบัติของมาตรการดังกล่าวส่งผลเป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นการจำกัดปริมาณการนำเข้าโดยเป็นการละเมิดข้อ III ข้อ XI ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) จึงได้มีการอ้างใช้ข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX ของ GATT เพื่อที่จะสามารถใช้นโยบายการค้าค้านั้นได้ แต่ข้อยกเว้นทั่วไปดังกล่าวก็ไม่มีข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับมาตรการที่ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองแรงงานโดยเฉพาะ มีก็แต่ที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ใช้แรงงานนักโทษเท่านั้น ประเทศที่ออก มาตรการห้ามนำเข้าจึงมีวิธีการปรับใช้มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในการค้าระหว่างประเทศโดยผ่านการตีความ ข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX (a)<sup>3</sup> เรื่องของการปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน

<sup>1</sup> ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มีนาคม 2561, จาก [http://blue.lim.ilo.org/cariblex/pdfs/ILO\\_Declaration\\_Work.pdf](http://blue.lim.ilo.org/cariblex/pdfs/ILO_Declaration_Work.pdf) และดู ADB ILO, “Core Labor Standards Hand book,” Manila Philippines October 2006.

<sup>2</sup> International Labour Office, “Rules of the game: A brief introduction to international labour standards,” International Labour Office. - Geneva: ILO, Third Revised Edition 2014. p.37.

<sup>3</sup> Article XX of GATT 1994.

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same



มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่สำคัญโดยเฉพาะมาตรฐานแรงงานหลักโดยสถานะในตัวเองไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สามารถผูกพันและบังคับให้รัฐทุกรัฐปฏิบัติตามได้ แม้จะเป็นมาตรฐานที่สะท้อนให้เห็นถึงสิทธิมนุษยชนที่สำคัญก็ตาม เนื่องจากมาตรฐานแรงงานหลักเป็นเรื่องที่อาจมีข้อจำกัดเพื่อให้สามารถจำกัดสิทธิของแต่ละบุคคลซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการปกป้องผลประโยชน์ของนโยบายสาธารณะที่ชัดเจนโดยเฉพาะหรือเพื่อปกป้องสิทธิของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิได้ถ้าการใช้สิทธิอันไม่พึงประสงค์จะนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ไร้ประโยชน์หรือขัดแย้งกันหรือขัดแย้งกับผลประโยชน์อื่นๆ ของรัฐ เช่น ในประเทศที่ยากจนอาจจะต้องมีการกำหนดอายุขั้นต่ำของจากใช้แรงงานเด็กที่ต่ำกว่ามาตรฐานแรงงานเนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องหารายได้เพื่อช่วยครอบครัวของเขาเพราะรายได้ที่พ่อแม่ของเขาหาได้ไม่เพียงพอในการดำรงชีพ<sup>4</sup> ของทั้งครอบครัว หรือ มีข้อกำหนดพิเศษเกี่ยวกับการจ้างงานที่ต่างจากมาตรฐานแรงงานเนื่องจากบริบทแวดล้อมทาง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ค่านิยม ความเชื่อของสังคมนั้นๆ มีความแตกต่างกันไป เป็นต้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามถึงแม้จะสามารถกำหนดข้อจำกัดของสิทธิดังกล่าวได้ แต่ก็ยังคงมีความรับผิดชอบขั้นต่ำที่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิขั้นพื้นฐานของแต่ละประเทศต้องเคารพและปกป้อง<sup>5</sup> ซึ่งจะปรากฏอยู่ในอนุสัญญาแรงงานพื้นฐานของ ILO ดังนั้นเมื่อไม่สามารถผูกพันรัฐทุกรัฐให้ปฏิบัติตามได้ การบังคับใช้มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงอาศัยข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนของความตกลง GATT เพื่อให้สามารถนำมาตรฐานแรงงานเข้ามาปรับใช้ในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้เนื่องจากการออกมาตรการห้ามการนำเข้าตามที่กล่าวมาข้างต้นขัดกับหลักที่สำคัญของ GATT/WTO ซึ่งในการพิจารณาว่าสามารถปรับใช้มาตรฐานแรงงานในการค้าได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาผ่านการตีความข้อยกเว้นทั่วไป ตามหลักการตีความดังต่อไปนี้

---

conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(a) Necessary to protect public moral;

.....

<sup>4</sup> N. J. Krug, “Exploiting Child Labour: Corporate Responsibility and the Role of Corporate Codes of Conduct,” 14 *N. Y. L. School J. H. R.* 651, p.653 (1998). และดู Joseph Langan, “Did Your Jeans Enslave Children – Child Labour in International Trade,” 2 *Asper Review of International Business and Trade Law* 159, p.161 (2002).

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp.256-257.

## 1. การตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเวียนนา

1.1 การตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายทั่วไปของการตีความข้อ 31<sup>6</sup>

1.1.1 การตีความตามความหมายสามัญของถ้อยคำศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งจากการตีความโดยความหมายทั่วไปสรุปได้ว่าคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายความว่า การประพฤติปฏิบัติที่ถูกและผิดที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามโดยในนามชุมชนหรือประเทศ ซึ่งคำดังกล่าวมีลักษณะทางกฎหมายในแง่ที่ว่าเป็นการใช้ร่วมกันและตกลงกันโดยส่วนรวมหรือเป็นส่วนใหญ่<sup>7</sup> ไม่สามารถที่จะกำหนดโดยประเทศเดียวและใช้กับทุกประเทศโดยรวมได้ และเนื่องจากการนำมาตรฐานแรงงานเข้ามาปรับใช้ในการกฎหมายค้าระหว่างประเทศนี้ในทางปฏิบัติยังไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ดังนั้นเพื่อให้ทราบถึงขอบเขตของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนในบริบทของการค้าระหว่างประเทศจึงต้องศึกษาจากคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยและองค์กรอุทธรณ์ใน WTO ที่เคยมีการตัดสินเกี่ยวกับเรื่องของการข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนที่เกี่ยวข้องทั้ง 3 คดี

คดีแรกได้แก่คดี US-Gambling:2004 โดยคณะกรรมการวินิจฉัยในคดีนี้ได้วินิจฉัยคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นหมายถึงมาตรฐานการปฏิบัติที่ถูกต้องและไม่ถูกต้องที่รักษาโดยหรือในนามของสังคมหรือประเทศ<sup>8</sup> ซึ่งประเทศสมาชิกต่าง ๆ สามารถที่จะกำหนดศีลธรรมอันดีภายในประเทศของตนและสามารถที่จะกำหนดศีลธรรมที่แตกต่างกันได้ ซึ่งคดีต่อมาในคดี China-Audiovisual Products:2009 คณะกรรมการวินิจฉัยได้มีการอ้างอิงการตรวจสอบความหมายของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนตามที่ปรากฏในคดี US-Gambling โดยได้ระบุเพิ่มเติมอีกว่า เนื้อหาด้านแนวความคิดในเรื่องศีลธรรมนี้สมาชิกสามารถที่จะกำหนดแตกต่างกันไปตามเวลาและตามสถานที่ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการไม่ว่าจะเป็นค่านิยมทางสังคม วัฒนธรรม หรือจริยธรรม เป็นต้น ซึ่งสมาชิกควรที่จะกำหนดขอบเขตการประยุกต์ใช้ในอาณาเขตของตนเอง<sup>9</sup> และในคดี EC-Seal Product: 2013 ที่ได้มีการวินิจฉัยในการทำงานเดียวกันว่าเนื้อหาทางด้านศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นสามารถที่จะกำหนดลักษณะการเปลี่ยนแปลงได้ตาม

<sup>6</sup> กฎเกณฑ์ทั่วไปในการตีความเอาไว้ในข้อ 31 ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

“1. สนธิสัญญานั้นให้ตีความด้วยความสุจริตใจตามความหมายสามัญของถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบท และพิจารณาถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้น

2. คำว่า บริบทที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการตีความสนธิสัญญานั้น นอกจากตัวบทแล้ว ให้รวมถึงอารัมภบทและภาคผนวก ของ

(เอ) ความตกลงใด ๆ เกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งหมดที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการทำสนธิสัญญานั้น

(บี) เอกสารใด ๆ ของภาคีฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการทำสนธิสัญญานั้นและได้รับการยอมรับโดยภาคีอื่น ๆ ว่าเป็นเอกสารเกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา

3. ให้คำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ร่วมกันไปกับบริบท

(เอ) ความตกลงใด ๆ ในภายหลังระหว่างภาคีเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญานั้นหรือการใช้ปฏิบัติของบทบัญญัติสนธิสัญญาดังกล่าว

(บี) ทางปฏิบัติใดๆภายหลังในการใช้ปฏิบัติสนธิสัญญาซึ่งแสดงถึงความตกลงของภาคีเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา

(ซี) กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องใดๆของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างภาคี

4. ให้ตีความหมายพิเศษเฉพาะแก่ถ้อยคำ ถ้าปรากฏว่าภาคีมีความตั้งใจเช่นนั้น”

<sup>7</sup> Christoph T. Feddersen, “Focusing on Substantive Law in International Economic Relations : The Public Morals of GATT’s Article XX(a) and Conventional Rules of Interpretation”, 7 *Minnesota Journal of Global Trade* 75, p.115 (1998).

<sup>8</sup> Panel Report, United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, circulated 10 November 2004, para.6.465.

<sup>9</sup> Panel Report, The China - Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/R, circulated 12 August 2009, para.7.759, para.7.763.

ค่านิยมและคุณค่าที่ตนถือว่ามีค่าสำคัญเป็นอย่างยิ่ง โดยสมาชิกควรได้รับขอบเขตในการกำหนดและการใช้เพื่อตนเอง ซึ่งสมาชิกอาจกำหนดระดับการคุ้มครองที่แตกต่างกันได้เพื่อตอบสนองต่อผลประโยชน์ที่คล้ายคลึงกันในเรื่องความห่วงใยทางศีลธรรม<sup>10</sup>

เมื่อได้ทำการพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลสหภาพยุโรปประกอบด้วยนั้นจะพบว่าการตีความของศาลสหภาพยุโรปในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมในคดี *Handyside v. United Kingdom (case 5493/72)* ปี 1976 ศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับขอบเขตของศีลธรรมว่ารัฐภาคีต่างๆไม่สามารถระบุถึงหลักทางศีลธรรมในยุโรปได้ โดยแต่ละรัฐจะมีข้อกำหนดของศีลธรรมแตกต่างกันไปเป็นระยะๆและจากสถานที่หนึ่งไปอีกสถานที่หนึ่ง<sup>11</sup> ซึ่งรัฐแต่ละรัฐได้กำหนดแนวทางของตนในมุมมองของสถานการณ์ที่ได้รับในอาณาเขตของตนเพราะพวกเขาได้คำนึงถึงความหลากหลายทางมุมมองต่าง ๆ ที่มีอยู่เกี่ยวกับความต้องการของการคุ้มครองศีลธรรมในสังคมประชาธิปไตย<sup>12</sup> ดังนั้นหากมีการกำหนดว่าสิ่งใดเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนร่วมกันที่รัฐแต่ละรัฐที่เกี่ยวข้องได้เห็นพ้องต้องกันแล้วก็สามารถที่จะกำหนดศีลธรรมอันดีที่จะนำมาใช้ร่วมกันได้<sup>13</sup> ดังที่ศาลยุติธรรมยุโรปได้กล่าวไว้ในคดี *Henn and Darby (Case 34/79)* ซึ่งคดีต่อมาในคดี *Congate (Case 121/85)* ศาล ECJ ได้กล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวกับคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นเดียวกับในคดี *Henn and Darby* โดยศาลกล่าวว่าประเทศสมาชิกต่าง ๆ นั้นสามารถที่จะกำหนดศีลธรรมที่แตกต่างกันได้ตามค่านิยมและความต้องการของตนเอง<sup>14</sup>

โดยประเด็นการปรับใช้มาตรฐานแรงงานในการค้าระหว่างประเทศดังกล่าว *Christoph T. Feddersen* นักวิชาการด้านกฎหมายได้กล่าวเพิ่มเติมเกี่ยวกับการวิเคราะห์ประเด็นทางด้านศีลธรรมที่มีการเชื่อมโยงกับการออกมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าของประเทศผู้นำเข้าว่าแนวคิดเรื่องศีลธรรมที่มีอยู่หลากหลายนั้นไม่สามารถที่จะประเมินได้จากภายนอกประเทศ<sup>15</sup> กล่าวคือไม่สามารถถือเป็นการละเมิดศีลธรรมในประเทศผู้นำเข้าได้หากสินค้าดังกล่าวยังไม่ได้มีการนำเข้ามาภายในประเทศที่ออกมาตรการห้ามนำเข้า<sup>16</sup> ดังนั้นมาตรการที่จะมีความชอบธรรมภายใต้อนุวรรค a ของข้อ XX ความตกลง GATT จะต้องเป็นมาตรการที่ปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศนั้นและได้มีการนำเข้ามาภายในประเทศที่ออกมาตรการแล้วเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าประเทศผู้นำเข้าสินค้าไม่สามารถที่จะกำหนดศีลธรรมอันดีในประเทศผู้ส่งออกสินค้าโดยผ่านการออกมาตรการทางค้าที่เป็นการห้ามนำเข้าได้

เมื่อได้มีการตีความตามความหมายของอนุวรรค a ของข้อ XX แล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมาคือมาตรการทางการค้าที่ละเมิดหลักการที่สำคัญของ GATT/WTO นั้นจะอ้างใช้ข้อยกเว้นทั่วไปได้หรือไม่จะต้องพิจารณาตามวรรคขาไป (*chapeau*) ของข้อ XX ประการที่หนึ่งจะต้องพิจารณาจากความสำคัญของผลประโยชน์ที่มาตรการดังกล่าวมีไว้เพื่อคุ้มครอง ประการที่สองพิจารณาจากขอบเขตที่มาตรการจะก่อให้เกิดผลที่สิ้นสุดตามที่กำหนดและประการที่สามจะต้องพิจารณาจากผลกระทบทางการค้าของมาตรการที่ละเมิดข้อกำหนดที่สำคัญของ GATT<sup>17</sup> ถ้าวิเคราะห์จากหลักการทั้งหมดแล้วพบว่าผลประโยชน์ที่ต้องการคุ้มครองไม่มีความสำคัญมากพอ และมาตรการดังกล่าวไม่สามารถ

<sup>10</sup> Appellate Body Report, *European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, circulated 22 May 2014, para.5.199-5.200.

<sup>11</sup> *Handyside v. The United Kingdom*, ECtHR, 1976, para.48.

<sup>12</sup> *Ibid.*, para.57.

<sup>13</sup> *The Queen v. Maurice Donald Henn and John Frederick Ederick Ernest Darby*, ECJ, 1979, para.15-16.

<sup>14</sup> *Congate Limited v. HM Customs and Excise*, ECJ, 1986, para.14.

<sup>15</sup> *Christiane R. Conrad, Process and Production Methods (PPMs) in WTO Law*, (New York : Cambridge University Press, 2011), p.324.

<sup>16</sup> Panel Report, *The China - Publications and Audiovisual Products*, *supra note 9*, para.7.914.

<sup>17</sup> Panel Report, *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, *supra note 8*, para.6.477.

ก่อให้เกิดการสิ้นสุดของปัญหาดังกล่าวได้ประกอบกับมาตรการทางการค้าที่ออกมานั้นยังก่อให้เกิดผลกระทบทางการค้าที่มีนัยสำคัญส่งผลเป็นการเลือกปฏิบัติและก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้า เช่นนี้จะถือว่ามาตรการทางการค้า

1.1.2 การตีความตามบริบทของข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX(a) จากการพิจารณาถึงอารัมภบทความตกลง GATT จะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายของความตกลง GATT นั้นมีความต้องการที่จะยกระดับมาตรฐานการครองชีพให้ชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น รายได้ที่เพิ่มขึ้น รวมถึงการจ้างงานที่ดีขึ้นซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับที่ผู้สนับสนุนด้านแรงงานต้องการโดยที่ให้เกิดผลว่าถ้าไม่มีการนำมาตรฐานแรงงานเข้ามาในการค้าจะมีผลกระทบต่อกลุ่มผู้ใช้แรงงานโดยการมีค่าจ้างที่ต่ำทำให้รายได้ของครอบครัวนั้นต่ำตามไปด้วย ผู้ใช้แรงงานจะอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ไม่ดีซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาด้านสุขภาพก็ตาม<sup>18</sup> แต่จากศึกษาดังกล่าวพบว่าตามความมุ่งหมายเฉพาะที่ปรากฏในอารัมภบทภายใต้ความตกลง GATT นั้นไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นในเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือแม้แต่ประเด็นเรื่องของแรงงานเด็กแต่อย่างใดเลย ประกอบกับในปี 1996 ในการประชุม First WTO Ministerial Conference ที่ประเทศสิงคโปร์ได้มีวาระการประชุมให้มีการจัดตั้งคณะทำงานเกี่ยวมาตรฐานแรงงานแต่ก็ถูกประเทศกำลังพัฒนาต่อต้าน จนเมื่อวันที่ 13 ธันวาคมได้มีการรับรอง Singapore Ministerial Declaration ซึ่งในย่อหน้าที่ 4 “WTO ตอกย้ำความมุ่งมั่นในการปฏิบัติตามมาตรฐานแรงงานที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล องค์การแรงงานระหว่างประเทศ(ILO) เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการกำหนดและจัดการกับมาตรฐานเหล่านี้ และเรายืนยันการสนับสนุนของเราในการทำงานของ ILO เราปฏิเสธการใช้มาตรฐานแรงงานเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้อง”<sup>19</sup>

สิ่งที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นว่า WTO ได้ปฏิเสธว่าอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับมาตรฐานแรงงานเหมาะสมกับ ILO มากกว่า ทั้งนี้ในเว็บไซต์ WTO ยังได้ระบุในทำนองที่เป็นการเน้นย้ำว่าบรรดาสมาชิกทั้งหลายจะต้องผูกพันที่จะยอมรับมาตรฐานแรงงาน แต่จะต้องไม่ใช่เพื่อการกีดกันทางการค้าต่อประเทศสมาชิกอื่น ความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบเรื่องค่าจ้างขั้นต่ำในประเทศกำลังพัฒนาจะไม่ถูกกล่าวถึง ทำให้มาตรการทางการค้าที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองแรงงานแต่การดำเนินการในทางปฏิบัติของมาตรการทางการค้าที่เป็นการห้ามการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กโดยที่ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะทางกายภาพภายนอกของผลิตภัณฑ์เหมือนกันกับผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตขึ้นด้วยวิธีทั่วไปนี้ส่งผลเป็นการกีดกันทางการค้าเป็นอย่างมาก มาตรการห้ามนำเข้าดังกล่าวจึงไม่สามารถใช้ได้ภายใต้ความตกลง GATT/WTO นอกจากนี้ยังมีการประชุมที่เมืองสิงคโปร์ที่ยังคงมีความพยายามที่จะผลักดันมาตรฐานแรงงานเข้าสู่การค้าโดยจัดการประชุมที่เมือง Seattle ในปี 1999 อีกครั้งแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จในการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานแรงงานมาผนวกไว้ในความตกลง GATT ซึ่ง WTO ก็ยังยืนยันท่าทีใน Doha Ministerial Declaration ว่าถึงแม้สมาชิกจะยอมรับข้อผูกพันของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่จำกัดไว้ในเรื่องเสรีภาพในการสมาคม การปราศจากแรงงานบังคับ แรงงานเด็ก และการเลือกปฏิบัติในการทำงาน รวมทั้งการเลือกปฏิบัติทางเพศ แต่ภารกิจขององค์การไม่ได้ดำเนินการในเรื่องที่เกี่ยวกับมาตรฐานแรงงานแต่เป็นการดำเนินการทางเสรีทางการค้าและเป็นการที่ไม่ถูกต้องว่าเรื่องดังกล่าวจะมีขึ้นในอนาคต<sup>20</sup> ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากบริบทที่เกี่ยวข้องดังกล่าวที่ผ่านมาเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชนในการค้าระหว่างประเทศก็ไม่พบว่ามีข้อตกลงใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการตีความข้อ XX(a)

1.1.3 การตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX สิ่งที่ต้องพิจารณาในที่นี้คือวัตถุประสงค์หลักของข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลง GATT ซึ่งแต่เริ่มเดิมทีหลักการสำคัญของ WTO คือการกำหนดว่าการออกกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศจะต้องมีความสมดุลระหว่างการเปิดเสรีทางการค้ากับการบรรลุซึ่ง

<sup>18</sup> Preamble of GATT 1947 para. 2-3 และดู Steven M. Suranovic, “International Labour and Environmental Standards Agreement: Is This Fair Trade?,” World Economy. Vol.25(2), p.234 (2002).

<sup>19</sup> Singapore Ministerial Declaration 1996 para.4.

<sup>20</sup> อุกฤษณ์ มุสิกพันธ์, “ผลกระทบต่อกฎหมายแรงงานไทยจากการนำมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเงื่อนไขในการค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.156.

วัตถุประสงค์เชิงนโยบายในด้านอื่นๆของรัฐซึ่งเป็นการให้ความสำคัญแก่อำนาจอธิปไตยที่รัฐสมาชิกแต่ละรัฐนั้นมีอยู่ โดย WTO จะเคารพอำนาจในการออกกฎระเบียบมาตรการต่างๆภายในรัฐของสมาชิก แต่มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่ใช้ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยพลการหรือไม่ยุติธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดความพยายามของรัฐที่จะทำให้ถูกต้องตามกฎหมายในการเลือกปฏิบัติต่อบางประเทศ<sup>21</sup> และมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่มีข้อจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง โดยข้อนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้แน่ใจว่ารัฐจะไม่พยายามปกปิดแนวปฏิบัติในการปกป้องโดยการอ้างถึงข้อ XX<sup>22</sup> ได้

อย่างกรณีของสหภาพยุโรปในคดี Henn และ Darby เป็นกรณีที่ทางการสหราชอาณาจักรอ้างว่าการนำเข้าบทความที่หายากและลามกอนาจารขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศ แต่ข้อห้ามดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นในกรณีเพื่อการครอบครองส่วนตัวโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและเพื่อประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม ศิลปะ หรือการศึกษา ซึ่งศาล ECJ กล่าวว่า การห้ามนำเข้าที่มีกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดกว่าการบังคับใช้กฎหมายภายในในเรื่องเดียวกัน ไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่ออกแบบมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองตามที่อ้างในระดับประเทศ<sup>23</sup> แสดงให้เห็นว่าข้อห้ามตามมาตรการที่ออกมานั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีในประเทศของตน มาตรการดังกล่าวมีเป้าหมายเพื่อสร้างการเลือกปฏิบัติโดยพลการ รัฐสมาชิกไม่อาจใช้เหตุผลทางศีลธรรมเพื่อห้ามการนำเข้าสินค้าจากรัฐสมาชิกอื่นได้ ตราบใดที่กฎหมายของตนไม่มีข้อห้ามดังกล่าวในการผลิตหรือการทำการตลาดของสินค้าเดียวกันในประเทศของตน

ดังนั้นการที่จะถือว่ามาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนต้องเป็นกรณีที่มาตรการนั้นมีผลเป็นการคุ้มครองศีลธรรมที่แท้จริงหมายความว่าถ้ามีการออกมาตรการที่เกี่ยวกับความกังวลในข้อบททางสังคมโดยเฉพาะเรื่องของการแรงงานเด็ก มาตรการนั้นต้องมุ่งที่จะคุ้มครองศีลธรรมโดยให้มีผลในแง่ดีที่เกี่ยวข้องเกิดขึ้นคือมีการในลักษณะที่มุ่งช่วยแก้ปัญหาด้านแรงงานเด็กไม่ใช่ว่าเมื่อมีการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว มาตรการไม่ได้ถูกนำไปใช้ในลักษณะที่มุ่งคุ้มครองตามที่อ้างจริงแต่มีการใช้ในลักษณะที่มุ่งให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์อื่นที่แอบแฝงไว้หรือในกรณีที่ประเทศที่ออกมาตรการยังคงมีการใช้แรงงานเด็กอยู่ เช่นนี้ถือว่า มาตรการดังกล่าวที่ละเมิดพันธกรณี GATT ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งคุ้มครองศีลธรรมอันดีตามที่กล่าวอ้างไว้ในข้อ XX(a) แต่อย่างไร

#### 1.2 การใช้ข้อ 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาประกอบการตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากการตีความทั้งหมดนี้ หากกรณีดังกล่าวยังก่อให้เกิดความหมายที่คลุมเครือของการตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนตามข้อ 31 จึงต้องมีการใช้ข้อ 32 ประกอบการตีความเพื่อให้เกิดความหมายที่ชัดเจนมากขึ้น ซึ่งได้มีการพิจารณาจากเอกสารทำงานในขั้นเตรียมการและสถานะแวดล้อมในการทำความเข้าใจ GATT เมื่อพิจารณาแล้วท้ายสุดพบว่าได้มีการผนวกมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนเอาไว้เป็นข้อยกเว้นทั่วไป แต่ไม่ได้มีการกำหนดคานียามความหมายหรือรายละเอียดว่าการปฏิบัติที่มีศีลธรรมในทางการค้าคืออะไร<sup>24</sup> ซึ่งความตกลง GATT เองก็ไม่ได้มีบทบัญญัติที่อนุญาตหรือกำหนดมาตรการทางการค้าที่ละเมิดสิทธิแรงงานเอาไว้อย่างชัดเจน และประกอบกับมีการพบว่าทั้ง GATT และ ILO มีการดำเนินการร่วมกันเพียงครั้งเดียวและ GATT ก็ได้แสดงออกชัดเจนว่าจะไม่ดำเนินการร่วมกันต่อไป ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจของ GATT ตั้งแต่แรกว่าการจะมีส่วนเกี่ยวข้องเฉพาะบางประเด็นเท่านั้นที่ไม่กระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของตนในการเปิดเสรีทางการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งในปี 1953 สหรัฐอเมริกาได้มีข้อเสนอให้มีความเชื่อมโยงระหว่างการค้าและแรงงานอีกครั้งประกอบกับในปี 1960 ได้มี

<sup>21</sup> Salman Bal, “International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT,” 10 *Minnesota Journal Global Trade* 62, p.72 (2001)

<sup>22</sup> *Ibid.*, para.73.

<sup>23</sup> The Queen v. Maurice Donald Henn and John Frederick Ederick Ernest Darby, *supra note 13*, para.21.

<sup>24</sup> Steve Charnovitz, “The Moral Exception in Trade Policy,” 38 *Virginia Journal of International Law* 689, pp.703-704 (2008).

การประชุมอีกครั้งที่ปารีสโดยมีประเด็นความร่วมมือระหว่างแรงงานและการค้าเช่นเดิมแต่ก็ไม่ได้มีการผนวกประเด็นมาตรการที่บังคับใช้มาตรฐานแรงงานเอาไว้แต่อย่างใดเพราะสหภาพยุโรปเห็นว่าสหรัฐอเมริกาอาจนำมาตรฐานแรงงานมาใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าต่อสินค้าที่ส่งออกจากยุโรปได้ ซึ่งโดยสรุปแล้วนับตั้งแต่ปี 1948 ก็มิได้มีการจัดทำตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรฐานแรงงานกับการค้าและมิได้มีการผนวกประเด็นดังกล่าวเข้าไว้หรือมีการเชื่อมโยงอย่างชัดเจนระหว่างเรื่องศีลธรรมและการค้าภายใต้ความตกลง GATT

จากการศึกษากรณีการตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนของข้อ XX(a) ตามกฎเกณฑ์ทั่วไปในการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาในการเชื่อมโยงประเด็นเรื่องมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเข้าสู่การค้าผ่านข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนพบว่าไม่สามารถที่จะใช้มาตรการที่อ้างว่ามีข้อบททางสังคมเกี่ยวกับเรื่องของแรงงานเช่นเรื่องของแรงงานเด็กที่มีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้าให้ได้รับการยกเว้นและใช้มาตรการดังกล่าวได้ผ่านข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนของข้อ XX(a)

## 2. การตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศอย่างมีวิวัฒนาการ

แม้ว่าการตีความตามกฎเกณฑ์ทั่วไปในอนุสัญญากรุงเวียนนาไม่สามารถรวมถึงประเด็นเรื่องของมาตรฐานแรงงานได้ แต่ทว่าประเทศพัฒนาแล้วก็ยังคงมีการพยายามผลักดันในเรื่องดังกล่าวอยู่เสมอ โดยมีการใช้วิธีการตีความอย่างมีวิวัฒนาการเพื่อให้ประเด็นเรื่องมาตรฐานแรงงานสามารถเข้าสู่การค้าระหว่างประเทศได้โดยผ่านความตกลง GATT ในข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชนข้อ XX(a) ซึ่งการตีความอย่างมีวิวัฒนาการนี้เป็นรูปแบบหนึ่งของการตีความสนธิสัญญา โดยจะอยู่บนฐานของเจตนาของภาคีเพียงแต่ว่าเจตนาของภาคี หรือ ข้อบทในสนธิสัญญาสามารถพัฒนาในความหมายได้ตามกาลเวลา<sup>25</sup> การพัฒนาหลักการตีความสนธิสัญญาที่ส่งผลต่อวิวัฒนาการสามารถสันนิษฐานได้ว่าคำว่า วิวัฒนาการ คือ สิ่งที่เกิดขึ้นเพื่อให้สนธิสัญญานั้นมีประสิทธิภาพและเหมาะสมในแต่ละยุคสมัยให้เป็นไปตามความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาภายใต้เจตนาของภาคี ทั้งนี้ต้องเป็นการตีความที่ภาคีในสนธิสัญญานั้นเห็นชอบ<sup>26</sup> แต่อย่างไรก็ตามจะต้องตีความสนธิสัญญาตามหลักสุจริตเป็นพื้นฐานเสมอ

### 2.1 การตีความอย่างมีวิวัฒนาการในคดี US-Shrimp

คดีนี้ถือได้ว่าเป็นคดีที่มีความสำคัญและเป็นแบบอย่างในการตีความอย่างมีวิวัฒนาการโดย คดี US-Shrimp นี้ได้มีการตัดสินในปี 1998 เป็นคดีที่สหรัฐอเมริกาออกมาตรการทางการค้าห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์ที่ทำจากกุ้งจากประเทศที่ไม่ได้มีมาตรการในการปกป้องอนุรักษ์เต่าทะเลเทียบเท่ากับสหรัฐอเมริกา ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดข้อ XI ของ GATT ในการจำกัดปริมาณการนำเข้า สหรัฐอเมริกาจึงมีการอ้างใช้ข้อยกเว้นข้อ XX(g) เกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ แต่ในประเด็นที่เกี่ยวกับการตีความอย่างมีวิวัฒนาการนี้คือการตีความคำว่า “ทรัพยากรที่ใช้แล้วหมดไป” ในข้อ XX(g) ของ GATT โดยที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้กล่าวว่าการพิจารณาขอบเขตของข้อ XX นั้นจะต้องพิจารณาไม่เพียงแต่ความหมายสามัญของคำเท่านั้น แต่ต้องพิจารณารวมไปถึงบริบทและวัตถุประสงค์ของ GATT และข้อตกลงของ WTO ด้วย ซึ่งคำว่า ทรัพยากรที่ใช้แล้วหมดไปไม่สามารถอ่านได้กว้างเกินไปจนไปทำลายวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของข้อ III : 4<sup>27</sup> จนก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันของสินค้านำเข้าในลักษณะของการปกป้องคุ้มครองสินค้าที่ผลิตขึ้นในประเทศได้ และเมื่อพิจารณาประกอบกับอารัมภบทของ WTO ที่ว่าการใช้ทรัพยากรของโลกอย่างเหมาะสมจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการพัฒนาที่ยั่งยืนทั้งการ

<sup>25</sup> ธนภัทร ชาตินันทรบ, “การตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ: กรณีศึกษาคำชี้ขาดขององค์กรระดับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกและคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.45.

<sup>26</sup> อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 25*, น.48-49. และดู *Yearbook of the International Law Commission, 1964, vol.II*, (United Nation publication, Sales No.65.V.2), p.55-57.

<sup>27</sup> Panel Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, circulated 15 May 1998, para.7.38.

ปกป้องและรักษาสภาพแวดล้อมในลักษณะที่สอดคล้องกับความต้องการและความกังวลของสมาชิก WTO โดย อารัมภพนี้เป็นที่ยืนยันว่าการพัฒนาด้านสิ่งแวดล้อมมีความสำคัญต่อความตกลงของ WTO ที่ต้องดำเนินการ ควบคู่ไปกับการเปิดเสรีทางการค้าที่จะต้องมีความเท่าเทียมกันและเป็นการที่ไม่เลือกปฏิบัติจนเกิดข้อจำกัดทางการค้า ที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของ WTO

โดยองค์การอุทธรณ์ในคดีนี้ยังได้กล่าวเพิ่มเติมว่า ข้อ XX(g) นี้จะไม่จำกัดเฉพาะแต่การอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติจำพวกแร่ธาตุหรือไม่มีชีวิตเท่านั้น เมื่อพิจารณาถึงในแง่ของความกังวลในปัจจุบันของประชาคม ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมที่แต่เดิมสมาชิกที่ลงนามในความตกลง GATT ก็ได้ ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอยู่แล้ว โดยองค์การอุทธรณ์ยังกล่าวอีกด้วยว่าเมื่อพิจารณาจากเจตนาร่วมกัน ของภาคีทั้งปวง ประกอบความวัตถุประสงค์ที่อยู่ในอารัมภบทแล้ว คำว่า “ทรัพยากรที่ใช้แล้วหมดไป” ในข้อ XX(g) จะไม่ “คงที่” หมายถึงจะเป็นการตีความโดยวิวัฒนาการตามนิยาม<sup>28</sup> โดยอ้างอิงตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วย กฎหมายทะเล (UNCLOS) ที่ระบุในข้อ 56 วรรคหนึ่งอนุวรรค a ว่า เขตเศรษฐกิจจำเพาะ รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตย เพื่อสำรวจและใช้ประโยชน์ อนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติไม่ว่าจะมีชีวิตหรือไม่มีชีวิต<sup>29</sup> จึงอาจรวมถึงกรณี ของเต่าทะเลได้ แต่อย่างไรก็ตามคดีนี้ก็ไม่ได้รับอนุญาตจากข้อยกเว้นข้อ XX(g) เนื่องจากมาตรการดังกล่าวมีลักษณะ ที่เข้มงวดมากเกินไปไม่มีการคำนึงถึงเงื่อนไขเฉพาะบางประการที่มีอยู่ในบางพื้นที่ของประเทศสมาชิกต่างๆ ที่สำคัญ สหรัฐอเมริกาได้ทำการรับรองและมีการอนุญาตให้มีการนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งเฉพาะประเทศที่เคยทำความ ตกลงระดับภูมิภาคร่วมกันเท่านั้นแสดงให้เห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่ยุติธรรมต่อประเทศสมาชิกที่มีเงื่อนไข เช่นเดียวกัน

2.2 เปรียบเทียบการตีความอย่างมีวิวัฒนาการกับกรณีการปรับใช้มาตรฐานแรงงานในการค้าระหว่าง ประเทศ

จากความพยายามและการผลักดันมาตรฐานแรงงานให้เข้าสู่การค้าโดยเฉพาะเรื่องแรงงานเด็กผ่านการ ตีความแบบมีวิวัฒนาการอาจมีความเป็นไปได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับคำกล่าวของ Professor Howse ที่ว่าการตีความ คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ไม่ควรถูกแช่แข็งอีกต่อไป แต่ควรมีความเข้าใจที่จะต้องไม่ถูกจำกัดตามคำนิยามใน GATT ปี 1947 ซึ่งจะต้องมีการตีความในแง่ของการปฏิบัติและในมุมมองที่มีความห่วงใยในปัจจุบัน<sup>30</sup> อย่างไรก็ตาม คำ กล่าวของเขาได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่นักวิชาการจำนวนมาก โดยนักวิชาการหลายคนกล่าวว่าการตีความของ Howse ไม่ได้เป็นเพียงข้อ XX เท่านั้นที่เป็นไปได้หรือเป็นไปได้มากที่สุดของการขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนสำหรับ มาตรฐานแรงงาน<sup>31</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่าถ้ามีการตีความข้อ XX(a) ให้รวมถึงเรื่องของแรงงานเด็กแล้วก่อให้เกิด ผลกระทบเชิงลบมากกว่าผลเชิงบวกที่ควรจะได้รับก็ควรมีการดำเนินการคุ้มครองแรงงานในวิธีการอื่นเช่น UNICEF

<sup>28</sup> Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, circulated 12 October 1998, para.129-130.

<sup>29</sup> ประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่พูดถึงทรัพยากรอย่างกว้างและความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือเพื่อประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นอนุสัญญาร่วมกับอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ป่าอพยพ ที่ระบุว่า มีการตระหนักว่าองค์ประกอบที่สำคัญของการพัฒนาคือการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิตและชนิดพันธุ์อพยพเป็นส่วนสำคัญ

<sup>30</sup> Joshua M. Kagan, “Making Free Trade Fair: How the WTO could incorporate Labor Rights and why it should,” 43 Georgetown Journal of International Law 195, p.209 (2011-2012). See also Robert Howse, “The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights,” 3 Journal SMALL & EMERGING Bus. L. 131, p.142 (1999).

<sup>31</sup> Andrew T. Guzman, “Trade, Labor, Legitimacy,” 91 California Law Review 885, p.891 (2003).

เข้ามารับผิดชอบดูแลแทน<sup>32</sup> ถ้าการดำเนินการคุ้มครองแรงงานโดยการออกมาตรการทางการค้าห้ามการนำเข้าสินค้าที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กก่อให้เกิดผลกระทบเชิงลบมากกว่า

แต่อย่างไรก็ตามการตีความไม่ว่าจะเป็นการตีความทั่วไปตามอนุสัญญากรุงเวียนนาหรือการตีความอย่างมีวิวัฒนาการก็ตามจะต้องดูองค์ประกอบหลายอย่างไม่ใช่แค่เพียงเป็นความห่วงใยของรัฐสมาชิกเท่านั้นแล้วจะใช้วิธีการตีความแบบมีวิวัฒนาการได้คือจะต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของข้อ XX ของ GATT หรือขององค์การการค้าโลกด้วย ซึ่งในประเด็นเรื่องมาตรฐานแรงงานนี้รัฐสมาชิก WTO ยังไม่เห็นพ้องต้องกันโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาประกอบกับไม่มีเจตนาร่วมกันตั้งแต่ต้นและไม่ได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของ WTO และและถ้ามองในมุมมองของเศรษฐศาสตร์ประกอบด้วยยกตัวอย่างเช่น การมีมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่ผลิตจากแรงงานเด็ก ซึ่งการห้ามนดังกล่าวมีผลต่อภาคการส่งออกเท่านั้น เด็กที่ใช่แรงงานเหล่านั้นก็จะย้ายไปสู่ภาคการผลิตในส่วนอื่นอยู่ดี เนื่องจากในบางประเทศเด็กที่ต้องไปทำงานเป็นเด็กที่มาจากครอบครัวที่ยากจนพ่อแม่มีรายได้น้อยเพียงพอต่อการดำรงชีวิตทำให้พ่อแม่เหล่านั้นต้องพึ่งบุตรหลานของตนเพื่อช่วยหารายได้เพิ่มให้กับครอบครัวซึ่งเด็กๆเหล่านั้นไม่มีทางเลือกอื่น<sup>33</sup>

การออกมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าที่ผลิตจากแรงงานเด็กจึงไม่ใช่วิธีการแก้ปัญหาที่ถูกต้องเนื่องจากไม่ได้เป็นการทำให้แรงงานเด็กหมดไป เพราะการส่งออกไม่ได้เป็นเพียงแหล่งที่มาของการจ้างงานของแรงงานเด็กเท่านั้นแต่เป็นเพียงจุดที่สามารถเห็นได้ชัดสุดในความจริงแล้วมีแรงงานเด็กเพียงเล็กน้อยเท่านั้นที่ทำงานในภาคการส่งออก แท้ที่จริงเด็กเหล่านั้นจะถูกจ้างให้ทำงานในกิจการขนาดเล็กในภาคส่วนของระบบที่ไม่ได้จดทะเบียนถูกต้องอย่างเป็นทางการ เช่น การทำงานข้างถนน และเด็กเหล่านี้จะอยู่ในทุกอุตสาหกรรมการทำงานเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ด้วยกัน<sup>34</sup> ฉะนั้นการอนุญาตให้มีการห้ามการค้าตามมาตรฐานแรงงานจะเป็นการเปิดประตูสู่การใช้อุปสรรคทางการค้าอย่างไม่เหมาะสมต่อเหตุผลในการป้องกัน<sup>35</sup> การผลักดันเรื่องดังกล่าวโดยผ่านการตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อ XX(a) จึงเป็นการไม่สมควร

### 3. ศึกษาเปรียบเทียบการตีความเรื่องของกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ (PPMs) ในความตกลง TBT

จากการที่ประเทศพัฒนาแล้วมักจะอ้างใช้มาตรการห้ามการนำเข้าสินค้าที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กผ่านการตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อ XX(a) ซึ่งเรื่องดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเรื่องของกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือ PPMs ที่อยู่ในความตกลงว่าด้วยอุปสรรคเทคนิคต่อการค้า Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) และเนื่องจากความตกลง GATT ไม่ได้พูดถึงเรื่องของกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือ PPMs แต่ในทางตรงกันข้ามความตกลง TBT ได้มีการพูดถึงเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนประกอบกับการที่ความตกลง TBT มีนัยสำคัญคาบเกี่ยวกับพันธกรณีบางประการภายใต้กรอบข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX ของความตกลง GATT<sup>36</sup> ดังนั้นการศึกษาขอบเขตพันธกรณีและวิธีการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์

<sup>32</sup> Rollo Jim; L. Alan Winters, “Subsidiarity and Governance Challenges for the WTO : Environmental and Labour Standards,” *World Economy*. Vol.23(4), p.561-576 (2000). และดู Steven M. Suranovic, *supra note 18*, pp.231-245.

<sup>33</sup> N. J. Krug, *supra note 4*, p.653. และดู Joseph Langan, *supra note 4*, p.161.

<sup>34</sup> Elias Mendelievich, “Child Labour,” 118 *International Labour Review* 557, pp.561-562 (1979).

<sup>35</sup> Dexter Samida, “Protecting the Innocent or protecting special interests? Child labor, globalization, and the WTO,” 33 *Deny Jouanal International Law & Policy* 411, pp.421-423 (2004-2005).

<sup>36</sup> ภายใต้การดำเนินการของข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX ความตกลง GATT มาตรการอุปสรรคเทคนิคต่อการค้าภายใต้ความตกลง TBT สมาชิกอาจอ้างได้อยู่ได้แม้จะก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้าที่มากเกินไปก็ตาม ดูเพิ่มเติม จารุประภา รักพงษ์, ฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก : การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.190.



ในหลักการเกี่ยวกับ PPMs ที่อยู่ในความตกลง TBT จะทำให้ทราบถึงขอบเขตการใช้หลักการดังกล่าวได้มากขึ้นภายใต้กรอบของความตกลง GATT

ปัจจุบันสมาชิก WTO มักจะใช้มาตรการกฎระเบียบเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ (PPM) ในการห้ามนำเข้าสินค้าจากประเทศอื่น ๆ มากขึ้น โดยอ้างว่ามาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เชิงนโยบายอันชอบธรรมของรัฐ เช่น การออกมาตรการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กโดยอ้างว่าเป็นการละเมิดศีลธรรมอันดีในประเทศที่ออกมาตรการ ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องของ PPMs ในประเภทของกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตที่ไม่มีผลต่อคุณลักษณะสุดท้ายของผลิตภัณฑ์ (NPR-PPMs) ที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางสังคมบางประการเป็นกระบวนการและวิธีการผลิตที่ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย ไม่มีผลกระทบต่อลักษณะทางกายภาพของผลิตภัณฑ์<sup>37</sup>

### 3.1 หลักการที่สำคัญของ WTO

ในการดำเนินการค้าระหว่างประเทศของ WTO จะมีหลักการที่สำคัญเป็นอย่างมากที่ว่าด้วยเรื่องของการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าจากบางประเทศที่มีลักษณะภายนอกที่เหมือนกัน หมายความว่า หากลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กนั้นเหมือนกันกับผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตขึ้นด้วยวิธีทั่วไป ผลิตภัณฑ์ทั้งสองควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันจากประเทศที่ออกมาตรการห้ามนำเข้า ประกอบกับหลักการที่สำคัญของ WTO ได้ระบุเอาไว้ว่า ข้อตกลงของ WTO จะตีความได้โดยมีความสำคัญสองประการเท่านั้น ประการแรกคือ ข้อจำกัดทางการค้าไม่สามารถบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์อันเนื่องมาจากวิธีการผลิตได้และประการที่สองคือประเทศหนึ่งไม่สามารถเข้าถึงประเทศนอกอาณาเขตของตนเพื่อกำหนดมาตรฐานของตนในประเทศอื่นได้<sup>38</sup> แต่ด้วยเจตนาที่มีร่วมกันในความต้องการที่จะปกป้องสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติที่ต้องใช้ร่วมกันของโลกใบนี้จึงนับรวมถึงมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมดังกล่าวด้วย

กระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือ PPMs ที่เกี่ยวข้องและปรากฏใน GATT/WTO ที่ผ่านมานั้น จะมีแต่เรื่องของสิ่งแวดล้อมเท่านั้น อย่างในคดีที่ปรากฏในคดี US-Shrimp ตามที่ได้มีการรับรองโดยองค์การอุทธรณ์และคดี US-Gasoline ที่ว่า PPMs ด้านสิ่งแวดล้อมอาจพ้องกับหนึ่งในอนุวรรคของข้อยกเว้นข้อ XX ได้ทำให้กระบวนการผลิตและวิธีการผลิตที่ไม่เกี่ยวข้องกับตัวผลิตภัณฑ์ได้รับการตีความให้รวมด้วยภายใต้กรอบความตกลงการค้าของ WTO ดังที่สำนักเลขาธิการขององค์การการค้าโลก ได้กล่าวว่า ทรัพยากรที่ใช้ร่วมกันที่กำลังถูกปนเปื้อนจากผู้ผลิตในต่างประเทศอาจทำให้เกิดข้อจำกัดในการค้าผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตดังกล่าวที่สมเหตุสมผลในบริเวณของประเทศผู้นำเข้าหรือประเทศใกล้เคียง<sup>39</sup>

### 3.2 เปรียบเทียบหลักการของ PPMs กับกรณีการออกมาตรการทางการค้าโดยอ้างการคุ้มครองแรงงานที่สำคัญ

หากมีการพิจารณาจากหลักการที่สำคัญของ WTO ประกอบกับหลักการที่สำคัญของ PPMs จะพบว่า การตีความข้อยกเว้นศีลธรรมอันดีของประชาขนข้อ XX(a) จะไม่รวมถึงเรื่องของมาตรฐานแรงงานด้วยข้ออ้างเกี่ยวกับกระบวนการผลิตและวิธีการผลิต เนื่องจาก PPMs ดังกล่าวไม่ได้ทำให้ผลิตภัณฑ์นั้นต่างกันเมื่อเทียบกับผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตขึ้นด้วยวิธีทั่วไป เนื่องจากข้อห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กนั้นได้ให้ความสำคัญเฉพาะแต่กับสถานการณ์ของการผลิตที่ไม่เป็นที่ยอมรับจากมุมมองทางศีลธรรมโดยไม่ได้มองที่ตัวของผลิตภัณฑ์ว่ามีลักษณะภายนอกที่แตกต่างกันหรือไม่<sup>40</sup> โดยการกระทำดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักการที่สำคัญของ GATT/WTO ซึ่งความ

<sup>37</sup> Christiane R. Conrad, *supra note 15*, p.28.

<sup>38</sup> “Trading into the future : the introduction to the WTO,” สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2560, จาก [http://www.wto.org/english/thewtoe/whatis-e/tif\\_e/tife.htm](http://www.wto.org/english/thewtoe/whatis-e/tif_e/tife.htm).

<sup>39</sup> Steve Charnovitz, “The Law of Environmental “PPMs” in the WTO : Debunking the Myth of Illegality,” 27 *Yale Journal of International Law* 59, p.78 (2002).

<sup>40</sup> Christiane R. Conrad, *supra note 15*, p.325.

แตกต่างของผลิตภัณฑ์ที่ขึ้นอยู่กับลักษณะของกระบวนการผลิตหรือของผู้ผลิตนั้นไม่สามารถใช้เป็นเหตุผลสำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันของสินค้าในประเทศและต่างประเทศได้<sup>41</sup> เช่นนี้แสดงให้เห็นว่ามาตรการทางการค้าฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับวิธีการผลิตนั้นไม่ใช่เหตุผลที่ถูกต้องในการนำมาพิจารณาในการแยกแยะผลิตภัณฑ์ที่ต่างกันจึงไม่สามารถนำมาใช้เป็นข้อห้ามการนำเข้าได้ ดังที่ปรากฏในคดี Tuna/Dolphin III ที่สหรัฐอเมริกาออกมาตรการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่มาจาก การจับด้วยวิธี setting on dolphin ที่เป็นอันตรายต่อปลาโลมา ในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกตะวันออก (ETP) ซึ่งจากการบังคับใช้มาตรการของสหรัฐนั้นส่งผลให้เกิดการห้ามนำเข้าสินค้าทูน่าจากเม็กซิโกเม็กซิโก จึงได้มีการร้องขอให้มีการวินิจฉัยและตัดสินกรณีนี้ที่ผลของมาตรการสหรัฐนั้นส่งผลกระทบที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์จากเม็กซิโก

จากการวิเคราะห์ขององค์กรอุทธรณ์ในคดี Tuna/Dolphin III (ค.ศ.2012) ได้วิเคราะห์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่ไม่ต้องไปข้อ 2.1 ของความตกลง TBT ซึ่งองค์กรอุทธรณ์ได้ตรวจสอบถึงการแก้ไขเงื่อนไขของการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายของสินค้านำเข้า โดยมองว่าการขาดการเข้าถึงฉลาก dolphin safe ของผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่จับด้วยวิธี setting on dolphin ในเขต ETP นั้นมีผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อโอกาสการแข่งขัน ทำให้เป็นการเปลี่ยนเงื่อนไขการแข่งขันในตลาดส่งผลให้เป็นอันตรายต่อผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าเม็กซิโก<sup>42</sup> เมื่อเทียบกับผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าจากสหรัฐและประเทศอื่นๆ ที่จับด้วยวิธีอื่น นอกเขต ETP และมีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะได้ฉลาก dolphin safe ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวได้ส่งผลกระทบในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ประกอบกับการที่มีฉันทามติว่าบรรทัดฐานทางเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับ PPM ที่รวมอยู่ได้นั้นคือกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ที่เป็นการเปลี่ยนลักษณะทางกายภาพของผลิตภัณฑ์เท่านั้นที่จะอยู่ในขอบเขตและได้รับการคุ้มครองโดยความตกลง TBT ทำให้ PPM ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิแรงงานไม่ได้อยู่ภายใต้ขอบเขตของความตกลง TBT<sup>43</sup> เนื่องจากสถานการณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชนนี้มักจะส่งผลต่อคุณภาพหรือคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์

หลักการที่สำคัญนี้ได้ถูกก่อตั้งขึ้นเมื่อคดี Tuna/Dolphin III (ค.ศ.2012) ได้มีการแยกความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่ถูกจับด้วยวิธีการ setting on dolphin และผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่ไม่ได้ถูกจับด้วยวิธี setting on dolphin เนื่องจากคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์นั้นไม่แตกต่างกัน โดยองค์กรอุทธรณ์ได้ตัดสินว่าผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่จับด้วยวิธีการ setting on dolphin ในเขต ETP กับผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าของสหรัฐและผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่มีต้นกำเนิดในประเทศอื่นๆ ที่ถูกจับด้วยวิธีการอื่นนอกเขต ETP เป็นผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน โดยให้เหตุผลว่าวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าไม่ได้ส่งผลใดๆต่อคุณลักษณะทางกายภาพของผลิตภัณฑ์ปลาทูน่า ซึ่งคดี Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry ก็ได้มีการระบุในลักษณะเดียวกันว่าห้ามมีข้อได้เปรียบใดๆกับผลิตภัณฑ์นำเข้าตามเกณฑ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์และการขยายข้อได้เปรียบนี้ไม่ได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์หรือความประพฤติของประเทศผู้ส่งออกด้วยเช่นกัน<sup>44</sup> นโยบายการค้าเงินการต่างๆภายในของประเทศส่งออก เช่น นโยบายด้านแรงงานจะไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่ให้กับผลิตภัณฑ์จากประเทศนั้นๆ ซึ่งกล่าวโดยสรุปคือ การปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าจากประเทศต่างๆ อาจแตกต่างกันได้หากลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่นำเข้านั้นมีความแตกต่างกันเมื่อผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตจากการใช้แรงงานเด็กกับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นด้วยวิธีทั่วไปเป็นผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน หากมีการปฏิบัติจากประเทศนำเข้าแตกต่างกันจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นการขัดกับหลักการที่สำคัญของ WTO

<sup>41</sup> Robert E. Hudec, “GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aims and Effects” Test,” *The International Lawyer* 32, p.624 (1998).

<sup>42</sup> Appellate Body Report, United States – Measures Concerning the Importation, Marketing of Sale of Tuna and Tuna Products, WT/DS381/AB/R, circulated 16 May 2012, para.237-240.

<sup>43</sup> Christiane R. Conrad, *supra note 15*, p.375.

<sup>44</sup> Panel Report, Indonesia-certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54, adopted 23 July 1998, paras.14.143-14.144.

#### 4. ขอบเขตการปรับใช้มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในข้อยกเว้นสิทธิอันดีของประชาชนข้อ

##### XX(a)

จากการพิจารณาขอบเขตของข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX ของ GATT จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นข้อ XX จะอนุญาตให้สมาชิกดำเนินการปกป้องความกังวลที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจได้เฉพาะแต่ในประเทศของสมาชิกเองเท่านั้น<sup>45</sup> ซึ่งเป็นไปในการทำนองเดียวกับที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี Tuna/Dolphin I (ค.ศ. 1991) ได้กล่าวไว้ว่า ข้อกังวลของผู้ร่างข้อ XX(b) มุ่งเน้นไปที่การใช้มาตรการด้านสุขอนามัยเพื่อปกป้องชีวิตมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ภายในเขตอำนาจของประเทศผู้นำเข้าเท่านั้น โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าหากมีการตีความในวงกว้างที่สมาชิกสามารถกำหนดนโยบายด้านการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถเบี่ยงเบนได้ ความตกลง GATT ก็จะไม่เป็นกรอบการทำงานพหุภาคีเพื่อการค้าระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกทุกประเทศอีกต่อไป<sup>46</sup>

ในคดี Tuna/Dolphin II (ค.ศ. 1994) เป็นคดีระหว่างประชาคมยุโรปและประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปรัฐไม่ได้อยู่ในหลักการห้ามควบคุมการปฏิบัติของชนชาติของตนนอกอาณาเขต โดยหลักการแล้วรัฐจะไม่ถูกห้ามไม่ให้ควบคุมเรือที่มีสัญชาติของตน หรือบุคคลบนเรือที่มีสัญชาติของตนนอกอาณาเขต<sup>47</sup> ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศผู้ดำเนินมาตรการเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดลอมสามารถดำเนินการดังกล่าวนอกดินแดนได้ต่อบุคคลหรือเรือซึ่งมีสัญชาติของประเทศผู้ดำเนินมาตรการ บนพื้นฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจเหนือบุคคล (personal jurisdiction) บนพื้นฐานของสัญชาติ ผู้ดำเนินมาตรการไม่สามารถใช้มาตรการนั้นต่อบุคคลอื่นหรือเรือสัญชาติอื่นในท้องทะเลหลวงหรือ ในเขตอำนาจของประเทศอื่นได้<sup>48</sup> และถึงแม้ว่าคดี US-Shrimp ทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ไม่ได้มีการตัดสินในประเด็นดังกล่าวนี้ แต่ในคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ได้ปรากฏข้อความส่วนหนึ่งที่อาจให้ผลเช่นเดียวกันโดยกล่าวว่า “เราจะไม่ส่งต่อคำถามที่ว่าข้อจำกัดด้านขอบเขตโดยนัยในข้อ XX(g) เราทราบแต่เพียงว่าในสถานการณ์เฉพาะของคดีก่อนหน้านี้เรามีการเชื่อมโยงที่เพียงพอแล้ว”<sup>49</sup>

ทั้งหมดที่กล่าวมานี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศที่ออกมาตรการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กไม่สามารถบังคับใช้มาตรการดังกล่าวภายในเขตอำนาจของประเทศอื่นเพื่อบังคับให้ประเทศอื่นปฏิบัติตามได้ ประกอบกับขอบเขตของข้อยกเว้นข้อ XX นี้ สมาชิกที่ออกมาตรการจะไม่สามารถบังคับให้สมาชิกอื่นเปลี่ยนนโยบายหรือนโยบายของประเทศตนไปใช้ได้<sup>50</sup> ซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่มีข้อผูกมัดใดๆในการส่งเสริมหรือคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิแรงงานภายนอกโดยการออกกฎหมายซึ่งมีผลบังคับใช้ในเขตอำนาจของประเทศหนึ่ง ดังนั้นการห้ามใช้แรงงานเด็กจึงมีผลบังคับใช้กับเด็กทุกคนในอาณาเขตของประเทศสมาชิกไม่สามารถใช้ภายนอกประเทศที่ออกมาตรการได้ เนื่องจากอาจเป็นการก้าวล่วงต่อการบริหารและนโยบายภายในประเทศอื่นหรือเป็นการเสื่อมเสียต่ออธิปไตยการบริหารนโยบาย ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะของแต่ละประเทศ มาตรฐานแรงงาน

<sup>45</sup> Gudrun Monika Zagel, “WTO & Human Right : Examining Linkages and Suggesting Convergence,” *Research & Publications Unit (R&P Unit) International Development Law Organization*, p.17 (2005).

<sup>46</sup> Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R, August 16, 1991 (not adopted), [hereinafter Tuna/Dolphin I] , para. 5.26-5.27.

<sup>47</sup> Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R, June 16, 1994, reprinted in 33 I.L.M. 839 (1994) [hereinafter Tuna/Dolphin II], para. 5.17.

<sup>48</sup> ธเนศ สุจารีกุล, “GATT กับการค้าและสิ่งแวดลอม,” ใน *หนังสือรวมบทความแต่ท้าน ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงษ์, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.299-301.*

<sup>49</sup> Appellate Body Report, *supra note 28*, para.133.

<sup>50</sup> Dukgeun Ahn, “Environmental Disputes in the GATT/WTO : Before and after US-Shrimp Case,” 20 *Michigan Journal of International Law* 819, p.832 (1999).

โดยเฉพาะเรื่องการใช้แรงงานเด็กย่อมปรับเปลี่ยนไปตามกลไกของตลาดแรงงาน ขนบธรรมเนียมประเพณีของแต่ละประเทศไม่ควรกำหนดโดยประเทศที่มีวัฒนธรรมที่แตกต่างกันออกไป<sup>51</sup> ซึ่งจากการวิเคราะห์ทั้งหมดที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นว่าการอ้างใช้มาตรการทางการค้าที่ห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตด้วยแรงงานเด็กซึ่งไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่เป็นการละเมิดหลักการที่สำคัญของ GATT ในข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX(a) โดยอ้างว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่สามารถอ้างใช้ได้

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการตีความข้อยกเว้นทั่วไปข้อ XX(a) การปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเทศสมาชิก WTO ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการห้ามการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตจากแรงงานเด็ก เนื่องจากคำว่าศีลธรรมในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันไปประเทศสมาชิกหนึ่งไม่สามารถที่จะไปกำหนดศีลธรรมในอีกประเทศอื่นได้ซึ่งเรื่องของแรงงานเด็กอาจจะผิดศีลธรรมในประเทศหนึ่งแต่อาจจะไม่ผิดศีลธรรมในประเทศอื่นเนื่องจากเหตุผลที่สำคัญเฉพาะของประเทศนั้นประกอบกับการห้ามนำเข้าไม่ควรพิจารณาเพียงแค่เรื่องของกระบวนการผลิตหรือวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ (PPM) ที่ไม่เหมาะสมตามหลักศีลธรรมในประเทศผู้นำเข้าตราบเทาที่ยังไม่มีการนำเข้าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเข้ามาในประเทศ โดยเฉพาะกรณีที่ภายนอกของผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากแรงงานเด็กกับผลิตภัณฑ์ที่มีวิธีการผลิตโดยทั่วไปมีลักษณะทางกายภาพภายนอกเหมือนกัน เพราะจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นการกีดกันทางการค้าส่งผลกระทบต่อการแข่งขันโดยเฉพาะต่อประเทศกำลังพัฒนาทำให้เกิดค่าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หลักของความตกลง GATT และวัตถุประสงค์ในการเปิดการค้าเสรีของ WTO แต่อย่างไรก็ตามการที่กล่าวว่ามีข้อ XX(a) ไม่สามารถรวมถึงประเด็นเรื่องแรงงานได้นี้ไม่ได้หมายความว่า WTO จะไม่ได้ให้ความสนใจหรือไม่ต้องการให้ความร่วมมือในการคุ้มครองแรงงานเด็กเป็นมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่หลายประเทศยอมรับเพียงแต่ในมุมมองของ WTO นั้นน่าจะมีความเห็นว่าวิธีการอื่นที่ดีกว่าในการคุ้มครองส่งเสริมมาตรฐานแรงงานที่ส่งผลกระทบต่อเชิงลบที่น้อยกว่า โดยควรมีการดำเนินการตามวิธีการนั้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงในการปกป้องคุ้มครองแรงงานเด็กตามที่ได้ตั้งใจไว้ เช่น ในแง่ของบทบัญญัติอาจมีการกำหนดหลักการต่างๆที่เกี่ยวกับแรงงานภายใต้การค้าให้มีความชัดเจนโดยอาจแก้ไขข้อยกเว้นข้อ XX หรือแก้ไขบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตและวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ (PPMs) ให้มีการรวมถึงกระบวนการผลิตที่ไม่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์เช่นเรื่องแรงงานด้วยหรือมีการจัดตั้งหน่วยงานกลางโดยมีผู้แทนจาก ILO มาร่วมพิจารณาข้อพาทที่เกิดขึ้นร่วมกับคณะกรรมการวินิจัยและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO เพื่อให้เกิดความโปร่งใสเพื่อให้เป็นไปตามหลักการที่แท้จริงและบรรลุวัตถุประสงค์ทั้งทางด้านการคุ้มครองแรงงานและการรักษาหลักการในการเปิดเสรีทางการค้า เพื่อไม่ให้ใช้มาตรการทางการค้าในการปกป้องคุ้มครองสินค้าในประเทศตน โดยอ้างการคุ้มครองแรงงานที่สำคัญ

<sup>51</sup> Steven Suranovic, *supra note 18*, p.239. และดู Gudrun Monika Zagel, *supra note 45*, p.17.

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

จารุประภา รักพงษ์. กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก : การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

### วิทยานิพนธ์

ธนภัทร ชาตินันทรบ. “การตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ : กรณีศึกษาคำชี้ขาดขององค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกและคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

อุกฤษฏ์ มุสิกพันธ์. “ผลกระทบต่อกฎหมายแรงงานไทยจากการนำมามาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเงื่อนไขในการค้าระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

### บทความ

ธนศ สุจารีกุล. “GATT กับการค้าและสิ่งแวดล้อม.” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นเกียรติแด่ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์. จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น.299 - 301. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

### BOOK

Christiane R. Conrad. Process and Production Methods (PPMs) in WTO Law. New York : Cambridge University Press, 2011.

### ELECTRONIC MEDIA

ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. [http://blue.lim.ilo.org/cariblex/pdfs/ILO\\_Declaration\\_Work.pdf](http://blue.lim.ilo.org/cariblex/pdfs/ILO_Declaration_Work.pdf), March 18, 2018

“Trading into the future : the introduction to the WTO.” <http://www.wto.org/english /thewtoe/whatis-e/tif e/tife.htm>. June 12, 2017

### ARTICLE

Andrew T. Guzmant. “Trade, Labor, Legitimacy.” 91 California Law Review 885. (2003) : p.891.

- Christoph T. Feddersen. “Focusing on Substantive Law in International Economic Relations: The *Public Morals* of GATT’s Article XX(a) and Conventional Rules of Interpretation.” 7 Minnesota Journal of Global Trade. (1998) : p.115.
- Dexter Samida. “Protecting the Innocent or protecting special interests ?Child labor, globalization, and the WTO.” 33 Denv.Jouanal International Law & Policy 411. (2004-2005) : p.421-423.
- Dukgeun Ahn. “Environmental Disputes in the GATT/WTO : Before and after US-Shrimp Case.” 20 Michigan Journal of International Law 819. (1999) : p.832.
- Elias Mendelievich. “Child Labour.” 118 International Labour Review 557. (1979) : p.561-562.
- Gudrun Monika Zagel. “WTO & Human Right : Examining Linkages and Suggesting Convergence.” Research & Publications Unit (R&P Unit) International Development Law Organization. (2005) : p.17.
- International Labour Office. “Rules of the game: A brief introduction to international labour standards.” International Labour Office. - Geneva: ILO, Third Revised Edition (2014) : p.37.
- Joseph Langan. “Did Your Jeans Enslave Children – Child Labour in International Trade.” 2 Asper Review of International Business and Trade Law 159, (2002) : p.161.
- Joshua M. Kagan, “Making Free Trade Fair: How the WTO could incorporate Labor Rights and why it should,” 43 Georgetown Journal of International law 195, (2011-2012) : p.209.
- N. J. Krug, “Exploiting Child Labour: Corporate Responsibility and the Role of Corporate Codes of Conduct,” 14 N. Y. L. School J. H. R. 651, (1998) : p.653.
- Robert E. Hudec. “GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aims and Effects” Test.” The international Lawyer 32, (1998) : p.624.
- Robert Howse. “The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights.” 3 Journal SMALL & EMERGING Bus. L. 131, (1999) : p.142.
- Rollo Jim; L. Alan Winters. “Subsidiarity and Governance Challenges for the WTO: Environmental and Labour Standards.” World Economy. Vol.23(4) (2000) : p.561-576.
- Salman Bal. “International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT.” 10 Minnesota Journal Global Trade 62, (2001) : p.72.
- Steve Charnovitz. “The Moral Exception in Trade Policy.” 38 Virginia Journal of International Law 689, (1998) : p.703-704.

Steve Charnovitz. “The Law of Environmental “PPMs” in the WTO : Debunking the Myth of Illegality.”  
27 Yale Journal of International Law 59, 2002. p.78.

Steven Suranovic. “International Labour and Environmental Standards Agreement: Is This Fair Trade?.” World Economy. Vol.25(2), 2002. p.239.

Steven M. Suranovic. “International Labour and Environmental Standards Agreement: Is This Fair Trade?,” World Economy. Vol.25(2), 2002. p.234.

## CASES

Panel Report, United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, circulated 10 November 2004, para.6.465.

Appellate Body Report, European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, circulated 22 May 2014. para.5. 199-5. 200.

Panel Report, The China - Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/R, circulated 12 August 2009, para.7.759, para.7.763

Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, circulated 15 May 1998, para.7.38.

Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, circulated 12 October 1998, para.129-130.

Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R, August 16, 1991 (not adopted), [hereinafter Tuna/Dolphin I] , para. 5.26-5.27.

Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R, June 16, 1994, reprinted in 33 I.L.M. 839 (1994) [hereinafter Tuna/Dolphin II], para. 5.17.

Appellate Body Report, United States – Measures Concerning the Importation, Marketing of Sale of Tuna and Tuna Products, WT/DS381/AB/R, circulated 16 May 2012, para.237-240.

Handyside v. The United Kingdom, ECtHR, 1976, para.48.

The Queen v. Maurice Donald Henn and John Frederick Eredrick Ernest Darby, ECJ, 1979, para.15-16.

Conegate Limited v. HM Customs and Excise, ECJ, 1986, para.14.

## ปัญหาของการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดนในโลกยุคดิจิทัล : ศึกษาในบริบท ของสหภาพยุโรปและอาเซียน

### THE PROBLEMS WITH DISPUTE RESOLUTION IN CROSS-BORDER CONSUMER TRANSACTIONS IN THE DIGITAL ECONOMY ERA : THE EUROPEAN AND ASEAN PERSPECTIVE

ภิชญา จงอุดมการณ์\*

Peachaya Jongudomkarn

#### บทคัดย่อ

ปัจจุบันผู้บริโภคอาเซียนที่มีความต้องการบริโภคสินค้าและบริการระหว่างประเทศขาดทางเลือกในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการต่างชาติ ในที่นี้หมายถึงความขาดแคลนซึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดนที่มีประสิทธิภาพ มีความคุ้มค่าในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท และมีผลบังคับทางกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดนของประเทศไทยและประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ในปัจจุบันด้วยวิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาลนั้นมีช่องทางเลือกที่ดีที่สุดในแง่ของความคุ้มค่า เพราะเป็นวิธีที่มีได้รองรับต่อข้อเท็จจริงที่ว่าคดีผู้บริโภคข้ามแดนโดยมากเกิดจากธุรกรรมที่มีมูลค่าต่ำแต่มีปริมาณการทำธุรกรรมโดยรวมเป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของภูมิภาคอาเซียน เพราะเมื่อผู้บริโภคไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมและได้รับการเยียวยาผ่านช่องทางที่เหมาะสมได้แล้วนั้น ทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบการย่อมขาดความมั่นใจและแรงจูงใจในการทำธุรกรรมซื้อขายสินค้าและบริการระหว่างประเทศ

#### คำสำคัญ

กลไกการระงับข้อพิพาท คดีผู้บริโภคระหว่างประเทศ การระงับข้อพิพาทออนไลน์ อาเซียน

#### ABSTRACT

In today's environment, Asean customers with need for goods and services consumption lacks the opportunity to access justice for obtaining compensation when damages incurred from using such goods and services purchased from international vendors. In this situation we refer to scarcity of effective dispute resolution used to suspend International transactions and cross-border disputes, it is also not the most cost-effective base method when enter into the process without difficulty of enforcement. In other words, mechanism of dispute resolution by litigation process that used in Thailand and other Asean country members is not only relevant to the cause of the problem but also not worthy of the situation. Special reason being, majority of international cross-border disputes are uncovered from low-value high-volume claims. In such situation, adverse impact incurred will be against Asean's macro-economic overall. In view of the fact that without access to justice and redress both consumers and entrepreneurs will be losing confidence and motivation to continue international trading for business.

---

\* นักศึกษาปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย Ludwig Maximilian University of Munich, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะสังคมศาสตร์บูรณาการ สาขานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยขอนแก่นวิทยาเขตหนองคาย



การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

**Keywords**

Redress mechanism, Cross-border consumer disputes, ODR, Asean

## บทนำ

การพัฒนาที่รวดเร็วของเทคโนโลยีในศตวรรษที่ 21 ส่งผลให้รูปแบบการทำธุรกรรมการซื้อขายบนระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ค่อย ๆ เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของผู้คนทั่วโลก เพราะเป็นช่องทางที่สะดวก รวดเร็ว และตรงใจผู้บริโภค ในแต่ละวันธุรกรรมบริการสินค้าและบริการจำนวนมากเกิดขึ้นในโลกออนไลน์ (E-Commerce) และออฟไลน์ (Bricks and Mortar) ในขณะที่โดยธรรมชาติแล้วผู้บริโภคกับผู้ประกอบการนั้นมีความอำนาจต่อรองในตลาดที่ไม่เท่าเทียมกัน (Inequality of bargaining power) อีกทั้งมีภาวะข้อมูลอสมมาตรสูงมาก (Information asymmetry) กล่าวคือ ผู้ประกอบการจะย่อมมีความรู้เกี่ยวกับข้อมูลผลิตภัณฑ์ของตนมากกว่าผู้บริโภคเป็นอย่างมาก หรือแม้แต่กรณีสัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาอยู่ห่างกันโดยระยะทาง (ในบางกรณีอยู่คนละประเทศ) เช่น สัญญาซื้อขายออนไลน์ ส่งผลให้การเจรจาต่อรองระหว่างกันซึ่งหน้ามีอาจเกิดขึ้นได้ จึงมีอาจปฏิเสธได้ว่า “ความเชื่อมั่น” ของผู้บริโภค คือหัวใจของเศรษฐกิจดิจิทัลที่ไร้ขอบเขตแห่งพรมแดน การคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค และ กลไกที่เอื้ออำนวยให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้สินค้าหรือบริการ (Resolution mechanisms) อย่างเพียงพอที่จะสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้บริโภค จึงมิได้มีบทบาทเพียงเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเท่านั้น หากแต่เป็นรากฐานที่เข้มแข็งของเศรษฐกิจทั้งในระดับประเทศและระดับสากล หลักใหญ่ 3 ประการในการสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชากรผู้บริโภค ได้แก่ การคุ้มครองผู้บริโภค (Protection) การเยียวยาผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย (Redress) และการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to justice) จึงจำเป็นต้องทำงานร่วมกันอย่างแยกขาดจากกันมิได้

ผู้เขียนทำการศึกษากลไกการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดน ซึ่งเป็นกลไกที่ระงับข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการที่มีภูมิลำเนาอยู่ได้เขตอำนาจศาลที่ต่างกัน (ผู้บริโภคที่มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐหนึ่งและผู้ประกอบการที่มีภูมิลำเนาอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง) และทั้งสองฝ่ายทำสัญญาผู้บริโภคระหว่างกันภายใต้รูปแบบการค้าแบบ B2C (Business to customer) โดยทำเป็นสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ด้วยวิธีการปกติ เช่น เมื่อผู้บริโภคอยู่ในระหว่างการเดินทางไปเที่ยวต่างรัฐและได้ซื้อขายสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการโดยซึ่งหน้า หรือเมื่อผู้บริโภคและผู้ประกอบการอยู่ต่างรัฐกัน แต่สัญญาผู้บริโภคได้เกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการเดินทางเข้ามาในรัฐที่อยู่ของผู้บริโภค (เช่น การขายตรง และการขายในงานแสดงสินค้า) รวมไปถึงวิธีการออนไลน์ ในรูปแบบสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ และเกิดข้อพิพาทขึ้นโดยผู้ประกอบการเป็นฝ่ายกระทำผิดสัญญา ทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับสินค้า หรือได้รับสินค้าที่มีคุณภาพหรือคุณสมบัติไม่ตรงตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างสองฝ่าย ผู้บริโภคได้รับความเสียหายและเป็นฝ่ายร้องเรียนและนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท สำหรับประเด็นมูลค่าของข้อพิพาทที่ต้องมีมูลค่าต่ำ<sup>1</sup> ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรมีความยืดหยุ่น เพราะในทางปฏิบัติเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกำหนดเพดานตายตัวอันเป็นเกณฑ์กลางได้ เนื่องด้วยแต่ละประเทศมีความแตกต่างในส่วนอัตราแลกเปลี่ยนหรือค่าเงิน ดังนั้นมูลค่าของประเทศหนึ่งจึงแตกต่างจากอีกประเทศหนึ่ง

การศึกษากลไกในการระงับข้อพิพาทที่ผู้เขียนศึกษา มิได้หมายรวมไปถึงข้อพิพาทในสัญญาผู้บริโภคที่มีตัวกลางในการทำสัญญา เช่น Ebay.com และ Alibaba.com, ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัยของผู้บริโภค เช่น คดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา เช่น การฉ้อโกง

<sup>1</sup> สำหรับประเทศไทยข้อพิพาทที่มีมูลค่าต่ำ อาจเทียบเคียงกับคดีมโนสาร่า ซึ่งเป็นคดีที่มีจำนวนทุนทรัพย์หรือราคาทรัพย์สินที่พิพาทไม่เกิน 300,000 บาท เป็นคดีที่ไม่ยุ่งยาก ไม่ซับซ้อน การพิจารณาคดีในชั้นศาลจะเป็นไปโดยรวดเร็วเพื่อความสะดวก รวดเร็ว ประหยัด และยุติธรรม และอยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวง ตามพระราชธรรมนุญศาลยุติธรรม มาตรา 25 ประกอบ มาตรา 17

## 1. นิยาม

### 1.1 ความหมายของคำว่า “ผู้บริโภค”

ความหมายตามราชบัณฑิตยสถานของ “ผู้บริโภค” คือ “ผู้ซื้อหรือได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการด้วย ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และหมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย”

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศสมาชิกอาเซียนต่างได้นิยามความหมายของผู้บริโภคเอาไว้แม้มีเนื้อหาแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ล้วนมีสาระสำคัญตรงกัน นั่นคือผู้บริโภคจะต้องไม่เป็นผู้ที่ซื้อหรือใช้บริการเพื่อการใด ๆ ในทางการค้า หรือเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ แต่ซื้อหรือใช้บริการเพื่อการบริโภคของตนเองหรือบุคคลอื่น และผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องเป็นผู้จ่ายเงินค่าซื้อสินค้าหรือบริการนั่นเอง ส่วนในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ซื้อสินค้าหรือใช้บริการใด ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ที่จะนำสินค้าหรือบริการนั้นไปขายต่อหรือใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าใด ๆ ถือว่าผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอยู่ในบทบาทของผู้บริโภค ดังนั้นเมื่อได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้าหรือบริการจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายในฐานะผู้บริโภคเช่นกัน<sup>2</sup>

### 1.2 ความหมายของคำว่า “ผู้ประกอบการต่างชาติ”

“ผู้ประกอบการต่างชาติ” ในบทความนี้ หมายถึง ผู้ประกอบการสัญชาติใด ๆ ก็ตามที่มีได้มีภูมิลำเนาอยู่ภายในรัฐเดียวกันกับผู้บริโภค

### 1.3 ความหมายของคำว่า “สัญญาผู้บริโภค”

“สัญญาผู้บริโภค” อาจมีนิยามแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ ขึ้นอยู่กับเกณฑ์การจัดขอบเขตระหว่างสัญญาทั่วไปในทางแพ่งกับสัญญาผู้บริโภค โดยหลักสากลตามอนุสัญญากรุงโรม (Rome I Regulation) ของสหภาพยุโรป มีหลักในการพิจารณาจากลักษณะเฉพาะตัวของคู่สัญญาและจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ดังคำอธิบายต่อไปนี้<sup>3</sup>

#### ลักษณะของคู่สัญญาในสัญญาผู้บริโภค

คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ผู้บริโภค) จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาผู้ซื้อสินค้าหรือบริการนอกวัตถุประสงค์ทางการค้า การประกอบธุรกิจ และการประกอบวิชาชีพของตน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้ประกอบการ) อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ขายสินค้าหรือบริการภายใต้วัตถุประสงค์ทางการค้า รูปแบบธุรกิจชนิดนี้ก่อให้เกิดสัญญา ระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (Business to Consumer : B2C) ยกตัวอย่างเช่น บริการผู้ขายปลีกสินค้าผ่านเว็บไซต์โดยทำการขายหนังสือไปทั่วโลก ([www.amazon.com](http://www.amazon.com)) บริการการจองตั๋วเครื่องบินของการบินไทยผ่านเว็บไซต์ ([www.thaiair.com](http://www.thaiair.com)) ขายเครื่องประดับ (<http://www.abcjewelry.com/>) ขายอาหาร (<http://www.pizza.co.th/>) ขายหนังสือ (<http://www.se-ed.com>) เป็นต้น ตัวอย่างที่กล่าวมาคือสัญญาผู้บริโภคในความหมายตามที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา<sup>4</sup>

<sup>2</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 11.

<sup>3</sup> ดูเพิ่ม Jonathan Hill, Cross-Border Consumer Contracts (Oxford University Press 2008), 1.04

<sup>4</sup> รูปแบบธุรกิจอีกสองประเภทที่ก่อให้เกิดสัญญาอีกสองลักษณะ ได้แก่ รูปแบบธุรกิจที่ก่อให้เกิดสัญญา ระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ประกอบธุรกิจ (Business to Business: B2B) หมายถึงธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการในระดับเดียวกัน หรือต่างระดับกันก็ได้ หรือผู้ผลิตกับผู้ผลิต ผู้ผลิตกับผู้ส่งออก ผู้ผลิตกับผู้นำเข้า ผู้ผลิตกับผู้ค้าส่งและค้าปลีก เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ผู้ขายส่งสินค้าอุปโภคบริโภค (<http://www.tesco.co.th/th/index.html>) และรูปแบบสุดท้ายคือ ธุรกิจที่ก่อให้เกิดสัญญา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้บริโภค (Consumer to Consumer : C2C) หมายถึง ธุรกิจระหว่างผู้บริโภคกับผู้บริโภค ซึ่งเป็นการค้ารายย่อย อาทิ การขายของเก่าให้กับบุคคลอื่น ๆ ผ่านทางอินเทอร์เน็ต อันเป็นแหล่งที่ผู้ขายมาเสนอขายและผู้ซื้อประมูลซื้อแข่งกันผู้ซื้อและผู้ขายติดต่อกันผ่านอีเมล ([www.ebay.com](http://www.ebay.com)) ประกาศขายสินค้าเกี่ยวกับอุปกรณ์ทางด้านคอมพิวเตอร์ มีการ

### วัตถุประสงค์สัญญา

วัตถุประสงค์สัญญาผู้บริโภคอาจเป็นได้สองประการ คือ การจัดหาสินค้าให้ เช่น เครื่องใช้ไฟฟ้า อาหาร ของใช้ในครัวเรือน และอีกประการหนึ่ง คือ การจัดหาบริการให้ เช่น สัญญาว่าจ้างนำเที่ยวสัญญาพิตเนส สัญญาประกันภัย เป็นต้น แต่ก็มีใช้ว่าสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะเป็นสัญญาผู้บริโภคไปเสียหมด หากแต่มีข้อพิจารณาบางประการ<sup>5</sup> ดังนี้

### สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

ส่วนมากแล้วสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มักจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้บริโภค (Consumer to Consumer : C2C) ทำให้สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มิใช่สัญญาผู้บริโภค แต่ก็มีบางกรณีที่เข้าข่ายสัญญาผู้บริโภค นั่นคือสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค (Business to Consumer: B2C) เช่น สัญญาซื้อขายบ้านจากโครงการบ้านจัดสรร สัญญาซื้อขายคอนโดมิเนียม เป็นต้น

### สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์จัดเป็นสัญญาผู้บริโภค หากแต่ในการเช่าอสังหาริมทรัพย์ก็มีกฎหมายอื่นๆ คอยกำกับดูแลกรณีมีการผิดสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์อยู่แล้วโดยตรง แม้กระนั้นผู้เขียนเห็นว่าสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ เช่น สัญญาเช่าอพาร์ทเมนต์เพื่อเป็นที่พักอาศัยระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการธุรกิจ สัญญาเช่าแบบปันส่วนเวลา (Timeshare)<sup>6</sup> และสัญญาเช่าที่พักชั่วคราว เช่น ผู้เช่าห้องพักของโรงแรม รีสอร์ท โฮสเทล เป็นต้น ล้วนเป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้บริโภคควรได้รับการคุ้มครองให้ได้รับการเยียวยาตามกลไกการระงับข้อพิพาท ที่ผู้เขียนมุ่งศึกษา เนื่องจากเมื่อสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวตกอยู่ในสถานการณ์ระหว่างประเทศแล้ว สำหรับผู้บริโภคแล้วย่อมเกิดอุปสรรคที่มีความยุ่งยากซับซ้อนเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะกรณีที่ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเมื่อเข้าพักในสถานที่ใดๆ เมื่อเดินทางไปท่องเที่ยวต่างประเทศ ซึ่งปัญหาที่พบได้บ่อยครั้ง

### 1.4 ความหมายของคำว่า “สัญญาผู้บริโภคข้ามแดน”

“สัญญาผู้บริโภคข้ามแดน” หมายถึง สัญญาผู้บริโภคที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาซื้อขายสินค้าหรือบริการต่อหน้ากัน เช่น ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือบริการระหว่างการเดินทางไปเที่ยวต่างประเทศ และยังหมายรวมถึงสัญญาที่อยู่ห่างโดยระยะทาง<sup>7</sup> เช่น การซื้อสินค้าหรือบริการผ่านทางโทรศัพท์ โทรทัศน์ หรือออนไลน์ สำหรับการซื้อขายสินค้าหรือบริการผ่าน “การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์”<sup>8</sup> ในปัจจุบันมีความหลากหลายและถูกพัฒนาไปอย่างมาก ทำให้การตีความว่าเป็นสัญญาผู้บริโภคข้ามแดนหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากลักษณะของการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้การปรับใช้หลักเรื่องนิติกรรมและสัญญาทำได้อย่างถูกต้องและสอดคล้องกับรูปแบบของเทคโนโลยีสมัยใหม่ ยกตัวอย่างเช่น การแสดงเจตนาผ่านสื่อออนไลน์แบบ Real time ไม่ว่าจะผ่าน Skype, Face

---

ลงทะเบียนเป็นสมาชิก สามารถจัดส่งสินค้าได้ ([www.pantipmarket.com](http://www.pantipmarket.com)) และขายของมือสอง(<http://www.thai.secondhand.com>) เป็นต้น

<sup>5</sup> Jonathan Hill, *supra note 3*, 1.10-1.12

<sup>6</sup> Timeshare หมายถึง การซื้อสิทธิในการใช้อสังหาริมทรัพย์ในช่วงเวลาที่กำหนดและตกลงกันไว้ในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว Timeshare หมายถึงรูปแบบธุรกิจที่บริษัทด้านที่พักมีอสังหาริมทรัพย์ประเภทห้องชุด รีสอร์ท คอนโดมิเนียม หรือบ้านพักตากอากาศ โดยนำเอาที่พักและสิทธิใช้บริการสิ่งอำนวยความสะดวก หรือสันทนาการต่าง ๆ ที่สถานที่พักผ่อนมีไว้ให้บริการฟรีหรืออาจเสียค่าบริการอีกเล็กน้อย เช่น บริการเรือยอร์ช รถโรลส์รอยซ์ สนามกอล์ฟ สระว่ายน้ำ ห้องออกกำลังกาย เป็นต้น มาจัดสรรเวลาเข้าใช้ที่พักและบริการให้แก่ลูกค้าที่สมัครเป็นสมาชิกในระบบโทมแชร์ของตน

<sup>7</sup> ตามกฎหมายไทย สัญญาประเภทนี้อยู่ภายใต้ พ.ร.บ.ว่าด้วยการขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

<sup>8</sup> อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 ร่างโดยคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)) ร่วมกับนานาประเทศ เพื่อใช้เป็นกฎหมายแม่แบบให้แต่ละประเทศนำไปออกเป็นกฎหมายภายในได้ให้นิยามคำว่า “การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์” ว่าเป็น “การสื่อสารใดก็ตามที่คู่สัญญาได้ทำโดยรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”

Time หรือ Chat Room ที่สามารถแสดงเจตนาผ่านสื่อออนไลน์ในเวลาปัจจุบันที่เกิดขึ้นจริงได้โดยผู้รับการแสดงเจตนาสามารถรับการแสดงเจตนาได้ทันทีเสมือนว่าแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า ในขณะที่การแสดงเจตนาผ่านสื่อออนไลน์แบบ Non-Real Time เช่นการแสดงเจตนาผ่านทาง E-mail, Line Message, Facebook Message ซึ่งผู้รับการแสดงเจตนาจะต้องเปิดบัญชี E-mail, Line หรือ Facebook ของตนขึ้นมาก่อนจึงจะสามารถรับการแสดงเจตนา นั้นจะถือเป็นการแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลผู้ซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า หรือที่เรียกว่าการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง เหล่านี้หากผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจมิได้มีสัญญาติเดียวกันก็ย่อมจัดว่าเป็นสัญญาผู้บริโภคข้ามแดนตามความหมายในบทความนี้

#### 1.5 ความหมายของคำว่า “กลไกการระงับข้อพิพาท”

“กลไกการระงับข้อพิพาท” หมายถึง กลไกการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภค โดยที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายได้รับความเสียหายเนื่องมาจากการซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการต่างชาติ ซึ่งเป็นกลไกที่เพิ่มโอกาสให้ผู้บริโภคสามารถร้องเรียนเพื่อให้ผู้ประกอบการที่ละเลยหรือเพิกเฉยต่อความเสียหายที่ผู้บริโภคประสบจากสินค้าหรือบริการของตนได้กลับเข้ามาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น กลไกการระงับข้อพิพาทนี้อาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ ในรูปออนไลน์หรือรูปแบบอื่น ๆ โดยอาจมีเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐจากส่วนงานบริหารหรือตุลาการเข้ามาเป็นตัวกลางในการกำกับดูแล

#### 1.6 ความหมายของคำว่า “การเยียวยาความเสียหาย”

“การเยียวยาความเสียหาย” หมายถึง การที่ผู้ประกอบการเป็นฝ่ายเยียวยาในความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้าหรือบริการ ความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นราคาได้ และเป็นความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญาหรือข้อกำหนดใดที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค การเยียวยาความเสียหายนี้อาจอยู่ในรูปการชดเชยเป็นทรัพย์สิน เช่น การคืนเงินค่าสินค้าหรือบริการ การชดเชยเงินเพื่อบรรเทาหรือทดแทนในความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น นอกจากนั้นผู้ประกอบการอาจเยียวยาความเสียหายด้วยการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ให้เปลี่ยนหรือคืนสินค้า ซ่อมแซมสินค้าให้ หรือยกเลิกสัญญา เป็นต้น

#### 1.7 ความหมายของคำว่า “ความคุ้มค่า”

“ความคุ้มค่า” ในที่นี้ หมายถึง ความคุ้มค่าในการเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดน (ผู้บริโภคเป็นผู้ร้องเรียนและนำข้อเท็จจริงเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท) “ความคุ้มค่า” เป็นตัวชี้วัดสำคัญในการประเมินและเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียของกลไกการระงับข้อพิพาทแต่ละกลไกที่ผู้เขียนจะนำเสนอ ความคุ้มค่าในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักระหว่างระดับการเยียวยาความเสียหายที่ผู้บริโภคจะได้รับ กับ ตัวแปรต่าง ๆ อันเป็นปัจจัยที่ผู้บริโภคต้องคำนึงถึงเมื่อจำต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทในแต่ละครั้ง เช่น ค่าใช้จ่าย/ ระยะเวลาที่ต้องใช้ตั้งแต่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทจนกระทั่งได้รับการเยียวยาความเสียหาย ความยุ่งยากซับซ้อนของขั้นตอนและวิธีการระงับข้อพิพาท และความยุ่งยากในการบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินที่ได้รับจากการระงับข้อพิพาท เป็นต้น หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ “ความคุ้มค่า” จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการประเมินในฐานะผู้บริโภคแล้วว่า “ตัวแปรต่าง ๆ ที่ใช้ในการตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท” มีค่าต่ำกว่า “ทุนทรัพย์ในคดีข้อพิพาทนั้น ๆ” อย่างมีนัยสำคัญ

## 2. อาเซียนกับการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดน

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกำลังมุ่งสู่จุดหมายแห่งการเป็นตลาดเดียว (Single Market) โดยมีประชาชนเป็นศูนย์กลาง เป็นภูมิภาคที่ไม่มีเส้นแบ่งแดนการค้า มีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ การลงทุน แรงงานฝีมือ และเงินทุนอย่างเสรีปราศจากอุปสรรค ทำให้ในปัจจุบันผู้บริโภคในภูมิภาคอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ประมาณ 600 ล้านคน ต่างมีทางเลือกในการบริโภคสินค้าหรือบริการต่าง ๆ มากขึ้น ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area: AFTA) นโยบายและประสิทธิผลเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคทั้งในระดับประเทศและระดับภูมิภาคจึงมีบทบาทสำคัญในการสะท้อนถึงความเป็นตลาดที่ทันสมัย มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม ซึ่งจูงใจให้แก่นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในภูมิภาคอาเซียนเพิ่มขึ้น

ประเทศไทยเป็นสมาชิกของ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ทำให้ประเทศไทยต้องยอมรับหลักการและข้อเสนอแนวปฏิบัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคของสหประชาชาติ หรือ United Nations Guidelines for Consumer Protection (UNGCP) ในปี พ.ศ. 2528 ซึ่งเกิดขึ้นหลังจากที่ประเทศไทยของเราได้ตราพระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นอกจากประเทศไทยแล้ว ประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศ (ยกเว้นประเทศลาว) ต่างก็เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) จึงมีความผูกพันต่อพันธะหน้าที่ตามหลักเกณฑ์และข้อตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก<sup>9</sup> และในหลายประเทศก็รับรองสิทธิของผู้บริโภคไว้ในรัฐธรรมนูญ ในส่วนของกฎหมายหลักด้านการคุ้มครองผู้บริโภคประเทศสมาชิก 9 ประเทศมีกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการเฉพาะแล้ว ประเทศไทยเป็นประเทศแรกที่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในปี 2522 ฟิลิปปินส์ประกาศใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในปี 2535 มาเลเซียและอินโดนีเซียประกาศใช้กฎหมายพร้อมกันในปี 2542 และสิงคโปร์ประกาศใช้กฎหมายในปี 2546 ประเทศสมาชิกในกลุ่ม CLMV ได้แก่ ลาว เวียดนาม บรูไน และพม่า ประกาศใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเมื่อปี 2551, 2553, 2554 และ 2558 ตามลำดับ ส่วนประเทศกัมพูชา ยังไม่มีโครงสร้างกฎหมายด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในระดับชาติ

โดยส่วนมากผู้บริโภคมักจะบริโภคสินค้าภายในประเทศ แต่ในยุคของการสื่อสารไร้พรมแดน พบว่าการค้าโดยเฉพาะการค้าจากผู้ประกอบการธุรกิจสู่ผู้บริโภค หรือที่เรียกว่า Business to Customer: B2C<sup>10</sup> มีรูปแบบและช่องทางที่หลากหลายยิ่งขึ้น<sup>11</sup> การซื้อขายออนไลน์เข้ามามีบทบาทในวิถีชีวิตประจำวันของผู้บริโภคอาเซียนอย่างมาก ความเจริญเติบโตของตลาดออนไลน์ประกอบกับการเปิดเสรีทางการค้าและบริการของอาเซียน ได้เปิดโอกาสให้ผู้บริโภคอาเซียนเข้าถึงการบริโภคสินค้าจากประเทศเพื่อนบ้านอย่างง่ายโดย ปราศจากข้อจำกัดด้านระยะทาง ทำให้การบริโภคสินค้าและบริการไม่จำกัดอยู่เพียงภายในประเทศของตน ถึงแม้ข้อปัญหาที่เกิดจากการบริโภคสินค้าออนไลน์ไม่ได้เป็นปัญหาใหม่ แต่รูปแบบการซื้อขายออนไลน์มีส่วนทำให้ปริมาณการบริโภคสินค้าข้ามพรมแดนและข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการซึ่งโดยมากเป็นข้อพิพาทที่มีมูลค่าฟ้องร้องต่ำ มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ<sup>12</sup>

ปัจจุบันอาเซียนยังไม่มีกลไกการระงับข้อพิพาทออนไลน์อย่างเป็นทางการ ส่วนในต่างประเทศพบว่าหลายประเทศยังอยู่ในขั้นตอนการศึกษาและจัดทำระบบ ODR (Online Dispute Resolution) จากการสำรวจของ

<sup>9</sup> เอมผกา เตชะอภัยคุณ, “มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคกับการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ศึกษาที่มา ความจำเป็น และสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 3, น.403 (กันยายน 2555)

<sup>10</sup> ข้อมูลสรุป e-Commerce ของประเทศไทยในปี พ.ศ. 2556 จัดเก็บข้อมูลโดยสำนักงานสถิติแห่งชาติ : ธุรกิจ e-Commerce ส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการประเภท B2C ร้อยละ 79.7 รองลงมาเป็นผู้ประกอบการประเภท B2B ร้อยละ 19.3

<sup>11</sup> ข้อมูลการจดทะเบียนการจัดตั้งธุรกิจ ในประเทศไทย เดือนสิงหาคม พ.ศ. 2559 พบว่าธุรกิจขายปลีกทางอินเทอร์เน็ตมีจำนวนการจัดตั้งธุรกิจสูงถึงร้อยละ 120 (เทียบกับเดือนก่อนหน้า) สอดคล้องกับแนวโน้มการเติบโตของธุรกิจ e-commerce หรือการค้าออนไลน์ ที่มีสัดส่วนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องจากปี พ.ศ. 2558 คือระหว่างร้อยละ 15-20 ตามการเติบโตของปริมาณการใช้สื่อทางออนไลน์ เช่น Facebook Line Instragram เป็นต้น สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2559, จาก [http://www.dbd.go.th/download/document\\_file/Statisic/2559/T26/T26\\_201608.pdf](http://www.dbd.go.th/download/document_file/Statisic/2559/T26/T26_201608.pdf)

<sup>12</sup> มูลค่า e-Commerce แบบ B2C ของประเทศในภูมิภาคอาเซียน เรียงตามลำดับ ได้แก่ ไทย มาเลเซีย เวียดนาม อินโดนีเซีย สิงคโปร์และฟิลิปปินส์ มีมูลค่าทั้งสิ้น 7.03, 6.26, 2.00, 1.89, 1.48 และ 0.18 แสนล้านบาทตามลำดับ ประเทศในอาเซียนที่มีอัตราการเติบโตของมูลค่า e-Commerce แบบ B2C สูงที่สุด คือ อินโดนีเซีย โดยมีอัตราการเติบโตของมูลค่า e-Commerce แบบ B2C ที่เพิ่มขึ้นจำปี 2558 คิดเป็นร้อยละ 64.29 รองลงมา ได้แก่ มาเลเซีย ไทย และเวียดนามตามลำดับ ด้วยมูลค่าที่เพิ่มขึ้นจากปี 2558 คิดเป็นร้อยละ 46.92, 38.90 และ 36.86 ตามลำดับ (รายงานผลการสำรวจมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย ปี 2560 Value of e-Commerce Survey in Thailand 2017 จัดทำโดย สำนักยุทธศาสตร์สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์(องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม)

ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในอาเซียนห้าปีหลังมีปริมาณเพิ่มขึ้นร้อยละ 20 ต่อปี, Internet Society, Global Internet Report 2014

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD) พบว่าสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้บริโภคไม่เลือกบริโภคสินค้าหรือบริการออนไลน์ เป็นเพราะผู้บริโภคมีความกังวลและความไม่มั่นใจว่าจะได้รับสินค้าหรือบริการที่สั่งซื้อ เนื่องจากผู้บริโภคตระหนักว่าตนเองอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่น่าพึงพอใจ<sup>13</sup> ด้วยเหตุนี้ในหลายประเทศที่มีมูลค่าการทำธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สูงหรือมีระบบเศรษฐกิจดิจิทัลที่เติบโตจนกลายเป็นส่วนสำคัญของเศรษฐกิจของประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น จีน และยุโรป ต่างเข้าใจถึงความสำคัญในเรื่องของความเชื่อมั่นของผู้บริโภค (Trust) ผู้ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญตามหลักเศรษฐศาสตร์ว่าเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้ระบบเศรษฐกิจเดินหน้าต่อไปได้ ความเข้าใจในข้อสำคัญดังกล่าวก่อให้เกิดความพยายามที่จะลดทอนข้อจำกัดที่ทำให้ผู้บริโภคขาดความเชื่อมั่นในการบริโภคสินค้าหรือบริการด้วยการพัฒนากรอบการระงับข้อพิพาทออนไลน์ให้กับผู้บริโภค ในระดับผู้ประกอบการภาคเอกชน เช่น Ebay.com Amazon. Com และ Alibaba.com มีระบบการจัดการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในระบบตลาดออนไลน์ของตน เพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายมั่นใจว่าหากเกิดข้อพิพาทแล้วสามารถดำเนินเรื่องร้องเรียนได้ต่อเว็บไซต์ได้โดยตรง และมีระบบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็ว<sup>14</sup> (เป็นการให้บริการเพื่อความสะดวกแก่อีกฝ่ายหลังการขาย เพื่อรักษารฐานลูกค้าของตน) แต่วิธีการดังกล่าวยังขาดสภาพบังคับทางกฎหมาย และใช้ได้เฉพาะกับการค้าออนไลน์เฉพาะบางเว็บไซต์เท่านั้น สำหรับในระดับหน่วยงานของรัฐ การระงับข้อพิพาทออนไลน์ยังอยู่ในระหว่างพัฒนา ซึ่งยังไม่มีรูปแบบที่ชัดเจนและถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายนัก เช่น ตัวแทนจากสหภาพยุโรปได้ริเริ่มประสานความร่วมมือกับประเทศฟินแลนด์ เยอรมัน ออสเตรีย โครเอเชีย เพื่อจัดตั้ง ODR สำหรับสหภาพยุโรป ในขณะที่ประเทศเกาหลีใต้มีการประสานความร่วมมือกับประเทศในแถบเอเชียเพื่อจัดตั้ง ODR สำหรับเอเชีย<sup>15</sup>

ในปัจจุบันประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีความโดดเด่นในเรื่องการระงับข้อพิพาททางเลือกในคดีผู้บริโภคภายในประเทศ ดังที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงมีสองประเทศดังนี้

### 3. การระงับข้อพิพาททางเลือกในคดีผู้บริโภคภายในประเทศมาเลเซีย

ประเทศมาเลเซียมีการจัดตั้งหน่วยงานอิสระที่เรียกว่า “Tribunal for Consumer Claims” ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมาย มาตรา 85 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคประเทศมาเลเซีย พ.ศ. 2542 โดยเป็นองค์กรที่มีสาขาทั่วประเทศ เรื่องที่ผู้บริโภคสามารถร้องเรียนกับ Tribunal for Consumer Claims ได้แก่ การกระทำที่ผิดหรือชักนำไปในทางที่ผิด การแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จ การปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ความปลอดภัยในสินค้าหรือบริการ

Tribunal for Consumer Claims ประกอบไปด้วย ประธาน รองประธาน 1 คน และสมาชิกที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดอีกไม่ต่ำกว่า 5 คน<sup>16</sup> หน้าที่หลักของ Tribunal for Consumer Claims คือรับฟังและพิจารณาข้อพิพาทที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายยื่นเข้ามาให้พิจารณาตัดสินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2542 โดย Tribunal for Consumer Claims ถูกตั้งขึ้นด้วยจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคในการร้องเรียนที่สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย มีอำนาจรับฟังและพิจารณาข้อร้องเรียน หรือการร้องทุกข์ใด ๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคมาตรา 97 หรือตามที่รัฐมนตรีกำหนดและได้ประกาศใน

<sup>13</sup> OECD, Update of Official Statistics on Internet Consumer Transactions (2002), Retrieved on May 28, 2018, from <http://www.oecd.org/EN/home/0,,EN-home-29-nodirectorate-no-no-no-29,00.htm>.

<sup>14</sup> เจ้าหน้าที่ของเว็บไซต์ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการสืบสวนข้อเท็จจริงและสรุปคำตัดสินในกรณีนั้น ๆ หากคู่กรณีเพิกเฉยต่อการร้องขอข้อมูลจากเจ้าหน้าที่เว็บไซต์หรือไม่ปฏิบัติตามคำตัดสิน เจ้าหน้าที่เว็บไซต์มีอำนาจในการระงับการเข้าใช้งานเว็บไซต์ของคู่กรณีรายนั้น ๆ หรือในบางกรณีจะมีการเก็บเงินมัดจำของผู้ขายเพื่อนำไปชดเชยค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย ซึ่งจากผลการดำเนินงานที่ผ่านมาพบว่าได้รับการตอบรับดีจากผู้ซื้อและผู้ขาย ร้อยละ 90 ของข้อพิพาทสามารถตกลงกันได้ก่อนถึงชั้นศาล และใช้เวลาในการดำเนินการโดยเฉลี่ยประมาณ 2 สัปดาห์, พลอย เจริญสม. “การฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ตและการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ (2),” (5 พฤศจิกายน 2555).

<sup>15</sup> พลอย เจริญสม, “การฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ตและการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ (3),” (12 พฤศจิกายน 2555).

<sup>16</sup> Legal Professional Act 1976.

ราชกิจจานุเบกษา สำหรับคดีที่จะร้องเรียนเข้ามาจะต้องมีมูลค่า ไม่เกิน 10,000 ริงกิต (ประมาณ 80,000 บาท) (มาตรา 98) อย่างไรก็ตามในกรณีที่ข้อพิพาทมีมูลค่าสูงกว่านั้น Tribunal มีอำนาจพิจารณาและตัดสินได้หากคู่กรณีได้มีการตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>17</sup>

ขั้นตอนการพิจารณาคดีของ Tribunal for Consumer Claims จะเป็นไปโดยเปิดเผย โดยห้าม มิให้คู่กรณีมี หนายความ<sup>18</sup> กล่าวคือหากเห็นเป็นการสมควร Tribunal จะเรียกคู่กรณีมาเพื่อเจรจาตกลง (settlement) ใน ประเด็นปัญหาเสียก่อน หากตกลงกันได้จะมีการบันทึกข้อตกลงนั้นไว้ และข้อตกลงถือเสมือนเป็นคำวินิจฉัยของ Tribunal<sup>19</sup> แต่หากตกลงกันไม่ได้ Tribunal จะเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทนั่นเอง<sup>20</sup> ทั้งนี้ข้อตกลงของคู่กรณีที่ถูก บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรหรือคำตัดสินของ Tribunal จะถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีในกระบวนการพิจารณานั้นทั้งหมด โดยให้ถือคำตัดสินโดย Tribunal เสมือนเป็นคำสั่งของศาลล่าง (Magistrate’s court) ที่มีผลบังคับคู่กรณี ในกระบวนการพิจารณาได้ และสำเนาคำสั่งของ Tribunal for Consumer Claims จะถูกส่งไปยังศาลล่าง ซึ่งคู่กรณีมี หน้าที่ปฏิบัติตามภายใน 14 วัน นับแต่วันที่มิคำตัดสิน หากไม่ปฏิบัติตามจะมีโทษทางอาญา โดยปรับไม่เกิน 5,000 ริง กิต หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากยังคงไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล นอกเหนือจากบทลงโทษดัง ข้างต้นแล้ว จะมีการปรับอีกไม่เกิน 1,000 ริงกิต ต่อวันหรือต่อครั้งวัน (มาตรา 117)

ตามมาตรา 112 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2542 Tribunal จะต้องมีการตัดสินและคำสั่งภายใน 60 วัน นับจากวันแรกที่มีการเริ่มกระบวนการพิจารณา และ Tribunal มีอำนาจออกคำสั่ง เช่น จ่ายเงินให้แก่คู่กรณีอีก ฝ่ายหนึ่ง จัดหาสินค้าให้ใหม่ตามกฎหมายนี้ หรือตามสัญญาซื้อขายที่มีผู้บริโภคเป็นผู้สัญญา ซ่อมแซมหรือเปลี่ยน สินค้าใหม่ให้กับผู้บริโภค คืนเงินให้กับผู้บริโภค ชดใช้เงินตามคำสั่งให้กับคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายพร้อมด้วยดอกเบี้ยไม่เกิน ร้อยละแปดต่อปี เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น รวมถึงมีอำนาจพิจารณาค่าเสียหายสำหรับความสูญเสียหรือเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน (non-pecuniary) และยกข้อเรียกร้อง

สำหรับกลไกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบ Tribunal for Consumer Claims ดังที่รัฐบาลมาเลเซียกำหนด ตั้งไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ในทางปฏิบัติแล้วถือว่าได้รับการยอมรับจากผู้บริโภคมากกว่ารูปแบบการฟ้องคดี ต่อศาล เนื่องจากผู้บริโภคได้รับความสะดวกรวดเร็ว และมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่น้อยกว่า เมื่อเทียบกับการยื่น ฟ้องคดีต่อศาลแพ่ง และยังถือเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกับคดีผู้บริโภคส่วนใหญ่ที่เป็นคดีทุนทรัพย์ต่ำ (ไม่เกิน 10,000 ริงกิต) เพราะหากฟ้องคดีเล็กน้อยเหล่านี้ต่อศาลแพ่งนอกจากจะใช้ระยะเวลาอันยาวนานแล้ว ผู้บริโภคอาจต้องเสียค่า ธรรมเนียมศาลสูงเกินกว่ามูลค่าของข้อขัดแย้งระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจเสียด้วย ในส่วนของผลบังคับของคำ ตัดสินของ Tribunal for Consumer Claims เมื่อเปรียบเทียบกับคำตัดสินของศาลแพ่งแล้วนั้นไม่ต่างกัน เพราะต่าง เป็นคำตัดสินที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย ทำให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายจากกระทำของผู้ประกอบ ธุรกิจได้ในที่สุด แต่อย่างไรก็ตามหากผู้บริโภคเลือกฟ้องร้องคดีต่อศาลแพ่ง และเกิดกรณีคู่กรณีเห็นไม่ตรงกับคำพิพากษา ของศาลแพ่งขั้นต้นแล้ว คู่กรณียังมีโอกาสอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นไปยังศาลอุทธรณ์ต่อไปได้ ในขณะที่การระงับ ข้อพิพาทโดย Tribunal for Consumer Claims จะไม่สามารถอุทธรณ์คำตัดสินต่อไปได้เพราะคำตัดสินของ Tribunal ถือเป็นที่สุด

#### 4. กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกในคดีผู้บริโภคภายในประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ก่อตั้ง Consumer Association of Singapore (CASE) ในปี พ.ศ. 2514 เพื่อคุ้มครองและ สนับสนุนผลประโยชน์ผู้บริโภค โดยการให้ข้อมูล การศึกษา และส่งเสริมการค้าและการกระทำที่เป็นธรรม รวมถึงให้

<sup>17</sup> “Dispute Resolution Process in Malaysia,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2560, จาก <http://www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Als/pdf/17.pdf>.

<sup>18</sup> Malaysia Consumer Protection Act 1999 Section 108.

<sup>19</sup> *Ibid*, Section 107.

<sup>20</sup> “TRIBUNAL FOR CONSUMER CLAIMS: THE MALAYSIAN EXPERIENCE,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 มกราคม 2560, จาก <http://www.aiaa.org.au/Tribs03/Malaysia.pdf>.



ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ คำปรึกษาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2546 และให้บริการไกล่เกลี่ยแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ (Mediation service) เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสินค้าและบริการขึ้นในประเทศสิงคโปร์ หากผู้บริโภคประสงค์ที่จะฟ้องคดีต่อศาลก็สามารถขอคำปรึกษาแนวทางที่เหมาะสม เช่น การฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีในเรื่องเล็กน้อยจาก CASE ได้ แต่หากผู้บริโภคและผู้ประกอบการต้องการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลก็สามารถทำได้ด้วยการร้องเรียนไปยัง CASE เพื่อใช้บริการการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2547 และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดย CASE นั้นเริ่มต้นขึ้นได้เมื่อเกิดข้อขัดแย้งระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการที่ไม่สามารถตกลงกันเองได้ โดย CASE Mediation Center<sup>21</sup> จะเข้ามาทำหน้าที่เชิญให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้ามาทำความเข้าใจตกลงกันโดยสมัครใจด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่ส่งเสริมและผลักดันให้ทั้งสองฝ่ายหาข้อยุติในข้อขัดแย้งระหว่างกันเองโดยสันติวิธี (amicable settlement) กล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ยมิได้เป็นผู้ชี้ขาดหรือตัดสินหากแต่เพียงช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีเท่านั้น ดังนั้น CASE จึงเป็นหนึ่งหน่วยงานที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่คู่กรณีจะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล (ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ)

กล่าวโดยสรุป แม้ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ต่างมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองประชากรภายในรัฐ และมีทิศทางนโยบายในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศสมาชิกให้มีความสอดคล้องกัน<sup>22</sup> หากแต่ในปัจจุบันมุ่งเน้นไปที่กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้บริโภคและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และการพัฒนาอยู่ในระดับกฎหมายภายในประเทศเท่านั้น ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลไกการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดนและการรับรองคำพิพากษาต่างประเทศ ซึ่งมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้บริโภคนั้น ยังขาดความร่วมมือระหว่างกันและไม่ได้มีการพัฒนาเท่าที่ควร สวนทางกับปัญหาที่มีอัตราเพิ่มขึ้น ทำให้ผู้บริโภคอาเซียนส่วนใหญ่ที่ซื้อสินค้าและบริการจากผู้ประกอบการเพื่อนบ้านต้องประสบปัญหาไม่ได้รับการเยียวยาเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ ด้วยเหตุที่กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ มีแนวปฏิบัติและข้อกฎหมายที่ยู่งยากไม่เอื้อต่อการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้บริโภคอาเซียน และด้วยข้อเท็จจริงที่ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศยังคงมีความแตกต่างกันในระดับของการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคภายในประเทศ แต่ในท้ายที่สุดตามหลักกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (หัวข้อถัดไป)กฎหมายที่ต้องถูกบังคับใช้ในการพิจารณาคดีผู้บริโภคข้ามแดน คือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอันเป็นกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ผู้บริโภคจึงขาดความเชื่อมั่นต่อระบบกลไกการคุ้มครองผู้บริโภค และไม่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท<sup>23</sup> เนื่องจากไม่เกิดประโยชน์ที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจำนวนน้อยด้วยวิธีการที่ยู่งยากสิ้นเปลืองเงินและเวลา จนเกิดภาวะได้ไม่คุ้มเสีย (Learned helplessness) เหตุดังกล่าวส่งผลต่อการตัดสินใจไม่บริโภคสินค้าหรือบริการระหว่างประเทศสมาชิก ส่งผลเสียต่อการขยายตัวของมูลค่าทางเศรษฐกิจและการพัฒนาไปสู่เป้าหมายของการเป็นตลาดที่เปิดเสรีทางการค้าและบริการดังกล่าวข้างต้น

##### 5. ข้อจำกัดของหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดน

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศเกิดขึ้นในที่นี้หมายถึงข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคอาเซียนที่มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐหนึ่ง กับผู้ประกอบการที่มีภูมิลำเนาอยู่อีกรัฐหนึ่ง (เฉพาะกรณี B2C) ย่อมมี

<sup>21</sup> CASE Mediation Center ก่อตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2542 โดยผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยมาจากอาสาสมัครที่มาจากหลายสาขาอาชีพ ทำให้มั่นใจได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยสถิติแล้ว CASE Mediation Center ประสบความสำเร็จในการระงับข้อพิพาทได้ร้อยละ 70 – 80.

<sup>22</sup> ตามพิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2025 อาเซียนเน้นย้ำถึงการทำให้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศสมาชิกอาเซียนสอดคล้องกัน (Legal Harmonization) เพื่อสร้างความมั่นใจแก่ผู้บริโภค

<sup>23</sup> รายงานผลการสำรวจพฤติกรรมผู้บริโภคอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ปี 2558 โดย ETDA พบว่า 23% ซื้อแล้วประสบปัญหาแต่มีเพียง 3% เท่านั้นที่มีการร้องเรียนผ่านหน่วยงานภาครัฐ.

กฎหมายของรัฐอย่างน้อยสองรัฐเข้ามามีบทบาทในข้อพิพาทดังกล่าว อันเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) ในเรื่องกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Law on Conflict of laws) โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณาคำตอบเบื้องต้นในสองประการคือ 1) ศาลใดมีเขตอำนาจเหนือคดีข้อพิพาท และ 2) จะใช้กฎหมายภายในของรัฐใดในการพิจารณาคดีข้อพิพาท ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้บริโภคไทยสั่งซื้อสินค้าออนไลน์จากผู้ประกอบการกัมพูชาแต่ไม่ได้รับสินค้าหรือได้รับสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่อง และต้องการฟ้องร้องผู้ประกอบการกัมพูชา กรณีจึงเป็นข้อพิพาทที่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศ ดังนั้นหากผู้บริโภคไทยฟ้องร้องผู้ประกอบการกัมพูชาที่ศาลไทย และในสัญญาซื้อขายมิได้มีการตกลงเลือกใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งไว้ก่อนแล้ว เมื่อศาลไทยพิจารณาเลือกใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยหรือประเทศกัมพูชาย่อมกระทบต่อผลของคดี เช่น หากกฎหมายไทยหรือกฎหมายกัมพูชาไม่มีการรับรองสิทธิของผู้บริโภค ย่อมส่งผลให้ผู้บริโภคตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบเมื่อศาลเลือกตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กฎหมายภายในของรัฐที่ไม่มีการรับรองสิทธิของผู้บริโภค เป็นต้น การใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศกับคดีผู้บริโภคข้ามแดนซึ่งมีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องหลายฉบับ และกฎหมายของต่างประเทศจำต้องเข้ามามีบทบาทในคดี ทำให้ความไม่ชัดเจนในตัวกฎหมายที่จะถูกใช้ในการระงับข้อพิพาทกลายเป็นปัจจัยหนึ่งที่เป็นอุปสรรคต่อทั้งฝ่ายผู้ประกอบการและผู้บริโภคในการเข้ามาขายและซื้อสินค้าและบริการระหว่างประเทศ เนื่องด้วยความไม่ชัดเจนดังกล่าวย่อมส่งผลในเรื่องต้นทุนสินค้า แผนการตลาด และความกังวลในข้อยุ่งยากของกฎหมาย

สำหรับกรณีที่สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศมีข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและมีข้อกำหนดเลือกกฎหมายที่จะใช้ระงับข้อพิพาทไว้ก่อนแล้วก็จะเกิดปัญหาเพิ่มอีกลักษณะหนึ่ง เนื่องจากโดยส่วนมากผู้ประกอบการมักเป็นฝ่ายระบุเลือกกฎหมายในสัญญาที่เรียกว่าสัญญาสำเร็จรูป (Take It or Leave It)<sup>24</sup> กฎหมายที่ผู้ประกอบการเลือกนำมาใช้บังคับกับสัญญามักจะมีได้เอื้อประโยชน์ให้ฝ่ายผู้บริโภคเท่าที่ควรจะเป็น เช่น เป็นกฎหมายของรัฐเจ้าของภูมิลำเนาผู้ประกอบการ หรือกฎหมายต่างประเทศที่รับรองสิทธิผู้บริโภคน้อยกว่ากฎหมายของรัฐเจ้าของภูมิลำเนาผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบเพราะหากเกิดข้อพิพาทและผู้บริโภคต้องการเรียกร้องค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบการ ผู้บริโภคจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล ทำให้มีภาระค่าใช้จ่ายและความยุ่งยากเป็นอย่างมากในการฟ้องร้องคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศต่อศาล เช่น อุปสรรคในเรื่องของภาษาที่ต่างกัน ความไม่คุ้นเคยกับระบบกฎหมายต่างประเทศ การตีความกฎหมาย และความแตกต่างในเรื่องระเบียบข้อปฏิบัติของศาลหรือหน่วยงานต่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับคดีผู้บริโภคภายในประเทศแล้ว เมื่อมีปัจจัยเรื่องเขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction) เข้ามาเกี่ยวข้อง คดีผู้บริโภคข้ามแดนจะมีความยุ่งยากซับซ้อน มีค่าใช้จ่ายสูงตลอดจนใช้ระยะเวลายาวนานยิ่งไปกว่าคดีผู้บริโภคภายในประเทศ

ด้วยเหตุผลหลายประการดังกล่าวข้างต้น คดีผู้บริโภคที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือคดีผู้บริโภคข้ามแดน (Cross-border consumer contract) ที่เข้าสู่กระบวนการทางศาลนั้นจึงมีจำนวนน้อยมาก (มิได้สะท้อนว่าไม่มีปัญหาการผิดสัญญาผู้บริโภคในการทำธุรกรรมบริโภคสินค้าระหว่างประเทศ แต่กลับเป็นการสะท้อนว่าเกิดปัญหาในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้บริโภค) เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งนั่นคือ คดีผู้บริโภคส่วนใหญ่เป็นคดีที่มีทุนทรัพย์ต่ำ ผู้บริโภคมักจะไม่นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับ ข้อพิพาททางศาล เพราะในมุมมองของผู้บริโภค การดำเนินคดีทางศาลนั้นมีต้นทุนสูงและมีความไม่แน่นอนในประการที่ว่าจะเป็นฝ่ายชนะคดีหรือไม่ หากแม้ชนะคดีแล้ว ค่าเสียหายที่คาดหวังจะได้รับอาจน้อยกว่าเท่ากับหรือสูงกว่าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการพิจารณา คดีอีกทั้งขั้นตอนต่าง ๆ กินระยะเวลาอันยาวนานจนกว่าจะเสร็จสิ้นและยังมีความไม่แน่นอนในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาในรัฐภูมิลำเนาของผู้ประกอบการว่าทำได้หรือไม่เพียงไร เนื่องด้วยโดยมากแล้วการรับรองและการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นความตกลงในระดับทวิภาคี คดีผู้บริโภคที่จะนำคำพิพากษาของศาลไปบังคับในประเทศของผู้ประกอบการจึงต้องบังเอิญเป็นการจับคู่ระหว่างผู้บริโภคและ

<sup>24</sup> Daril Gawith, “Cost-Effective Redress for Low-Value International Consumer Transactions : Current Status and Potential Directions,” (PhD dissertation, University of Queensland, 2006), p.6.

ผู้ประกอบการที่มีภูมิลำเนาในรัฐที่มีสนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าวข้างต้น และในบางข้อตกลงตามสนธิสัญญาปรากฏว่า การบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะต้องเป็นการบังคับตามคำพิพากษาของศาลสูงสุดเท่านั้น และหากแม้ในที่สุดสามารถบังคับคดีได้ การบังคับคดีระหว่างประเทศก็มีค่าใช้จ่ายมากและใช้เวลานาน การฟ้องร้องคดีจึงกลายเป็นภาระยุ่งยาก มีต้นทุนสูงทั้งที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงิน เช่น เวลา และความเครียด มากเกินกว่าที่ผู้บริโภคส่วนใหญ่จะรับได้

สำหรับประเด็นการระงับข้อพิพาททางศาล ผู้เขียนได้แบ่งคดีผู้บริโภคเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่ไม่เกิดข้อสงสัยในเรื่องความคุ้มค่าในการฟ้องร้องคดีต่อศาลเนื่องจากเป็นกลุ่มคดีความที่ผู้บริโภคเรียกค่าเสียหายสูงกว่าค่าใช้จ่ายจากการฟ้องร้องคดีต่อศาลในสัดส่วนที่มาก ส่วนกลุ่มที่สองคือกลุ่มที่ผู้เขียนมุ่งทำการศึกษาเป็นหลัก โดยศึกษาในประเด็นเรื่องความคุ้มค่าในการฟ้องร้องคดีต่อศาล เป็นกลุ่มคดีความที่ผู้บริโภคเรียกค่าเสียหายน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความใกล้เคียงหรือต่ำกว่าค่าใช้จ่ายจากการฟ้องร้องคดีต่อศาลเป็นอย่างมาก ซึ่งนับเป็นกลุ่มผู้บริโภคส่วนใหญ่ ผู้บริโภคกลุ่มนี้ทั้งในกรณีที่บริโภคสินค้าและบริการภายในและ ระหว่างประเทศจึงจึงใจเลือกที่จะไม่ฟ้องร้องคดี ทำให้ไม่ได้รับการเยียวยาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างน่าเสียดาย

#### 6. สหภาพยุโรปกับการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดน

ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมีความพยายามหาแนวทางร่วมกันในการจัดการปัญหาข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามแดนภายในยุโรปมากกว่า 30 ปี<sup>25</sup> โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อสนับสนุนการบริโภคสินค้าระหว่างประเทศสมาชิก แต่เนื่องจากประเด็นการคุ้มครองผู้บริโภคถูกมองว่ามีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน จึงต้องมีการพิจารณาหลักการในเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือเขตแดนแห่งรัฐร่วมด้วย ทำให้การหาแนวทางร่วมกันของสหภาพยุโรปดำเนินไปในทิศทางของการประสานความร่วมมือในหลายระดับ เช่น Full/Minimum Harmonisation ในรูปแบบ Directive หรือ Regulation แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นแนวคิดพยายามปรับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคภายในของแต่ละประเทศสมาชิกให้มีมาตรฐานเสมอกัน หรืออย่างน้อยมีมาตรฐานขั้นต่ำร่วมกัน โดยมีแนวปฏิบัติ คือ เลือกนำกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคภายในของประเทศสมาชิกมาใช้กับคดีผู้บริโภคข้ามพรมแดนเช่นเดียวกันกับคดีผู้บริโภคภายในประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป โดยมีได้แบ่งแยกให้ใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งหรือมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อใช้กับคดีผู้บริโภคข้ามพรมแดนเป็นการเฉพาะ ในส่วนขั้นตอนของการเลือกกฎหมายให้กับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (ผู้บริโภคและผู้ประกอบการมีภูมิลำเนาต่างรัฐกัน) ให้เป็นไปตามข้อตกลงในมาตรา 6 อนุสัญญากรุงโรม (Rome I regulation) อันเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญาผู้บริโภคที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นประชากรของประเทศสมาชิกทั้ง 27 ประเทศ<sup>26</sup>

อนุสัญญากรุงโรมถูกใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 17 ธันวาคม 2009 โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อขจัดปัญหาการเลือกกฎหมาย (Forum shopping) ที่ใช้บังคับแก่สัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ในอนุสัญญานี้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นข้อยกเว้นหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยมาตรา 6 ในอนุสัญญาได้วางหลักการเฉพาะสำหรับสัญญาผู้บริโภคไว้ว่า แม้ว่าผู้ประกอบการและผู้บริโภคจะมีสิทธิกำหนดเลือกกฎหมายของประเทศใดในการระงับข้อพิพาทได้อย่างเสรี (Freedom of contract) แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายที่เลือกใช้นั้นจะต้องมีผลทางกฎหมายที่ให้คุณต่อฝ่ายผู้บริโภคไม่น้อยไปกว่ากฎหมายของรัฐภูมิลำเนาของผู้บริโภค กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อแก้ปัญหาในกรณีที่ผู้ประกอบการกำหนดเลือกกฎหมายเอาไว่วางหน้าในสัญญาซื้อขายในส่วนข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยมักจะกำหนดเลือกกฎหมายของประเทศที่มีผลทางกฎหมายเอื้อประโยชน์ต่อฝ่ายตนมากกว่า จากประสบการณ์การใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวของสหภาพยุโรป มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่าสำหรับคดีผู้บริโภคที่ส่วนใหญ่มีมูลค่าการฟ้องร้องต่ำ แม้ผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษตามกฎหมายมาตรา 6 แต่ผู้บริโภคยังจำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาล กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงยังไม่ตรงกับความต้องการขจัดปัญหาเรื่องความคุ้มค่าในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้ หรือแม้แต่ความพยายามออกแบบกระบวนการทางศาลในคดีผู้บริโภคให้มีความยุ่งยาก

<sup>25</sup> Twigg Flesner, A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU, 2012, p. 1.

<sup>26</sup> ยกเว้นประเทศเดนมาร์ก ซึ่งยังอยู่ภายใต้ Rome Convention 1980.

ซับซ้อนและค่าใช้จ่ายน้อยลง เช่น การดำเนินคดีความที่เรียกค่าเสียหายเล็กน้อย (Small claims procedure) และการพิจารณาคดีแบบกลุ่ม (Collective redress) เพื่อประหยัดเวลาค่าใช้จ่ายเมื่อความเสียหายเป็นอย่างเดียวกันและเกิดเหตุเดียวกัน อาจเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ ไม่ถูกต้อง และไม่สามารถนำไปใช้ให้เกิดผลอย่างกว้างขวางในทางปฏิบัติหรือไม่อย่างไร<sup>27</sup> ถึงแม้การฟ้องร้องคดีต่อศาลภายใต้ข้อกำหนดเฉพาะที่เอื้ออำนวยประโยชน์ต่อผู้บริโภคดังกล่าวข้างต้นจะเป็นการลดอุปสรรคในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้บริโภค แต่หากผู้บริโภคไม่เห็นว่าจะเกิดความคุ้มค่าที่จะฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายมูลค่าเล็กน้อยและตัดสินใจไม่ฟ้องคดี ก็เท่ากับว่ากฎหมายที่หมายจะคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคนั้น ๆ เสียเปล่าไร้ผลและความหมาย อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวปฏิบัติดังกล่าวมิใช่วิธีการแก้ปัญหาที่อยู่บนข้อเท็จจริงและไม่สามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ เพราะมีไว้สำหรับผู้บริโภคกลุ่มที่สมัครใจชำระรับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางศาลเท่านั้น จึงนับเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีกลุ่มเป้าหมายเล็กมาก

ทางเลือกของผู้บริโภคอีกช่องทางหนึ่งที่สหภาพยุโรปออกแบบมาเพื่อให้ทันสมัยมากขึ้น คือการระงับข้อพิพาทผ่าน The European Consumer Centres Network (ECC-Net) ซึ่งถูกตั้งขึ้นโดยคณะกรรมการยุโรป (The European Commission) เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2001 โดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นศูนย์บริการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการและผู้บริโภคโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ซึ่งหมายรวมถึงหน้าที่ให้ความช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคที่มีภูมิลำเนาในยุโรปเมื่อเกิดข้อพิพาทในการบริโภคสินค้าหรือบริการระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป<sup>28</sup> ด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Consumer Alternative Dispute Resolution: CADR) ผ่านการร้องเรียนออนไลน์ โดยคู่พิพาทสามารถเลือกได้ว่าต้องการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอม ไกล่เกลี่ย หรือการอนุญาโตตุลาการ โดยมีขั้นตอนภายใต้ข้อกำหนด Regulation on Consumer ODR 2013 ดังนี้

ผู้ร้องเรียนยื่นคำร้องผ่านระบบออนไลน์ โดยกรอกข้อมูลคำร้องในรูปแบบฟอร์มร้องเรียนเพื่อขอให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการในหน้าเว็บไซต์ “EU ODR Platform” โดย platform จะทำหน้าที่เป็นตัวกลางเชื่อมให้คู่สัญญาสามารถไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยไม่ต้องเดินทางมาศาลและไม่จำเป็นต้องพบกัน และข้อมูลทั้งหมดที่อยู่ในกระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์จะถูกเก็บเป็นความลับ<sup>29</sup>

เมื่อคู่พิพาทได้รับข้อเรียกร้องแล้ว ให้คู่พิพาทยื่นคำชี้แจงผ่านทางออนไลน์ว่าต้องการเข้าร่วมระงับข้อพิพาทหรือไม่<sup>30</sup> ในกรณีที่ฝ่ายที่ได้รับข้อเรียกร้องไม่ต้องการเข้าร่วมระงับข้อพิพาทให้ถือว่ากระบวนการยุติลง แต่หากต้องการเข้าร่วมการระงับข้อพิพาท คู่สัญญาจะเลือก ADR Entity (ผู้ทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการให้บริการระงับข้อพิพาท อาจเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หน่วยงานราชการ หรือองค์กรอิสระ) ทั้งนี้ ADR Entity จะต้องเป็นผู้ที่ขึ้นทะเบียนบนเว็บไซต์โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน Directive on Consumer ADR<sup>31</sup>

ADR Entity ดำเนินการระงับข้อพิพาทและมีคำวินิจฉัยภายใน 30 วัน นับแต่วันรับคำร้อง<sup>32</sup>

ADR Entity แจ้งผลให้คู่กรณีรับทราบ ทั้งนี้หากหากคู่สัญญาไม่พอใจในคำวินิจฉัยย่อมมีสิทธิกลับไปใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในศาลได้

<sup>27</sup> ดูเพิ่ม Jonathan Hill, *supra note 3*, 1.23.

<sup>28</sup> Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation No 2006/2004 and Directive 22/2009/EC (Directive 107 on Consumer ADR)

<sup>29</sup> Regulation on Consumer ODR 2013, Recital (20)

<sup>30</sup> *Ibid*, Art. 12

<sup>31</sup> *Ibid*, Art. 5(d), 9(4)

<sup>32</sup> *Ibid*, Art. 9(b)

## 7. กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกในคดีผู้บริโภคข้ามแดนในยุคดิจิทัล

ในขณะที่ประเทศต่างๆ มีความพยายามยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคด้วยการพัฒนาแนวทางการระงับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคข้ามพรมแดน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้บริโภคกลุ่ม B2C e-commerce ที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก เราได้พบข้อจำกัดหลายประการผ่านประสบการณ์ตรงของยุโรปในหลักการทำให้กฎหมายภายในสหภาพสอดคล้องกัน (Legal harmonisation) ดังข้อสังเกตที่ยกไว้ข้างต้น รวมถึงความยุ่งยากซับซ้อนของกระบวนการทางศาลผ่านระบบกฎหมายระหว่างประเทศ และหากพิจารณาโดยข้อเท็จจริงแล้วความต้องการอันดับแรกของผู้บริโภคออนไลน์มองหาอาจมีใช้การเยียวยาผ่านระบบกฎหมาย หากแต่เป็นความต้องการได้รับการดูแลเบื้องต้นจากผู้ประกอบการโดยตรง เช่น การคืนเงิน การให้เปลี่ยนสินค้า และบริการหลังการขาย เป็นต้น ดังนั้นแนวคิดในเรื่อง Private ordering<sup>33</sup> จึงเข้ามาเป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่อาจตอบโจทย์ความต้องการของผู้บริโภคยุคไซเบอร์

Private ordering คือ รูปแบบของกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ รวมไปถึงการระงับข้อพิพาทโดยหน่วยงานหรือองค์กรผู้ดำเนินการได้กระทำในฐานะเอกชน (อาจเป็นนิติบุคคล หน่วยงานราชการ หรือองค์กรอิสระ) หรืออีกนัยหนึ่งคือมีใช้การดำเนินการในฐานะของรัฐ<sup>34</sup> ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น คู่พิพาทสามารถตกลงกันด้วยความสมัครใจเลือกรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นผ่านความช่วยเหลือของหน่วยงานหรือองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางดังกล่าว สำหรับการระงับข้อพิพาทผ่านตัวกลางโดยไม่พึ่งพารัฐนั้นเป็นแนวคิดทางกฎหมายที่มีมาแต่อดีต ในปัจจุบันวิธีการดังกล่าวกลับมามีบทบาทสำคัญและน่าจะเป็นตัวเลือกที่เหมาะสมกับผู้ที่ต้องการหลีกเลี่ยงข้อจำกัดในวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีค่าใช้จ่ายสูงและมีความยุ่งยากซับซ้อน<sup>35</sup>

สำหรับในประเด็นการคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักของ Private ordering มาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคจะถูกจำแนกออกเป็นสองส่วนสำคัญ ซึ่งผู้เขียนเน้นศึกษาเฉพาะในส่วนหลัง ดังนี้<sup>36</sup>

มาตรการเชิงป้องกัน เช่น กลไกตลาดผ่านการแสดงความคิดเห็นและความพึงพอใจของผู้บริโภคต่อผู้ประกอบการบนสื่อสาธารณะออนไลน์ การให้ตราสัญลักษณ์รับรองคุณภาพสินค้าเพื่อการันตีคุณภาพของสินค้าหรือบริการ (Trustmarks) แก่ผู้ประกอบการที่ปฏิบัติตามหลักปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค (Codes of Practice) เป็นต้น

มาตรการเชิงแก้ปัญหา ในที่นี้หมายถึง การระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution: ODR) ซึ่งถือเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยมีตัวกลางเข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเช่นเดียวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกทั่วไป (Alternative Dispute Resolution : ADR) อันประกอบไปด้วย การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ หากแต่สำหรับ ODR แล้วกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะเกิดขึ้นผ่านระบบออนไลน์ นั่นคือคู่พิพาทและตัวกลางในการระงับข้อพิพาททำการติดต่อสื่อสารระหว่างกันผ่านทางอีเมล และ/หรือเว็บไซต์ที่ต้องใส่รหัสผ่าน มีการยื่นเอกสาร ภาพถ่าย พยานหลักฐาน โดยทำเป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ ในส่วนของการเจรจาตกลง ประนีประนอมทำได้ผ่านทางโทรศัพท์, จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail), ห้องสนทนา (Chat room) หรือการติดต่อผ่านจอภาพ (Video Conference) (“Quasi hearings”)<sup>37</sup> เมื่อเทียบกับ ADR แล้ว ODR มีความ

<sup>33</sup> ดูเพิ่ม Sutatip Yuthayotin, “Access to Justice in Transnational B2C E-commerce : A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanisms,” (Ph.D. dissertation, Kyushu University, 2012), p.213-254.

<sup>34</sup> “Drivers for Research Excellence,” Retrieved on May 7, 2019, from <https://www.uantwerpen.be/en/research-groups/personal-rights-and-property-rights/drivers-for-research/private-ordering/>.

<sup>35</sup> “What is Private ordering?,” Retrieved on May 7, 2019, from [http://www.theactivistinvestor.com/The\\_Activist\\_Investor/Blog/Entries/2015/9/29\\_What\\_is\\_Private\\_Ordering.html](http://www.theactivistinvestor.com/The_Activist_Investor/Blog/Entries/2015/9/29_What_is_Private_Ordering.html).

<sup>36</sup> P.Corte’s, Online Dispute Resolution for consumer in the European Union, (Taylor and Francis, 2011), p.59.

<sup>37</sup> ดูเพิ่ม G. P. Calliess and P. Zumbansen, Rough Consensus and Running Code, A Theory of Transnational Private Law, (Hardback, 2010), pp. 157–158. และ W. Krause, “Do You Want to Step Outside?”

แตกต่างในประการที่เครื่องมือสื่อสารทางเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามามีบทบาทสำคัญ<sup>38</sup> ประหนึ่งเป็นองค์ประกอบหน่วยที่สี่ นอกเหนือไปจากสามหน่วยแรก อันได้แก่ ผู้บริโภค ผู้ประกอบการ และตัวกลางผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท เช่น ผู้ไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการ<sup>39</sup>

ประเภทของข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์ได้ สหภาพยุโรปกำหนดไว้แต่เพียงว่าต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคเท่านั้น ในขณะที่คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) กำหนดว่าต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากธุรกรรมข้ามพรมแดนที่มีมูลค่าต่ำ โดยมีการทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และต้องเป็นข้อเรียกร้องในกรณี 1) ไม่ส่งมอบสินค้าหรือบริการ หรือส่งมอบแล้วแต่ไม่ตรงตามที่ตกลงกัน หรือคำนวณค่าสินค้าหรือบริการไม่ถูกต้อง และ 2) ไม่ได้รับการชำระค่าสินค้าหรือบริการ<sup>40</sup>

ตัวอย่างการระงับข้อพิพาทออนไลน์ (ODR) ที่มีการนำมาใช้ในปัจจุบัน

การเจรจาระหว่างคู่พิพาทออนไลน์

เป็นการเจรจาตกลงหาข้อยุติในข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่มีตัวกลางหรือบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง<sup>41</sup> เป็นการหาข้อตกลงที่สองฝ่ายพึงพอใจในเรื่องจำนวนเงิน มีลักษณะคล้ายการประกวดราคา เนื่องจากแต่ละฝ่ายสามารถยื่นข้อเสนอจำนวนเงินที่ต้องการเข้าไปในระบบอัตโนมัติที่ผู้บริการกำหนดไว้<sup>42</sup> (ยื่นข้อเสนอได้ฝ่ายละ 3 ครั้ง) โดยที่คู่พิพาทจะไม่เห็นตัวเลขที่อีกฝ่ายเสนอมา โดยระบบจะทำการตั้งค่าความแตกต่างของจำนวนเงินที่ทั้งสองฝ่ายเสนอ เมื่อจำนวนตัวเลขอยู่ในระดับที่มีความแตกต่างกันระหว่างร้อยละ 5-30 แล้วระบบจะทำหน้าที่คำนวณค่ากลางของตัวเลขเพื่อให้เป็นจำนวนเงินสุดท้ายที่ตกลงกันได้ที่สุด<sup>43</sup> ตัวอย่างผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทลักษณะดังกล่าว เช่น CyberSettle ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือว่าประสบความสำเร็จเป็นอย่างดี<sup>44</sup> เนื่องจากการอำนวยความสะดวกทำให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ผ่านวิธีการออนไลน์ และมีขั้นตอนที่ง่ายขึ้น ประหยัดขึ้น และรวดเร็วขึ้นอย่างมาก

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออนไลน์

สำหรับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนมากขึ้น จำเป็นต้องใช้ตัวกลางในการช่วยไกล่เกลี่ยหาทางยุติข้อพิพาท หนึ่งในผู้ให้บริการที่ประสบความสำเร็จอย่างมากในการให้บริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคออนไลน์ คือ ผู้ให้บริการเอกชนสัญชาติอเมริกันที่ชื่อว่า SquareTrade<sup>45</sup> โดยการจัดการระงับข้อพิพาทออนไลน์อาจแบ่งเป็น 2 ระดับ ในเบื้องต้นผู้บริการจัดให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบการได้เข้ามาประนีประนอมข้อพิพาทต่อกัน

---

An Overview of Online Alternative Dispute Resolution,” 19 John Marshall Journal of Computer & Information Law 457, 460 (2001).

<sup>38</sup> ดูเพิ่ม Hill, *supra* note 6, p.277

<sup>39</sup> ดูเพิ่ม E. Katsh and J. Rifkin, *Online Dispute resolution*, (Jossey-Bass, 2001), p.93–94.

<sup>40</sup> Draft of the United Nations Commission on International Trade Law on Online Dispute Resolution Rules, Article 1

<sup>41</sup> ดูเพิ่ม A. Lodder and E. Thiessen, *The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution*, in E. Katsh and D. Choi (eds.), *Online Dispute Resolution (ODR), Papers and Proceedings of the 2003 United Nations Forum on ODR* (2003).

<sup>42</sup> ดูเพิ่ม Calliess and Zumbansen, *supra* note 36, p.158

<sup>43</sup> ดูเพิ่ม Calliess and Zumbansen, *ibid*, p.158.

<sup>44</sup> ดูเพิ่ม Corté’s, *supra* note 35, p.65.

<sup>45</sup> เคยเป็นผู้ให้บริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออนไลน์ให้กับลูกค้าของ eBay ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ จนถึงปี 2008 โดยลูกค้าของ eBay สามารถใช้บริการระงับข้อพิพาทผ่านระบบฟรี และในกรณีต้องใช้ผู้ไกล่เกลี่ยจะมีค่าใช้จ่ายแต่ก็เพียงเล็กน้อย See Calliess and Zumbansen, *ibid*, p.159.

โดยตรงผ่านหน้าเว็บไซต์ในระบบอินเทอร์เน็ต หากไม่ประสบความสำเร็จในการหาข้อยุติในกรณีพิพาท ก็จะเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยออนไลน์<sup>46</sup>

การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยออนไลน์ที่จัดโดย SquareTrade มีขั้นตอนดังนี้

ผู้บริโภครหรือผู้ประกอบการได้ยื่นคำร้องเรียนออนไลน์เข้ามาในระบบ โดยต้องกรอกแบบสอบถามในเว็บไซต์เพื่อประโยชน์ในการแบ่งประเภทข้อร้องเรียนและการกำหนดแนวทางระงับข้อพิพาท

ระบบจะส่งอีเมลสอบถามความสมัครใจในการเข้าร่วมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออนไลน์ พร้อมกับข้อเสนอแนวทางการยุติข้อขัดแย้งที่เป็นไปได้ให้คู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม<sup>47</sup>

หากคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามตอบรับว่าจะเข้าร่วมระงับข้อพิพาทกลับมา พร้อมกับเลือกหนึ่งในแนวทางยุติข้อขัดแย้งที่ได้รับการเสนอมาแล้ว ถือว่าข้อพิพาทยุติลง

หากคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามตอบรับว่าจะเข้าร่วมระงับข้อพิพาท แต่ยังไม่เห็นด้วยกับแนวทางยุติข้อขัดแย้งที่ได้รับการเสนอมา ให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าวผ่านระบบออนไลน์ โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาทำหน้าที่ตัวกลางในการหาทางยุติข้อพิพาท

ด้วยวิธีการสื่อสารที่ทำผ่านวิธีการออนไลน์ ตัวระบบ และรูปแบบโปรแกรมที่ออกแบบ มีลักษณะพิเศษในประการที่ส่งเสริมและสร้างเงื่อนไขที่เป็นมิตรต่อการต่อรอง ประนีประนอม และไกล่เกลี่ยหาข้อยุติเพื่อให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายพึงพอใจ<sup>48</sup> ทำให้ร้อยละ 80 ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออนไลน์โดย SquareTrade สามารถยุติข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว โดยเสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 2 สัปดาห์ และร้อยละ 98 ของข้อยุติได้รับการปฏิบัติตามที่ตกลงกัน<sup>49</sup> อีกทั้งจากการสำรวจพบว่าร้อยละ 80 ของคู่พิพาทแสดงความพึงพอใจและต้องการกลับมาใช้บริการอีกหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น<sup>50</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่าวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออนไลน์ดังกล่าว เป็นวิธีที่เป็นมิตรกับผู้บริโภคมาก เนื่องจากเป็นวิธีที่ใช้การติดต่อสื่อสารทางอีเมล หรือหน้าเว็บไซต์ จึงมีความสะดวกและประหยัดจึงเหมาะสมอย่างยิ่ง ที่จะนำมาใช้ระงับข้อพิพาทที่มีมูลค่าต่ำ<sup>51</sup> ดังเช่นคดีผู้บริโภคข้ามพรมแดน

การอนุญาโตตุลาการออนไลน์

การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ คือการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคนที่คู่พิพาทตกลงเลือกมา โดยเปิดโอกาสให้คู่พิพาทแสดงข้อเรียกร้องและข้อต่อสู้พร้อมทั้งนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบเพื่อรับฟังข้อเท็จจริง เมื่อรับฟังข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการแล้ว อนุญาโตตุลาการจึงมีความวินิจฉัยข้อพิพาทได้ มีข้อแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการทั่วไปในข้อที่ การดำเนินการทั้งหมดของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นเกิดขึ้นผ่านเครื่องมือทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เช่นเดียวกับการไกล่เกลี่ยออนไลน์ดังอ้างข้างต้น ตัวอย่างการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในปัจจุบัน เช่น การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ภายใต้ UK Chartered Institution of Arbitrators (CIArb) ซึ่งข้อพิพาทที่จะเข้าสู่

<sup>46</sup> Sutatip Yuthayotin, *supra* note 32, p.238.

<sup>47</sup> ในทางปฏิบัติมักได้รับการตอบรับว่าจะเข้าร่วมการระงับข้อพิพาทจากคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม เพราะหากฝ่ายที่ถูกร้องเรียนอยู่ในฐานะผู้บริโภค การเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทย่อมเป็นคุณในแง่การได้รับการเยียวยาความเสียหาย ในขณะที่หากฝ่ายที่ถูกร้องเรียนอยู่ในฐานะผู้ประกอบการ การเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทย่อมเป็นคุณในแง่การรักษาชื่อเสียงและฐานลูกค้าของตน ดูเพิ่มเติม Corté's, *supra* note 35, p.67 และ Callies and Zumbansen, *supra* note 36, p.159.

<sup>48</sup> See Corté's, *ibid*, p.67.

<sup>49</sup> See Callies and Zumbansen, *ibid*, p.158.

<sup>50</sup> O Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for A New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 Harvard Negotiation Law Review 253, 258 (2006).

<sup>51</sup> ดูเพิ่มเติม S. Abernethy, *Building Large-Scale Online Dispute Resolution and Trustmark Systems'* Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003 (2003), p.2.

กระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์นี้ได้ ต้องเป็นข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 10,000 ปอนด์ และในกระบวนการระงับข้อพิพาท คู่พิพาทจะต้องเสียค่าธรรมเนียมแต่ก็เพียงจำนวนไม่มาก<sup>52</sup>

## บทสรุป

ข้อสำคัญในประเด็นการเยียวยาผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย คือ “ความรับผิดชอบของ ผู้ประกอบธุรกิจต่อผู้บริโภค” ซึ่งจะเกิดขึ้นได้อย่างดีเยี่ยมบนรากฐานของ “มาตรการคุ้มครองผู้บริโภค” ที่เข้มแข็งและ “กลไกการระงับข้อพิพาท” ที่มีประสิทธิภาพและใช้งานได้จริงในทางปฏิบัติ อันเป็นเครื่องมือสำคัญของผู้บริโภคในการเข้าถึงและใช้สิทธิของตนในฐานะผู้บริโภคได้อย่างเต็มศักยภาพ ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า นอกจากความต้องการของผู้บริโภคในเรื่อง “นวัตกรรมด้านสินค้าและบริการ” จากผู้ประกอบการแล้ว ผู้บริโภคยังต้องการ “นวัตกรรมด้านการกำกับดูแล” จากหน่วยงานผู้ทำหน้าที่กำกับดูแลด้วย การปรับตัวของกระบวนการระงับข้อพิพาทในยุคดิจิทัลจึงมีความสำคัญและท้าทาย เพราะการให้ความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคในยุคปัจจุบันจำเป็นต้องมีการออกแบบกลไกการระงับข้อพิพาทบนพื้นฐานของความเข้าใจเพื่อให้สอดคล้องกับกลไกของเทคโนโลยีที่เป็นปัจจัยพื้นฐานในการทำธุรกรรมของประชาชนในยุค 4.0

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเป็นที่ประจักษ์ว่าถึงเวลาแล้วที่อาเซียนต้องพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทให้ทันสมัยและมีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการระงับข้อพิพาทแบบ Private ordering โดยเฉพาะในส่วนของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ด้วยการเจรจาต่อรองด้วยระบบอัตโนมัติ และการไกล่เกลี่ยออนไลน์ เป็นแนวทางที่เหมาะสมกับคดีผู้บริโภคที่มีทุนทรัพย์ต่ำ และมีความเป็นไปได้หากอาเซียนจะทดลองนำมาประยุกต์ใช้ภายในภูมิภาคกับข้อพิพาทในคดีผู้บริโภคระหว่างประเทศสมาชิก รวมไปถึงคดีผู้บริโภคภายในประเทศ และมุ่งเป้าในการพัฒนาต่อไปให้มีความเป็นสากลไม่จำกัดแต่เพียงข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในภูมิภาคเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงคดีผู้บริโภคข้ามแดนทั้งหมด ซึ่งจะยังผลให้ผู้ประกอบการอาเซียนต้องปรับตัวและปรับกลยุทธ์ทางการตลาดไปในทางที่เคารพต่อกฎหมายและสิทธิของผู้บริโภคมากขึ้นโดยปริยาย ทำให้ผู้บริโภคได้ใช้สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจซื้อสินค้าหรือรับบริการอย่างเพียงพอ อีกทั้งได้บริโภคสินค้าและบริการที่มีคุณภาพเป็นไปตามข้อกำหนดด้านมาตรฐานและความปลอดภัย และในกรณีที่เกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้นผู้บริโภคก็มีความมั่นใจว่าจะได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการอย่างรวดเร็วโดยมีต้องแบกรับภาระในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมดทั้งที่ผู้บริโภครายการที่เป็นตัวเงินและมีได้เป็นตัวเงินจนเกินควร ซึ่งเป็นหัวใจหลักของแนวคิดการคุ้มครองผู้บริโภค

<sup>52</sup> ดูเพิ่ม CIArb, The Professional Home of Dispute Resolution-Worldwide, Retrieved on October 5, 2017, from <http://www.arbitrators.org/WebTrader/index.htm>.



## บรรณานุกรม

### หนังสือ

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

### บทความ

พลอย เจริญสม. “การฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ตและการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ (2).” 5 พฤศจิกายน 2555.

เอมผกา เตชะอภัยคุณ. “มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคกับการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ศึกษาที่มา ความจำเป็น และสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 3. กันยายน 2555. น.403.

### เอกสารอื่น ๆ

พิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2025

รายงานผลการสำรวจมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย ปี 2560 Value of e-Commerce Survey in Thailand 2017 จัดทำโดย สำนักยุทธศาสตร์สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม

รายงานผลการสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ปี 2558 โดย ETDA

### กฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการ ขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545.

พระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005.

### BOOKS

Jonathan Hill. Cross-Border Consumer Contracts. Consumer Protection in Choice of Law. Cornell International Law Journal. Vol. 44. Oxford Private International Law Series. Ruhl, G., 2011.

Pablo Cortés. Online Dispute Resolution for consumer in the European Union. UK : Taylor and Francis, 2011.

Twigg Flesner. A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU. New York : Springer, 2012.

E. Katsh and J. Rifkin. Online Dispute resolution. Jossey-Bass, 2001.

G. P. Calliess and P. Zumbansen. *Rough Consensus and Running Code, A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, 2010.

## THESIS

Daril Gawith. “Cost-Effective Redress for Low-Value International Consumer Transactions : Current Status and Potential Directions.” PhD dissertation. University of Queensland, 2006.

Sutatip Yuthayotin. “Access to Justice in Transnational B2C E-commerce : A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanisms.” Ph.D. dissertation. Kyushu University, 2012.

## ARTICLES

Lodder and E. Thiessen. “The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution.” E. Katsh and D. Choi (eds.). *Online Dispute Resolution (ODR). United Nations Forum on ODR*. 2003.

Rabinovich-Einy. “Technology’s Impact: The Quest for A New Paradigm for Accountability in Mediation.” *Harvard Negotiation Law Review*. 2006, p.258.

S. Abernethy. “Building Large-Scale Online Dispute Resolution and Trustmark Systems’.” *UNECE Forum on ODR 2003*. 2003, p.2.

W. Krause. “Do You Want to Step Outside? An Overview of Online Alternative Dispute Resolution.” *John Marshall Journal of Computer & Information Law*. 2001, p.460.

## ELECTRONIC MEDIA

“Dispute Resolution Process in Malaysia.” [www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Als/pdf/17.pdf](http://www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Als/pdf/17.pdf), Jan 10, 2017.

“TRIBUNAL FOR CONSUMER CLAIMS : THE MALAYSIAN EXPERIENCE..” 17 มกราคม 2560, [www.aija.org.au/Tribs03/Malaysia.pdf](http://www.aija.org.au/Tribs03/Malaysia.pdf).

OECD. “Update of Official Statistics on Internet Consumer Transactions.” 28 May 2018, [www.oecd.org/EN/home/0,,EN-home-29-nodirectorate-no-no-no-29,00.htm](http://www.oecd.org/EN/home/0,,EN-home-29-nodirectorate-no-no-no-29,00.htm).

CIArb, “The Professional Home of Dispute Resolution-Worldwide.” [www.arbitrators.org/WebTrader/index.htm](http://www.arbitrators.org/WebTrader/index.htm).

## LAWS

Legal Professional Act 1976

Malaysia Consumer Protection Act 1999

Singapore Consumer Protection (Fair Trading) Act (CPFTA) 2004

Rome I Regulation (Regulation (EC) No 593/2008) of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations) Article 6

#### **OTHER DOCUMENT**

Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation No 2006/2004 and Directive 22/2009EC (Directive on Consumer ADR).

Draft of the United Nations Commission on International Trade Law on Online Dispute Resolution Rules, Article 1.

United Nations Guidelines for Consumer Protection (UNGCP).

## แนวทางการพัฒนาหลักเกณฑ์ของไทยเพื่อรองรับการเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบ วิชาชีพกฎหมายภายใต้กรอบอาเซียน

### A GUIDELINE FOR DEVELOPING THAILAND’S CRITERIA FOR LIBERALIZATION OF LEGAL PROFESSIONS UNDER ASEAN FRAMEWORK AGREEMENT

พชร รวยสำราญ\*

Pachara Ruaysamran

#### บทคัดย่อ

ในปัจจุบันอาเซียนได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปิดเสรีการค้าบริการไว้บังคับกับประเทศสมาชิก แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็ยังไม่ได้มีการเจรจากับประเทศสมาชิกใด ๆ เพื่อให้บุคคลธรรมดาสามารถเคลื่อนย้ายไปประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสมาชิกปลายทางอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้แม้วิชาชีพอื่น ๆ ในอาเซียนกลับได้มีการจัดทำความตกลงใด ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกในการเปิดเสรีได้ในบางวิชาชีพแล้ว (7 วิชาชีพ) และจากการศึกษากฎหมายภายในของประเทศไทยในการรองรับการเปิดเสรีผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นคนต่างด้าว นั้น พบว่าวิชาชีพกฎหมายที่มีการควบคุมกำกับดูแลโดยสภาวิชาชีพนั้นมีเพียงแค่วิชชีพทนายความโดยสภานายความเท่านั้น ไม่ได้รวมไปถึงงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกฏหมายแต่อย่างใด โดยกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีวิชาชีพกฎหมายมีการใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยนั้นยังพบว่า มีอุปสรรคและข้อจำกัดทั้งในส่วนหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองและพำนักในราชอาณาจักรไทย หลักเกณฑ์การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบวิชาชีพ และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพทนายความ ซึ่งกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวข้างต้นไม่ได้มีการอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยได้แต่อย่างใด ดังนั้น ถ้าหากในอนาคตมีการเปิดเสรีวิชาชีพกฎหมายขึ้นแล้วประการสำคัญสำหรับการเปิดเสรีดังกล่าวจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายภายในที่มีการใช้บังคับอยู่ของประเทศไทยด้วยเช่นกัน

#### คำสำคัญ

การเปิดตลาด, การค้าบริการ, การเคลื่อนย้าย, วิชาชีพกฎหมาย, อาเซียน, นักกฎหมาย, ทนายความ

#### ABSTRACT

ASEAN has relevant and applicable laws to liberalize the service industry. These laws are enforceable by all nationals of the Member States. There are agreements for facilitating liberalization in the seven professions. However, Thailand has never negotiated with any Member State to allow natural persons to move to other countries in order to practice the legal professions there. Furthermore, the study on Thailand’s national laws regarding the liberalization of legal professions finds that only lawyers are controlled by the Lawyers’ Council while other legal professions are not controlled by any professional controlling entities. Meanwhile, the national laws relevant to legal profession liberalization are found to have obstacles and limitations for legal practitioners from other Member States to migrate and stay in the Kingdom of Thailand. There are, for instance, lack of criteria in permitting aliens in Thailand to work as lawyers or legal professions. When legal profession is being liberalized in the near future, the international liberalization obligations should not conflict with Thailand’s applicable laws.

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : ohmm.phr@gmail.com

**Keywords**

Liberalization, Service Industry, Transfer, Legal Profession, ASEAN, Legal Profession, Lawyer

**บทนำ**

แนวคิดของอาเซียนนั้นมีจุดกำเนิดมาจากสหภาพยุโรปซึ่งมีเป้าหมายในการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจเพื่อสร้างความเจริญในภูมิภาคและต้องการที่จะเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน (Single Market and Single Production Base) ซึ่งจะสามารถแข่งขันกับภูมิภาคอื่นได้ โดยมีการสนับสนุนให้เกิดการไหลเวียนอย่างเสรีของสินค้า บริการ การลงทุน เงินทุน และการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา ซึ่งสำหรับแนวคิดการสนับสนุนการค้าบริการในรูปแบบของบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) นั้นอาเซียนได้มีความตกลงอาเซียนว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา (ASEAN Agreement on the Movement of Natural Persons) ขึ้นมาเพื่อเป็นกลไกสำคัญในการกำหนดหลักเกณฑ์การเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา และเพื่อให้การเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาผู้ประกอบการวิชาชีพในอาเซียนมีประสิทธิภาพมากขึ้นนั้นประเทศสมาชิกอาเซียนจึงได้ร่วมกันจัดทำข้อตกลงว่าด้วยการยอมรับคุณสมบัติร่วมของผู้ประกอบวิชาชีพ (ASEAN Mutual Recognition Arrangement) โดยเป็นการลดขั้นตอนในการยอมรับร่วมคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นบุคคลต่างด้าวโดยจะเป็นการกำหนดมาตรฐานอย่างเดียวกันกับวิชาชีพของประเทศสมาชิกปลายทางเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการเข้าไปประกอบวิชาชีพของบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นคนต่างด้าวยังประเทศสมาชิกปลายทาง

นอกจากนั้นอาเซียนยังได้ลงนามผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการค้าบริการ (ASEAN Framework Agreement on Services) โดยประเทศสมาชิกย่อมมีพันธกรณีที่ต้องดำเนินการเสนอข้อผูกพันการเปิดตลาดในสาขาต่าง ๆ ซึ่งหนึ่งในนั้น คือ “สาขาบริการวิชาชีพกฎหมาย” โดยประเทศสมาชิกจะต้องมีการปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อเป็นการลดอุปสรรคทางการค้าบริการภายใต้กรอบความตกลงดังกล่าวที่ได้กำหนดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนรวมถึงประเทศไทยนั้นยังไม่ได้มีการเจรจาเพื่อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการวิชาชีพกฎหมายแต่อย่างใด

**ประเทศไทย - ตารางข้อผูกพัน**  
**สำหรับข้อผูกพันชุดที่ 8 ภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยบริการอาเซียน**

วิธีการค้าบริการ: 1) การให้บริการแบบข้ามพรมแดน 2) การเดินทางไปบริโภคในต่างประเทศ 3) การจัดตั้งธุรกิจ 4) การให้บริการโดยบุคคล

สาขา หรือ สาขาย่อย	ข้อจำกัดด้านการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดด้านการปฏิบัติของชนชาติ	ข้อผูกพันเพิ่มเติม
<b>บริการด้านธุรกิจ</b>			
<b>A. บริการด้านวิชาชีพ</b>			
(a) บริการด้านกฎหมาย (CPC 861)	(1) ไม่ผูกพัน (2) ไม่มีข้อจำกัด (3) ตามที่ได้ระบุใน 3.3 ของข้อผูกพันที่ใช้เป็นการทั่วไป (4) ไม่ผูกพัน	(1) ไม่ผูกพัน (2) ไม่มีข้อจำกัด (3) ไม่มีข้อจำกัด (4) ไม่ผูกพัน	
บริการให้คำปรึกษาในการร่วมธุรกิจเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ไม่รวมกฎหมายในประเทศ (CPC 1.1: ส่วนหนึ่งของ 82119)	(1) ไม่มีข้อจำกัด (2) ไม่มีข้อจำกัด (3) ตามที่ได้ระบุใน 3.2 ของข้อผูกพันที่ใช้เป็นการทั่วไป (4) ไม่ผูกพัน	(1) ไม่มีข้อจำกัด (2) ไม่มีข้อจำกัด (3) ไม่มีข้อจำกัด (4) ไม่ผูกพัน	

ทั้งนี้เนื่องจากหลักเกณฑ์ภายในที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายของแต่ละประเทศสมาชิกนั้นยังมีความแตกต่างกันอยู่ อีกทั้งระบบกฎหมายที่ใช้บังคับก็ยังคงมีความแตกต่างด้วยเช่นกัน ดังนั้นการปฏิบัติตามพันธกรณีของกรอบความตกลงดังกล่าวจึงยังมีความเป็นไปได้ยากในการดำเนินการให้สมบูรณ์ตามที่กำหนด ด้วยเหตุนี้แนวทางการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่อการดำเนินการเพื่อเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้กรอบอาเซียนให้เป็นไปตามพันธกรณีย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นการศึกษานี้จึงมุ่งเน้นไปถึงการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้กรอบอาเซียนตามกฎหมายระหว่างประเทศและหลักเกณฑ์ภายในของประเทศ

ไทย เพื่อเป็นแนวทางการพัฒนาหลักเกณฑ์ของไทยในการรองรับการเปิดตลาดวิชาชีพดังกล่าวกับประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในอาเซียนต่อไปในอนาคต

### 1. กฎหมายระหว่างประเทศ

การเปิดตลาดวิชาชีพของอาเซียนประการสำคัญก็เพื่อให้บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นคนต่างด้าวสามารถเคลื่อนย้ายไปมาระหว่างประเทศสมาชิกในอาเซียนได้อย่างเสรี ดังนั้นวัตถุประสงค์ในการเปิดตลาดนั้นก็เพื่อพยายามลดอุปสรรคทางการค้าบริการให้มากที่สุด ซึ่งหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลธรรมดาต่อการเคลื่อนย้ายไปประกอบวิชาชีพในประเทศสมาชิกปลายทางนั้นของอาเซียน ได้แก่ ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา (ASEAN Agreement on the Movement of Natural Persons) และข้อตกลงว่าด้วยการยอมรับคุณสมบัติร่วมของผู้ประกอบวิชาชีพ (ASEAN Mutual Recognition Arrangement) นอกจากการศึกษาหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นที่ได้มีการใช้บังคับอยู่แล้วในปัจจุบันอาจจะส่งผลให้สามารถนำมาเป็นต้นแบบในการพัฒนาหลักเกณฑ์เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งการกระทำลักษณะอย่างไรที่จะทำให้ประเทศไทยได้ประโยชน์มากที่สุด โดยสามารถแยกพิจารณาได้ออกดังต่อไปนี้

1.1 ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา (ASEAN Agreement on the Movement of Natural Persons)

แม้ความตกลงฉบับนี้จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการเปิดตลาดด้านบริการสำหรับบุคคลธรรมดาแต่เป็นแค่เพียงการอำนวยความสะดวกเพื่อให้บุคคลธรรมดาสามารถเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนได้สะดวกยิ่งขึ้น<sup>1</sup> โดยความตกลงดังกล่าวเป็นการบัญญัติแยกออกมาเพื่อให้เห็นถึงความชัดเจนในส่วนของบริการ ที่เป็นรูปแบบของบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) ซึ่งเป็นการที่จะอนุญาตบุคคลต่างด้าวสามารถเคลื่อนย้ายเข้าไปประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในสาขาบริการด้านต่าง ๆ เป็นการชั่วคราวในประเทศสมาชิกปลายทางได้ แต่สำหรับความตกลง MNP นั้นยังคงต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานในการที่จะมีการเปิดตลาดการค้าบริการ กล่าวคือ การเปิดตลาดการค้าบริการของอาเซียนนั้นจะต้องมีความสอดคล้องกับข้อบังคับของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services) ดังนั้นหลักการ เงื่อนไข และพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการของความตกลง MNP นั้นจะขัดกับบทบัญญัติของความตกลง GATS ไม่ได้<sup>2</sup> เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) หลักความโปร่งใส (Transparency) เป็นต้น ที่มีการนำมาใช้บังคับในอาเซียนโดยอนุโลม ดังนั้นการดำเนินการตามหลักการดังกล่าวของแต่ละประเทศสมาชิกเพื่อลดข้อจำกัดทางการค้าบริการย่อมต้องกระทบต่อหลักเกณฑ์ภายในของประเทศสมาชิกอาเซียนโดยตรง

สำหรับหลักการพื้นฐานในการไม่เลือกปฏิบัติ เช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most Favored National Treatment)<sup>3</sup> แม้จะมีลักษณะและองค์ประกอบคล้ายกับเรื่องการลงทุน<sup>4</sup> แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องการค้าบริการได้<sup>5</sup> โดยหลักการดังกล่าวที่เกี่ยวกับส่วนของการเปิดตลาดการค้าบริการสำหรับบุคคลธรรมดาผู้ประกอบวิชาชีพนั้นถือว่า มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติกับประเทศสมาชิกอย่างเท่าเทียมกันโดยต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติกับประเทศสมาชิกใดประเทศหนึ่งอย่าง

<sup>1</sup> กาญจนภรณ์ อินทพันธ์ เลิศลอย, “การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดาในอาเซียน The Facilitation of Mobility of Natural Persons in ASEAN,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 6, (เดือนกรกฎาคม – ธันวาคม 2558), น.5.

<sup>2</sup> Sherry M. Stephenson, “Approaches to Liberalizing Service,” Retrieved on May 2, 2019, from <http://elibrary.worldbank.org>.

<sup>3</sup> General Agreement on Trade in Services, Article 2.

<sup>4</sup> ปวีตร เลิศธรรมเทวี และอัศววัฒน์ เลาวัญศิริ, ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกับระบบกฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2557), น.47.

<sup>5</sup> ปวีตร เลิศธรรมเทวี, “การอนุวัติกฎหมายไทยตามกรอบกติกาประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยการลงทุน,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า, เล่มที่ 2, ปีที่ 18, (พฤษภาคม - สิงหาคม 2558), น.145-162.

หนึ่ง และปฏิบัติกับอีกประเทศสมาชิกใดประเทศหนึ่งเป็นอีกอย่าง ซึ่งหลักการดังกล่าวถือว่าเป็นหลักที่ตั้งอยู่บนความเสมอภาคและเท่าเทียมกันที่ประเทศสมาชิกจะต้องได้รับโดยทันทีและ ปราศจากเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น แต่เมื่อพิจารณาตามหลักการดังกล่าวเพื่อเป็นต้นแบบในการเปิดตลาดวิชาชีพกฎหมายของประเทศไทยกับประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในอาเซียนแล้วพบว่า เมื่อมีการเจรจากับประเทศสมาชิกอื่น ๆ เพื่อจัดทำตารางข้อผูกในการเปิดตลาดการค้าบริการสาขาวิชาชีพกฎหมายภายใต้ความตกลง MNP ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการเจรจาในลักษณะของกรอบพหุภาคีหรือกรอบทวิภาคีก็ตาม แต่เมื่อผลการเจรจาระหว่างประเทศคู่เจรจามีผลบังคับใช้แล้วและไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตามผลของการเจรจาดังกล่าวก็ต้องมีการขยายประโยชน์นั้น ๆ ให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นด้วยเช่นกัน ซึ่งการที่ประเทศไทยจะมีการเจรจาเพื่อเปิดตลาดการค้าบริการสาขาวิชาชีพกฎหมายกับประเทศสมาชิกใด ๆ ในอาเซียนภายใต้ความตกลง MNP นั้นจะต้องมีการคำนึงถึงหลักการดังกล่าวข้างต้นด้วยเช่นกัน จึงส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องมีการขยายผลประโยชน์อย่างเดียวกันกับคู่เจรจาของประเทศไทยต่อประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในอาเซียนด้วย แต่ในทางกลับกันนั้นประเทศสมาชิกอื่น ๆ ที่ไม่ใช่คู่เจรจากลับไม่จำเป็นต้องมีการให้ผลประโยชน์อย่างใด ๆ กับประเทศไทยเลย ซึ่งการเปิดตลาดภายใต้ลักษณะดังกล่าวย่อมไม่เป็นไปตามหลักการต่างตอบแทน<sup>6</sup> ดังนั้นการเปิดตลาดวิชาชีพกฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจจะไม่ส่งผลดีกับประเทศไทยเท่าที่ควรเมื่อคนชาติของประเทศสมาชิกอื่น ๆ สามารถเข้าสู่ตลาดภายในของประเทศไทย แต่ในขณะที่คนชาติของประเทศไทยไม่สามารถเคลื่อนย้ายเข้าไปสู่ตลาดภายในของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ได้

#### 1.2 ข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพ (ASEAN Mutual Recognition Arrangement)

สำหรับข้อตกลงดังกล่าวถือว่าเป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งของกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการค้าบริการ (ASEAN Framework Agreement on Services) ซึ่งถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในภูมิภาคอาเซียน<sup>7</sup> ซึ่งการเจรจาเพื่อจัดทำข้อตกลง MRAs นั้นย่อมจะต้องเป็นไปโดยความสมัครใจของประเทศสมาชิกในอาเซียน<sup>8</sup> โดยข้อตกลงดังกล่าวนั้นเป็นการเปิดตลาดแรงงานในอาเซียนแค่เพียงเฉพาะแรงงานที่มีฝีมือ (Skilled Labour) และผู้ประกอบวิชาชีพ (Professional) เท่านั้น ไม่รวมถึงแรงงานไร้ฝีมือหรือแรงงานต่างด้าว (Unskilled Labour) ด้วยแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามการยอมรับร่วมในคุณสมบัติของแต่ละวิชาชีพนั้นมิใช่ว่าเมื่อมีผู้ประกอบวิชาชีพใดได้รับใบอนุญาตหรือใบรับรองจากองค์กรผู้มีอำนาจในประเทศของตนเองแล้วบุคคลผู้นั้นจะสามารถไปประกอบวิชาชีพนั้น ๆ ในประเทศสมาชิกปลายทางได้อย่างอัตโนมัติ<sup>9</sup> แต่การที่บุคคลใดจะประกอบวิชาชีพในประเทศสมาชิกปลายทางได้ บุคคลนั้นก็ยังจะต้องมีการขอใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์ภายในของประเทศสมาชิกปลายทางนั้นด้วยเช่นกัน โดยในปัจจุบันอาเซียนมีการดำเนินการเพื่อจัดทำข้อตกลงว่าด้วยการยอมรับร่วมคุณสมบัติวิชาชีพ (MRAs) ทั้งหมด 7 วิชาชีพ ได้แก่ วิชาชีพวิศวกรรม วิชาชีพพยาบาล วิชาชีพสถาปัตยกรรม วิชาชีพการสำรวจ วิชาชีพแพทย์ วิชาชีพทันตแพทย์ และวิชาชีพบัญชี ซึ่งแต่ละวิชาชีพนั้นถือว่าเป็นวิชาชีพที่เป็นปัจจัยสำคัญในการดำเนินการพัฒนาและการขยายตัวทางด้านเศรษฐกิจของแต่ละประเทศสมาชิกทั้งในระยะสั้นและระยะยาว และเมื่อพิจารณาถึงการจัดทำข้อตกลงในการยอมรับคุณสมบัติร่วมกันของนักวิชาชีพแล้วสามารถจำแนกออกเป็นได้ดังนี้

##### 1.2.1 รูปแบบของข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพ

รูปแบบวิชาชีพที่มีการใช้ทักษะขั้นสูง และรูปแบบวิชาชีพที่มีการปฏิบัติงานในแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน ทั้งนี้เพราะแต่ละวิชาชีพย่อมมีความแตกต่างกันของคุณสมบัติการศึกษาหรือวิธีปฏิบัติงาน ดังนั้นเพื่อให้การเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพระหว่างประเทศสมาชิกในอาเซียนสามารถเกิดขึ้นได้จริงจึงต้องมีการจัดทำข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัติขึ้น โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

<sup>6</sup> Geza Feketekuty, *International Trade in Services : An overview and Blueprint for Negotiations*, (HarperCollins Publishers Inc, 1988), p.221.

<sup>7</sup> ASEAN Framework Agreement on Services, Article 5.1.

<sup>8</sup> ASEAN Framework Agreement on Services, Article 5.2.

<sup>9</sup> อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 1, น.4.



- รูปแบบวิชาชีพที่มีการใช้ทักษะขั้นสูง : โดยรูปแบบนี้เป็นวิชาชีพที่มีการใช้ทักษะขั้นสูงในการปฏิบัติงานที่มีความเที่ยงตรงและแม่นยำ โดยวุฒิการศึกษา ประสบการณ์ในการทำงาน และคุณสมบัติในวิชาชีพนั้นจะเป็นในลักษณะที่มีแนวทางในการปฏิบัติงานที่เหมือนกันในทุกประเทศสมาชิก โดยวิชาชีพในรูปแบบที่หนึ่ง ได้แก่ วิชาชีพแพทย์ พยาบาล ทันตแพทย์ วิศวกร สถาปนิก ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นวิชาชีพที่จะต้องมีความชำนาญในการปฏิบัติงานขั้นสูงทั้งสิ้น

- รูปแบบวิชาชีพที่มีการปฏิบัติงานในแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน : โดยรูปแบบนี้เป็นวิชาชีพที่มีแนวทางในการปฏิบัติงานของแต่ละประเทศแตกต่างกัน ซึ่งในการจัดทำข้อตกลง MRAs ในรูปแบบดังกล่าวนี้จะมีการกำหนดเป็นเพียงกรอบข้อตกลง (MRAs Framework) แทนโดยวิชาชีพในรูปแบบที่สอง ได้แก่ วิชาชีพบัญชี และวิชาชีพนักสำรวจ ซึ่งทั้งสองวิชาชีพนี้ได้มีการเจรจาจัดทำกรอบกฎหมายขึ้นแล้ว ซึ่งจากการที่มีกรอบข้อตกลง (Framework) ขึ้นมาก็ยังส่งผลให้ประเทศสมาชิกในอาเซียนประเทศใดมีความพร้อมก็สามารถที่จะเข้าร่วมเจรจายอมรับร่วมคุณสมบัติของกันและกันได้โดยมีกรอบข้อตกลงนี้เป็นพื้นฐานในการเจรจา โดยระหว่างนั้นประเทศสมาชิกใดที่ยังไม่มีความพร้อมก็สามารถศึกษากรอบข้อตกลงนี้ต่อไปได้เรื่อย ๆ จนกว่าจะมีความพร้อมและสามารถที่จะใช้เป็นแนวทางในการเตรียมความพร้อมของประเทศตนทั้งในแง่การส่งบุคลากรออกไปหรือรับบุคลากรจากประเทศสมาชิกอื่นเข้ามาเพื่อจะประกอบวิชาชีพในประเทศตนนั้น

#### 1.2.2 หลักเกณฑ์และสาระสำคัญของข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัติ นักวิชาชีพ

สาระสำคัญในแต่ละข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัติวิชาชีพ (MRAs) นั้นย่อมมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายกันอยู่พอสมควร ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบวิชาชีพใด ๆ ก็ตาม โดยจะยกมาเฉพาะบางประเด็นที่สามารถนำมาปรับใช้กับวิชาชีพกฎหมายได้บ้าง เช่น

- หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขทั่วไป โดยข้อตกลงฯ แต่ละฉบับนั้นจะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการที่ยอมรับคุณสมบัติร่วมในแต่ละวิชาชีพว่ามี อย่างไรบ้าง ทั้งนี้เนื่องจากข้อตกลงฯ แต่ละฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลดและยกเลิกขั้นตอนอย่างไม่จำเป็นที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติวิชาชีพที่เกิดจากความแตกต่างของแต่ละประเทศสมาชิก ซึ่งมักจะเป็นในเรื่องของระบบการศึกษา ประสบการณ์หรือทักษะทางวิชาชีพ เป็นต้น โดยเงื่อนไขในการยอมรับประการนี้มักจะได้แก่เอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา การฝึกอบรมในการทำงาน ประสบการณ์หรือการรับรองผลในการทำงาน ซึ่งเอกสารเหล่านี้มักจะมีมาจากองค์กรหรือหน่วยงานวิชาชีพที่คอยกำกับดูแลของแต่ละประเทศสมาชิกนั้น

- หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเฉพาะ นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขทั่วไปในการยอมรับร่วมคุณสมบัติของแต่ละวิชาชีพที่ได้มีการจัดทำขึ้นแล้วนั้น ก็ยังมีในบางวิชาชีพที่อาจกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขบางประการที่ถือว่ามีความเป็นลักษณะเฉพาะขึ้นด้วยเช่นกัน ทั้งนี้เพราะเล็งเห็นว่าวิชาชีพบางวิชาชีพอาจจะต้องมีการควบคุมกำกับดูแลเป็นพิเศษแตกต่างจากวิชาชีพอื่น ๆ เช่น วิชาชีพแพทย์นั้นต้องอาศัยความชำนาญพอสมควรเนื่องจากการทำงานนั้นเกี่ยวข้องกับสุขภาพ ร่างกาย และชีวิตของบุคคลผู้ใช้บริการแล้ว ดังนั้นวิชาชีพแพทย์จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขเป็นการเฉพาะเอาไว้โดยจำเป็นที่จะต้องให้วิชาชีพแพทย์นั้นต้องมีการพัฒนาวิชาชีพอย่างต่อเนื่อง (Continuous Professional Development) ให้อยู่ในระดับที่น่าพอใจ<sup>10</sup> หรือหรือในกรณีของวิชาชีพวิศวกรรม ซึ่งมีความซับซ้อนในการปฏิบัติงานและยังคงมีความหลากหลายในรายสาขาวิชาชีพวิศวกรรม ดังนั้นจึงเห็นว่ามีควมจำเป็นในการกำหนดเงื่อนไขเฉพาะสำหรับวิชาชีพวิศวกรรมเช่นกัน เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมต้องทำงานร่วมกันกับผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมในท้องถิ่นของประเทศสมาชิกปลายทางด้วย<sup>11</sup> ซึ่งการจะกำหนดลักษณะให้วิชาชีพใดต้องมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างออกไปจากวิชาชีพอื่น ๆ นั้น ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับสิ่งที่เล็งเห็นถึงความสำคัญใดๆ และการพิจารณาของอาเซียนเป็นหลัก ซึ่งอาเซียนนั้นก็อาจจะกำหนดเงื่อนไขในการใช้ภาษาของประเทศสมาชิก

<sup>10</sup> ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Medical Practitioners, Article 3.1.4.

<sup>11</sup> ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Engineering Services, Article 3.3.1 (a).

ปลายทางเป็นอีกเงื่อนไขหนึ่งในการที่จะเคลื่อนย้ายวิชาชีพนั้นเพิ่มเติมไปจากเงื่อนไขโดยทั่วไปของข้อตกลงฯ แต่ละฉบับก็ได้ เป็นต้น

- การกำกับดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพโดยองค์กรวิชาชีพถือว่าเป็นกลไกที่มีความสำคัญที่ต้องการให้ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจำเป็นต้องมีการปฏิบัติตามจรรยาบรรณและมาตรฐานของวิชาชีพเพื่อให้สอดคล้องกับจรรยาบรรณและมาตรฐานสากลอันทำให้การประกอบวิชาชีพในประเทศ ๆ นั้นสามารถเทียบเคียงได้เป็นมาตรฐานเดียวกันกับแต่ละวิชาชีพในประเทศสมาชิกของอาเซียน ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพได้อย่างสะดวกมากขึ้น และการปฏิบัติตามหลักจรรยาบรรณ (Professional Rule and Rules of Conduct) นอกจากผู้ประกอบการวิชาชีพนั้นจำเป็นต้องปฏิบัติตามจรรยาบรรณต่าง ๆ ของประเทศสมาชิกต้นทางที่ตนได้ถือปฏิบัติมาตั้งแต่ตอนที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพในประเทศของตนเองอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามผู้ประกอบการวิชาชีพควรที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์ของวิชาชีพที่เกี่ยวกับจรรยาบรรณ (Rules of Professional Conduct) ที่เหมือนกับผู้ประกอบการวิชาชีพท้องถิ่นในประเทศสมาชิกปลายทางนั้น ๆ ด้วย ซึ่งก็เป็นปกติที่บุคคลใดเข้าไปประกอบวิชาชีพในประเทศสมาชิกใดก็ควรจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของประเทศนั้น ๆ อยู่แล้ว

แต่ในปัจจุบันวิชาชีพกฎหมายในอาเซียนยังไม่ได้มีการจัดทำหลักเกณฑ์ใด ๆ เพื่อใช้บังคับให้บุคคลธรรมดาสามารถเคลื่อนย้ายไปประกอบวิชาชีพเพียงประเทศสมาชิกปลายทางได้ ซึ่งก็เพราะเหตุผลหลายปัจจัยโดยเฉพาะระบบกฎหมายของแต่ละประเทศสมาชิกนั้นมีความแตกต่างกันอยู่ ดังนั้นในการจัดทำข้อตกลงวิชาชีพที่มีแนวทางในการปฏิบัติที่ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่อย่างวิชาชีพกฎหมายนั้น ลักษณะในการจัดทำข้อตกลงฯ ก็ควรที่จะมีการจัดทำในรูปแบบลักษณะที่สองซึ่งจะเป็นการกำหนดกรอบแบบกว้าง ๆ เอาไว้ว่า ถ้าประเทศสมาชิกอาเซียนจะทำข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัติของวิชาชีพใดกับประเทศสมาชิกใดการเทียบเคียงคุณสมบัติของวิชาชีพนั้นจะต้องมีการกำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวกับวิชาชีพนั้นในเรื่องใดบ้าง หรืออาจจะเป็นวิธีปฏิบัติงานของแต่ละประเทศสมาชิกก็ยังคงมีความแตกต่างกัน โดยการที่กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องทำงานร่วมกันกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายท้องถิ่นของประเทศสมาชิกปลายทางที่เกี่ยวกับการว่าความหรือแก้ต่างในชั้นกระบวนการพิจารณาของศาล (Representation) ซึ่งการดังกล่าวก็อาจจะส่งผลให้เกิดความสะดวกแก่บุคคลธรรมดาที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายสามารถเคลื่อนย้ายไปประกอบวิชาชีพกฎหมายยังประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในอาเซียนได้

## 2. กฎหมายภายในของประเทศไทย

สำหรับหลักเกณฑ์ภายในของประเทศไทยนั้นเมื่อมีการเปิดตลาดวิชาชีพกฎหมายแล้วก็จะส่งผลกระทบถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง, กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว และกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งจะวิเคราะห์ถึงปัญหาอุปสรรคของการเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งจะสามารถปรับปรุงและแก้ไขเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่การใช้บังคับกฎหมายภายในและให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยนั้นอาจจะมีส่วนอาเซียนภายใต้เป้าหมายการเป็นประชาคมเศรษฐกิจของอาเซียน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศไทย

### 2.1 การเข้ามาประกอบวิชาชีพในราชอาณาจักรไทยของคนต่างด้าว

ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นั้นเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมการเข้าเมืองโดยจะเป็นการพิจารณาอนุญาตให้บุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวสามารถเดินทางเข้ามาในประเทศไทยได้เป็นการชั่วคราว โดยบุคคลต่างด้าวนั้นจะเดินทางเข้าหรือออกนอกราชอาณาจักรไทยได้นั้นจำเป็นต้องมีการเดินทางผ่านช่องทางสำหรับตรวจคนเข้าเมืองตามกำหนดเวลาที่ได้ประกาศกำหนด<sup>12</sup> เว้นแต่คนต่างด้าวบางประเภทซึ่งถือว่าเป็นกรณีพิเศษ<sup>13</sup> และนอกจากนี้บุคคลต่างด้าวนั้นยังต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใด ๆ ที่สามารถใช้แทนหนังสือเดินทางที่ถูกต้องและสมบูรณ์ด้วยซึ่งจะได้ทำการตรวจลงตรา (Visa) เพื่อกำหนดประเภทตามวัตถุประสงค์ของการเข้าเมืองของแต่ละกรณี

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 11 และมาตรา 12.

<sup>13</sup> สุภัทร์ สกลไชย, ชาวต่างชาติจะอยู่ในประเทศไทยได้อย่างไรคู่มือว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ ดับเบิลยูเอ็น, 2544), น.5.

ซึ่งจะมีความแตกต่างกันออกไป<sup>14</sup> ซึ่งกรณีของบุคคลธรรมดาที่เข้ามาเพื่อประกอบวิชาชีพในราชอาณาจักรไทยนั้นจะเข้าลักษณะเป็นการเข้ามาเพื่อประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 34(5) แต่สำหรับวิชาชีพกฎหมายที่อาจจะมีการเปิดตลาดกับประเทศสมาชิกอาเซียนในอนาคตนั้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นยังมีข้อจำกัด กล่าวคือ สำหรับการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยของ คนต่างด้าวนั้นจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในการเข้ามาทำงานที่เป็นการต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวตามกฎหมาย<sup>15</sup> ซึ่งวิชาชีพกฎหมายนั้นก็ยังคงเป็นงานที่ถูกจำกัดโดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นอยู่

## 2.2 การขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทย

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวนั้นจะมีการพิจารณาที่ต่อเมื่อคนต่างด้าวนั้นได้เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย และประสงค์ที่จะประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในราชอาณาจักรไทย ซึ่งจะศึกษาได้จากพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ประกอบกับพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งถือว่ามีผลสำคัญอย่างมาก กล่าวคือ ซึ่งปกติแล้วคนต่างด้าวสามารถประกอบอาชีพหรือวิชาชีพใด ๆ ก็ได้ในราชอาณาจักรไทยเว้นแต่ที่กฎหมายระบุห้ามเอาไว้<sup>16</sup> และถ้าหากถูกจำกัดให้ไม่สามารถที่จะประกอบอาชีพหรือวิชาชีพตามประเภทที่ต้องการได้เสียแล้ว คนต่างด้าวนั้นก็ไม่สามารถที่จะทำงานในราชอาณาจักรไทยได้ทุกกรณี<sup>17</sup> ทั้งนี้การที่รัฐบาลไทยได้กำหนดประเภทงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้นั้นก็ได้นำถึงโอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวในการที่จะสามารถพัฒนาประเทศต่อไปได้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า สำหรับคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาประกอบวิชาชีพในราชอาณาจักรไทย นั้นจะต้องมีการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยหรือต้องได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราว โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมีหนังสือเดินทางหรือวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-immigrant Visa) โดยเป็นการเข้ามาประกอบกิจการหรือทำธุรกิจซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมการจัดหางานหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย แต่ถึงอย่างไรก็ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 7<sup>18</sup> ได้มีการกำหนดถึงอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำงานในราชอาณาจักรไทยทั้งหมด 39 อาชีพ<sup>19</sup> โดยตามข้อ 39 เป็นการห้ามทำงานใน “สาขาวิชาชีพกฎหมาย” ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้คำปรึกษากฎหมายหรือการว่าความในชั้นศาลคนต่างด้าวก็ไม่สามารถกระทำในราชอาณาจักรไทยได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นในส่วนของการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ หรือเป็นเพียงแค่การว่าต่างหรือแก้ต่างในชั้นอนุญาโตตุลาการเท่านั้น<sup>20</sup>

## 2.3 การประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายสำหรับคนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทย

สำหรับการประกอบธุรกิจบริการให้บริการกฎหมายนี้เป็นการให้บริการที่ประเทศอื่น ๆ นั้นต่างให้ความสนใจในการที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจบริการในราชอาณาจักรไทยเป็นจำนวนมากไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของสำนักงานตัวแทนหรือนิติบุคคลก็ตาม แต่การที่คนต่างด้าวจะเข้ามาประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายนั้นก็ต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 34.

<sup>15</sup> พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ข้อ 39.

<sup>16</sup> พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 7.

<sup>17</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 12(3).

<sup>18</sup> พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522.

<sup>19</sup> ซึ่งตามพระราชกำหนดดังกล่าวมีผลยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ใช้หลักเกณฑ์ในการอนุญาตอาชีพหรือวิชาชีพที่ให้คนต่างด้าวทำงาน (Positive List) กลับมาเป็น เหมือนเดิม (Negative List) ตามพระการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ประกอบพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นผลให้คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราวไม่สามารถทำงานตามประเภทที่กำหนดโดยเด็ดขาด เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้เป็นไปตามบทเฉพาะกาลของพระราชกำหนดดังกล่าว

<sup>20</sup> สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และคณะ, ผลกระทบต่อการค้าบริการจากการเปิดเสรีภายหลังการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยสาขาบริการวิชาชีพ, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น.83.

ภายในเสียก่อน ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และสำหรับการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายนั้นยังต้องมีการพิจารณาถึงประกาศนายทะเบียนสภาทนายความ ฉบับที่ 2/2546 เรื่องระเบียบว่าด้วยการขึ้นทะเบียนสำนักงานทนายความ พ.ศ. 2546 โดยสามารถแยกพิจารณาออกได้ดังต่อไปนี้

- สำหรับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีขึ้นเพื่อเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยได้มีการกำหนดว่าธุรกิจประเภทใดบ้างที่คนต่างด้าวจะสามารถประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไทยได้บ้าง ซึ่งตามบัญชีท้ายของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้นได้ได้มีการแยกประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้แก่

- บัญชีที่หนึ่ง คือ ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ
- บัญชีที่สอง คือ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณีที่ตกกรรมพินันท์ หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และ
- บัญชีที่สาม คือ ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

ซึ่งการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายนั้นปรากฏอยู่ในส่วนของธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไทยตามบัญชีที่สามข้อ (7) “การทำกิจการบริการทางกฎหมาย” ซึ่งเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะสามารถแข่งขันกับคนต่างด้าวได้ ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ยังมีข้อจำกัดที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลต่างด้าวก็ยังสามารถที่จะขออนุญาตเข้ามาประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายในราชอาณาจักรไทยได้เมื่อได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เป็นข้อยกเว้นซึ่งได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้เช่นกัน<sup>21</sup>

- เนื่องจากการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายหรือการจัดตั้งสำนักงานทนายความนั้นทางสภาทนายความแห่งประเทศไทยได้มีการออกประกาศนายทะเบียนสภาทนายความ ฉบับที่ 2/2546 เรื่องระเบียบว่าด้วยการขึ้นทะเบียนสำนักงานทนายความ พ.ศ. 2546 เพื่อเป็นการควบคุมการจัดตั้งสำนักงานทนายความในราชอาณาจักรไทยและเพื่อตรวจสอบรายละเอียดที่เกี่ยวกับสำนักงานทนายความแต่ละแห่ง โดยประกาศดังกล่าวได้กำหนดให้สำนักงานทนายความจะต้องขึ้นทะเบียนในการจัดตั้งสำนักงานทนายความต่อนายทะเบียนก่อนวันเปิดสำนักงานฯ ซึ่งตามประกาศดังกล่าวนั้นก็ยังมีข้อจำกัดในการตั้งสำนักงานฯ สำหรับคนต่างด้าวที่ต้องการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายในราชอาณาจักรไทยเช่นกัน แต่เมื่อพิจารณาตามประกาศดังกล่าวแล้วจะพบว่า ทางสภาทนายความต้องการให้สำนักงานทนายความต้องมีการดำเนินการโดยทนายความเท่านั้น จึงได้มีการระบุไว้ในประกาศดังกล่าวว่าผู้ที่ขอขึ้นทะเบียนสำนักงานทนายความไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใดก็ตามจะต้องเป็นทนายความเท่านั้น ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวของประกาศฯ จึงส่งผลถึงพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กล่าวคือ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้บุคคลที่จะประกอบวิชาชีพทนายความนั้นต้องมีสัญชาติไทยเท่านั้น ดังนั้นเมื่อบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวนั้นไม่สามารถที่จะประกอบวิชาชีพทนายความในราชอาณาจักรไทยได้แล้ว บุคคลต่างด้าว ผู้นั้นก็ไม่สามารถจะประกอบธุรกิจบริการหรือสำนักงานทนายความตามประกาศดังกล่าวข้างต้นได้เช่นกัน แต่ถึงอย่างไรก็ตามประกาศดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้มีลักษณะเป็นผลบังคับเด็ดขาดแต่อย่างใด กล่าวคือ ประกาศดังกล่าวนี้เป็นเพียงแค่การขอความร่วมมือจากสภาทนายความเพื่อสภาทนายความจะสามารถควบคุมและสามารถตรวจสอบสำนักงานทนายความได้เท่านั้น และประการสำคัญประกาศดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้มีการบัญญัติกำหนดถึงโทษสำหรับการฝ่าฝืนตามประกาศดังกล่าวแต่อย่างใด แต่สำหรับในสภาพปัจจุบันของประเทศไทยนั้นคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายในราชอาณาจักรไทยนั้นจะเป็นในลักษณะนิติบุคคลซึ่งเป็นการให้บริการเป็นที่ปรึกษากฎหมายโดยส่วนมาก และคนต่างด้าวนั้นก็จะมีกรว่าจ้างทนายความในประเทศไทยที่ได้มีการขึ้นทะเบียนและได้รับใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพทนายความเป็นผู้ประกอบวิชาชีพแทน

#### 2.4 การประกอบวิชาชีพกฎหมายของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทย

<sup>21</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มาตรา 8(3), มาตรา 14, มาตรา 17.

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ว่าด้วยการประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ให้บุคคลที่ต้องการจะประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม โดยมีข้อสังเกตว่าวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยนั้นที่ถูกกฎหมายควบคุมจะมีเฉพาะแต่ “ทนายความ” เท่านั้น ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลใด ๆ จะประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยก็ตามแต่ถ้าไม่ได้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลจากสภานายความแล้วก็ไม่ได้อาศัยอยู่ใต้บังคับตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เช่นกัน แต่ถึงอย่างไรก็ดีถือว่าเป็นวิชาชีพกฎหมายอยู่ ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นกฎหมายฉบับดังกล่าวมีสาระสำคัญอยู่ที่บทบัญญัติที่กำหนดให้คนที่ต้องการจะขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพทนายความในราชอาณาจักรไทยนั้นจะต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติของการที่จะมีสิทธิขึ้นทะเบียนเสียก่อน เช่น คุณสมบัติเกี่ยวกับอายุ สัญชาติ เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติประการสำคัญที่เป็นอุปสรรคของบุคคลที่ต้องการจะประกอบวิชาชีพทนายความนั้นจะต้องมี “สัญชาติไทย” ทั้งนี้ตามมาตรา 35(1) ของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าวิชาชีพทนายความยังมีการสงวนไว้สำหรับบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น ไม่ได้มีการเปิดตลาดให้คนต่างด้าวแต่อย่างใด และเนื่องจากวิชาชีพทนายความนั้นจำต้องมีความชำนาญในการปฏิบัติโดยเกิดมาจากการศึกษา เรียนรู้ และผ่านการฝึกฝนเพื่อเพิ่มประสบการณ์ในการปฏิบัติงานจนเกิดความชำนาญ ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจึงมีลักษณะพิเศษที่ต้องให้ความสำคัญในการควบคุมและกำกับดูแลด้วย<sup>22</sup> โดยผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจะต้องมีความรอบคอบระมัดระวังและใช้ฝีมือในการปฏิบัติงานมากกว่าแรงงานฝีมือทั่ว ๆ ไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าลักษณะงานของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นเป็นงานเฉพาะของกลุ่มเท่านั้น ซึ่งผู้อื่นที่ไม่ได้มีการศึกษาอย่างตรงสายของวิชาชีพกฎหมายนั้นไม่สามารถที่จะปฏิบัติงานวิชาชีพนั้นได้ และการที่จะต้องมีการควบคุมกำกับดูแลในการประกอบวิชาชีพต่าง ๆ รวมไปถึงวิชาชีพทนายความด้วยนั้นประการที่มีความสำคัญเหมือนกันคือ<sup>23</sup> เพื่อมาตรฐานคุณภาพของบริการวิชาชีพของผู้ให้บริการหรือผู้บริโภคที่จะได้รับการให้บริการจากผู้ประกอบวิชาชีพ

## บทสรุป

จากผลการศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาหลักเกณฑ์ภายในของประเทศไทยเพื่อรองรับการเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้กรอบอาเซียนข้างต้นจึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

### 1. กฎหมายระหว่างประเทศ

จากการศึกษาหลักเกณฑ์และสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้กรอบกฎหมายของอาเซียนจะพบว่า ในส่วนของหลักเกณฑ์การเปิดตลาดการค้าบริการของผู้ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพอื่น ๆ ที่ได้มีการเปิดเสรีแล้วนั้นจะพบว่ามียุทธศาสตร์ 2 หลักเกณฑ์คือ ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา (ASEAN Agreement on the Movement of Natural Persons) และข้อตกลงว่าด้วยการยอมรับคุณสมบัติร่วมของผู้ประกอบวิชาชีพ (ASEAN Mutual Recognition Arrangement) ซึ่งจากการวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการเปิดเสรีการค้าบริการในรูปแบบบุคคลธรรมดา (Mode 4) ถ้านำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเทียบเคียงเพื่อประยุกต์เป็นแนวทางในการพัฒนาเพื่อเปิดเสรีธุรกิจบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นเห็นควรว่า การที่ประเทศไทยจะเจรจาเพื่อจะเปิดตลาดวิชาชีพกฎหมายกับประเทศสมาชิกใด ๆ ในอาเซียนและเพื่อก่อให้เกิดผลประโยชน์กับประเทศไทยมากที่สุด ประเทศไทยจะต้องมีการเปิดเสรีวิชาชีพกฎหมายในลักษณะของการจัดทำข้อตกลง MRAs ซึ่งวิชาชีพกฎหมายนั้นมีความซับซ้อนในการเปิดตลาดเป็นอย่างมาก อันเนื่องมาจากไม่ว่าจะเป็นความแตกต่างของระบบกฎหมายที่มีการใช้บังคับกันในแต่ละประเทศสมาชิก คุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพ แนวทางการปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพ หรือภาษาที่ใช้ในการสื่อสาร เป็นต้น ดังนั้นเพื่อ

<sup>22</sup> Rupert M. Jackson and John L. powell, *Professional Negligence*, (London sweet & Macwell, 1987), pp.1-2.

<sup>23</sup> อรรถ อินทรศักดิ์, “ปัญหาทางกฎหมายขององค์กรวิชาชีพ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.16.

ก่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการเปิดเสรีวิชาชีพกฎหมายที่จะต้องอาศัยต้นแบบ (Model) ของข้อตกลง MRAs วิชาชีพอื่น ๆ มาเทียบเคียงเพื่อจัดทำข้อตกลง MRAs สำหรับวิชาชีพกฎหมาย

และในการเปิดตลาดวิชาชีพกฎหมายนั้นลักษณะของการจัดทำข้อตกลง MRAs ก็ควรที่จะมีการจัดทำในรูปแบบลักษณะวิชาชีพที่ยังคงมีแนวทางในการปฏิบัติที่แตกต่างกันอยู่นั้น โดยควรที่จะกำหนดกรอบการเจรจาแบบกว้างๆ เอาไว้ว่า ถ้าประเทศสมาชิกหนึ่งจะทำข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัติของวิชาชีพกฎหมายกับประเทศสมาชิกใดในการเทียบเคียงคุณสมบัติของวิชาชีพนั้นต้องมีการกำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวกับวิชาชีพนั้นในเรื่องใดบ้าง ซึ่งจะเป็นการวางหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานสำหรับการยอมรับ เช่น ลักษณะของการทำงาน การขอใบอนุญาตทำงาน คุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ เป็นต้น อีกทั้งรูปแบบการเจรจาเพื่อจัดทำข้อตกลงฯ ก็ควรจะเป็นไปในรูปแบบสองฝ่ายหรือทวิภาคี (Bilateral Trade Negotiation) เพื่อประเทศไทยจะสามารถเลือกคู่เจรจาได้และมีความเป็นไปได้มากกว่าในการที่จะเจรจาแบบหลายฝ่ายเพื่อหาจุดยอมรับร่วมในคุณสมบัติ

## 2. กฎหมายภายใน

### 2.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ควรที่จะกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลของประเทศสมาชิกในอาเซียนให้ชัดเจนโดยแยกเป็น

- คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิตามความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน และ
- คนต่างด้าวซึ่งมีสิทธิตามความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งการจำแนกสิทธิของคนต่างด้าวดังกล่าวจะทำให้เกิดความคล่องตัวในการเจรจาเพื่อเปิดตลาดการค้าบริการวิชาชีพกฎหมายต่อไปในอนาคต รวมทั้งยังเกิดความชัดเจนเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของคนต่างด้าวในการเข้าเมืองที่จะเข้ามาเพื่อประกอบวิชาชีพกฎหมายในราชอาณาจักรไทย

### 2.2 สำหรับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

สำหรับอุปสรรคนั้นจะปรากฏอยู่ในส่วนของพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำงาน พ.ศ. 2522 ซึ่งในข้อ 39 มีการสงวนวิชาชีพกฎหมายไว้สำหรับคนไทยเท่านั้น ทั้งนี้ยังรวมถึงการเป็นที่ปรึกษากฎหมาย, การประกอบวิชาชีพทนายความ, การดำเนินงานด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับการจดทะเบียน หรือที่เกี่ยวกับหน่วยงานราชการของไทย เป็นต้น เว้นแต่งานด้านอนุญาตไต่สวนการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการจะเตรียมความพร้อมในการเจรจาเพื่อเปิดตลาดวิชาชีพกฎหมายโดยให้บุคคลต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลของประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถเข้ามาประกอบวิชาชีพกฎหมาย (วิชาชีพทนายความ) ในราชอาณาจักรไทยได้ ก็ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ด้วยเช่นกัน โดยการแก้ไขพระราชกฤษฎีกากำหนดงานห้ามดังกล่าวนั้นควรจะเป็นการแก้ไขโดยการอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบวิชาชีพกฎหมายแบบมีเงื่อนไข กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งคนต่างด้าวนั้นจะต้องมีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพตามกฎหมายของประเทศไทยเสียก่อนที่จะขอรับใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวนี้มีความคล้ายกันกับความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในส่วนของจัดทำข้อตกลง MRAs วิชาชีพบัญชี, วิชาชีพวิศวกรรม และวิชาชีพสถาปัตยกรรม ที่มีผลผูกพันกับประเทศไทยไว้แล้ว

### 2.3 สำหรับในส่วนของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

ถ้าในอนาคตมีการเปิดตลาดวิชาชีพกฎหมายขึ้นมา ประเทศไทยก็ควรที่จะต้องแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าวให้รองรับกับการเปิดตลาดวิชาชีพด้วยเช่นกัน กล่าวคือ การแก้ไขนั้นต้องสอดคล้องกับการให้บริการวิชาชีพที่ประเทศไทยผูกพันโดยต้องให้บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นคนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทยได้ โดยเฉพาะในส่วนของเรื่องคุณสมบัติของผู้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพทนายความ โดยอาจจะมีการกำหนดในเรื่องสัญชาติของผู้ที่ต้องการจะขึ้นทะเบียนตามมาตรา 35 ของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เพิ่มเติมจากเดิมเป็น “หรือมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย” เพื่อให้คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยสามารถขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตทนายความเพื่อประกอบวิชาชีพทนายความในราชอาณาจักรไทยได้ หรืออาจจะเป็นการแก้ไขให้บุคคลใด ๆ ที่ต้องการขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตนั้นไม่จำเป็นต้องมีสัญชาติไทยแต่บุคคลที่จะขอขึ้นทะเบียนได้นั้นจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้ข้อตกลง MRAs ที่ได้มีผลบังคับร่วมกันกับประเทศไทย

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และคณะ. ผลกระทบต่อการค้าบริการจากการเปิดเสรีภายหลังการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบ อรุณวัยสาขาบริการวิชาชีพ. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.

สุภัทร์ สกลไชย. ชาวต่างชาติจะอยู่ในประเทศไทยได้อย่างไรคู่มือว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ ดับเบิลยูเอ็น, 2544.

### วิทยานิพนธ์

อรรถ อินทรศักดิ์. “ปัญหาทางกฎหมายขององค์กรวิชาชีพ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

### บทความ

กาญจนาภรณ์ อินทปັນตี เลิศลอย. “การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดาในอาเซียน The Facilitation of Mobility of Natural Persons in ASEAN.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 2. ปีที่ 6. กรกฎาคม – ธันวาคม 255, น.4-5.

ปวีตร เลิศธรรมเทวี. “การเปิดเสรีภาคบริการของไทย: นัยต่อการปรับปรุงกฎหมายตามกรอบความตกลงอาเซียนที่เกี่ยวกับการบริการ.” วารสารสถาบันพระปกเกล้า. เล่มที่ 1. มกราคม – เมษายน 2559, น.47.

\_\_\_\_\_. “การอนุวัติกฎหมายไทยตามกรอบกติกาประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยการลงทุน.” วารสารสถาบันพระปกเกล้า. เล่มที่ 2. ปีที่ 18, พฤษภาคม - สิงหาคม 2558, น.145-162.

### กฎหมาย

พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522.

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560.

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522.

### BOOKS

Geza Feketekuty. International Trade in Services : An overview and Blueprint for Negotiation. HarperCollins Publishers Inc, 1988.

Rupert M. Jackson and John L. Powell. Professional Negligence. London sweet & Macwell, 1987.

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

Sherry M. Stephenson. “Approaches to Liberalizing Service.” <http://elibrary.worldbank.org>, 2 May 2019.

**LAW**

General Agreement on Trade in Services.



**การประกอบธุรกิจในลักษณะ UNIVERSAL BANKING และ แนวทางการปรับใช้  
ในระบบ ธนาคารพาณิชย์ สปป.ลาว**  
**UNIVERSAL BANKING AND GUIDELINES FOR DEPLOYING BANKING SYSTEM  
IN LAO PDR**

**ครสวัสดี แก้วอุดร\***

Khonesavath Keooudone

**บทคัดย่อ**

การประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking คือ ธนาคารสามารถประกอบธุรกิจได้อย่างหลากหลาย และครบวงจร ทั้งธุรกิจธนาคารได้แก่ การรับเงินฝาก การให้สินเชื่อ การแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ การให้บริการชำระธุรกรรมทางการเงิน และธุรกิจหลักทรัพย์ได้แก่ การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การจัดการกองทุนต่าง ๆ และธุรกิจประกันภัย รวมถึงธุรกิจทางการเงินอื่น ซึ่งธนาคารสามารถเสนอผลิตภัณฑ์และบริการภายใต้องค์กรเดียวกัน เมื่อแนวโน้มการประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking ซึ่งเกิดจากกระแสการแข่งขันที่รุนแรงของสถาบันการเงินต่าง ๆ รวมทั้งกระแสโลกาภิวัตน์ในระบบการเงินของประเทศต่าง ๆ ได้มีการพัฒนา และได้ผ่อนคลายกฎระเบียบข้อบังคับ (Deregulation) ที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินประเภทต่าง ๆ โดยเฉพาะการอนุญาตให้สถาบันการเงินอย่างธนาคารพาณิชย์สามารถดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้ ส่งผลให้ระบบการเงินของหลายประเทศก้าวเข้าสู่การประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking มากขึ้น

จากการศึกษา พบว่า การประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking นั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งการปรับใช้รูปแบบการประกอบธุรกิจดังกล่าวต้องพิจารณา และปรับใช้อย่างค่อยเป็นค่อยไป ซึ่งระบบการธนาคารใน สปป.ลาว ยังไม่สามารถก้าวเข้าสู่การประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking สาเหตุเนื่องจากกฎหมายกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ของ สปป.ลาว ยังไม่เปิดให้ธนาคารพาณิชย์ สามารถให้บริการได้อย่างหลากหลายและครบวงจร ฉะนั้น ปัจจัยที่นำไปสู่การประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking ต้องการกำหนดนโยบายที่ชัดเจน มีการผ่อนคลายกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ให้มากขึ้น รวมทั้งแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องอันได้แก่กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยการประกันภัย เพื่อให้สามารถบริการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย ได้ทั้งหมดหรือบางส่วน อย่างไรก็ตาม การก้าวสู่การประกอบธุรกิจที่มีความหลากหลายและครบวงจรในลักษณะ Universal Banking ยังต้องดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไป ทั้งนี้ทุกภาคส่วนต้องเตรียมความพร้อมในด้านต่าง ๆ ทั้งด้านมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแล ด้านองค์กรกำกับดูแล และความพร้อมของธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น

**คำสำคัญ**

Universal Banking, ธนาคารพาณิชย์, ธุรกิจหลักทรัพย์, ธุรกิจประกันภัย, สปป.ลาว

---

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : khonesavath@yahoo.com

## **ABSTRACT**

Universal Banking is a bank that can operate a wide range of businesses, including banking, including receiving deposits, loan, foreign exchange, payment services, financial transactions and securities business, including securities underwriting, securities brokerage, fund management and also insurance business including other financial businesses which the bank can offer products and services under the same organization. The universal banking business trend arises from the intense competition of various financial institutions as well as the globalization of the financial systems of various countries, development and deregulation relating to the scope of business of various types of financial institutions, especially allowing financial institutions that are commercial banks to be able to conduct business related to securities business and insurance business resulting in the financial system of many countries entering into Universal Banking.

From the study, it is found that Universal Banking has both advantages and disadvantages. The implementation of the business model must be considered and applied gradually. Which the banking system in Lao PDR is still unable to enter into the universal banking business. The reason is because the law on commercial bank supervision of Laos PDR is not yet open for commercial banks can provide a wide range of services. Therefore the factors that lead to the business of Universal Banking require clear policies there is more relaxation of laws and regulations related to the scope of business of commercial banks including amendments to relevant laws such as the law on Commercial Bank, law on Securities and law on Insurance in order to be able to service businesses all or part related to securities and insurance businesses. However, the step towards becoming a Universal Banking must be gradual and there must be preparation in all aspects including laws, regulatory organizations and commercial banks etc.

## **Keywords**

Universal Banking, Commercial Banking, Insurance Business, Securities Business, Lao PDR.

## บทนำ

ธนาคารพาณิชย์ถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจด้านการเงินที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประเทศ เป็นศูนย์กลางของการทำธุรกรรมด้านการเงินต่าง ๆ ที่สำคัญ ซึ่งในอดีตสถาบันการเงินอย่างธนาคารพาณิชย์มีบทบาทเป็นเพียงผู้รับฝากเงินอาทิเช่น เงินฝากออมทรัพย์ เงินฝากประจำ เป็นต้น เมื่อได้เงินฝากธนาคารพาณิชย์ก็นำไปปล่อยกู้และซื้อขายตัวแลกเปลี่ยน ต่อมาธนาคารพาณิชย์ได้มีการพัฒนาด้วยการขยายขอบเขตการทำธุรกิจเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ นอกจากนี้ธนาคารพาณิชย์มีหน้าที่หลักเป็นตัวกลางในการเชื่อมโยงระหว่างผู้มีเงินออมและผู้ต้องการใช้เงินทุน รวมทั้งยังให้บริการด้านการชำระเงินและเป็นสื่อกลางในการจัดสรรและกระจายความเสี่ยง<sup>1</sup> ธนาคารพาณิชย์มีความสำคัญต่อระบบการเงินของประเทศอย่างมาก รวมทั้งเป็นปัจจัยในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศอีกด้วย เมื่อกระแสโลกาภิวัตน์ในระบบการเงินของประเทศต่าง ๆ และศูนย์กลางการเงินโลกได้ก้าวสู่ความเป็น “Universal Banking” มากขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับ ทั้งในตลาดการเงินภายในประเทศและในตลาดโลก (Globalization Market) เห็นได้จากการรวมตัว หรือ Consolidation ของสถาบันการเงินประเภทต่าง ๆ ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและทั่วโลก โดยเฉพาะนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา และมีอัตราเร่งสูงขึ้นในปี ค.ศ. 1990<sup>2</sup> การก้าวสู่การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ซึ่งเกิดจากการผ่อนคลายกฎระเบียบข้อบังคับ (Deregulation) ที่เกี่ยวกับขอบเขตการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินประเภทต่าง ๆ โดยเฉพาะการอนุญาตให้สถาบันการเงินอย่างธนาคารพาณิชย์สามารถดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้ จากเดิมที่ธนาคารพาณิชย์สามารถดำเนินธุรกิจได้จำกัดเฉพาะธุรกิจแบบดั้งเดิมเท่านั้น ต่อมาจึงได้มีการผ่อนคลายกฎระเบียบ และเปิดช่องให้ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบธุรกิจในลักษณะอื่นได้มากยิ่งขึ้น<sup>3</sup>

อย่างไรก็ดี ทิศทางการก้าวเข้าสู่ความเป็น Universal Banking ของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันในด้านโครงสร้าง และรายละเอียด บทความฉบับนี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษา ความหมาย และลักษณะโครงสร้างของ Universal Banking รวมทั้งข้อดีและข้อเสียของการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking และการนำแนวคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking มาปรับใช้ในระบบธนาคารใน สปป.ลาว ซึ่งผู้เขียนจะเสนอและวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

### 1. การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking

#### 1.1 ความหมาย และ ความสำคัญของการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking

การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking หมายถึง ธนาคารที่สามารถดำเนินกิจกรรมทางการเงินได้หลากหลายมากกว่ากิจกรรมหลักหรือแบบดั้งเดิมของธนาคาร เช่น รับเงินฝาก ให้สินเชื่อ รวมถึงการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศมาเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน รวมทั้งการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ และการค้าหลักทรัพย์ ในบางประเทศธนาคารพาณิชย์สามารถถือหุ้นในบริษัทที่ทำธุรกิจเชิงพาณิชย์ และภาค อุตสาหกรรม<sup>4</sup> รวมทั้งให้บริการทางการเงินที่หลากหลายครบวงจรซึ่งธนาคารสามารถขายประกันภัย นอกจากนี้ ยังเข้าไปถือหุ้นในสถาบันการเงิน รวมทั้งที่ไม่ใช่สถาบันการเงินได้ด้วย<sup>5</sup> อย่างไรก็ตาม แก่นของ Universal Banking นั้นคือ การที่สถาบันการเงินสามารถให้บริการทางการเงินที่หลากหลาย

<sup>1</sup> เพียงอ อสงเพชร, “ประสิทธิภาพการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ไทยเปรียบเทียบกับ ชวงก่อนและหลังการดำเนินธุรกิจบริการทางการเงินครบวงจร (Universal Banking),” (วิทยานิพนธ์เศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.1.

<sup>2</sup> ไพโรจน์ วงศ์วิภาณนท์, “มิติความหลากหลายของ Universal Banking,” วารสารการเงินธนาคาร, เล่มที่ 16, 182, น. 165 (2540).

<sup>3</sup> สันติ ถิพัฒน์ อนันต์ชัย คงจันทร์ โสทธิธ วัลลิกมาส และเมธีณี วฒิกกุล, การศึกษาการกำกับดูแลสถาบันการเงินตามแนวทฤษฎี, โครงการวิจัยที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิกองทุนพัฒนาระบบตลาดทุน, 2542), น.91.

<sup>4</sup> Samuel H. Talley, “Bank Holding Companies A Better Structure for Conducting Universal Banking?,” Working papers, p.2 (1991).

<sup>5</sup> George J. Benston, “Universal banking,” Journal of Economic Perspective, Volume 8, p.121 (1994).

ครบวงจร แต่ในระบบการเงินของโลก นี้ไม่ใช่มุมมอง หรือมิติเดียวของ Universal Banking จริง ๆ มีความหลากหลายในรูปแบบ โดยมีองค์ประกอบที่ต้องพิจารณาคือ<sup>6</sup>

- 1) บริการทางการเงินทั้งหมดทำผ่านองค์กรเดียวหรือไม่ หรือ
- 2) บริการทางการเงินทำแยกผ่านกลุ่มการเงินหรือกลุ่มสถาบันการเงิน โดยมีธนาคารเป็นแกนกลาง หรือมีสถาบันการเงินประเภทที่ไม่ใช่ธนาคาร หรือบริษัทแม่เป็นธุรกิจที่ไม่ใช่สถาบันการเงินเป็นแกนกลาง
- 3) ความหลากหลายในการบริการทางการเงินนั้นความหลากหลายครบวงจร และที่สำคัญอีกมิติหนึ่งคือการอนุญาตให้สถาบันการเงินมีหุ้นได้มากน้อยในบริษัทธุรกิจอุตสาหกรรม
- 4) รูปแบบการกำกับในเชิงโครงสร้างว่ากฎหมายวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีหุ้นระหว่างสถาบันการเงินด้วยกันเองอย่างไร

ความแตกต่างด้านโครงสร้างข้างต้นในด้านหลักการอาจนำไปสู่ความแตกต่างในประสิทธิภาพ ประสิทธิผลของระบบการเงิน โดยแนวคิดหรือ Concept แล้ว สถาบันการเงิน หรือธนาคาร สามารถให้บริการทางการเงินทุกหรือเกือบทุกประเภทในองค์กรเดียวกัน กล่าวคือ การบริการรับฝากเงิน โอนเงิน ใ้กู้ บริหารเงินลงทุนให้ผู้ลงทุน ดูแลบริหารทรัพย์สินในรูปแบบทรัสต์ การประกันภัย ขายหน่วยลงทุน เป็นนายหน้าและประกันการขายหลักทรัพย์ หรืออีกนัยหนึ่งไม่แยกธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย insurance ออกจากกัน

ปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่ความสำเร็จตามหลักการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ได้แก่ การก่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาด และการประหยัดต่อต้นทุนในการเสนอการบริการต่าง ๆ ทั้งเป็นการเพิ่มโอกาสในการสร้างสรรค์ผลิตภัณฑ์ทางการเงินใหม่ ๆ อย่างต่อเนื่อง สร้างความพึงพอใจให้แก่ลูกค้าที่มีต่อธนาคารเพิ่มขึ้น รวมทั้งเพิ่มปริมาณการทำธุรกรรมทางการเงินของลูกค้าได้เป็นอย่างดี ที่สำคัญคือการเพิ่มขึ้นของรายได้ธนาคารที่ได้จากรายได้ที่ไม่ใช่ดอกเบี้ย ซึ่งประกอบด้วย รายได้จากธุรกรรมทางการเงินอื่น ๆ

## 1.2 โครงสร้างของการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking

แม้ว่าการประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking จะอยู่ในรูปแบบการบริการที่หลากหลายแต่การที่จะวางลักษณะโครงสร้างของธนาคารนั้นก็ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมในการนำไปปรับใช้ของแต่ละประเทศด้วย โดยลักษณะโครงสร้างของ Universal Banking แบ่งออกเป็น 4 ลักษณะดังต่อไปนี้<sup>7</sup>

### 1.2.1 ลักษณะโครงสร้างของ Full Universal Banking Model

การประกอบธุรกิจลักษณะ Universal Banking เต็มรูปแบบ ซึ่งเป็นองค์กรที่สามารถประกอบธุรกิจทั้งธุรกิจธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจด้านการประกันภัย และกิจกรรมอื่น ๆ โดยกิจกรรมทั้งหมดจะดำเนินงานภายใต้องค์กรเดียวกันทั้งหมด

รูปภาพที่ 1 โครงสร้างแบบ Full Universal Banking Model

Banking Activities	Securities Activities	Insurance Activities	Others
--------------------	-----------------------	----------------------	--------

<sup>6</sup> ศูนย์วิจัยกสิกรไทย, “Universal Banking ... เป้าหมายความสำเร็จระยะยาวของธนาคารพาณิชย์,” *Econ Analysis*, เล่ม 1869, ปีที่ 12, น.4-5 (2549).

<sup>7</sup> Anthony Saunders and Ingo Walter, *Universal banking in the United States What Could We Gain? What Could We Lose?*, (New York : Oxford University Press, 1994), p.85.

### 1) ข้อดีของรูปแบบ Full Universal Banking Model

การรวมธุรกิจทั้งธุรกิจธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจด้านการประกันภัย และกิจกรรมอื่น ๆ ไว้อยู่ภายใต้องค์กรเดียวกันกล่าวคือ ธนาคารสามารถเสนอผลิตภัณฑ์และบริการทางการเงินอย่างครบวงจร หรือเรียกอีกอย่างว่าการให้บริการที่เดียวจบ (One stop service) ซึ่งจะช่วยให้ธนาคารสามารถได้ประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด (Economics of scale) มากที่สุด เพราะจะช่วยประหยัดทั้งด้านต้นทุนการดำเนินงาน และการทำธุรกรรมด้านต่าง ๆ ทั้งธุรกรรมด้านการธนาคาร ธุรกรรมด้านหลักทรัพย์ รวมทั้งธุรกรรมด้านประกันภัยด้วย ส่งผลให้ธนาคารสามารถแสวงหารายได้อย่างหลากหลายและเพิ่มขึ้นทั้งรายได้จากดอกเบี้ย และรายได้จากค่าธรรมเนียมการให้บริการด้านต่าง ๆ เช่น ค่าธรรมเนียมจากการโอนเงิน การแลกเปลี่ยนเงินตราและอื่น ๆ นอกจากนี้รายได้จากกิจการด้านธนาคารแล้ว ยังมีรายได้ที่เกิดจากธุรกิจหลักทรัพย์ อันได้แก่ค่าธรรมเนียมจากการให้บริการคำปรึกษาทางการเงิน การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ การซื้อขายหลักทรัพย์และอื่น ๆ รวมทั้งรายได้จากการประกอบธุรกิจประกันภัยอีกด้วย นอกจากนี้ ธนาคารยังมีบทบาทสำคัญในการช่วยให้สนับสนุนการพัฒนาตลาดการเงินและการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ อีกทั้งยังเกิดประโยชน์กับลูกค้าเป็นอย่างมากเพราะว่าการที่ธนาคารนั้นมีการให้บริการทางการเงินแบบครบวงจร จะช่วยตอบสนองตามความต้องการของลูกค้าเป็นอย่างดี และช่วยลดต้นทุนค่าใช้จ่ายของลูกค้าเป็นอย่างมาก เพราะว่าการธนาคารสามารถให้บริการทางการเงินทั้งหมด นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างธนาคารกับลูกค้าอีกด้วย

### 2) ข้อเสียของรูปแบบ Full Universal Banking Model

การรวมธุรกิจทางการเงินทั้งหมด ดำเนินโดยตรงภายใต้องค์กรเดียวกันหรือนิติบุคคลเดียวกันทั้งหมด อาจจะทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์มากที่สุด (Conflict of Interest) และอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับลูกค้า<sup>8</sup> อาจส่งผลให้ธนาคารประกอบธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงมากขึ้น นอกจากนี้รูปแบบดังกล่าวยังอาจก่อให้เกิดการกระจุกตัวของความเสี่ยงมากขึ้น ทั้งความเสี่ยงของธุรกิจธนาคาร ความเสี่ยงของธุรกิจหลักทรัพย์ และความเสี่ยงของธุรกิจประกันภัย<sup>9</sup> รวมทั้งอาจมีผลกระทบต่อระบบการเงินและระบบเศรษฐกิจ ที่เรียกว่าปัญหาความเสี่ยงเชิงระบบมากที่สุด (Systemic risk) เพราะถ้าหากธนาคารจะมีขนาดใหญ่การประกอบธุรกิจมีความหลากหลายครบวงจร เมื่อธนาคารประสบปัญหาอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบการเงินและเศรษฐกิจได้ นอกจากนี้ อาจก่อให้เกิดการผูกขาดทางธุรกิจธุรกิจมากที่สุด (Monopoly) เพราะธนาคารขนาดใหญ่มีความได้เปรียบในการประกอบธุรกิจและอาจจะทำให้ธุรกิจอื่น เช่น บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทประกันภัย นายหน้าประกันภัยอาจไม่สามารถแข่งขันได้ และในที่สุดจะมีเพียงธนาคารขนาดใหญ่ไม่กี่แห่งเท่านั้น อีกทั้งการประกอบธุรกิจที่หลากหลายนั้นอาจมีความซับซ้อนด้านองค์กรและยากแก่การกำกับดูแลอีกด้วย

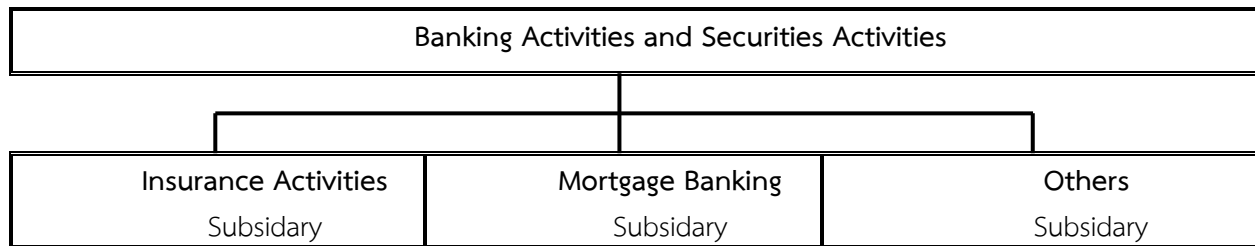
#### 1.2.2 ลักษณะโครงสร้างของ German Universal Banking Model

การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking เป็นรูปแบบที่อนุญาตให้ธนาคารสามารถดำเนินธุรกิจด้านธนาคาร และธุรกิจด้านหลักทรัพย์ อยู่ภายใต้โครงสร้างเดียวกัน ส่วนธุรกิจด้านประกันภัย ธุรกิจการให้สินเชื่อที่อยู่อาศัย และธุรกิจด้านการเงินอื่น ๆ ธนาคารอาจดำเนินการจัดตั้งในรูปแบบบริษัทลูก (Subsidiary) โครงสร้างในลักษณะนี้จะคล้ายรูปแบบของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่ง ดังที่กำหนดไว้ตามรูปภาพที่ 2

<sup>8</sup> ปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) อาจเกิดขึ้นจากที่ธนาคารอาจใช้ข้อมูลของลูกค้าเพื่อผลประโยชน์ของธนาคารเอง รวมทั้งปัญหาการผูกกรรมธุรกรรมทางการเงินต่าง ๆ เพื่อให้บริการแก่ลูกค้า เช่น ธนาคารอาจผูกกรรมธุรกรรมการให้สินเชื่อเข้ากับผลิตภัณฑ์ด้านหลักทรัพย์ หรือผลิตภัณฑ์ด้านการประกันภัย โดยอาจจะตั้งเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น ก่อนจะได้รับอนุมัติสินเชื่อลูกค้าต้องซื้อผลิตภัณฑ์ด้านการประกันภัยร่วมด้วย หรือร่วมลงทุนในกองทุนที่ธนาคารนั้นเป็นเจ้าของกองทุนนั้น เป็นต้น

<sup>9</sup> ความเสี่ยงเกิดจากการทำธุรกรรมเกี่ยวกับหลักทรัพย์ เช่น การซื้อขายหลักทรัพย์เพื่อตนเอง การถือครองหลักทรัพย์จำนวนมาก ในกรณีหลักทรัพย์นั้นด้อยค่าลงก็อาจส่งผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของธนาคาร

รูปภาพที่ 2 โครงสร้างแบบ German Universal Banking Model



1) ข้อดีของรูปแบบ German Universal Banking Model

ลักษณะโครงสร้างดังกล่าวนี้มีข้อดีช่วยให้ประหยัดจากขนาดและขอบเขต (economies of scope and scale) ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ถ้าหากธนาคารสามารถเสนอและขายการให้บริการทางการเงินทั้งหมด ทั้งช่วยลดต้นทุนของการกำกับดูแล (decrease in cost of supervision and regulation) และช่วยลดความเสี่ยงทางเศรษฐกิจในระดับหนึ่ง (reduction of economic risk)<sup>10</sup> การประกอบธุรกิจในรูปแบบนี้จะได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาด (Economics of scale) แต่อาจไม่เท่ากับกับรูปแบบ Full Universal Banking เต็มรูปแบบ แต่ก็สามารถแสวงหารายได้มากขึ้นจากตลาดทุนทั้งรายได้จากดอกเบี้ย (Interest based income) และรายได้จากค่าธรรมเนียม (Fee based income) รวมทั้งการกระจุกตัวของความเสี่ยงก็น้อยกว่ารูปแบบ Full Universal Banking เต็มรูปแบบ นอกจากนี้ ยังมีประโยชน์ต่อกับลูกค้า โดยเฉพาะสามารถตอบสนองต่อความต้องการของลูกค้าได้เป็นอย่างดี

2) ข้อเสียของรูปแบบ German Universal Banking Model

การประกอบธุรกิจในลักษณะนี้ อาจกระทบต่อธนาคารและผู้ฝากเงิน เนื่องจากการรวมธุรกิจธนาคารพาณิชย์ และพาณิชย์<sup>11</sup> อยู่ภายใต้องค์กรเดียวกัน อาจส่งผลให้ใช้ข้อมูลของลูกค้าเพื่อผลประโยชน์ของธนาคาร อาจก่อให้เกิดการละเมิดเกี่ยวกับข้อมูลของลูกค้า และอาจกระทบต่อการแข่งขันในระดับหนึ่ง นอกจากนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในระดับหนึ่งแต่ไม่มากเท่ากับรูปแบบที่หนึ่ง รูปแบบนี้อาจส่งผลให้ธนาคารเร่งประกอบธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงมากขึ้นโดยเฉพาะในธุรกรรมที่เรียกว่า Proprietary Trading<sup>12</sup> และกองทุนหรือสินทรัพย์ที่มีความเสี่ยงสูง และอาจส่งผลกระทบต่อระบบการเงินและระบบเศรษฐกิจโดยเฉพาะปัญหาความเสี่ยงเชิงระบบ (Systemic risk) แต่อาจจะไม่เท่ากับ Universal Banking เต็มรูปแบบ

1.2.3 ลักษณะโครงสร้าง U.K. Parent Bank Model

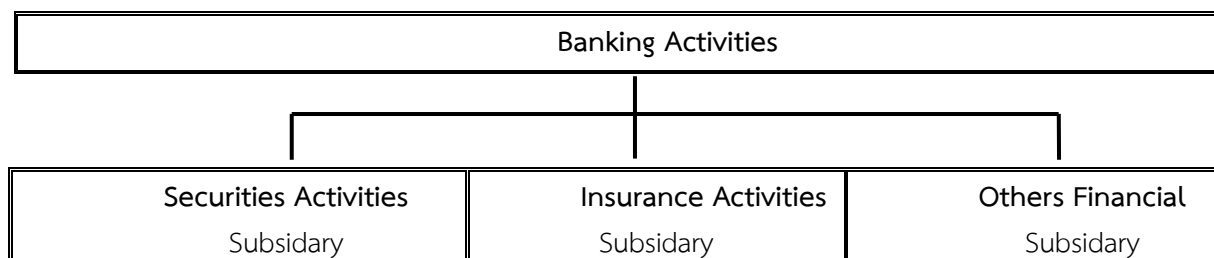
ธนาคารจะให้บริการได้เฉพาะธุรกิจธนาคาร ได้เท่านั้น ส่วนธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจประกันภัย และธุรกิจด้านการเงินอื่น ๆ ซึ่งธนาคาร ไม่สามารถดำเนินธุรกิจเหล่านี้ได้โดยตรง แต่สามารถดำเนินการได้โดยผ่านการจัดตั้งเป็นบริษัทลูก (Subsidiary) ส่วนใหญ่รูปแบบดังกล่าวจะเป็นของประเทศอังกฤษ

<sup>10</sup> Theodor Bauns, and Michael Gruson, “The German Banking System of the Future?,” BROOKLYN J. INT’L LAW, Vol. XIX, p.124 (1993).

<sup>11</sup> พาณิชย์ (Investment Banking) ซึ่งเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับตลาดทุน อันได้แก่การออกหุ้นเพื่อระดมทุนจากประชาชนของกิจการต่าง ๆ การให้ความช่วยเหลือด้านต่าง ๆ แก่กิจการในการจัดทำควบรวมกิจการหรือการครอบงำกิจการ (Merger and Acquisition) การทำหน้าที่ในการซื้อขายหลักทรัพย์ หรือตราสารทางการเงินต่าง ๆ เพื่อการลงทุน การทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาทางการเงินในการดำเนินการออก และเสนอขายหลักทรัพย์ การดำเนินการออกตราสารหนี้ต่าง ๆ การดำเนินการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) การทำหน้าที่บริการรับฝากหลักทรัพย์หรือทรัพย์สิน (Custodian) การเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ (Trustee) รวมถึงการให้บริการจัดการทรัพย์สินเพื่อผลประโยชน์ของลูกค้า (Fund Management)

<sup>12</sup> Proprietary Trading หมายถึง การทำธุรกรรมหรือการซื้อขาย ลงทุนในสินทรัพย์ทางการเงินหรือตราสารทางการเงิน เพื่อผลประโยชน์ของธนาคารเอง

รูปภาพที่ 3: โครงสร้างแบบ U.K. Parent Bank Model



1) ข้อดีของรูปแบบ U.K. Universal Bank Model

รูปแบบนี้จะเกิดการกระจุกตัวของความเสี่ยงน้อยกว่ารูปแบบ Full Universal Bank Model เต็มรูปแบบ และรูปแบบของ German Universal Bank Model ซึ่งช่วยลดความเสี่ยงจากการประกอบธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงต่อสถานะทางการเงินของธนาคารได้ดี เพราะธุรกิจธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจประกันภัย และธุรกิจทางการเงินอื่น ๆ แยกออกจากกัน และดำเนินผ่านบริษัทลูก กล่าวคือ จะเป็นการแยกระหว่างธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย ออกจากธุรกิจธนาคารพาณิชย์ โดยมีธนาคารพาณิชย์เป็นแกนกลางในการถือหุ้น อย่างไรก็ตาม รูปแบบนี้สามารถตอบสนองตามความต้องการของลูกค้าเฉพาะกลุ่มลูกค้าผู้บริโภค และอาจจะมีข้อจำกัดในการแสวงหาแหล่งที่มาของเงินทุน รวมทั้งปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) และการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อลูกค้าที่ลดลง นอกจากนี้ ยังส่งผลดีในการกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ เนื่องจากความซับซ้อนด้านองค์กร และปัญหาความเสี่ยงเชิงระบบ (Systemic risk) มีน้อยกว่ารูปแบบที่หนึ่งและรูปแบบที่สอง ถ้าหากภาคธุรกิจหลักทรัพย์ หรือภาคธุรกิจประกันภัยประสบปัญหาใดหนึ่งก็อาจจะกระทบต่อธนาคารพาณิชย์น้อยมาก อย่างไรก็ตาม รูปแบบนี้จะได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาดน้อยกว่ารูปแบบ Full Universal Banking Model เต็มรูปแบบ และรูปแบบ Germany Universal Banking Model เนื่องจากรูปแบบนี้ธนาคารพาณิชย์จะประกอบธุรกิจผ่านบริษัทลูกของตน จะไม่ได้ดำเนินงานโดยตรง ดังนั้น การประหยัดจากขนาดอาจไม่มีมากนัก แต่จะมีข้อดีในเรื่องของการกำกับดูแลเพราะว่าความซับซ้อนน้อยกว่าทั้งสองรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้น

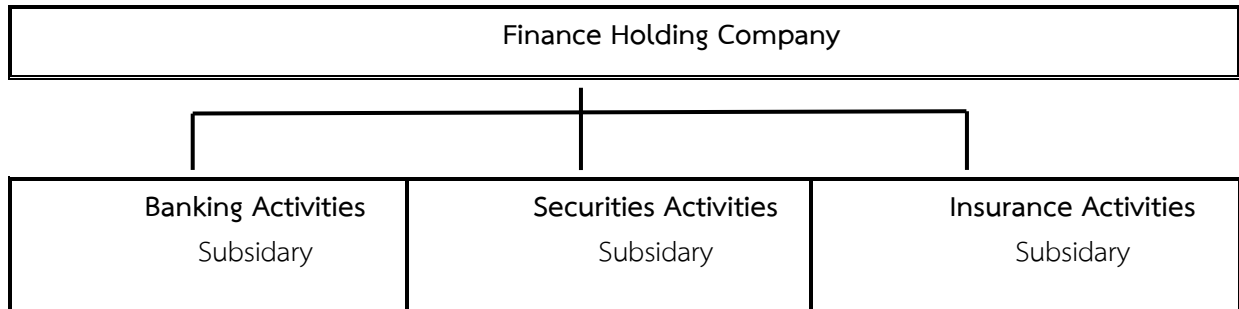
2) ข้อเสียของรูปแบบ U.K. Universal Bank Model

รูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารในรูปแบบนี้มีผลต่อธนาคารพาณิชย์ เนื่องจากอาจเกิดข้อจำกัดในการแสวงหารายได้ของธนาคารพาณิชย์ การพึ่งพาแหล่งรายได้จากอัตราดอกเบี้ยเป็นหลักนั้น อาจส่งผลให้ความสามารถในการหารายได้ และการทำกำไรของธนาคารพาณิชย์ลดลงซึ่งอาจกระทบต่อรายได้ของธนาคารพาณิชย์ก็เป็นได้ นอกจากนี้รูปแบบดังกล่าวอาจมีความเสี่ยงในกรณีที่บริษัทลูกของธนาคารพาณิชย์ที่ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยหากประสบปัญหา อาจกระทบต่อสถานะทางการเงินได้

1.2.4 ลักษณะโครงสร้างแบบ Finance Holding Company

การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ในรูปแบบ Finance Holding Company ซึ่งเป็นสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อถือหุ้น หรือดำเนินงานในธุรกิจธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย กล่าวคือ สถาบันการเงินจะเป็นแกนกลางในการถือหุ้นในธุรกิจธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย ส่วนใหญ่รูปแบบดังกล่าวจะใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

รูปภาพที่ 4: โครงสร้างแบบ Finance Holding Company



1) ข้อดีของรูปแบบ Finance Holding Company

รูปแบบนี้จะเห็นได้ว่ามีข้อดีต่อธนาคารพาณิชย์ โดยเฉพาะปัญหาการกระจุกตัวของความเสี่ยงด้านต่าง ๆ นั้นมีน้อยกว่าทั้งสามรูปแบบที่ได้กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยนั้นได้แยกออกจากกัน ต่างฝ่ายต่างทำหน้าที่ของตัวเอง ซึ่งเป็นการลดความเสี่ยงจากการประกอบธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงต่อสถานะทางการเงินของธนาคารพาณิชย์ได้ดีที่สุด ถือได้ว่าเป็นการจัดโครงสร้างแบบกลุ่มธุรกิจทางการเงินทำให้การบริหารจัดการ รวมถึงการจัดการความเสี่ยงที่มีนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ ยังสามารถตอบสนองความต้องการของลูกค้าได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งลูกค้าผู้บริโภครายย่อย อย่างไรก็ตาม รูปแบบนี้อาจมีข้อจำกัดด้านการแสวงหารายได้ของธนาคารพาณิชย์ นอกจากนี้ ปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์จะน้อยกว่าทั้งสามรูปแบบที่ได้กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากธุรกิจทั้งธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยนั้นได้แยกออกจากกันอย่างชัดเจน ในด้านความสัมพันธ์จะเกิดขึ้นระหว่างบริษัท Finance Holding Company กับบริษัทที่ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยเท่านั้น

2) ข้อเสียของรูปแบบ Finance Holding Company

รูปแบบการประกอบธุรกิจที่เป็น Finance Holding Company นั้นอาจส่งผลกระทบต่อธนาคาร และระบบการเงินของประเทศ ซึ่งจะเกิดการรวมเป็นกลุ่มธุรกิจทางการเงินขนาดใหญ่มากขึ้น ในลักษณะของ Large Financial Conglomerate ที่อาจทำให้เกิดปัญหาความเสี่ยงเชิงระบบได้ (Systemic risk) ปัญหาความเสี่ยงเชิงระบบเกิดขึ้นจากกรณีในกลุ่มธุรกิจทางการเงินมีขนาดใหญ่ มีสาขาทั้งภายในประเทศ และประเทศต่าง ๆ และมีการทำธุรกรรมที่หลากหลาย และมีความเสี่ยงสูง เมื่อเกิดปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจก็อาจส่งผลกระทบต่อทั้งระบบการเงินได้

1.3 ปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่ความสำเร็จตามหลักการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking

การปรับรูปแบบการประกอบธุรกิจให้เป็นไปตาม Universal Banking นั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบและโครงสร้าง Universal Bank ซึ่งความสำเร็จนั้นได้แก่<sup>13</sup>

- 1) การประหยัดในเรื่องของขนาด และการประหยัดต้นทุนในการเสนอบริการต่าง ๆ จากการรวมระบบงานบุคลากร รวมถึงช่องทางนำเสนอผลิตภัณฑ์และบริการทางการเงินที่หลากหลายประเภทให้แก่ลูกค้าในคราวเดียว
- 2) เพิ่มโอกาสในการสร้างสรรค์ผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ อย่างต่อเนื่อง จากฐานลูกค้าที่เพิ่มขึ้น อันเป็นผลจากการขยายเครือข่ายกลุ่มธุรกิจต่าง ๆ ของธนาคาร ส่งผลให้ธนาคารมีข้อมูลพฤติกรรม และผลการดำเนินงานของลูกค้าในการใช้ผลิตภัณฑ์ที่หลากหลาย นำไปสู่การสามารถนำเสนอผลิตภัณฑ์ที่ตรงใจลูกค้าได้มากยิ่งขึ้น
- 3) ความพึงพอใจของลูกค้าต่อธนาคารมีเพิ่มมากขึ้น จากการได้รับการบริการของธนาคารอย่างครบวงจร
- 4) เพิ่มปริมาณการทำธุรกรรมทางการเงินของลูกค้า จากผลิตภัณฑ์หนึ่งไปสู่ความต้องการใช้ผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ของธนาคารอย่างต่อเนื่อง

<sup>13</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6



5) การเพิ่มขึ้นของรายได้ธนาคารโดยเฉพาะอย่างยิ่งรายได้ที่มีโชดดอกเบี้ย ซึ่งประกอบไปด้วยรายได้ที่มาจากธุรกรรมอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ธุรกรรมเดิมของธนาคาร นอกเหนือจากการเพิ่มขึ้นจากรายได้จากดอกเบี้ย เช่น ความต้องการให้สินเชื่อบริการต่าง ๆ ของธนาคารเพิ่มมากขึ้น ความต้องการรักษาเครดิตที่ดีกับธนาคาร เพื่อสามารถได้รับการเสนอผลิตภัณฑ์ทางการเงินจากธนาคารได้อย่างครบถ้วน

ธนาคารพาณิชย์ ต้องจัดเตรียมความพร้อมที่จำเป็น เพื่อรองรับการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Bank อันได้แก่

1) สร้างปริมาณ และเครือข่ายการให้บริการมากพอในการเฉลี่ยต้นทุน และสร้างปริมาณธุรกรรม เพื่อเพิ่มได้อย่างคุ้มค่าเมื่อเทียบกับการลงทุนในระบบ และเทคโนโลยีต่าง ๆ ของธนาคาร อย่างไรก็ตาม การเพิ่มปริมาณ และ

เครือข่ายการให้บริการมาก ธนาคารพาณิชย์อาจต้องได้ลงทุน และพัฒนาผลิตภัณฑ์และการให้บริการที่หลากหลายมากกว่าเดิม

2) สร้างความสามารถให้แก่พนักงานในการทำ Cross-Sell ระหว่างธุรกรรมทางการเงินได้ เพื่อเพิ่มยอดขายให้คุ้มค่ากับต้นทุน รวมถึงความเข้าใจในผลิตภัณฑ์ที่หลากหลาย ที่สามารถเสนอเป็นทางเลือก หรือผลิตภัณฑ์ทดแทนให้แก่ลูกค้าได้ ซึ่งได้แก่การเสนอการบริการระดมทุนในตลาดหลักทรัพย์ ทดแทนความต้องการสินเชื่อรายใหญ่ การเสนอผลิตภัณฑ์กองทุน หรือประกันชีวิต ทดแทนผลิตภัณฑ์เงินฝาก การเสนอให้ลูกค้าเปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมานี้ อาจจะต้องมีการประสานงานอย่างมีประสิทธิภาพ ระหว่างพนักงานที่มีความเชี่ยวชาญในผลิตภัณฑ์นั้น ๆ โดยอาจมีการสร้างระบบประเมินผลแบบที่มากกว่าการขายเป็นรายบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การติดต่อระหว่างบุคคลภายในธนาคาร และบริษัทลูก หรือพันธมิตรของธนาคารนั่นเอง

3) มีระบบฐานข้อมูลที่ดี และครบถ้วน ที่สามารถเชื่อมโยงกันได้ เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บ ประมวลผล และการเรียกดูข้อมูลของผู้ปฏิบัติการ รวมไปถึงพนักงานขายที่ประจำอยู่ตามสาขาต่าง ๆ ได้อย่างเป็นระบบ รวมทั้งความสามารถของบุคลากรในการประเมินข้อมูล เพื่อนำเสนอผลิตภัณฑ์ให้แก่ลูกค้าแต่ละรายได้อย่างถูกต้องและครบถ้วน

4) มีระบบประสานงานระหว่างฝ่ายขาย และฝ่ายบริการหลังการขายให้แก่ลูกค้า การที่สามารถตอบโต้ข้อสงสัย และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ในการใช้ผลิตภัณฑ์ของลูกค้าอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งการมีระบบประเมินผลอย่างสม่ำเสมอ โดยพิจารณาจากแบบสำรวจความพึงพอใจของลูกค้า รวมไปถึงการปรับปรุงการให้บริการอย่างสม่ำเสมอ โดยพิจารณาจากข้อมูลต่าง ๆ เช่น ระยะเวลาเฉลี่ยการรอรับบริการของลูกค้า ความยาวของการรอคิวรับบริการ และระยะเวลาการให้บริการของพนักงานธนาคาร เป็นต้น

5) การรักษาคุณภาพการให้บริการและผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นให้ได้อย่างสม่ำเสมอ

## 2. การประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ใน สปป.ลาว

### 2.1 พัฒนาการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ของ สปป.ลาว

การประกอบธุรกิจธนาคารใน สปป.ลาว ได้รับการพัฒนาเป็นแต่ละช่วงระยะโดยสามารถแบ่งออกเป็น 3 ช่วงระยะดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

ปี ค.ศ. 1945-1975 ในระยะนี้เป็นยุคที่เริ่มมีธนาคารปรากฏขึ้นโดย เฉพาะการจัดตั้งธนาคารแห่งชาติลาวซึ่งถือได้ว่าเป็นการกำเนิดระบบธนาคารของ สปป.ลาว ระยะนี้เป็นระยะที่ สปป.ลาว เกิดสงครามภายในประเทศ โดยประเทศได้แบ่งออกเป็นสองเขตการปกครองคือ เขตควบคุมของฝ่ายราชอาณาจักรลาว และเขตปลดปล่อยของกำลังฝ่ายรักชาติ โดยเขตควบคุมของฝ่ายราชอาณาจักรลาว โดยมีธนาคารแห่งชาติลาวเป็นธนาคารกลางที่มีสาขาอยู่แขวงต่าง ๆ<sup>15</sup> เช่น แขวงจำปาสัก และแขวงหลวงพระบาง และมีธนาคารเอกชนของนายทุนภายในประเทศ และต่างประเทศ เช่น ธนาคารอินโดจีน ธนาคารโตเกียว ธนาคารลาวพาณิชย์พัฒนา ธนาคารพัฒนาแห่งราชอาณาจักรลาว ธนาคารลาวเวียง ส่วนเขตปลดปล่อยของกำลังฝ่ายรักชาติก็ได้จัดตั้งคลังเงินขึ้น หรือเรียกว่าธนาคาร ในปี ค.ศ. 1968 ต่อมาก็ได้เปลี่ยนชื่อจากคลังเงินมาเป็นธนาคารประเทศลาว โดยมีธนาคารศูนย์กลาง ธนาคารพิเศษ ธนาคารแขวง นอกจากนี้ ธนาคารประเทศลาว ก็

<sup>14</sup> เวียงทอง แก้วมะณีศรี, “วิวัฒนาการประวัติความเป็นมาของธนาคารอยู่ สปป.ลาว แต่ละระยะจากวันกำเนิดมาจนถึงปัจจุบัน เนื่องในโอกาสวันเฉลิมฉลองวันสร้างตั้งธนาคารครบรอบ 35 ปี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559, จาก <http://www.bol.gov.la>

<sup>15</sup> แขวง มีความหมายตรงกับความหมายของจังหวัดของประเทศไทย

ได้ขยายสาขาอยู่ภายใน 5 แวงทางภาคใต้ เช่น แวงสาละวัน แวงตวันออก แวงบริเวณ แวงอัตปือ และแวงสิพันคร ระยะนี้ระบบธนาคารยังไม่ขยายตัวไ้ม่ก เนื่องจากอยู่ในช่วงของสงคราม และได้แบ่งออกเป็นสองฝ่าย ทำให้มีข้อจำกัด เรื่องของการดำเนินธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของระบบธนาคารใน สปป.ลาว และค่อย ๆ พัฒนามาอย่างต่อเนื่อง

ปี ค.ศ. 1975 – 2000 ในระยะนี้เป็นระยะที่มีเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของประเทศ โดยสถาปนาเป็น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงระบอบการ ปกครอง ในระยะนี้รัฐบาลได้ดำเนินการเข้ายึดครองกิจการธนาคาร และโอนกิจการธนาคารแห่งชาติลาวในเมื่อก่อน และ ธนาคารเอกชนจำนวนหนึ่ง เช่น ธนาคารอินโดจีน ธนาคารพัฒนาแห่งราชอาณาจักรลาว ธนาคารลาวเวียง โดยยึดมาเป็น กรรมสิทธิ์ของรัฐ ส่วนธนาคารที่เหลือได้ส่งคืนให้แก่เจ้าของเดิม ระบบธนาคารในระยะนี้ยังอยู่ในช่วงของการปรับปรุง จน กระทั่งปี ค.ศ. 1980 สภาประชาชนสูงสุดได้ออกกฎหมายเลขที่ 001/81/ปสลงวันที่ 21 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1988 ว่าด้วย สิทธิในการผูกขาดเกี่ยวกับธนาคาร ในระยะนี้ธนาคารแห่งชาติลาวได้เปลี่ยนชื่อมาเป็นธนาคารแห่งรัฐ ส่งผลให้ระบบ ธนาคารในระยะนี้รัฐผูกขาดด้านธนาคารโดยมีเพียงแห่งเดียว คือ ธนาคารแห่งรัฐ ต่อมาได้มีการปฏิรูประบบธนาคารใหม่ โดยธนาคารแห่งรัฐได้กำหนดนโยบายใหม่จากเมื่อก่อนที่มีระบบธนาคารแบบผูกขาดชั้นเดียว<sup>16</sup> เปลี่ยนมาเป็นระบบ ธนาคาร 2 ชั้น คือ ธนาคารกลาง และธนาคารพาณิชย์ จะเห็นได้ว่าธุรกิจธนาคารพาณิชย์ถูกแยกออกจากภารกิจของ ธนาคารกลางที่ทำหน้าที่ดูแลด้านเศรษฐกิจเงินตราและสินเชื่อมหภาค ต่อมาธนาคารแห่งรัฐได้เปลี่ยนชื่อมาเป็นธนาคาร แห่ง สปป.ลาว<sup>17</sup> ภายใต้กฎหมายเลขที่ 05/สพข ลงวันที่ 14 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1995 ที่รับรองบทบาทหน้าที่ของธนาคาร แห่ง สปป.ลาว โดยกำหนดเป็นองค์การนิติบุคคล และเป็นสมาชิกของรัฐบาล มีฐานะเทียบเท่ากระทรวงโดยมีสำนักงาน ใหญ่อยู่ที่นครหลวงเวียงจันทน์ โดยทำหน้าที่กำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ และสถาบันการเงินที่อยู่ใน สปป.ลาว ต่อมาได้มี การปฏิรูประบบธนาคารโดยปรับเปลี่ยนธนาคาร และสาขาของธนาคาร จากเมื่อก่อนมีธนาคารทั้งหมดจำนวน 19 แห่ง ให้ ลดลงเหลือเพียง 7 แห่ง การปฏิรูประบบธนาคารดังกล่าวข้างต้นได้สำเร็จ ปี ค.ศ. 1991 ส่งผลให้ระบบธนาคารใน สปป.ลาว ระยะนี้ประกอบด้วย ธนาคารแห่ง สปป.ลาว ซึ่งเป็นธนาคารกลางของประเทศ และธนาคารพาณิชย์ของรัฐ สำหรับ ธนาคารพาณิชย์ของรัฐมีทั้งหมด 7 แห่ง คือ ธนาคารอยู่เขตภาคใต้ ธนาคารนครหลวง ธนาคารเซษฐาธิราช ธนาคารการค้า ต่างประเทศลาว ธนาคารลาวใหม่ และธนาคารล้านช้าง นอกจากนี้ การปฏิรูประบบธนาคารดังกล่าวยังมีการจัดตั้ง ธนาคารพาณิชย์ของรัฐหุ้นส่วนกับเอกชนทั้งภายในประเทศ และต่างประเทศ เช่น ธนาคารกสิกรไทย ธนาคารกรุงเทพ ธนาคารร่วมพัฒนาลาว - ไทย ธนาคารกรุงไทย ธนาคารทหารไทย ธนาคารไทยพาณิชย์ ธนาคารกรุงศรีอยุธยา ต่อมา ปี ค.ศ. 1993 รัฐบาลได้จัดตั้งธนาคารส่งเสริมกิจกรรมซึ่งเป็นธนาคารเฉพาะกิจที่ให้บริการด้านการผลิตกิจกรรม นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1997 - 1998 ได้มีการปฏิรูประบบธนาคารพาณิชย์ของรัฐอีกครั้งหนึ่งโดยทำการควบรวมกิจการจากธนาคาร พาณิชย์ของรัฐจำนวนทั้งหมด 7 แห่ง ได้มีการควบรวมกิจการทำให้เหลือเพียง 2 แห่ง คือ ธนาคารลาวใหม่จำกัด และ ธนาคารล้านช้างจำกัด ถึงแม้ว่าระบบธนาคารของ สปป.ลาว ึ่งได้รับการพัฒนาไม่มากนักก็ตาม แต่มีแนวโน้มไปใน ทิศทางที่ดีขึ้นหลังจากที่มีการปฏิรูประบบธนาคารหลายครั้งที่ผ่านมาเพื่อปรับปรุงให้ระบบธนาคารไปในทิศทางที่ดีขึ้น นับ แต่ปี ค.ศ. 2000 เป็นต้นมา ธนาคารพาณิชย์ของต่างประเทศก็ได้เข้ามามีบทบาทด้วยการมาจัดตั้งในรูปแบบสาขา เช่น ธนาคาร Public bank ธนาคารร่วมธุรกิจลาวเวียดนาม ธนาคาร standard bank ในระยะนี้ธนาคารพาณิชย์ต่างชาติได้ เข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้บริการด้านธนาคารใน สปป.ลาว เป็นต้นมา

ปี ค.ศ. 2000 จนถึงปัจจุบัน ระยะนี้เป็นช่วงระยะที่ระบบสถาบันการเงิน-เงินตราได้รับการพัฒนาให้เติบโตอย่าง เข้มแข็งทั้งด้านปริมาณ และคุณภาพ โดยเฉพาะระบบธนาคาร ส่งผลให้ธนาคารพาณิชย์ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง แต่ เดิมภาคธนาคารมีระบบธนาคารที่เรียกว่าธนาคารชั้นเดียว หมายถึง ระบบที่ไม่มีมีการแบ่งบทบาทหน้าที่ในการดำเนิน นโยบายเงินตราและดำเนินธุรกิจ หรือที่เรียกว่า “ระบบที่ไม่มีความแตกต่างระหว่างธนาคารกลาง และธนาคารพาณิชย์” ต่อมาได้มีการแบ่งระบบธนาคารออกเป็นสองชั้นคือ ระบบที่แบ่งแยกบทบาทในการดำเนินนโยบายเงินตราและการดำเนิน

<sup>16</sup> ธนาคารชั้นเดียว หมายถึง ระบบที่ไม่มีมีการแบ่งบทบาทหน้าที่ในการดำเนินนโยบายเงินตรา และดำเนินธุรกิจ หรือที่เรียกว่า “ระบบที่ไม่มีความแตกต่างระหว่างธนาคารกลาง และธนาคารพาณิชย์”

<sup>17</sup> ธนาคารแห่ง สปป.ลาว เป็นธนาคารกลางของประเทศ หรือที่เรียกกันว่า ธนาคารแห่งชาติลาว (แบงก์ชาติลาว)

ธุรกิจออกจากกันโดยแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างธนาคารกลาง และธนาคารพาณิชย์ ต่อมาทางการได้มีการเร่งการปรับปรุงหลักเกณฑ์การกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ ในปี ค.ศ. 2000 โดยกฎหมายได้กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบมี 2 รูปแบบคือ ธนาคารพาณิชย์ทั่วไป และธนาคารพาณิชย์เฉพาะกิจ โดยขอบเขตการดำเนินธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ทั่วไป สามารถดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการรับฝากเงิน ให้สินเชื่อ ซื้อขายเงินตราต่างประเทศ ลงทุนเกี่ยวกับตราสารทางการเงิน (หนังสือสัญญาใช้หนี้ หนังสือค้ำประกันเงินฝาก พันธบัตร และเช็ค) และเอกสารที่มีคุณค่าเหมือนกับเงิน การบริการด้านการเงินภายในประเทศ และต่างประเทศ ส่วนธนาคารพาณิชย์เฉพาะกิจจะดำเนินธุรกิจที่มีลักษณะ เฉพาะทางหรือกิจการของส่วนใดส่วนหนึ่งของธนาคารพาณิชย์ทั่วไป โดยธนาคารพาณิชย์เฉพาะกิจได้แบ่งประเภทธนาคารออกเป็น ธนาคารพัฒนา ธนาคารการลงทุน ธนาคารออมทรัพย์ ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้า ธนาคารส่งเสริมกิจกรรม และธนาคารส่งเสริมอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์การกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ก็ได้รับการแก้ไขและได้ประกาศเป็นกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ปี ค.ศ. 2006 ฉบับที่ใช้ปัจจุบัน ส่งผลให้ธนาคารพาณิชย์ได้เติบโตเข้มแข็ง และมีหลายรูปแบบกรรมสิทธิ์ อาทิเช่น ธนาคารพาณิชย์ของรัฐ ธนาคารเฉพาะกิจ ธนาคารเอกชน ธนาคารรัฐร่วมทุน ธนาคารพาณิชย์ในกลุ่มของธนาคารต่างประเทศ และสาขาธนาคารต่างประเทศ ซึ่งปัจจุบันมีธนาคารทั้งหมดจำนวน 43 แห่ง จะเห็นได้ว่าธนาคารใน สปป.ลาว ได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง ถึงแม้จะได้รับการพัฒนามาไม่นานมากนักเนื่องจากมีหลายปัจจัย แต่เห็นได้ว่าระบบธนาคารมีวิวัฒนาการมาพร้อม ๆ กับการเปลี่ยนแปลงด้านเศรษฐกิจ และสังคมของ สปป.ลาว จนมาถึงปัจจุบัน

## 2.2 ขอบเขตการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ภายใต้กฎหมายของ สปป.ลาว

ธนาคารพาณิชย์ใน สปป.ลาว ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2006 โดยแบ่งแยกประเภทกิจการของธนาคารพาณิชย์ออกเป็น 2 ประเภทคือ ธุรกิจการธนาคาร (Banking business) และธุรกิจการเงิน (Financial business)<sup>18</sup> ดังต่อไปนี้

1) ธุรกิจการธนาคารประกอบด้วย การรับฝากเงิน การให้สินเชื่อ การค้ำประกัน (provision of guarantee facilities) การรับซื้อเอกสารมีค่า (ตราสารต่าง ๆ) การให้บริการชำระและเรียกเก็บ การออกและคุ้มครองเช็ค และบัตรประเภทต่าง ๆ การซื้อขายเงินตราต่างประเทศ และการให้บริการรักษาความปลอดภัยเอกสาร และวัตถุดิบ<sup>19</sup>

2) ธุรกิจด้านการเงินประกอบด้วย การจำหน่ายและซื้อขายหลักทรัพย์ประเภทหุ้นกู้ (Issuing and buying and selling in debt securities) การเป็นตัวแทนทางด้านการเงิน (Money broking) การทำธุรกิจประกันภัย (Undertaking insurance business) การทำธุรกิจลีสซิ่ง (Financial Leasing) การให้บริการคำปรึกษาด้านการเงิน การให้บริการคำปรึกษาเกี่ยวกับการลงทุนและบริหารเงินทุน การให้การค้ำประกันการจัดจำหน่ายและซื้อขายตราสารหนี้และตราสารทุน (Underwriting and distribution of debt and equity securities dealing in equity securities) และดำเนินธุรกิจด้านการเงินอื่น ๆ ตามที่ธนาคารแห่ง สปป.ลาว กำหนด<sup>20</sup>

อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์สามารถดำเนินธุรกิจได้เฉพาะธุรกิจการธนาคาร และธุรกิจด้านการเงินได้บางส่วนเท่านั้น ส่วนธุรกิจด้านการเงินเช่น ธุรกิจเช่าซื้อ ธุรกิจประกันภัย ธุรกิจที่เกี่ยวกับการค้ำประกันการจัดจำหน่ายและซื้อขายหลักทรัพย์ กฎหมายลำดับรองอย่างเช่นคำรัฐว่าด้วยการปฏิบัติกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ได้กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์สามารถดำเนินธุรกิจเหล่านี้ได้ แต่ต้องจัดตั้งเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากธนาคารพาณิชย์<sup>21</sup> นั้นหมายความว่า ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถประกอบธุรกิจเหล่านี้ได้โดยตรง แต่สามารถประกอบธุรกิจได้โดยเข้าไปถือหุ้นหรือจัดตั้งเป็นบริษัทลูก หรือบริษัทในเครือ เพื่อดำเนินธุรกิจดังกล่าว จะเห็นได้ว่าทางการได้เริ่มมีการผ่อนคลายกฎระเบียบข้อบังคับเรื่องขอบเขตการประกอบธุรกิจโดยเปิดโอกาสให้ธนาคารพาณิชย์ทำธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจหลักของธนาคารพาณิชย์โดยผ่านบริษัทลูก หรือบริษัทในเครือของธนาคารพาณิชย์ นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ ปี ค.ศ. 2012 ได้อนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบธุรกิจเป็นธนาคารดูแลทรัพย์สิน (Custodian Bank) ซึ่งเกี่ยวข้องกับ

<sup>18</sup> มาตรา 40 กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2006

<sup>19</sup> มาตรา 41 กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2006

<sup>20</sup> มาตรา 42 กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2006

<sup>21</sup> มาตรา 16 รัฐบัญญัติว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2000

ธุรกรรมด้านหลักทรัพย์ โดยมีหน้าที่ในการคุ้มครองเงิน หลักทรัพย์ หรือทรัพย์สินของผู้ลงทุน ทำหน้าที่ให้การชำระธุรกรรมด้านหลักทรัพย์ ดำเนินธุรกรรมการโอนหลักทรัพย์ และ ขึ้นบัญชีหลักทรัพย์ รวมทั้งทำหน้าที่แทนผู้ลงทุนเพื่อรักษาสิทธิและผลประโยชน์อื่นที่ผู้ลงทุนได้รับเป็นต้น<sup>22</sup> นอกจากนี้ ธนาคารดูแลทรัพย์สินยังเป็นผู้เก็บรักษา และคุ้มครองทรัพย์สินของกองทุนร่วม (Public Fund) อีกด้วย<sup>23</sup> ทำให้ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบธุรกิจได้มากขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายหลักทรัพย์จะเปิดช่องทางในการขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ไว้ก็ตาม แต่กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ได้กำหนดให้การทำธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ หรือธุรกิจประกันภัยนั้นต้องได้จัดตั้งเป็นนิติบุคคลแยกออกจากกัน นั้นหมายความว่าธนาคารพาณิชย์จะไม่สามารถให้บริการดังกล่าวได้โดยตรง

อย่างไรก็ดี ปัจจุบัน ทางภาคได้ดำเนินการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์<sup>24</sup> และประกาศใช้แล้ว ซึ่งกำหนดขอบเขตการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ไว้ โดยกำหนดขอบเขตการดำเนินธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดธุรกิจการธนาคาร ซึ่งประกอบด้วย การรับฝากเงิน การให้สินเชื่อ การให้บริการชำระเงิน และการซื้อขายเงินตราต่างประเทศ นอกจากนี้ ธนาคารพาณิชย์สามารถเป็นตัวแทนทางการเงิน ให้คำปรึกษาทางการเงินการลงทุน ให้บริการเก็บรักษาสิ่งของมีค่า และให้บริการอื่น ๆ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย จึงสามารถให้บริการดังกล่าวได้<sup>25</sup> นอกจากนี้ ร่างกฎหมายดังกล่าว ยังกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ สามารถจัดตั้ง หรือถือหุ้นในบริษัทที่ดำเนินธุรกิจทางการเงินได้แก่ ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจประกันภัย ธุรกิจลีสซิ่ง (Leasing) และธุรกิจทางการเงินอื่นตามการอนุญาตของธนาคารแห่งประเทศไทย<sup>26</sup> จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับใหม่นี้ ได้กำหนดแยกธุรกิจธนาคารพาณิชย์ และธุรกิจทางการเงินออกอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี การแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ ไม่แตกต่างจากกฎหมายฉบับเดิมมากนักเพียงแต่กำหนดให้ขอบเขตการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ให้ชัดเจนมากขึ้น นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ถือหุ้นในนิติบุคคลที่ไม่ใช่สถาบันการเงินในสัดส่วนไม่เกินร้อยละสิบของทุนจดทะเบียน และไม่เกินร้อยละสิบของหุ้นที่สามารถลงคะแนนเสียงได้ในนิติบุคคลนั้น และถือหุ้นรวมกันทั้งหมดไม่เกินร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียน<sup>27</sup>

### 2.3 วิเคราะห์รูปแบบการประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ใน สปป.ลาว

เมื่อพิจารณาจากรูปแบบธนาคารพาณิชย์ เห็นได้ว่า การประกอบธุรกิจยังมีลักษณะเป็นการธนาคารแบบดั้งเดิม (Conventional Banks) กล่าวคือ ธนาคารพาณิชย์ที่ให้บริการแบบธุรกิจดั้งเดิมที่ไม่หลากหลายเท่าที่ควร เห็นได้จากการบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ให้บริการรับฝากเงิน ให้สินเชื่อ ให้การค้ำประกัน รับซื้อเอกสารมีค่า (ตราสารต่าง ๆ) ให้บริการชำระและเรียกเก็บเงิน ออกและคุ้มครองเช็คและบัตรประเภทต่าง ๆ ซื้อขายเงินตราต่างประเทศ และให้บริการรักษาความปลอดภัยเอกสาร และวัตถุมูลค่า ส่วนธุรกรรมหรือการให้บริการทางการเงินด้านต่าง ๆ จะกระทำโดยตรงไม่ได้ แต่สามารถจัดตั้งหรือเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้ กฎหมายไม่ได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของธนาคารในธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย นอกจากนี้ ธนาคารพาณิชย์ที่มีความเข้มแข็งด้านการเงินสามารถถือหุ้นในนิติบุคคลอื่นนอกจากธุรกิจด้านการธนาคาร หรือด้านการเงินได้ แต่อัตราส่วนการถือหุ้นในนิติบุคคลหนึ่งต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของทุนตามระเบียบการ และไม่เกินร้อยละ 20 ของหุ้นทั้งหมดที่สามารถลงคะแนนเสียงของนิติบุคคลนั้น ในกรณีที่ธนาคารพาณิชย์หากถือหุ้นในนิติบุคคลหลายแห่งรวมกัน ต้องไม่เกินร้อยละ 8 ของสินทรัพย์เสี่ยง<sup>28</sup> ภายใต้บัญญัติของกฎหมายเปิดทางให้เกิดกลุ่มธุรกิจทางการเงินเกิดขึ้น แม้กฎหมายจะเปิดทางให้ธนาคารพาณิชย์ จัดตั้งหรือถือหุ้นในธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้ แต่มีเพียงธนาคาร

<sup>22</sup> มาตรา 82 กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ ปี ค.ศ. 2012

<sup>23</sup> มาตรา 28 กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ ปี ค.ศ. 2012

<sup>24</sup> มาตรา 33 กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ (ฉบับปรับปรุง) ปี ค.ศ. 2018

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> มาตรา 44 กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ (ฉบับปรับปรุง) ปี ค.ศ. 2018

<sup>27</sup> มาตรา 45 กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ (ฉบับปรับปรุง) ปี ค.ศ. 2018

<sup>28</sup> มาตรา 48 กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2006

ของรัฐสามแห่งเท่านั้นที่ถือหุ้นในธุรกิจหลักทรัพย์ ได้แก่ บริษัทหลักทรัพย์ (BCEL-KT) บริษัทหลักทรัพย์ล้านช้าง มหาชน (LXS) บริษัทหลักทรัพย์ลาวเงิน จำกัด (LCS)<sup>29</sup>

จากการพิจารณารูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ใน สปป.ลาว เห็นได้ว่า การให้บริการหลักของธนาคาร ยังมีข้อจำกัดเฉพาะ การรับฝากเงิน การให้สินเชื่อ การให้บริการชำระเงิน และการซื้อขายเงินตราต่างประเทศ กรณีที่ต้องการเป็นตัวแทนทางการเงิน ให้คำปรึกษาทางการเงินการลงทุน ให้บริการเก็บรักษาสิ่งของมีค่า และให้บริการอื่น ๆ ธนาคารต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่ง สปป.ลาว ซึ่งเห็นว่า การให้บริการของธนาคารพาณิชย์ ยังไม่หลากหลาย และครบวงจร อย่างไรก็ตาม ในยุคโลกาภิวัตน์ที่มีการแข่งขันกันอย่างรุนแรงระหว่างสถาบันการเงินทั้งภายในและต่างประเทศ การปรับรูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์จึงมีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม การขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจ และการให้บริการของธนาคารพาณิชย์ ยังเป็นสิ่งที่ธนาคารต้องการ เพื่อเพิ่มรายได้ให้แก่ธนาคาร ดังนั้น แนวทางการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ที่มุ่งเน้นการให้บริการทางการเงินที่ครบวงจร ครอบคลุมธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย ซึ่งการให้บริการธุรกิจดังกล่าว ดำเนินภายใต้โครงสร้างเดียวกัน ซึ่งคาดว่าธนาคารพาณิชย์จะได้รับประโยชน์สูงสุด อย่างไรก็ตาม การจะก้าวไปสู่การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking อย่างเต็มตัวนั้น จะยังเกิดขึ้นไม่ได้ ซึ่งจะวิเคราะห์ปัญหาดังต่อไปนี้

### 2.3.1 ปัญหาด้านนโยบาย

แม้กระแสนโยบายการปฏิรูปข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินอย่างธนาคารพาณิชย์ เพื่อเปิดทางสู่การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ของประเทศต่าง ๆ ได้เกิดขึ้นก็ตาม แต่สำหรับ สปป.ลาว แล้ว แนวคิดดังกล่าวยังไม่ปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนเหมือนอย่างประเทศไทย ซึ่งกำหนดแนวนโยบายการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ลงในแผนพัฒนาระบบสถาบันการเงินของตน และบัญญัติการขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินไว้ในพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน ส่งผลให้ทิศทางการก้าวสู่การประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ชัดเจนมากขึ้น อย่างไรก็ตาม นโยบายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์นั้น ธนาคารแห่ง สปป.ลาว จะเน้นกำกับดูแลให้ธนาคารพาณิชย์มีความมั่นคงและปลอดภัย อย่างไรก็ตาม นโยบายการส่งเสริมให้ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ก็ยังไม่มีความชัดเจน แต่กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ก็ได้บัญญัติให้ธนาคารพาณิชย์สามารถถือหุ้นในธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายได้เปิดให้ธนาคารพาณิชย์สามารถถือหุ้นในธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้ แต่ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถให้บริการธุรกิจดังกล่าวได้โดยตรง การที่จะก้าวสู่การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ของระบบธนาคารพาณิชย์ของ สปป.ลาว นโยบายของรัฐบาลต้องมีความชัดเจนในการวางระบบและรูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ ผ่านการวางนโยบายในการพัฒนาระบบการธนาคารของประเทศ

### 2.3.2 ปัญหาด้านกฎหมาย

แนวคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ที่มุ่งเน้นการให้บริการทางการเงินที่ครบวงจร และครอบคลุมธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย กล่าวคือ การให้บริการธุรกิจดังกล่าวจะดำเนินภายใต้โครงสร้างเดียวกัน ยังไม่สามารถทำได้ เนื่องจากธุรกิจทั้งสามประเภทนี้มีกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลที่แตกต่างกัน ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ ดำเนินธุรกิจภายใต้กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2018 และกฎหมายดังกล่าวได้กำหนด

<sup>29</sup> 1) บริษัทหลักทรัพย์ (BCEL-KT) ถือหุ้นโดยธนาคารการค้าต่างประเทศลาว มหาชน ถือหุ้นร้อยละ 70 และบริษัทหลักทรัพย์เคทีซีมิโก (ประเทศไทย) โดยถือหุ้นร้อยละ 30 โดยดำเนินธุรกิจที่ปรึกษาด้านการเงิน นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ และคำปรึกษากิจการเจ้าหน้าที่หลักทรัพย์ โดยได้รับการจัดตั้งในวันที่ 7 มกราคม ปี ค.ศ. 2011.

2) บริษัทหลักทรัพย์ล้านช้าง มหาชน (LXS) ถือหุ้นโดยธนาคารพัฒนาลาว โดยดำเนินธุรกิจที่ปรึกษาด้านการเงิน นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ และคำปรึกษากิจการเจ้าหน้าที่หลักทรัพย์ โดยได้รับการจัดตั้งขึ้นในวันที่ 1 ธันวาคม ปี ค.ศ. 2010

3) บริษัทหลักทรัพย์ลาวเงิน จำกัด (LCS) ถือหุ้นโดย ธนาคารส่งเสริมกิจกรรม ร้อยละ 41 บริษัทหลักทรัพย์แปซิฟิกหุ้นส่วน จำกัด (สปป.จีน) ถือหุ้นร้อยละ 39 และบริษัทข้อมูลข่าวสารประเทศลาว จำกัด ถือหุ้นร้อยละ 20 โดยดำเนินธุรกิจที่ปรึกษาด้านการเงิน การค้าปรึกษากิจการเจ้าหน้าที่หลักทรัพย์ นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ และตัวแทนจำหน่ายหลักทรัพย์ โดยได้รับการจัดตั้งขึ้นในเดือน มิถุนายน ปี ค.ศ. 2013.

ว่าถ้าต้องการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย ต้องไปจัดตั้งเป็นนิติบุคคลแยกออกจากธนาคารพาณิชย์ กล่าวคือ ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถประกอบธุรกิจและให้บริการได้โดยตรง สำหรับธุรกิจหลักทรัพย์ที่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ ปี ค.ศ. 2012 ได้ระบุชัดว่าการดำเนินธุรกิจด้านหลักทรัพย์อันได้แก่ ที่ปรึกษาทางการเงิน นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าประกันการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ ต้องเป็นบริษัทหลักทรัพย์ นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจประกันภัยก็เช่นกัน ต้องดำเนินธุรกิจภายใต้กฎหมายว่าด้วยการประกันภัย ปี ค.ศ. 2010 และจัดตั้งเป็นบริษัทประกันภัย เพื่อดำเนินธุรกิจประกันภัย เมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างด้านกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลธุรกิจทั้งสามประเภทแล้ว เห็นได้ว่า ส่งผลให้ธุรกิจทั้งสามประเภทนี้แยกออกจากกัน กล่าวคือ ธนาคารพาณิชย์ก็ประกอบธุรกิจการธนาคาร ไม่สามารถให้บริการธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้ ซึ่งถือว่าเป็นข้อจำกัดที่สำคัญในการก้าวสู่การประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking

### 2.3.3 ปัญหาด้านองค์กรกำกับดูแล

การกำกับดูแลธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย มีองค์กรกำกับดูแลที่แตกต่างกัน อันได้แก่ ธุรกิจการธนาคารอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่ง สปป.ลาว ส่วนธุรกิจหลักทรัพย์อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการคุ้มครองหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการเงิน<sup>30</sup> และกระทรวงแผนการและการลงทุน เป็นผู้ออกใบอนุญาตดำเนินธุรกิจประกันภัย จากแนวคิดการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking จะเห็นได้ว่า ธุรกิจทั้งสามประเภทมีองค์กรกำกับดูแลที่แตกต่างกัน การที่ธนาคารพาณิชย์จะประกอบทั้งธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยภายใต้องค์กรเดียวกันนั้น จะไม่สามารถทำได้ สาเหตุเพราะองค์กรกำกับดูแลธุรกิจทั้งสามประเภทมีความแตกต่างกัน และแยกกันกำกับดูแล และวัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลธุรกิจแต่ละประเภทก็ไม่เหมือนกัน รวมทั้งหลักเกณฑ์การกำกับดูแล และกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลที่องค์กรดังกล่าวบังคับใช้แตกต่างกัน

### 2.3.4 ปัญหาการคุ้มครองผู้บริโภคทางการเงิน

ปัจจุบันเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็นด้านการบริการทางการเงินของผู้บริโภคมีน้อยมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจประกันภัยใน สปป.ลาว ที่การเข้าถึงข้อมูลของบริษัทประกันภัย ข้อมูลการให้บริการด้านประกันภัย รวมทั้งการเข้าถึงข้อมูลของหน่วยงานกำกับดูแลธุรกิจดังกล่าวได้น้อยมาก สาเหตุเกิดจากองค์กรกำกับดูแลมีช่องทางในการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคทางการเงินน้อยมาก ไม่มีเว็บไซต์เฉพาะในการให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อผู้บริโภค ส่งผลให้ผู้บริโภคทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจประกันภัยไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็นได้ นอกจากนี้ การคุ้มครองผู้บริโภคทางการเงินทั้งธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่บังคับใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคทางการเงินเป็นการเฉพาะ ซึ่งในแต่ละธุรกิจก็มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดไว้แบบกว้าง ๆ เช่น กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ก็จะคุ้มครองเฉพาะผู้ใช้บริการด้านการธนาคาร ส่วนกฎหมายหลักทรัพย์ก็จะคุ้มครองเฉพาะผู้ใช้บริการด้านหลักทรัพย์ และกฎหมายประกันภัย ก็จะคุ้มครองเฉพาะผู้ใช้บริการประกันภัย ถ้าหากนำธุรกิจทั้งสามมาประเภทนี้รวมเข้าอยู่ภายใต้องค์กรเดียวกันอาจส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคทางการเงิน โดยเฉพาะการใช้ข้อมูลของลูกค้าเพื่อประโยชน์ของธนาคารเอง รวมทั้งปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) อาจเกิดขึ้นจากที่ธนาคารอาจใช้ข้อมูลของลูกค้าเพื่อผลประโยชน์ของธนาคารเอง รวมทั้งปัญหาการผูกรวมธุรกรรมทางการเงินต่าง ๆ เพื่อให้บริการแก่ลูกค้า เช่น ธนาคารอาจผูกรวมธุรกรรมการให้สินเชื่อเข้ากับผลิตภัณฑ์ด้านหลักทรัพย์ หรือผลิตภัณฑ์ด้านการประกันภัย โดยอาจจะตั้งเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น ก่อนจะได้รับอนุมัติสินเชื่อลูกค้าต้องซื้อผลิตภัณฑ์ด้านการประกันภัยร่วมด้วย หรือร่วมลงทุนในกองทุนที่ธนาคารนั้นเป็นเจ้าของกองทุนนั้น เป็นต้น

## 2.4 แนวทางการปรับใช้รูปแบบการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ใน สปป.ลาว

แนวทางการปรับรูปแบบการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking เข้าในรูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ ควรพิจารณาประเด็นดังต่อไปนี้

<sup>30</sup> กระทรวงการเงินในที่นี้มีความหมายตรงกับกระทรวงการคลังของประเทศไทย

#### 2.4.1 พิจารณารูปแบบของ Universal Banking

การเลือกรูปแบบที่เหมาะสมกับระบบสถาบันการเงินของ สปป.ลาว ต้องพิจารณาอย่างรอบด้าน เนื่องจากระบบสถาบันการเงินทั้งที่ประกอบธุรกิจธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย ซึ่งได้รับการพัฒนาไม่นานนัก ถ้าเปรียบเทียบกับต่างประเทศ รวมทั้งระบบเศรษฐกิจของ สปป.ลาว มีขนาดเล็ก ประชากรของประเทศมีจำนวนไม่มากนัก ราว ๆ 6 ล้านกว่าคน ฉะนั้น ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจดังกล่าว อาจเกิดขึ้นน้อยมาก อย่างไรก็ตาม รูปแบบของ Universal Banking แต่ละประเภทก็มีทั้งข้อดีและข้อเสียที่แตกต่างกัน

#### 2.4.2 พิจารณาด้านนโยบายของรัฐ

การพิจารณาปรับรูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ไปสู่การเป็น Universal Banking เป็นเรื่องที่ภาครัฐต้องได้กำหนดนโยบาย ซึ่งปัจจุบันนโยบายการปรับรูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ไปสู่การเป็น Universal Banking ยังไม่ปรากฏขึ้น เห็นได้จากแผนยุทธศาสตร์การพัฒนาระบบสถาบันการเงิน-เงินตราของ สปป.ลาว จะเน้นความเข้มแข็งและมั่นคงของระบบทางการเงิน-เงินตราเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม การจะปรับรูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารเป็น Universal Banking ต้องได้วางกรอบนโยบายเพิ่มเติม เพื่อนำไปสู่การปรับกฎหมาย และระเบียบที่เกี่ยวข้องเพื่อเปิดทางให้ธนาคารพาณิชย์ขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจให้มีความหลากหลายและครบวงจร สามารถตอบสนองความต้องการของลูกค้าได้เต็มที่

#### 2.4.3 พิจารณาด้านข้อกฎหมาย

การพิจารณาขยายขอบเขตประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ไปในลักษณะ Universal Banking จะต้องได้แก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ และกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยของ สปป.ลาว โดยธนาคารพาณิชย์ สามารถให้บริการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย รวมถึงธุรกิจทางการเงินอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจ ซึ่งการอนุญาตดังกล่าว ต้องพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมาย

#### 2.4.4 พิจารณาด้านการกำกับดูแล

การรวมการให้บริการด้านธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย เข้าไว้ด้วยกัน ภายใต้การดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ อาจต้องได้พิจารณาถึงความพร้อมในการกำกับดูแล เพราะแต่ละองค์กรกำกับดูแลธุรกิจแต่ละประเภทก็ล้วนแต่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางของตน ดังนั้น การเปิดให้ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking อาจส่งผลให้การกำกับดูแลมีความยากยิ่งขึ้น เนื่องจากองค์กรกำกับดูแลทั้งสามธุรกิจดังกล่าวเป็นคนละองค์กรกัน ฉะนั้น การร่วมมือประสานงาน และแลกเปลี่ยนข้อมูลร่วมกันจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อช่วยในการกำกับดูแลให้การประกอบธุรกิจดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมาย และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องได้

#### 2.4.5 พิจารณาด้านความพร้อมของธนาคารพาณิชย์

แนวทางการขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ไปสู่การประกอบธุรกิจที่มีความหลากหลายและครบวงจร อย่างการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking นั้น เมื่อพิจารณาสถานะของธนาคารพาณิชย์ใน สปป.ลาว เห็นว่า ธนาคารพาณิชย์ ส่วนใหญ่เป็นธนาคารพาณิชย์ของต่างประเทศ เป็นธนาคารภายในประเทศ (Local Bank) ทั้งหมด 7 แห่ง จาก 43 แห่ง นอกนั้นเป็นธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ ทั้งธนาคารที่เป็นธนาคารลูกของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ และธนาคารที่เป็นสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับด้านขนาดใหญ่ และมีลูกค้ามากที่สุด รวมถึงมีส่วนแบ่งการตลาด (Market share) ที่มากกว่าธนาคารพาณิชย์รายอื่น อาจหลีกเลี่ยง ธนาคารการค้าต่างประเทศลาว มหาชน ซึ่งเป็นธนาคารแห่งเดียวที่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ลาว อาจมีความพร้อมในด้านต่าง ๆ อาทิเช่น ความพร้อมด้านระบบภายใน ความพร้อมด้านบุคลากร และความพร้อมด้านการให้บริการ มากกว่าธนาคารพาณิชย์รายอื่น ๆ นอกจากนี้ ธนาคารส่วนใหญ่ใน สปป.ลาว เป็นธนาคารพาณิชย์ที่มาจากต่างประเทศ อาจมีความพร้อมเช่นกัน อย่างไรก็ตาม การขยายขอบเขตการให้บริการของธนาคารพาณิชย์นั้น ต้องพิจารณาความพร้อมอย่างรอบด้าน ซึ่งธนาคารพาณิชย์อาจต้องได้ปรับตัวเพื่อให้สอดคล้องกับสถานะการแข่งขันที่เพิ่มมากขึ้นจากการขยายขอบเขตการให้บริการของธนาคารในลักษณะ Universal Banking

## ข้อสรุปและข้อเสนอ

จากการพิจารณาเนื้อหาที่ได้กล่าวมาข้างต้นพบว่า รูปแบบการประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ใน สปป.ลาว ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายจะอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ สามารถประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย รวมทั้งธุรกิจลีสซิ่ง (Leasing) ได้ แต่ต้องจัดตั้งเป็นนิติบุคคลแยกออกจากธนาคารพาณิชย์ กล่าวคือ ธนาคารพาณิชย์จะเข้าไปทำธุรกิจดังกล่าว ผ่านการถือหุ้นในบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ และบริษัทที่ประกอบธุรกิจประกันภัย แต่ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถทำธุรกิจเหล่านี้ได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณารูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ของ สปป.ลาว จะเห็นว่า ธนาคารพาณิชย์ ยังไม่มีความเป็น Universal Banking ที่ธนาคารสามารถนำเสนอผลิตภัณฑ์และบริการของธนาคารให้แกลูกค้าได้อย่างหลากหลาย และครบวงจร ซึ่งครอบคลุมไปยังผลิตภัณฑ์และบริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัยได้อย่างครบถ้วน

การพัฒนาารูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ใน สปป.ลาว เพื่อก้าวเข้าสู่การประกอบธุรกิจแบบ Universal Banking นั้น ธนาคารแห่ง สปป.ลาว ควรศึกษารูปแบบของ Universal Banking อย่างละเอียด เพื่อกำหนดนโยบาย รวมทั้งแนวทางการปฏิรูประบบการธนาคารอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม แม้รูปแบบของ Universal Banking นั้นมีทั้งข้อดีหลายประการ แต่ก็มีทั้งข้อเสียที่แตกต่างกัน การปรับใช้ต้องศึกษาอย่างรอบด้าน เพราะระบบ Universal Banking ได้พัฒนาและใช้ในประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างเช่นประเทศประเทศเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งประเทศที่กำลังพัฒนาเช่น ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศอินเดีย รวมถึงประเทศไทยด้วย อย่างไรก็ตาม การที่จะปรับรูปแบบการประกอบธุรกิจให้เป็น Universal Banking นั้นต้องได้ปรับนโยบาย และ ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ผู้กำกับดูแลอย่างธนาคารแห่ง สปป.ลาว ก็ต้องได้พัฒนาความรู้และความสามารถในการกำกับดูแล รวมทั้งธนาคารพาณิชย์ก็ต้องได้ปรับตัวเพื่อเตรียมความพร้อมเช่นกัน นอกจากนี้ การบูรณาการร่วมกันระหว่างองค์กรที่กำกับดูแลธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจประกันภัย นั้นเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยขับเคลื่อนให้ธนาคารพาณิชย์สามารถขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจในลักษณะ Universal Banking ได้มากยิ่งขึ้น



## บรรณานุกรม

### หนังสือ

สันติ ถิพัฒน์ อนันต์ชัย คงจันทร์ โสติธธ วัลลภมาส และเมธีณี วฒิกกุล. การศึกษาการกำกับดูแลสถาบันการเงินตามแนว  
ทฤษฎี. โครงการวิจัยที่ 1. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิกองทุนพัฒนาระบบตลาดทุน, 2542.

### วิทยานิพนธ์

เพียงอ อแสงเพชร. “ประสิทธิภาพการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ไทยเปรียบเทียบ ช่วงก่อนและหลัง การดำเนิน  
ธุรกิจการบริการทางการเงินครบวงจร (Universal Banking).” วิทยานิพนธ์เศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะ  
เศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

### บทความ

ไพโรจน์ วงศ์วิภาณนท์. “มิติความหลากหลายของ Universal Banking.” วารสารการเงินธนาคาร. เล่มที่ 16.182. 2540.  
น.165.

ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. “Universal Banking...เป้าหมายความสำเร็จระยะยาวของธนาคารพาณิชย์.” Econ Analysis. เล่มที่  
1869. 2549. น.4-5.

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

เวียงทอง แก้วมะณีศรี. “วิวัฒนาการประวัติความเป็นมาของธนาคารอยู่ สปป.ลาว แต่ละระยะจากวันกำเนิดมาจนถึงปัจจุบัน เนื่อง  
ในโอกาสวันเฉลิมฉลองวันสร้างตั้งธนาคารครบรอบ 35 ปี.” 10 ธันวาคม 2559, <http://www.bol.gov.la>

### เอกสารอื่น ๆ

แผนยุทธศาสตร์การพัฒนาระบบสถาบันการเงิน-เงินตราของ สปป.ลาว ระยะ 10 ปี 2016 ถึง 2025 และวิสัยทัศน์ถึง  
2030

กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ (ฉบับปรับปรุง) ปี ค.ศ. 2018

กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ ปี ค.ศ. 2012

กฎหมายว่าด้วยการประกันภัย (ฉบับปรับปรุง) ปี ค.ศ. 2011

กฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2006

รัฐบัญญัติว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ ปี ค.ศ. 2000

**BOOK**

Anthony Saunders and Ingo Walter. Universal banking in the United States What Could We Gain? What Could We Lose?. New York : Oxford University Press, 1994.

**ARTICLES**

Samuel H. Talley. “Bank Holding Companies A Better Structure for Conducting Universal Banking?.” Working papers. (1991). p.2.

George J. Benston. “Universal banking.” 8 Journal of Economic Perspective. (1994). p.121.

Theodor Bauns, and Michael Gruson. “The German Banking System of the Future?.” 19 Brooklyn J. int’l Law. (1993). p.124.

## เอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ELECTRONIC TRANSFERABLE RECORDS

นภัส มงคลภัทรสุข\*

Napat Mongkonpattarasuk

### บทคัดย่อ

การทำเอกสารเปลี่ยนมือให้อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ยังไม่ได้ได้รับความนิยมนักด้วยข้อจำกัดของเทคโนโลยี แต่เทคโนโลยีบล็อกเชนเหมือนจะเป็นคำตอบของข้อจำกัดนี้ ด้วยคุณสมบัติในการบันทึกการทำธุรกรรมที่ไม่สามารถแก้ไขได้ทำให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีความเป็นเอกลักษณ์ และสามารถระบุผู้ที่มีสิทธิในข้อมูลนั้นได้อย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ตามยังมีกฎหมายที่รองรับน้อยมากทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน อีกทั้งกฎหมายเหล่านี้ก็ยังมีข้อจำกัด ไม่ว่าจะจำกัดประเภทเอกสาร หรือจำกัดเทคโนโลยีที่ใช้งาน จนกระทั่งล่าสุด คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้มีการออกกฎหมายแม่แบบว่าด้วยเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในปี ค.ศ. 2017 (Model Law on Electronic Transferable Records)

กฎหมายแม่แบบดังกล่าวมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จะนำมาใช้เป็นเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีความเป็นเอกลักษณ์โดยใช้วิธีการที่น่าเชื่อถือในการจัดการเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว และให้ใช้วิธีการโอนการควบคุมเหนือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นให้กับบุคคลอื่นในการโอนสิทธิที่ตนมีแทนการส่งมอบที่ใช้กันในเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบกระดาษ จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้มีบทบัญญัติที่รองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

### คำสำคัญ

เอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์, เอกสารเปลี่ยนมือ, ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, เทคโนโลยีบล็อกเชน

---

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

## ABSTRACT

There are not many uses of transferable documents in form of electronic by the reason of limitation of technology but blockchain technology would be the answer. By recording every transaction and unchangeable, this made the electronic data in blockchain absolutely unique and identifiable. However, there are few laws and regulations to support this new direction. The existing rules mostly have limitations on the type of documents or type of technologies until the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has passed a model law on Electronic Transferable Records in 2017.

The model law has provision to specify that such electronic data use as transferable documents must be unique by using reliable method and using transfer of control in such electronic data instead of transfer of traditional (paper) transferable documents. It is then suggested to amend the electronic transaction law to add provisions to support using of electronic transferable records.

## Keywords

Electronic Transferable Record, Transferable Document, Electronic Transaction, Blockchain Technology

## บทนำ

การจัดการเรื่องเอกสารในการค้าระหว่างประเทศถือเป็นเรื่องที่สำคัญและเป็นเรื่องที่เป็นอุปสรรค ทั้งเรื่องเวลาและเพิ่มค่าใช้จ่ายแก่ผู้ประกอบการ ซึ่งเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบกระดาษที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนั้นมีข้อเสียคือสามารถถูกปลอมแปลงได้โดยง่าย รวมถึงขั้นตอนในการส่งมอบเอกสารมีความล่าช้า จนอาจทำให้เกิดกรณีที่สินค้าไปถึงจุดหมายก่อนเอกสาร ทำให้เกิดปัญหาสินค้าตกค้างได้ รวมทั้งมีเอกสารที่เกี่ยวข้องจำนวนมากในการติดต่อสื่อสารเพื่อที่จะดำเนินการ ซึ่งค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการดำเนินการเอกสารเหล่านี้อาจสูงถึงหนึ่งในห้าของค่าใช้จ่ายในการขนส่งทั้งหมด<sup>1</sup> ประเด็นปัญหาเรื่องเอกสารจึงเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่ผู้ประกอบการธุรกิจให้ความสำคัญในการหาวิธีการใหม่ ๆ เพื่อลดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจลง

แม้ว่าในปัจจุบันจะมีการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ เช่น อินเทอร์เน็ต มาใช้อำนวยความสะดวกในการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน รวมไปถึงมีการนำมาใช้ในการทำธุรกรรมผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์กันมากขึ้น แต่สำหรับเอกสารเปลี่ยนมือนั้นกลับยังคงเป็นการใช้งานอยู่ในรูปแบบของกระดาษเป็นส่วนมาก ทั้งนี้เนื่องจากการรับและส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ยังไม่สามารถนำมาใช้ทดแทนการรับและส่งมอบเอกสารในรูปแบบกระดาษได้โดยสมบูรณ์ เพราะการรับและส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จะสามารถส่งได้เพียงสำเนาของข้อมูลนั้น<sup>2</sup> โดยที่ผู้ส่งข้อมูลยังคงมีข้อมูลนั้นเก็บเอาไว้อยู่ ก่อให้เกิดปัญหาหรือความยุ่งยากในการรับและส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในประเด็นของการพิสูจน์ว่าข้อมูลนั้นได้มีการส่งมอบไปแล้วหรือไม่ รวมทั้งผู้ส่งข้อมูลนั้นยังสามารถส่งมอบข้อมูลอีกครั้งซึ่งก็ได้มีการส่งให้บุคคลหนึ่งไปแล้ว

ในปัจจุบันมีเทคโนโลยีบล็อกเชนที่หลายคนให้ความสนใจเป็นอย่างมากในฐานะของเทคโนโลยีเบื้องหลังการทำงานของสกุลเงินดิจิทัล ด้วยคุณสมบัติของบล็อกเชนที่ไม่สามารถลบหรือแก้ไขข้อมูลได้ และมีความปลอดภัยมาก จึงมีหลายคนเห็นว่าเทคโนโลยีบล็อกเชนน่าจะมีประโยชน์ในการนำไปใช้ในธุรกรรมอื่น ๆ นอกจากการใช้งานกับเงินดิจิทัลเพียงอย่างเดียว ซึ่งคุณสมบัติที่สำคัญอีกอย่างของบล็อกเชนคือสามารถสร้างความเป็นเอกลักษณ์ให้กับข้อมูลที่อยู่ในระบบบล็อกเชน และสามารถป้องกันการทำซ้ำของธุรกรรมในระบบได้ ทำให้สามารถกำหนดสิทธิ (authorization) ในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ จึงเริ่มมีความสนใจในการนำเทคโนโลยีบล็อกเชนนี้ไปใช้กับเอกสารเปลี่ยนมือ แต่ว่าในมุมมองของกฎหมายพบว่ายังมีกฎหมายที่รองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่มากนัก ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของต่างประเทศก็ตาม

### 1. การใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

เอกสารเปลี่ยนมือ (transferable documents) เป็นเอกสารที่มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากหนังสือสัญญาโดยทั่วไป กล่าวคือเอกสารเปลี่ยนมือจะสามารถใช้แสดงสิทธิได้ในตัวเอกสารนั่นเอง และสามารถส่งต่อสิทธิในเอกสารดังกล่าวให้กับบุคคลอื่นได้ โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือขึ้นมาอีกฉบับหนึ่งให้เกิดความยุ่งยากแต่อย่างใด โดยอาจเป็นได้ทั้งเอกสารที่ใช้สำหรับการเรียกร้องสิทธิในสิ่งของอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ใบตราส่ง ใบรับของคลังสินค้า หรือเอกสารที่ใช้สำหรับการเรียกร้องสิทธิในเงิน ที่เรียกว่าตราสารเปลี่ยนมือ (transferable instrument or negotiable instrument) เช่น ตั๋วเงิน ตั๋วสัญญาใช้เงิน เช็ค

เอกสารเปลี่ยนมือจึงมีลักษณะสำคัญต่างจากเอกสารที่เป็นหนังสือสัญญาทั่ว ๆ ไป คือ

<sup>1</sup> Lana Jacobs, “Shipping industry can gain from smart contracts,” Africa Tech, (18 July 2018) Retrieved on May 15, 2019, from <https://africabusinesscommunities.com/tech/tech-features/column-lana-jacobs-shipping-industry-can-gain-from-smart-contracts/>.

<sup>2</sup> “Legal issues relating to the use of electronic transferable records,” in United Nations Commission on International Trade Law Working Group IV (Electronic Commerce) Forty-fifth session, 10-14 October 2011, p.5.

(1) มีความเป็นเอกลักษณ์ของเอกสาร (uniqueness) – จะต้องเป็นเอกสารที่มีเพียงฉบับเดียวเพื่อกำจัดการใช้สิทธิภายใต้เอกสารนั้นให้อยู่แต่ผู้ที่ครอบครองเอกสารดังกล่าว รวมถึงสามารถบอกได้ว่าเมื่อโอนไปแล้วสิทธิในเอกสารจะตกไปอยู่แก่ผู้รับโอน

(2) ให้สิทธิแก่ผู้ครอบครองเอกสาร (possession) – เฉพาะผู้ที่ครอบครองเอกสารเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีสิทธิตามเอกสารเปลี่ยนมือนั้น ๆ รวมถึงสามารถโอนเปลี่ยนมือกันได้

(3) ใช้เอกสารแทนการแสดงสิทธิ (ownership) – เอกสารเปลี่ยนมือจะเป็นสิ่งที่แสดงความเป็นเจ้าของสิทธิได้ในตัวเอง เช่น ในทรัพย์สิน หรือ หนี้ โดยการใช้การแสดงเอกสารเปลี่ยนมือเพื่อการเรียกร้องให้บุคคลอื่นชำระหนี้

การนำเอกสารดังกล่าวมาใช้ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นการยากในการทำให้เกิดคุณสมบัติดังกล่าว เนื่องจากลักษณะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถทำสำเนาที่เหมือนกันต้นฉบับอย่างสมบูรณ์ และการส่งต่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ทำได้เพียงการส่งสำเนาไปให้ผู้รับเท่านั้น โดยที่ผู้ส่งยังคงมีข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นอยู่ จึงอาจเกิดการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้อ้างสิทธิซ้ำซ้อนกันได้

ความพยายามในการทำให้เกิดเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบที่มีประสิทธิภาพหรือสะดวกต่อการใช้งานมากกว่าการใช้ในรูปแบบกระดาษนั้นมีมาโดยตลอด จนกระทั่งมีการนำระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์หรือที่เรียกว่าระบบ Electronic Data Interchange (EDI) มาใช้กับการจัดการเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อแก้ปัญหาในการส่งข้อมูลที่เกิดขึ้นดังกล่าว โดยให้มีคนกลางเป็นผู้บันทึกรายการการส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ใช้งานในระบบ ซึ่งการบันทึกรายการของระบบ EDI นี้จะแก้ปัญหาในเรื่องการตรวจสอบการส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ก็ยังมีปัญหาตามมาจากการใช้ระบบ EDI คือ การที่จะต้องมีคนกลางที่ทำหน้าที่ในการบันทึกข้อมูลเหล่านั้น ผู้ประกอบธุรกิจต่างก็ไม่อยากให้อะไรในการประกอบธุรกิจได้ล่วงรู้ไปถึงผู้อื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง รวมถึงอาจเกิดปัญหาการทุจริตโดยคนกลางเอง และอีกข้อจำกัดหนึ่งของระบบ EDI นี้ก็คือจะต้องเป็นการใช้งานภายใต้ระบบที่ปิดที่จำกัดผู้ที่เข้าร่วมในระบบ เพื่อให้การบันทึกข้อมูลนั้นสามารถระบุและบันทึกตัวผู้ส่งหรือรับข้อมูลได้อย่างสมบูรณ์<sup>3</sup> จึงทำให้การนำระบบดังกล่าวมาใช้งานยังคงค่อนข้างจำกัด และไม่เกิดความคุ้มค่าในการลงทุนต่อผู้ประกอบธุรกิจในการนำระบบเหล่านี้มาใช้งาน

ในปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่เป็นที่พูดถึงกันมากขึ้น ได้แก่ เทคโนโลยีบล็อกเชน ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่ทำงานอยู่เบื้องหลังของสกุลเงินดิจิทัลต่าง ๆ เช่น บิทคอยน์ (Bitcoin)<sup>4</sup> ซึ่งมีผู้เห็นว่าการนำเทคโนโลยีบล็อกเชนมาใช้กับเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะสามารถเข้ามาช่วยในการจัดการเอกสารได้ตั้งแต่ขั้นตอนการออกเอกสารเปลี่ยนมือ การครอบครองเอกสารเปลี่ยนมือ และการโอนเอกสารเปลี่ยนมือ

เทคโนโลยีบล็อกเชนนับเป็นที่รู้จักทั่วโลก หลังจากที่มีการนำวิธีการที่อยู่ในงานนี้มาพัฒนาเป็นระบบเบื้องหลังสกุลเงินดิจิทัล Bitcoin โดยเกิดขึ้นมาจากเอกสารของ Satoshi Nakamoto<sup>5</sup> ในปี ค.ศ. 2008 พูดถึงระบบที่นำการแฮช (Hash)<sup>6</sup> มาใช้ในการเพิ่มบล็อกเข้าไปในห่วงโซ่โดยที่ไม่ต้องมีคนกลางในการยืนยันธุรกรรม

<sup>3</sup> Koji Takahashi, “Blockchain technology and electronic bills of lading,” *The Journal of International Maritime Law*, Vol. 22, p.205 (2016).

<sup>4</sup> ปัจจุบันบิทคอยน์ยังคงเป็นสกุลเงินดิจิทัลที่ได้รับความนิยมมากที่สุด โดยมีมูลค่าทางการตลาดกว่า 140,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ, จาก <https://coinmarketcap.com>.

<sup>5</sup> Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System,” Retrieved on November 28, 2018, from <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

<sup>6</sup> แฮชฟังก์ชัน (Hash function) หรือสมการแฮช เป็นกระบวนการเข้ารหัสวิธีหนึ่ง คือการเข้ารหัสแบบทางเดียว (One-way encryption) ซึ่งหมายถึง กระบวนการที่รับข้อความ (M) ที่มีความยาวแปรเปลี่ยนได้ไปประมวลผลเพื่อให้ได้เป็นรหัสแฮช H(M) ที่มีขนาดคงที่ ด้วยวิธีการที่เป็น แบบแผน ในทางกลับกัน การคำนวณรหัสแฮชให้กลับเป็นข้อความเดิมที่ให้กำหนดรหัสแฮชนั้น เป็นกระบวนการที่ยากมากหรืออาจไม่สามารถทำได้ ดู พงศ์บรรพ ควะชาติ, “สกุลเงินเสมือนจริงปลอดภัย ควบคุมบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.78.

บล็อกเชน คือ ระบบข้อมูลของธุรกรรมที่แบ่งเป็นบล็อกหลาย ๆ บล็อก โดยที่ทุกบล็อกจะระบุข้อมูลธุรกรรมทั้งหมดไว้ ซึ่งมีการตรวจสอบธุรกรรมดังกล่าวด้วยเครือข่ายผ่านการเข้ารหัสโดยใช้ระบบกุญแจคู่<sup>7</sup>

การนำเทคโนโลยีบล็อกเชนมาใช้วิธีการในการใช้งานอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การใช้ระบบกุญแจคู่เข้ารหัสในการสร้างใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นมา โดยผู้ส่งของสามารถโอนใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้รับของได้โดยใช้กุญแจส่วนตัวของผู้ส่งของในการลงลายมือชื่อดิจิทัลใน Hash ของผู้ส่งของและกุญแจสาธารณะของผู้รับของ แต่หากใช้เพียงกุญแจคู่ ถึงแม้ว่าผู้รับของจะสามารถใช้กุญแจสาธารณะของผู้ส่งของในการพิสูจน์ความถูกต้องกับผู้ส่งของ ผู้ส่งของก็ยังคงสามารถโอนใบตราส่งดังกล่าวไปให้บุคคลภายนอกได้โดยใช้กุญแจส่วนตัวของบุคคลภายนอกนั้นเอง ทำให้เกิดเป็นใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์เพิ่มขึ้นมาอีกชุดหนึ่ง การใช้งานระบบกุญแจคู่ดังกล่าวจึงยังไม่เพียงพอในการใช้งานกับเอกสารเปลี่ยนที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

แต่ในการใช้เทคโนโลยีบล็อกเชน จะสามารถใช้การบันทึกธุรกรรม (timestamping) และการเข้ารหัส (cryptographic) ในการสร้างความเป็นเอกลักษณ์ของข้อมูลที่เป็นใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ และป้องกันการออกใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ซ้ำซ้อนขึ้นได้<sup>8</sup>

ประโยชน์ของการนำเทคโนโลยีบล็อกเชนมาใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์คือความโปร่งใสของการดำเนินการในขณะเดียวกันก็ช่วยปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าของผู้ที่เกี่ยวข้องในเวลาเดียวกัน<sup>9</sup>

นอกจากเทคโนโลยีบล็อกเชนสามารถนำมาใช้แก้ปัญหาการส่งมอบเอกสารซึ่งทำให้เอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นได้แล้ว ด้วยประสิทธิภาพในการบันทึกข้อมูลและความรวดเร็วในการทำธุรกรรม การนำเทคโนโลยีบล็อกเชนมาใช้ยังสามารถช่วยทำให้เกิดการทำธุรกรรมหลาย ๆ อย่างในระบบเพียงระบบเดียว (Single Window) ซึ่งเป็นหนึ่งในเป้าหมายที่คณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติพยายามผลักดัน ตัวอย่างเช่น ภายใต้ระบบบล็อกเชนระบบหนึ่งอาจจะประกอบไปด้วยผู้ที่เกี่ยวข้องในการขนส่ง การชำระเงิน การเก็บสินค้า และทุกฝ่ายสามารถทำธุรกรรมเหล่านี้ได้ผ่านระบบเดียว ซึ่งทำให้การทำธุรกรรมในการค้าระหว่างประเทศรวดเร็วมากขึ้น

ในปัจจุบันได้มีการนำเทคโนโลยีบล็อกเชนไปปรับใช้กับการดำเนินการของเอกสารเปลี่ยนมือหลายๆ อย่าง เช่น กรณีการนำบล็อกเชนไปใช้กับการออกใบตราส่งของบริษัท CargoX ในประเทศสโลวีเนีย และบริษัท Wave ในประเทศอิสราเอล

## 2. กฎหมายต่างประเทศที่รองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือเป็นประเทศหนึ่งที่มีความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีเป็นลำดับต้น ๆ ของโลกได้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1999 ในชื่อว่า Uniform Electronic Transaction

<sup>7</sup> รอม หิรัญพฤกษ์, “Blockchain and Distributed Ledger Technology (DLT) Update,” ใน OSEDA2017 - Driving Digital Economy with Open Source, จัดโดย สำนักบริการคอมพิวเตอร์ ม.เกษตรศาสตร์, กรุงเทพมหานคร, 2560, น.7.

<sup>8</sup> Elson Ong, “Blockchain Bills of Lading,” NUS Centre for Maritime Law Working Paper 18/07 p.9.

<sup>9</sup> Bob Whitehouse, “Blockchain Will Free International Trade from The Paper Weighing It Down,” Southern Africa Shipping News, (11 August 2017) Retrieved on May 15 2019, from <http://www.sashippingnews.com/2017/08/11/blockchain-will-free-international-trade-paper-weighing/>.

Act (UETA)<sup>10</sup> ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้มีการพูดถึงการทำเอกสารเปลี่ยนมือให้อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์อยู่ใน Section 16 เรื่องเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Transferable Records) ซึ่งได้มีการกำหนดลักษณะของเอกสารสิทธิเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยกำหนดขอบเขตของการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้กับตราสารเปลี่ยนมือ<sup>11</sup> หรือเอกสารเปลี่ยนมือ<sup>12</sup> และกำหนดว่าผู้ออกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต้องให้ความตกลงอย่างชัดแจ้งให้เป็นเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์<sup>13</sup>

คุณสมบัติของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวจะต้องมีสำเนาที่เป็นต้นฉบับเพียงชุดข้อมูลเดียว โดยมีความเป็นเอกลักษณ์ ตรวจสอบพิสูจน์ได้ และไม่สามารถแก้ไขได้ และสำเนาดังกล่าวจะต้องระบุบุคคลที่ใช้อำนาจควบคุมว่าเป็นบุคคลซึ่งเป็นผู้รับเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือบุคคลที่ได้รับเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ล่าสุดในกรณีที่มีสำเนาดังกล่าวไว้ว่าได้มีการส่งต่อเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์<sup>14</sup>

มาตราดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขการสร้างข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้มีการควบคุมโดยผู้ถือซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์เหมือนเป็นผู้ถือเอกสารเปลี่ยนมือ ซึ่งคำว่าควบคุมถูกนำมาใช้แทนคำว่าครอบครองในบริบทของเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของกระดาษ นอกจากนี้ยังใช้ครอบคลุมไปทั้งการส่ง การสลักหลัง และการครอบครองเอกสารเปลี่ยนมือ

การควบคุมเกิดขึ้นได้ภายใต้ระบบที่แสดงบุคคลที่เอกสารเปลี่ยนมือนั้นออกให้ หรือโอนให้ได้ โดยสิ่งสำคัญคือตัวระบบไม่ว่าจะใช้ระบบจดทะเบียนโดยบุคคลภายนอกหรือเทคโนโลยีใดก็ตาม จะต้องมีความน่าเชื่อถือในการระบุตัวตนของผู้ที่มีสิทธินั้น ๆ ใน Section 16 ของกฎหมายฉบับนี้เองก็ได้มีการกำหนดรายการของเงื่อนไขสำหรับวิธีการนำเชื่อถือเอาไว้ด้วย<sup>15</sup>

2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้ก็มีกฎหมายภายในที่บัญญัติขึ้นมารองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เช่นเดียวกัน โดยเป็นการออกกฎหมายแยกเป็นสองฉบับทั้งใบตราส่งและตั๋วเงิน โดยกฎหมายทั้งสองฉบับนี้เป็นกฎหมายที่รองรับการใช้งานบนระบบการจดทะเบียนเหมือนกัน

สำหรับกรณีของตั๋วเงินประเทศเกาหลีใต้มีการออกกฎหมายได้แก่ Issuance and Distribution of Electronic Notes Act 2012 โดยมีเนื้อหาที่รองรับการใช้งานตั๋วเงินในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยตัวแทนลงทะเบียน (registry agency) แต่มีการใส่ข้อจำกัดหลาย ๆ อย่างเช่น ให้ตั๋วเงินอิเล็กทรอนิกส์มีอายุไม่เกิน 1 ปีนับจากวันที่ออก โดยไม่สามารถออกโดยไม่กรอกข้อมูลได้<sup>16</sup> ส่วนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แสดงเจตนาถึงการสลักหลังจะต้องแนบไปกับตั๋วเงินอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้การสลักหลังจะต้องไม่เกิน 20 ครั้ง<sup>17</sup>

ส่วนกรณีของใบตราส่งนั้น มีการออกกฎหมาย คือ Regulation on Implementation of the provisions of the Commercial Act regarding Electronic Bills of Lading 2008 ซึ่งเป็นการรองรับการใช้งานใบตราส่งใน

<sup>10</sup> The UETA has been adopted by 47 states, the District of Columbia, Puerto Rico, and the Virgin Islands. The three states that have not adopted the UETA (New York, Illinois, and Washington) have all adopted similar laws making electronic signatures legally enforceable.

<sup>11</sup> *Uniform Commercial Code, art.3*

<sup>12</sup> *Uniform Commercial Code, art.7*

<sup>13</sup> *Uniform Electronic Transactions Act 1999, section 16(a).*

<sup>14</sup> *Uniform Electronic Transactions Act 1999, section 16(c).*

<sup>15</sup> *Uniform Electronic Transactions Act (1999), with Prefatory Note and Comments, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, p.52.*

<sup>16</sup> *Issuance and Distribution of Electronic Notes Act 2012, art. 6.*

<sup>17</sup> *Issuance and Distribution of Electronic Notes Act 2012, art. 7.*



รูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ภายใต้ระบบตัวแทนลงทะเบียนเช่นเดียวกับกฎหมายในเรื่องตัวเงินอิเล็กทรอนิกส์ และมีเนื้อหาส่วนใหญ่ที่คล้ายกัน

2.3 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาเพื่อการรับขนของระหว่างประเทศโดยทางทะเลทั้งหมดหรือบางส่วน ค.ศ. 2009

เอกสารเปลี่ยนมือถือว่ามีส่วนสำคัญอย่างมากในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเอกสารในการส่งสินค้า โดยในปี ค.ศ. 2009 คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ได้จัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาเพื่อการรับขนของระหว่างประเทศโดยทางทะเลทั้งหมดหรือบางส่วน ค.ศ. 2009 (Convention on Contracts For the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea 2009 (Rotterdam Rules)) ขึ้นมา โดยกฎหมายดังกล่าวแตกต่างจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกสารการขนส่งเดิม เพราะได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ของเอกสารสิทธิที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นครั้งแรก

กฎหมายฉบับนี้กำหนดว่าเอกสารการขนส่งอาจถูกบันทึกอยู่ในรูปแบบของเอกสารการขนส่งที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีเงื่อนไขว่าการออกและการใช้เอกสารการขนส่งที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในเวลาต่อมาขึ้นขึ้นอยู่กับความยินยอมของผู้ขนส่ง และผู้ส่งของ ซึ่งการบันทึกข้อมูลการขนส่งในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นี้มีผลเช่นเดียวกับการบันทึกในเอกสารการขนส่งอื่น ๆ ที่อยู่ในรูปแบบของกระดาษ<sup>18</sup>

การใช้เอกสารการขนส่งที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต้องเป็นไปตามวิธีการที่กำหนดไว้ ซึ่งจะต้องปรากฏอยู่ในรายละเอียดของสัญญา ได้แก่ วิธีการออกและการโอนเอกสารการขนส่งที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ถือตามที่กำหนด เพื่อให้มั่นใจว่าเอกสารการขนส่งที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นโอนเปลี่ยนมือได้ยังคงสภาพบริบูรณ์อยู่เช่นเดิม วิธีการที่ผู้ทรงเอกสารการขนส่งสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นผู้ทรงเอกสารที่แท้จริง วิธีการที่จะให้การยืนยันว่าได้มีการส่งมอบของแก่ผู้ทรงเอกสารเสร็จสิ้นแล้ว หรือเอกสารการขนส่งที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะสิ้นผลไป<sup>19</sup>

2.4 กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2017

เนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาเพื่อการรับขนของระหว่างประเทศโดยทางทะเลทั้งหมดหรือบางส่วน ค.ศ. 2009 เป็นกฎหมายที่พูดถึงเฉพาะเอกสารการขนส่งเพียงอย่างเดียว คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติจึงมีความพยายามที่จะออกกฎเกณฑ์เพื่อรองรับเอกสารเปลี่ยนมือชนิดอื่นๆ ที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เช่นเดียวกัน จึงทำให้เกิดการออกกฎหมายแม่แบบที่ว่าด้วยเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ระบุถึงเอกสารประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นการเฉพาะ อีกทั้งเป็นช่วงนี้เทคโนโลยี Distributed Ledger Technology หรือเทคโนโลยีจัดการข้อมูลแบบกระจายศูนย์ (DLT) เริ่มได้รับความนิยมมากขึ้น

ในปี ค.ศ. 2011 ได้มีการเริ่มการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยยึดหลักการสำคัญของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติในเรื่องการสนับสนุนการทำธุรกรรมในรูปแบบของการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยให้ความเท่าเทียมกันระหว่างเอกสารในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์และแบบดั้งเดิม (functional equivalence) รวมทั้งหลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี (technology neutrality) โดยมีจุดมุ่งหมายในการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศที่ลดการใช้กระดาษลง (paperless trade) รวมถึงการส่งเสริมการค้าผ่านระบบเพียงระบบเดียว (integration of financing and logistics in a

<sup>18</sup> *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, opened for signature 23 September 2009, not yet in force, art. 8.*

<sup>19</sup> *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, opened for signature 23 September 2009, not yet in force, art. 9.*

single electronic supply chain)<sup>20</sup> ซึ่งคณะทำงานได้ใช้ระยะเวลาในการจัดทำกฎหมายดังกล่าวตั้งแต่เดือนตุลาคมของปี ค.ศ. 2011 จนถึงช่วงปลายปี ค.ศ. 2016 จนกระทั่งกฎหมายแม่แบบได้ออกมาในปี ค.ศ. 2017

ในกฎหมายฉบับนี้มีการกำหนดลักษณะของเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 10 โดยระบุว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จะใช้แทนเอกสารหรือตราสารเปลี่ยนมือนั้นจะต้องมีข้อมูลต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้มีอยู่ในเอกสารหรือตราสารเปลี่ยนมือและมีการระบุว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยวิธีการที่น่าเชื่อถือ (reliable method) และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะต้องสามารถเป็นสื่อกลางที่ถูกควบคุมได้ตั้งแต่การเกิดขึ้นของข้อมูลจนกว่าข้อมูลนั้นจะสิ้นผลหรือใช้ไม่ได้ และสามารถคงความสมบูรณ์ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ตลอดการใช้งาน

โดยเงื่อนไขสำหรับความสมบูรณ์ของข้อมูลนั้น กฎหมายให้พิจารณาว่าข้อมูลต่าง ๆ ที่อยู่ในเอกสารเปลี่ยนมือได้ที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ รวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลที่มีอำนาจเหนือเอกสารนั้น สามารถคงความสมบูรณ์และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตั้งแต่การเกิดขึ้นของข้อมูลไปจนกว่าข้อมูลนั้นจะสิ้นผลหรือใช้ไม่ได้ นอกเสียจากการเปลี่ยนแปลงของข้อมูลอันเกิดจากการสื่อสารโดยปกติ การเก็บข้อมูล หรือการแสดงผล<sup>21</sup>

มาตรานี้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้เอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีแนวความคิดเริ่มมาจากความต้องการให้เกิดความมีเอกลักษณ์ในเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังเช่นเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบกระดาษ โดยให้มีสำเนาที่เป็นต้นฉบับ (original copy) เพียงฉบับเดียว หรือชุดเดียว เพื่อป้องกันการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตของเอกสารที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งรวมไปถึงป้องกันการเรียกร้องสิทธิตามเอกสารนั้น ๆ โดยบุคคลหลายคนพร้อมกัน

กฎหมายฉบับนี้ให้นำหลักการ 2 หลักมาใช้เพื่อยืนยันความเป็นเอกลักษณ์ของเอกสารเปลี่ยนมือได้ที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ ความเป็นเอกเทศ และการควบคุม

ความเป็นเอกเทศ (Singularity) หมายถึง การวิธีการที่สามารถระบุความเฉพาะเจาะจงของเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในการให้สิทธิแก่ผู้ถือในการเรียกร้องสิทธิตามเอกสารนั้นได้

ข้อสังเกตคือในกฎหมายแม่แบบมีการใช้คำว่า “the” electronic record ที่แสดงความเฉพาะเจาะจงเพื่อสื่อว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จะใช้เป็นสื่อกลางในการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะต้องมีความเป็นเอกลักษณ์ (unique)

ในส่วนของการควบคุม (Control) เนื้อเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 11 ว่า โดยให้ใช้หลักการควบคุมเหนือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นแทนการครอบครอง (Possess) เอกสารหรือตราสารเปลี่ยนมือ ทั้งนี้การควบคุมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้วิธีการที่น่าเชื่อถือ<sup>22</sup>

ทั้งนี้แนวคิดในการใช้หลักการควบคุมมาแทนการครอบครองในเอกสารไม่ใช่เรื่องใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากเคยมีการนำเสนอในการนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้ในประเทศแคนาดาและสหรัฐอเมริกาเมื่อเกือบ 20 ปีก่อน ซึ่งปัจจุบันได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นหลักการที่สามารถปฏิบัติได้จริง<sup>23</sup>

การระบุตัวตนของบุคคลซึ่งเป็นผู้ควบคุมดังกล่าวนั้นอาจไม่จำเป็นต้องมีการระบุข้อมูลรายละเอียดทั้งหมดของผู้ควบคุมแม้กระทั่งชื่อของบุคคลนั้น เพราะเอกสารเปลี่ยนมือได้ที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์อาจกำหนดเป็นเอกสารที่ออกแก่ผู้ถือก็ได้ อีกทั้งในรูปแบบ Distributed ledger นั้นอาจมีการใช้นามแฝงแทนชื่อที่แท้จริงของผู้

<sup>20</sup> João Ribeiro-Bidaoui, “UNCITRAL E-Commerce Law 2.0 : Paving the way to our digital future in Asia and the Pacific,” in Proceedings of the Regional Consultation on eCommerce for Sustainable Development, 2017, p.6.

<sup>21</sup> UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records 2017, art. 10.

<sup>22</sup> UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records 2017, art. 11.

<sup>23</sup> John Gregory, “Reliable Electronic Transferable Records,” Slaw, (13 November 2017) Retrieved on May 15, 2019, from <http://www.slw.ca/2017/11/13/reliable-electronic-transferable-records/>.

ควบคุม ซึ่งหากมีวิธีการที่สามารถนำมาใช้ในการระบุตัวตน และมีความเป็นไปได้ที่จะเชื่อมโยงนามแฝงนั้นกับชื่อจริงก็สามารถใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือได้ที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้

กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ระบุถึงการ “แสดง” เอกสารเปลี่ยนมือได้ที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ดังเช่นเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบกระดาษที่การนำเอกสารเปลี่ยนมือไปแสดงเพื่อเรียกร้องสิทธิในเอกสารเปลี่ยนมือ เช่น กรณีของใบตราส่งที่ต้องนำใบตราส่งไปแสดงเพื่อรับสินค้าจากผู้ขนส่งหรือกรณีแสดงตัวเงินเพื่อเรียกร้องลูกหนี้ให้ชำระเงิน เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมองว่าการที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถบ่งบอกได้ว่าเป็นบุคคลนั้นเป็นผู้ควบคุมเหนือเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นก็เพียงพอแล้วในการอ้างสิทธิในเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเรื่องการแสดงเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นมาอีก

ในกรณีของการโอนเอกสารหรือตราสารเปลี่ยนมือ กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ใช้การโอนการควบคุม (transfer of control) เหนือเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่นเดียวกับการเวนคืนเอกสาร เช่น กรณีการรับของจากผู้ขนส่งโดยใช้ใบตราส่งจะต้องเวนคืนใบตราส่งให้กับผู้ขนส่งนั้นก็ให้ใช้การโอนการควบคุมแทนเช่นกัน

ข้อสังเกตอีกประการคือกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ห้ามการสร้างหลักประกันเหนือเอกสารหรือตราสารเปลี่ยนมือ โดยคู่สัญญาอาจใช้การควบคุมเหนือเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นการแสดงการมีหลักประกันเหนือเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้

จากที่ได้ศึกษาถึงการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้ระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการใช้เทคโนโลยีบล็อกเชน<sup>24</sup> ก็ตาม ถือว่าเป็นวิธีการที่กฎหมายฉบับนี้รองรับ หากมีการออกแบบให้ระบบที่ใช้งานมีเงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของวิธีการที่น่าเชื่อถือ ที่จะเป็นสิ่งที่ทำให้ระบบที่ใช้งานเกิดความน่าเชื่อถือ และทำให้ผู้ใช้งานมั่นใจว่าสิทธิตามกฎหมายในเอกสารของตนจะไม่มีเปลี่ยนแปลง ในขณะนี้ประเทศบาห์เรนเป็นประเทศแรกและประเทศเดียวที่ได้นำกฎหมายแม่แบบดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในโดยความร่วมมือกับ UNCITRAL<sup>25</sup> โดยมีประเทศอื่น ๆ ที่กำลังศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการนำกฎหมายแม่แบบไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน เช่น ประเทศสิงคโปร์<sup>26</sup> ประเทศออสเตรเลีย<sup>27</sup>

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าหลักการของกฎหมายเหล่านี้ในการปรับใช้กับเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลักการที่คล้ายๆ กัน กล่าวคือ จะใช้เรื่องของการควบคุมเหนือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนการครอบครองเหนือเอกสารเปลี่ยนมือ และใช้เรื่องของการโอนสิทธิการควบคุมเหนือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนการส่งมอบเอกสารเปลี่ยนมือ ซึ่งในส่วนที่แตกต่างกันก็จะเป็นเรื่องของเทคโนโลยีที่นำมาใช้และรายละเอียดเล็กน้อยที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

<sup>24</sup> ใน Explanatory Note to the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records ซึ่งเป็นคำอธิบายกฎหมายแม่แบบว่าด้วยเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้มีการกล่าวถึงการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือโดยใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนและเทคโนโลยี Distribute Ledger Technology ไว้เป็นการเฉพาะด้วย

<sup>25</sup> “Bahrain enacts the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records,” United Nations Information Service, (5 December 2018), Retrieved on May 15, 2019, from <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2018/unisl269.html>.

<sup>26</sup> “Joint IMDA-AGC Review of The Electronic Transactions Act (Cap. 88) — Review of Draft UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (Public Consultation Paper),” (10 March 2017), p.2.

<sup>27</sup> Jake Herd, “‘Blocks of Lading’ Distributed Ledger Technology and The Disruption of Sea Carriage Regulation,” *QUT Law Review*, Vol. 18, pp.306 – 317, 2018.

#### 4. ประเด็นที่ควรพิจารณาในการปรับแก้กฎหมายธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ของไทยเพื่อให้รองรับเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

แม้ว่ากฎหมายในประเทศไทยจะไม่ได้ปฏิเสธการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของไทยนั้น มีบทบัญญัติที่รองรับการทำธุรกรรมในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว ทั้งในเรื่องการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การใช้แทนหลักฐานเป็นหนังสือของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และการกำหนดความเป็นต้นฉบับของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ อีกทั้งขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ก็ไม่ได้ยกเว้นการใช้บังคับกับเอกสารเปลี่ยนมือแต่อย่างใด<sup>28</sup> แต่หากจะใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในกฎหมายเองก็ยังไม่มียกเว้นที่รับรองว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แทนเอกสารเปลี่ยนมือจะต้องมีลักษณะอย่างไร การแสดงการครอบครอง หรือการส่งมอบหรือสลักหลังจะต้องทำอย่างไร จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้รองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยสมบูรณ์

ขั้นแรกควรมีการแก้ไขนิยามของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยให้รวมถึงข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องหรือเชื่อมโยงเข้าเป็นส่วนหนึ่งกับข้อมูลนั้น ไม่ว่าจะสร้างขึ้นในเวลาเดียวกันหรือไม่ก็ตาม เพื่อให้รองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อาจมีข้อมูลอื่นที่ไม่ได้อยู่บนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นโดยตรง เช่น การสลักหลัง รวมถึงอาจเพิ่มเติมนิยามของเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้มีความชัดเจนในการอ้างอิง

ส่วนที่สำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้รองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์คือการมีบทบัญญัติของหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ตั้งแต่ลักษณะของเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การออกเอกสาร การควบคุมและการโอนการควบคุม การให้ความยินยอมในการใช้ การเพิ่มเติมข้อความอื่นๆ ข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีการนำเชื่อถือ และการสลักหลัง

นอกจากนี้ เพื่อเป็นการให้เกิดความสะดวกขึ้นในการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์รวมถึงเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบเดิม เนื่องจากอาจมีกรณีที่คุณสัญญาจะไม่พร้อมสำหรับการใช้งานในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงควรมีการเพิ่มบทบัญญัติที่ให้มีการเปลี่ยนรูปแบบของเอกสารเปลี่ยนมือระหว่างรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์กับรูปแบบกระดาษเกิดขึ้นได้ โดยมีบทบัญญัติที่รองรับเพื่อไม่ให้เกิดการมีเอกสารเปลี่ยนมือทั้งสองรูปแบบในเวลาเดียวกันเพื่อป้องกันการเรียกร้องสิทธิซ้ำซ้อนที่อาจเกิดขึ้น

การใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบันไม่ว่าทั้งในและต่างประเทศ ยังคงมีจำนวนน้อย จึงควรให้ภาครัฐเข้ามากำกับดูแลและให้ความสนับสนุน เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือ จึงอาจมีบทบัญญัติในการกำหนดหลักเกณฑ์ของผู้ที่ต้องการจัดทาระบบของเอกสารเปลี่ยนมือที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และให้มีการแจ้งหรือขออนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนดำเนินการ<sup>29</sup> ซึ่งอาจกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเอาไว้ในกฎหมายลำดับรองแทนการใส่เนื้อหาทั้งหมดในพระราชบัญญัติ

<sup>28</sup> ในอนุสัญญาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 และในกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของบางประเทศกำหนดไม่ให้นำไปใช้กับเอกสารเปลี่ยนมือ เช่น ประเทศสิงคโปร์ หรือประเทศออสเตรเลียที่ไม่ให้ใช้กับตัวเงินเพียงอย่างเดียว เนื่องจากมีกฎหมายรองรับใบตราส่งเป็นการเฉพาะ

<sup>29</sup> ใน Law No. 55 of 2018 with Respect to Electronic Transferable Records ของประเทศบาห์เรนที่นำกฎหมายแม่แบบไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในก็ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติเรื่องผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาต (Accreditation of Operators) นอกจากบทบัญญัติที่นำมาจากกฎหมายแม่แบบ

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะช่วยให้การทำธุรกรรมต่าง ๆ รวมถึงส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศให้พัฒนาประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงควรมีการสนับสนุนให้มีการปรับปรุงและพัฒนาในเชิงกฎหมายโดยการแก้ไขกฎหมายให้รองรับการใช้งาน โดยพิจารณาจากกฎหมายแม่แบบ และกฎหมายของประเทศอื่น ๆ รวมทั้งกฎหมายของไทยที่มีอยู่เดิม เพื่อให้เกิดกฎหมายที่มีความเหมาะสมกับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในไทยมากที่สุด และควรมีการสนับสนุนให้เกิดการใช้งานในเชิงอื่น ๆ ประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นการค้า การชำระเงิน การสร้างหลักฐาน รวมไปถึงการประกันภัย โดนการสนับสนุนให้หน่วยงานหรือสถาบันที่เกี่ยวข้องรองรับการใช้งานเอกสารเปลี่ยนมือในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> ในปี 2015 กลุ่ม P&I ซึ่งเป็นผู้รับประกันภัยที่มีชื่อเสียงในระดับประเทศได้ออกมารองรับการใช้งานใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์บนระบบของ BOLERO3 essDOCS4 และ E-title ดู Doan, Thi Mai Anh, "Switching paper to electronic bills of lading : legal perspective and reform options for Vietnam" (2018). World Maritime University Dissertations

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

พินัย ฒ นคร. กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุคดิจิทัล. กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2561.

### วิทยานิพนธ์

เสาวนีย์ อัครโรจน์. “การโอนสิทธิตามตัวเงิน : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และพัฒนาการของกฎหมาย.” วิทยานิพนธ์  
ดุสิตบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2544.

อรทัย โอภาสศักดิ์ากุล. “ใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์. 2544.

### BOOKS

Stephen Tricks and Robert Parson. The Legal Status of Electronic Bills of Lading : A report for the  
ICC Banking Commission, Clyde & Co LLP. 2018.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Review of Maritime Transport  
2017. United Nation Publication. 2017.

### ARTICLES

Elson Ong. “Blockchain Bills of Lading.” NUS Centre for Maritime Law Working Paper 18/07, 2018.

Jake Herd. “‘Blocks of Lading’ Distributed Ledger Technology and the Disruption of Sea Carriage  
Regulation.” QUT Law Review, 2018

Koji Takahashi. “Blockchain technology and electronic bills of lading.” The Journal of International  
Maritime Law, 2016.

Koji Takahashi. “Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works.” Proceedings  
of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law, 2017.

### ELECTRONIC MEDIA

Bernard Marr. “A Very Brief History of Blockchain Technology Everyone Should Read.” [https://www.  
forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/16/a-very-brief-history-of-blockchain-technolo-  
gy-everyone-should-read](https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/16/a-very-brief-history-of-blockchain-technology-everyone-should-read), 2018.

Bob Whitehouse. “Blockchain Will Free International Trade from The Paper Weighing It Down.” Southern Africa Shipping News, (11 August 2017) <http://www.sashippingnews.com/2017/08/11/blockchain-will-free-international-trade-paper-weighing/>. 2017.

David Pimentel. “Wave Completes Blockchain Bill of Lading Pilot.” <https://blocktribune.com/wave-completes-blockchain-bill-lading-pilot/>. 2018.

Gou Yu. “MLETR and How It Could Work in the OBOR Initiative.” <https://www.unescap.org/sites/default/files/1.%20Guo%20Yu%20ppt.pdf>

Jianfeng Li, Zhihong Zhang and Yuehan Zhang. “Research and Implementation of Blockchain Warehouse Receipt Trading Platform Based on BFT.” *Advances in Intelligent Systems Research*, 2018.

John Gregory. “Reliable Electronic Transferable Records.” <http://www.slw.ca/2017/11/13/reliable-electronic-transferable-records/>. 2017.

João Ribeiro-Bidaoui. “UNCITRAL E-Commerce Law 2.0 : Paving the way to our digital future in Asia and the Pacific.” [https://www.unescap.org/sites/default/files/2.3\\_Joao%20Ribeiro-Bidaoui\\_UNCI%20TRAL%20update.pdf](https://www.unescap.org/sites/default/files/2.3_Joao%20Ribeiro-Bidaoui_UNCI%20TRAL%20update.pdf).

Lana Jacobs. “Shipping industry can gain from smart contracts.” *Africa Tech*, <https://africabusinesscommunities.com/tech/tech-features/column-lana-jacobs-shipping-industry-can-gain-from-smart-contracts/>, 2018.

Luca Castellani. “Uniform law of electronic commerce : fundamentals, recent developments and opportunities to support innovation.” <https://www.mpo.cz/assets/cz/zahranicni-obchod/mezinarodni-organizace-a-obchod/uncitral/2017/12/Uniform-Law-of-E-Commerce.pdf>.

Manama-Obeid Al-Suhaimi. “Bahrain First Country to Enact MLETR.” <https://aawsat.com/english/home/article/1548651/bahrain-first-country-enact-mletr>. 2019.

Manuel Alba Fernández. “The (to be) new UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records.” [https://fiata.com/fileadmin/user\\_upload/documents/recent\\_views/ABLM/FIATA\\_HQ\\_2017\\_\\_The\\_to\\_be\\_new UNCITRAL\\_Model\\_Law\\_on\\_Electronic\\_Transferable\\_Records\\_by\\_Manuel\\_Alba\\_Fernandes.pdf](https://fiata.com/fileadmin/user_upload/documents/recent_views/ABLM/FIATA_HQ_2017__The_to_be_new UNCITRAL_Model_Law_on_Electronic_Transferable_Records_by_Manuel_Alba_Fernandes.pdf) 2017.

Marc van Maanen and Iris Regtien. “E-bills of lading.” <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=453d225f-ca8b-404f-9b39-f39f4f0a7b90>. 2018.

Nathaniel Popper and Steve Lohr. “Blockchain : A Better Way to Track Pork Chops, Bonds, Bad PeanutButter?” <https://www.nytimes.com/2017/03/04/business/dealbook/blockchain-ibm-bitcoin.html>. 2017.

Sanne Wass. “CargoX goes live with blockchain-based bill of lading.” <https://www.gtreview.com/news/fintech/cargox-goes-live-with-blockchain-based-bill-of-lading/>. 2018.

Satoshi Nakamoto. “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.” <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Stuart Hetherington and Tomotaka Fujita. “Rotterdam Rules and E Commerce.” [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Colloquia/rotterdam\\_rules\\_and\\_e-commerce\\_-\\_may\\_2018.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Colloquia/rotterdam_rules_and_e-commerce_-_may_2018.pdf)

Wolfie Zhao. “China Has Built a Blockchain System That Could Replace Paper Checks.” <https://www.coindesk.com/china-has-built-a-blockchain-system-that-could-replace-paper-checks>. 2018.



## ความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล : ข้อจำกัดในการถอนความยินยอมตาม กฎหมายหรือสัญญาที่ให้ประโยชน์กับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

สุธิตินันท์ ศรีราษฎร์\*

### บทคัดย่อ

ความยินยอมนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอันปรากฏอยู่ใน ข้อบังคับ หรือข้อกฎหมายหลายฉบับไม่ว่าจะเป็น Fair information practice (FIPs) ,OECD Privacy Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, General Data Protection Regulation ของสหภาพยุโรป รวมทั้งกฎหมาย Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) ของแคนาดา โดยต่างมองว่าความยินยอมนั้นเป็นอำนาจในการควบคุม (control) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีลักษณะพิเศษ แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายไทยนั้น พบว่าการเพิกถอนความยินยอมนั้นสามารถมีข้อจำกัดตามกฎหมายหรือตามข้อสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ถ้าเมื่อเปรียบเทียบกับองค์ประกอบเรื่องความยินยอมโดยทั่วไปตามกฎหมายนั้น พบว่าการเพิกถอนความยินยอมนั้นเป็นลักษณะหนึ่งของความยินยอมที่ต่างออกจากการกระทำทางกฎหมายอื่น ๆ ดังนั้นการจำกัดการเพิกถอนความยินยอมอาจทำให้ขัดกับลักษณะทั่วไปของความยินยอมนั้น

### คำสำคัญ

ความยินยอม การถอนความยินยอม กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ข้อจำกัดในการถอนความยินยอม

### ABSTRACT

Consent is an important mechanism in Data Protection regime which consent appear in numbers of rules and regulations such as Fair information practice (FIPs) ,OECD Privacy Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data ,General Data Protection Regulation and Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) . Data Protection system considers consent as a right to control of the data subject in which consent in data protection regime consists of distinctive characteristic, especially prawn in right of data subject to withdraw of consent. In Thai Data Protection Act B.E. 2562, there is a stipulation on withdrawal of consent in two instances - legal and contractual which benefit to data subject. The finding found that consent is an ongoing legal transaction in which differ from others legal transaction and the characteristic of consent is that it can be withdrawn any time; hence, to restrict consent may lead to conflict in the notion of consent in the legal definition. Furthermore, restriction of consent on legal and contractual, which benefit to data subject, might be extremely broad clauses that hard to interpret.

### Keywords

consent, withdrawal of consent , data protection, restriction of withdrawal

---

\* นักศึกษาระดับปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: sutithinun.s@gmail.com

## บทนำ

ความยินยอมเป็นการกระทำที่ส่งผลต่อทั้งเรื่องคุณธรรม (moral) และสิทธิทางกฎหมาย (legal right) รวมถึงหน้าที่ (obligation) ต่างๆ เนื่องจากความยินยอมส่งผลให้การกระทำที่เป็นสิ่งที่ไม่ต้องห้าม (impermissible) กลายเป็นเรื่องที่สามารถทำได้ (permissible)<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามความยินยอมนั้นปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายหลากหลายส่วนทั้งระบบกฎหมายแพ่ง ระบบกฎหมายอาญา รวมทั้งระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาทางการแพทย์ นอกจากนี้ความยินยอมยังถูกใช้ในบริบทของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังจะเห็นได้จากกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศนั้นต่างยอมรับว่าความยินยอมเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล Fair information practice (FIPs)<sup>2</sup>, OECD Privacy Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data<sup>3</sup>, General Data Protection Regulation ของสหภาพยุโรป รวมทั้งกฎหมาย Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) ของแคนาดา โดยต่างมองว่าความยินยอมเป็นอำนาจในการควบคุม (control) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ทั้งนี้ ในหลักการเรื่องความยินยอมมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องของการควบคุมโดยสภาพเนื่องจากความยินยอมนั้นเอื้อให้เจ้าของข้อมูลสามารถควบคุมข้อมูลในเขตอำนาจของตนเองได้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่สิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental right) ความยินยอมถือเป็นหลักที่เบี่ยงเบนในการโอนสิทธิ (Waiving) ของประชาชนแห่งสิทธิ และเนื่องจากประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่มีผลต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคล (right to privacy) อันถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งโดยตรง ดังนั้นแล้วความยินยอมจึงถือเป็นแนวความคิดเบื้องต้นของการควบคุมข้อมูลของเจ้าของข้อมูล ซึ่งนอกจากเรื่องการให้ความยินยอมแล้วยังรวมถึงสิทธิในการปฏิเสธ (right to object) เป็นต้น นอกจากนี้ความยินยอมยังมีความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับเรื่อง Right of informational self-determination รวมถึงเรื่องอัตตาคณัติในบุคคล (autonomy) ทั้งสองสิ่งล้วนมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเรื่องความยินยอม ซึ่งความยินยอมส่งผลให้เจ้าของข้อมูลสามารถมีอิทธิพลเหนือผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ใช้ข้อมูล นอกจากนี้แล้วแนวคิดในเรื่องการควบคุมยังให้สิทธิเจ้าของข้อมูลที่จะถอนความยินยอม (withdrawal) ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ทำให้เจ้าของข้อมูลสามารถควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของตนมิให้มีการประมวลผลข้อมูลต่อในอนาคตได้<sup>4</sup>

ปัจจุบันประเทศไทยได้ผ่านกฎหมายเพื่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการทั่วไป อันได้แก่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งได้กำหนดเรื่องความยินยอมให้พื้นฐานเพื่อการเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไว้ตามมาตรา 19 โดยวางหลักว่าการเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะต้องมีความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเว้นแต่กฎหมายอนุญาต โดยกฎหมายได้กำหนดให้ความยินยอมนั้นสามารถเพิกถอนได้ตามวรรค 5 โดยบัญญัติว่า “เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้โดยจะต้องถอนความยินยอมได้ง่ายเช่นเดียวกับการให้ความยินยอม เว้นแต่มีข้อจำกัดสิทธิในการถอนความยินยอมตามกฎหมายหรือสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล...” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าประเทศไทยให้สิทธิแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะเพิกถอนความยินยอม (right to withdrawal of consent) ซึ่งการเพิกถอน

<sup>1</sup> Andreas Müller and Peter Schaber. *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* (Routledge Handbooks in Applied Ethics) (Kindle Locations 405-406). Taylor and Francis. Kindle Edition.

<sup>2</sup> United States. Federal Trade Commission. (1998), “Privacy online : a report to Congress. Washington, D.C.,The Commission,” Retrived on May 3, 2019, from [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/exploring-privacy-roundtable-series/priv-23a\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/exploring-privacy-roundtable-series/priv-23a_0.pdf), p.7.

<sup>3</sup> ปรากฏอยู่ในหลักการใหญ่ทั้งสองประการได้แก่เรื่องหลักการเก็บข้อมูลอย่างจำกัด (collection limitation principle) และหลักเรื่องการใช้ข้อมูลอย่างจำกัด (Use limitation Principle).

<sup>4</sup> Article 29 Data protection Working Party (2011), “Opinion 15/2011 on the definition of consent,” Retrieved on May 3, 2019, from [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2011/wp187\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2011/wp187_en.pdf), p 8-9.

ความยินยอมนั้นเป็นลักษณะเด่นของความยินยอมที่ทำให้ความยินยอมนั้นมีลักษณะต่างจากการกระทำทางกฎหมายประเภทอื่น โดยผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาลักษณะทั่วไปของความยินยอมเพื่อให้ทราบความสัมพันธ์ระหว่างความยินยอมกับการเพิกถอนความยินยอม จากนั้นผู้เขียนจะทำการศึกษาหลักการเพิกถอนและข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างประเทศและตามที่ปรากฏอยู่ในประเทศไทย

### 1. ความยินยอม : จากหลัก Volenti non fit injuria สู่อำนาจการบอกกล่าวทางการแพทย์ (informed consent) สู่อำนาจการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ความยินยอม คือ การยอมตามข้อเสนอ (propose) ความต้องการ (desire) ข้อตกลง (agreement) การรับรอง (approval) หรือการอนุญาต (permission) อย่างสมัครใจต่อการกระทำหรือข้อเสนอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสมัครใจนั้นเกิดจากบุคคลผู้มีความสามารถจึงเป็นความยินยอมที่มีผลตามกฎหมาย<sup>5</sup> ทั้งนี้ความยินยอมนั้นแทรกซึมอยู่ในความคิดเชิงสังคมศาสตร์อย่างเช่นเรื่อง สัญญาประชาคม (social contract) และยังอยู่ในระบบกฎหมายอีกด้วย

ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด หรือ Volenti non fit injuria เป็นหลักกฎหมายโรมัน ซึ่งพบอยู่ในตำราทางฝักรกฎหมาย common law โดยอ้างว่าหลักการนี้สืบความคิดตั้งแต่ในสมัยกรีกในยุคคอลลิสโตเติล และถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางในสมัยโรมัน ส่วนในยุคกลางสืบทอดมาใช้ในสมัยพระ (canon law)<sup>6</sup> ซึ่งในทางกฎหมายอาญานั้นเรียกว่า nulla iniuria in volentes หรือ ไม่มีความเสียหายสำหรับคนที่สมัครใจ อันเป็นเหตุยกเว้นความผิดเนื่องจากมีหลักที่ว่าไม่สามารถลงโทษใครก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิโดยปรากฏความยินยอมของผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิตนเอง<sup>7</sup> ส่วนในทางกฎหมายแพ่งนั้น Volenti non fit injuria เกิดจากการที่กรณีคนอิสระขายตนเองลงเป็นทาส<sup>8</sup> ในแง่ของการนำหลัก Volenti มาใช้นั้นเริ่มตั้งแต่ศตวรรษที่ 6 ในยุคของกฎหมายโรมันซึ่งต่อมาหลักการดังกล่าวพัฒนาเป็นหลัก Volenti non fit injuria ในปลายศตวรรษที่ 13 หลักการนี้ถูกกฎหมายอังกฤษนำไปปรับใช้เป็นกฎหมายภายในโดยการตีความนั้นโจทก์หรือจำเลยได้ให้ความยินยอมแบบใจสมัคร (voluntarily consented) โดยไม่ต้องพิจารณาหลักฐานว่าโจทก์หรือจำเลยรู้ถึงความเสียหายหรือภัยที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งกฎหมายประเทศอังกฤษนั้นนำหลักการนี้มาใช้กับกฎหมายแพ่งโดยเฉพาะเรื่องละเมิดเป็นส่วนใหญ่<sup>9</sup> ดังกล่าวไปข้างต้นว่าความยินยอมนั้นเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในเรื่องทั้งทางแพ่งและทางอาญา นอกจากนั้นความยินยอมยังปรากฏอยู่ในเรื่องสัญญา และละเมิด

ส่วนความยินยอมเรื่อง การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีความเป็นไปได้ว่ามีที่มาจากความยินยอมทางการแพทย์อันเนื่องมาจากเป็นความยินยอมที่มีลักษณะที่ต้องได้รับคำบอกกล่าว (informed consent) เฉกเช่นเดียวกับความยินยอมเพื่อการรักษาทางการแพทย์เนื่องจากลักษณะกิจกรรมของทั้งการแพทย์ การศึกษา หรือเรื่องข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีความคาบเกี่ยวกับข้อมูลในชีวิตประจำวันของบุคคลทั้งสิ้น<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), consent.

<sup>6</sup> Rogers W. V.H, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 12ed. (London: sweet & Maxwell, 1984), p.700.

<sup>7</sup> ศนันทกรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.151.

<sup>8</sup> Heuston R.F.V.& Buckley R.A., *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20 ed (London : sweet & Maxwell LTD,1992), p.485, ศนันทกรณ โสติพันธ์ เพ็งอ้าง, น.152.

<sup>9</sup> Andreas Müller and Peter Schaber. *Supranote 1* (Kindle Location 5806). Taylor and Francis. Kindle Edition.

<sup>10</sup> Daniel J. Solove, "Privacy Self-Management and the Consent Dilemma," *126 Harvard Law Review* 1880, pp.1880 – 1903, (November 4, 2012).

กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นกฎหมายมุ่งคุ้มครองข้อมูลของบุคคลธรรมดา ในฐานะของการคุ้มครองเสรีภาพและปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน โดยเฉพาะเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัว ดังนั้นความยินยอมที่มีผลใช้บังคับจึงเป็นความยินยอมของบุคคลธรรมดาเท่านั้น มิได้รวมถึงความยินยอมของบริษัท ห้าง ร้าน หรือนิติบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแห่งประเทศไทยโรถูกมอง ว่าเป็นสิทธิในการมีส่วนร่วมในการควบคุมข้อมูล (Participatory right of informational self-determination)<sup>11</sup> ของปัจเจกชน ส่วนในประเทศอเมริกานั้นมองว่า ความยินยอมเป็นการควบคุมสิทธิส่วนบุคคลของตนเอง (Privacy-self management) โดยสิทธิประเภทนี้มีที่มาจากแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสุขภาพ การศึกษาและ เรื่องสวัสดิการสังคม

## 2. ลักษณะทั่วไปของความยินยอม

หลักความยินยอมนั้นพัฒนามาจากหลักเรื่องการเคารพในบุคคล (Respect of person) ที่เห็นว่าบุคคลแต่ละบุคคลล้วนมีลักษณะแตกต่างกันออกไปความยินยอมนั้นมีผลก็ต่อเมื่อครบองค์ประกอบทั่วไปบางประการ เช่น เป็นความยินยอมที่ให้โดยสมัครใจ (Voluntary) ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวหรือความยินยอมที่ได้รับข้อมูล (informed consent) หรือเป็นการตัดสินใจของบุคคลผู้มีความสามารถ เป็นต้น<sup>12</sup> ซึ่งความยินยอมนั้นถูกพัฒนาอยู่ในกฎหมายหลากหลายประเภทไม่ว่าจะเป็นความยินยอมตามหลักละเมิด หรือหลัก Volenti non fit injuria ความยินยอมที่อยู่ตามหลักสัญญา ความยินยอมที่ได้รับคำบอกกล่าวทางการแพทย์ (informed consent) หรือความยินยอมที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ องค์ประกอบความยินยอมโดยทั่วไป นั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. โดยสมัครใจ (Voluntary) คือความยินยอมจะต้องเกิดจากการกระทำโดยเจตนาของผู้ให้ความยินยอม ซึ่งจะต้องไม่เกิดจากความบังเอิญ การถูกข่มขู่ หลอกลวง หรือบังคับ ผู้กระทำต้องได้รับความยินยอมโดยผู้เสียหายสมัครใจผู้เสียหายต้องมีสัมปชัญญะ และการให้ความยินยอมนั้นต้องปราศจากความสำคัญผิด หรือความกลัว<sup>13</sup> อันได้แก่การกระทำนั้นจะต้องไม่เกิดจากปัจจัยอื่นมาบังคับ คือ จะต้องไม่ได้เกิดจากอิทธิพลจากบุคคลที่สาม หรือบุคคลอื่นใด นอกเหนือไปจากผู้ให้ความยินยอมเอง<sup>14</sup>

2. ผู้ให้ความยินยอมต้องมีความสามารถ (Capacity) ในการให้ความยินยอม คือผู้ให้ความยินยอมจะต้องรู้ถึงผลของการกระทำอันเนื่องมาจากความยินยอม รู้คุณค่าของการกระทำดังกล่าว รู้ผลของการกระทำเป็นต้น หรือกล่าวได้ว่าผู้ให้ความยินยอมนั้นมีความสามารถในการยินยอม<sup>15</sup> อันเนื่องมาจากการให้ความยินยอมนั้นมักปรากฏอยู่ในบุคคลที่มีความสามารถเพียงพอที่จะตัดสินใจในเรื่องของตัวเอง ตามหลักการทั่วไปแล้ว หากเมื่อเขามี

<sup>11</sup> Eleni Kosta, *Consent in European Data Protection Law*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2013) p.109.

<sup>12</sup> Andreas Müller and Peter Schaber. *Supranote 1* (Kindle Locations 405 -406). Taylor and Francis. Kindle Edition.

<sup>13</sup> พจน บุษปาคม, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2509*. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยมิตรการพิมพ์, 2509), น.55-56; Bassiouni, *Criminal Law* (1978), pp.447 อ้างใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560) น.166, ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และละเมิด* (กรุงเทพมหานคร : บริษัท มีสมบัติจำกัด, 2548), น.30, อำนาจ บุษปาคม, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิจัยมนุษย์,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) น.164, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508.

<sup>14</sup> Hockton, A. *The law of consent to medical treatment*. (London : Sweet & Maxwell. (2001), p.7, จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.805

<sup>15</sup> กมลชัย รัตนสากวงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น. 41.

ความสามารถเพียงพอที่จะกำหนดชีวิตของเขาเอง เขาก็ควรมีสติ มีโอกาส ที่จะตัดสินใจใด ๆ ในเรื่องของตัวเอง<sup>16</sup> โดยความสามารถนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ ดังนั้นความสามารถจึงไม่ได้หมายถึงระดับการศึกษาแต่หมายถึงการมีความสามารถในระดับของการตัดสินใจ ความสามารถเป็นเรื่องที่ไม่ตายตัวแน่นอน แปรผันไปตามเวลาและสถานการณ์ หมายถึง การมีความสามารถเพื่อการตัดสินใจ (Decision - making) หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวนั้นวางหลักเรื่องความสามารถในการตัดสินใจผู้ป่วยที่มีความสามารถนั้นสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง ในขณะที่ผู้ที่ไร้ความสามารถนั้นก็ไม่สามารถให้ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ในกรณีหลังแพทย์จึงต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามกฎหมาย

3. ความยินยอมจะต้องมีอยู่ตลอดการกระทำนั้นโดยไม่ถูกเพิกถอน หรือกล่าวได้ว่าเป็นความยินยอมในปัจจุบัน คือความยินยอมที่มีอยู่ขณะทำความผิด แล้วผู้เสียหายยังไม่บอกเลิกก่อนการกระทำผิดซึ่งผู้เสียหายจะเลิกเมื่อใดก็ได้ก่อนที่ความผิดจะสำเร็จสิ้นไป ในทางกลับกันการให้ความยินยอมหลังความผิดสำเร็จแล้วไม่มีผล ซึ่งความยินยอมที่เพิกถอนได้นั้นหมายถึงเฉพาะสิทธิที่โอนกันไม่ได้ (inalienable)<sup>17</sup> ผู้ให้ความยินยอมจะบอกถอนความยินยอมเสียเมื่อไรก็ได้<sup>18</sup> ทั้งนี้ความยินยอมอาจแบ่งเป็นสองประเภทคือ ความยินยอมที่ถอนได้กับความยินยอมที่ถอนมิได้ ความยินยอมที่ถอนได้เป็นความยินยอมที่ต่างจากสัญญาเนื่องจากสัญญานั้นเป็นความตกลงของทั้งสองฝ่ายจึงมีลักษณะร่วมของความยินยอมอยู่ ดังนั้นแม้สัญญาอาจทำไม่ถูกต้องตามแบบ แต่ความยินยอมก็เกิดขึ้น ดังนั้นแม้สัญญาไม่สมบูรณ์ก็ถือว่ามีความยินยอม เช่น สัญญาเช่าที่ตกลงด้วยวาจาต่อมาจำเลยเข้าอยู่ การกระทำของจำเลยนั้นถือว่าเป็นการยินยอมให้เข้าอยู่อันไม่เป็นละเมิดและเรียกค่าเสียหายมิได้ แต่การจะเข้าอยู่ตามสัญญาเช่าได้หรือไม่นั้นเป็นเรื่องตามสัญญา<sup>19</sup> ฎีกาที่ 1656/2593 โจทก์ยินยอมให้จำเลยอาศัยภายหลังโจทก์ให้ผู้อื่นเช่าและบอกให้จำเลยออกไปจากบ้านที่เคยอาศัย จำเลยไม่ออกการที่จำเลยขึ้นอยู่ต่อเป็นละเมิด<sup>20</sup> และความยินยอมที่ถอนมิได้ ความยินยอมลักษณะนี้นั้นเป็นลักษณะของสัญญาที่สมบูรณ์ดังนั้นการจะบอกถอนความยินยอมจึงต้องใช้หลักเกณฑ์ตามหลักสัญญา<sup>21</sup>

4. ความยินยอมจะต้องไม่ขัดกับนโยบายสาธารณะ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือขัดต่อศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือ ความยินยอมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ซึ่งการกระทำใดจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้นต้องพิจารณาจากความรู้สึกของคนในท้องถิ่นและเวลาที่เกิดการกระทำนั้น ๆ<sup>22</sup>

5. ขอบเขตของความยินยอมต้องมีความแน่นอนคือ ความยินยอมหมายถึงสิ่งหนึ่งและไม่รวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างออกไปซึ่งผู้เสียหายไม่ทราบ เช่น หญิงที่ร่วมประเวณีนั้นไม่ได้ยินยอมรับโรคติดต่อจากชายโดยหญิงไม่ทราบก่อน<sup>23</sup> นักฟุตบอลยินยอมให้กระทบกระแทกร่างกายแต่ไม่ยินยอมให้เล่นนอกเหนือกติกา<sup>24</sup> ดังนั้นหากผู้รับความยินยอมนั้นกระทำการนอกเหนือจากความยินยอมก็จะต้องรับผิดชอบละเมิด<sup>25</sup>

<sup>16</sup> Roger Brownsword, “The Cult of Consent : Fixation and Fallacy,” *King’s Law Journal*, pp.223 – 226 (2004).

<sup>17</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.812.

<sup>18</sup> พจน์ ปุษปาคม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.73 – 75.

<sup>19</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.76

<sup>20</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.29.

<sup>21</sup> พจน์ ปุษปาคม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.78 - 79.

<sup>22</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14* น.816.

<sup>23</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.802., อำนาจ บุษปาคม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.164.

<sup>24</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.26.

<sup>25</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.30.

6. ความยินยอมต้องไม่มีเงื่อนไขและมีความสมบูรณ์ในตัวเอง หากเป็นความยินยอมที่มีเงื่อนไขย่อมไม่ถือว่าสมบูรณ์<sup>26</sup> ในทางกลับกันความยินยอมแบบมีเงื่อนไขนั้นไม่ถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>27</sup>

7. ผู้กระทำได้รับรู้ถึงความยินยอมโดยรู้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม ซึ่งหากผู้กระทำได้ทราบถึงความยินยอมย่อมไม่สามารถนำมาอ้างได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแก่ตน<sup>28</sup>

ส่วนในความยินยอมที่ต้องได้รับคำบอกกล่าว หรือ informed consent นั้นต้องมีลักษณะพิเศษอีกประการมากกว่าความยินยอมโดยทั่วไปได้แก่ การเปิดเผยข้อมูล (Disclosure) ผู้ป่วยจะต้องได้รับข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการรักษาพยาบาลที่กระทำต่อตนจึงจะสามารถเลือกว่าจะทำการยินยอมหรือไม่ การเปิดเผยข้อมูลนั้นเป็น “หน้าที่” ของแพทย์ หากแพทย์ไม่เปิดเผยข้อมูลผู้ป่วยย่อมมีข้อมูลไม่เพียงพอที่จะตัดสินใจและถือว่าเป็นการให้ความยินยอมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>29</sup> แนวความคิดว่าด้วยการเปิดเผยข้อมูลนั้นมี 2 แนวคิดคือแนวคิดที่ยึดถือตามแนวประเพณีปฏิบัติทั่วไปของแพทย์ในชุมชนนั้นหรือแนวความคิดมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพ (The professional practice standard) แนวคิดนี้แพทย์จึงเป็นผู้มีหน้าที่พิจารณาว่าข้อมูลส่วนไหนที่ต้องเปิดเผย หรือไม่ต้องเปิดเผย อันเนื่องมาจากแพทย์เป็นผู้รู้ผลประโยชน์ของผู้ป่วยได้ดีที่สุด มีความชำนาญและประสบการณ์มากกว่าผู้ป่วย แนวคิดที่สอง ได้แก่ แนวความคิดแบบวิญญูชน (The Reasonable Person standard) แนวคิดนี้เป็นแนวคิดที่ว่าที่เห็นว่าการเปิดเผยข้อมูลควรอธิบายโดยอิงวิญญูชน และการใช้ประเพณีปฏิบัติแบบแพทย์เป็นการตัดสินใจในการรับข้อมูลของผู้ป่วย ซึ่งจะต้องพิจารณาจากข้อมูลที่แพทย์มีหน้าที่อธิบาย โดยแพทย์ควรพิจารณาว่าผู้ป่วยมีความจำเป็นที่จะต้องรู้เรื่องดังกล่าวเป็นพิเศษหรือไม่<sup>30</sup>

ส่วนเรื่องวิธีการเปิดเผยนั้นจะต้องใช้ภาษาที่เข้าใจง่าย ไม่ควรใช้ภาษาหรือศัพท์เทคนิคมากเกินไปส่วนข้อมูลที่ใช้ในการเปิดเผย แบ่งเป็น 2 ประเภทคือ ข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญ เช่นความเสี่ยง กระบวนการการรักษา ส่วนข้อมูลประเภทที่สองได้แก่ข้อมูลที่เป็นส่วนประกอบ<sup>31</sup> การเปิดเผยข้อมูลนั้นก็เพื่อให้ผู้ป่วยหรือตัวผู้ที่ให้ความยินยอมต้องได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ(Sufficient information) คือ เข้าใจวัตถุประสงค์และกระบวนการ โดยที่การให้ข้อมูลกฎหมายอาจกำหนดให้ผู้รับความยินยอมเช่นว่าเป็นผู้ต้องให้ความยินยอม นอกจากนี้ผู้ให้ความยินยอมเช่นว่าจะต้องมีความสามารถในทางกฎหมายด้วย ซึ่งความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้รับอิทธิพลจากความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวทางการแพทย์ (informed consent) ในแง่ที่ว่าความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีการกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องให้ข้อมูลแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อใช้เป็นเงื่อนไขของความยินยอมเช่นเดียวกัน

### 3. ความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การเพิกถอนความยินยอมและข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมตามกฎหมายต่างประเทศ

การถอนความยินยอมตามกฎหมายต่างประเทศนั้นผู้เขียนจะทำการศึกษากฎหมาย 2 ฉบับได้แก่GDPR ของสหภาพยุโรป และ PIPEDA ของประเทศแคนาดา

#### 3.1 General Data Protection Regulation (GDPR)

แต่เดิมสหภาพยุโรปมีความคิดเกี่ยวกับการรวมกันทางเศรษฐกิจโดยมีแนวคิดตลาดเดียว ( Single market ) แต่เมื่อเทคโนโลยีและยุคสมัยพัฒนาไป ทำให้แนวคิดเรื่องตลาดเดียวอาจจะไม่สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจที่ต้อง

<sup>26</sup> อำนาจ บุปผามาศ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 164.

<sup>27</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.27.

<sup>28</sup> อำนาจ บุปผามาศ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.164.

<sup>29</sup> Linda Faber Post,Jefferey Blustein, and Nancy Neveloff Dubler, *Handbook for Health Care Ethics Committees*, (Maryland : The John Hopkins University Press , 2007), p.40.

<sup>30</sup> สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของตัวแทนผู้ป่วย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 39-40.

<sup>31</sup> สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร, *อ้าวแล้ว*, น. 42.

ที่มุ่งการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นหลัก สหภาพจึงพัฒนาแนวคิดเรื่อง Digital Single Market ขึ้นมาเพื่อรองรับสภาพตลาดการค้าที่เปลี่ยนแปลงไป ในขณะที่การติดต่อการค้าปัจจุบันจะต้องอาศัยการสื่อสารผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์เป็นหลัก กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจึงเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการค้า เนื่องจาก การติดต่อสื่อสารผ่านระบบเครือข่ายเช่นว่าจำเป็นจะต้องส่งข้อมูล บันทึก รวมทั้งใช้ข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ตลอดเวลา แต่กฎหมายภายในที่รัฐสมาชิกนำ Directive 95/46/EC ไปอนุวัติการกลับไม่มีความเป็นหนึ่งเดียวกัน มากไปกว่านั้น ยังมีความแตกต่างกันมาก ส่งผลให้หลักการตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสหภาพยุโรปนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมากเป็นอุปสรรคต่อการส่งข้อมูลระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกัน ดังนั้นสหภาพยุโรปจึงทำการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลให้มีความเป็นหนึ่งเดียวเพื่อสอดคล้องกับแนวคิดเรื่อง Digital Single Market ส่งผลให้ในปี 2012 มีการเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับดังกล่าวโดยสหภาพยุโรป<sup>32</sup> โดยต่อมา Regulation(EU) 2016/679 นั้นมีผลเป็นกฎหมายในวันที่ 4 กรกฎาคม 2559 หลังจากที่ได้ประกาศเป็นทางการใน EU Official Journalแต่อย่างไรก็ดีกฎหมายฉบับใหม่จะมีผลใช้บังคับ 2 ปีหลังจากที่ประกาศเป็นกฎหมาย 25 พฤษภาคม 2561 ระยะเวลาดังกล่าวก็เพื่อให้รัฐภาคีเตรียมความพร้อมทั้งกับกฎหมายฉบับใหม่ ซึ่งในเรื่องความยินยอมนั้น Article 29 Data Protection Working Party ได้ออก Guidelines on consent under Regulation 2016/675 เพื่อเป็นแนวปฏิบัติในเรื่องความยินยอมภายใต้ GDPR

โดยทั่วไปในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปจะมีหลักการเรื่องความชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (lawful processing) ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะต้องมีฐานความชอบด้วยกฎหมาย (legal basis) โดยภายใน GDPR ได้กำหนดเรื่องฐานความชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเอาไว้ โดยกำหนดเรื่องฐานความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะจำกัด คือไม่ได้วางหลักเรื่องข้อยกเว้นเอาไว้โดยในทางปฏิบัติแล้วความยินยอมถือว่าเป็นฐานความชอบด้วยกฎหมายเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่สำคัญ หากปราศจากข้อสัญญาระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลกับเจ้าของข้อมูล ในเรื่องของความยินยอมนั้นกฎหมาย ได้ระบุให้ความยินยอมนี้เป็นฐานความชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลดังที่ระบุอยู่ใน GDPR มาตรา 6(1) (a)

### 3.1.1 ความยินยอมใน GDPR

GDPR เป็นกฎหมายที่ค่อนข้างให้ความสำคัญกับเรื่องความยินยอมแม้ความยินยอมจะเป็นเพียงหนึ่งในฐานความชอบด้วยกฎหมายเพียงฐานหนึ่งที่มีค่าเท่าเทียมกับฐานความชอบด้วยกฎหมายฐานอื่นๆ<sup>33</sup> ดังจะเห็นได้จาก GDPR มีการให้นิยามเรื่อง “ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” ตามที่ปรากฏใน มาตรา 4 : คำนิยาม (11) ว่า

“ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลนั้นหมายถึงการบ่งชี้ความประสงค์ของเจ้าของข้อมูลที่มีลักษณะเป็นการให้อย่างอิสระ (freely given) เป็นความยินยอมที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง (specific) เป็นความยินยอมที่ได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ (informed) และมีลักษณะไม่คลุมเครือ (unambiguous) โดยวิธีการให้ข้อความ โดยการกระทำที่ชัดเจน (clear affirmative action) อันเป็นการแสดงให้เห็นว่ามีข้อตกลงที่จะให้ความยินยอมเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลของตน<sup>34</sup>”

จากมาตราข้างต้นนั้นความยินยอมตาม GDPR จะมืองค์ประกอบดังต่อไปนี้

<sup>32</sup> D.C.J. van Casteren, “Consent now and then,” (Law & Technology Tilburg University, 2017) Retrieved on May 9, 2019, from <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=143636.p1>.

<sup>33</sup> Regulation(EU) 2016/679 Article 6.

<sup>34</sup> Regulation(EU) 2016/679 Article 4(11) ‘consent’ of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject’s wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her.

### 1. การให้อย่างอิสระ (freely given)

ความอิสระนั้นหมายถึงเจ้าของข้อมูลนั้นต้องมีทางเลือกอื่น (choice) ซึ่งหลักการนี้พิจารณาที่ตัวเจ้าของข้อมูลเป็นสำคัญ คือเจ้าของข้อมูลนั้นต้องมีความสามารถที่จะปฏิเสธการให้ความยินยอมโดยปราศจากผลเสีย (detriment) รวมถึงไม่มีความเสี่ยงที่จะเกิดผลเสียต่อเจ้าของข้อมูล เจ้าของข้อมูลนั้นจะต้องไม่ให้ความยินยอมโดยถูกข่มขู่ อยู่ภายใต้ความกดดัน หรือถูกฉ้อฉล หรือมีผลเสียอื่นใดในทางกลับกันความยินยอมจะมีลักษณะเป็นอิสระได้ก็ต่อเมื่อเจ้าของข้อมูลสามารถใช้เจตจำนงอิสระของตนเอง (free will) โดยปราศจากการบังคับหรืออิทธิพลอื่นใด<sup>35</sup> โดยทั่วไปว่าการกดดันหรือการมีอิทธิพลเหนือการตัดสินใจของเจ้าของข้อมูลอันส่งผลให้เจ้าของข้อมูลไม่มีเจตจำนงอิสระ (free will) นั้นทำให้ความยินยอมนั้นไม่มีผลตามกฎหมาย<sup>36</sup> เช่น กรณี WhatsApp นั้น เพิ่ม Terms of Use และ Privacy Policy ใหม่โดยให้ทางเลือกผู้บริโภคที่จะยอมหรือไม่ใช้งาน (take-it-or-leave-it) ถือว่าการให้ทางเลือกดังกล่าวนี้ไม่เพียงพอที่จะทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีทางเลือกที่แท้จริง (real choice) อันจะสามารถส่งผลให้เจ้าของข้อมูลนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระ โดยความไม่อิสระในการให้ความยินยอมนั้นสามารถเกิดได้ 4 ลักษณะคือ

- มีอำนาจไม่เท่าเทียมกัน (Imbalance of power) กรณีนี้ถูกกล่าวอยู่ในอารัมภบทที่ 43 วางหลักว่า *ความยินยอมที่ให้โดยความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างเจ้าของข้อมูลและผู้ควบคุมข้อมูลนั้นไม่ถือว่าเป็นความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ควบคุมข้อมูลนั้นเป็นเจ้าของหน้าที่รัฐ*<sup>37</sup> เป็นผลให้เจ้าหน้าที่รัฐไม่สามารถอาศัยความยินยอมของเจ้าของข้อมูลเพื่อการประมวลผลข้อมูล ซึ่งนอกจากความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันในบริบทของเจ้าหน้าที่รัฐกับประชาชนแล้วความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างก็มีลักษณะของความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันเช่นกัน

- เป็นความยินยอมที่มีเงื่อนไข (Conditionality) เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ใช้พิจารณาว่าความยินยอมนั้นให้โดยอิสระหรือไม่ซึ่งตาม GDPR ต้องพิจารณาตามอารัมภบทที่ 43<sup>38</sup> และ มาตรา 7(4) วางหลักเดียวกันว่า การพิจารณาความยินยอมว่ามีลักษณะการให้อย่างอิสระหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติตามสัญญาหรือเงื่อนไขการให้บริการมีข้อกำหนดว่าเจ้าของข้อมูลต้องให้ต้องยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ซึ่งการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่จำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาการแต่กลับบังคับให้เจ้าของข้อมูลต้องให้ความยินยอมนั้นจะส่งผลให้ความยินยอมที่ให้ไม่มีลักษณะอิสระ<sup>39</sup> อันเนื่องมาจาก GDPR ต้องการแยกฐานความชอบด้วยกฎหมายเพื่อการประมวลผลข้อมูลระหว่าง “ความยินยอมและสัญญา” ออกจากกัน<sup>40</sup>

- เป็นรายละเอียด (Granularity) เนื่องจากการประมวลผลเพื่อให้บริการบางครั้งจำเป็นที่จะต้องมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมากกว่าหนึ่งวัตถุประสงค์ ในกรณีดังกล่าวเจ้าของข้อมูลจะต้องมีความสามารถที่จะเลือกได้ว่าตนเองยอมรับวัตถุประสงค์ใดบ้าง ซึ่งตามอารัมภบทที่ 43 วางหลักไว้ว่าความยินยอมจะถูกสันนิษฐานว่าไม่เป็นไปอย่างอิสระถ้ากระบวนการขอความยินยอมนั้นไม่ให้ทางเลือกแก่เจ้าของข้อมูลในการให้ความยินยอมในแต่ละรายละเอียดเป็นส่วน ๆ และในอารัมภบทที่ 32 วางหลักว่าความยินยอมนั้นจะต้องครอบคลุมทุกการประมวลผลข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง และในกรณีที่เป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อหลายวัตถุประสงค์เจ้าของข้อมูลต้องให้ความยินยอมในแต่ละวัตถุประสงค์ ดังนั้นถ้าผู้ควบคุมข้อมูลนั้นควรรวมการประมวลผลข้อมูลมากกว่า

<sup>35</sup> Article 29 Data protection Working Party, “Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, Retrieved on May 8, 2019, from [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc\\_id=51030p8](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030p8) p.7.

<sup>36</sup> *Ibid* p.5.

<sup>37</sup> Regulation(EU) 2016/679 article (43)

<sup>38</sup> Regulation(EU) 2016/679 article (43)

<sup>39</sup> Regulation(EU) 2016/679 Article 7(4)

<sup>40</sup> Article 29 Data protection Working Party *supra* note 34 p. 8.



หนึ่งวัตถุประสงค์เข้าด้วยกันและไม่จัดให้มีกระบวนการให้ความยินยอมที่เป็นรายละเอียดแยกย่อยความยินยอมนั้นจะขาดความเป็นอิสระ<sup>41</sup>

- ปราศจากผลเสีย (Detriment) ผู้ควบคุมข้อมูลนั้นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเจ้าของข้อมูลนั้นมีสิทธิที่จะปฏิเสธหรือถอนความยินยอมได้โดยปราศจากผลเสีย เนื่องจากอารัมภบทที่ 42 วางหลักให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นต้องมีสิทธิที่จะปฏิเสธหรือถอนความยินยอมได้ เช่น ผู้ควบคุมข้อมูลต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าเจ้าของข้อมูลสามารถถอนความยินยอมได้โดยไม่มีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมหรือการลบลทธิประโยชน์ใดๆลง<sup>42</sup>

#### 2. มีลักษณะเฉพาะเจาะจง (specific)

ความยินยอมนั้นอาจประกอบไปด้วยวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลตั้งแต่หนึ่งวัตถุประสงค์ขึ้นไป ดังนั้นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นอาจเป็นการประมวลผลเพื่อหลายวัตถุประสงค์ ความยินยอมที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง (specific) ต้องการแยกวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลแต่ละอย่างให้ชัดเจน และมีกระบวนการขอความยินยอมที่แยกย่อยสำหรับแต่ละวัตถุประสงค์ในการประมวลผล นอกจากนี้ยังต้องแยกการให้ข้อมูลการขอความยินยอมในแต่ละวัตถุประสงค์

#### 3. เป็นความยินยอมที่ได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ (informed)

ข้อมูลขั้นต่ำอันส่งผลให้ความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ได้รับข้อมูล ซึ่งเกณฑ์ต่อไปนี้เป็นเพียงเกณฑ์ขั้นต่ำในการให้ข้อมูลตาม WP29<sup>43</sup> ดังต่อไปนี้ การระบุตัวผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ถ้าความยินยอมนั้นเป็นไปเพื่อผู้ควบคุมข้อมูลหลายเจ้า จะต้องมีการระบุตัวผู้ควบคุมข้อมูลนั้น ๆ แต่ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องระบุ<sup>44</sup> การระบุวัตถุประสงค์ที่ใช้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูล ลักษณะข้อมูลหรือประเภทที่ประมวลผล การระบุสิทธิในการถอนความยินยอม การระบุข้อมูลเกี่ยวกับการตัดสินใจอัตโนมัติ (decision based solely on automated processing) หรือการสร้างข้อมูลผู้บริโภค (profiling) และในกรณีที่ต้องส่งข้อมูลข้ามพรมแดนจะต้องมีการระบุความเสี่ยงในการส่งข้อมูลไปยังประเทศที่ไม่มีความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับที่เท่าเทียมกัน

นอกจากนี้วิธีการให้ข้อมูล การให้ข้อมูลแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นสามารถทำได้หลายวิธีเช่น การเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร การให้ข้อมูลด้วยปากเปล่า หรือการให้ข้อมูลผ่านเสียงหรือข้อความในวิดีโอ เป็นต้น แต่ GDPR มีการวางมาตรฐานการให้ข้อมูลไว้ตามอารัมภบทที่ 32 และตามมาตรา 7(2) ซึ่งวางหลักไว้ว่า การขอความยินยอมนั้นจะต้องมีการร้องขอที่แตกต่างจากข้อความอื่น สามารถเข้าใจและเข้าถึงได้ง่าย (accessibility) ใช้ภาษาที่ชัดเจนและง่าย (clear and plain) ดังนั้นภาษาจะต้องชัดเจนและอยู่ในลักษณะที่เข้าถึงได้ง่าย ข้อความจะต้องเข้าใจได้ในระดับบุคคลทั่วไป (easily understandable for average person) ไม่ใช่ภาษาในระดับนักกฎหมาย

#### 4. มีลักษณะไม่คลุมเครือ (unambiguous)

กระบวนการให้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลจะต้องไม่เป็นที่สงสัยว่าความยินยอมเช่นนั้นเกิดขึ้นหรือไม่ อาจกล่าวได้ว่าต้องมีความชัดเจนว่าเจ้าของข้อมูลนั้นได้แสดงเจตนาในการให้ความยินยอมอย่างแท้จริง<sup>45</sup> ซึ่งตาม GDPR ความยินยอมที่ไม่คลุมเครือนั้นได้แก่ “การกระทำที่ชัดเจน (clear affirmative action) โดย GDPR นั้นต้องการแสดงความยินยอมที่เป็นการกระทำหรือคำแถลงจากเจ้าของข้อมูลอันแสดงให้เห็นว่าเจ้าของข้อมูลได้ให้ความยินยอมอย่างชัดเจน ซึ่งการแสดงออกอย่างชัดเจนว่าให้ความยินยอม (clear affirmative act) ซึ่งตามอารัมภบทที่ 32 ได้ขยายความเรื่องวิธีการให้ความยินยอมเอาไว้ไม่ว่าจะเป็นด้วยวิธีการให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร การให้ความยินยอมโดยปากเปล่า หรือด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ซึ่ง GDPR นั้นไม่ยอมรับการ

<sup>41</sup> *Ibid*, p.11.

<sup>42</sup> *Ibid*, p.11.

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 13.

<sup>44</sup> *Ibid*, p.14.

<sup>45</sup> Article 29 Working Party, *supra* note 4, p.21.

แสดงสัญลักษณ์ลงใน Pre-ticked box หรือการไม่กระทำของเจ้าของข้อมูล รวมถึงการใช้บริการนั้นไม่ถือว่าเป็นความยินยอม โดยความยินยอมนั้นจะต้องไม่รวมอยู่กับการทำสัญญา หรือยอมรับ term & conditions<sup>46</sup>

### 3.1.2 การเพิกถอนความยินยอมและข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมใน GDPR

ใน GDPR นั้นกำหนดเรื่องการถอนความยินยอมอยู่มาตรา 7 เรื่องเงื่อนไขแห่งความยินยอม (conditions for consent) โดยบัญญัติตามมาตรา 7.4 ว่า

“เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีสิทธิในการถอนความยินยอมในเวลาใดก็ได้ โดยการถอนความยินยอมนั้นจะต้องไม่กระทบต่อความยินยอมที่ได้ให้ไปก่อนที่จะมีการถอนนั้น โดยก่อนที่จะมีการให้ความยินยอมนั้นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้รับข้อมูลอันเกี่ยวข้องเกี่ยวกับการถอนความยินยอมเช่นนั้นก่อน ทั้งนี้การถอนความยินยอมนั้นจะต้องง่ายเช่นเดียวกับการให้ความยินยอม<sup>47</sup>”

ใน GDPR นั้นมีการระบุว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นสามารถเพิกถอนความยินยอมอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก<sup>48</sup> โดยแม้ก่อนหน้านี้สิทธิในการเพิกถอนความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะปรากฏอยู่ แต่ก็ปรากฏตามการตีความของ Working Party 29 เท่านั้น

ดังกล่าวข้างต้น GDPR ได้สร้างกระบวนการการเพิกถอนความยินยอมที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งหากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่สามารถรับรู้สิทธิในการเพิกถอนความยินยอมอันเนื่องมาจากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นบกพร่องในการให้ข้อมูลว่าด้วยการเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวนี้จะส่งผลให้ความยินยอมที่เจ้าของข้อมูลให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลอาจไม่มีผลทางกฎหมาย<sup>49</sup> อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ในการให้ข้อมูลหรือความยินยอมที่ได้รับข้อมูลอันครบถ้วน (informed consent) นั้นผู้ควบคุมข้อมูลจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับการเพิกถอนความยินยอมเพื่อใช้ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลด้วย

นอกจากนี้ผลของการเพิกถอนความยินยอมนั้นไม่ทำให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอาศัยฐานแห่งความยินยอมนั้นสูญสิ้นไป แต่ผลของการเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวสร้างหน้าที่แก่ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่จะหยุดประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหากตนเองนั้นไม่สามารถประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอาศัยฐานความชอบด้วยกฎหมาย (legal basis) ฐานอื่น ๆ ได้ นอกจากนั้นผลของการเพิกถอนความยินยอมตามมาตรานี้ได้สร้างหน้าที่แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการลบข้อมูลส่วนบุคคล ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่มีฐานความชอบด้วยกฎหมายฐานอื่นเพื่อประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

จากหลักการของ GDPR นั้นไม่ปรากฏหลักการเรื่องข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมแต่อย่างใด อันเนื่องมาจากความยินยอมภายใต้ GDPR เห็นว่าจะต้องเป็นความยินยอมที่ให้โดยอิสระ (freely given) ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งการให้ความยินยอมโดยอิสระนั้นเป็นเครื่องยืนยันว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีทางเลือก (choice) ซึ่งพิจารณาว่าตนจะให้ข้อมูลของตนหรือไม่โดยเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตาม GDPR นั้นมีอิสระที่จะเลือกให้หรือไม่ให้ข้อมูล อันเนื่องมาจาก GDPR มีฐานความชอบด้วยกฎหมายเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Lawfulness of processing) ตามมาตรา 6(1)<sup>50</sup> แห่ง GDPR หลายฐาน เช่นเรื่องการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่จำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญา (contract) หรือเป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย (legal obligations) ความจำเป็นต่อชีวิต(vital interests of the data subject) ประโยชน์สาธารณะ (public interest) ประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย

<sup>46</sup> Article 29 Working Party, *supra* note 34, p.15.

<sup>47</sup> Regulation(EU) 2016/679 Article 7(4) The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. Prior to giving consent, the data subject shall be informed thereof. It shall be as easy to withdraw as to give consent.

<sup>48</sup> Article 29 Working Party, *supra* note 34, p.21.

<sup>49</sup> *Ibid*, p.22

<sup>50</sup> Regulation(EU) 2016/679 Article 6(1).

(legitimate interest) รวมไปถึงความยินยอม (consent) ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายแต่ละฐานนั้นล้วนมีความสำคัญเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นฐานความชอบด้วยกฎหมายที่เอื้อให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีทางเลือก (choice) รวมถึงอำนาจในการควบคุม (right to control) ดังนั้นในเรื่องของการเพิกถอนความยินยอมจึงถือว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาว่าความยินยอมเหล่านั้นถูกให้โดยอิสระ (free) หรือไม่ ซึ่งการเพิกถอนความยินยอมนั้นจะต้องทำได้โดยปราศจากผลเสีย (detriment) เช่นกัน<sup>51</sup>

### 3.2 Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)

ประเทศแคนาดาเน้นมีหลักความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกับทวีปยุโรปมาก โดยมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในภาคเอกชนอย่าง Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) โดยที่กฎหมายนี้เป็นรูปแบบของกฎหมายทั่วไป (Comprehensive) ซึ่งมีจุดประสงค์ในการบังคับใช้สองประการ ได้แก่ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นในธุรกิจ e-commerce ให้แก่ประชาชน และสร้างมาตรฐานที่เท่าเทียมกันในทางธุรกิจ โดย PIPEDA รับหลักการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาจาก Fair Information Practices และมีฐานความคิดเรื่องความยินยอมเป็นที่ตั้ง กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับในปี 2001 ซึ่งให้สิทธิปัจเจกบุคคลในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองและสร้างโครงสร้างทางหน้าที่ให้กับองค์กรที่เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล หากเข้าข่ายเป็นข้อมูลส่วนบุคคลแล้วองค์กรมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม Schedule 1<sup>52</sup> ของกฎหมายฉบับนี้

#### 3.2.1 ความยินยอมตาม PIPEDA

PIPEDA นั้นมีความยินยอมเป็นความชอบทางกฎหมายเดียวที่ใช้ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศแคนาดาเน้นอาศัยความชอบด้วยกฎหมายจากความยินยอมเพียงฐานเดียวในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (consent-based statute)<sup>53</sup> โดยความยินยอมตาม PIPEDA องค์ประกอบตามหลักไว้ตาม 4.3 หลักการที่ 3: ความยินยอม ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมตาม PIPEDA มีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ ความยินยอมนั้นจะต้องได้แจ้งวัตถุประสงค์<sup>54</sup> มีลักษณะไม่เกินจำเป็น<sup>55</sup> รูปแบบของการขอความยินยอมจะต้องคำนึงถึงระดับความละเอียดอ่อนของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นๆ<sup>56</sup> โดยจะขอความยินยอมที่ชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้<sup>57</sup> ทั้งนี้ความยินยอมจะต้องมีเหตุอันสมควร (reasonable expectation)<sup>58</sup> เวลาในการขอความยินยอมนั้นจะต้องขอก่อนหรือขณะเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล และการขอความยินยอมสามารถทำได้หลายวิธี<sup>59</sup> นอกเหนือจากนั้น PIPEDA ได้แก้ไขเรื่ององค์ประกอบเรื่องการให้ข้อมูล<sup>60</sup> เพื่อความยินยอมตาม Section 6.1 คือความยินยอมนั้นจะมีผลตามกฎหมายก็ต่อเมื่อสมควรคาดหมายได้ว่าปัจเจกบุคคลที่ซึ่ง

<sup>51</sup> p.13.

<sup>52</sup> PIPEDA Section 5 (1) .

<sup>53</sup> Privacy Commissioner of Canada, “PIPEDA Review Discussion Document Protecting Privacy in an Intrusive World,” Retrieved on May 3, 2019 ,from [https://www.priv.gc.ca/media/1312/pipeda\\_review\\_060718\\_e.pdf](https://www.priv.gc.ca/media/1312/pipeda_review_060718_e.pdf), p.3

<sup>54</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.2

<sup>55</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.3

<sup>56</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.4

<sup>57</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.6

<sup>58</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.5

<sup>59</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.7

<sup>60</sup> มาตรา 6.1 นั้นถูกแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นในปี 2015 อันเป็นการแก้ไขตาม Bill S-4 หรือ Digital Privacy Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลในแง่ของการแก้ไข PIPEDA

องค์กรนั้นประมวลผลข้อมูล เข้าใจลักษณะ วัตถุประสงค์ และผลของการเก็บ ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลที่ซึ่งได้ทำการยินยอม โดยส่วนประกอบสุดท้ายคือความยินยอมนั้นคือความยินยอมที่จะต้องเพิกถอนได้ตามข้อ 4.3.8

## 2.2 การเพิกถอนความยินยอมและข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมตาม PIPEDA

ที่วางหลักว่า

“ปัจเจกบุคคลนั้นสามารถถอนความยินยอมเมื่อใดก็ได้ เว้นแต่จะมีข้อจำกัดตามกฎหมายหรือข้อจำกัดตามสัญญาที่ได้แจ้งอย่างเหมาะสม (reasonable notice) โดยองค์กรนั้นมีหน้าที่ให้ข้อมูลอันเกี่ยวข้องเนื่องกับการถอนความยินยอมนั้น<sup>61</sup>”

การเพิกถอนความยินยอมตามมาตราข้างต้นนั้นจะต้องเป็นการหยุดการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล คือหากปัจเจกบุคคลหรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้เพิกถอนความยินยอมแล้วจะส่งผลกระทบต่อองค์กรหรือผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่สามารถเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลต่อไปได้ หรือในบางสถานการณ์นี้อาจหมายรวมถึงผู้ควบคุมข้อมูลหรือองค์กรนั้นต้องทำการลบข้อมูลที่ตนได้ประมวลผลออกไปด้วย<sup>62</sup> เช่น หากเจ้าของข้อมูลหรือปัจเจกบุคคลได้ทำการลบบัญชี Social network ย่อมส่งผลกระทบต่อองค์กรนั้นมีหน้าที่ที่จะลบข้อมูลส่วนบุคคลที่ตนได้เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านั้นออกด้วย ซึ่งการเก็บรักษาไว้ซึ่งข้อมูลหลังจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ทำการเพิกถอนนั้นมีในกรณีเฉพาะบางกรณีเท่านั้นเช่นการเก็บรักษาข้อมูลไว้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>63</sup>

ทั้งนี้การ PIPEDA นั้นได้ปรากฏเรื่องข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมไว้ตาม Schedule 1 Principle 4.3.8 ระบุว่าข้อจำกัดความยินยอมนั้นสามารถมีได้ในสองกรณีได้แก่ข้อจำกัดการเพิกถอนความยินยอมที่ปรากฏตามกฎหมาย (legal restriction) และข้อจำกัดการเพิกถอนความยินยอมที่ปรากฏในสัญญา (contractual restriction) โดย PIPEDA ได้กำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนความยินยอมว่าจะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องมีการแจ้งข้อความว่าด้วยการจำกัดเรื่องการถอนความยินยอมนั้นตามหลักการบอกแจ้งที่เหมาะสม (reasonable notice) ดังนั้นการจำกัดการเพิกถอนความยินยอมนั้นประกอบไปด้วยสองเงื่อนไขคือ

1. มีข้อจำกัดตามกฎหมายหรือตามข้อสัญญา

2. มีการบอกแจ้งอย่างเหมาะสม (reasonable notice) ซึ่งหน้าที่ในการบอกแจ้งดังกล่าวย่อมเป็นหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลที่จะแจ้งแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมนั้นปรากฏในคดีของ Ashley Madison Case<sup>64</sup> โดยเป็นการสืบสวนร่วมกันระหว่าง Privacy Commissioner of Canada (OPC) กับ Australian Privacy Commissioner ซึ่งในคดีดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของบริษัท Avid Life Media Inc. (ALM) ที่เป็นบริษัทสัญชาติแคนาดาที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับเว็บไซต์หาคู่รักออนไลน์ โดยบริษัทดังกล่าวนั้นละเมิด PIPEDA ในหลายเรื่องเช่นในเรื่องกระบวนการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูล (Information security) ความถูกต้องของข้อมูล (Accuracy of information) รวมถึงการเพิกถอนข้อมูลส่วนบุคคลและเรื่องข้อจำกัดในการเพิกถอนข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

<sup>61</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.8 An individual may withdraw consent at any time, subject to legal or contractual restrictions and reasonable notice. The organization shall inform the individual of the implications of such withdrawal.

<sup>62</sup> Privacy Commissioner of Canada (2018), “Guidelines for obtaining meaningful consent,” Retrieved on May 3, 2019, from [https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/collecting-personal-information/consent/gl\\_omc\\_201805/](https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/collecting-personal-information/consent/gl_omc_201805/).

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC), “Joint investigation of Ashley Madison by the Privacy Commissioner of Canada and the Australian Privacy Commissioner/Acting Australian Information Commissioner,” Retrieved on July 8, 2019, from <https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2016/pipeda-2016-005/#a>.

ALM นั้นให้ผู้ใช้งานสามารถลบข้อมูลส่วนบุคคลของตนออกได้โดยสมบูรณ์ซึ่งมีเงื่อนไขว่าการลบข้อมูลดังกล่าวผู้ใช้งานจะต้องมีการจ่ายค่าธรรมเนียม (fee) ดังนั้นค่าธรรมเนียมจึงเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิในการเพิกถอนความยินยอมตามกรณีนี้ อย่างไรก็ตาม PIPEDA ไม่ได้กำหนดว่าการถอนความยินยอมโดยมีค่าใช้จ่ายนั้นสามารถกระทำได้ตามกฎหมายหรือไม่ เพียงแต่ Schedule 1 Principle 4.3.8 วางหลักว่าการเพิกถอนความยินยอมนั้นสามารถกระทำได้เมื่อใดก็ได้ เว้นแต่มีข้อจำกัดตามกฎหมายหรือตามสัญญาโดยมีการบอกแจ้งอย่างเหมาะสม (reasonable notice) ซึ่งจากข้อเท็จจริงนั้นไม่ปรากฏว่ามี การให้ข้อมูลเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเพื่อการลบข้อมูลดังกล่าวใน Terms and conditions หรือช่องทางอื่นที่ปรากฏแก่ผู้ใช้บริการในขณะสมัครใช้งานเลย ดังนั้นการจ่ายค่าธรรมเนียมเพื่อการลบข้อมูลจึงไม่ถือว่าเป็นข้อจำกัดการเพิกถอนความยินยอมตามสัญญาหรือกฎหมาย OPC จึงเห็นว่าค่าธรรมเนียมเพื่อการเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวเป็นการละเมิด Schedule 1 Principle 4.3.8 ของ PIPEDA อย่างไรก็ดี OPC ได้ให้ความเห็นต่อไปว่าแม้ว่าจะปรากฏว่ามีข้อสัญญาจำกัดการเพิกถอนความยินยอมโดยข้อสัญญาดังกล่าวได้กำหนดค่าธรรมเนียมในการเพิกถอนความยินยอมเหมือนในกรณีนี้โดยชอบก็ตามแต่ ก็ต้องพิจารณาตามหลักความสมเหตุสมผล (reasonableness) เช่น การให้การบอกแจ้งอย่างเหมาะสมว่าการแจ้งดังกล่าว นั้นเพียงพอ (adequacy) หรือเหมาะสมแก่เวลาหรือไม่ หรือ พิจารณาความเหมาะสมว่าค่าธรรมเนียมในการเพิกถอนความยินยอมนั้นจะส่งผลต่อเจ้าของข้อมูลในการเพิกถอนความยินยอมนั้นหรือไม่

จาก Ashley Madison Case นั้นปรากฏว่าการตีความของ OPC ก็ได้โต้แย้งว่าข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมโดยมีค่าธรรมเนียมนั้นไม่สามารถทำได้ หรืออาจกล่าวได้ว่าหาก ALM ได้มีการระบุไปใน Terms and conditions ในขณะที่ผู้ใช้บริการสมัครใช้บริการนั้นว่ามีข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมโดยระบุว่า การเพิกถอนความยินยอมนั้นเจ้าของข้อมูลจะต้องเสียค่าธรรมเนียม ข้อความดังกล่าวอาจถือว่าเป็นข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมตามข้อสัญญาได้ (contractual restriction)

#### 4. ความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การเพิกถอนความยินยอมและข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมที่ปรากฏในกฎหมายไทย: พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

##### 4.1 ความยินยอมโดยทั่วไป

ความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นฐานความชอบด้วยกฎหมายเพียงฐานหลักเพื่อการเก็บรวบรวมใช้หรือประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลส่วนบุคคล โดยปรากฏเรื่องหลักความยินยอมอยู่ในหมวด 2 เรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ในส่วนที่ 1 บททั่วไป โดยระบุหลักไว้ดังต่อไปนี้

“มาตรา 19 ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะกระทำการเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนหรือขณะนั้น เว้นแต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นบัญญัติให้กระทำได้...”

ซึ่งความยินยอมตามมาตรา 19 นั้นมีลักษณะทั่วไปดังต่อไปนี้

##### 1. ลักษณะของความยินยอมนั้น

1.1 ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในการเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม<sup>65</sup> ผู้เขียนนั้นคาดว่าองค์ประกอบนี้นั้นมีอิทธิพลมาจากลักษณะความยินยอมตาม GDPR ที่กำหนดให้ความยินยอมนั้นต้องเป็นการให้ความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่มีลักษณะอิสระ (freely given) คือโดยสรุปแล้วนั้นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากความกลัวที่จะเกิดผลเสียกับตนเอง (detriment) หรือจะต้องปราศจากอิทธิพลหรือแรงกดดันจากปัจจัยภายนอก โดยที่ลักษณะของอิสระหรือ freely given นั้นสอดคล้องกับหลักความยินยอมโดยทั่วไปที่ว่าความยินยอมต้องเป็นความสมัครใจของผู้ให้ความยินยอม (Voluntary)

<sup>65</sup> มาตรา 19 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

1.2 ในการเข้าทำสัญญาหรือบริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้นๆ<sup>66</sup> บทบัญญัตินี้เป็นการแยกความยินยอมออกจากความเป็นสัญญาซึ่งกล่าวได้ว่าความยินยอมจะต้องไม่เป็นเงื่อนไขในการเกิดสัญญา

### 2. วิธีการหรือแบบของการขอความยินยอม

วิธีการขอความยินยอมนั้นโดยหลักนั้นจะต้องเป็นคำขอความยินยอมโดยชัดแจ้ง<sup>67</sup> หรือเป็นการขอความยินยอมโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความเคลือบแคลงสงสัยว่าได้มีคำขอความยินยอมดังกล่าวหรือไม่ โดยวิธีการคือทำเป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่โดยสภาพไม่อาจขอความยินยอมด้วยวิธีดังกล่าว<sup>68</sup> และการขอความยินยอมนั้นต้องแยกออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน มีแบบหรือข้อความที่เข้าถึงง่ายและเข้าใจได้ รวมทั้งใช้ภาษาที่อ่านง่าย<sup>69</sup> ทั้งนี้คณะกรรมการจะให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามแบบและข้อความที่คณะกรรมการประกาศกำหนดก็ได้

### 3. ข้อมูลเพื่อการขอความยินยอม

จะต้องแจ้งวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล และการแจ้งวัตถุประสงค์นั้นจะต้องไม่ทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ และไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>70</sup>

### 4. การให้ความยินยอมต้องเพิกถอนได้

โดยหลักนั้นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้โดยจะต้องถอนความยินยอมได้ง่าย เช่นเดียวกับการให้ความยินยอม<sup>71</sup>

### 5. ผลของการขอความยินยอมที่แตกต่างจากกฎหมายบัญญัติ

การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้จะส่งผลให้ ความยินยอมนั้นไม่มีผลผูกพันเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และไม่ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเก็บรวบรวมใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้<sup>72</sup>

## 4.2 การเพิกถอนความยินยอมและข้อจำกัดการเพิกถอนความยินยอมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

การเพิกถอนความยินยอมนั้นถูกวางหลักไว้ในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

“...เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้โดยจะต้องถอนความยินยอมได้ง่าย เช่นเดียวกับการให้ความยินยอม เว้นแต่มีข้อจำกัดสิทธิในการถอนความยินยอมโดยกฎหมายหรือโดยสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ การถอนความยินยอมย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ให้ความยินยอมไปแล้วโดยชอบตามที่กำหนดไว้ในหมวดนี้

ในกรณีที่มีการถอนความยินยอมส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องใด ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบถึงผลกระทบจากการถอนความยินยอมนั้น...”

<sup>66</sup> มาตรา 19 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

<sup>67</sup> มาตรา 19 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

<sup>68</sup> มาตรา 19 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

<sup>69</sup> มาตรา 19 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

<sup>70</sup> มาตรา 19 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

<sup>71</sup> มาตรา 19 วรรค 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

<sup>72</sup> มาตรา 19 วรรค 6 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

โดยทั่วไปนั้นการถอนความยินยอมนั้นจะต้องง่ายเช่นเดียวกับการให้ความยินยอม แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติเป็นการเฉพาะว่าการถอนความยินยอมนั้นจะมีรูปแบบเดียวกันกับการให้ความยินยอมหรือจะต้องมีข้อความใดเป็นการเฉพาะหรือไม่ โดยทั่วไปนั้นการเพิกถอนความยินยอมเป็นเรื่องที่เจ้าของข้อมูลสามารถกระทำได้โดยกฎหมายได้วางข้อยกเว้นในการเพิกถอนความยินยอมไว้โดยเฉพาะในสองประเด็นคือข้อยกเว้นในการถอนความยินยอมที่มีตามกฎหมาย หรือข้อยกเว้นในการถอนความยินยอมตามสัญญาที่ให้ประโยชน์กับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ผลของการเพิกถอนความยินยอมนั้นไม่ทำให้การเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่อาศัยความยินยอมไปก่อนหน้านี้เป็นการสิ้นผลทางกฎหมาย แต่อาจส่งผลให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่สามารถอาศัยความยินยอมที่ถูกเพิกถอนนั้นเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นต่อไปได้ นอกจากนี้การถอนความยินยอมยังก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะขอให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นทำการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านั้น ตามมาตรา 33 ในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นกระทำการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 33 นั้นสอดคล้องกับมาตรา 17 แห่ง GDPR เรื่อง Right to be forgotten<sup>73</sup> หรือสิทธิที่จะลืมอันเป็นสิทธิลักษณะใหม่ที่ปรากฏใน GDPR อย่างไรก็ดีในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ปรากฏว่าความยินยอมนั้นไม่สามารถเพิกถอนได้ในบางกรณี คือ

1. มีข้อจำกัดสิทธิในการถอนความยินยอมโดยกฎหมาย
2. มีข้อจำกัดสิทธิในการถอนความยินยอมโดยสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ทั้งนี้ข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่เดิมนั้นเมื่อพิจารณา ร่างกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ...<sup>74</sup> ซึ่งปรากฏว่ามีข้อจำกัดสิทธิในการเพิกถอนความยินยอมในลักษณะดังกล่าวเช่นกันโดยในแต่ละร่างกฎหมายนั้นได้บัญญัติเหมือนกันว่า

“...เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะเพิกถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้ เว้นแต่มีกฎหมายหรือสัญญาใดจำกัดสิทธิในการเพิกถอน หรือผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลไม่ปรากฏชื่อหรือสิ่งบอกลักษณะที่ทำให้รู้ตัวเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว ทั้งนี้ในกรณีที่การเพิกถอนความยินยอมส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องใด ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงผลกระทบจากการเพิกถอนความยินยอมนั้น.”<sup>75</sup>

จะเห็นได้ว่าตามร่างกฎหมายฉบับเก่านั้นปรากฏเรื่องข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล 3 ประการ คือ 1. ปรากฏข้อกำหนดจำกัดสิทธิ 2. ปรากฏข้อสัญญาจำกัดสิทธิและ 3. ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลไม่ปรากฏชื่อหรือสิ่งบอกลักษณะที่ทำให้รู้ตัวเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว ซึ่งในกรณี สุดท้ายผู้เขียนเห็นว่าเป็นเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นที่ต้องบัญญัติเนื่องจากหากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่ปรากฏชื่อหรือสิ่งบอกลักษณะที่ทำให้รู้ตัวเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว ข้อมูลในลักษณะดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคล อย่างไรก็ตามข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้นกำหนดเพียงสองกรณีตามมาตรา 19 คือมีข้อจำกัดความยินยอมตามสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และตามกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ามาตรา 19 นั้นได้เพิ่ม “ข้อจำกัดความยินยอมตามสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” เข้ามาโดยแต่เดิมนั้นเพียงข้อกำหนดตามสัญญาก็สามารถจำกัดการเพิกถอนความยินยอมได้ ทั้งนี้”

<sup>73</sup> Regulation(EU) 2016/679 Article 17,1(b)

<sup>74</sup> ผู้เขียนพิจารณาเฉพาะร่างกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ....ที่ได้มีการพิจารณาในสภาผู้แทนราษฎรตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552 จวบจนพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ที่ได้มีการบังคับใช้ในปัจจุบัน

<sup>75</sup> ข้อความในลักษณะดังกล่าวนี้ปรากฏในร่างกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... ซึ่งมีการเสนอเข้าสภาผู้แทนราษฎรในปี 2552 และในปี 2556 ค้นหาเพิ่มเติมใน “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ...” (2552), สืบค้นเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2562, จาก <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/299560> และ “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ...” (2556), สืบค้นเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2562, จาก <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/330355>

สัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล”ซึ่งข้อความดังกล่าวนั้นเอื้อให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินได้ว่าข้อสัญญาใดที่ถือว่าเป็นสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูล และข้อสัญญาใดที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

## 5. วิเคราะห์ข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

### 5.1 ข้อจำกัดการถอนความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับหลักความยินยอมโดยทั่วไป

อันเนื่องมาจากความยินยอมนั้นต่างจากการแสดงนิติกรรมใน 2 ประเด็น ทั้งเรื่องลักษณะของความยินยอมที่เพิกถอนได้ทุกขณะ และเรื่องความสามารถในการแสดงความยินยอม ในเรื่องของความสามารถในการทำนิติกรรมนั้น นิติกรรมต้องการความสามารถในการทำนิติกรรม เช่น ผู้เยาว์อาจทำนิติกรรมบางอย่างไม่ได้ ในขณะที่ความสามารถเพื่อความยินยอมนั้นมีลักษณะกว้างกว่าความสามารถเพื่อทำนิติกรรมเนื่องจากความสามารถเพื่อความยินยอมนั้นผู้ให้ความยินยอมเพียงรู้และเข้าใจผลของความยินยอมก็เพียงพอแล้ว

ความยินยอมนั้นควรเพิกถอนได้เนื่องจากลักษณะทั่วไปของความยินยอมนั้นจะเห็นได้ว่าความยินยอมนั้นมีลักษณะพิเศษที่แยกออกต่างหากจากการทำนิติกรรมหรือการแสดงเจตนาทำนิติกรรม เนื่องจากการแสดงเจตนายินยอมนั้นเป็นการแสดงเจตนาที่สามารถเพิกถอนได้ และ*ไม่ควร*มีข้อจำกัดการถอนความยินยอม เนื่องจากลักษณะพิเศษของความยินยอมที่ครอบคลุมในหลายๆเรื่อง อย่างเช่น การแสดงเจตนายินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ หรือ การแสดงความยินยอมทางการแพทย์ ถ้าความยินยอมนั้นเป็นการแสดงเจตนาที่เข้าลักษณะของนิติกรรมหรือสัญญาแล้ว การถอนความยินยอมย่อมจะต้องปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาด้วยขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยทั่วไปที่ครอบคลุมไม่ว่าจะเรื่องการมีเพศสัมพันธ์หรือการยินยอมให้ทำร้ายร่างกาย หากผู้ให้ความยินยอมนั้นได้ให้ความยินยอมไปเพื่อการดังกล่าว เช่น นางสาว A ยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์กับ นาย B แต่ต่อมากลับไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์แล้วจึงบอกถอน ถ้าความยินยอมเป็นเรื่องที่ไม่สามารถเพิกถอนได้ความยินยอมของนางสาว A ก็ยังคงอยู่ตลอดไป หรือในการให้การรักษาทางการแพทย์นั้น หากปรากฏต่อมาว่าคนไข้ต้องปฏิเสธการรักษาแต่หากความยินยอมนั้นเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือสัญญาแล้วการถอนการแสดงเจตนาที่ยินยอมเป็นเรื่องที่ยากจะกระทำเนื่องจากเจตนาที่ได้ส่งไปแล้วจะสิ้นผลก็ต่อเมื่อมีการเพิกถอนการแสดงเจตนา ก่อนหรือพร้อมกับการแสดงเจตนา<sup>76</sup> ดังนั้นโดยสรุปแล้วการแสดงเจตนาเพื่อความยินยอมนั้นโดยหลักของความยินยอมนั้นเป็นคนละประเภทกับการแสดงเจตนาเพื่อนิติกรรมและควรแยกความยินยอมออกจากสัญญา ทั้งนี้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของทางเลือกอย่างอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

### 5.2 ข้อจำกัดการถอนความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

เนื่องจากความยินยอมที่ถูกใช้เพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีฐานความคิดจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีอำนาจในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของตนเอง (control) เป็นผลให้ความยินยอมไม่ได้ถูกมองว่าเป็นเพียงการแสดงเจตนาเพียงครั้งเดียวแล้วจบสิ้นไป แต่ความยินยอมนั้นกลับถูกมองว่าเป็นอำนาจของเจ้าของข้อมูลที่จะควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่คงอยู่ตลอดเวลา (on-going act)<sup>77</sup> ดังนั้นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนความยินยอมได้ทุกเมื่อ ในทางกลับกันหากเจ้าของข้อมูลนั้นปราศจากอำนาจที่จะเพิกถอนความยินยอมก็เท่ากับว่าเมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ให้ความยินยอมไปแล้วย่อมส่งผลให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสูญเสียอำนาจในการควบคุมข้อมูลอันเกี่ยวเนื่องกับตนเอง

<sup>76</sup> มาตรา 169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>77</sup> Barrigar, Jennifer and Kerr, Ian R. and Burkell, Jacquelyn, “Let's Not Get Psyched Out of Privacy: Reflections on Withdrawing Consent to the Collection, Use and Disclosure of Personal Information,” *Canadian Business Law Journal*, Vol. 44. (2006), p.58.



### 5.3 ข้อจำกัดการถอนความยินยอมใน GDPR และ PIPEDA : อิทธิพลต่อประเทศไทย

จากที่กล่าวไปในหัวข้อข้างต้นจะเห็นได้ว่าเรื่องข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมตาม GDPR และ PIPEDA นั้นมีความแตกต่างกันอย่างมาก โดยใน GDPR นั้นไม่ปรากฏเรื่องข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมเอาไว้เลย ซึ่งผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า GDPR ได้กำหนดฐานความชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (lawfulness of processing)<sup>78</sup> ไว้หลายฐาน โดยที่ฐานความชอบด้วยกฎหมายที่มีบทบาทในการแสดงเจตนาของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองนั้นได้แก่เรื่องของความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (consent) และเรื่องของสัญญา (contract) โดยในเรื่องของสัญญานั้นมีเงื่อนไข คือ การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือเข้าทำสัญญา (necessary for the performance of a contract or entering into a contract) โดย GDPR นั้นพยายามให้ความสำคัญในการแยกความยินยอมออกจากสัญญา โดยวางหลักว่าความยินยอมเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นความยินยอมที่ไม่ถือว่ามึลักษณะของการให้ความยินยอมโดยอิสระ (freely given)<sup>79</sup> ดังนั้นในแง่หนึ่งหาก GDPR นั้นกำหนดเงื่อนไขเรื่องข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมเช่นเดียวกับ PIPEDA ก็อาจส่งผลให้เรื่องของสัญญาเข้ามามีอิทธิพลเหนือความยินยอมได้ เนื่องจากการกำหนดให้การเพิกถอนความยินยอมนั้นสามารถยกเลิกได้โดยสัญญา ซึ่งกรณีนี้ต่างจาก PIPEDA ซึ่งกำหนดให้ความยินยอมนั้นเป็นฐานความชอบด้วยกฎหมายประการเดียวในการเก็บรวบรวม ใช้หรือประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล แต่กลับปรากฏข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมที่สามารถมีได้ตามกฎหมายหรือสัญญา<sup>80</sup>

ข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของประเทศไทยนั้นปรากฏข้อจำกัดในการถอนความยินยอมไว้ในบางกรณี ผู้เขียนคาดว่าข้อจำกัดดังกล่าวนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมาย PIPEDA เรื่อง “การถอนความยินยอมนั้นไม่สามารถทำได้ภายใต้ข้อจำกัดทางกฎหมาย หรือตามสัญญา” ซึ่งปรากฏว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยอย่างมาก แต่อย่างไรก็เมื่อเปรียบเทียบกับใน PIPEDA นั้นปรากฏเรื่อง “ผู้ควบคุมข้อมูลหรือองค์กรนั้นจะต้องมี การบอกแจ้งอย่างเหมาะสม (reasonable notice) เกี่ยวกับเรื่องข้อจำกัดในการถอนความยินยอมดังกล่าว” ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สำหรับกฎหมายไทยนั้นไม่ปรากฏเรื่องการบอกแจ้งถึงข้อจำกัดในการถอนความยินยอมไว้เสียก่อน มีเพียงหลักที่ระบุว่า ในกรณีที่การถอนความยินยอมส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องใด ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบถึงผลกระทบจากการถอนความยินยอมนั้น ซึ่งต่างจากเรื่องการแจ้งถึงข้อจำกัดในการถอนความยินยอมเนื่องจากการบอกแจ้งอย่างเหมาะสม (reasonable notice) ข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอม เป็นการให้ข้อมูล (informed) เจ้าของข้อมูลว่าหากเจ้าของข้อมูลได้ให้ความยินยอมเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นๆ อาจส่งผลกระทบต่ออำนาจในการควบคุมข้อมูลของตน เนื่องจากในบางกรณีนั้นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอาจไม่สามารถถอนความยินยอมได้

จาก Ashley Madison Case ที่สืบสวนโดย OPC แม้ว่าจะมีการสรุปว่าค่าใช้จ่ายเพื่อการเพิกถอนความยินยอมนั้นไม่ถือว่าเป็นข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมโดยข้อสัญญา (contractual restriction) ก็ตามแต่ OPC ได้ให้ความเห็นในทางกฎหมายต่อไปว่าข้อกรณีดังกล่าวนี้ อาจถือเป็นข้อจำกัดตามข้อสัญญาได้ ถ้าหากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปปรากฏข้อความเกี่ยวกับข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมในเวลาที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้เข้าสมัครเป็นสมาชิก หรือ อาจกล่าวได้ว่ามีการให้ข้อมูลเรื่องดังกล่าวในเวลาที่เจ้าของข้อมูลได้ให้ความยินยอม ซึ่งสอดคล้องกับหลักเรื่องการให้การบอกแจ้งอย่างเหมาะสม (reasonable notice) อย่างไรก็ตามข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมของ PIPEDA โดยอาศัยข้อสัญญานั้นอาจเป็นปัญหาได้เนื่องจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลส่วนใหญ่ นั้นเป็นเพียงผู้บริโภคที่ไม่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจในขณะที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนใหญ่ นั้นมักเป็นผู้ประกอบการที่มี

<sup>78</sup> Regulation (EU) 2016/679 Article 6(1).

<sup>79</sup> Regulation (EU) 2016/679 Article 7(4).

<sup>80</sup> PIPEDA Sch1, Principle 4.3.8.

อำนาจในการกำหนดข้อสัญญาซึ่งอาจทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในการกำหนดข้อจำกัดเพื่อการเพิกถอนความยินยอมซึ่งอาจส่งผลให้ไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของข้อมูล<sup>81</sup>

ในขณะที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้นได้รับอิทธิพลอย่างมากจาก General Data Protection Regulation หรือ GDPR ทั้งในเรื่องความยินยอมโดยทั่วไปและการเพิกถอนความยินยอม พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยในกฎหมายไทยเองก็มีข้อกำหนดในการเก็บรวบรวม<sup>82</sup> ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลโดยปราศจากความยินยอม<sup>83</sup> ตามกฎหมายได้โดยอาศัยสัญญา ได้เช่นเดียวกับที่ระบุไว้ใน GDPR แต่ GDPR นั้นสามารถเพิกถอนความยินยอมได้โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมจากสัญญาหรือจากข้อกำหนด เนื่องจากฐานความชอบด้วยกฎหมายเพื่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลแต่ละฐานนั้นควรแยกออกจากกันและไม่ควรนำมาปะปนกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเรื่องของการทางเลือก (choice) ของเจ้าของข้อมูลที่จะเลือกอย่างอิสระ ในขณะที่เรื่องของสัญญานั้นเป็นเรื่องของความจำเป็นเพื่อปฏิบัติตามสัญญา (necessary) ดังนั้นฐานความชอบด้วยกฎหมายทั้งสองฐานควรจะแยกออกจากกันให้ชัดเจน ซึ่งต่างจาก PIPEDA ที่กำหนดให้ความยินยอมเป็นเพียงฐานความชอบด้วยกฎหมายหนึ่งเดียวในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

5.4 ข้อจำกัดการถอนความยินยอมในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมนั้นมีในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ทั้งสิ้น 2 กรณี คือ

5.4.1 มีข้อจำกัดการเพิกถอนความยินยอมทางกฎหมาย จากการใส่ข้อความดังกล่าวข้างต้นจึงอาจทำให้การเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวมีซึ่งข้อความกว้างขวางเปิดโอกาสให้ข้อจำกัดทางกฎหมายนั้นสามารถเป็นกฎหมายระดับใดก็ได้ เช่น กฎกระทรวง ประกาศ ซึ่งกฎหมายลำดับรองนั้นเป็นกฎหมายที่รัฐสภาไม่สามารถพิจารณาเรื่องขอบเขตและอำนาจได้ ซึ่งการจำกัดการเพิกถอนความยินยอมที่มีโดยอาศัยกฎหมายนั้นอาจส่งผลให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

5.4.2 มีข้อจำกัดการเพิกถอนความยินยอมตามสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งกรณีนี้อาจมีข้อพิจารณา ได้แก่ “ข้อสัญญาที่ให้ประโยชน์กับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” แม้ถ้อยคำดังกล่าวนี้จะเพิ่มเติมมาเพื่อเอื้อให้ศาลมีอำนาจดุลยพินิจโดยถ้อยคำดังกล่าวนี้ อาจสามารถจัดปัญหาเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (unfair terms) ซึ่งต่างจาก PIPEDA แต่อีกนัยหนึ่งถ้อยคำดังกล่าวมีลักษณะกว้างขวางและก่อให้เกิดคำถามว่าสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นสัญญาประเภทใด เช่น หากเป็นกรณี Social media ให้บริการโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนแต่ผู้ให้บริการนั้นเก็บใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามความยินยอมโดยมีข้อจำกัดการเพิกถอนข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอยู่หรือไม่อย่างไร

นอกจากนี้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้นมีความพยายามที่จะแยกเรื่องความยินยอมเพื่อการเก็บรวบรวมใช้หรือประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ให้ออกจากฐานความชอบด้วยกฎหมายเรื่องสัญญาในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ดังจะเห็นได้จากมาตรา 19 วรรค 4 ที่วางหลักว่า *ในการเข้าทำสัญญาหรือบริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย*

<sup>81</sup> Guanru Liu, “THE INFORMATION ERA THREATENS PRIVACY: A Comparative Study of Electronic Money’s Privacy Policies and Privacy Laws,” (A thesis Master of Laws, Queen’s University Kingston, 2011), p.49.

<sup>82</sup> มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

<sup>83</sup> มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ<sup>84</sup> ดังนั้นการมีข้อจำกัดในการเพิกถอนความยินยอมโดยอาศัยข้อสัญญานั้นอาจเป็นปัญหาได้

### บทสรุป

ความยินยอมตามกฎหมายนั้นเป็นการแสดงเจตนาโดยผู้ให้ความยินยอมที่สามารถเพิกถอนได้ซึ่งเมื่อพิจารณาในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในต่างประเทศก็ได้มีการกำหนดให้ความยินยอมนั้นเจ้าของข้อมูลสามารถเพิกถอนได้โดยไม่มีข้อจำกัดการเพิกถอนความยินยอมตามกฎหมายหรือตามสัญญาดังจะเห็นได้จาก GDPR ที่เป็นต้นแบบการร่างกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งเรื่องของความยินยอมที่ถอนได้นั้นก็สอดคล้องกับลักษณะทั่วไปของความยินยอมที่ได้กล่าวมาข้างต้น เนื่องด้วยสิทธิในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นเรื่องของอำนาจในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้นเรื่องความยินยอมจึงเป็นหัวใจสำคัญของการให้ความยินยอม และกระบวนการหลังการให้ความยินยอมอย่างการเพิกถอนความยินยอมก็เป็นเครื่องมือที่บ่งบอกว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นยังมีอำนาจในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองอยู่ แม้นั้นจะให้ความยินยอมไปก่อนแล้วดังนั้นการจำกัดการเพิกถอนความยินยอมด้วยข้อกำหนดหรือแม้กระทั่งข้อสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจเป็นการจำกัดอำนาจในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูล นอกจากนี้ยังเป็นการกีดกร่อนลักษณะความยินยอมที่พึงมีอีกนัยหนึ่งด้วย

<sup>84</sup> มาตรา 19 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา. ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา  
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 . กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
2560.

ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควร.  
กรุงเทพมหานคร : บริษัท มีสมบัติ จำกัด, 2548.

พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2509.  
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยมิตรการพิมพ์, 2509.

ศนันท์กรณ โสติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้ ,พิมพ์ครั้งที่ 7.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

### วิทยานิพนธ์

กมลชัย รัตนสากวงศ์ “ความยินยอมในกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.

สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของตัวแทนผู้ป่วย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

อำนาจ บุษปามาต, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิจัยมนุษย์.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

### BOOKS

Andreas Müller and Peter Schaber. The Routledge Handbook of the Ethics of Consent. (Routledge  
Handbooks in Applied Ethics) Taylor and Francis. Kindle Edition.

Eleni Kosta, Consent in European Data Protection Law. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Heuston R.F.V.& Buckley R.A., Salmond and Heuston on the Law of Torts, 20 ed .London : sweet &  
Maxwell LTD, 1992.

Hockton, A. The law of consent to medical treatment. London : Sweet & Maxwell, 2001.

Linda Faber Post, Jeffrey Blustein, and Nancy Neveloff Dubler, Handbook for Health Care Ethics  
Committees, Maryland : The John Hopkins University Press , 2007.

Rogers W. V.H, Winfield and Jolowicz on Tort, 12ed. London : sweet & Maxwell, 1984.

## THESIS

D.C.J. van Casteren “Consent now and then.” Law & Technology Tilburg University,2017.  
<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=143636>, 9 May 2019.

Guanru Liu, “THE INFORMATION ERA THREATENS PRIVACY : A Comparative Study of Electronic Money’s Privacy Policies and Privacy Laws” A thesis Master of Laws,Queen’s University Kingston, 2011.

## ARTICLES

Barrigar, Jennifer and Kerr, Ian R. and Burkell, Jacquelyn, “Let’s Not Get Psyched Out of Privacy: Reflections on Withdrawing Consent to the Collection, Use and Disclosure of Personal Information”,Canadian Business Law Journal, Vol. 44.(2006).

Daniel J. Solove,“Privacy Self-Management and the Consent Dilemma” Harvard Law Review 1880, (November 4, 2012) : 1880-1903

Roger Brownsword,“The Cult of Consent: Fixation and Fallacy”, King's Law Journal,

## ELECTRONIC MEDIA

Article 29 Data protection Working Party(2011) “Opinion 15/2011 on the definition of consent.”  
[https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf), May 3, 2019.

Article 29 Data protection Working Party,“Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc\\_id=51030p8](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030p8), May 8, 2019.

Privacy Commissioner of Canada, “PIPEDA Review Discussion Document Protecting Privacy in an Intrusive World.” [https://www.priv.gc.ca/media/1312/pipeda\\_review\\_060718\\_e.pdf](https://www.priv.gc.ca/media/1312/pipeda_review_060718_e.pdf), May 3, 2019.

Privacy Commissioner of Canada(2018) ,“Guidelines for obtaining meaningful consent.” [https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/collecting-personal-information/consent/gl\\_omc\\_201805/](https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/collecting-personal-information/consent/gl_omc_201805/). May 3, 2019.

United States. Federal Trade Commission. (1998). “Privacy online: a report to Congress. Washington, D.C. TheCommission.” [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/exploring-privacy-roundtable-series/priv-23a\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/exploring-privacy-roundtable-series/priv-23a_0.pdf). May 3, 2019.

## การปรับปรุงการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บนพื้นฐานวัฒนธรรมที่มีชีวิต ตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003

เกวลิน ต่อปัญญาชาญ\*

### บทคัดย่อ

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นวัฒนธรรมที่ไม่มีรูปร่าง หรือไม่ใช่วัฒนธรรมที่แสดงออกในรูปแบบของวัตถุ เช่น อาหาร การแสดง เพลง ภูมิปัญญาการแพทย์ การกีฬา เป็นต้น ซึ่งวัฒนธรรมประเภทนี้มีคุณค่าแสดงให้เห็นถึงประวัติศาสตร์ ความเฉลียวฉลาดของบรรพบุรุษ เป็นเอกลักษณ์ของชาติ และชุมชน รวมทั้งนำมาซึ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจำนวนมาก ปัจจุบันในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของไทยมีมาตรการในการส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยการขึ้นทะเบียน เพื่อการจัดหามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาวัฒนธรรมแต่ละรายการที่ขึ้นทะเบียน ทั้งนี้มีการอภิปรายและข้อวิจารณ์จำนวนมากว่ามาตรการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยการขึ้นทะเบียนจะทำให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หยุดการสร้างสรรค์ และการพัฒนา ประกอบกับการให้คุณค่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อยู่ที่การที่วัฒนธรรมยังคงอยู่และถูกใช้ในวิถีชีวิต เพื่อรองรับการประยุกต์ ถ่ายทอด สืบสานและส่งต่ออย่างรุ่นต่อไปอันเป็นทุนทางวัฒนธรรมของลูกหลาน การแข่งขันวัฒนธรรมจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการอนุรักษ์ การขึ้นทะเบียนรายการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงควรสอดคล้องกับหลักการความเป็นพลวัตของวัฒนธรรม ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 อันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นวัตถุแห่งการรักษาโดยตรง ปรากฏหลักการที่แสดงให้เห็นถึงหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ที่สามารถนำมาปรับใช้กับการขึ้นทะเบียนตามกฎหมายไทยอันส่งผลให้วัฒนธรรมไม่หยุดนิ่ง อันเป็นผลดีต่อการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บนพื้นฐานวัฒนธรรมที่มีชีวิต

### คำสำคัญ

การขึ้นทะเบียน มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003

### ABSTRACT

Intangible cultural heritage is culture that haven't shape or objects such as food, performances, music, medical wisdom, sports, etc.. Intangible cultural heritage is history, ancestral intelligence, national and community identity and economic benefits. Currently in international law and Thai laws have measures to promote and safeguard intangible cultural heritage by registration. But there are many discussions and criticisms that the registration is the cause of the intangible cultural heritage to stop creation and development. Value of intangible cultural heritage does not remains but is using in the way of life to support the application of inherited and forwarded to the next generation. Freezing culture isn't appropriate for Intangible cultural heritage safeguarding so registration of intangible cultural heritage items should be consistent with the principles of culture of life. According to Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural

\* นักศึกษาดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

Heritage 2003, an international law in which intangible cultural heritage is an object for safeguarding. Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003 have principles which can be adapted to culture of life of intangible cultural heritage Thai law registration which is good for the safeguarding of this intangible cultural heritage based on living culture.

**Keywords**

registration, intangible cultural heritage, The Promotion and Safeguarding of Intangible Culture Heritage Act, BE 2559, Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003



### มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นวัฒนธรรมที่มีชีวิต

เมื่อกล่าวถึงมรดกทางวัฒนธรรมแต่เดิมมรดกทางวัฒนธรรมไม่สามารถแยกออกจากผลิตภัณฑ์ หรือวัตถุที่จับต้องได้ เพราะวัตถุเหล่านั้นมีเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิต และแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของมนุษย์ ต่อมาแนวคิดที่นำไปสู่สาระสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมว่าไม่เพียงแต่ผลผลิต หรือวัตถุที่จับต้องได้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงองค์ประกอบที่จำเป็นซึ่งแสดงให้เห็นถึงวัฒนธรรมที่เป็นการดำรงชีวิตของสังคมมนุษย์อันมีความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมของพวกเขา และพวกเขาเหล่านั้นเองได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้มรดกทางวัฒนธรรมย่อมไม่เฉพาะวัตถุเท่านั้น แต่รวมถึงองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญทั้งหมดของชุมชนที่ใช้ในการแสดงตัวตน เอกลักษณ์ และความโดดเด่นแตกต่างจากชุมชนอื่น<sup>1</sup> วัฒนธรรมอันเป็นองค์ประกอบที่แสดงให้เห็นถึงการดำรงชีวิตนี้ จึงอาจเป็นองค์ความรู้ ทักษะ ข้อมูล กระบวนการ แนวปฏิบัติที่ไม่จำเป็นต้องแสดงออกมาในรูปแบบของวัตถุ หรือในบางกรณีอาจมีผลลัพธ์ที่แสดงให้เห็นในรูปแบบของวัตถุก็ได้ วัฒนธรรมลักษณะนี้ เรียกว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งมีกระบวนการพัฒนาจากเวลา หรือการใช้ โดยมีความสามารถในการปรับเปลี่ยน และมีความก้าวหน้าได้ตลอดเวลา<sup>2</sup>

มรดกทางวัฒนธรรมจึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ มรดกทางวัฒนธรรมประเภทวัตถุ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ เช่น อนุสาวรีย์ อาคารสถาปัตยกรรม และวัตถุต่างๆ เป็นต้น และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น ภาษา นิทาน การละเล่น การแสดง กีฬา เพลง พิธีกรรม อาหาร การทอผ้า ลวดลายผ้า ความรู้เกี่ยวกับยารักษาโรค ความรู้เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การใช้สมุนไพร งานช่างต่าง ๆ เครื่องประดับ ฯลฯ เป็นต้น<sup>3</sup> ซึ่งลักษณะและการให้คุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรมแต่ละประเภทที่มีความแตกต่างกันนำมาสู่มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่แตกต่างกันระหว่างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

เมื่อพิจารณามรดกทางวัฒนธรรมประเภทวัตถุ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ คุณค่าทางวัฒนธรรมของมรดกที่จับต้องได้ถูกกำหนดโดยการเปลี่ยนแปลงที่จำเพาะเจาะจงของบริบททางประวัติศาสตร์ อาศัยความแท้ของสถานที่ที่เป็นมรดกวัฒนธรรมนั้นก็จะถูกกำหนดไว้อย่าง “ตายตัว” ณ ห้วงเวลาใดเวลาหนึ่ง เมื่อชุมชนระหว่างประเทศตัดสินใจที่จะให้มันกลายเป็นวัตถุที่ได้รับการสงวนรักษา เป้าหมายก็คือการทำให้สถานะมั่นคงที่ในห้วงเวลาที่มีความแน่นอนห้วงหนึ่ง เพื่อจะได้สงวนรักษามันไว้เพื่อประโยชน์ของคนรุ่นอนาคต ดังนั้นมาตรการในการคุ้มครอง (protection) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้จึงมุ่งเน้นที่การรักษาไว้ซึ่งความคงเดิม เช่น การบูรณปฏิสังขรณ์ โบราณสถานให้คงสภาพเดิมมากที่สุด การเก็บรักษาวัตถุโบราณเพื่อป้องกันการถูกทำลาย หรือสูญหายไว้ที่พิพิธภัณฑ์ เป็นต้น<sup>4</sup>

ในทางตรงกันข้ามมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกวัฒนธรรมที่มีพลวัตนี้ ถูกสร้างสรรค์ขึ้นใหม่อยู่ตลอดเวลาผ่านวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของผู้สร้าง หรือผู้ถือครองภูมิปัญญาในมรดกทางวัฒนธรรมนั้น และสภาพแวดล้อม มาตรการทางกฎหมายในการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของการปกป้องวัฒนธรรมอย่างมีชีวิต (Culture of Life) ที่วัฒนธรรมนั้นยังคงมีความสามารถในการปรับเปลี่ยน หรือพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อม วิถีชีวิต และความต้องการของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองภูมิปัญญาที่ถือว่าวัฒนธรรมเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงตัวตน และอัตลักษณ์ของตนได้ต่อไป

<sup>1</sup> Federico Lenzerini, Intangible Cultural Heritage : The Living Culture of Peoples, *European Journal of International Law*, Volume 22 Issue 1, (February 2011), p.101

<sup>2</sup> Chiara Bortolotto, From Objects to Processes : Unesco’s “Intangible Cultural Heritage,” *Journal of Museum Ethnography* 19, (March 2007), p.21.

<sup>3</sup> ราศรี บุรุษรัตนพันธุ์, มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้คืออะไร และมีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของกรมศิลปากรอย่างไรบ้าง, *นิตยสารศิลปากร*, ฉบับที่ 5, ปีที่ 54, น.115 – 117.

<sup>4</sup> เฟเดอริโก เลนเซอร์นินี่, มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม วัฒนธรรมมีชีวิตของกลุ่มชน, ใน *มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ: บทเรียนจากเพื่อนบ้าน*, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร องค์การมหาชน, 2560), น.44

โดยการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บนพื้นฐานของวัฒนธรรมที่มีชีวิตนี้ได้รับการสนับสนุนจากทฤษฎีที่สำคัญ คือ ทฤษฎีวิวัฒนาการทางสังคมและวัฒนธรรม (Evolutionary Theory) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่นำทฤษฎีวิวัฒนาการของสิ่งมีชีวิตของชาร์ลส์ ดาร์วิน (Charles Dawin ค.ศ.1809 - 1882) ตามหลักการ “การคัดเลือกตามธรรมชาติ” (Natural Selection) มาปรับใช้กับการศึกษาวัฒนธรรม<sup>5</sup> โดยมีหลักการของการเลือกทางวัฒนธรรมที่ว่า วัฒนธรรมจะปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อมทางนิเวศวิทยาและสภาพแวดล้อมของท้องถิ่น ซึ่งคล้ายคลึงกับการคัดเลือกโดยธรรมชาติ อันเป็นเหตุผลที่วัฒนธรรมต้องเปลี่ยนแปลงไปก็เพราะต้องปรับให้เหมาะสมกับสภาพใหม่ที่เกิดขึ้น ส่งผลให้วัฒนธรรมยอมเปลี่ยนแปลงไปตามเงื่อนไข และกาลเวลา เมื่อมีการประดิษฐ์ ค้นพบสิ่งใหม่ หรือวิธีใหม่ เพราะสามารถนำมาใช้ในการแก้ปัญหา และตอบสนองความต้องการของสังคมได้ดีกว่ายอมทำให้สมาชิกเกิดความนิยม และในที่สุดอาจเลิกวัฒนธรรมดั้งเดิม

ดังนั้นการจะรักษาไว้ซึ่งวัฒนธรรมเดิมไว้ได้จำเป็นต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หรือพัฒนาวัฒนธรรมนั้นให้เหมาะสมมีประสิทธิภาพตามยุคสมัย<sup>6</sup> การปกป้องอย่างคงสภาพจึงไม่ตอบสนองต่อลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ต้องการปรับตัว เปลี่ยนแปลง และพัฒนาอยู่ตลอดเวลาซึ่งการปรับตัว เปลี่ยนแปลง และพัฒนาอาจเกิดจากสภาพแวดล้อม หรือเกิดจากผู้ถือครองวัฒนธรรม<sup>7</sup> ตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อันเป็นผลมาจากสภาพแวดล้อม เช่น การแต่งกายที่เปลี่ยนไปตามยุคสมัย ก็พามวยไทยที่มีการดัดแปลงเพื่อนำมาใช้ในการออกกำลังกาย หรือตัวอย่างวัฒนธรรมการกินของไทย เดิมการทำต้มยำกุ้งซึ่งเป็นอาหารที่มีชื่อเสียงของไทยจะใช้กุ้งแม่น้ำ แต่ปัจจุบันกุ้งแม่น้ำหายากจึงใช้กุ้งทะเลแทน<sup>8</sup> สำหรับอาหารไทยมีการปรับเปลี่ยนชนิดของผักไปตามฤดูกาล<sup>9</sup> หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อันเป็นผลมาจากผู้ถือครองวัฒนธรรม เช่น คนไทยเริ่มมีการรับประทานก๋วยเตี๋ยวจากการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมกับชาวจีน<sup>10</sup> เป็นต้น

ด้วยลักษณะและการให้คุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งหลักการตามทฤษฎีวิวัฒนาการทางสังคมและวัฒนธรรมส่งผลให้มาตรการทางกฎหมายเพื่อการรักษาามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จึงต้องเป็นมาตรการที่รองรับกับความเป็นพลวัตของวัฒนธรรมประเภทนี้ และอนุญาตให้วัฒนธรรมสามารถเปลี่ยนแปลงตามสภาพแวดล้อม ตามวิถีชีวิต หรือตามความต้องการของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองภูมิปัญญา

### **มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้วัตถุแห่งการสงวนรักษาตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003**

การรักษาามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต้องอยู่บนพื้นฐานที่ให้วัฒนธรรมสามารถปรับเปลี่ยน พัฒนา และปรับตัวได้ดังกล่าว ด้วยความเข้าใจเช่นนี้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 จึงบัญญัติให้ “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” หมายถึง “การปฏิบัติ การเป็นตัวแทน การแสดงออก ความรู้ ทักษะ ตลอดจนเครื่องมือ วัตถุ สิ่งประดิษฐ์ และพื้นที่ทางวัฒนธรรมอันเป็นผลจากสิ่งเหล่านั้น ซึ่งชุมชน กลุ่มชน และในบางกรณีปัจเจกบุคคลยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของตน

<sup>5</sup> Alex Mesoudi, Cultural Evolution, How Darwinian Theory Can Explain Human Culture & Synthesize the Social Sciences, (Chicago: The University of Chicago Press, 2011), p.8.

<sup>6</sup> Stefan Linquist, The Evolution of Culture: Volume IV of The Evolution of Culture, (Ashgate Publishing Company, 2010), p.11.

<sup>7</sup> Handbook for Parliamentarians N° 23, Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, (Brazil, Inter-Parliamentary Union (IPU)), 2014, p.14.

<sup>8</sup> ศรีสมร คงพันธ์, อาหารขึ้นทะเบียนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ส.ส.ส. จำกัด, 2561), น.38.

<sup>9</sup> เฝิงอ้วง, น.48.

<sup>10</sup> นันทนา ปรมาณูศิษฐ์, โอชาอาเซียน, (กรุงเทพมหานคร : มติชน), 2556, น.39.

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งเป็นสิ่งซึ่งชุมชนและกลุ่มชนสร้างขึ้นใหม่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน เป็นปฏิสัมพันธ์ของพวกเขาที่มีต่อธรรมชาติและประวัติศาสตร์ของตน และทำให้คนเหล่านั้นเกิดความรู้สึกมีอัตลักษณ์และความต่อเนื่อง”<sup>11</sup>

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะเห็นถึงการยอมรับถึงหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต เนื่องด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็น “สิ่งซึ่งชุมชนและกลุ่มชนสร้างขึ้นใหม่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน เป็นปฏิสัมพันธ์ของพวกเขาที่มีต่อธรรมชาติและประวัติศาสตร์ของตน” มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงไม่ยึดติดกับอดีตเท่านั้น แต่สามารถพัฒนาปรับปรุงได้อย่างสม่ำเสมอในปัจจุบันอย่างไม่หยุดนิ่งต่อไปในอนาคต

เมื่อวิเคราะห์ความหมายของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จึงมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

1. มีความเป็นวัฒนธรรม ความร่วมสมัย และการอาศัยอยู่ช่วงเวลาเดียวกัน ไม่ได้หมายรวมไปถึงแค่เพียงการเป็นตัวแทนของมรดกที่ได้รับสืบทอดต่อกันมาจากอดีต แต่ต้องรวมถึงวิถีที่ร่วมสมัย และธรรมเนียมการปฏิบัติเกี่ยวกับชุมชน ในความหลากหลายทางวัฒนธรรมของชนแต่ละกลุ่ม

2. ให้ความหมายครอบคลุมไปถึงสิ่งที่เกิดจากการแบ่งปันประสบการณ์จากมรดกที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งความคล้ายคลึงต่อการปฏิบัติในรูปแบบอื่น ๆ หมายถึง การที่สิ่งนั้นติดตัวมากับบุคคลต่างๆที่อพยพและเดินทางมาจากที่ต่างๆ หรือการดัดแปลงของพวกที่อพยพและตั้งถิ่นฐานในแต่ละสถานที่

3. การเป็นตัวแทนทางมรดกที่จับต้องไม่ได้เป็นพื้นฐานของความเป็นชุมชน และขึ้นอยู่กับองค์ความรู้ของแต่ละวัฒนธรรม

4. พื้นฐานความเป็นชุมชน สำหรับมรดกที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งสามารถเป็นมรดกได้ เมื่อมีการเห็นคุณค่าโดยชุมชน สังคม กลุ่มหรือปัจเจกชนต่อการสร้างสรรค์ และมีการถ่ายโอนทักษะหรือความรู้

ดังนั้นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีคนเป็นสื่อกลางในการสร้างสรรค์ พัฒนาและสืบทอด และมีใช้จำกัดเพียงแต่สิ่งที่เป็นประเพณีดั้งเดิมเท่านั้น แต่ยังเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่ยังดำเนินอยู่ในชีวิตประจำวันของคนในชุมชนที่ปฏิบัติเป็นกิจวัตรกันมาอย่างต่อเนื่อง<sup>12</sup> จึงเกิดความเคลื่อนไหวได้ในปัจจุบัน และสามารถปรับปรุง พัฒนาต่อไปได้ในอนาคต คำนิยามมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จึงนับว่าเป็นความเข้าใจลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงความเข้าใจในคุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์เมื่อมีการใช้ในวิถีชีวิตอันเป็นทุนทางวัฒนธรรมของแต่ละสังคมที่มีเอกลักษณ์แตกต่างกัน

#### **หลักการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพื่อการรองรับความเคลื่อนไหวของวัฒนธรรม**

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการรักษามาตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 เป็นวัตถุที่มีความเป็นพลวัตนำมาสู่มาตรการทางกฎหมายเพื่อรองรับหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต (culture of life) จากการศึกษาและวิเคราะห์ ผู้ศึกษาพบว่าปัจจัยสำคัญในการรักษาวัฒนธรรมไว้อย่างมีชีวิต โดยที่วัฒนธรรมสามารถปรับตัว และพัฒนาได้มีสาระสำคัญ คือ การที่วัฒนธรรมนั้นยังคงอยู่ในวิถีชีวิตของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรม และสามารถสืบสาน และส่งต่อวัฒนธรรมนั้นต่อไปได้ในอนาคต เมื่อศึกษาอนุสัญญามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2559 ปรากฏหลักการเบื้องต้นอันเป็นพื้นฐานและที่มาของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ในการรองรับการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในรูปแบบที่เป็นวัฒนธรรมที่มีชีวิต ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

<sup>11</sup> Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003, Article 2

<sup>12</sup> Heritage Foundation of Newfoundland and Labrador, “What is Intangible Cultural Heritage?,” Retrieved on June 2, 2019, from <http://www.mun.ca/ich/what is ich>.

## 1. หลักการสิทธิมนุษยชน

อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 นั้นได้นำแนวคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนมาใช้เป็นหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 โดยหลักการสิทธิมนุษยชนมีสาระสำคัญคือการเป็นสิทธิของผู้ถือครองวัฒนธรรม ส่งผลให้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 กำหนดให้รัฐสมาชิกจัดทำมาตรการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ภายในรัฐของตน<sup>13</sup> โดยการมีส่วนร่วมของปัจเจกบุคคล ชุมชน (Communities) กลุ่ม (Groups) และองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง (Relevant Nongovernmental Organizations)<sup>14</sup> ซึ่งการมีส่วนร่วม หมายถึง การที่ชุมชนเป็นศูนย์กลาง และยืนยันถึงความสำคัญของการมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันของสมาชิกในชุมชนในทุกขั้นตอนของกระบวนการสรรหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการระบุองค์ประกอบ (Element Culture) และการออกแบบมาตรการสงวนรักษา

จากการศึกษาพบว่าหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญต่อการรับประกันได้ว่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้นจะสามารถแสดงออก และมีการถ่ายทอดไปยังรุ่นต่อไปได้ จึงจำเป็นต้องให้สิทธิแก่บุคคลผู้ถือครองวัฒนธรรม ได้แก่ ชุมชน กลุ่ม หรือปัจเจกบุคคลเหล่านั้นในการเข้าถึง แสดงออก และมีบทบาทในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สิทธิในการมีส่วนร่วมเป็นสิทธิมนุษยชนที่ต้องได้รับการคุ้มครองโดยรัฐ

ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าการดำเนินมาตรการเพื่อสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรมต้องเข้ามามีส่วนร่วม เพื่อเป็นการประกันว่าการระบุองค์ประกอบ และมาตรการจะเป็นที่ยอมรับของผู้ถือครองวัฒนธรรม เพราะหากปราศจากการยอมรับของผู้ถือครองวัฒนธรรมแล้ว การสืบสาน และส่งต่อวัฒนธรรมย่อมเป็นไปได้ที่จะเกิดประสพผลสำเร็จ ประกอบกับลำพังโดยรัฐย่อมไม่อาจทราบองค์ประกอบทางวัฒนธรรม ปัญหาที่เกิดขึ้น หรือสามารถสร้างการสืบสาน และส่งต่อองค์ประกอบทางวัฒนธรรม (Culture Element) หากผู้ถือครองวัฒนธรรมไม่ประสงค์เช่นนั้น ตัวอย่างเช่น การที่รัฐประชาสัมพันธ์วัฒนธรรมเครื่องแต่งกาย แต่ปราศจากผู้สวมใส่ การสืบสาน และส่งต่อวัฒนธรรมย่อมไม่อาจประสบความสำเร็จได้ เป็นต้น ดังนั้นการให้ส่วนร่วมกับผู้ถือครองวัฒนธรรมจึงเป็นสิ่งสำคัญ และเป็นหลักการของสิทธิมนุษยชนที่รัฐต้องให้การรับรอง

## 2. หลักการสิทธิทางวัฒนธรรม

เมื่อศึกษามาตรา 2(1) ของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ที่กล่าวไว้ว่า “เพื่อให้เป็นไปตามจุดประสงค์ของอนุสัญญานี้จะมีการพิจารณาเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เท่าที่สอดคล้องกับบทบัญญัติที่มีอยู่ด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเท่านั้น”<sup>15</sup>

ดังนั้นอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จึงมีผลบังคับระหว่างประเทศในทางสิทธิมนุษยชนซึ่งทุกรัฐไม่อาจปฏิเสธได้ และเป็นผลให้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ให้การรับรองสิทธิในการกำหนดใจตนเองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน<sup>16</sup> และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม<sup>17</sup> ทำให้ผู้ถือครองวัฒนธรรมย่อมมีสิทธิในการตัดสินใจเพื่อกำหนดมาตรการต่างๆได้ด้วยตนเอง

<sup>13</sup> CONVENTION FOR THE SAFEGUARDING OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE 2003, Article 12.1

<sup>14</sup> CONVENTION FOR THE SAFEGUARDING OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE 2003, Article 1

<sup>15</sup> CONVENTION FOR THE SAFEGUARDING OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE 2003, Article 2(1)

<sup>16</sup> Handbook for Parliamentarians N° 23, Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, (Brazil, Inter-Parliamentary Union (IPU)), 2014, p.14.

<sup>17</sup> the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 15.

สิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นการรับรองให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สามารถปรับเปลี่ยนได้จากการกำหนดของผู้ถือครองวัฒนธรรม ไม่ว่าจะเหตุผลในการปรับเปลี่ยนนั้นจะมาจากสภาพแวดล้อม หรือความต้องการของผู้ถือครองวัฒนธรรม ดังนั้นสิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงเป็นสิ่งสำคัญที่รองรับการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ให้มีความสามารถในการปรับตัวให้สอดคล้องปัจจัยต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่น องค์ความรู้ในกระบวนการประกอบประชันดั้งเดิมของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปัจจุบันมีการประยุกต์โดยผู้ถือครองวัฒนธรรมด้วยการนำระบบคอมพิวเตอร์มาช่วยในการประกอบประชันแบบดั้งเดิม<sup>18</sup> การนำเครื่องปรุงใหม่ๆมาใช้ในการประกอบอาหารราชสำนักดั้งเดิมของสาธารณรัฐเกาหลี<sup>19</sup> เป็นต้น

### 3. หลักการสิทธิในการศึกษา

ตามอารัมภบทของอนุสัญญาได้กล่าวว่าในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างความตระหนักถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมาตรา 21 ประกอบมาตรา 24 กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการในด้านการศึกษา ปกป้องความตระหนัก และเสริมสร้างขีดความสามารถในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อให้มีการประกันการรับรู้ การเคารพ และส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคม ในส่วนนี้การศึกษาเรื่องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้ผู้คนเกิดความรับรู้ ตระหนักถึงคุณค่า และสามารถรักษาองค์ความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญ หรือแนวทางปฏิบัติของวัฒนธรรมนั้นไว้ได้

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการสร้างมาตรการเพื่อให้เกิดการศึกษาจึงเป็นสิ่งสำคัญในการรักษาองค์ความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญ หรือแนวทางปฏิบัติของวัฒนธรรมนั้นไว้ เพื่อให้สามารถมีองค์ความรู้ที่จะสืบสานและส่งต่อออกไป นอกจากนี้รัฐตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 รัฐยังมีหน้าที่สร้างกระบวนการให้เกิดการผลิตซ้ำ (re-creation)<sup>20</sup> การผลิตซ้ำเป็นการสงวนรักษาให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เกิดความเคลื่อนไหว และไม่สูญหายไป เมื่อวิเคราะห์ต่อไปพบว่าการศึกษาซ่อมเป็นปัจจัยสำคัญหนึ่งที่ทำให้เกิดการผลิตซ้ำซึ่งวัฒนธรรม เพราะมาตรการให้การศึกษาเป็นการสนับสนุนการเรียนรู้ เพื่อให้มีองค์ความรู้ในการนำไปใช้ประยุกต์ และพัฒนาเพื่อสืบสานและส่งต่อไปให้เกิดการผลิตซ้ำได้ในอนาคต ดังนั้นมาตรการให้การศึกษาจึงสามารถส่งเสริมการรักษาวัฒนธรรม เพื่อรองรับการพัฒนาในอนาคตได้ อันเป็นผลให้เกิดการสงวนรักษาวัฒนธรรมที่มีชีวิต

### 4. หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

การพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) คือ การพัฒนาตามความต้องการของคนในปัจจุบัน โดยไม่ส่งผลลดทอนความสามารถของคนรุ่นต่อไปในอนาคตที่จะสร้างความต้องการของตนเอง<sup>21</sup> ดังนั้นการสืบสานและส่งต่อวัฒนธรรม ไม่จำเป็นต้องส่งต่อในรูปแบบดั้งเดิมเท่านั้น หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จึงเป็นหลักการหนึ่งที่ทำให้การยืนยันถึงลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความเป็นพลวัต

เมื่อวิเคราะห์หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน การที่จะสืบสาน และส่งต่อวัฒนธรรมให้กับคนรุ่นต่อไป วัฒนธรรมนั้นต้องมีอยู่ในปัจจุบัน และตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 มีการให้ความสำคัญกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ซึ่งใกล้จะสูญหาย และต้องได้รับการสงวนรักษาอย่าง

<sup>18</sup> “Le Maitre d’Art,” Retrieved on June 2, 2019, from, [https://www.maitresdart.com/qui\\_sommes\\_nous.html](https://www.maitresdart.com/qui_sommes_nous.html).

<sup>19</sup> The Korea Foundation, *Intangible Culture Heritage : Priceless Legacies, Korean Culture & ARTS*, Volume 26, No. 3, (2012).

<sup>20</sup> Karolina Kuprecht, *Indigenous Peoples’ Cultural Property Claims Repatriation and Beyond*, (New York: Springer), 2013, p.97.

<sup>21</sup> United Nation, “Sustainable Development : From Brundtland to Rio,” Retrieved on June 2, 2019, from <http://www.un.org/wcm/webdav/site/climatechange/shared/gsp/docs>.

เร่งด่วน โดยมีการจัดทำบัญชีสำหรับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งเป็นต้องได้รับการสงวนรักษาอย่างเร่งด่วน เพราะมาตรการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ซึ่งใกล้จะสูญหายอาจมีวิธีการรักษาที่แตกต่างจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั่วไป จากการศึกษาตัวอย่างประเทศต่าง ๆ มีมาตรการเพื่อป้องกันการสูญหายของวัฒนธรรม เช่น การสำรวจของสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>22</sup> การตั้งตัวแทนผู้รับการสืบทอดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส<sup>23</sup> เป็นต้น

### 5. หลักการความหลากหลายทางวัฒนธรรม

มนุษย์แต่ละคนมีอัตลักษณ์ของตนเอง เมื่อมาอยู่ร่วมกันก็จะทำให้เกิดสังคม และอัตลักษณ์ของสังคมนั้น การอยู่ร่วมกันในสังคมที่มีขนาดใหญ่ขึ้นล้วนจำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจถึงความเป็นตัวตนของแต่ละสังคม แต่ละชุมชน หรือแต่ละกลุ่ม เพื่อที่จะสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติ ดังนั้นอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จึงมองว่าการสร้างความเข้าใจในความหลากหลายทางวัฒนธรรมของแต่ละสังคม แต่ละกลุ่ม หรือแต่ละคนว่าเป็นสิ่งที่ต้องเคารพซึ่งกันและกัน มีความเท่าเทียมกัน ด้วยหลักความหลากหลายทางวัฒนธรรมทำให้เกิดยอมรับในความหลากหลายทางวัฒนธรรม

ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่ามาตรการเพื่อรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จึงต้องสนับสนุนการสืบสาน และส่งต่อวัฒนธรรมของท้องถิ่น เช่นเดียวกับวัฒนธรรมในระดับประเทศหรือระดับภูมิภาคอย่างเท่าเทียมกัน เพราะคุณค่าของวัฒนธรรมของแต่ละสังคม ไม่สามารถประเมินค่าได้จากบุคคลภายนอก (การเคารพวัฒนธรรมในทุกระดับ) หลักการความหลากหลายทางวัฒนธรรมจึงเกิดขึ้น และมีความจำเป็นต่อการรองรับการรักษาวัฒนธรรมวัฒนธรรมที่มีชีวิต เพราะเป็นการให้โอกาสวัฒนธรรมแต่ละวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน ให้สามารถถูกเรียนรู้ พัฒนา และส่งต่อเอกลักษณ์ของตนไปสู่รุ่นต่อไป โดยไม่ปิดกั้นเฉพาะวัฒนธรรมบางวัฒนธรรมเท่านั้นที่จะมีโอกาสสืบสาน และส่งต่อ ดังนั้นทุกวัฒนธรรมย่อมสามารถสืบสาน และส่งต่ออันนำไปสู่พัฒนาการในอนาคต

โดยสรุปหลักการพื้นฐานแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 นับว่าเป็นความเข้าใจถึงลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่จะสามารถอยู่รอดได้โดยการปรับตัว และพัฒนาอย่างเหมาะสม และเข้าใจถึงคุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่จะเกิดประโยชน์เมื่อถูกนำมาใช้แตกต่างจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ การสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมเพื่อให้เป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติต่อไปจึงต้องจัดหาความสมดุลระหว่างการบันทึกองค์ประกอบทางวัฒนธรรม (Culture Element) กับความสามารถในการปรับเปลี่ยน และพัฒนาตามหลักการวัฒนธรรมที่มีชีวิต ดังนั้นการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมาตรการสงวนรักษาที่จำเป็นเพื่อให้ทราบถึงองค์ประกอบทางวัฒนธรรมอันเป็นสาระสำคัญที่ทำให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นี้เกิดคุณค่าในปัจจุบัน แต่การขึ้นทะเบียนต้องไม่ใช่การบันทึกอย่างทำให้วัฒนธรรมหยุดนิ่ง หรือดั่งวาทกรรมที่ว่าเป็นการแช่แข็งทางวัฒนธรรม (Freezing)

วิเคราะห์การขึ้นทะเบียนตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 บนพื้นฐานวัฒนธรรมมีชีวิต เปรียบเทียบกับการขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559

อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 มาตรา 11(b) กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องจำแนก และนิยามองค์ประกอบต่างๆของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีอยู่ในอาณาเขตของตน โดยการระบุงค์ประกอบอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 เปิดโอกาส

<sup>22</sup> Intangible Cultural Heritage Law of the People's Republic of China 2011, Article 27.

<sup>23</sup> Bruce F. Johnson and Peter Kilby, *Interrelations Between Agricultural and Industrial Growth*, ed. Nural Islam (New York : Wiley, 1974), p.45.

Chiara Bortolotto, *The French Inventory of Intangible Cultural Heritage : Domesticating a Global Paradigm into French Heritage Regime*, Arnika Peselmann, (Göttingen, 2013), p.276.

ให้รัฐภาคีกำหนดได้ตามความเหมาะสม และมาตรา 12 กำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดทำทะเบียนรายการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Inventory) ไว้อย่างน้อยหนึ่งรายการหรือมากกว่านั้นตามความเหมาะสมตามสภาพของตน เพื่อแสดงว่ารัฐภาคีได้มีการจำแนกเพื่อนำไปสู่กระบวนการให้มีการสงวนและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การขึ้นทะเบียนจึงเป็นหนึ่งในมาตรการที่สำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 เพื่อให้มีการจัดหามาตรการมารักษารายการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนนั้น

การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อย่างไรก็ตามในบริบทวัฒนธรรมที่มีชีวิต เมื่อวิเคราะห์ การขึ้นทะเบียนที่จะทำให้วัฒนธรรมมีความสามารถในการพัฒนา และไม่ใช้การขึ้นทะเบียนเพื่อการรักษาสภาพให้คงไว้เช่น การบันทึกข้อมูลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ การขึ้นทะเบียนจึงต้องอยู่บนหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 อันนำไปสู่มาตรการการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่มีชีวิต ซึ่งวิเคราะห์ได้ ดังนี้

### 1. วิเคราะห์การขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานหลักการสิทธิมนุษยชน

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งเป็นสิ่งซึ่งชุมชนและกลุ่มชนสร้างขึ้นใหม่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน เป็นปฏิสัมพันธ์ของพวกเขาที่มีต่อธรรมชาติ และประวัติศาสตร์ของตน และทำให้คนเหล่านั้นเกิดความรู้สึกมีอัตลักษณ์และความต่อเนื่อง ดังนั้นบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนจึงเป็นผู้สร้างสรรค์ ผู้ใช้ และผู้พัฒนา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในขณะเดียวกัน การเลือกรายการ และการระบอบองค์ประกอบของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพื่อขึ้นทะเบียน จึงต้องให้ผู้ถือครองวัฒนธรรมมีส่วนร่วม เพราะผู้ถือครองวัฒนธรรมเป็นผู้ที่ทราบถึงความสำคัญ และองค์ประกอบทางวัฒนธรรมที่แสดงถึงอัตลักษณ์ของตน หรือสังคมของตนอย่างแท้จริง ทำให้การขึ้นทะเบียนสอดคล้องกับวัฒนธรรมที่ชุมชนมีความต้องการรักษา ให้มีความสำคัญ และเป็นวัฒนธรรมที่อยู่ในวิถีชีวิตของชุมชนที่พร้อมจะใช้ ปรับเปลี่ยน พัฒนา และต่อยอดโดยบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรมอย่างแท้จริง

อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จึงมุ่งให้การคัดเลือกรายการ และการระบอบองค์ประกอบทางวัฒนธรรมเพื่อขึ้นทะเบียนมาจากผู้ถือครองวัฒนธรรมมาสู่รัฐ (bottom-up) และการที่การขึ้นทะเบียนกำหนดโดยรัฐโดยปราศจากการมีส่วนร่วมของชุมชนเป็นหนึ่งในเหตุผลของการปฏิเสธการขึ้นทะเบียนขององค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติอีกด้วย ทั้งนี้การมีส่วนร่วมถือเป็นสิทธิมนุษยชนที่ผู้ถือครองวัฒนธรรมควรได้รับซึ่งรัฐไม่อาจปฏิเสธได้

ดังนั้นการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในบริบทวัฒนธรรมที่มีชีวิตตามหลักการสิทธิมนุษยชนจึงคือ การขึ้นทะเบียนโดยการมีส่วนร่วมของผู้ถือครองวัฒนธรรม

### 2. วิเคราะห์การขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานหลักการสิทธิทางวัฒนธรรม

ลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นวัฒนธรรมที่ไม่คงสภาพ เมื่อวิเคราะห์ทฤษฎีวิวัฒนาการทางสังคมและวัฒนธรรม วัฒนธรรมย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามหลักการคัดเลือกทางวัฒนธรรมที่มีปัจจัยมาจากสภาพแวดล้อม วิถีชีวิต หรือการพัฒนาสร้างสรรค์ใหม่ๆที่เปลี่ยนแปลงไป ในมุมมองของสิทธิทางวัฒนธรรม มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ย่อมเปลี่ยนแปลงได้จากความต้องการของผู้ถือครองวัฒนธรรมด้วยเหตุผลจากสภาพแวดล้อม วิถีชีวิต หรือการพัฒนาสร้างสรรค์ใหม่ ๆ การขึ้นทะเบียนจึงไม่ได้หมายความว่าข้อมูลที่ได้รับการขึ้นทะเบียนไม่สามารถปรับเปลี่ยนได้

ดังนั้นการขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานหลักการสิทธิทางวัฒนธรรม การจัดทำรายการทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ นั้น รัฐภาคีจึงต้องทำการปรับปรุงข้อมูลให้ทันสมัยอยู่เสมอ เนื่องจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีวิวัฒนาการอย่างต่อเนื่อง ซึ่งผู้ที่มีสิทธิในการปรับเปลี่ยน คือ ผู้ถือครองวัฒนธรรมอันเป็นสิทธิทางวัฒนธรรมในการกำหนดใจตนเอง

### 3. วิเคราะห์การขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานหลักการสิทธิในการศึกษา

การที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะถูกสืบสาน และส่งต่อ เพื่อให้มีการพัฒนาต่อไป จำเป็นต้องมีองค์ความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญ หรือแนวปฏิบัติที่ได้รับการถ่ายทอดมาก่อน หลักการสิทธิในการศึกษาจึงเป็นหลักการ

สำคัญที่จะทำให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่เลือนหายไป สามารถส่งต่อ และเกิดการผลิตซ้ำซึ่งวัฒนธรรมไปสู่รุ่นต่อไปได้

การขึ้นทะเบียนที่จะสนับสนุนการเรียนรู้ตามหลักการสิทธิในการศึกษา เมื่อมีการขึ้นทะเบียนแล้วต้องมีการเผยแพร่ข้อมูลที่ขึ้นทะเบียนต่อไป โดยการเผยแพร่ข้อมูลนี้อาจเป็นการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะชนในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งการเรียนรู้ไม่ถูกจำกัดด้วยปัจจัยต่างๆหรือมีข้อจำกัดน้อย เช่น อาหาร เครื่องนุ่งห่ม เป็นต้น หรือเผยแพร่ต่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเพราะมีข้อจำกัดด้วยเหตุผลต่าง ๆ เช่น การแสดงละคร ดนตรี เป็นต้น แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ดังนั้นการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในบริบทวัฒนธรรมที่มีชีวิตตามหลักการสิทธิในการศึกษาต้องเป็นการขึ้นทะเบียนโดยการบันทึกในลักษณะเผยแพร่ หรือสามารถสืบค้นข้อมูล เพื่อให้มีการเรียนรู้ อันนำไปสู่ความสามารถในการประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมต่อไปในอนาคต

#### 4. วิเคราะห์การขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ถือเป็นทุนทางวัฒนธรรมของคนรุ่นต่อไป การบันทึกข้อมูลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ใกล้จะสูญหาย ถือเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังมีองค์ความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญ หรือแนวปฏิบัติให้คงอยู่ในสังคม รอคการฟื้นฟูให้กลับมาอยู่ในวิถีชีวิตอย่างแนบเนียนอีกครั้ง การขึ้นทะเบียนจึงเป็นส่วนหนึ่งในการประกันให้ข้อมูลของมรดกทางวัฒนธรรมนั้นไม่สูญหาย

เมื่อวิเคราะห์การขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน การขึ้นทะเบียนนอกจากเป็นการจารึกข้อมูลแล้ว การทำรายการทะเบียนแยกแยะระหว่างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั่วไป กับรายการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ใกล้จะสูญหายเป็นสิ่งที่ควรให้ความสำคัญ เพราะมาตรการเพื่อการสงวนรักษาอาจมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ใกล้จะสูญหายควรมีมาตรการเพื่อส่งเสริมให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้นกลับเข้าสู่วิถีชีวิตได้อีกครั้ง เพื่อให้ถูกใช้ และพัฒนาโดยผู้ถือครองวัฒนธรรมต่อไปได้ หากไม่สามารถฟื้นฟูได้เพราะเหตุปัจจัยที่ต่าง เช่น การสูญพันธุ์ของวัตถุศิลป เป็นต้น จึงให้มีการบันทึกข้อมูลในรายการทะเบียนโดยละเอียดต่อไป

ดังนั้นการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในบริบทวัฒนธรรมที่มีชีวิตตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนจึงควรมีการแยกบัญชีทะเบียน เพื่อรองรับมาตรการให้วัฒนธรรมสามารถสืบสาน และส่งต่อไปได้ที่แตกต่างกัน และมีการขึ้นทะเบียนเพื่อบันทึกข้อมูลหรือเรื่องราวอย่างละเอียดสำหรับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความเสี่ยงที่จะสูญหาย เพื่อรอการฟื้นฟูให้กลับมามีชีวิตอยู่ในวิถีชีวิต ถูกสืบสานส่งต่อ เพื่อการพัฒนาต่อไปได้อีกครั้ง

#### 5. วิเคราะห์การขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานหลักการความหลากหลายทางวัฒนธรรม

การขึ้นทะเบียนตามแนวคิดของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 มีขึ้นเพื่อให้รัฐจัดมาตรการที่เหมาะสมเพื่อการสงวนรักษารายการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนนั้น โดยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนไม่จำเป็นต้องเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่โดดเด่น หรือมีชื่อเสียง เพราะความสำคัญอยู่ที่การให้คุณค่าจากบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรมไม่ใช่บุคคลภายนอก และวัฒนธรรมของทุกสังคมควรได้รับการยอมรับ ส่งผลให้การขึ้นทะเบียนควรมีมาตรการที่รองรับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในทุกระดับไม่ว่าจะเป็นวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น ชุมชนเชื้อชาติ หรือระดับชาติ ทั้งนี้แม้ว่าตามสภาพความเป็นจริงการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจมีข้อจำกัด เช่น ปัจจัยด้านการเงิน บุคลากร เป็นต้น แต่ในเบื้องต้นก่อนการตัดสินใจให้ลำดับความสำคัญ ทุกลมรดกควรได้รับโอกาสในการพิจารณาให้ขึ้นทะเบียนอย่างเท่าเทียมกัน

ดังนั้นการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในบริบทวัฒนธรรมที่มีชีวิตตามหลักการความหลากหลายทางวัฒนธรรมจึงต้องเปิดโอกาสให้ทุกลมรดกที่ผู้ถือครองวัฒนธรรมเห็นว่าควรได้รับการพิจารณาสามารถถูกพิจารณาเพื่อการขึ้นทะเบียนได้อย่างเท่าเทียมกันทุกระดับ โดยไม่คำนึงว่าต้องเป็นวัฒนธรรมที่มีชื่อเสียงในระดับโลก หรือระดับชาติ หรือเป็นวัฒนธรรมที่โดดเด่น หรือสร้างรายได้เท่านั้น เพื่อให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของทุกกลุ่มมีโอกาสได้รับการสนับสนุนการพัฒนาโดยผู้ถือครองวัฒนธรรมอย่างเสมอภาคกัน



การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จะส่งผลให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ถูกจารึกอย่างพร้อมที่จะได้รับการประยุกต์ พัฒนา และไม่ห้ามการสร้างสรรคใหม่ ๆ เพื่อส่งต่อไปในอนาคตอย่างสามารถเคลื่อนไหวได้ ทั้งนี้การที่วัฒนธรรมถูกบันทึกโดยห้ามการเปลี่ยนแปลง นอกจากจะไม่เกิดประโยชน์แล้ว ยังทำให้วัฒนธรรมนั้นมีความเสี่ยงที่จะสูญหายอีกด้วย จากการวิเคราะห์การขึ้นทะเบียนตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 บนพื้นฐานวัฒนธรรมที่มีชีวิตสามารถสรุปผลดังแสดงได้ตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางแสดงการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บนพื้นฐานหลักการวัฒนธรรมที่มีชีวิต

การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีชีวิต	
หลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003	วิธีการขึ้นทะเบียน
หลักการสิทธิมนุษยชน	การขึ้นทะเบียนโดยการมีส่วนร่วมของบุคคล กลุ่มบุคคล ชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรม
หลักการสิทธิทางวัฒนธรรม	การขึ้นทะเบียนโดยมีการปรับเปลี่ยนข้อมูลให้ทันสมัยอยู่เสมอ และสามารถเปลี่ยนแปลงข้อมูลโดยผู้ถือครองวัฒนธรรมได้
หลักการสิทธิในการศึกษา	การขึ้นทะเบียนในลักษณะเผยแพร่ และสามารถสืบค้นข้อมูลได้
หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน	การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความเสี่ยงที่จะสูญหาย
หลักความหลากหลายทางวัฒนธรรม	การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในทุกระดับ

ปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 ที่เป็นกฎหมายหลักในการส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พระราชบัญญัติฉบับนี้มีการกำหนดมาตรการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการว่าเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ซึ่งมีความสำคัญ ควรได้รับการขึ้นทะเบียนเพื่อการจัดหามาตรการส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมนั้นต่อไป

จากการศึกษาการขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 ยังไม่สอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 บนพื้นฐานวัฒนธรรมที่มีชีวิต ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

**ประการที่หนึ่ง** การขึ้นทะเบียนยังไม่เกิดจากการมีส่วนร่วมของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรมตามหลักการสิทธิมนุษยชน

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 มาตรา 16 “ให้คณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมกรุงเทพมหานครและคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมประจำจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

“(3) พิจารณาและคัดเลือกมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมจากรายการเบื้องต้น มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเพื่อเสนอขึ้นบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมต่อคณะกรรมการ”

จะเห็นได้ว่าการขึ้นทะเบียนยังไม่เกิดจากการมีส่วนร่วมของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรมตามหลักการสิทธิมนุษยชน เพราะอำนาจการตัดสินใจในการขึ้นทะเบียนเป็นอำนาจของคณะกรรมการ ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐ ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า เพื่อให้การขึ้นทะเบียนสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการผู้ตัดสินใจจึงควรมีตัวแทนจากผู้ถือครองวัฒนธรรม

**ประการที่สอง** การขึ้นทะเบียนยังไม่มีกระบวนการถึงความสามารถในการเปลี่ยนแปลงข้อมูลโดยผู้ถือครองวัฒนธรรมตามหลักการสิทธิทางวัฒนธรรม

หลักการสิทธิทางวัฒนธรรม ผู้ถือครองวัฒนธรรมมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อการรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จึงมีสิทธิตัดสินใจเพื่อการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบทางวัฒนธรรม ดังนั้นการขึ้นทะเบียนจึงควรมีบทบาทให้ผู้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลทางทะเบียนได้

**ประการที่สาม** การขึ้นทะเบียนยังไม่มีมีการแยกทะเบียนระหว่างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั่วไปกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งควรได้รับการส่งเสริมและรักษาอย่างเร่งด่วนเพื่อประกันการพัฒนาอย่างยั่งยืน

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ซึ่งมีความเสี่ยงที่จะสูญหายเพื่อเป็นการประกันความคงอยู่ให้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความเสี่ยงที่จะสูญหายได้ดียิ่งขึ้นควรแยกบัญชีทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความเสี่ยงที่จะสูญหายเป็นอีกบัญชีหนึ่ง เพื่อการจัดสรรมาตรการในการรักษาได้อย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น เช่น มาตรการแต่งตั้งผู้สืบทอด เป็นต้น

**ประการที่สี่** การขึ้นทะเบียนมีเฉพาะแต่ระดับชาติกับระดับจังหวัดเท่านั้นไม่สอดคล้องกับหลักการความหลากหลายทางวัฒนธรรม

หลักการความหลากหลายทางวัฒนธรรม มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกระดับมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงควรมีการขึ้นทะเบียนในระดับท้องถิ่นหรือเชื้อชาติด้วย

**ประการที่ห้า** การขึ้นทะเบียนมีแต่การขึ้นทะเบียนในลักษณะลายลักษณ์อักษรอาจไม่เพียงพอต่อการเผยแพร่องค์ประกอบทางวัฒนธรรมตามหลักการสิทธิในการศึกษา

ข้อมูลการขึ้นทะเบียนเผยแพร่ให้บุคคลทั่วไปสามารถสืบค้นได้ อันเป็นไปตามหลักการสิทธิในการศึกษา แต่อย่างไรก็ตามมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ส่วนมากต้องได้รับการสืบทอดส่งต่อองค์ความรู้ ทักษะโดยผู้เชี่ยวชาญ การเผยแพร่ข้อมูลอาจไม่เพียงพอต่อการรักษาองค์ความรู้ หรือทักษะนั้นไว้ โดยเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่อาศัยการเรียนรู้ส่วนใหญ่โดยการปฏิบัติ เช่น การแสดงละคร การแพทย์ อาหาร เป็นต้น ดังนั้นการขึ้นทะเบียนโดยการใช้สื่อเสริมอื่นๆ เช่น สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือการแต่งตั้งบุคคล หรือกลุ่มบุคคล จึงเป็นอีกมาตรการหนึ่งที่สำคัญในการสืบสาน และส่งต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในรูปแบบวัฒนธรรมที่มีชีวิตได้ ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงควรมีการขึ้นทะเบียนประกอบสื่อ หรือการแต่งตั้งผู้สืบทอดสืบสาน และส่งต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนในบางกรณี

### **บทสรุปและข้อเสนอแนะ**

การขึ้นทะเบียนเป็นหนึ่งในมาตรการที่สำคัญเพื่อรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ทั้งนี้การขึ้นทะเบียนต้องจัดหาสมดุลระหว่างการบันทึกองค์ประกอบทางวัฒนธรรมเพื่อการสืบสาน และส่งต่อกับความสามารถในการปรับปรุง พัฒนาของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อันเป็นลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความเป็นพลวัต ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีวิวัฒนาการทางสังคมและวัฒนธรรม

ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ปรากฏหลักการของอนุสัญญา ซึ่งสามารถนำมาสู่การวิเคราะห์หลักการวัฒนธรรมที่มีชีวิต เมื่อวิเคราะห์พบว่าการขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ พ.ศ. 2559 มีลักษณะบางประการที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 อันมีผลต่อการขึ้นทะเบียนบนพื้นฐานวัฒนธรรมที่มีชีวิต เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาดังกล่าวบนพื้นฐานวัฒนธรรม

ที่มีชีวิตยิ่งขึ้น ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะแนวการเพิ่มเติมบทบัญญัติ หรือระเบียบในการขึ้น การวัฒนธรรมของชาติ พ.ศ. 2559 ดังนี้

**ประการที่หนึ่ง** เพิ่มการขึ้นทะเบียนโดยการมีส่วนร่วมของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนผู้ถือครองวัฒนธรรม ตามหลักการสิทธิมนุษยชน

โดยเพิ่มเติมข้อความในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 มาตรา 14<sup>24</sup> และมาตรา 15<sup>25</sup> (4) ให้ผู้ดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมกรุงเทพมหานคร และคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมประจำจังหวัด รวมถึงตัวแทนของผู้ถือครองวัฒนธรรม

**ประการที่สอง** เพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อให้การขึ้นทะเบียนโดยให้ผู้ถือครองวัฒนธรรมสามารถรายงานและยื่นคำขอเพื่อปรับเปลี่ยนข้อมูลองค์ประกอบทางวัฒนธรรมของรายการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนให้ทันสมัยอยู่เสมอ

**ประการที่สาม** การจัดทำแยกกันระหว่างบัญชีการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั่วไป และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งควรได้รับการส่งเสริมและรักษาอย่างเร่งด่วน หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความเสี่ยงที่จะสูญหาย เพื่อการจัดหามาตรการที่เหมาะสมซึ่งแตกต่างกัน โดยมีหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด

**ประการที่สี่** เพิ่มการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ระดับท้องถิ่นหรือระดับเชื้อชาติ นอกเหนือจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของกรุงเทพมหานคร และจังหวัด

---

<sup>24</sup> มาตรา 14 ให้คณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมกรุงเทพมหานครประกอบด้วย

(1) ปลัดกรุงเทพมหานคร เป็นประธานกรรมการ

(2) กรรมการโดยตำแหน่ง จำนวนเจ็ดคน ได้แก่ ผู้อำนวยการกองกิจการเครือข่ายทางวัฒนธรรมกรมส่งเสริมวัฒนธรรม ผู้อำนวยการสถาบันวัฒนธรรมศึกษา กรมส่งเสริมวัฒนธรรม ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษากรุงเทพมหานคร ผู้อำนวยการสำนักการศึกษา กรุงเทพมหานคร ผู้อำนวยการสำนักวัฒนธรรม กีฬา และการท่องเที่ยว กรุงเทพมหานคร และประธานสภาวัฒนธรรมกรุงเทพมหานคร

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนหกคน ซึ่งปลัดกรุงเทพมหานครแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านวรรณกรรมพื้นบ้านและภาษา ด้านศิลปะการแสดง ด้านแนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรมประเพณี และเทศกาล ด้านความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล ด้านงานช่างฝีมือดั้งเดิม ด้านการเล่นพื้นบ้าน กีฬาพื้นบ้าน และศิลปะการต่อสู้ป้องกันตัว ด้านการบริหารจัดการมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม หรือด้านอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมและชุมชนด้วย

ให้ผู้ว่าราชการกองวัฒนธรรม สำนักวัฒนธรรม กีฬา และการท่องเที่ยว กรุงเทพมหานครเป็นเลขานุการ และให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการในกรมส่งเสริมวัฒนธรรมคนหนึ่งเป็นผู้ช่วยเลขานุการ ทั้งนี้ปลัดกรุงเทพมหานครอาจแต่งตั้งข้าราชการในสำนักวัฒนธรรม กีฬา และการท่องเที่ยว กรุงเทพมหานครอีกคนหนึ่งเป็นผู้ช่วยเลขานุการก็ได้

<sup>25</sup> มาตรา 15 ให้คณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมประจำจังหวัดประกอบด้วย

(1) ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธานกรรมการ

(2) กรรมการโดยตำแหน่ง จำนวนห้าคน ได้แก่ วัฒนธรรมจังหวัด ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษา เขต ๑ ผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัยจังหวัด นายกองคการบริหารส่วนจังหวัด และประธานสภาจังหวัด

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนหกคน ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านวรรณกรรมพื้นบ้านและภาษา ด้านศิลปะการแสดง ด้านแนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรม ประเพณี และเทศกาล ด้านความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล ด้านงานช่างฝีมือดั้งเดิม ด้านการเล่นพื้นบ้าน กีฬาพื้นบ้าน และศิลปะการต่อสู้ป้องกันตัว ด้านการบริหารจัดการมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม หรือด้านอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมและชุมชนด้วย

ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งข้าราชการในสำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดเป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ

**ประการที่ห้า** การขึ้นทะเบียนเป็นลายลักษณ์อักษรประกอบสื่อเสริม หรือการแต่งตั้งบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เพื่อเป็นผู้สืบสานและส่งต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียน

ทั้งนี้การขึ้นทะเบียนโดยเพิ่มเติมรายละเอียดดังกล่าวในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 จะทำให้สอดคล้องกับการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บนพื้นฐานวัฒนธรรมที่มีชีวิตตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ดียิ่งขึ้น

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

นันทนา ปริมาณศิษย์. โอชาอาเซียน, กรุงเทพมหานคร. มติชน. 2556.

เพเดอริโก เลนเซอร์นี. “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม วัฒนธรรมมีชีวิตของกลุ่มชน.” ใน มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน, กรุงเทพมหานคร. ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน). 2560.

ศรีสมร คงพันธุ์. อาหารขึ้นทะเบียนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ, กรุงเทพมหานคร. บริษัท ส.ส.ส. จำกัด. 2561.

### กฎหมาย

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559

### BOOKS

Alex Mesoudi. Cultural Evolution. How Darwinian Theory Can Explain Human Culture & Synthesize the Social Sciences. Chicago : The University of Chicago Press. 2011.

Stefan Linquist. The Evolution of Culture : Volume IV of The Evolution of Culture, Ashgate Publishing Company. 2010.

### LAWS

CONVENTION FOR THE SAFEGUARDING OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE 2003

## มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริม การผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง LEGAL MEASURES FOR PROMOTION PRODUCTION USE AND DEVELOPMENT OF WOOD PELLETS

ภาสันท์ เงามศุภธน\*  
Pasan Ngaosupphathon

### บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริม การผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง โดยเป็นการเน้นการพึ่งพาตัวเองของประเทศทางด้านพลังงาน ภายใต้บริบทของการส่งเสริมศักยภาพของประเทศไทยที่มีความได้เปรียบในด้านของวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ซึ่งพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งอย่างครบวงจร ดังนี้

1. กระบวนการดำเนินการต้นน้ำ ได้แก่ กระบวนการการได้มาซึ่งวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง โดยพิจารณากฎหมายที่มีส่วนสำคัญในการดำเนินการขั้นต้นน้ำ
2. กระบวนการดำเนินการกลางน้ำ ได้แก่ กระบวนการในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งการสร้างมาตรฐาน จูงใจ การลดต้นทุนต่าง ๆ การใช้เทคโนโลยีในการผลิต โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้เกิดแรงจูงใจในการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง
3. กระบวนการดำเนินการปลายน้ำ ได้แก่ กระบวนการในการใช้เชื้อเพลิงเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง หรือตลาดที่จะนำเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งไปใช้ โดยแยกออกเป็น ตลาดต่างประเทศ และตลาดในประเทศ

### คำสำคัญ

ชีวมวล เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

### ABSTRACT

This article aims to study and analyze legal measures to promote production, use and development of compressed biomass fuel. Especial emphasizing the self-reliance of the country in energy under the context of promoting the potential of Thailand with the advantage of raw materials used in the production of compressed biomass fuel which considers the laws related to the promotion of production, use and development of biomass fueled briquette as follows

1. Upstream process is the process of acquiring raw materials used to produce biomass fuel. By considering laws that are important in the upstream process
2. The process of running water is the process of producing biomass fuel, creating incentive measures. Various cost reduction, use of production technology By using the law as a tool to carry out the motivation to promote production, use and development of biomass fuel
3. Downstream process is the process of using biomass fuel. Or markets that will use biomass fuel to compress By separating into International market And domestic market

---

\* นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, นิติกรชำนาญการพิเศษ กลุ่มงานคณะกรรมการพลังงาน สำนักงานกรรมาธิการ 1 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา : Pasan11158@gmail.com

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

**Keywords**

biomass fuel biomass

## บทนำ

ข้อมูลจากสำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน ระบุว่าในเดือนมกราคม 2562 การใช้น้ำมันเบนซินและดีเซลเพิ่มขึ้นร้อยละ 3.9 และร้อยละ 4.2 ตามลำดับ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลจากจำนวนยนต์ที่เพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ในส่วนของภาคการใช้ไฟฟ้ายังมีแนวโน้มที่เพิ่มสูงขึ้นประมาณร้อยละ 2.2 ในขณะที่สถานการณ์อุณหภูมิของประเทศในช่วงเดือนเมษายน และเดือนพฤษภาคม ซึ่งถือเป็นช่วงเวลาที่ประเทศไทยต้องรับมือกับความร้อนของอากาศ ส่งผลให้เกิดความต้องการใช้พลังงานไฟฟ้าที่เพิ่มสูงขึ้น มีความต้องการใช้ไฟฟ้าสูงสุด (Peak)

“วิกฤตด้านพลังงาน” ซึ่งนับเป็นปัญหาใหญ่ของประเทศ และนับวันจะมีผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศมากขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาทางด้านกำลังการผลิตไฟฟ้าที่ไม่เป็นไปตามแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศ (Power Development Plan : PDP) ปัญหาสัดส่วนเชื้อเพลิงที่นำมาใช้ผลิตกระแสไฟฟ้า เช่น น้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ ถ่านหิน ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยต้องพึ่งพาเชื้อเพลิงที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าจากก๊าซธรรมชาติถึงกว่าร้อยละ 61.12<sup>1</sup> ของเชื้อเพลิงที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าของประเทศ แต่ในทางกลับกันปรากฏว่าก๊าซธรรมชาติที่มีอยู่และสามารถผลิตใช้ได้ในประเทศนับวันจะมีปริมาณน้อยลงทุกทีและคงจะต้องหมดไปในอนาคต นอกจากนี้ ราคาของเชื้อเพลิงยังมีความผันผวนไปในแนวทางที่สูงขึ้นเพราะการนำเข้าจากต่างประเทศ ในรูปของก๊าซธรรมชาติเหลว (Liquefied Natural Gas:LNG)<sup>2</sup> และตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและการเมืองของโลกที่เป็นปัจจัยกระตุ้นให้สถานการณ์ด้านพลังงานในระดับโลกเกิดความผันผวน

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ภาคส่วนต่าง ๆ โดยเฉพาะหน่วยงานที่ทำหน้าที่บริหารจัดการเกี่ยวกับความมั่นคงด้านพลังงานต้องหาแหล่งพลังงานประเภทอื่นมาใช้เพื่อทดแทน และเพื่อลดปัญหาดังกล่าว จึงหันไม่พึ่งแหล่งพลังงานทดแทนที่หาได้ง่ายและมีศักยภาพสูงในประเทศไทย คือ พลังงานชีวมวล ซึ่งหนึ่งในชีวมวลที่สมควรได้รับการส่งเสริมและสนับสนุนและมีความต้องการที่เพิ่มขึ้นของผู้ใช้พลังงาน คือ “เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง” ซึ่งเป็นพลังงานชีวมวลประเภทหนึ่งที่มีที่มาจากไม้โตเร็วหรือเศษไม้และเศษวัสดุเหลือใช้ทางการเกษตร โดยประเทศไทยถือเป็นประเทศเกษตรกรรมที่คนส่วนใหญ่ของประเทศต้องพึ่งพารายได้จากภาคการเกษตร ซึ่งมีการเพาะปลูกพืชเป็นต้นทุนหลักในการขับเคลื่อนรายได้ของประชากร ดังนั้น จึงถือเป็นความได้เปรียบของประเทศไทยในเชิงของวัตถุดิบที่นำมาใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ทั้งทางด้านภูมิประเทศ และภูมิอากาศ

การนำไม้โตเร็วหรือเศษไม้และเศษวัสดุเหลือใช้ทางการเกษตรมาผลิตเป็นเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งยังสามารถช่วยลดการใช้และการนำเข้าเชื้อเพลิงจากฟอสซิล ตลอดจนยังช่วยแก้ไขปัญหาค่าจัดของเสียและวัสดุเหลือใช้ทางการเกษตรได้ในเวลาเดียวกัน ส่งผลให้เกิดการพึ่งพาตัวเองตามหลักการของ “ปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง” นอกจากนี้ การนำเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งมาใช้เป็นเชื้อเพลิงในภาคส่วนต่าง ๆ ยังเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมในภาพรวมเพราะโดยรอบของการปลูกไม้โตเร็วเพื่อใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งยังถือเป็นการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เป็นศูนย์ (carbon neutral) คือ แม้ว่าเมื่อนำเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งมาใช้เป็นเชื้อเพลิงจะมีการเผาแต่ในรอบการเกิดของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งไม้โตเร็วได้มีการดูดซับก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ รวมทั้ง เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งยังไม่ส่งผลกระทบต่อภาวะโลกร้อน (global warming)

จากความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาดังกล่าวผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการที่จะกำหนดมาตรการในการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมตามบริบทของประเทศไทย จึงควรศึกษาความเป็นไปได้ในทางกฎหมายและทิศทางของกฎหมายที่จะส่งเสริมให้เกิดการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของประเทศไทยอย่างเป็นรูปธรรม เป็นที่ยอมรับในระดับสากล ก่อให้เกิด

<sup>1</sup> การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, กองสื่อสารภายนอก, ฝ่ายสื่อสารและประชาสัมพันธ์องค์กร, สัดส่วนการใช้เชื้อเพลิงผลิตพลังงานไฟฟ้าในระบบของ กฟผ. ปี 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2562, จาก [https://www.egat.co.th/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2455&Itemid=116](https://www.egat.co.th/index.php?option=com_content&view=article&id=2455&Itemid=116).

<sup>2</sup> ก๊าซธรรมชาติเหลว คือ ก๊าซธรรมชาติที่ผ่านกระบวนการคัดแยกและทำให้เป็นของเหลว โดยทำให้อุณหภูมิลดลงเหลือประมาณ -160 °C.



ประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนและประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง ตลอดจนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติในมาตรา 72 (5) ส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงานและการใช้พลังงานอย่างคุ้มค่า รวมทั้งพัฒนาและสนับสนุนให้มีการผลิตและการใช้พลังงานทางเลือกเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงด้านพลังงานอย่างยั่งยืน และมาตรา 77 กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว ต้องจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป ตลอดจนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้กลไกในการดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบการดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ

ผู้ศึกษาจึงเห็นควรศึกษามาตรการทางกฎหมายในการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และหลักการทั่วไปในทางกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งสาระสำคัญและสภาพปัญหาอุปสรรคเกี่ยวกับการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งที่อาจส่งผลกระทบต่อ การส่งเสริมดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาศึกษาเกี่ยวกับเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง (Wood Pallets) ประกอบไปด้วยต้นทาง (การปลูกวัตถุดิบ) กลางทาง (การผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง) และปลายทาง (การนำไปใช้ประโยชน์) เพื่อให้เกิดการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง เพื่อเป็นประโยชน์ในการบริหารจัดการอย่างบูรณาการและเป็นระบบ ซึ่งจะช่วยให้วงจรการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งเป็นไปอย่างมั่นคงและยั่งยืน อันจะเกิดประโยชน์ต่อสายการผลิตทั้งระบบโดยเฉพาะเกษตรกรผู้ปลูกพืชที่จะนำมาใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตต่อไป

### 1. ความหมายและประเภทของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง

เชื้อเพลิงจากชีวมวลเป็นแหล่งให้ความร้อนและแสงสว่างที่สำคัญแหล่งแรกของมนุษยชาติได้ใช้ ปัจจุบันก็เป็นแหล่งพลังงานสำคัญในลำดับต้น ๆ ของประเทศเกษตรกรรมและประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย ชีวมวลเป็นแหล่งพลังงานหมุนเวียนที่กักเก็บพลังงานจากดวงอาทิตย์ซึ่งมาจากการสังเคราะห์ด้วยแสงและเกิดขึ้นหมุนเวียนซ้ำแล้วซ้ำอีกในธรรมชาติ สามารถนำมาใช้ผลิตพลังงานเพื่อใช้ทดแทนพลังงานที่ได้จากแหล่งพลังงานฟอสซิลซึ่งมีอยู่อย่างจำกัดและอาจหมดไป ชีวมวลอาจมองว่าเป็นสารอินทรีย์ที่ได้จากสิ่งมีชีวิต พืช และสัตว์หรือกระบวนการทางชีวภาพที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติมีความหลากหลายของรูปแบบลักษณะเฉพาะแหล่งตามความหลากหลายและซับซ้อนทาง

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 16 การปฏิรูปประเทศ มาตรา 258 ค. ด้านกฎหมาย (1) บัญญัติว่า “มาตรา 258 ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผล ดังต่อไปนี้ ฯลฯ

ค. ด้านกฎหมาย (1) มีกลไกให้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบการดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ”

ชีววิทยาและสภาพสิ่งแวดล้อม<sup>4</sup> ชีวมวลเป็นพลังงานที่มาจากแหล่งที่ไม่มีวันหมด เพราะวงจรการผลิตชีวมวลคือวงจรของพืชที่มีระยะสั้น ต่างจากน้ำมันหรือถ่านหินที่ต้องอาศัยการทับถมเป็นเวลาหลายล้านปี นอกจากนี้ชีวมวลผลิตได้ภายในประเทศ เกษตรกรจึงมีรายได้เพิ่มจากการจำหน่ายชีวมวลสู่ผู้ใช้ และยังช่วยลดการนำเข้าพลังงานจากต่างประเทศได้อีกด้วย ข้อดีต่อสิ่งแวดล้อมที่สำคัญมาก คือ การใช้ชีวมวลในการผลิตความร้อนหรือไฟฟ้าจะไม่เพิ่มปริมาณสุทธิของก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ในชั้นบรรยากาศโลก ในกรณีที่เรามีการผลิตชีวมวลขึ้นมาเพื่อทดแทนชีวมวลที่ได้ใช้ไป เพราะก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จะถูกหมุนเวียนมาใช้ในชีวมวลที่ผลิตใหม่เท่ากับปริมาณก๊าซที่ถูกผลิตจากการเผาไหม้ชีวมวลนั้น ๆ เนื่องจากพืชต้องหายใจเพื่อเอาก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าไปใช้ในการเจริญเติบโต อีกทั้งชีวมวลยังมีปริมาณกำมะถันต่ำกว่าเชื้อเพลิงฟอสซิลมาก นั่นหมายถึง การใช้ชีวมวลจะลดโอกาสในการเกิดปรากฏการณ์เรือนกระจก (Greenhouse effect) ซึ่งตรงข้ามกับการใช้น้ำมันในภาคขนส่งหรือการใช้ถ่านหินในโรงไฟฟ้า

อย่างไรก็ตามการเก็บรักษาและการขนส่งชีวมวลมีความยาก รวมถึงมีความเสี่ยงสูงในการจัดหาหรือรวบรวมปริมาณชีวมวลที่ต้องการใช้ให้คงที่ตลอดปี เพราะชีวมวลบางประเภท เช่น กากอ้อย จะมีจำกัดเพียงบางเดือน อีกทั้งชีวมวลทุกประเภทต้องการพื้นที่ในการเก็บรักษาขนาดใหญ่กว่าเชื้อเพลิงฟอสซิล เช่น หากต้องการปริมาณความร้อนที่เท่ากัน จะต้องใช้แกลบในปริมาณที่มากกว่าน้ำมันเตา ดังนั้นการพัฒนาระบบและวิธีการจัดเก็บและขนส่งจึงมีความสำคัญและจำเป็นมาก

ชีวมวลประกอบด้วยธาตุหลัก ๆ คือ คาร์บอน ไฮโดรเจน ออกซิเจน รวมทั้งมีปริมาณของไนโตรเจนและธาตุอื่น ๆ อีกเล็กน้อยในรูปแบบของคาร์โบไฮเดรตหรือเซลลูโลส ชีวมวลนั้นมีอยู่มากมาย ทั้งที่ได้จากสิ่งมีชีวิต และยังรวมไปถึงสิ่งต่าง ๆ ที่มีธาตุคาร์บอน ไฮโดรเจน ออกซิเจนเป็นองค์ประกอบหลักในรูปแบบอื่น ๆ โดยทั่วไปชีวมวลอาจจำแนกออกเป็น 3 ประเภทหลัก ๆ คือ ชีวมวลแบบไม้ (Woody) แบบไม่ใช่ไม้ (Non woody) และของเสียจากสัตว์ซึ่งมาจากแหล่งต่าง ๆ ดังนี้

- ผลผลิตจากป่าไร่นาสวน ต้นไม้ และวัชพืชต่างๆ ทั้งบนบกและในน้ำ เช่น ไม้เนื้อแข็ง ไม้เนื้ออ่อน ไม้โตเร็ว ใบไม้ กิ่งไม้ หญ้า พืชล้มลุก จากส่วนเมล็ด เปลือก ผล และจากมวลสาหร่าย

- ผลผลิตจากพืชเศรษฐกิจ เศษวัสดุเหลือทิ้งจากการเกษตร เช่น ข้าว อ้อย มันสำปะหลัง ข้าวโพด ปาล์ม น้ำมัน แกลบ ฟาง ชานอ้อย ยอดใบอ้อย เหล้ามัน ชังข้าวโพด ทะลาย

- เศษวัสดุและของเสียจากกระบวนการและการประกอบภาคอุตสาหกรรม เช่น ขี้เลื่อย กลิเซอริน สำหรับกากอาหาร รวมไปถึงของเสียจากโรงงานแปรรูป

- ของเสียจากแหล่งชุมชน เช่น ขยะชุมชน กากตะกอนจากระบบบำบัดน้ำเสียชุมชน ผลิตภัณฑ์ของเสียจากสัตว์ เช่น ไชมัน มูลสัตว์ เป็นต้น

## 2. ประเภทของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

คุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับความเป็นเชื้อเพลิงของชีวมวลมีความโดดเด่นในตัวเอง ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการเป็นผลิตผลจากสิ่งมีชีวิต ไม่ว่าจะเป็นพืชและสัตว์ คุณสมบัติที่สำคัญเหล่านี้ ได้แก่ คุณสมบัติทางเคมี ทางกายภาพ และทางอุณหพลศาสตร์ โดยชีวมวลประเภทไม้ (Woody biomass) เป็นกลุ่มที่หลากหลายที่สุด การวิเคราะห์คุณสมบัติชีวมวลทั่วไปจึงมีพื้นฐานมาจากชีวมวลกลุ่มนี้ ส่วนชีวมวลประเภทไม่ใช่ไม้ เช่น เศษวัสดุทางเกษตร หญ้า แกลบ ฟางข้าว เศษฝ้าย ชานอ้อย ผัก เปลือก เมล็ดในผลไม้ เศษเนื้อผลไม้ ก็จะทำการวิเคราะห์หากคุณสมบัติแบบเดียวกัน

(1) ชีวมวลประเภททำจากไม้ (woody biomass) หมายถึง ชีวมวลที่ได้จากเนื้อไม้เศษไม้ที่เหลือจากอุตสาหกรรมแปรรูปไม้หรือไม้ที่เหลือใช้จากงานอื่น ๆ ที่ไม่ผ่านการปรับสภาพด้วยสารเคมี<sup>5</sup>

<sup>4</sup> รุ่งโรจน์ พุทธิสกุล, “การผลิตถ่านอัดแท่งจากถ่านกะลามะพร้าวและถ่านเห้งมันสำปะหลัง,” (ปริญญาานิพนธ์ปริญญาการศึกษามหาบัณฑิต, สาขาวิชาอุตสาหกรรมศึกษา บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2553.

<sup>5</sup> นิตยธินันท์ บริรักษ์, “เชื้อเพลิงชีวมวลอัดเม็ด (Wood pellets),” สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มกราคม 2562, จาก [http://www.ete.eng.cmu.ac.th/article\\_detail.php?aid=13](http://www.ete.eng.cmu.ac.th/article_detail.php?aid=13)

(2) ชีวมวลประเภทไม้ได้ทำจากไม้ (non – woody biomass) หมายถึง ชีวมวลที่ไม่ได้จากเนื้อไม้อาจเป็นวัสดุเหลือใช้ทางการเกษตร เช่น ฟางข้าว แกลบ ชานอ้อย ทะลายปาล์ม กะลาปาล์ม

### 3. กระบวนการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

ปัจจุบันเทคโนโลยีการผลิตรวมถึงเครื่องจักรที่ใช้ในการเตรียมวัตถุดิบให้พร้อมสำหรับการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งและเครื่องอัดแท่งนั้นมีค่อนข้างจะพร้อมอยู่แล้ว เรียกได้ว่าถ้ามีเงินลงทุนก็สามารถซื้อหาได้ แต่จะใช้เทคโนโลยีของใครหรือใช้เครื่องของผู้ผลิตเครื่องเจ้าไหนหรือประเทศไหนก็ขึ้นกับนโยบายการลงทุนรวมถึงประสบการณ์ของผู้ที่ต้องการลงทุน ดังนั้น ผู้ที่ต้องการลงทุนควรหาข้อมูลรวมถึงไปดูงานจริงให้ได้มากที่สุดก่อนที่จะตัดสินใจเลือกเทคโนโลยีและเครื่องจักรที่เกี่ยวข้อง ปัญหาที่เกิดขึ้นกับเครื่องจักรที่พบบ่อยก็คือความคงทนของเครื่องจักร เช่นเครื่องจักรที่ผลิตจากทางประเทศจีนจะมีปัญหาอายุการใช้งานของเครื่องจักรและชิ้นส่วนเครื่องจักร เช่น ลูกป้อน, roller, หน้า dieplate เป็นต้น เนื่องจากที่ประเทศจีนนั้นใช้เหล็ก recycle เป็นวัตถุดิบในการผลิตได้การที่อายุการใช้งานของชิ้นส่วนนั้นสั้นทำให้ต้องมีการหยุดการผลิตเป็นระยะ ๆ เพื่อซ่อมบำรุง ซึ่งทำให้สิ้นเปลืองแรงงาน ค่าชิ้นส่วน รวมถึง down time ทำให้กำลังการผลิตโดยรวมลดลง เหล่านี้จะทำให้หลาย ๆ คนเริ่มจะผลิตชิ้นส่วนที่สำคัญ ๆ ของเครื่องจักรผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งในไทยเองเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว โดยคร่าว ๆ แล้ว ถ้าจะต้องการผลิตพวกเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งที่กำลังการผลิตประมาณ 2 – 4 ตันต่อชั่วโมง เงินลงทุนจะอยู่ที่ประมาณ 15 – 20 ล้านบาทขึ้นกับชนิดของวัตถุดิบ (การเตรียมวัตถุดิบให้อยู่ในสภาพที่พร้อมสำหรับการอัด) กระบวนการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งมีขั้นตอน ดังนี้

**กระบวนการย่อย (crushing process)** เป็นกระบวนการบดย่อยวัตถุดิบที่ยังมีขนาดไม่เหมาะสมสำหรับการผลิตต้องนำลดขนาดก่อน เช่น เศษไม้ ปีกไม้ เปลือกไม้ ฟางข้าว ใบอ้อย หญ้า โดยเครื่องจักรที่ใช้สำหรับการย่อยมีหลายประเภท เช่น shredder, crusher, hammer mill

**กระบวนการลดความชื้น (drying process)** เป็นกระบวนการในการลดความชื้นเพื่อให้วัตถุดิบมีความชื้นที่เหมาะสมกับกระบวนการอัดเครื่องจักรที่ใช้ คือ rotary drum dryer

**กระบวนการผสม (mixing process)** เป็นกระบวนการในการผสมวัตถุดิบที่ใช้ตั้งแต่ 2 ชนิดขึ้นไปเพื่อให้เข้ากัน

**กระบวนการอัด (pelleting process)** เป็นกระบวนการขึ้นรูปวัตถุดิบให้เป็นเม็ด มีขนาดเส้นผ่านศูนย์กลาง 6 – 10 mm. ความยาว 3 – 6 cm. หรือตามความต้องการ โดยเครื่องจักรที่ใช้มีอยู่หลายประเภท เช่น flat die pellet mill, ring die pellet mill, vertical ring die pellet mill

**กระบวนการระบายความร้อน (cooling process)** เป็นกระบวนการระบายความร้อนให้กับเชื้อเพลิงชีวมวลที่ขึ้นรูปเป็นเม็ดแล้วให้เย็นตัวลง และคงรูปของเชื้อเพลิง

**กระบวนการบรรจุ (packing process)** เป็นกระบวนการบรรจุชีวมวลอัดเม็ดในถุงตามขนาดและตามความต้องการของลูกค้า

### 4. พันธกรณีและกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ

#### 4.1 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอันเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นของปริมาณก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศอย่างต่อเนื่องนั้นเป็นสิ่งที่ทั่วโลกให้ความสำคัญและเห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการเตรียมความพร้อมในการรับมือกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ ในปี พ.ศ. 2531 (ค.ศ. 1988) โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United

<sup>6</sup> นฤภัทร ตั้งมันคงวรกุล, “การผลิตแท่งเชื้อเพลิงจากวัสดุเหลือใช้ในอุตสาหกรรมเกษตรและครัวเรือน,” บทความย่อ. วารสารมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ (สาขาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี), ปีที่ 6, ฉบับที่ 11, (มกราคม - มิถุนายน 2557) น.66 - 77.

Nations Environment Programme : UNEP)<sup>7</sup> ร่วมกับองค์การอุตุนิยมวิทยาโลก (World Meteorological Organization: WMO) จึงได้จัดตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Intergovernmental Panel on Climate Change : IPCC) เพื่อเป็นหน่วยงานกลางในการศึกษาให้ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ ทั้งในด้านเทคนิค เศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนสร้างความรู้ความเข้าใจด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ จากจุดเริ่มต้นดังกล่าว อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change) หรือ อนุสัญญา UNFCCC จึงได้รับการรับรองเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2535 (ค.ศ. 1992) และเปิดให้รัฐภาคีลงนามในอีกหนึ่งเดือนต่อมา ระหว่างการประชุม United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) หรือที่รู้จักกันในนามของ Earth Summit ณ นครริโอเดอจาเนโร สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล โดยอนุสัญญา UNFCCC มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 21 มีนาคม 2537 (ค.ศ. 1994) ปัจจุบันมีประเทศเข้าร่วมรวมทั้งสิ้นจำนวน 196 ประเทศ (ข้อมูล ณ วันที่ 10 มีนาคม 2558) ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีอนุสัญญาเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2537 และส่งผู้แทนประเทศเข้าร่วมการประชุมสมัชชารัฐภาคีอนุสัญญาฯ (Conference Of the Parties) หรือ COP ตลอดมา กรอบอนุสัญญา UNFCCC ในมาตรา 2 ได้กำหนดเป้าหมายสูงสุด (Ultimate Objective) ของอนุสัญญาฯ ที่ว่า “เพื่อรักษาความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศให้มีค่าคงที่และอยู่ในระดับที่ไม่ก่อให้เกิดการรบกวนโดยมนุษย์ที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อระบบภูมิอากาศโลก”

โดยให้เป็นไปตามหลักการที่ระบุในมาตรา 3 ของอนุสัญญาที่ว่ารัฐภาคีควรปกป้องระบบภูมิอากาศเพื่อประโยชน์ของคนรุ่นปัจจุบันและอนาคตของมนุษยชาติ บนพื้นฐานของความเป็นธรรม (equity) และเป็นไปตามความรับผิดชอบร่วมในระดับที่แตกต่างกัน (Common but differentiated responsibilities: CBDR) และเป็นไปตามขีดความสามารถ (respective capabilities) โดยประเทศพัฒนาแล้วควรเป็นผู้นำในการต่อสู้กับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

#### 4.2 การรับรองด้านป่าไม้ (Forest Certification)

การรับรองด้านป่าไม้ได้มีการพัฒนาต่อจากการประชุม UNCED (United Nation Conference on Environment and Development)<sup>8</sup> ที่เมือง Rio de Janeiro, ประเทศบราซิล เมื่อวันที่ 3 – 14 มิถุนายน 2535 ซึ่งมีข้อสรุปร่วมกันที่จะให้ความสนใจ 3 ประการหลัก คือ ความหลากหลายทางชีวภาพ (Biological Diversity) การเปลี่ยนแปลงของชั้นบรรยากาศ (Climate Change) และ Combat Desertification และได้มีการกำหนดหลักการป่าไม้ขึ้นมา (Forest Principles) สำหรับเป็นหลักในการนำไปปฏิบัติทั่วโลก

ต่อมาได้มีการรวมตัวกันระหว่างตัวแทนองค์กร สิ่งแวดล้อม นักวิชาการป่าไม้ ผู้ค้าไม้ องค์กรชุมชนท้องถิ่น สมาคมป่าชุมชน และสถาบันรับประกันผลผลิตป่าไม้ ร่วมกันจัดตั้งองค์กรที่เรียกว่า Forest Stewardship Council หรือ FSC ขึ้นมา เพื่อสนับสนุนการจัดการป่าไม้ ที่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสม รวมทั้งผลตอบแทนที่ดีต่อภาคเศรษฐกิจและสังคม (Environment, Economic and Social) โดยเน้นถึงการจัดการป่าไม้ที่ดีและมีเป้าหมายที่จะประเมินและมีการแต่งตั้งผู้นำการรับรอง (Certifier) เพื่อกระตุ้นให้เกิดการพัฒนามาตรฐานระดับชาติ (National Standard) มีแนวทางครอบคลุม 3 ประการหลัก คือ การจัดการป่าไม้ที่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสม มีการใช้ทรัพยากรป่าไม้ที่คงไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพของป่า และมีความสมดุลทางระบบนิเวศน์ การจัดการป่าไม้เพื่อสังคม เป็นการช่วยเหลือชุมชนในท้องถิ่นให้ได้รับผลประโยชน์จากป่าไม้ในระยะยาว และการจัดการป่าไม้ที่ให้ผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่คุ้มค่า

<sup>7</sup> กระทรวงการต่างประเทศ, กรมองค์การระหว่างประเทศ, ความตกลงปารีส : ก้าวสำคัญของการดำเนินการด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2561, จาก [http://www.mfa.go.th/thai\\_inter\\_org/th/services](http://www.mfa.go.th/thai_inter_org/th/services).

<sup>8</sup> คณะทำงานศึกษาเชิงบูรณาการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งในคณะกรรมการธิการการพลังงาน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะทำงาน ครั้งที่ 6/2561 วันพฤหัสบดีที่ 8 มีนาคม 2561.

#### 4.3 อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย (United Nations Convention to Combat Desertification: UNCCD)

ประชากรประมาณหนึ่งพันล้านคน ในร้อยประเทศทั่วโลก ประสบปัญหาและผลกระทบจากการแปรสภาพเป็นทะเลทรายและความแห้งแล้ง ดังนั้น ในการประชุมสุดยอดของโลก เมื่อปี ค.ศ. 1992 ณ เมืองริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล สหประชาชาติ จึงมีมติให้ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทรายและความแห้งแล้ง (United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa: UNCCD)<sup>9</sup> ขึ้นจนมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1994 ซึ่งปัจจุบันมีสมาชิกรวม 194 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย มีกรมพัฒนาที่ดิน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ทำหน้าที่เป็นหน่วยประสานการดำเนินการตามอนุสัญญาฯ และได้มีการจัดตั้งสำนักงานผู้ประสานงานอนุสัญญา UNCCD แต่ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศยังไม่ค่อยตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว เนื่องจากผลกระทบที่เกิดขึ้นยังไม่วิกฤตจนถึงขั้นทำให้ขาดแคลนอาหารและน้ำอย่างรุนแรง

อนุสัญญาดังกล่าวนี้นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย และการแก้ไขผลกระทบของภัยแล้งในประเทศที่ประสบภัยแล้ง และ/หรือ ประเทศที่มีการแปรสภาพพื้นที่เป็นทะเลทรายอย่างรุนแรง การบรรลุวัตถุประสงค์นี้จะต้องมีการดำเนินกลยุทธ์แบบบูรณาการในระยะยาว ที่เน้นการปรับปรุงผลิตภาพของที่ดินและการฟื้นฟู การอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรที่ดินและน้ำอย่างยั่งยืน ไปพร้อม ๆ กันในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบ โดยมีหลักการ ดังนี้<sup>10</sup>

- ภาคีสมาชิกสมควรสร้างความเชื่อมั่นว่าการตัดสินใจในการคิดและดำเนินโครงการต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย และ/หรือ การบรรเทาผลกระทบจากความแห้งแล้ง จะกระทำโดยการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชนท้องถิ่น โดยการสร้างบรรยากาศในระดับสูง เพื่อเอื้อให้เกิดการปฏิบัติในระดับประเทศและระดับท้องถิ่น

- ภาคีสควรปรับปรุงความร่วมมือและการประสานงานในระดับอนุภูมิภาค ภูมิภาค และระหว่างประเทศ ภายใต้สำนึกของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและความเป็นหุ้นส่วนระหว่างประเทศ โดยเน้นความจำเป็นด้านทรัพยากรเงิน มนุษย์ องค์กรและวิชาการ

- ภาคีสควรพัฒนาความร่วมมือในทุก ๆ ระดับ ทั้งภาครัฐ ชุมชน องค์กรเอกชน และเจ้าของที่ดินภายใต้สำนึกของความเป็นหุ้นส่วน เพื่อสร้างความเข้าใจในธรรมชาติและคุณค่าของทรัพยากรที่ดินและที่หายไปในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบ และดำเนินการให้การใช้ทรัพยากรที่ดินและน้ำเป็นไปอย่างยั่งยืน

- ภาคีสควรพิจารณาอย่างรอบคอบถึงความจำเป็นเฉพาะและสถานการณ์ของประเทศภาคีสที่กำลังพัฒนาที่ได้รับผลกระทบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีระดับการพัฒนาต่ำที่สุด

#### 4.4 ข้อตกลงอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความตกลงด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่มีเจตนาสมัครให้รัฐบาลทุกประเทศเคร่งครัดต่อการรักษาวิสัยสิ่งแวดล้อม ซึ่งหมายถึง แม้มีความต้องการอย่างมากที่จะพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ แต่ก็ต้องไม่ละเลยการอนุรักษ์ธรรมชาติด้วย อนุสัญญาฯ มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ<sup>11</sup> คือ เพื่ออนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม เนื้อหาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มีลักษณะเป็นกรอบนโยบายที่กว้าง ซึ่งในการดำเนินงานแต่ละประเทศจะต้องจัดทำนโยบาย

<sup>9</sup> กระทรวงเกษตรและสหกรณ์, อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2561, จาก [https://www2.moac.go.th/ewt\\_news.php?nid=194&filename=index](https://www2.moac.go.th/ewt_news.php?nid=194&filename=index).

<sup>10</sup> กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, “รายงานสถานการณ์คุณภาพด้านสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2550,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 ธันวาคม 2561, จาก <http://www.onep.go.th/wp-content/uploads/soe50.pdf>, น.85-89.

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, น.69-71.

มาตรการ และแผนการดำเนินงานขึ้นเอง ดังนั้น อนุสัญญาฯ จึงได้เตรียมกลไกการเงิน ซึ่งคือกองทุนสิ่งแวดล้อมโลกไว้ สนับสนุนการดำเนินงานดังกล่าวของประเทศกำลังพัฒนา เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลตั้งวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯ ได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2536 และมีการประชุม The Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity: COP) เพื่อมีการหาข้อยุติในประเด็นขัดแย้งต่าง ๆ ทุกปี ประเทศไทยได้ลงนามรับรองอนุสัญญา เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2535 และได้ให้สัตยาบรรณเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2546 และมีผลบังคับใช้ต่อประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2547 ประเทศไทยเป็นประเทศภาคีอนุสัญญา ลำดับที่ 188 จาก 190 ประเทศ พันธกรณีของภาคี ได้แก่

(1) เพื่ออนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งภาคีต้องดำเนินการ ดังนี้

(1.1) ดำเนินการให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้และเท่าที่เหมาะสม เพื่ออนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ อันได้แก่ การจัดตั้งระบบพื้นที่คุ้มครองหรือพื้นที่ซึ่งต้องการมาตรการพิเศษ เพื่อสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพและกำหนดมาตรการเฉพาะเรื่องอีกมากกว่าสิบมาตรการ

(1.2) อนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ โดยวางมาตรการบำรุงและฟื้นฟูชนิดพันธุ์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์ และนำกลับเข้าสู่ถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเดิมอย่างยั่งยืน

(2) เพื่อให้มีการใช้ประโยชน์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน กำหนดให้แต่ละภาคี

(2.1) ต้องพัฒนาการอนุรักษ์กับการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน ให้เข้ากับนโยบายและแผนของชาติ

(2.2) ต้องสนับสนุนชุมชนท้องถิ่นในการจัดทำและปฏิบัติตามมาตรการแก้ไขฟื้นฟูในพื้นที่เสื่อมโทรม

(2.3) ต้องส่งเสริมความร่วมมือระหว่างหน่วยงานรัฐและภาคเอกชนในการพัฒนาวิธีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน

(3) เพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมอนุสัญญาฯ ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติ” และกำหนดให้ภาคีต้อง

(3.1) พยายามสร้างเงื่อนไข เพื่ออำนวยความสะดวกการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหากเป็นการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม

(3.2) วางกลไกในการต่อรองผลประโยชน์บนเงื่อนไขการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ให้และผู้ขอใช้พันธุกรรม

(3.3) ให้ประเทศซึ่งเป็นผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจากประเทศผู้รับ ทั้งนี้ บนพื้นฐานแห่งความยุติธรรมและความเสมอภาค

(4) ประเทศสมาชิกต้องสนับสนุนทางการเงิน

เมื่อพิจารณาพันธกรณีและความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นแล้ว พบว่าการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งสามารถตอบประเด็นปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อมของโลก ซึ่งมีผลจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยจะต้องนำระบบการรับรองด้านไม้มาใช้ให้เกิดผลสัมฤทธิ์อย่างเป็นรูปธรรม เพื่อป้องกันการลักลอบนำไม้หรือตัดไม้ในเขตพื้นที่ป่า หรือพื้นที่อนุรักษ์มาใช้ในการเป็นวัตถุดิบในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งตามแนวทาง 3 ประการ ที่กล่าวแล้วข้างต้น คือ การจัดการป่าไม้ที่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสม มีการใช้ทรัพยากรป่าไม้ที่คงไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพของป่า และมีความสมดุลทางระบบนิเวศน์ การจัดการป่าไม้เพื่อสังคม เป็นการช่วยเหลือชุมชนในท้องถิ่นให้ได้รับผลประโยชน์จากป่าไม้ในระยะยาว และการจัดการป่าไม้ที่ให้ผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่คุ้มค่า

## 5. มาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

การส่งออกเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นจากปัจจุบันเนื่องจากตลาดโลกมีความต้องการใช้ชีวมวลอัดแท่งเป็นเชื้อเพลิงสูงขึ้น เพื่อทดแทนเชื้อเพลิงฟอสซิลบางส่วน ส่งผลให้มีผู้ค้าเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งต้องรับซื้อ

เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งจากในภูมิภาคอาเซียน รวมทั้งในประเทศไทยมากขึ้น ส่งผลให้เกิดการแข่งขันของประเทศผู้ผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง โดยประเด็นสำคัญที่มีผลต่อการตัดสินใจซื้อเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง<sup>12</sup> จึงอยู่ที่ปัจจัยทางด้านราคา และมาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง โดยตลาดแต่ละแห่งมีมาตรฐานที่แตกต่างกันบ้างในบางรายละเอียด ซึ่งประเทศไทยมีความจำเป็นต้องศึกษามาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของประเทศต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของตลาด โดยเฉพาะตลาดต่างประเทศ ดังนั้น การกำหนดมาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งจึงมีความจำเป็นในการแข่งขันในระดับสากล ซึ่งมาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 5.1 มาตรฐานชีวมวลอัดแท่งของต่างประเทศ

จากการศึกษามาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของต่างประเทศพบว่า มีมาตรฐานที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

##### 5.1.1 มาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของยุโรป

ประเทศในยุโรปส่วนใหญ่ไม่ได้มีการกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของตนเองไว้ ในปัจจุบันมาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของบางประเทศในยุโรปจะมีรายละเอียดแตกต่างกันบางประการ โดยเนื้อหาหลักส่วนใหญ่จะอ้างอิงกับมาตรฐานล่าสุดคือ EN 14961-1:2010 Solid biofuels. Fuel specifications and classes. General requirements และ EN 14961-2:2011 Solid biofuels. Fuel specifications and classes. Wood pellets for non-industrial use ซึ่งมาตรฐานนี้เป็นการปรับปรุงจากมาตรฐาน CEN/TS 14961 "Annex A" Examples of specifications for high quality classes of solid biofuels recommended for household usage โดยมาตรฐาน EN 14961-1: 2010<sup>13</sup> จะกล่าวถึงความต้องการทั่วไปของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งที่เป็นของแข็ง ส่วน EN 14961- 2:2011 จะกล่าวถึงเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งที่ไม่ได้ใช้ในภาคอุตสาหกรรม นอกจากนี้ ยังมีการรับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ENplus ซึ่งผู้ผลิตในหลายประเทศได้นำการรับรองคุณภาพนี้ไปใช้กับผลิตภัณฑ์ของตนเอง

##### 5.1.2 มาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งโดยสถาบัน Pellet Fuels Institute (PFI) โดยมาตรฐานได้แบ่งเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งไว้ 3 เกรด<sup>14</sup> คือ เกรดพรีเมียม เกรดมาตรฐาน และเกรดใช้งานทั่วไป คุณสมบัติที่แตกต่างของแต่ละเกรดคือช่วงของค่าความหนาแน่น เเปอร์เซ็นต์เถ้า และความชื้นที่มีในเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

##### 5.1.3 มาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งของเอเชีย

ประเทศในเอเชียยังไม่มีมาตรฐานผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง การนำเข้าและส่งออกจะใช้มาตรฐานของต่างประเทศหรือประเทศคู่ค้าเป็นหลัก คือ มาตรฐานยุโรป (EN 14961 และ ENplus) และมาตรฐานอเมริกา (PFI)

#### 5.2 มาตรฐานชีวมวลอัดแท่งของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยได้มีการใช้วัตถุดิบซึ่งเหลือจากขบวนการผลิตอื่น ๆ เช่น เปลือกไม้ยูคาลิปตัส แกลบ ซีลี้อย ทะลายปาล์ม กะลาปาล์ม เป็นวัตถุดิบในการผลิตและสำหรับศักยภาพพลังงานชีวมวลของประเทศไทย โดยเป็นการประเมินศักยภาพพลังงานชีวมวลเชิงพื้นที่ พบว่า ชีวมวลที่มีศักยภาพสูงในการนำมาผลิตเป็นเชื้อเพลิงชีวมวล

<sup>12</sup> เบลูจมาภรณ์ วงษ์คำจันทร์ และธิดิมา รุ่งรัตนอุบล, “เชื้อเพลิงอัดแท่งจากเศษไม้พาเลท,” บทความย่อ, วารสารวิทยาศาสตร์ เล่มที่ 37 (ธันวาคม 2561), น.143 – 152.

<sup>13</sup> กระทรวงพลังงาน, กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน, “โครงการศึกษากำหนดมาตรฐานของ Biomass Pellet เพื่อพัฒนาเป็นเชื้อเพลิงชีวมวลสำหรับอนาคต,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2561. [http://e-lib.dede.go.th/mm-data/Bib15106\\_%E0%B8%A3%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%87%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%94%E0%B8%97%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%A2.pdf](http://e-lib.dede.go.th/mm-data/Bib15106_%E0%B8%A3%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%87%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%94%E0%B8%97%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%A2.pdf), น.4 - 6, น.4 - 5.

<sup>14</sup> เห่งอ่าว, น.4 - 6, น.4 - 12.

อัดแท่ง คือ ยอดและใบอ้อย ฟางข้าว ชีวมวลจากมันสำปะหลัง ชีวมวลจากปาล์ม น้ำมันการจัดทำร่างมาตรฐานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งในการจัดทำร่างมาตรฐานของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ได้มีการกำหนดคุณลักษณะที่ต้องการของชีวมวลอัดแท่ง และนำร่างมาตรฐานที่ได้จัดทำขึ้นนี้ นำเสนอในการประชุมเพื่อชี้แจงการดำเนินงานโครงการและรับฟังความคิดเห็นต่อร่างมาตรฐาน เชื้อเพลิงชีวมวลอัดเม็ด (Biomass Pellet) สำหรับประเทศไทย และการประชุมคณะทำงานด้านวิชาการในการศึกษากำหนดมาตรฐานของ Biomass pellet เพื่อปรับปรุงร่างมาตรฐานของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดเม็ดให้เหมาะสมกับประเทศไทยโดยมีร่างมาตรฐานของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดเม็ดที่ได้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขแล้ว<sup>15</sup>

คุณลักษณะที่ต้องการของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดเม็ดที่กำหนดไว้ในร่างมาตรฐานของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดเม็ด

คุณสมบัติ	เกรดธรรมดา	เกรดคุณภาพสูง
ความหนาแน่นรวม	ไม่น้อยกว่า 600 กิโลกรัมต่อลูกบาศก์เมตร	ไม่น้อยกว่า 600 กิโลกรัมต่อลูกบาศก์เมตร
เส้นผ่านศูนย์กลาง	ไม่น้อยกว่า 6 มิลลิเมตร และไม่เกินกว่า 12 มิลลิเมตร	ไม่น้อยกว่า 6 มิลลิเมตร และไม่เกินกว่า 12 มิลลิเมตร
ดัชนีความคงทน	ไม่น้อยกว่าร้อยละ 95 ของน้ำหนัก	ไม่น้อยกว่าร้อยละ 95 ของน้ำหนัก
ฝุ่น	ไม่เกินกว่าร้อยละ 3 ของน้ำหนัก	ไม่เกินกว่าร้อยละ 3 ของน้ำหนัก
ความยาว	ไม่น้อยกว่า 3.15 มิลลิเมตร และไม่เกินกว่า 40 มิลลิเมตร	ไม่น้อยกว่า 3.15 มิลลิเมตร และไม่เกินกว่า 40 มิลลิเมตร
ความยาวที่เกินกว่า 40 มิลลิเมตร	ไม่เกินกว่าร้อยละ 1 ของน้ำหนัก	ไม่เกินกว่าร้อยละ 1 ของน้ำหนัก
ความชื้น	ไม่เกินกว่าร้อยละ 10 ของน้ำหนัก	ไม่เกินกว่าร้อยละ 10 ของน้ำหนัก
ค่าความร้อน	ไม่น้อยกว่า 14.6 เมกะจูลต่อกิโลกรัม (3,500 กิโลแคลอรีต่อกิโลกรัม)	ไม่น้อยกว่า 16.7 เมกะจูลต่อกิโลกรัม (4,000 กิโลแคลอรีต่อกิโลกรัม)
ซีลี	ไม่เกินกว่าร้อยละ 20 ของน้ำหนัก	ไม่เกินกว่าร้อยละ 10 ของน้ำหนัก
ส่วนประกอบของสารคลอรีน	ไม่เกินกว่าร้อยละ 0.02 ของน้ำหนัก	ไม่เกินกว่าร้อยละ 0.02 ของน้ำหนัก
ส่วนประกอบของสารกำมะถัน	ไม่เกินกว่าร้อยละ 0.08	ไม่เกินกว่าร้อยละ 0.08 ของน้ำหนัก

<sup>15</sup> กระทรวงพลังงาน, เพ็ญอึ้ง, น.4 – 13, น.4 – 30.



	ของน้ำหนัก	
ส่วนประกอบของสารไนโตรเจน	ไม่เกินกว่าร้อยละ 0.3 ของน้ำหนัก	ไม่เกินกว่าร้อยละ 0.3 ของน้ำหนัก

## 6. วิเคราะห์กฎหมายการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

จากการประเมินเบื้องต้นพบว่าปัจจุบันมีทั้งความต้องการใช้และศักยภาพในการผลิต “เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง” แต่ยังมีปัญหาและอุปสรรคในการผลิต การใช้ และการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพให้เกิดประโยชน์ต่อทุกฝ่ายอย่างแท้จริง

**ผู้ศึกษาจึงได้พิจารณาศึกษา 3 ขั้นตอน ได้แก่**

**กระบวนการการดำเนินการขั้นต้นน้ำ**

การส่งเสริมให้เกษตรกรปลูกไม้โตเร็ว ซึ่งถือเป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง การส่งเสริมพื้นที่ในการปลูกไม้โตเร็วในพื้นที่ต่าง เช่น พื้นที่เอกสารสิทธิให้ประชาชนเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก.) ผู้ศึกษาเห็นว่าควรเน้นพื้นที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมป่าไม้ และที่ราชพัสดุที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมธนารักษ์ โดยให้เกษตรกรรวมตัวในลักษณะของวิสาหกิจชุมชนหรือสหกรณ์ เพื่อให้สามารถดำเนินการให้เกิดผลเป็นรูปธรรมต่อไป ในส่วนพื้นที่ของกรมป่าไม้ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ได้มีการกำหนดพื้นที่ป่าประมาณร้อยละ 40 ของพื้นที่ประเทศ โดยแบ่งเป็นพื้นที่ป่าอนุรักษ์ร้อยละ 25 ของพื้นที่ประเทศทั้งหมด และป่าเศรษฐกิจร้อยละ 15 ของพื้นที่ประเทศทั้งหมด คิดเป็นประมาณ 49 ล้านไร่ โดยแบ่งเป็น

พื้นที่เป้าหมายสำหรับการส่งเสริมไม้เศรษฐกิจแบบครบวงจร ซึ่งประเภทของพื้นที่ที่เป็นพื้นที่เป้าหมายปลูกไม้เศรษฐกิจ จำนวนทั้งสิ้น 26.0 ล้านไร่ แยกเป็นประเภทของพื้นที่ ดังนี้<sup>16</sup>

- พื้นที่ในเขตป่า
  - (พื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติที่เสื่อมโทรม) จำนวน 8.7 ล้านไร่
  - พื้นที่บุกรุกปลูกยางพารา จำนวน 3.1 ล้านไร่
  - พื้นที่บุกรุกปลูกปาล์มน้ำมัน จำนวน 0.4 ล้านไร่
  - พื้นที่ป่าสงวนเสื่อมโทรม (ลุ่มน้ำชั้น 3 4 และ 5) จำนวน 5.2 ล้านไร่
  - พื้นที่นอกเขตป่า จำนวน 14.6 ล้านไร่
  - พื้นที่นาไม่เหมาะสม (ร้อยละ 10 ของพื้นที่ 30 ล้านไร่) จำนวน 3.0 ล้านไร่
- พื้นที่ในความรับผิดชอบของสำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร(ส.ป.ก.)
  - (ไม่เกินร้อยละ 20 ของพื้นที่ 30 ล้านไร่) จำนวน 5.0 ล้านไร่
  - พื้นที่ในความรับผิดชอบของอนุกรรมการนโยบายที่ดินแห่งชาติ(คทช.) จำนวน 1.0 ล้านไร่
  - พื้นที่ดินกรรมสิทธิ์อื่นๆ จำนวน 5.6 ล้านไร่
  - พื้นที่สีเขียวในเขตเมือง จำนวน 2.7 ล้านไร่

การส่งเสริมการปลูกไม้โตเร็วจึงถือเป็นการดำเนินการให้เกิดป่าเศรษฐกิจในพื้นที่ของประเทศไทยเพิ่มขึ้นอีกช่องทางหนึ่ง โดยกฎหมายจะต้องมีการเอื้อให้เกิดการปลูกไม้เศรษฐกิจในพื้นที่ป่าเสื่อมโทรม โดยเฉพาะในพื้นที่ลุ่มน้ำ

<sup>16</sup> คณะทำงานศึกษาเชิงบูรณาการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งในคณะกรรมการการพลังงาน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะทำงาน ครั้งที่ 7/2561 วันพฤหัสบดีที่ 15 มีนาคม 2561.

3 4 และ 5 และในกรณีพื้นที่ที่ไม่เหมาะสมแก่การทำนา เนื่องจากเป็นพื้นที่นอกเขตชลประทาน ซึ่งเป็นที่ทราบดีว่าการทำนาต้องพึ่งพาน้ำเป็นปัจจัยสำคัญในการเพาะปลูก ดังนั้น หากภาครัฐมีการส่งเสริมให้เกษตรกรที่ทำนาในพื้นที่นอกเขตชลประทานหรือพื้นที่ที่ไม่เหมาะสมกับการทำนาจะส่งผลให้เกษตรกรมีรายได้เพียงพอต่อการดำรงชีพและเป็นการเพิ่มพื้นที่ป่าให้แก่ประเทศในภาพรวมต่อไป

กรณีเกษตรกรที่ใช้พื้นที่ปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร (ส.ป.ก.) ซึ่งมีข้อกำหนดในการใช้ที่ดินว่าจะต้องมีการปลูกไม้ยืนต้นในพื้นที่ส.ป.ก. หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรมีการควบคุมให้เกิดการปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเพื่อเป็นช่องทางในการส่งเสริมและสนับสนุนการปลูกไม้โตเร็วในพื้นที่ส.ป.ก. และเป็นการเพิ่มพื้นที่ป่าเศรษฐกิจอีกช่องทางหนึ่ง

#### **กระบวนการดำเนินการชั้นกลางน้ำ**

การส่งเสริมการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง เช่น การสร้างมาตรการจูงใจ การลดต้นทุนต่าง ๆ การใช้เทคโนโลยีในการผลิต โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้เกิดแรงจูงใจในการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง เช่น การนำมาตรการทางภาษีมาช่วยในการกระตุ้นกระบวนการดำเนินการชั้นกลางน้ำ และผู้ศึกษาพบว่าจะต้องมีการลงทุนประมาณ 100 ล้านบาท สำหรับการผลิต เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งประมาณ 6 หมื่นตัน/ปี เพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนของเครื่องจักร ค่าที่ดิน โรงเรือน และแรงงาน โดยในส่วนของที่ดินที่ใช้ตั้งโรงงานจะต้องมีปริมาณที่ดินพอสมควร เพื่อรองรับโรงเรือน และการเก็บวัตถุดิบที่ใช้ในการทำเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง และผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ซึ่งจะต้องมีความชื้นน้อยและเหมาะสมกับการจัดเก็บเพื่อส่งมอบต่อผู้รับซื้อต่อไป

ในส่วนของที่ดินในการปลูกไม้โตเร็วที่จะใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง 6 ล้านตัน จะใช้พื้นที่ในการปลูกประมาณ 2 ล้านไร่ ซึ่งในปัจจุบันมีพื้นที่ที่เหมาะสมและมีความเป็นไปได้ในการส่งเสริมและสนับสนุนการปลูกไม้โตเร็วประมาณ 3 ล้านไร่ และยังมีพื้นที่ที่มีการเพาะปลูกข้าว แต่มีผลผลิตจากการปลูกข้าวไม่เต็มศักยภาพอีกประมาณ 25 ล้านไร่ ในส่วนของปัญหาเกี่ยวกับชั้นกลางน้ำ ซึ่งผู้ศึกษาพิจารณาพบว่ามีปัญหาหลักในส่วนของใบอนุญาตต่าง ๆ เช่น ใบอนุญาตก่อสร้างโรงงาน (รง.4) ข้อจำกัดในส่วนของผังเมืองรวม ซึ่งอาจส่งผลให้มีการเพิ่มมูลค่าของต้นทุนการผลิต โดยเฉพาะการขนส่งวัตถุดิบและการขนส่งเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งไปยังผู้รับซื้อ โดยหากมีการกำหนดผังเมืองให้มีระยะห่างจากแหล่งวัตถุดิบอาจส่งผลให้เกิดปัญหาความไม่คุ้มทุนในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานการตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้ที่ใช้ในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง มาตรฐานสินค้าเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ทั้งมาตรฐานในประเทศและต่างประเทศ ตลอดจนปัญหาที่เกิดจากกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง ต่าง ๆ ที่อาจเป็นอุปสรรคในการส่งเสริมและสนับสนุนการใช้ การผลิต และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

#### **กระบวนการดำเนินการชั้นปลายน้ำ**

กระบวนการดำเนินการชั้นปลายน้ำถือเป็นปัจจัยสำคัญในการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง เนื่องจากหากไม่มีตลาดที่จะรับซื้อเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดการส่งเสริมและสนับสนุนอย่างเป็นรูปธรรม และอาจเกิดเป็นปัญหาได้ในอนาคต เนื่องจากไม่มีผู้รับซื้อการหาความต้องการของตลาด เช่น ตลาดภายในประเทศและตลาดต่างประเทศ จึงถือเป็นปัจจัยสำคัญ โดยผู้ศึกษาได้พิจารณาเพื่อให้ทราบความต้องการของตลาด เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่กระบวนการขั้นต้นน้ำและกระบวนการชั้นกลางน้ำ ซึ่งผู้ศึกษาได้ดำเนินการพิจารณาความต้องการของตลาดภายในประเทศและต่างประเทศ ความต้องการของตลาดและความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงปัจจัยต่าง ๆ ให้รองรับการใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง โดยพิจารณาเห็นว่าตลาดภายในประเทศเป็นตลาดที่ควรมุ่งเน้นเป็นลำดับแรก เพื่อลดปัจจัยที่ไม่สามารถควบคุมได้ของตลาดต่างประเทศ ซึ่งเห็นควรให้ปรับชนิดเชื้อเพลิง 10 ชนิดที่ใช้เพื่อการผลิตไอน้ำในโรงงานอุตสาหกรรมมากที่สุด ประกอบด้วย น้ำมันเตาเกรดซี (C) ถ่านหิน (Coal) ซีลี้อย น้ำมันเตาเกรดเอ (A) ซีลี้อย + Bituminus BITUMINOUS ลิกไนต์ (Lignite) Fuel Oil รวมอัตราการผลิตไอน้ำประมาณ 434,144.13 ตัน/ชั่วโมง ในสมมติฐานในการคำนวณ หม้อน้ำทุกตัวมีประสิทธิภาพเท่ากัน คิดที่ร้อยละ 85 ของความสามารถในการผลิต โดยหม้อน้ำทุกตัวสามารถเปลี่ยนเชื้อเพลิงเป็น

เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งได้ (ซึ่งในความเป็นจริงหม้อน้ำแต่ละเครื่องจะมีปัจจัยในการเปลี่ยนที่แตกต่างกันตามประเภทหม้อน้ำ) และชั่วโมงการทำงาน คิดที่ 24 ชั่วโมง/วัน และ 330 วัน/ปี ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อมูลดังกล่าวแล้วพบว่า 1 ตันไอน้ำต่อชั่วโมง ใช้พลังงานความร้อน 2,257,000 กิโลจูล โดยเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง 1 กิโลกรัม ให้พลังงาน 16.5 เมกะจูล หรือ 16,500 กิโลจูล ดังนั้น 1 ตันไอน้ำต่อชั่วโมง ต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งเป็นเชื้อเพลิง 161 กิโลกรัม

เมื่อพิจารณาอัตราการผลิตไอน้ำจากหม้อน้ำทั้งหมด 434,144.13 ตัน/ชั่วโมง ดังนั้น ต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งเป็นเชื้อเพลิงใน 1 ชั่วโมงทั้งหมด 69,897,204.93 กิโลกรัม และใน 1 ปีต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งทั้งหมด 553,585,863,045.6 กิโลกรัม ดังนั้น จึงต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง เป็นเชื้อเพลิงใน 1 ปี ทั้งหมด 553.6 เมกะตัน<sup>17</sup>

## 6.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย

### 6.1.1 แนวนโยบายแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญ

ตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยของไทยที่ผ่านมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับมักมีหมวดว่าด้วยนโยบายแห่งรัฐที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับแนวนโยบายสำคัญของรัฐซึ่งใช้เป็นแนวทางในการบริหารราชการแผ่นดินหรือการตรากฎหมายไม่ว่ากลุ่มบุคคลใดจะเป็นรัฐบาลก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บรรจุแนวนโยบายแห่งรัฐไว้ในหมวด 6 และนโยบายเกี่ยวกับพลังงานปรากฏอยู่ในมาตรา 72 (5) ซึ่งบัญญัติว่า “ส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงานและการใช้พลังงานอย่างคุ้มค่า รวมทั้งพัฒนาและสนับสนุนให้มีการผลิตและการใช้พลังงานทางเลือกเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงด้านพลังงานอย่างยั่งยืน”

### 6.1.2 กฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง

ในประเทศไทยยังไม่ได้มีข้อกำหนดและกฎหมายสำหรับผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง ส่วนการใช้งานเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งนั้นถึงแม้จะไม่มีข้อกำหนดและกฎหมายโดยตรง แต่เนื่องจากเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งถือได้ว่าเป็นเชื้อเพลิงชีวมวลตามความหมาย ดังนั้นการใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้งจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายทางด้านสิ่งแวดล้อมเป็นหลัก โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานเชื้อเพลิงชีวมวล ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ให้มีการกำหนดมาตรฐานควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด (อากาศเสีย)

(2) ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดประเภท ขนาด และวิธีปฏิบัติสำหรับโครงการหรือกิจการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ ที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนจะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 กำหนดให้โรงไฟฟ้าที่ใช้เชื้อเพลิงชีวมวล ขนาดกำลังผลิตกระแสไฟฟ้ารวมตั้งแต่ 150 เมกะวัตต์ขึ้นไป ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ เสนอในชั้นขออนุญาตก่อสร้างเพื่อประกอบกิจการหรือชั้นขออนุญาตประกอบกิจการ แล้วแต่กรณี

(3) ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงาน การวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และหลักเกณฑ์วิธีการ ระเบียบปฏิบัติและแนวทางการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2552 กำหนดให้โรงไฟฟ้าพลังความร้อนที่มีกำลังผลิตกระแสไฟฟ้าตั้งแต่ 10 เมกะวัตต์ขึ้นไปต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เสนอในชั้นขออนุญาตก่อสร้างเพื่อประกอบกิจการหรือชั้นขออนุญาตประกอบกิจการ แล้วแต่กรณี

(4) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง มาตรการป้องกัน แก๊ส และติดตามตรวจสอบผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมสำหรับผู้ได้รับการยกเว้นไม่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามกฎหมาย

<sup>17</sup> คณะทำงานศึกษาเชิงบูรณาการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแห้ง ในคณะกรรมการการพลังงาน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะทำงาน ครั้งที่ 4/2561 วันพฤหัสบดีที่ 22 กุมภาพันธ์ 2561.

ว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมสำหรับการผลิตไฟฟ้าจากเชื้อเพลิงชีวมวล (ประเภทเชื้อเพลิงแข็ง) พ.ศ. 2556 กำหนดหลักปฏิบัติสำหรับผู้ขอรับใบอนุญาตผลิตไฟฟ้าที่มีกำลังการผลิตติดตั้งต่ำกว่า 10 เมกะวัตต์ ที่มีกระบวนการผลิตไฟฟ้าจากการเผาเชื้อเพลิงชีวมวล

(5) ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง การจัดทำรายงานชนิดและปริมาณสารมลพิษที่ระบายออกจากโรงงาน พ.ศ. 2550 กำหนดให้โรงงานจัดทำรายงานฯส่งกรมโรงงานอุตสาหกรรมทุก 6 เดือน

(6) ประกาศกรมโรงงานอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดประเภทหรือชนิดของโรงงานที่ต้องจัดทำรายงานชนิดและปริมาณสารมลพิษที่ระบายออกจากโรงงาน พ.ศ. 2553 กำหนดให้โรงงานผลิตไฟฟ้าที่มีกำลังผลิตไฟฟ้าตั้งแต่ 10 เมกะวัตต์ขึ้นไป ต้องจัดทำรายงานฯ

(7) ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดค่าปริมาณของสารเจือปนในอากาศที่ระบายออกจากโรงงาน พ.ศ. 2549

(8) ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดค่าปริมาณเขม่าควันที่เจือปนในอากาศที่ระบายออกจากปล่องของหม้อน้ำของโรงงาน พ.ศ. 2549

### 6.3 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

ก่อนหน้านี้พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ได้มีการกำหนดประเภทไม้หวงห้ามไว้ โดยการดำเนินการเกี่ยวกับไม้หวงห้ามจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน ซึ่งถือเป็นอุปสรรคสำคัญในการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง แต่ปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป่าไม้ เมื่อปี พ.ศ. 2562 ที่ผ่านมา โดยหลักสำคัญของ พ.ร.บ. ฉบับใหม่ มุ่งหวังให้การทำไม้ การเคลื่อนย้าย หรือการส่งเสริมอุตสาหกรรมและการใช้ประโยชน์จากไม้หวงห้าม ไม้มีค่า สามารถทำได้ง่ายขึ้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นมานานในการส่งเสริมการปลูกไม้มีค่า เนื่องจากพ.ร.บ.ป่าไม้ ฉบับเก่านั้น ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อใช้ในการป้องกัน รักษาไม้มีค่า ที่อยู่ในป่า เป็นหลักจึงเป็นอุปสรรคในการดำเนินการส่งเสริมการปลูก และใช้ประโยชน์จากไม้มีค่า เช่น ไม้สัก ที่เคยมีการส่งเสริมการปลูกมานานหลายสิบปีแล้ว แต่เกษตรกรผู้ปลูก ไม่สามารถตัดมาใช้ประโยชน์ได้ เนื่องจากข้อกฎหมาย

ในประเด็นของการเปลี่ยนแปลง หลักๆ นั้น เน้นการเปิดโอกาสให้เอกชน ประชาชน สามารถใช้ประโยชน์จากไม้หวงห้ามได้มากขึ้น ประกอบไปด้วย

“มาตรา 7 ไม้ชนิดใดที่ขึ้นในป่าจะให้ป็นไม้หวงห้ามประเภทใด ให้กำหนดโดย

พระราชกฤษฎีกา สำหรับไม้ทุกชนิดที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่เป็นไม้หวงห้าม หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ให้ถือว่าไม่เป็นไม้หวงห้าม” การให้ไม้ทุกชนิด ที่ปลูกในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ถูกต้องไม่เป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป ประชาชนเจ้าของสามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้ แต่ต้องเน้นย้ำคำว่า “ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์” หรือ “สิทธิครอบครอง” หรือ “ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาต”

### 6.4 พระราชบัญญัติเลื่อยโซยนต์ พ.ศ. 2545

มาตรา 4 ห้ามมิให้ผู้ใดมี ผลิต หรือนำเข้าเลื่อยโซยนต์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเลื่อยโซยนต์ ห้ามมิให้ผู้ใดรับใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งเปลี่ยนแปลงเลื่อยโซยนต์ให้มีกำลังเครื่องจักรกลเพิ่มขึ้นจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาต เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเลื่อยโซยนต์

การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ผลิตเลื่อยโซยนต์ต้องจัดทำบัญชีและหมายเลขแสดงหน่วยการผลิตตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

การออกใบอนุญาตให้มีเลื่อยโซยนต์ ให้นายทะเบียนเลื่อยโซยนต์ทำเครื่องหมายที่เลื่อยโซยนต์ตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวง และระบุพื้นที่ที่อนุญาตให้มีหรือใช้เลื่อยโซยนต์ไว้ด้วย

มาตรา 5 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 4 ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ขอรับใบอนุญาตมีเลื่อยโซยนต์ต้องประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการที่ต้องใช้เลื่อยโซยนต์และต้องไม่เคยต้องโทษสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ กฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ กฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติ หรือกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่ามาก่อน

ความในวรรคสองมิให้นำมาใช้บังคับกับนิติบุคคลในทางศาสนา และกระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรอื่นของรัฐ

มาตรา 6 ในกรณีที่ได้รับใบอนุญาตประสงค์จะเปลี่ยนแปลงพื้นที่ให้มีหรือใช้เลื่อยโซยนต์ให้แตกต่างไปจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาตตามมาตรา 4 วรรคห้า ให้ผู้ได้รับใบอนุญาตดำเนินการตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) สำหรับการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ภายในจังหวัดเดียวกันกับที่ได้รับใบอนุญาต ให้ผู้ได้รับใบอนุญาตยื่นคำขอต่อนายทะเบียนเลื่อยโซยนต์ผู้ออกใบอนุญาต

(2) สำหรับการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ไปยังจังหวัดอื่น ให้ผู้ได้รับใบอนุญาตยื่นคำขอต่อนายทะเบียนเลื่อยโซยนต์ผู้มีอำนาจในจังหวัดนั้น

ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 8 ในกรณีที่ได้รับใบอนุญาตให้มีเลื่อยโซยนต์ประสงค์จะนำหรือให้ผู้อื่นนำเลื่อยโซยนต์ของตนออกไปใช้นอกพื้นที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 4 วรรคห้า เป็นการชั่วคราว ผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องขออนุญาตโดยระบุพื้นที่ และระยะเวลาที่จะไปใช้ต่อนายทะเบียนเลื่อยโซยนต์และให้นายทะเบียนเลื่อยโซยนต์อนุญาตหรือไม่ อนุญาตภายในสิบห้าวันทำการนับแต่วันที่รับคำขอ และถ้านายทะเบียนเลื่อยโซยนต์ได้ดำเนินการพิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่านายทะเบียนเลื่อยโซยนต์มีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ และให้ถือว่าใบรับคำขอเสมือนหนึ่งเป็นหนังสืออนุญาต

เมื่อพิจารณาข้อกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติเลื่อยโซยนต์แล้วเห็นว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวให้มีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยเฉพาะเกี่ยวกับการขออนุญาตมี ผลิตหรือนำเข้าเลื่อยโซยนต์ ซึ่งปัจจุบันในสภาพความเป็นจริงสามารถซื้อขายได้ในท้องตลาดทั่วไป หรือกรณีการเคลื่อนย้ายเลื่อยโซยนต์ซึ่งมาตรา 8 กำหนดว่าการจะนำเลื่อยโซยนต์ไปใช้นอกพื้นที่ที่ได้รับอนุญาตจะต้องแจ้งขออนุญาตต่อนายทะเบียน ซึ่งถือเป็นกระบวนการที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากต่อเกษตรกรและผู้ประกอบการ

6.5 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม” หมายความว่า การปรับปรุงเกี่ยวกับสิทธิ และการถือครองในที่ดินเพื่อเกษตรกรรม รวมตลอดถึงการจัดการที่อยู่อาศัยในที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้น โดยรัฐนำที่ดินของรัฐ หรือที่ดินที่รัฐจัดซื้อหรือเวนคืนจากเจ้าของที่ดิน ซึ่งมิได้ทำประโยชน์ในที่ดินนั้นด้วยตนเอง หรือมีที่ดินเกินสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อจัดให้เกษตรกรผู้ไม่มีที่ดินของตนเองหรือเกษตรกรที่มีที่ดินเล็กน้อยไม่เพียงพอแก่การครองชีพและสถาบันเกษตรกรได้เช่าซื้อ เช่าหรือเข้าทำประโยชน์โดยรัฐให้ความช่วยเหลือในการพัฒนาอาชีพเกษตรกรรม การปรับปรุงทรัพยากรและปัจจัยการผลิต ตลอดจนการผลิตและการจำหน่ายให้เกิดผลดียิ่งขึ้น

“เขตปฏิรูปที่ดิน” หมายความว่า เขตที่ดินที่พระราชกฤษฎีกากำหนดเป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

มาตรา 30 บรรดาที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ที่ ส.ป.ก. ได้มาให้ ส.ป.ก. มีอำนาจจัดให้เกษตรกรหรือสถาบันเกษตรกรได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ ตามขนาดการถือครองในที่ดินดังกล่าวต่อไปนี้

(1) จำนวนที่ดินไม่เกินห้าสิบไร่ สำหรับเกษตรกรและบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งประกอบเกษตรกรรมอย่างอื่น นอกจากเกษตรกรรมเลี้ยงสัตว์ใหญ่ตาม (2)

(2) จำนวนที่ดินไม่เกินหนึ่งร้อยไร่ สำหรับเกษตรกรและบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งใช้ประกอบเกษตรกรรมเลี้ยงสัตว์ใหญ่ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ประกาศกำหนด

(3) จำนวนที่ดินที่คณะกรรมการเห็นสมควร สำหรับสถาบันเกษตรกร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงประเภทและลักษณะการดำเนินงานของสถาบันเกษตรกรรมนั้น ๆ

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการจัดให้เกษตรกร และเป็นที่ดินที่คณะกรรมการกำหนดมิให้มีการโอนสิทธิในที่ดินก็ให้จัดให้เกษตรกรเช่าในกรณีอื่นให้จัดให้เกษตรกรเช่าหรือเช่าซื้อตามที่เกษตรกรแสดงความจำนง ถ้าเป็นการจัดให้สถาบันเกษตรกรให้จัดให้สถาบันเกษตรกรเช่า

6.6 ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง กำหนดให้ไม้เป็นสินค้าที่ต้องการขออนุญาตในการส่งออกป็นอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2555

กำหนดให้ไม้เป็นสินค้าที่ต้องการขออนุญาตในการส่งออกป็นอกราชอาณาจักร โดยในที่นี้ “ไม้” หมายความว่า ไม้และไม้แปรรูปตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ แต่ไม่หมายรวมถึง หวาย ไม้ไผ่ และไม้รวกทุกชนิด ปาล์ม รากไม้ เถา ไม้ไม้วีเนียร์ พันธุ์ไม้ ไม้เลื้อย หรือเศษไม้ ไม่ว่าจะเกาะหรือติดรวมกันเป็นท่อน ก้อน เฟลเลต หรือลักษณะที่คล้ายกันหรือไม่ก็ตาม และไม้ที่ได้จัดทำเป็นของสำเร็จรูปซึ่งไม่เหมาะสมที่จะนำไปแปรรูปเป็นอย่างอื่น ๆ

6.7 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(2) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

6.8 มติคณะรัฐมนตรี

8 กันยายน 2535 กำหนดว่า “ให้ระงับภาคเอกชนเข้าทำประโยชน์พื้นที่ป่าไม้เพื่อปลูกสร้างสวนป่า”

25 มกราคม 2537 กำหนดว่า “การตั้งโรงงานแปรรูปไม้ (โรงเลื่อย) เพื่อผลิตไม้แปรรูปหรือชิ้นไม้สับจากไม้ที่ปลูกขึ้นโดยเฉพาะ คือ ยูคาลิปตัส สะเดาเทียม สนทะเล สนปฏิพัทธ์ กระถินณรงค์ กระถินเทพา กระถินยักษ์ มะพร้าว มะไฟบ้าน มะปรางบ้าน จามจุรี และไม้ตาล”

11 มกราคม 2543 กำหนดว่า “ให้องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ (อ.อ.ป.) เป็นผู้ส่งออกไม้สักเพียงรายเดียว”

## ข้อสรุป

จากการที่ประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรมที่มีกิจกรรมทางการเกษตรในทุกพื้นที่จึงถือปัจจัยเชิงบวกที่แสดงถึงศักยภาพของประเทศไทยทางด้านวัตถุดิบในการนำมาใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง และกับการที่ประเทศไทยเป็นประเทศผู้นำเข้าเชื้อเพลิงในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งเชื้อเพลิง เพื่อการขนส่ง เชื้อเพลิงที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้า และเชื้อเพลิงให้ความร้อนในภาคอุตสาหกรรมในรูปของก๊าซธรรมชาติ น้ำมัน และถ่านหิน ตลอดจนสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เช่น การเปลี่ยนแปลงของโลกและสภาพภูมิอากาศอย่างรวดเร็ว พลังงานฟอสซิลลดน้อยลง และมีราคาผันผวน บทเรียนที่เป็นที่ประจักษ์เกี่ยวกับผลกระทบจากพลังงานนิวเคลียร์ และความต้องการมีชีวิตรอบรู้ มั่นคงและยั่งยืนของประชาชน จึงนำมาสู่จุดเปลี่ยนด้านพลังงานที่ต้องการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ (CO<sub>2</sub>) ซึ่งวิธีการหนึ่งของการลดการปล่อยก๊าซดังกล่าว คือ พลังงานทดแทน ซึ่งถือเป็นกัลยาณมิตรต่อสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะประเทศไทยที่มีศักยภาพด้านเชื้อเพลิงในการผลิตพลังงานทดแทนสูง เช่น พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานลม พลังน้ำ พลังงานจากขยะ และพืชพลังงาน ซึ่งการตัดสินใจเลือกใช้แหล่งพลังงานใดจะมีผลกระทบต่อประเทศและประชาชน ในมิติที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับการเลือกใช้ให้เหมาะสม ดังนั้น การเลือกใช้พืชเป็นแหล่งพลังงานทดแทน ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ส่งผลกระทบต่ออุปสงค์ (Demand) และอุปทาน (Supply) คือ

อุปสงค์ (Demand) หมายถึง กลุ่มอุตสาหกรรมที่ต้องการพืชไปใช้เป็นเชื้อเพลิงผลิตพลังงานทั้งในส่วนการให้ความร้อนในภาคอุตสาหกรรม และในส่วนของการใช้เป็นเชื้อเพลิงในการผลิตไฟฟ้า

อุปทาน (Supply) หมายถึง กลุ่มเกษตรกร กลุ่มอุตสาหกรรมผู้ผลิต และผู้ส่งออก

จากการประเมินเบื้องต้นพบว่าปัจจุบันมีทั้งความต้องการใช้และศักยภาพในการผลิต “เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง” แต่ยังมีปัญหาและอุปสรรคในการผลิต การใช้ และการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพให้เกิดประโยชน์ต่อทุกฝ่ายอย่างแท้จริง

### ผู้ศึกษาจึงได้พิจารณาศึกษา 3 ขั้นตอน ได้แก่

#### (1) กระบวนการดำเนินการขั้นต้นน้ำ

การส่งเสริมให้เกษตรกรปลูกไม้โตเร็ว ซึ่งถือเป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง การส่งเสริมพื้นที่ในการปลูกไม้โตเร็วในพื้นที่ต่าง เช่น พื้นที่เอกสารสิทธิให้ประชาชนเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (สปก.) พื้นที่กรรมสิทธิ์เอกชน โดยผู้ศึกษาเห็นว่าควรเน้นพื้นที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมป่าไม้ และที่ราชพัสดุที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมธนารักษ์ โดยให้เกษตรกรรวมตัวในลักษณะของวิสาหกิจชุมชนหรือสหกรณ์ เพื่อให้สามารถดำเนินการให้เกิดผลเป็นรูปธรรมต่อไป ในส่วนพื้นที่ของกรมป่าไม้ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ได้มีการกำหนดพื้นที่ป่าประมาณร้อยละ 40 ของพื้นที่ประเทศ โดยแบ่งเป็นพื้นที่ป่าอนุรักษ์ร้อยละ 25 ของพื้นที่ประเทศทั้งหมด และป่าเศรษฐกิจร้อยละ 15 ของพื้นที่ประเทศทั้งหมด คิดเป็นประมาณ 49 ล้านไร่

#### (2) กระบวนการดำเนินการขั้นกลางน้ำ

การส่งเสริมการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง เช่น การสร้างมาตรการจูงใจ การลดต้นทุนต่าง ๆ การใช้เทคโนโลยีในการผลิต โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้เกิดแรงจูงใจในการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง เช่น การนำมาตราการทางภาษีมาช่วยในการกระตุ้นกระบวนการดำเนินการขั้นกลางน้ำ และผู้ศึกษาพบว่าจะต้องมีการลงทุนประมาณ 100 ล้านบาท สำหรับการผลิต เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งประมาณ 6 หมื่นตัน/ปี เพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนของเครื่องจักร ค่าที่ดิน โรงเรือน และแรงงาน โดยในส่วนของที่ดินที่ใช้ตั้งโรงงานจะต้องมีปริมาณที่ดินพอสมควร เพื่อรองรับโรงเรือน และการเก็บวัตถุดิบที่ใช้ในการทำเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง และผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ซึ่งจะต้องมีความขึ้นน้อยและเหมาะสมกับการจัดเก็บเพื่อส่งมอบต่อผู้รับซื้อต่อไป

ในส่วนของที่ดินในการปลูกไม้โตเร็วที่จะใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง 6 ล้านตัน จะใช้พื้นที่ในการปลูกประมาณ 2 ล้านไร่ ซึ่งในปัจจุบันมีพื้นที่ที่เหมาะสมและมีความเป็นไปได้ในการส่งเสริมและสนับสนุนการปลูกไม้โตเร็วประมาณ 3 ล้านไร่ และยังมีพื้นที่ที่มีการเพาะปลูกข้าว แต่มีผลผลิตจากการปลูกข้าวไม่เต็มศักยภาพอีกประมาณ 25 ล้านไร่ ในส่วนของปัญหาเกี่ยวกับขั้นกลางน้ำ ซึ่งผู้ศึกษาพิจารณาพบว่ามีปัญหาหลักในส่วนของใบอนุญาตต่าง ๆ เช่น ใบอนุญาตก่อสร้างโรงงาน (รง.4) ข้อจำกัดในส่วนของผังเมืองรวม ปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานการตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้ที่ใช้ในการผลิตเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง มาตรฐานสินค้าเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ทั้งมาตรฐานในประเทศและต่างประเทศ ตลอดจนปัญหาที่เกิดจากกฎหมาย กฎ ระเบียบ คำสั่ง ต่าง ๆ ที่อาจเป็นอุปสรรคในการส่งเสริมและสนับสนุนการใช้ การผลิต และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

#### (3) กระบวนการดำเนินการขั้นปลายน้ำ

การหาความต้องการของตลาด เช่น ตลาดภายในประเทศและตลาดต่างประเทศ โดยผู้ศึกษาได้พิจารณาเพื่อให้ทราบความต้องการของตลาด เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่กระบวนการขั้นต้นน้ำและกระบวนการขั้นกลางน้ำ ซึ่งผู้ศึกษาได้ดำเนินการพิจารณาความต้องการของตลาดภายในประเทศและต่างประเทศ ความต้องการของตลาดและความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงปัจจัยต่าง ๆ ให้รองรับการใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง โดยพิจารณาเห็นว่าตลาดภายในประเทศเป็นตลาดที่ควรมุ่งเน้นเป็นลำดับแรก เพื่อลดปัจจัยที่ไม่สามารถควบคุมได้ของตลาดต่างประเทศ ซึ่งเห็นควรให้ปรับชนิดเชื้อเพลิง 10 ชนิดที่ใช้เพื่อการผลิตไอน้ำมากที่สุด ประกอบด้วย น้ำมันเตาเกรดซี (C) ถ่านหิน (Coal) ซีเลื่อย น้ำมันเตาเกรดเอ (A) ซีเลื่อย + Bituminous BITUMINOUS ลิกไนต์ (Lignite) Fuel Oil รวมอัตราการผลิตไอน้ำ 434,144.13 ตัน/ชั่วโมง ในสมมติฐานในการคำนวณ หม้อน้ำทุกตัวมีประสิทธิภาพเท่ากัน คิดที่ร้อยละ 85 ของความสามารถในการผลิต โดยหม้อน้ำทุกตัวสามารถเปลี่ยนเชื้อเพลิงเป็นเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งได้ (ซึ่งในความเป็นจริงหม้อน้ำแต่ละเครื่องจะมีปัจจัยในการเปลี่ยนที่แตกต่างกันตามประเภทหม้อน้ำ) และชั่วโมงการทำงาน คิดที่ 24 ชั่วโมง/วัน และ 330 วัน/ปี ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อมูลดังกล่าวแล้วพบว่า 1 ตันไอน้ำต่อชั่วโมง ใช้พลังงานความร้อน

2,257,000 กิโลจูล โดยเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง 1 กิโลกรัม ให้พลังงาน 16.5 เมกะจูล หรือ 16,500 กิโลจูล ดังนั้น 1 ตันไอน้ำต่อชั่วโมง ต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งเป็นเชื้อเพลิง 161 กิโลกรัม

เมื่อพิจารณาอัตราการผลิตไอน้ำทั้งหมด 434,144.13 ตัน/ชั่วโมง ดังนั้น ต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งเป็นเชื้อเพลิงใน 1 ชั่วโมงทั้งหมด 69,897,204.93 กิโลกรัม และใน 1 ปีต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งทั้งหมด 553,585,863,045.6 กิโลกรัม ดังนั้น จึงต้องใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง เป็นเชื้อเพลิงใน 1 ปี ทั้งหมด 553.6 เมกะตัน

### ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาและอุปสรรคที่เป็นข้อจำกัดในการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ในการนี้ จึงมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายและแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนาเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งให้มีความเหมาะสม มีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับแนวทางที่ควรจะเป็น ตลอดจนสอดคล้องกับหลักการสากลและเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รวมทั้งรองรับต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นทั้งในปัจจุบันและอนาคต การเตรียมความพร้อมเพื่อรับมือกับปัญหาทางด้านพลังงานของประเทศ โดยอาศัยศักยภาพที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความเหมาะสมทั้งในเรื่องของสภาพภูมิประเทศและภูมิอากาศที่เอื้อต่อการส่งเสริมและพัฒนาการผลิต การใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง จึงเห็นควรเสนอแนะให้มีการดำเนินการ ดังนี้

#### การใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตป่าสงวนแห่งชาติเพื่อการปลูกไม้เศรษฐกิจ

(1) ทบพวนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2535 เพื่อให้เอกชนขออนุญาตปลูกไม้เศรษฐกิจในป่าสงวนแห่งชาติได้

(2) การขออนุญาตใช้พื้นที่ไม่ต้องขอรับความเห็นชอบจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงแต่แจ้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทราบ

(3) ควรแยกกฎหมายออกเป็นสองส่วน คือ กฎหมายที่ควบคุมป่าอนุรักษ์ และกฎหมายส่งเสริมการปลูกป่าในพื้นที่เอกสารสิทธิ์

#### การทำไม้ การตัดไม้และการจำหน่าย

(1) ไม้ที่ปลูกในพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต (ตามมาตรา 20) ไม่ต้องเสียค่าภาคหลวง ให้เสียเพียงค่าเช่าที่ดิน

(2) การขึ้นทะเบียนสวนป่า ไม้ที่ขึ้นทะเบียนต้องไม่กลายเป็นไม้หวงห้าม

(3) ทบพวนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2543 เพื่อให้เอกชนสามารถส่งออกไม้ที่ปลูก เพื่อจำหน่ายไปยังต่างประเทศได้ซึ่งรวมถึงไม้หวงห้ามด้วย เนื่องจากในปัจจุบันระเบียบของกรมป่าไม้รับรองเพียงองค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ (อ.อ.ป.)

(4) ลดขั้นตอนการขออนุญาตทำไม้ – นำไม้เคลื่อนที่ ในกฎหมายป่าไม้และกฎหมายสวนป่าให้รวดเร็วยิ่งขึ้น และอาจนำเทคโนโลยีมาใช้ในขั้นตอนการขออนุญาตต่าง ๆ

(5) การกำหนดรูปแบบเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์จากไม้ ซึ่งเป็นระเบียบที่เก่ามาก และไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันอย่างยิ่ง เห็นควรต้องแก้ไข โดยเฉพาะในประเด็นการกำหนดขนาด และรูปแบบของสิ่งประดิษฐ์ โดยขอให้กำหนดรูปแบบของสิ่งประดิษฐ์ไปเลย ไม่ต้องกำหนดขนาดของไม้

#### การแปรรูปไม้

(1) เลื่อยโซยนต์ที่ขึ้นทะเบียนแล้วหากมีการเคลื่อนย้ายไปใช้นอกพื้นที่ไม่ควรถูกต้องขออนุญาตอีก หรืออาจยกเลิกพระราชบัญญัติเลื่อยโซยนต์

(2) การอนุญาตให้ตั้งโรงงานแปรรูปไม้ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ ไม่ควรจำกัดเฉพาะไม้ยางพาราและไม้อื่นจำนวน 13 ชนิดเท่านั้น หรือควรยกเลิกการกำหนดชนิดไม้

(3) การอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้ ขอให้ลดขั้นตอนการขอให้เร็วขึ้น เพราะอาจช่วยขับเคลื่อนวิสาหกิจชุมชนได้ระดับหนึ่ง

(4) โรงงานทำชิ้นไม้สับเพื่อใช้เป็นพลังงานชีวมวล ไม่ควรจัดประเภทเป็นโรงงานแปรรูปไม้ที่ต้องขออนุญาต



### มาตรการทางภาษีและมาตรการสนับสนุน

(1) ขอให้นำค่าใช้จ่ายในการปลูกป่าของเอกชนทั้งหมดมาเป็นค่าใช้จ่ายในการหักลดหย่อนภาษีรายได้ประจำปี รวมถึงการให้สิทธิประโยชน์ในกรณีเปลี่ยนผู้ถือกรรมสิทธิ์และมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นจากการปลูก และบำรุงรักษาอย่างต่อเนื่อง

(2) ควรมีมาตรการจูงใจในการปลูกต้นไม้ในพื้นที่ สปก. ให้มากขึ้น

(3) ภาครัฐให้การสนับสนุนด้านวิชาการ และการปรับปรุงสายพันธุ์กล้าไม้ที่มีค่าทางเศรษฐกิจ

(4) ควรมีมาตรการชดเชยรายได้ที่สูญเสียไปในช่วงแรกของการปลูกป่า

(5) พระราชบัญญัติร่วมทุนในการทำกิจการปลูกป่า ระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งกรมป่าไม้ควรไปศึกษาหาวิธีเพื่อร่วมมือกับภาคเอกชน ในการลงทุนปลูกป่าเศรษฐกิจให้ได้ตามเป้าหมาย

### 7.5 การกำหนดแผนการจูงใจให้ใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งแทนเชื้อเพลิงจากฟอสซิล

(1) มาตรการส่งเสริมระยะสั้น

- ควรมีการเผยแพร่ความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับประโยชน์และศักยภาพของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งให้แก่ผู้ประกอบการโรงงานให้เห็นถึงประโยชน์และข้อดีของเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

- กำหนดให้ผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมที่ใช้เชื้อเพลิงฟอสซิลที่มีความประสงค์เปลี่ยนหม้อต้มไอน้ำ (boiler) ได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐ เช่น การสนับสนุนเงินลงทุนในการเปลี่ยนหม้อต้มไอน้ำ การได้รับส่วนลดภาษีเงินได้นิติบุคคล เงินกู้ดอกเบี้ยต่ำ เพื่อเป็นการจูงใจให้เกิดการใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง

- กำหนดให้โรงงานผลิตไฟฟ้าที่ใช้เชื้อเพลิงฟอสซิล เช่น น้ำมันเตา ก๊าซธรรมชาติ และถ่านหิน ใช้เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งเป็นเชื้อเพลิงรวมในการผลิตไฟฟ้าร้อยละ 1 ของเชื้อเพลิงที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าของโรงไฟฟ้า

(2) มาตรการส่งเสริมระยะยาว

- กำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีและค่าธรรมเนียมอุตสาหกรรมที่ก่อให้เกิดมลภาวะทางอากาศจากการใช้เชื้อเพลิงฟอสซิลในลักษณะการจัดเก็บแบบก้าวหน้าหรืออัตราตามสัดส่วนการใช้เชื้อเพลิงฟอสซิล

- เพิ่มสัดส่วนเชื้อเพลิงที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนประเภทเชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่งให้เพิ่มมากขึ้นในแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศ (Power Development Plan : PDP)

### ข้อเสนอแนะอื่น ๆ

(1) ควรมีการวิจัยการแก้กฎหมายต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคต่อการปลูกป่า

(2) ควรเปลี่ยนกฎหมายที่ควบคุมให้เป็นการส่งเสริมสวนป่าแทน

## บรรณานุกรม

### บทความวารสาร

นฤภัทร ตั้งมั่นคงวรกุล. “การผลิตแท่งเชื้อเพลิงจากวัสดุเหลือใช้ในอุตสาหกรรมการเกษตรและครัวเรือน.” บทความย่อ, วารสารมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ (สาขาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี) ปีที่ 6 ฉบับที่ 11. มกราคม - มิถุนายน 2557. น.66 - 77.

เบญจมาภรณ์ วงษ์คำจันทร์ และ จิตติมา รุ่งรัตนอุบล. “เชื้อเพลิงอัดแท่งจากเศษไม้พาเลท.” บทความย่อ. วารสารวนศาสตร์ เล่มที่ 37. ธันวาคม 2561. น.143 - 152.

สยาม อรุณศรมกรต และยงยุทธ วัชรกุล. “เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน 17 ประการของสหประชาชาติเพื่อโลกอนาคต.” บทความย่อ, วารสารวิจัยสหวิทยาการไทย เล่มที่ 11 หมายเลข 3, พฤษภาคม - มิถุนายน 2559. น.1-7.

### วิทยานิพนธ์

รุ่งโรจน์ พุทธิสกุล. “การผลิตถ่านอัดแท่งจากถ่านกะลามะพร้าวและถ่านเห้ง้ามันสำปะหลัง.” วิทยานิพนธ์ปริญญาการศึกษามหาบัณฑิต, สาขาวิชาอุตสาหกรรมศึกษา บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2553.

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กระทรวงเกษตรและสหกรณ์. อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย. [https://www2.moac.go.th/ewt\\_news.php?nid=194&filename=index](https://www2.moac.go.th/ewt_news.php?nid=194&filename=index) (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2561).

กระทรวงการต่างประเทศ. กรมองค์การระหว่างประเทศ. ความตกลงปารีส: ก้าวสำคัญของการดำเนินการด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ. [http://www.mfa.go.th/thai\\_inter\\_org/th/services](http://www.mfa.go.th/thai_inter_org/th/services) (สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2561).

กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. รายงานสถานการณ์คุณภาพด้านสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2550. <http://www.onep.go.th>. 27 ธันวาคม 2561.

กระทรวงพลังงาน. สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน. รายงานภาพรวมพลังงานเดือนมกราคม 2562. <http://www.eppo.go.th>. 23 เมษายน 2562.

กระทรวงพลังงาน. กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน. โครงการศึกษากำหนดมาตรฐานของ Biomass Pellet เพื่อพัฒนาเป็นเชื้อเพลิงชีวมวลสำหรับอนาคต. <http://e-lib.dede.go.th>. 11 ธันวาคม 2561. 4-1-4-12

การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย. กองสื่อสารภายนอก. ฝ่ายสื่อสารและประชาสัมพันธ์องค์กร. ความต้องการพลังไฟฟ้าสูงสุด. <https://www.egat.co.th> . 22 เมษายน 2562

การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย. กองสื่อสารภายนอก. ฝ่ายสื่อสารและประชาสัมพันธ์องค์กร. สัดส่วนการใช้  
เชื้อเพลิงผลิตพลังงานไฟฟ้าในระบบของ กฟผ. ปี 2562. <https://www.egat.co.th>. 22 เมษายน  
2562.

นิത്യอินันท์ บริรักษ์. “เชื้อเพลิงชีวมวลอัดเม็ด (Wood pellets).” <http://www.ete.eng.cmu.ac.th> . 12 มกราคม  
2562.

### เอกสารไม่ตีพิมพ์

ไทย. รัฐสภา. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. คณะทำงานศึกษาเชิงบูรณาการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนา  
เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ในคณะกรรมการการพลังงาน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุม  
คณะทำงาน ครั้งที่ 4/2561 วันพฤหัสบดีที่ 22 กุมภาพันธ์ 2561.

ไทย. รัฐสภา. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. คณะทำงานศึกษาเชิงบูรณาการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนา  
เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ในคณะกรรมการการพลังงาน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุม  
คณะทำงาน ครั้งที่ 6/2561 วันพฤหัสบดีที่ 8 มีนาคม 2561.

ไทย. รัฐสภา. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. คณะทำงานศึกษาเชิงบูรณาการส่งเสริมการผลิต การใช้ และการพัฒนา  
เชื้อเพลิงชีวมวลอัดแท่ง ในคณะกรรมการการพลังงาน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุม  
คณะทำงาน ครั้งที่ 7/2561 วันพฤหัสบดีที่ 15 มีนาคม 2561.

**พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือกับการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือของประเทศไทย**

**THE CIVIL LIABILITY FOR OIL POLLUTION DAMAGE CAUSED BY SHIP ACT, B.E. 2560 FOR CONTROLLING MARINE POLLUTION FROM OPERATION OF VESSELS**

**พิชชา ใจสมคม\***

**Picha Jaisomkom**

**บทคัดย่อ**

ความรับผิดต่อความเสียหายจากภาวะมลพิษที่เกิดจากเรือที่ปรากฏในกฎหมายภายในของรัฐนั้นมีทั้งมาตรการทางปกครอง มาตรการทางอาญา และมาตรการทางแพ่ง แต่เนื่องจากความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือนั้นแม้จะมีสัดส่วนเพียงร้อยละ 12 เมื่อเทียบกับมลพิษจากแหล่งอื่นก็ตาม แต่หากขาดการป้องกันและควบคุมที่มีประสิทธิภาพแล้วภาวะมลพิษจากเรือจะเพิ่มขึ้นและก่อความเสียหายต่อสุขภาพอนามัย การดำรงชีวิตของมนุษย์ ความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอันนำมาซึ่งปัญหาด้านเศรษฐกิจและสังคม และมาตรการทางแพ่งหรือความรับผิดทางแพ่งนั้นเป็นมาตรการที่มีความสำคัญต่อการเยียวยาความเสียหายและการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมทางทะเลและชายฝั่งรวมถึงบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากภาวะมลพิษที่เกิดจากเรือนั้น มาตรการทางแพ่งจึงเป็นมาตรการที่กำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นทั้งต่อสิ่งแวดล้อมและบุคคลที่ได้รับความเสียหาย แต่เมื่อพิจารณาอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ ค.ศ. 1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) และพิธีสาร 1978 ซึ่งรวมเรียกว่า MARPOL 73/78 นั้น ไม่ปรากฏเรื่องความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายอันเกิดจากภาวะมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือไว้มีเพียงอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากภาวะมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution, 1992: CLC) ที่บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งสำหรับความเสียหายจากภาวะมลพิษจากเรือไว้ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือเพื่ออนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าว จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีผลต่อการควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ บทความนี้เขียนขึ้นเพื่อชี้ให้เห็นถึงมาตรการทางกฎหมายที่ปรากฏในพระราชบัญญัตินี้ซึ่งมีทั้งที่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือได้อย่างมีประสิทธิภาพ และบางมาตรการยังมีข้อจำกัดอยู่ ซึ่งจะก่อให้เกิดการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งอันเกิดจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือของประเทศไทยต่อไป

**คำสำคัญ**

ความรับผิดทางแพ่ง มลพิษทางทะเล ปฏิบัติการของเรือ พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

**ABSTRACT**

Liability for damages from marine pollutions from operation of vessels existed in domestic law consist of administrative measures, criminal measures and civil measures. Although percentage

\* นักศึกษาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : pitchajai@gmail.com

of damages to environment caused by marine pollutions from operation of vessels account for only 12% comparing to pollution from other source, lack of preventive and controlling measures leads to increasing pollutions from ship and inflict the great impact on living of people and natural resources resulting in economic and social issues. Civil liability plays an important role in recovery of marine environment and remedy of people affected by that pollution. Civil liability, therefore, determines that polluter have to be responsible to that damages to either environment or affected people. However, when considering the International Convention for the Prevention of Pollutions from Ship, 1973 and protocol 1978: MARPOL73/78, civil liability for damages from marine pollution from operation of vessels does not exist. Only in the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution, 1992: CLC that civil liability for damage from pollution from ship is mentioned. Thailand as a party to CLC needs to define legal measures regarding civil liability for damage from oil pollution from ship in order to implement that CLC. The Civil Liability for Oil Pollution Damage Caused by Ship Act, B.E. 2560 was therefore legislated to control marine pollution from operation of vessels. This article suggests that It is apparent some legal measures in this act are effective in terms of remedy for damages caused by marine pollution from ship. However, there are some limitations in some measures going to develop the Law about Civil Liability for Oil Pollution Damage Caused by Ship of Thailand

#### **Keywords**

Marine pollution, operation of vessels, The Civil Liability for Oil Pollution Damage Caused by Ship Act, B.E. 2560

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันจากปฏิบัติการของเรือ

ปัญหามลพิษที่เกิดจากเรือสามารถเกิดได้ทุกบริเวณที่เรือนั้นแล่นผ่านไม่ว่าจะเป็นบริเวณที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติหรือนอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ และความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่เกิดจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากปฏิบัติการของเรือสร้างความเสียหายให้กับบุคคลและทรัพย์สินของเอกชน หรือของรัฐอื่น ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจและสังคม ดังนั้นผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่ถูกทำลายสมควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินการธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้นมีมูลค่ามหาศาล จึงจำเป็นต้องหาหลักเกณฑ์และวิธีการขึ้นมาเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวให้ทันทั่วถึง จึงทำให้เกิดการพัฒนาหลักเรื่องความรับผิดของรัฐภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นมา คือการกำหนดความรับผิดทางแพ่งภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ผู้กระทำโดยเฉพาะเจ้าของเรือมีความรับผิดเคร่งครัดแต่จำกัดความรับผิดตามวงเงินตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา<sup>1</sup> ความรับผิดทางแพ่งในความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้รับการพัฒนาขึ้นมาจากหลักความรับผิดทางละเมิด<sup>2</sup> ภายใต้แนวคิดที่ว่าเมื่อบุคคลกระทำความผิดไม่ว่าจะโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อ ก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น มาตราฐานความรับผิดทางแพ่งของความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมปัจจุบัน อยู่ภายใต้หลักความรับผิดบนพื้นฐานความผิดที่เป็นความรับผิดในการกระทำที่เป็นความผิด ซึ่งเป็นแนวคิดช่วงต้นของพัฒนาการเรื่องความรับผิดทางสิ่งแวดล้อมและยังคงปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งในความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมบางประเภทในปัจจุบันเช่น การขนส่งของเสียอันตรายข้ามเขต การกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัด เป็นบทสันนิษฐานของผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษหรือกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมที่แม้ไม่มีการกระทำที่เป็นความผิดแต่ยังคงต้องรับผิดตามหลักความรับผิดของผู้ก่อมลพิษ และหลักความรับผิดเด็ดขาดที่เป็นบทสันนิษฐานความรับผิดที่เป็นความผิดโดยปราศจากข้อยกเว้นความรับผิดที่โดยส่วนใหญ่จะใช้กับกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมนั้นมีความร้ายแรงจากกิจกรรมบางประเภท ซึ่งหลักการเหล่านี้ได้ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งในความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมหลายฉบับในปัจจุบัน<sup>3</sup> โดยหลักการแล้วรัฐย่อมเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ที่ก่อความเสียหายให้รับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ เพราะสิ่งแวดล้อมถือเป็นสาธารณสมบัติที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐ ส่วนกรณีที่เป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัยและทรัพย์สินของเอกชน สิทธิเรียกร้องดังกล่าวย่อมครอบคลุมถึงเอกชนและประชาชนทั่วไปที่ได้รับความเสียหายเช่นนั้น<sup>4</sup> สำหรับความหมายของความรับผิดทางแพ่งนั้น สิ่งสำคัญคือ การจำแนกความแตกต่างระหว่างความรับผิดของรัฐ และความรับผิดทางแพ่งของเอกชน สำหรับความรับผิดของรัฐนั้น หมายถึง ความรับผิดระหว่างประเทศของบุคคลที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “ความรับผิดชอบชดของรัฐ” ในขณะที่ความรับผิดทางแพ่งระหว่างประเทศเป็นความรับผิดของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่รัฐได้ยอมรับตามพันธกรณีของสนธิสัญญา ดังเช่นการที่รัฐอนุวัติการพันธกรณีตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ (MARPOL 73/78) หรืออนุสัญญาว่าระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจากภาวะมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 (International on

<sup>1</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, มาตรการทางกฎหมายสำหรับการป้องกันและควบคุมมลพิษน้ำมันจากการปะทะของเรือบรรทุกน้ำมันกับเรือหรือสิ่งอื่นใดในทะเล, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีการศึกษา 2556.

<sup>2</sup> A.E. Boyle, “Globalizing Environmental Liability : The Interplay of National and International Law,” 17 *Journal of Environmental Law* 3, (2005), pp 3-5.

<sup>3</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, *อ้างแล้ว*, เชิงบรรณที่ 1 .

<sup>4</sup> *เพ็งอ้อ*.

Civil Liability for Oil Pollution,1992: CLC) มาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน<sup>5</sup> ส่วนความรับผิดทางแพ่งสำหรับมลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ นั้น หมายถึงการที่รัฐบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาหรือจารีตระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไปขึ้น เพื่อกำหนดให้เอกชนมีสิทธิหน้าที่บางประการตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงความรับผิดเมื่อได้กระทำผิดต่อหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งที่ใช้บังคับความสัมพันธ์ในทางแพ่งระหว่างเอกชนกับเอกชนให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามช่องทางของกฎหมายภายในของรัฐได้ โดยการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายทางกฎหมายระหว่างผู้เสียหายกับผู้ก่อความเสียหายจากมลพิษซึ่งแตกต่างกันให้มีความเป็นเอกภาพ ดังนั้นความรับผิดทางแพ่งสำหรับความเสียหายจากมลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ จึงหมายถึง ความรับผิดในการชดเชยเยียวยาความเสียหายทางการเงินบนพื้นฐานของกฎหมายภายในของรัฐทางแพ่งในรูปแบบเดียวกันของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสำหรับความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากปฏิบัติการของเรือ<sup>6</sup>

**2. แนวความคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับมลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ**สืบเนื่องจากปัญหามลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ นั้นจะส่งผลกระทบต่อบริเวณที่เกิดการรั่วไหลและทำให้เกิดมลพิษข้ามเขต และโดยมากผู้ที่ก่อมลพิษมักเป็นเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งและประกอบกิจการน้ำมัน แม้ว่าเอกชนนั้นจะเกี่ยวข้องกับรัฐก็ตามแต่เป็นเรื่องยากสำหรับรัฐที่จะยอมรับว่ามีส่วนเกี่ยวข้องและมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันของเอกชนนั้นก็ตาม องค์การทางทะเลระหว่างประเทศจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันและควบคุมมลพิษน้ำมันจากเรือขึ้นมา นอกจากนี้คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติยังช่วยพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเรื่องความ “ความรับผิดทางแพ่ง”<sup>7</sup> แยกออกจากกระบวนเดิมซึ่งเป็นความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศและความรับผิดระหว่างประเทศสำหรับกิจกรรมที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนของหลักเกณฑ์และทางปฏิบัติของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องของสิ่งแวดล้อมทางทะเล และการจัดการปัญหาความเสียหายของมลพิษข้ามเขตของรัฐเกี่ยวกับมลพิษน้ำมัน เนื่องจากเดิมมีแนวคิดที่ว่าความรับผิดชอบของรัฐมักยึดโยงอยู่กับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของการดูแลและควบคุมกิจการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายด้วยความระมัดระวังตามสมควรจึงไม่ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายหรือควบคุมได้โดยใช้ความระมัดระวังตามสมควร ซึ่งจะทำให้รัฐหลุดพ้นความรับผิดทำให้การชดใช้ความเสียหายไม่สามารถทำได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงเพราะแม้รัฐจะใช้ความระมัดระวังดีเพียงใดความเสียหายที่เกิดจากมลพิษจากเรือก็ยังคงเกิดขึ้นได้อยู่ดีประกอบกับการขนส่งน้ำมันของเรือบรรทุกน้ำมันส่วนใหญ่ผู้ประกอบการคือเอกชนการจะให้ถือว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของรัฐจึงไม่ชอบด้วยเหตุผลเท่าใด จึงมีความพยายามในการพัฒนา “ความรับผิดทางแพ่ง” ขึ้นมา<sup>8</sup> นอกจากนี้แนวคิดเดิมที่ให้รัฐมีความรับผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นการทำลายหลักใครก่อมลพิษคนนั้นเป็นผู้จ่าย<sup>9</sup> เนื่องจากเอกชนเป็นผู้ก่อมลพิษ ซึ่งหากอนุญาตให้มีการไล่เบี้ยโดยตรงกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลย่อมเป็นไปได้ตามหลักใครก่อมลพิษคนนั้นเป็นผู้จ่าย สะดวกในการเรียกร้องค่าเสียหายและเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Anne Daniel, “Civil Liability Regimes as a Complement to Multinational Environmental Agreement : Sound International policy or False Comfort?”, *RECIEL* 12(3) : 225,”

<sup>6</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, *อ้าวแล้ว*, เชียงอรรถที่ 1.

<sup>7</sup> สำหรับความรับผิดทางแพ่งนั้น ประกอบด้วยความรับผิดตามสัญญา ความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมาย.

<sup>8</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, *อ้าวแล้ว*, เชียงอรรถที่ 1.

<sup>9</sup> ดูหลักการที่ 16 ในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายถือเป็นนโยบายสิ่งแวดล้อมของ OECD และ EC ด้วย.

<sup>10</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, *อ้าวแล้ว*, เชียงอรรถที่ 1.

### 3. ความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากภาวะมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ

MARPOL 73/78 เป็นอนุสัญญาหลักที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมมลพิษที่เกิดจากเรือซึ่งรวมถึงมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือด้วย แต่อนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายที่เกิดจากมลพิษจากปฏิบัติการของเรือหากเกิดความเสียหายกับสิ่งแวดล้อมทางทะเลไว้แต่อย่างใด แต่ความรับผิดทางแพ่งดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจากภาวะมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 (International on Civil Liability for Oil Pollution, 1992: CLC) ซึ่งประเทศไทยได้อนุมัติการกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมัน พ.ศ. 2560 เพื่อให้มีการชดใช้ความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน โดยกำหนดให้เจ้าของเรือต้องรับผิดอย่างเคร่งครัดและต้องเอาประกันภัยหรือจัดหาหลักประกันทางการเงินอื่นใดเพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ<sup>11</sup> ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.1 ขอบเขตการบังคับใช้ CLC ความรับผิดตาม CLC จะเกิดขึ้นเมื่อมลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ นั้นได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีซึ่งรวมถึงทะเลอาณาเขต และเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐภาคีด้วย<sup>12</sup> ในกรณีที่รัฐภาคีไม่ได้ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะไว้ ความรับผิดทางแพ่งตาม CLC ให้ขยายไปถึงบริเวณที่ถัดจากหรือประชิดติดต่อกับทะเลอาณาเขตของรัฐภาคีตามที่รัฐภาคีได้กำหนดไว้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นตามข้อ 3 UNCLOS<sup>13</sup> ไม่เกิน 200 ไมล์ทะเลจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขต<sup>14</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงทำให้ความรับผิดทางแพ่งตาม CLC จะใช้บังคับในบริเวณดินแดนทั้งหมดของรัฐภาคีซึ่งรวมถึงทะเลอาณาเขตซึ่งมีความกว้างไม่เกิน 12 ไมล์ทะเล และพื้นที่ทางทะเลที่ถัดจากและประชิดติดต่อกับทะเลอาณาเขตนั้นไม่เกิน 200 ไมล์ทะเล<sup>15</sup>

3.2 บุคคลที่มีความรับผิดตาม CLC มี 2 กรณีกล่าวคือ กรณีที่เรือนั้นได้มีการจดทะเบียน บุคคลที่มีความรับผิดตาม CLC คือ “เจ้าของเรือ” ซึ่งไม่ว่าจะเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่ได้จดทะเบียนเรือนั้นก็ตาม ในกรณีที่เรือนั้นไม่ได้จดทะเบียน บุคคลที่มีความรับผิดตาม CLC คือ บุคคลที่หนึ่งหรือหลายคนที่เป็นเจ้าของเรือตามความเป็นจริง

<sup>11</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, “กฎหมายเกี่ยวกับมลพิษน้ำมันทางทะเลของประเทศไทย,” โครงการสัมมนาวิชาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2561 หัวข้อ บทบาทของศาลต่างประเทศและศาลไทยในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายเกี่ยวกับการบล็อกเว็บไซต์ และกฎหมายเกี่ยวกับมลพิษน้ำมันทางทะเล, จัดโดยศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, โรงแรมเซ็นทารา แกรนด์ เซ็นทรัลพลาซ่า ลาดพร้าว กรุงเทพฯ, 2561.

<sup>12</sup> UNCLOS Article 57.

The exclusive economic zone shall not extend beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured.

<sup>13</sup> UNCLOS ARTICLE 3.

Every State has the right to establish the breadth of its territorial sea up to a limit not exceeding 12 nautical miles, measured from baselines determined in accordance with this Convention.

<sup>14</sup> CLC ARTICLE 2.

This Convention shall apply exclusively:

a. to pollution damage caused:

(i) in the territory, including the territorial sea, of a Contracting State, and

(ii) in the exclusive economic zone of a Contracting State, established in accordance with international law, or, if a Contracting State has not established such a zone, in an area beyond and adjacent to the territorial sea of that State determined by that State in accordance with international law and extending not more than 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured;

<sup>15</sup> เดือนเด่น นาควสุนทรราช, ภาวะมลพิษทางทะเลจากเรือ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561).



นอกจากนี้หากเป็นกรณีของเรือที่เป็นเจ้าของและดำเนินการโดยบริษัทที่ได้จดทะเบียนในรัฐนั้นว่าเป็นผู้ประกอบการกิจการเดินเรือ (ship operation) คำว่า “เจ้าของเรือ” ให้หมายความถึงบริษัทดังกล่าว<sup>16</sup>

3.3 เหตุยกเว้นความรับผิดของเจ้าของเรือ เจ้าของเรืออาจหลุดพ้นจากความรับผิดตาม CLC ได้หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันจากเรือนั้นเป็นผลมาจากสงคราม การกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ (hostilities) สงครามกลางเมือง (Civil War) การจลาจล (insurrection) หรือปรากฏการณ์ธรรมชาติที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงและป้องกันได้ หรือเกิดขึ้นทั้งหมดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจให้เกิดความเสียหายโดยบุคคลที่สาม และเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อหรือการกระทำละเมิดทั้งหมด (wrongful act) ของรัฐบาลหรือหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบดูแลรักษาประการหรือเครื่องช่วยในการเดินเรืออื่นในการปฏิบัติหน้าที่นั้น<sup>17</sup>

3.4 การจำกัดความรับผิดทางแพ่งของเจ้าของเรือตาม CLC แม้ว่าความรับผิดตาม CLC ของเจ้าของเรือนั้นจะมีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดก็ตาม แต่ CLC ได้อนุญาตให้เจ้าของเรือจำกัดความรับผิดของตนต่ออุบัติเหตุครั้งหนึ่ง ๆ ดังนี้ 4,510,000 หน่วยบัญชี (units of account) หรือ SDR<sup>18</sup> สำหรับเรือที่มีขนาดไม่เกิน 5,000 ตันกรอส<sup>19</sup> แต่สำหรับเรือที่มีขนาดเกินกว่า 5,000 ตันกรอส ให้เพิ่มจาก 4,510,000 หน่วยบัญชี SDR อีกตันกรอสละ 631 SDR ทั้งนี้จำนวนรวมของความรับผิดทั้งหมดจะต้องไม่เกิน 89,770,000<sup>20</sup> อย่างไรก็ตามเจ้าของเรือไม่อาจจำกัดความรับผิดทางแพ่งของตนได้ หากพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายจากมลพิษน้ำมันที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการ

<sup>16</sup> CLC Article 1

1. "Owner" means the person or persons registered as the owner of the ship or, in the absence of registration, the person or persons owning the ship. However in the case of a ship owned by a State and operated by a company which in that State is registered as the ship's operator, "owner" shall mean such company.

<sup>17</sup> CLC Article 3

No liability for pollution damage shall attach to the owner if he proves that the damage:

(a) resulted from an act of war, hostilities, civil war, insurrection or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character, or

(b) was wholly caused by an act or omission done with intent to cause damage by a third party, or

(c) was wholly caused by the negligence or other wrongful act of any Government or other authority responsible for the maintenance of lights or other navigational aids in the exercise of that function.

<sup>18</sup> ตาม CLC Article 5 Paragraph 9 คำว่า “unit of account” หมายความว่า “สิทธิพิเศษถอนเงิน” (special Drawing Right: SDR) ตามที่ได้นิยามไว้โดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund)

<sup>19</sup> ตาม CLC Article 5 Paragraph 10 “หน่วยตัน” (unit of tonnage) ของเรือ หมายถึง “ตันกรอส” ซึ่งคิดคำนวณตามข้อบังคับการวัดขนาดตันของเรือตามภาคผนวก 1 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการวัดขนาดตันของเรือ ค.ศ. 1996 (International Convention on Tonnage Measurement of Ships, 1996)

<sup>20</sup> CLC Article 5 paragraph 1

1. The owner of a ship shall be entitled to limit his liability under this Convention in respect of any one incident to an aggregate amount calculated as follows:

(a) 3 million units of account for a ship not exceeding 5,000 units of tonnage;

(b) for a ship with a tonnage in excess thereof, for each additional unit of tonnage, 420 units of account in addition to the amount mentioned in subparagraph (a); provided, however, that this aggregate amount shall not in any event exceed 59.7 million units of account.

กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยส่วนตนของเจ้าของเรือซึ่งกระทำโดยจงใจให้เกิดความเสียหายนั้นหรือละเลยไม่เอาใจใส่ทั้งที่รู้ว่าจะความเสียหายจากภาวะมลพิษน้ำมันอาจเกิดขึ้นได้<sup>21</sup> กรณีที่เจ้าของเรือจะถือเอาประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดทางแพ่งได้เจ้าของเรือจะต้องจัดเงินกองทุน (fund) สำหรับจำนวนเงินที่ตนมีสิทธิจำกัดความรับผิดและต้องวางเงินกองทุนนั้นไว้ต่อศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐบาลีของ CLC ซึ่งมีการฟ้องคดีเกิดขึ้นตามข้อ 9 ของ CLC โดยการวางเงินกองทุนนี้เจ้าของเรือสามารถวางเป็นเงินสดหรือหนังสือค้ำประกันที่โดยธนาคารหรือหลักประกันอื่นๆ อันเป็นที่ยอมรับตามกฎหมายของรัฐบาลีของ CLC ที่มีการจัดเงินกองทุนและศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจเห็นว่าเพียงพอ<sup>22</sup> ศาลหรือหน่วยงานที่มีเขตอำนาจหรืออำนาจในการรับวางเงินกองทุนจากเรือนั้นก็คือศาลหรือหน่วยงานของรัฐบาลีของ CLC ที่อุบัติการณ์ก่อให้เกิดความเสียหายจากภาวะมลพิษน้ำมันจากเรือเกิดขึ้นในดินแดนรวมทั้งทะเลอาณาเขตหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือในบริเวณไม่เกิน 200 ไมล์ทะเลวัดจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขตในกรณีที่รัฐบาลีไม่ได้ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะเช่นนั้นหรือศาลหรือหน่วยงานของรัฐบาลีของ CLC ที่การดำเนินการมาตรการป้องกันความเสียหายจากภาวะมลพิษเกิดขึ้นในเขตดังกล่าว<sup>23</sup> หลังจากที่เจ้าของเรือได้วางเงินกองทุนไว้ต่อศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐบาลีของ CLC หลังจากเกิดอุบัติเหตุและขอที่จะจำกัดความรับผิดตาม CLC แล้ว ห้ามไม่ให้บุคคลใดซึ่งมีสิทธิเรียกร้องเพื่อความปลอดภัยจากภาวะมลพิษน้ำมันจากเรือซึ่งเกิดจากอุบัติเหตุใช้นั้นใช้สิทธิใดๆ เรียกร้องต่อทรัพย์สินอื่นใดของเจ้าของเรือเกี่ยวกับการเรียกร้องความปลอดภัยจากภาวะมลพิษจากอุบัติเหตุอันนั้นอีกและศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐบาลีของ CLC จะต้องสั่งให้ปล่อยเรือหรือทรัพย์สินอื่นๆ ของเจ้าของเรือที่ถูกกักหรือยึดไว้อันเนื่องจากสิทธิเรียกร้องเพื่อความปลอดภัยจากภาวะมลพิษซึ่งเกิดจากอุบัติเหตุอันนั้นและจะต้องสั่งให้ถอนประกันหรือหลักประกันอื่นที่ได้ให้ไว้เพื่อไม่ให้มีการกักหรือยึดเช่นนั้นด้วย

### 3.5 การชดเชยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากมลพิษจากปฏิบัติการของเรือตาม CLC

โดยทั่วไปการชดเชยความเสียหายให้กับสิ่งแวดล้อม การชดเชยค่าเสียหายเป็นมาตรการที่สำคัญของความรับผิดทางแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อมและชดเชยความสูญเสียในการดำรงชีวิตอย่างปกติสุขและสุขภาพอนามัยของมนุษย์ให้คืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุด ซึ่งในการประเมินมูลค่าต้องใช้มาตรการทางเศรษฐศาสตร์ในการประเมินมูลค่าความเสียหาย ซึ่งโดยทั่วไปการฟื้นฟูความเสียหายมักจำกัดขอบเขตเพียงในความเสียหายต่อมนุษย์ ทรัพย์สิน ความสูญเสียทางเศรษฐกิจและทรัพยากรธรรมชาติแต่จะไม่ครอบคลุมถึงระบบนิเวศของสิ่งแวดล้อม การชดเชยความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสูญเสียทางเศรษฐกิจของเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพยากรธรรมชาติเป็นสำคัญ<sup>24</sup> หลักในการชดเชยความเสียหายของสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากมลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือนั้นมีวัตถุประสงค์คือต้องให้ผู้กระทำต้องรับผลในความผิดไม่ว่าผู้กระทำ

<sup>21</sup> CLC Article 5 paragraph 2

2. The owner shall not be entitled to limit his liability under this Convention if it is proved that the pollution damage resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such damage, or recklessly and with knowledge that such damage would probably result.

<sup>22</sup> CLC Article 5 Paragraph 3

3. For the purpose of availing himself of the benefit of limitation provided for in paragraph 1 of this Article the owner shall constitute a fund for the total sum representing the limit of his liability with the Court or other competent authority of any one of the Contracting States in which action is brought under Article IX or, if no action is brought, with any Court or other competent authority in any one of the Contracting States in which an action can be brought under Article IX. The fund can be constituted either by depositing the sum or by producing a bank guarantee or other guarantee, acceptable under the legislation of the Contracting State where the fund is constituted, and considered to be adequate by the Court or other competent authority.

<sup>23</sup> เตือนเด่น นาคสีหราช, *อ่าวแล้ว*, เชียงอรรถที่ 15.

<sup>24</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, *อ่าวแล้ว*, เชียงอรรถที่ 1.

จะจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับผู้เสียหายให้กลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้นให้ได้มากที่สุดโดยพิจารณาจากความเสียหายที่แท้จริง และมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้นนอกจากจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่แท้จริงแล้วยังรวมถึงค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางแพ่งด้วย อย่างไรก็ตามก็ต้องพิจารณาด้วยว่าความเสียหายที่จะได้รับการชดเชยนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่ถึงขนาดที่ไม่อาจเพิกเฉยได้เมื่อเทียบเคียงกับความเสียหายอื่นใดที่มีลักษณะเงื่อนไขเช่นว่านั้นและความเสียหายนั้นต้องคาดหมายได้<sup>25</sup> ตาม CLC ได้กำหนด “ความเสียหายจากมลพิษ” ที่เกิดขึ้นไม่ใช่เพียงค่าเสียหายจากการบาดเจ็บของบุคคลเท่านั้น แต่รวมไปถึงความเสียหายต่อทรัพย์สินและค่าขาดกำไรด้วย<sup>26</sup> สำหรับการเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมจำกัดเฉพาะมาตรการที่เหมาะสม (cost of reasonable measures) ที่ได้ดำเนินการจริง (actually undertaken) หรือจะดำเนินการสำหรับฟื้นฟูสิ่งแวดล้อม (to be undertaken to reinstate the environment) ด้วย<sup>27</sup> แต่ CLC ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนของค่าเสียหาย (quantification of damages) เช่นการสูญเสียรายได้ในอนาคต (loss of future earnings) เป็นต้นแต่อนุสัญญาดังกล่าวกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลภายในของรัฐเป็นผู้กำหนด<sup>28</sup> นอกจากนี้ CLC ยังได้กำหนดความรับผิดไม่ใช่เฉพาะความเสียหายจากมลพิษที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้นแต่รวมไปถึงภัยอันตรายที่ร้ายแรงและใกล้จะถึงจากการก่อให้เกิดความเสียหายเช่นว่านั้น<sup>29</sup> ดังนั้นโจทก์สามารถได้รับความเสียหายไม่ใช่เพียงสำหรับมาตรการป้องกันภายหลังจากการเกิดมลพิษเท่านั้น แต่รวมถึงมาตรการที่ได้ทำขึ้นเพื่อป้องกันอันตรายนั้นด้วย<sup>30</sup>

#### 4. พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 กับ การควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือของประเทศไทย

พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรื่อนั้นไม่ได้เกิดจากการอนุวัติการ MARPOL 73/78 ซึ่งเป็นอนุสัญญาหลักที่ควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือทั้งมลพิษที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการของเรือและมลพิษที่เกิดจากอุบัติเหตุในการเดินเรือไว้ แต่บทบัญญัติเรื่องความรับผิดทางแพ่งดังกล่าวกลับปรากฏอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจากภาวะมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution, 1992: CLC) ซึ่งประเทศไทยเตรียมความพร้อมในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งสำหรับความเสียหายจากมลพิษของน้ำมัน ค.ศ. 1992 (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992 : CLC) จึงได้อนุวัติการกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมัน พ.ศ. 2560 เพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน โดยกำหนดให้เจ้าของเรือต้องรับผิดอย่างเคร่งครัดและต้องเอาประกันภัยหรือจัดหาหลักประกันทางการเงินอื่นใดเพื่อชดเชยความเสียหายโดยมีรายละเอียดดังนี้

<sup>25</sup> อุดมศักดิ์ สนธิพงษ์, ฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดทางแพ่ง การชดเชยเยียวยา และการระงับข้อพิพาท,(มปป.) น. 286

<sup>26</sup> CLC Article 1

For the purposes of this Convention:

6. "Pollution damage" means loss or damage caused outside the ship carrying oil by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, and includes the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช,อ้างแล้ว, เชียงอรรถที่ 1.

<sup>29</sup> Article 8, *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

4.1 ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ว่า ถูกบัญญัติขึ้นโดยอ้างอิงตาม CLC และประเทศไทยได้ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะกำหนดความกว้างไว้ 200 ไมล์ทะเลวัดจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขตแล้ว<sup>31</sup> ทำให้พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับเหนือทะเลอาณาเขตรวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทยด้วย<sup>32</sup> ซึ่งเป็นมาตรการที่ดีเนื่องจากมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือที่ขึ้นได้ในทุกบริเวณที่เรือที่แล่นผ่านทั้งบริเวณที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติ (National jurisdiction) ได้แก่ แผ่นดิน (land) น้ำน่านภายใน (internal water) ทะเลอาณาเขต (territorial sea) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone) และไหล่ทวีป (continental shelf)<sup>33</sup> และบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติ ได้แก่ ทะเลหลวง และความเสียหายจากมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือสามารถกระจายเป็นวงกว้าง การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งให้มีผลใช้บังคับเฉพาะบริเวณทะเลอาณาเขตจึงแคบเกินไป ซึ่งรัฐชายฝั่งมีสิทธิที่จะประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะและบังคับใช้กฎหมายเหนือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐตนได้<sup>34</sup> แต่รัฐไม่ได้มีเขตเศรษฐกิจจำเพาะโดยอัตโนมัติ หากรัฐชายฝั่งต้องการใช้อำนาจของตนในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ รัฐชายฝั่งนั้นต้องประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะเสียก่อน<sup>35</sup> ประเทศไทยได้ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะมีความกว้าง 200 ไมล์ทะเลวัดจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขตเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2524<sup>36</sup>

<sup>31</sup> ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยด้านอ่าวไทยส่วนที่ประชิดกับเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศมาเลเซีย, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 105 ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2531 และประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยด้านทะเลอันดามัน, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 105 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 2531

<sup>32</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 11

<sup>33</sup> UNCLOS Article 208

1 Coastal States shall adopt laws and regulations to prevent, reduce and control pollution of the marine environment arising from or in connection with seabed activities subject to their jurisdiction and from artificial islands, installations and structures under their jurisdiction, pursuant to articles 60 and 80.

<sup>34</sup> UNCLOS Article 56

Rights, jurisdiction and duties of the coastal State in the exclusive economic zone

1. In the exclusive economic zone, the coastal State has:

(a) sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsoil, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds;

(b) jurisdiction as provided for in the relevant provisions of this Convention with regard to:

(i) the establishment and use of artificial islands, installations and structures;

(ii) marine scientific research;

(iii) the protection and preservation of the marine environment;

(c) other rights and duties provided for in this Convention.

2. In exercising its rights and performing its duties under this Convention in the exclusive economic zone, the coastal State shall have due regard to the rights and duties of other States and shall act in a manner compatible with the provisions of this Convention.

3. The rights set out in this article with respect to the seabed and subsoil shall be exercised in accordance with Part VI.

<sup>35</sup> จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว, กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.297.

<sup>36</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 98 (1) ตอนที่ 30 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2524.

ทำให้ประเทศไทยมีเขตอำนาจสามารถออกกฎหมายและใช้บังคับกฎหมายเหนือในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลได้ แต่ที่ผ่านมากฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่มีผลใช้บังคับเหนือเขตเศรษฐกิจจำเพาะยังจำกัดอยู่ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2560<sup>37</sup> พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535<sup>38</sup> ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันก็ยังไม่ได้ใช้บังคับเหนือบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากรือ พ.ศ. 2560 มีผลบังคับใช้เหนือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ<sup>39</sup> จึงทำให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมการควบคุมมลพิษทางทะเลใช้บังคับ ทำให้แก้ปัญหาคอมมัลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของที่เกิดขึ้นนอกบริเวณทะเลอาณาเขตได้ ซึ่งมลพิษจากรือที่เกิดในบริเวณนี้มักเกิดขึ้นได้ง่ายและไม่มีผู้ใดกล่าวอ้างความเสียหายการประกาศให้พระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับนอกจากจะทำให้สามารถหาผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งส่งผลต่อการเยียวยาความเสียหายทั้งต่อผู้เสียหายและสิ่งแวดล้อมแล้ว ยังทำให้เจ้าของเรือใช้ความระมัดระวังในการควบคุมมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือมากขึ้นในทางอ้อมด้วย

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งอันเกิดจากความเสียหายจากภาวะมลพิษน้ำมันยังมีข้อบกพร่อง กล่าวคือพระราชบัญญัติฯ จำกัดเฉพาะน้ำมันที่รั่วไหลจากปฏิบัติการของเรือเท่านั้นไม่รวมถึงมลพิษอย่างอื่น เช่น สารเคมี น้ำเสีย หรือสิ่งปนเปื้อนจากรือ ทำให้ความรับผิดทางแพ่งดังกล่าวไม่ครอบคลุมมลพิษทั้งหมดที่รั่วไหลหรือปล่อยทิ้งจากปฏิบัติการของเรือ หากพิจารณาตาม MARPOL 73/78 ซึ่งเป็นอนุสัญญาหลักที่ควบคุมมลพิษที่เกิดจากรือซึ่งรวมถึงมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือซึ่งมีมาตรการสำคัญคือการแยกประเภทมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือประเภทต่างๆ โดยกำหนดให้มลพิษที่มีความสำคัญปรากฏอยู่ในภาคผนวกที่มีลักษณะบังคับกล่าวคือ ภาคผนวกที่ 1 และ 2 โดยรัฐภาคีไม่อาจตั้งข้อสงวนได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึงเฉพาะมลพิษ “น้ำมัน” ที่เกิดจากรือแต่ไม่ได้บัญญัติถึง “ของเหลวที่เป็นพิษ”<sup>40</sup> แม้ว่าจะมีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุม “ของเหลวที่เป็นพิษ” อยู่ก็ตามแต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีลักษณะกระจัดกระจาย ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับการควบคุมมลพิษทางทะเลที่เป็นองค์รวมที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งจากมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือโดยตรง นอกจากนี้หากพิจารณาคำว่า “เรือ” ตามมาตรา 3<sup>41</sup> พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้หมายความถึง “เรือ” ที่ได้ให้คำนิยามไว้ใน MARPOL 73/78 ซึ่งรวมถึงเรือไฮโดรฟอยล์ (hydrofoil boats) พาหนะเบาะอากาศ (air cushioned vehicles) เรือดำน้ำ (submersibles) ยานลอยน้ำ (floating craft) และแท่นขุดเจาะทั้งที่ติดอยู่กับที่ (fix platform) และแบบลอยน้ำ (floating platform) ซึ่งหากประสงค์จะใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งฯ แทนการอนุวัติการ MARPOL 73/78 นั้นก็จะทำให้การอนุวัติการ MARPOL 73/78 ไม่ครบถ้วนในส่วนนิยามคำว่า “เรือ”

<sup>37</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนที่ 65 ก ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2560

<sup>38</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 109 ตอนที่ 37 ฉบับลงวันที่ 4 เมษายน 2535

<sup>39</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากรือ พ.ศ. 2560

มาตรา 5 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับ

- (1) ความเสียหายจากมลพิษที่เกิดขึ้น
- (ก) ในราชอาณาจักรไทยซึ่งรวมถึงทะเลอาณาเขต
- (ข) ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย

<sup>40</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากรือ พ.ศ. 2560 มาตรา 3

“น้ำมัน” หมายความว่า น้ำมันแร่ไฮโดรคาร์บอนที่สลายตัวยาก เช่น น้ำมันดิบ น้ำมันเตา น้ำมันดีเซลหนัก น้ำมันหล่อลื่น ไม่ว่าจะบรรทุกบนเรืออย่างสินค้าหรือในถังน้ำมันเชื้อเพลิงของเรือดังกล่าว

<sup>41</sup> “เรือ” หมายความว่า เรือเดินทะเลใด ๆ รวมทั้งยานพาหนะทางทะเลแบบใด ๆ ซึ่งได้ต่อหรือดัดแปลงขึ้นเพื่อใช้บรรทุกน้ำมันในระวางอย่างสินค้า สำหรับเรือที่สามารถบรรทุกได้ทั้งน้ำมันและสินค้าอื่นให้ถือว่าเป็นเรือตามความหมายนี้ต่อเมื่อเรือนั้นได้บรรทุกน้ำมันในระวางอย่างสินค้า และให้ถือว่าเป็นเรืออยู่ต่อไปในระหว่างการเดินทางภายหลังการบรรทุกน้ำมันจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าไม่มีน้ำมันเหลืออยู่ในระวาง

4.2 บุคคลที่มีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

โดยปรกติแล้วในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลของรัฐจะใช้อำนาจผ่านทางรัฐเจ้าของธงเรือ (flag state) รัฐชายฝั่ง (coastal) และรัฐท่าเรือ (port state) ซึ่งการควบคุมจากรัฐเจ้าของธงเรื่อนั้นมีความสำคัญเนื่องจากขณะที่เรือแล่นไปในทะเลโดยเฉพาในทะเลหลวง การใช้อำนาจของรัฐจะมีเพียงรัฐเจ้าของธงเรือเท่านั้น<sup>42</sup> ที่จะควบคุมให้เรือที่ซังกงของตนปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดตามกฎหมายของรัฐแต่ปัญหาสำคัญที่ทำให้การควบคุมมลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือผ่านทางรัฐเจ้าของธงไม่สามารถทำได้ก็คือปัญหาการซังกงเพื่อความสะดวก กล่าวคือ เจ้าของเรือจะเลือกจดทะเบียนเรือของตนกับรัฐที่ไม่มีกฎหมายภายในที่เข้มงวดเรื่องการลดและควบคุมมลพิษจากเรือเพื่อลดต้นทุนในการประกอบการของตนและหลีกเลี่ยงความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมมลพิษจากเรือส่วนรัฐที่อนุญาตให้ซังกงของตนก็จะได้ผลประโยชน์จากค่าธรรมเนียมที่ให้ใช้ธงของรัฐตนโดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวข้องที่แท้จริง (Genuine Link) ระหว่างเรือกับรัฐที่จดทะเบียนโดยเจ้าของเรือจะขอใช้ธงของรัฐนั้นเรียกว่า การซังกงเพื่อความสะดวก<sup>43</sup> แต่การที่พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดความหมายของ “เจ้าของเรือ” ในกรณีที่เรือไม่ได้มีการจดทะเบียนนั้นให้หมายความถึงเจ้าของเรือตามความเป็นจริง<sup>44</sup> ซึ่งทำให้สามารถแก้ปัญหาเรื่องการซังกงเพื่อความสะดวกได้ ทำให้การควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือมีประสิทธิภาพสามารถหาตัวผู้รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมได้

4.3 เหตุยกเว้นความรับผิดของเจ้าของเรือตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งฯ ได้กำหนดเรื่องความรับผิดเคร่งครัดโดยกำหนดบุคคลที่ต้องรับผิดคือ “เจ้าของเรือ” ทำให้เจ้าของเรือต้องรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจากการรั่วไหลของน้ำมันจากปฏิบัติการของเรือโดยผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อของเจ้าของเรือหรือไม่ ภาระการพิสูจน์จะตกแก่เจ้าของเรือเพียงผู้เดียวว่าสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นความรับผิดได้หรือไม่<sup>45</sup> เจ้าของเรือจึงมีความรับผิดโดยเคร่งครัดเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นเจ้าของเรือจึงต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันจากปฏิบัติการของเรือที่เกิดขึ้นไม่ว่าเจ้าของเรื่อนั้นจะอยู่ที่ใดหรือมีภูมิลำเนาอยู่ที่ใด ความรับผิดของเจ้าของเรือขึ้นอยู่กับว่ารัฐเจ้าของธงเรือเป็นภาคีแห่งอนุสัญญา CLC หรือไม่ เมื่อพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งเกิดขึ้นจากการเตรียมเข้าเป็นภาคี CLC ทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวกลายเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่หาผู้รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันที่รั่วไหลจากปฏิบัติการของเรือทำให้ผู้เสียหายเกิดความมั่นใจได้ว่าจะได้รับค่าเสียหายจากผู้ที่ต้องรับผิดชอบได้อย่างทันที่ทั้งที่และตัดปัญหาเรื่องภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้เสียหาย

<sup>42</sup> UNCLOS Article 92.

1. Ships shall sail under the flag of one State only and, save in exceptional cases expressly provided for in international treaties or in this Convention, shall be subject to its exclusive jurisdiction on the high seas. A ship may not change its flag during a voyage or while in a port of call, save in the case of a real transfer of ownership or change of registry.

<sup>43</sup> จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว*, *เชิงอรรถที่ 35*, น.280.

<sup>44</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

มาตรา 3 “เจ้าของเรือ” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเรือหรือในกรณีที่ไม่มีจดทะเบียนก็ให้หมายถึงบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเรือตามความเป็นจริง ในกรณีที่รัฐถือกรรมสิทธิ์และดำเนินการโดยบริษัทที่ได้จดทะเบียนในรัฐนั้น ในฐานะเป็นผู้ประกอบกิจการเดินเรือ คำว่า “เจ้าของเรือ” ให้หมายความถึงบริษัทดังกล่าว

<sup>45</sup> โสภณ ปิยะภานี, “การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งสำหรับความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 กับผลกระทบต่อประเทศไทย,” *กฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี*, ปีที่ 3 ฉบับที่ 3, น.7, (ธันวาคม 2551).

และในความเป็นจริงเมื่อเกิดเหตุการณ์ขึ้นผู้เสียหายมักอยู่ห่างไกลจนยากที่จะสามารถพิสูจน์ความผิดของเจ้าของเรือได้<sup>46</sup>

4.4 การจำกัดความรับผิดของเจ้าของเรือตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งฯ ในประเด็นเรื่องการจำกัดความรับผิดแก่เจ้าของเรือแล้วจะเห็นว่า แม้มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดของเจ้าของเรือไว้<sup>47</sup> แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวโดยละเอียดแล้วจะเห็นว่า เจ้าของเรือไม่สามารถจำกัดความรับผิดได้เพราะบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่เจ้าของเรือโดยไม่คำนึงถึงความผิด (fault) ในกรณีที่เกิดน้ำมันรั่วไหลจากปฏิบัติการของเรือ เจ้าของเรือต้องรับผิดบนพื้นฐานของความผิด โดยไม่มีสิทธิจำกัดความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ หากว่าความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันนั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตน<sup>48</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงทำให้เจ้าของเรือต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากปฏิบัติการของเรือที่เกิดขึ้นในดินแดน ทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะที่เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตนเอง ดังนั้นในเรื่องของการใช้สิทธิจำกัดความรับผิดของเจ้าของเรือตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงต้องพิจารณาด้วยว่าเจ้าของเรือได้กระทำการหรือละเว้นการกระทำด้วยการด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ หากความเสียหายเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของเรือ เจ้าของเรือก็ไม่อาจจำกัดความรับผิดได้ ซึ่งมาตรการดังกล่าวก็จะทำให้เจ้าของเรือมีความระมัดระวังเช่นการตรวจเรือให้มีสภาพที่เหมาะสมสำหรับการใช้งาน การควบคุมการปล่อยทิ้งน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือให้มีประสิทธิภาพและเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อม เพราะการเยียวยาหรือฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมต้องใช้เงินจำนวนมากเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น การที่เจ้าของเรือไม่สามารถจำกัดความรับผิดได้จึงทำให้ได้รับเงินค่าเสียหายที่ใช้สำหรับการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมได้

4.5 การชดเชยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากมลพิษจากปฏิบัติการของเรือ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือได้บัญญัติเกี่ยวกับ “ความเสียหายจากมลพิษ”<sup>49</sup> แต่ไม่ได้ระบุรายละเอียดและวิธีการในการคิดคำนวณค่าเสียหายนั้นว่าใช้วิธีการคำนวณ

<sup>46</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, *อ่าวแล้ว*, เซิงอรรถที่ 1.

<sup>47</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 มาตรา 12 เจ้าของเรือมีสิทธิจะจำกัดความรับผิดของตนภายใต้บังคับพระราชบัญญัตินี้ สำหรับอุบัติเหตุครั้งหนึ่ง ๆ ได้ไม่เกินจำนวน ดังต่อไปนี้

(1) 4.51 ล้านบาทสิทธิพิเศษถอนเงิน สำหรับเรือที่มีขนาดไม่เกิน 5,000 ตันกรอส

(2) 4.51 ล้านบาทสิทธิพิเศษถอนเงิน สำหรับเรือที่มีขนาดเกินกว่า 5,000 ตันกรอส

และให้คิดเพิ่มอีกตันกรอสละ 631 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงิน สำหรับขนาดส่วนที่เพิ่มขึ้นจาก 5,000 ตันกรอส

แต่จำนวนรวมของความรับผิดทั้งหมดจะต้องไม่เกิน 89.77 ล้านบาทสิทธิพิเศษถอนเงินการจำกัดความรับผิดนี้อาจมีการเปลี่ยนแปลงตามอนุสัญญาหรือพิธีสารที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

มาตรา 14 เจ้าของเรือไม่อาจจำกัดความรับผิดของตนตามมาตรา 12 ได้ หากมีการพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายจากมลพิษนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยส่วนตนของเจ้าของเรือ ซึ่งได้กระทำโดยจงใจหรือละเลยไม่เอาใจใส่ ทั้งที่รู้ว่าการเสียหายจากมลพิษนั้นอาจเกิดขึ้นได้

<sup>49</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 มาตรา 3

(1) การสูญเสียหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นภายนอกตัวเรือจากการปนเปื้อนที่มีผลมาจากการรั่วไหลหรือปล่อยทิ้งน้ำมันจากเรือ ไม่ว่าจะการรั่วไหลหรือการปล่อยทิ้งดังกล่าวจะเกิดขึ้น ณ ที่ใด ทั้งนี้ รวมถึงค่าชดเชยความเสียหายของสิ่งแวดล้อมและการสูญเสียผลประโยชน์จากความเสียหายของสิ่งแวดล้อม

อย่างไร ซึ่งการคำนวณทางสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไปการคำนวณค่าเสียหายจะรวมถึงมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ลดลงของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือมูลค่าของการฟื้นฟูทรัพยากรนั้นในกรณีที่ทรัพยากรที่เป็นสาธารณะเช่นทะเล การคิดคำนวณค่าเสียหายทางเศรษฐศาสตร์จะทำได้ยากขึ้น โดยเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจะทำได้เพียงการฟื้นฟูหรือทดแทนทรัพยากรที่เสียหายไป ในกรณีของความเสียหายที่ไม่อาจฟื้นฟูได้ การเยียวยาความเสียหายอาจกระทำโดยการจ่ายค่าชดเชยในความเสียหายของทรัพยากรที่ได้รับผลกระทบจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากปฏิบัติการของเรือแทน โดยรวมถึงความเสียหายของผู้ที่ต้องพึ่งพาอาศัยทรัพยากรของสิ่งแวดล้อมทางทะเลในการดำรงชีวิตด้วย ซึ่งก็จะมีประเด็นเรื่องการคำนวณค่าเสียหาย และหน่วยงานใดมีอำนาจหน้าที่ในการประกาศกำหนด เพราะหากไม่มีรายละเอียดต่างๆ กำหนดไว้ก็จะทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายได้ เช่นเดียวกับกรณีที่กำหนดเกี่ยวกับการฟื้นฟูสภาพแวดล้อมให้กลับคืนสู่สภาพเดิมด้วยตนเองในเวลาใกล้เคียงกับเหตุที่เกิดขึ้นแล้ว ปัญหาว่าจะใช้เกณฑ์ใดมากำหนดว่าสภาพแวดล้อมที่ได้รับการฟื้นฟูนั้นมีสภาพใกล้เคียงกับสภาพแวดล้อมก่อนที่จะถูกทำลาย หน่วยงานใดเป็นผู้รับผิดชอบกำหนดเกณฑ์หรือประเมินความเสียหายหรือการฟื้นฟูนั้น ซึ่งนอกจากจะเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายแล้ว อาจจะเป็นช่องว่างที่ทำให้ผู้ฝ่าฝืนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไม่ต้องรับโทษและชดเชยค่าเสียหายได้ ท้ายที่สุดจะทำให้การควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือไม่สามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ

### บทสรุป

ความรับผิดทางแพ่งนั้นเป็นมาตรการที่มีความสำคัญต่อการเยียวยาความเสียหายและการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมทางทะเลและชายฝั่งรวมถึงบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากภาวะมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ มาตรการทางแพ่งจึงเป็นมาตรการที่กำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นทั้งต่อสิ่งแวดล้อมและบุคคลที่ได้รับความเสียหาย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งมลพิษน้ำมันที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือไม่ว่าจะเป็นการปล่อยทิ้งน้ำมันลงในทะเล การรั่วไหลของน้ำมันจากปฏิบัติการของเรือ การล้างถังอับเฉาเรือ ซึ่งก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลเป็นอย่างมาก มลพิษน้ำมันเหล่านี้ไม่เพียงก่อความเสียหายในบริเวณที่เกิดเหตุเท่านั้น แต่ยังอาจขยายไปสู่รัฐอื่น ๆ ที่ใกล้เคียงด้วยและค่าเสียหายมีจำนวนมหาศาลองค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Organization) จึงได้จัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งสำหรับความเสียหายจากมลพิษของน้ำมันค.ศ. 1992 (Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992) ขึ้น เพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน โดยกำหนดให้เจ้าของเรือต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดและต้องเอาประกันภัยหรือจัดหาหลักประกันทางการเงินอื่นใดเพื่อชดเชยความเสียหายซึ่งประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวจึงได้บัญญัติพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 ขึ้นเพื่อเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีมาตรการเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือให้สอดคล้องกับอนุสัญญานั้น ความรับผิดทางแพ่งเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่เกิดจากเรือโดยหลัก เช่น อนุสัญญา MARPOL 73/78 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติการกฎหมายภายใน กลับพบว่าไม่ได้กำหนดเรื่องความรับผิดทางแพ่งไว้แต่อย่างใด ทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือของประเทศไทยยังขาดหลักการที่สำคัญในส่วนนี้ไป แต่การที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 ทำให้หลักการดังกล่าวถูกนำมาใช้เพื่อ

---

ค่าชดเชยความเสียหายของสิ่งแวดล้อมให้จำกัดเพียงค่าใช้จ่ายสำหรับมาตรการที่สมเหตุสมผลซึ่งได้ดำเนินการไปแล้ว หรือจะดำเนินการต่อไปเพื่อให้สิ่งแวดล้อมที่เสียไปคืนสู่สภาพเดิม

(2) ค่าใช้จ่ายสำหรับมาตรการในการป้องกัน และการสูญเสียหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมาตรการดังกล่าว

“มาตรการในการป้องกัน” หมายความว่า มาตรการที่สมเหตุสมผลซึ่งดำเนินการโดยบุคคลใด ๆ ภายหลังที่เกิดอุบัติเหตุ เพื่อป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายจากมลพิษ



เสียหายความเสียหายที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ หลักการสำคัญที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ว่าจะเป็น ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวที่ขยายออกไปถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะ การกำหนดให้เจ้าของเรือตาม ความเป็นจริงเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่งที่เกิดขึ้น การจำกัดความเสียหายของเจ้าของเรือ การกำหนดเรื่อง ค่าเสียหายจากมลพิษ เป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะทำให้การควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือมี ประสิทธิภาพ แม้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีมาตรการบางอย่างที่ยังไม่ชัดเจนและอาจก่อให้เกิดปัญหาในการ บังคับใช้กฎหมายได้ แต่อย่างน้อยที่สุดการมีพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายที่เกิดจากมลพิษ น้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 เป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่ เกิดจากมลพิษจากปฏิบัติการของเรือของประเทศไทยและจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายที่ควบคุมมลพิษที่เกิดจาก ปฏิบัติการของเรืออย่างเป็นระบบในอนาคต

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2550.

เดือนเด่น นาคสีหราช. ภาวะมลพิษทางทะเลจากเรือ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2561.

อุดมศักดิ์ สนธิพงษ์. กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดทางแพ่ง การชดเชยเยียวยา และการระงับข้อพิพาท

### วารสาร

โสภณ ปิยะภาณี. “การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งสำหรับความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 กับผลกระทบต่อประเทศไทย.” กฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี. ปีที่ 3 ฉบับที่ 3. ธันวาคม 2551. น.7.

ดวงเด่น นาคสีหราช. “น้ำมันรั่วไหลจากเรือบรรทุกน้ำมันกับมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันมลพิษน้ำมัน.” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี. ปีที่ 9. ฉบับที่ 9.

### วิทยานิพนธ์

ดวงเด่น นาคสีหราช. “มาตรการทางกฎหมายสำหรับการป้องกันและควบคุมมลพิษน้ำมันจากการปะทะของเรือบรรทุกน้ำมันกับเรือหรือสิ่งอื่นใดในทะเล.” นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีการศึกษา 2556.

### JOURNAL

A.E. Boyle. “Globalizing Environmental Liability : The Interplay of National and International Law.” 17 Journal of Environmental Law 3. 2005. pp 3-5.

## การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมโดยกองทุนสิ่งแวดล้อม COMPENSATION AND REMEDIES FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE BY THE ENVIRONMENTAL FUN

วิยาดา กัญยาลัง\*  
Wiyada Kanyalang

### บทคัดย่อ

การดำเนินคดีแพ่งที่เกี่ยวกับคดีสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย มุ่งเน้นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดต่อบุคคลเป็นหลัก ส่วนความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ก่อความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไว้ แต่ยังไม่มีการกำหนดรายละเอียดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้การกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันไม่สอดคล้องและไม่ครอบคลุมกับความเสียหายที่แท้จริง ประกอบกับเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ในการชดเชยและเยียวยาความเสียหาย และการพัฒนากลไกทางการเงินในรูปแบบของกองทุน ยังไม่มีฐานะเป็นหลักประกันทางการเงินเพื่อการคุ้มครองและการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ อีกทั้ง ยังมีข้อจำกัดในเรื่องของวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อม จึงเห็นสมควรแก้ไขบทบาท อำนาจหน้าที่ และวัตถุประสงค์การใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อม เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมกับความเสียหายที่แท้จริง

### คำสำคัญ

การชดเชยและเยียวยาความเสียหาย , ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม , กองทุนสิ่งแวดล้อม

### ABSTRACT

Civil Proceedings relating to the environmental case in Thailand focus primarily on compensation and remedies for damage caused to the individuals. For the damage to natural resources and the environment, the amended Enhancement and Conservation of the National Environmental Quality Act, B.E. 2535 (1992) establishes civil liability without specific details of compensation for damage caused to natural resources. Thus, determining compensation for environmental damage in the present does not cover the real damage. The economic instrument to compensate and remedy the damage and the development of financial mechanisms in the form of funds are not financial guarantee for protection and restoration of environmental damage. There are also restrictions on the purpose of spending money of the Environment Funds. The author proposed to amend the roles, authority, and objectives for spending of Environment Funds. In order to enhance the compensation and remedy environmental damage covered the real damage.

---

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติกรปฏิบัติการ สำนักงานปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

**Keywords**

Compensation and remedies for damage, Environmental damage, Environmental funds

## บทนำ

ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นของจำนวนประชากรและการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม โดยปัญหาที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมได้เปลี่ยนแปลงลักษณะและความสำคัญไปตามยุคสมัย ประกอบกับความต้องการของมนุษย์ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเพื่อประโยชน์ในการอุปโภคบริโภคเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้ทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดไม่เพียงพอต่อความต้องการ อีกทั้ง การนำทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาใช้เป็นปัจจัยในการผลิตสินค้าและบริการ ได้ส่งผลกระทบต่อสภาวะแวดล้อม ก่อให้เกิดมลพิษทางสิ่งแวดล้อม รวมทั้งส่งผลกระทบต่อมนุษย์และสุขภาพอนามัยของมนุษย์อีกด้วย จึงกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันคดีสิ่งแวดล้อมมีสาเหตุหลักมาจากการกระทำของบุคคลหรือนิติบุคคล ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของบุคคล หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นสาธารณสมบัติที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน โดยการดำเนินคดีแพ่งที่เกี่ยวกับคดีสิ่งแวดล้อมจะมุ่งเน้นการชดเชยและเยียวยาความเสียหายที่เกิดต่อบุคคลเป็นหลัก ส่วนความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมิได้มีการกำหนดให้มีความรับผิดทางแพ่ง และไม่มีการดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำผิด แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างต่อเนื่อง ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจึงเป็นหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับสภาพเดิมให้มากที่สุด ส่วนความรับผิดทางแพ่งผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดต่อเมื่อเข้าลักษณะตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและทรัพย์สิน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิหรือเยียวยาความเสียหายระหว่างเอกชนด้วยกัน จึงอาจไม่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายในคดีสิ่งแวดล้อมที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งในบางกรณีไม่อาจประเมินมูลค่าความเสียหายได้อย่างเหมาะสม

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมได้กำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ก่อความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไว้ แต่ยังไม่มีการกำหนดรายละเอียดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ในทางปฏิบัติมีการนำเอาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนว่าด้วยกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ถึง 447 มาใช้ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แต่เนื่องจากความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติมีลักษณะแตกต่างไปจากความเสียหายของบุคคล การคำนวณมูลค่าทรัพยากรธรรมชาติไม่ได้คำนวณในเชิงพาณิชย์ แต่คำนวณในเชิงมูลค่าความสูญเสียในระบบนิเวศและความสมดุลทางธรรมชาติ จึงทำให้การกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในปัจจุบันไม่สอดคล้องและไม่ครอบคลุมกับความเสียหายที่แท้จริง

การใช้มาตรการทางแพ่งในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมมีข้อจำกัดในการกำหนดตัวบุคคลผู้ที่ต้องรับผิด การกำหนดเงื่อนไขความรับผิด ข้อยกเว้นขอบเขตและลักษณะของความเสียหาย ตลอดจนจำนวนค่าเสียหายที่จะต้องชดเชยและเยียวยา ประกอบกับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมบางกรณีมีผลกระทบในวงกว้างและมีมูลค่าของความเสียหายค่อนข้างสูง การใช้มาตรการทางแพ่งเพียงลำพังในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายย่อมไม่อาจกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมความเสียหายได้อย่างครบถ้วน จึงได้มีการคิดค้นเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ในการบรรเทาและเยียวยาความเสียหาย และพัฒนากลไกทางการเงินในรูปแบบของกองทุนขึ้น เพื่อเป็นเครื่องมือในการเยียวยาและฟื้นฟูความเสียหาย

กองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยจัดตั้งขึ้นในกระทรวงการคลัง ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพื่อเป็นกลไกทางการเงินสำหรับสนับสนุนภาครัฐทั้งส่วนราชการ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจ รวมทั้งภาคเอกชน ในการจัดให้มีระบบควบคุม บำบัดและขจัดมลพิษ ตลอดจนดำเนินกิจการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ในลักษณะของเงินอุดหนุนและเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำ แต่กลไกทางการเงินดังกล่าวยังมีข้อจำกัด ในด้านเงินงบประมาณในการใช้จ่ายและบริหารงานกองทุน ซึ่งไม่ได้เรียกเก็บในรูปแบบของภาษีมลพิษตามหลักความรับผิดของผู้ก่อมลพิษ หรือเรียกเก็บภาษีจากภาคธุรกิจเอกชนที่มีศักยภาพในการสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม หรือจัดเก็บภาษีเงินได้ของประชาชนทั่วไป จึง

เป็นผลทำให้กองทุนสิ่งแวดล้อมมีงบประมาณสำหรับการบริหารงานในปริมาณที่จำกัด และยังไม่มีฐานะเป็นหลักประกันทางการเงินเพื่อการคุ้มครองและการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างแท้จริง เป็นผลทำให้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไม่ได้รับการชดเชยและเยียวยาได้อย่างทันที่ ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากทรัพยากรธรรมชาติที่เสียหาย หรือถูกทำลาย ยังคงได้รับผลกระทบที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน และผลกระทบจากการสูญเสียประโยชน์จากการใช้งานทรัพยากรธรรมชาติอย่างต่อเนื่อง

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกองทุนสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นกลไกทางการเงินที่ให้การสนับสนุนเงินทุน ในลักษณะของเงินอุดหนุนและเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำ เพื่อการลงทุนและดำเนินงานระบบบำบัดน้ำเสียหรือระบบกำจัดของเสียรวม หรือให้มีระบบบำบัดอากาศเสียหรือน้ำเสีย หรือการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แต่หลักการใช้จ่ายเงินและวัตถุประสงค์ของกองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยยังขาดประสิทธิภาพในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างครอบคลุมครบถ้วน จึงเห็นควรเพิ่มประสิทธิภาพของกองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยให้เป็นกลไกทางการเงินที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการเยียวยาและฟื้นฟูความเสียหายได้อย่างแท้จริง โดยกำหนดให้กองทุนสิ่งแวดล้อมมีวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุน เพื่อการดำเนินการป้องกันปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม และแก้ไขฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมควบคู่กันไป

ในบทความนี้ จะนำเสนอมาตรการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย และต่างประเทศ เพื่อเสนอแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับกองทุนสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย ในด้านบทบาทภารกิจ อำนาจหน้าที่ และวัตถุประสงค์การใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อม เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมกับความเสียหายที่แท้จริง

## 2. ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม และการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

### 2.1 ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

ในอดีตสนธิสัญญาและอนุสัญญาระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไว้หลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมเพียงใดตามประเภทของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญา ในความหมายอย่างแคบ ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมจะหมายถึงความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติและระบบนิเวศ ได้แก่ อากาศ น้ำ ดิน พืช และสัตว์เท่านั้น ในความหมายที่กว้างขึ้น จะหมายถึงรวมถึง ความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติและทรัพย์สินที่เป็นส่วนประกอบของศิลปกรรม และในความหมายอย่างกว้าง ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมจะครอบคลุมถึงความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและศิลปกรรม ภูมิประเทศ และความงดงามตามธรรมชาติ แต่ทั้งนี้ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมตามแนวคิดนี้ จะไม่รวมถึงความเสียหายที่เกิดต่อมนุษย์และทรัพย์สิน ที่ถึงแม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะมีส่วนสัมพันธ์หรือเกี่ยวเนื่องมาจากสิ่งแวดล้อมก็ตาม

แนวคิดในการให้คำนิยามคำว่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้รับการพัฒนาขึ้น พร้อมกับพัฒนาการของแนวคิดในเรื่องความหมายของคำว่าสิ่งแวดล้อม โดยหมายความครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติ ในลักษณะของการรบกวนความสมดุลของระบบนิเวศ ซึ่งความเสียหายต่อระบบนิเวศนี้จัดเป็นความเสียหายในขั้นต้นของความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นโดยตรงต่อดิน น้ำ อากาศ พืช และสัตว์ ที่ถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีเจ้าของ ทั้งนี้ยังหมายถึงความเสียหายที่ก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อมนุษย์อย่างเป็นรูปธรรม และส่งผลต่อสุขภาพอนามัยและทรัพย์สิน รวมทั้งสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของมนุษย์ ซึ่งถือเป็นความเสียหายในขั้นถัดไปอันเป็นผลมาจากความเสียหายในขั้นต้น<sup>1</sup>

ในกฎหมายของไทย พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกฎหมายหลักด้านสิ่งแวดล้อม มีได้ให้นิยามคำว่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไว้อย่างชัดเจน กล่าวเพียงวิธีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่รัฐในกรณีที่เป็นความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินอันเป็นสาธารณะไว้

<sup>1</sup> อุดมศักดิ์ สิริพิงษ์, กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบทางแพ่ง การชดเชยเยียวยา และการระงับข้อพิพาท, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), น.87 - 88.

ดังที่ปรากฏในมาตรา 97<sup>2</sup> แต่ไม่ได้ให้นิยามคำว่าทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งโดยทั่วไปทรัพยากรธรรมชาติ จะหมายความถึงสิ่งที่มีชีวิตซึ่งจัดเป็นสิ่งแวดล้อมทางชีวภาพ และสิ่งที่ไม่มีชีวิตซึ่งจัดเป็นสิ่งแวดล้อมทางกายภาพ โดยเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นการนิยามความหมายอย่างแคบ โดยหมายถึงเฉพาะความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ อากาศ น้ำ ดิน หิน แร่ พืช และสัตว์ ซึ่งเป็นของรัฐหรือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 97 จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายของไทย ยังไม่อาจครอบคลุมความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมในความหมายอย่างกว้าง โดยไม่คุ้มครองความเสียหายที่เกิดต่อลักษณะทางธรรมชาติและภูมิประเทศต่าง ๆ หรือที่เป็นความสวยงามตามธรรมชาติ หรือความหลากหลายทางชีวภาพของระบบนิเวศที่ถูกทำลายไป รวมทั้งมีความเกี่ยวพันของสรรพสิ่งในธรรมชาติ ในกรณีที่มีได้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และมีได้เป็นทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในความดูแลของหน่วยงานของรัฐ

## 2.2 ผลกระทบจากความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

### 2.2.1 ความเสียหายต่อมนุษย์

การคุ้มครองความเสียหายต่อมนุษย์<sup>3</sup> ในระยะแรกจะครอบคลุมถึงชีวิต ร่างกาย และสุขภาพอนามัยของมนุษย์โดยตรง ซึ่งเป็นความเสียหายที่ปรากฏชัดและถูกให้ความสำคัญเป็นลำดับแรก ความเสียหายที่เกิดต่อมนุษย์ได้พัฒนาขึ้นโดยแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความเสียหายทางกาย เช่น การเสียชีวิต ได้รับบาดเจ็บ สูญเสียอวัยวะ หรือการเจ็บป่วยทางกาย เป็นต้น และความเสียหายทางจิตใจ เช่น การสูญเสียความทรงจำ ความเศร้าโศกเสียใจ หรือสติเลอะเลือน เป็นต้น

ปัจจุบันมีแนวความคิดที่ได้กล่าวถึงสิทธิของมนุษย์ในรุ่นต่อไปในการที่จะใช้ประโยชน์และดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นผลมาจากการดำเนินการและกิจกรรมของมนุษย์ในปัจจุบัน ซึ่งเป็นการขยายความการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อมนุษย์ในกรณีนี้ โดยหมายรวมถึงสิทธิและความเสียหายต่อมนุษย์ในรุ่นต่อไปด้วย

### 2.2.2 ความเสียหายต่อทรัพย์สิน

ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อมนุษย์ ได้ถูกขยายความให้ครอบคลุมถึงความเสียหายต่อทรัพย์สินของมนุษย์ในส่วนที่เป็นทรัพย์สินของเอกชนด้วย เช่น ที่ดิน แหล่งน้ำ สัตว์เลี้ยง พืชพันธุ์ และอาคารบ้านเรือน เป็นต้น โดยมนุษย์ใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ในการดำรงชีวิตซึ่งถือเป็นสิ่งแวดล้อมทางเศรษฐกิจ โดยคำว่าทรัพย์สินจะหมายรวมถึงทั้งสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นและสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิต โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นของเอกชน การที่จะถือว่าทรัพย์สินนั้นได้รับความเสียหายหรือไม่ จะต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ในเหตุแห่งความเสียหายและความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อตัวทรัพย์สินนั้นโดยตรง อันเป็นผลให้มูลค่าของทรัพย์สินนั้นลดลง หลักการเรื่องความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อทรัพย์สินได้ถูกพัฒนาและขยายความให้ครอบคลุมถึงกรณีตัวทรัพย์สินไม่ได้รับความเสียหายโดยตรง แต่มูลค่าหรือการใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของทรัพย์สินนั้นลดลงหรือเสื่อมค่าลงอีกด้วย เช่น มลพิษทางเสียงจากสนามบิน ทำให้นกที่เพาะเลี้ยงในฟาร์มสูญเสียความสามารถในการขยายพันธุ์ เป็นต้น

### 2.2.3 ความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

การที่ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรมและลดลงทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ ครอบคลุมทั้งทรัพยากรที่มีลักษณะทางกายภาพและชีวภาพ โดยมีสาเหตุมาจากการกระทำของมนุษย์ และทรัพยากรบางประเภทเมื่อสูญสิ้นไปแล้วไม่สามารถที่จะสร้างขึ้นทดแทนได้ หรืออาจสร้างทดแทนขึ้นใหม่ได้แต่ต้องใช้เวลาอันยาวนาน ความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเชิงปริมาณมีพัฒนาการไปตามยุคสมัย ในระยะแรกเป็นการมองแบบ

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, มาตรา 97

“ผู้ใดกระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการทำลายหรือทำให้สูญหายหรือเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นของรัฐ หรือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่รัฐตามมูลค่าทั้งหมดของทรัพยากรธรรมชาติที่ถูกทำลาย สูญหาย หรือเสียหายไปนั้น”

<sup>3</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *อ่วงแล้ว*, เชียงธรรมที่ 1, น.104 - 106.

แยกส่วนตามประเภทของทรัพยากร ซึ่งสะท้อนออกมาในสภาพปัญหาความเสื่อมโทรมของดิน น้ำ ป่าไม้ สัตว์ป่า แร่ และพลังงาน รวมทั้งทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ระยะเวลาแนวคิดได้พัฒนาไปในแง่ที่ว่า ทรัพยากร-ธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันแบบองค์รวม ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อทรัพยากร-ธรรมชาติจึงขยายออกไปถึงระบบนิเวศของพืชและสัตว์ตามธรรมชาติ เช่น ระบบนิเวศพื้นที่ชุ่มน้ำ ระบบนิเวศทางทะเล และระบบนิเวศสัตว์บก เป็นต้น

#### 2.2.4 ความเสียหายต่อความหลากหลายทางชีวภาพ

ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อความหลากหลายทางชีวภาพหมายถึงการที่ทรัพยากรชีวภาพในระบบนิเวศเสียหาย ถูกทำลาย หรือถูกทำให้ด้วยคุณค่าในความสัมพันธ์ขององค์ประกอบที่มีความหลากหลายของชนิดพันธุ์และของระบบนิเวศเหล่านั้น ซึ่งโดยทั่วไปจะส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและระบบนิเวศในวงกว้างตามความเกี่ยวพันของระบบนิเวศเหล่านั้น และมีโอกาสที่จะเป็นความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนได้มาก

ข้อแตกต่างระหว่างระบบนิเวศกับความหลากหลายทางชีวภาพ คือ ระบบนิเวศเป็นการมองถึงสิ่งแวดล้อมองค์รวมทั้งระบบ ให้ความสำคัญกับทรัพยากรธรรมชาติที่ประกอบกันขึ้นเป็นระบบนิเวศ โดยระบบนิเวศหนึ่งประกอบไปด้วยระบบนิเวศย่อยหลายระบบนิเวศ ส่วนความหลากหลายทางชีวภาพมุ่งไปที่องค์ประกอบของระบบนิเวศที่มีความหลากหลายโดยให้ความสำคัญกับคุณภาพของทรัพยากรชีวภาพที่ประกอบกันขึ้นเป็นระบบนิเวศ ทั้งระบบนิเวศและความหลากหลายทางชีวภาพจึงต่างมีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กัน ดังนั้น ในการพิจารณาถึงความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความเสียหายที่เกิดต่อระบบนิเวศย่อมส่งผลกระทบต่อความเสียหายในความหลากหลายทางชีวภาพด้วย และในทางกลับกันความเสียหายต่อความหลากหลายทางชีวภาพย่อมส่งผลให้ระบบนิเวศต้องเสียหายไปด้วยเช่นกัน

#### 2.3 การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป จะขึ้นอยู่กับลักษณะและขนาดของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ ในความเสียหายแบบดั้งเดิม ได้แก่ ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย และทรัพย์สินของมนุษย์ การชดเชยและเยียวยาความเสียหายจะกระทำโดยการชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน และหรือการบรรเทาความเสียหายโดยแก้ไขปรับปรุงสาเหตุหรือกิจกรรมที่สร้างความเสียหาย ในกรณีของความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม การชดเชยและเยียวยาความเสียหายจะครอบคลุมถึงต้นทุนในค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ทำให้สิ่งแวดล้อมที่เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด

ในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ จะมีหลักการในการประสานความร่วมมือระหว่างผู้เสียหายและหน่วยงานของรัฐเพื่อการป้องกันและบรรเทาความเสียหาย โดยกฎหมายจะกำหนดกลไกเพื่อควบคุมแหล่งหรือกิจกรรมที่อาจสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรง มีอำนาจในการสั่งให้ทำการปรับปรุง แก้ไข หรือหยุดการดำเนินการในกิจกรรมนั้น เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น หรือการทำความสะอาดพื้นที่ปนเปื้อน ความรับผิดชอบนี้กฎหมายมักกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในแหล่งหรือกิจกรรมที่สร้างความเสียหายนั้น หรือให้ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่จำเป็นในการดำเนินการ

การเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมนี้ อาจรวมถึงการควบคุม แก้ไข การทำความสะอาดพื้นที่ปนเปื้อนทั้งในดิน น้ำใต้ดิน หรือแหล่งน้ำผิวดินให้อยู่ในระดับที่ยอมรับได้ การฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมให้กลับสู่สภาพเดิมรวมทั้งมาตรการทางการเงินเพื่อบรรเทาภาระค่าใช้จ่ายในระยะยาวเพื่ออนุรักษ์วัสดุอุปกรณ์และการตรวจติดตามการดำเนินการข้างต้น และในกรณีที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการในมาตรการเหล่านั้นแทนผู้ที่ต้องรับผิดชอบ ให้รัฐสามารถเรียกร้องในค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปในการดำเนินการมาตรการเหล่านั้นจากผู้ที่ต้องรับผิดชอบ

#### 2.4 สภาพปัญหาในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

##### 2.4.1 หลักเกณฑ์ในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมความเสียหายบางกรณี

หลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด โดยหลักจะมุ่งชดเชยเยียวยาความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินของเอกชน ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย และทรัพย์สิน ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อชีวิต ร่างกาย และสุขภาพอนามัยของมนุษย์ได้ในระดับหนึ่ง แต่ด้วยข้อจำกัดของลักษณะ



ของความเสียหายที่แตกต่างกัน จึงก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ส่งผลให้ค่าเสียหายที่คำนวณออกมายังไม่สอดคล้องกับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ยกตัวอย่างเช่น กรณีความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่มีผลกระทบต่อมนุษย์ที่มีลักษณะต่อเนื่องยาวนานเกินกว่า 2 ปี หรือกรณีที่มีลักษณะร้ายแรง เกินกว่ากฎหมายจะกำหนดค่าเสียหายให้เหมาะสมได้ ถึงแม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 จะให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แต่แนวทางในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนของศาลจะอยู่บนหลักพื้นฐานของความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งหากไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการกำหนดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่มีผลกระทบต่อมนุษย์ ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้เอง โดยค่าเสียหายดังกล่าวอาจยังไม่สอดคล้องกับลักษณะของความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อมนุษย์ กรณีการสะสมความเสี่ยงในร่างกาย รวมทั้งกรณีความเสียหายต่อจิตใจ ก็ยังไม่สามารถเรียกร้องตามกฎหมายนี้ได้

#### 2.4.2 กฎหมายไทยขาดหลักเกณฑ์และเครื่องมือในการประเมินมูลค่าความเสียหาย

ความเสียหายที่เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ มีลักษณะแตกต่างไปจากความเสียหายที่เกิดต่อบุคคล ซึ่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม วางหลักเรื่องความรับผิดทางแพ่งและค่าเสียหาย กรณีความเสียหายอันเกิดจากการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษ ตามมาตรา 96 และกรณีความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน ตามมาตรา 97 ทั้งนี้ ยังได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 กรณีวัตถุอันตรายก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือสิ่งแวดล้อมได้รับความเสียหาย ตามมาตรา 69

ตามบทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดความรับผิดของบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ ทรัพยากรที่เสียหาย และการเยียวยาความเสียหายบางประการไว้ โดยค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจะพิจารณาจากมูลค่าของความเสียหายที่แท้จริง รวมถึงการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ หรือความเสียหายต่อระบบนิเวศ ซึ่งในทางปฏิบัติยังขาดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ และขาดเครื่องมือในการประเมินมูลค่าความเสียหายที่ต้องชดใช้ ประกอบกับข้อจำกัดในค่านิยมของคำว่าสิ่งแวดล้อม ทำให้การคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของไทยยังอยู่ในขอบเขตที่จำกัด ทั้งนี้ การนำหลักเกณฑ์การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 - 447 มาใช้บังคับกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยอนุโลม ยังมีข้อจำกัดเนื่องจากการคำนวณมูลค่าของทรัพยากรธรรมชาติที่เสียหาย หรือถูกทำลาย เป็นการคำนวณความสูญเสียในระบบนิเวศและความสมดุลทางธรรมชาติ ซึ่งไม่ได้คำนวณในเชิงพาณิชย์เหมือนความเสียหายต่อบุคคล

#### 2.4.3 การกำหนดค่าเสียหายยังไม่สอดคล้องกับความเสียหายที่แท้จริง

ในปัจจุบันการพิสูจน์ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมจะเป็นไปตามสภาพของสิ่งที่มองเห็น ไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางวิชาการ ทางวิทยาศาสตร์ หรือเศรษฐศาสตร์สิ่งแวดล้อมที่อาจกระทำได้โดยการใช่มูลค่าทางเศรษฐกิจเป็นตัวกำหนด ซึ่งอาจแบ่งมูลค่าทางเศรษฐกิจออกเป็น 2 ประเภท คือ มูลค่าทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ (Used Value) และมูลค่าที่ไม่ได้เกิดจากการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น (Non-used Value) เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการที่ศาลจะได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายได้อย่างถูกต้องเหมาะสมสอดคล้องกับความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งในปัจจุบันศาลจะพิพากษาโดยคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิดเป็นหลัก

นอกจากนี้ คดีสิ่งแวดล้อมจะมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ เป็นคดีที่ต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินคดีค่อนข้างมาก โดยหลักการพิสูจน์ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมสามารถกระทำได้ด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่ต้องใช้ระยะเวลายาวนานอาจถึง 10 ปี หรือ 30 ปี บางกรณีไม่สามารถที่จะกำหนดแหล่งที่มาของปัญหาได้เนื่องจากข้อจำกัดในด้านต่าง ๆ อีกทั้ง การจัดเก็บพยานหลักฐานบางกรณีต้องมีการจัดเก็บในระยะเวลายาวเพื่อที่จะพิสูจน์ถึงความเชื่อมโยงระหว่างมลพิษกับความเสียหายที่เกิดขึ้น และความเสียหายบางกรณีอาจส่งผลกระทบต่อคนรุ่นต่อไปได้ ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงไม่อาจที่จะพิสูจน์ความเสียหายได้อย่างรวดเร็วดังเช่นในคดีปกติทั่วไป ซึ่งหากได้มีการพิพากษาไปโดยที่ความเสียหายยังไม่แสดงผล ย่อมทำให้คำพิพากษาในเรื่องค่าเสียหายไม่สอดคล้องกับความเสียหายที่

แท้จริง และก่อให้เกิดผลกระทบในเรื่องสิทธิในการนำคดีมาฟ้องร้องใหม่ ประกอบกับการฟื้นฟูความเสียหายของสิ่งแวดล้อมต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่อง จึงจำเป็นต้องกำหนดค่าเสียหายให้สอดคล้องกับความเสียหายที่แท้จริง เพื่อให้กระบวนการฟื้นฟูเยียวยาความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้คืนสู่สภาพเดิม หรือใกล้เคียงกับสภาพเดิมให้มากที่สุด บรรลุวัตถุประสงค์ของการชดเชยเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

#### 2.4.4 ขาดแหล่งเงินทุนในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีแหล่งเงินทุน เพื่อใช้เป็นเงินอุดหนุนหรือให้กู้ยืมเพื่อจัดให้มีระบบบำบัดหรือกำจัดมลพิษ สำหรับส่วนราชการในการจัดระบบบำบัดน้ำเสียรวมหรือระบบกำจัดของเสียรวมของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจในการจัดระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบบำบัดน้ำเสีย หรือระบบกำจัดของเสียสำหรับหน่วยงานนั้น ๆ และมีเงินช่วยเหลือหรือสนับสนุนกิจกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพของสิ่งแวดล้อม ซึ่งโดยสรุปแล้วจะเน้นไปที่การดำเนินการในมาตรการป้องกันปัญหามลพิษที่อาจจะสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม มากกว่ามาตรการในการชดเชยและเยียวยาทรัพยากรธรรมชาติให้กลับคืนสู่สภาพเดิม โดยมาตรการป้องกันปัญหามลพิษมีต้นทุนค่าใช้จ่ายดำเนินการที่ไม่สูงมากนัก ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อม กำหนดให้การใช้จ่ายเงินของกองทุนเป็นไปเพื่อจัดให้มีระบบน้ำเสีย หรือระบบกำจัดของเสีย นอกจากนี้ ประเทศไทย ยังไม่ปรากฏว่ามีแหล่งเงินทุนเพื่อการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม หรือมีบทบาทในฐานะที่เป็นหลักประกันทางการเงินในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรธุรกิจต้องเผชิญ ซึ่งมาตรการในการป้องกันสิ่งแวดล้อมถือเป็นมาตรการในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ในขณะที่มาตรการในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมถือเป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นแล้ว มาตรการดังกล่าวควรดำเนินการควบคู่กันไป เพื่อประสิทธิภาพสูงสุดในการคุ้มครองความเสียหายสิ่งแวดล้อม

### 3. การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของต่างประเทศ

#### 3.1 หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

##### 3.1.1 หลักความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)

หลักความรับผิดชอบของรัฐ ได้วางรากฐานของกฎหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในปัจจุบันไว้ โดยรับรองสิทธิในอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายในเขตอำนาจของรัฐ อันที่จะแสวงหาและใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติภายใต้นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและแผนการพัฒนาของรัฐ ในขณะที่เดียวกันรัฐก็มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะไม่สร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนอันเป็นผลมาจากกิจกรรมต่างๆ ภายในเขตอำนาจหรือการควบคุมของรัฐของตน ดังนั้น หลักการดังกล่าวเป็นการยืนยันสิทธิในอธิปไตยของรัฐในการแสวงประโยชน์ในทรัพยากรของตนว่าสามารถกระทำได้ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ โดยมีเงื่อนไขว่าการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าว จะต้องไม่ก่อให้เกิดหรือสร้างความเสียหายต่อรัฐอื่นหรือต่อบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐใดๆ หรือไม่ใช่สิทธิอธิปไตยในทางที่ผิด ซึ่งถือเป็นแม่แบบในเรื่องสิทธิและความรับผิดชอบของรัฐต่อพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน และจากพันธกรณีดังกล่าวทำให้รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม หรือหลีกเลี่ยงการกระทำหรือการอนุญาตในกิจกรรมใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดหรือสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้<sup>4</sup>

##### 3.1.2 หลักการป้องกัน (Prevention Principle)

หลักการป้องกัน มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยปรากฏอยู่ในอนุสัญญาหลายฉบับ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่ารัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันการก่อมลพิษสู่สิ่งแวดล้อม โดยการออกกฎหมายใช้บังคับภายใต้เขตอำนาจของรัฐ รัฐต้องคำนึงถึงสิ่งแวดล้อมทั้งภายในรัฐและระหว่างรัฐเป็นสำคัญ หลักการนี้เป็นการใช้วิธีการใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของรัฐ โดยคำนึงถึงการใช้มาตรการป้องกัน ไม่ว่าจะประเมินต้นทุนและผลประโยชน์ได้มากน้อยเพียงใด เป็นหลักที่กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่ต้องออกกฎหมายมาเพื่อ

<sup>4</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *อ่วงแล้ว*, เชียงธรรมที่ 1, น.46 - 48.

ป้องกันมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นการออกมาตรฐานสิ่งแวดล้อม หรือการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม โดยให้แต่ละรัฐใช้บังคับมาตรฐานสิ่งแวดล้อมตามความสามารถของตน ทั้งนี้ หลักการป้องกันสามารถนำไปใช้กับการป้องกัน ควบคุม จำกัด กิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมได้ทุกกรณีอีกด้วย<sup>5</sup>

### 3.1.3 หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle)

หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย เป็นหลักการที่กำหนดให้ผู้ก่อมลพิษซึ่งได้สร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ในกรอบความคิดเดิมเป็นเรื่องที่รัฐพึงดำเนินมาตรการเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ก่อมลพิษจักต้องรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อม รวมทั้งต้นทุนทางสังคมที่เสียไปจากกิจกรรมที่ได้สร้างความเสียหายขึ้น มาตรการที่ใช้โดยทั่วไปจะเป็นการควบคุมโดยตรง โดยการกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทั้งมาตรฐานของสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไปและมาตรฐานจากแหล่งกำเนิดมลพิษขึ้น แล้วจึงดำเนินการควบคุมให้เป็นไปตามมาตรฐานเหล่านั้นในรูปของการชดเชยซึ่งเป็นมาตรการแก้ไข ต่อมาหลักการนี้ได้พัฒนาไปสู่การบูรณาการการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและกิจกรรมทางเศรษฐกิจเข้าด้วยกัน โดยคิดคำนวณต้นทุนทางสิ่งแวดล้อมบวกเข้าไปในราคาสินค้าและบริการต่างๆ ในกรณีนี้ผู้ก่อความเสียหายหรือผู้ผลิตอาจผลักภาระบางส่วนให้แก่ผู้บริโภคโดยการเพิ่มราคาสินค้าให้สูงขึ้น ราคาส่วนที่เพิ่มขึ้นคือต้นทุนส่วนหนึ่งของการป้องกันคุณภาพของสิ่งแวดล้อม ในขณะที่สินค้าและบริการใดที่ดำเนินการโดยไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งโดยทั่วไปจะมีต้นทุนที่สูงกว่า เป็นผลให้ผู้บริโภคหันมาใช้สินค้าและบริการที่ไม่เป็นการทำลายสิ่งแวดล้อมเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นการสนับสนุนหลักการใช้ทรัพยากรอย่างยั่งยืนได้อีกทางหนึ่ง<sup>6</sup>

### 3.1.4 หลักการว่าด้วยความรับผิดชอบและการชดเชยเยียวยาความเสียหาย (Liability and Compensation)

เมื่อมีความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือในบริเวณที่ติดต่อออกไปจากเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ โดยที่มีได้อยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐใดเลยก็ตาม ก็เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาถึงความรับผิดชอบและการชดเชยเยียวยาความเสียหาย

ปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 ได้กำหนดให้รัฐพัฒนากฎหมายภายในส่วนความรับผิดชอบและการชดเชยเยียวยาความเสียหายจากภาวะมลพิษและความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม สำหรับผู้ที่ได้รับความเสียหายจากภาวะมลพิษและความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม อีกทั้งต้องร่วมมือกันในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบและการชดเชยเยียวยา สำหรับผู้ที่ได้รับผลจากความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมอันเกิดจากกิจกรรมภายในเขตอำนาจแห่งชาติ หรือการควบคุมของรัฐต่อบริเวณที่อยู่ติดออกไปจากเขตอำนาจแห่งชาติของตนโดยไม่ชักช้า<sup>7</sup>

หลักการนี้มุ่งคุ้มครองความเสียหายและการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมภายในและได้สร้างความเสียหายต่อบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจที่ใช้ประโยชน์ร่วมกัน ได้แก่ ทะเลหลวง บริเวณพื้นที่ และห้วงอวกาศสากล โดยอยู่บนหลักการความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ถือเป็นความรับผิดของรัฐผู้มีเขตอำนาจและใช้อำนาจนั้นในการควบคุมและดำเนินการในกิจกรรมใด ๆ ในเขตอำนาจ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐนั้นจะเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม

<sup>5</sup> อาภาศรี เจริญศรีสกุล, “กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ใช้กับโครงการโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ของประเทศไทย สำหรับการก่อสร้าง ติดตั้ง และปฏิบัติการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.27 - 33.

<sup>6</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *อ่วงแล้ว*, เริงอรุณที่ 1, น.51 - 54.

<sup>7</sup> Rio Declaration on Environment and Development, 1992, Principle 13.

“States shall develop national law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environments damage. States shall also cooperate in an expeditious and more determined to manner to develop further international law regarding liability and compensation for adverse effects of environmental damage caused by activities within their jurisdiction or control to areas beyond their jurisdiction.”

### 3.2 สหภาพยุโรป

#### 3.2.1 การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป

ในสหภาพยุโรป มาตรการในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่ได้รับพัฒนาไปในทิศทางที่ให้การยอมรับในเรื่องการชดเชยเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมต่อทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสาธารณะมากขึ้น เพื่อให้บรรลุถึงมาตรการที่ช่วยสนับสนุนต่อการคุ้มครองและรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป กฎหมายของสหภาพยุโรปได้บรรจุหลักการในการประเมินมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์ และมาตรฐานในการประเมินมูลค่าความเสียหาย เพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสมบัติร่วมกัน พร้อมทั้งกลไกในระดับภูมิภาคเพื่อจัดการความเสียหายร่วมกันในหมู่สมาชิก โดยร่วมกันจัดทำแผนการฟื้นฟูความเสียหายผ่านการมีส่วนร่วมของสาธารณชนตลอดขั้นตอนการดำเนินการ กฎหมายของสหภาพยุโรปได้บรรจุมาตรการพิเศษเพื่อการคุ้มครองความเสียหายของแหล่งวัฒนธรรมและสิ่งแวดล้อมศิลปกรรมไว้อีกด้วย<sup>8</sup>

#### 3.2.2 กองทุนเพื่อสนับสนุนการดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป

ในปัจจุบันกองทุนด้านสิ่งแวดล้อมที่ดำเนินการอยู่ในสหภาพยุโรป ส่วนใหญ่เป็นกองทุนที่ได้รับการจัดตั้งและดำเนินการในระดับกลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิกของสหภาพ เช่น กองทุนเพื่อการจัดการมลพิษทางอากาศของเนเธอร์แลนด์ หรือกองทุนเพื่อการจัดการพื้นที่ปนเปื้อนมลพิษของอังกฤษ เป็นต้น กองทุนเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไปยิ่งไปกว่าเพื่อการฟื้นฟูความเสียหายหรือเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอื่นใด ดังเช่นกรณีกองทุนสิ่งแวดล้อมที่จัดตั้งและดำเนินการอยู่ในสหรัฐอเมริกา อีกทั้ง ระบบความรับผิดชอบทางแพ่งในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปยังมีข้อจำกัด คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปจึงมีการเสนอให้ใช้มาตรการระบบความรับผิดชอบในการจัดการความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของสหภาพ<sup>9</sup> และเตรียมจัดตั้งกองทุนแห่งยุโรปซึ่งพัฒนามาจากกองทุนการจัดการความเสียหาย โดยกองทุนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกันหรือชดเชยเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อมในกรณีหลักประกันทางการเงินอื่นไม่ครอบคลุมถึงความเสียหาย และให้สิทธิประเทศภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรปในการแสวงหาหลักประกันทางการเงินที่เหมาะสมกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบการในการดำเนินกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ภายใต้เงื่อนไขการดำเนินงานที่เป็นข้อบังคับให้ผู้ประกอบการต้องจัดให้มีหลักประกันทางการเงินสำหรับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการของตน

โครงสร้างของระบบความรับผิดชอบมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบการประกันภัยทางสิ่งแวดล้อมในแง่ของค่าธรรมเนียมที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ กล่าวคือ เพื่อการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม โดยมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ที่สร้างความเสียหายหรือที่มีศักยภาพในการที่จะสร้างความเสียหายได้ ภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้ก่อมลพิษส่วนหนึ่ง และอีกส่วนหนึ่งจะมาจากกรการบริจาคทั่วไปหรือจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเสียหายและการชดเชยเยียวยาความเสียหาย แต่อย่างไรก็ดี ข้อพึงพิจารณาจากการจัดโครงสร้างทางการเงินของระบบความรับผิดชอบ คือ การจัดสรรต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์ที่เท่าเทียมกันของหน่วยธุรกิจที่ต้องรับภาระในการจัดสรรเงินทุนและต้นทุนทางสังคมในกลุ่มของประชาชนผู้เสียหายโดยทั่วไป รวมทั้งการกำหนดมาตรการจูงใจเพื่อป้องกันปัญหาการก่อมลพิษโดยกำหนดความเชื่อมโยงของระดับการปล่อยทิ้งของเสียกับศักยภาพต่อการก่อมลพิษของเสีย<sup>10</sup>

การใช้ระบบความรับผิดชอบในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมนี้ มีข้อดีหลายประการ ประการแรก เป็นการเฉลี่ยความรับผิดชอบในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายจากการกระทำที่ต่างกรรมต่างวาระ โดยถือเป็นการรับผิดชอบของกลุ่มแทนที่จะเป็นเรื่องของปัจเจกชน ประการต่อมา ทำให้สามารถปรับใช้หลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ก่อมลพิษ โดยการชำระค่าธรรมเนียมหรือการบริจาคเงินจากเอกชนที่เป็นผู้ประกอบการที่โดยทั่วไปจะมีความเกี่ยวข้องกับการก่อความเสียหายหรือที่มีศักยภาพที่จะสร้างความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ นอกจากนี้

<sup>8</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *อ่วงแล้ว*, เจริญธรรมที่ 1, น.387 - 389.

<sup>9</sup> EC Green Paper, 1993, p.20.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p.27 - 28.

การระดมเงินสามารถกระทำได้ล่วงหน้าและตอบสนองต่อการแก้ไขปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างรวดเร็วและทันต่อเหตุการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน เช่น ในความเสียหายจากอุบัติเหตุหรือจากภัยพิบัติสาธารณะ เป็นต้น และประการสุดท้าย จะได้ใช้เป็นแหล่งเงินทุนสำรองในกรณีที่ผู้ที่สร้างความเสียหายไม่สามารถรับผิดชอบต่อความเสียหายในขณะนั้นได้ จึงเห็นได้ว่าระบบความรับผิดชอบร่วมนี้ สามารถปรับใช้กับการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ ทั้งในกรณีที่ไม่สามารถกำหนดตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบได้ และในกรณีที่ความเสียหายดังกล่าวไม่สามารถทำการแก้ไขฟื้นฟูภายใต้ระบบความรับผิดชอบทางแพ่งในกรณีปกติทั่วไปได้<sup>11</sup>

### 3.3 สหรัฐอเมริกา

#### 3.3.1 การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกา

ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบและการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1980 (CERCLA) ระบุว่าความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมสามารถประเมินมูลค่าความเสียหายได้ ซึ่งมาตรการในการคุ้มครองความเสียหายครอบคลุมการทำลายหรือการสูญหายของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การประเมินมูลค่าความเสียหายของทรัพยากร รวมทั้งการฟื้นฟูต้นทุนของทรัพยากรที่เสียหาย โดยได้กำหนดรูปแบบและหลักเกณฑ์ในการดำเนินการไว้ 2 รูปแบบ คือ The US CERCLA Model และ The US OPA Model ในการดำเนินการตามรูปแบบดังกล่าว มีการกำหนดมาตรการเพื่อเตรียมการก่อนที่จะทำการประเมินมูลค่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม เพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมนี้เป็นมาตรการผสมผสานระหว่างหลักเกณฑ์ของกฎหมาย กระบวนการทางวิทยาศาสตร์และหลักการทางเศรษฐศาสตร์ในการประเมินมูลค่าความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ถูกจำกัดขอบเขตในการดำเนินการอันเนื่องมาจากข้อจำกัดของแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่ยังต้องมีพัฒนาการต่อไปอีก<sup>12</sup>

#### 1. The US CERCLA Model

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบและการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1980 หรือ CERCLA ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไว้ โดยอาศัยมาตรการทางเศรษฐศาสตร์ในการกำหนดมูลค่าของทรัพยากรเพื่อประเมินมูลค่าความเสียหาย ซึ่งประกอบไปด้วยหลักมูลค่าการใช้ประโยชน์ มูลค่าทดแทน และศักยภาพในการฟื้นตัวตามธรรมชาติของระบบนิเวศ โดยใช้มาตรการต้นแบบเพื่อเป็นแนวทางในการประเมินมูลค่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม จำนวน 2 รูปแบบ คือ มาตรการแบบ A และมาตรการแบบ B โดยมาตรการแบบ A จะใช้เพื่อประเมินมูลค่าความเสียหายจากการปล่อยทิ้งของเสียจากแหล่งกำเนิดขนาดเล็ก หรือที่ถูกปล่อยทิ้งในช่วงเวลาที่จำกัด หรือจากของเสียอันตราย หรือจากการรั่วไหลของน้ำมันที่สร้างความเสียหายต่อทรัพยากรและระบบนิเวศทางทะเลและชายฝั่ง ในขณะที่มาตรการแบบ B จะใช้กับความเสียหายจากการปล่อยทิ้งของเสียที่มีปริมาณมากหรือขนาดของความเสียหายที่ร้ายแรงกว่า โดยมาตรการทั้ง 2 แบบได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของวิทยาการสมัยใหม่

#### 2. The US OPA Model

ในการดำเนินการเพื่อประเมินมูลค่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมภายใต้มาตรการ OPA Model จะดำเนินการจัดทำแผนก่อนการประเมินในความเสียหายจากการปล่อยทิ้งหรือรั่วไหลของน้ำมัน เพื่อประสานความร่วมมือระหว่างผู้รับผิดชอบดำเนินการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องรวมทั้งผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย กรณีความเสียหายที่พึงประเมินเพื่อการชดเชยเยียวยาภายใต้มาตรการ OPA Model รวมถึงต้นทุนค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูความเสียหาย การคืนสภาพ การแทนที่ การได้มาซึ่งทรัพยากรในประเทศ คุณภาพและชนิดเดียวกันหรือใกล้เคียงกับทรัพยากรที่ได้รับความเสียหาย รวมทั้งการขาดใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในระหว่างการฟื้นฟูความเสียหาย ความเสียหายที่พึงได้รับการชดเชยรวมถึงต้นทุนค่าใช้จ่ายที่สมควรในกระบวนการประเมินมูลค่าความเสียหาย การดำเนินการ

<sup>11</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *อ่าวแล้ว*, เชียงอรรถที่ 1, น.459.

<sup>12</sup> *เพ็ญอ่าว*, น.390 - 402.

ฟื้นฟูตามแผนการฟื้นฟูความเสียหายที่ผ่านการรับรอง การตรวจสอบและติดตามผลการดำเนินการฟื้นฟูความเสียหาย และต้นทุนค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการทำประชาพิจารณ์แผนการฟื้นฟูความเสียหายนั้น

### 3.3.2 กองทุนสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกา

กองทุนสิ่งแวดล้อมที่ดำเนินการอยู่ในสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน มีหลักการและเป้าหมายในการดำเนินการแตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง แต่โดยทั่วไปแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อการฟื้นฟูความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำความสะอาดพื้นที่ปนเปื้อนมลพิษยิ่งไปกว่าเพื่อการคุ้มครองภาระความรับผิดชอบในความเสียหายของปัจเจกชนทั่วไป โดยมีการจัดตั้งกองทุนเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวหลายกองทุน<sup>13</sup> ดังนี้

#### 1. The LUST Trust Fund

กองทุนนี้ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการฟื้นฟูความเสียหายจากมลพิษของน้ำมัน รวมทั้งการทำความสะอาดพื้นที่ปนเปื้อนมลพิษของน้ำมัน โดยที่งบประมาณของกองทุนนี้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากภาษีน้ำมันที่เรียกเก็บในอัตรา 0.1 เซนต์ ต่อน้ำมัน 1 แกลลอนโดยมีทุนประเดิมเมื่อเริ่มก่อตั้งใน ค.ศ. 1986 จำนวน 500 ล้านดอลลาร์ และเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าใน ค.ศ. 1990 ในการดำเนินงานในกรณีที่จำเป็น กองทุนอาจเปิดให้ความช่วยเหลือในกรณีไม่สามารถกำหนดตัวบุคคลผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายได้ หรือกรณีที่ต้องมีการดำเนินการอย่างทันท่วงที เพื่อให้ทันต่อเหตุการณ์ในสถานการณ์ที่จำเป็นต่อการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของมนุษย์ และสิ่งแวดล้อม หรือมีความเสียหายเป็นพิเศษเพิ่มขึ้นเกินกว่ามูลค่าปกติของความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือกรณีเจ้าของหรือผู้ดำเนินการปฏิเสธหรือไม่สามารถที่จะดำเนินการตามกฎหมายหรือคำสั่งของรัฐที่ออกเพื่อการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ เป็นต้น

การใช้จ่ายเงินของกองทุน โดยทั่วไปจะครอบคลุมมูลค่าต้นทุนความรับผิดที่เจ้าของหรือผู้ดำเนินการได้รับในมาตรฐานความรับผิดตามหลักการของความรับผิดโดยเคร่งครัด ภายใต้ข้อยกเว้นดังนี้ คือ กรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเหตุสุดวิสัย หรือเป็นผลมาจากการใช้กำลังทางอาวุธหรือสงคราม หรือจากความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของบุคคลภายนอก สิทธิในการได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายตามหลักการของกองทุนนี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่สามารถโอนให้แก่กันในเชิงพาณิชย์ได้ ในกรณีที่ความเสียหายมีมูลค่าสูงเกินกว่าจำนวนของการชดเชยเยียวยาอาจกำหนดเงื่อนไขหรือสงวนสิทธิในการชดเชยเยียวยาไว้ในกรณีนี้ด้วยก็ได้

#### 2. The CERCLA Superfund

กองทุนนี้ได้รับการก่อสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการฟื้นฟูความเสียหายของสิ่งแวดล้อม ในขณะที่กระบวนการเรียกร้องเพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการ หรือในกรณีที่ยังไม่สามารถกำหนดตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นได้ หรือเมื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบไม่สามารถที่จะดำเนินการในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายเช่นนั้นได้ กองทุนนี้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากภาษี โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาษีที่เรียกเก็บจากอุตสาหกรรมปิโตรเคมี

การใช้จ่ายเงินของกองทุนจะครอบคลุมในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้ คือ

(2.1) ค่าใช้จ่ายที่รัฐหรือเอกชนได้ใช้จ่ายไปในการดำเนินการเพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อม

(2.2) ค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติ

(2.3) ค่าใช้จ่ายในการประเมินค่าความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

(2.4) ค่าใช้จ่ายในการศึกษาผลกระทบระยะยาวในความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยมนุษย์

<sup>13</sup> เพิ่งอ้าง, น.460 - 464.

#### 4. การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย

##### 4.1 การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย

หลักเกณฑ์ในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายไทย ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 - 447 พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 302 - 312 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 26/4 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 96 - 97 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 มาตรา 139 - 142 พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 มาตรา 7 - 14 พระราชบัญญัติการเรียกเงินสมทบเข้ากองทุนระหว่างประเทศ เพื่อชดเชยความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 มาตรา 10 - 19 เป็นต้น

กฎหมายได้กำหนดความรับผิดทางแพ่งของบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ ทรัพยากรที่เสียหาย และการเยียวยาความเสียหายบางประการไว้ โดยค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจะพิจารณาจากมูลค่าของความเสียหายที่แท้จริง รวมถึงการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ หรือความเสียหายต่อระบบนิเวศ ซึ่งในทางปฏิบัติยังไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณมูลค่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไว้โดยเฉพาะ จึงนำหลักเกณฑ์การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 - 447 มาใช้บังคับกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยอนุโลม แต่ยังมีข้อจำกัดเนื่องจากการคำนวณมูลค่าของทรัพยากรธรรมชาติที่เสียหาย หรือถูกทำลาย เป็นการคำนวณความสูญเสียในระบบนิเวศและความสมดุลทางธรรมชาติ ซึ่งไม่ได้คำนวณในเชิงพาณิชย์เหมือนความเสียหายต่อบุคคล กฎหมายไทยจึงยังขาดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ และขาดเครื่องมือในการประเมินมูลค่าความเสียหายที่ต้องชดเชย ประกอบกับข้อจำกัดในคำนิยามของคำว่าสิ่งแวดล้อมซึ่งมีความหมายเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในความหมายอย่างแคบ จึงทำให้การคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมของไทยยังอยู่ในขอบเขตที่จำกัด

ในทางปฏิบัติหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อม ได้แก่ กรมป่าไม้ กรมควบคุมมลพิษ กรมส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม และกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ได้อ้างอิงหลักเกณฑ์และองค์ความรู้ทางเศรษฐศาสตร์ในการประเมินมูลค่าความเสียหาย โดยที่การประเมินมูลค่าความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมจะประกอบไปด้วยการประเมินคุณค่าการใช้ประโยชน์ของทรัพยากรธรรมชาติ และการประเมินมูลค่าผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมอันเกิดจากการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรนั้น โดยที่ไม่มีระบบตลาดหรือราคาสมดุลที่ชัดเจนมาประกอบประกอบในการพิจารณาเพื่อกำหนดมูลค่าที่ชัดเจนได้ ความมากน้อยของคุณประโยชน์ของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่จะมีผลต่อมูลค่าความเสียหายในทางเศรษฐศาสตร์ของสิ่งแวดล้อมจะขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ เช่น ค่านิยม ความจำเป็นในการใช้ในแต่ละช่วงเวลา ความเต็มใจที่จะจ่ายของผู้ที่เกี่ยวข้อง ความสมบูรณ์ของระบบตลาดที่มีอยู่ ตลอดจนนโยบายการแทรกแซงหรือการสนับสนุนจากภาครัฐ เป็นต้น

##### 4.2 กองทุนสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย

กองทุนสิ่งแวดล้อมจัดตั้งขึ้นในกระทรวงการคลัง ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เพื่อเป็นมาตรการทางการเงินและเป็นกลไกทางการเงินที่สร้างแรงจูงใจให้ส่วนราชการ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ภาคเอกชน และองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ ตามหลักการผู้ก่อให้เกิดมลพิษเป็นผู้จ่าย โดยให้การสนับสนุนเงินทั้งในลักษณะเงินอุดหนุนและเงินกู้ มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมภายใต้กระบวนการความร่วมมือของทุกภาคส่วน ในการจัดให้มีระบบบำบัดอากาศเสีย น้ำเสีย และระบบกำจัดของเสียสำหรับควบคุม บำบัดและขจัดมลพิษ รวมทั้งการดำเนินกิจกรรมใดๆ เพื่อการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ การใช้จ่ายเงินกองทุนสิ่งแวดล้อมดังกล่าว จะต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

#### 4.2.1 วัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อม

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 23 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ระเบียบและวิธีการใช้จ่ายเงินของกองทุน รวมทั้งกิจการอื่น ๆ ที่จำเป็น โดยให้อำนาจคณะกรรมการบริหารกองทุนมีสิทธิใช้จ่ายเงินของกองทุน ตามวัตถุประสงค์หลักของการใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อม แบ่งออกได้ 2 ประการคือ<sup>14</sup>

1) ใช้เพื่อเป็นเงินอุดหนุนหรือกู้ยืม เพื่อจัดให้มีระบบบำบัดหรือกำจัดมลพิษ สำหรับ

1.1) ส่วนราชการในการจัดระบบบำบัดน้ำเสียรวมหรือระบบกำจัดของเสียรวมของรัฐ

1.2) ราชการส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจในการจัดระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบบำบัดน้ำเสีย หรือระบบกำจัดของเสียสำหรับหน่วยราชการนั้นๆ

1.3) เอกชนที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบบำบัดน้ำเสีย หรือระบบกำจัดของเสีย ณ สถานประกอบการของตนเอง รวมทั้งผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการบำบัดน้ำเสียหรือกำจัดของเสียตามกฎหมายฉบับนี้

2) ใช้เพื่อเป็นเงินช่วยเหลือหรือสนับสนุนกิจกรรมใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามที่คณะกรรมการกองทุนสิ่งแวดล้อมเห็นสมควร และโดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ดังนี้

2.1) การจัดสรรเงินอุดหนุนหรือเงินกู้ยืมแก่องค์กรเอกชนที่จดทะเบียนเป็นองค์กรด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในการดำเนินกิจการขององค์กร

2.2) เพื่อสนับสนุนการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายอื่น เช่น การแก้ไขปัญหามลพิษสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากโรงงานอุตสาหกรรม ตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

3) ใช้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารกองทุน

#### 4.2.2 ข้อจำกัดของกองทุนสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย

กองทุนสิ่งแวดล้อมมีวัตถุประสงค์หลักในการสนับสนุนการดำเนินงานของหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนในรูปแบบเงินอุดหนุนหรือเงินกู้ยืม เพื่อจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบกำจัดมลพิษ หรือสนับสนุนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมถึงสนับสนุนกิจกรรมขององค์กรเอกชนที่จดทะเบียนเป็นองค์กรด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมุ่งเน้นการป้องกันปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขฟื้นฟูหรือเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมให้คืนสู่สภาพเดิมควบคู่ไปด้วย อาจเป็นผลมาจากพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดความรับผิดชอบแห่งกรณีการก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติไว้ ตามมาตรา 97 จึงไม่ใช่อำนาจหน้าที่ของกองทุนสิ่งแวดล้อมที่จะต้องเข้าไปแก้ไขฟื้นฟูและเยียวยาทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าว แต่หากพิจารณาถึงความเป็นไปได้ของความล่าช้าของกระบวนการเรียกร้องให้ดำเนินการชดเชยเยียวยาความเสียหาย หรือกรณีไม่สามารถกำหนดตัวผู้ต้องรับผิดชอบได้ หรือกรณีผู้ต้องรับผิดชอบไม่มีความสามารถในการชดเชยเยียวยาความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติได้ จะส่งผลให้ทรัพยากรธรรมชาติที่ถูกทำลายทำให้สูญหาย หรือเสียหาย ถูกปล่อยทิ้งให้เกิดความเสียหายอย่างต่อเนื่อง และอาจมีผลกระทบต่อมนุษย์ สุขภาพอนามัยของมนุษย์ สิ่งมีชีวิต และระบบนิเวศอื่น ๆ หากไม่สามารถเยียวยาความเสียหายได้อย่างทันท่วงที ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบต้องใช้เงินงบประมาณแผ่นดินเข้าไปช่วยเหลือเพื่อดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเบื้องต้น อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานของรัฐไม่ได้จัดสรรเงินงบประมาณไว้รองรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว จึงอาจส่งผลกระทบต่อเงินงบประมาณส่วนกลางที่จัดสรรไว้เพื่อการอื่น

<sup>14</sup> สำนักงานกองทุนสิ่งแวดล้อม สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, กองทุนสิ่งแวดล้อม, กรุงเทพมหานคร : สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2556.



นอกจากนี้ กองทุนสิ่งแวดล้อมมีแหล่งที่มาของเงินรายได้ค่อนข้างจำกัด และมีเงินทุนสนับสนุนแบบไม่ต่อเนื่อง แม้ว่าจะมีรายได้จากค่าบริการและค่าปรับที่จัดเก็บโดยราชการส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติ เช่น ค่าบริการสำหรับการบำบัดน้ำเสียหรือกำจัดของเสียรวม ค่าปรับที่เกิดจากการที่เจ้าของหรือผู้ประกอบการแหล่งกำเนิดมลพิษหลีกเลี่ยงไม่ส่งน้ำเสียหรือของเสียไปบำบัด ค่าปรับในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ประกอบการแหล่งกำเนิดมลพิษลักลอบปล่อยทิ้งน้ำเสียหรือของเสียลงสู่ระบบบำบัดน้ำเสียหรือระบบกำจัดของเสียรวมของทางราชการโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น แต่เงินรายได้ของกองทุนสิ่งแวดล้อมยังไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ ประกอบกับแนวทางการดำเนินงานของกองทุนสิ่งแวดล้อมมุ่งเน้นการให้ความช่วยเหลือทางการเงินในการจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมมากกว่าการสร้างผลกำไร โดยการให้เงินอุดหนุนแก่ส่วนราชการหรือราชการส่วนท้องถิ่นรวมทั้งเงินสนับสนุนโครงการด้านสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ในลักษณะเงินให้เปล่ามากกว่าการสนับสนุนในลักษณะการให้เงินกู้ยืม ปัจจุบันรายได้หลักของกองทุนสิ่งแวดล้อมมาจากดอกเบี้ยเงินฝากในธนาคารเป็นหลัก ซึ่งในอนาคตหากไม่มีการดำเนินการใด ๆ อาจส่งผลให้กองทุนมีความเสี่ยงที่จะประสบปัญหาทางการเงินได้ และการแก้ไขกฎหมายเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพบทบาทหน้าที่ของกองทุนสิ่งแวดล้อมในการชดเชยเยียวยาและแก้ไขฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมย่อมมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการหาแหล่งเงินทุนเพิ่มเติมเพื่อมาสนับสนุนการดำเนินงานของกองทุน

#### 4.3 บทวิเคราะห์

##### 4.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบกองทุนด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป

กองทุนด้านสิ่งแวดล้อมในสหภาพยุโรปมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไปมากกว่าการฟื้นฟูความเสียหายหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น แต่กองทุนสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปยังมีข้อจำกัดของระบบความรับผิดชอบทางแพ่งในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมอยู่ จึงมีเสนอให้ใช้ระบบความรับผิดชอบร่วมในการจัดการความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม และการเตรียมการจัดตั้งกองทุนแห่งยุโรป เพื่อการป้องกันหรือชดเชยเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อมในกรณีที่เกิดจากกิจกรรมทางการเงินอื่นไม่ครอบคลุมถึงความเสียหาย โดยกำหนดข้อบังคับให้ผู้ประกอบการต้องจัดให้มีหลักประกันทางการเงินสำหรับความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการของตน ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบการประกันภัยทางสิ่งแวดล้อม ในแง่ของการระดมทุนเพื่อการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม โดยมีแหล่งที่มาของเงินทุนมาจากค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ก่อมลพิษหรือที่มีศักยภาพในการที่จะสร้างความเสียหายได้ภายใต้หลักความรับผิดชอบของผู้ก่อมลพิษ และมาจากการบริจาคทั่วไป หรือจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเสียหายและการชดเชยเยียวยาความเสียหาย ทั้งนี้ ยังกำหนดให้มีมาตรการจูงใจเพื่อป้องกันปัญหาการก่อมลพิษด้วย

การใช้ระบบความรับผิดชอบร่วมในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมมีข้อดีหลายประการ กล่าวคือ เป็นการเฉลี่ยความรับผิดชอบในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายจากการกระทำที่ต่างกรรมต่างวาระกัน การปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้ก่อมลพิษ โดยการชำระค่าธรรมเนียมหรือการบริจาคเงินจากผู้ประกอบการที่มีความเกี่ยวข้องกับการก่อความเสียหายหรือที่มีศักยภาพที่จะสร้างความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ การระดมเงินสามารถกระทำได้ล่วงหน้าและตอบสนองต่อการแก้ไขปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างรวดเร็วและทันต่อเหตุการณ์ และใช้เป็นแหล่งเงินทุนสำรองในกรณีที่ผู้ก่อมลพิษไม่สามารถรับผิดชอบต่อความเสียหายในขณะนั้นได้ ซึ่งการใช้หลักการดังกล่าวสามารถปรับใช้กับการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ทั้งในกรณีที่ไม่สามารถกำหนดตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบได้ และในกรณีที่ความเสียหายดังกล่าวไม่สามารถทำการแก้ไขฟื้นฟูภายใต้ระบบความรับผิดชอบทางแพ่งในกรณีปกติทั่วไปได้

ในประเทศไทยกำหนดให้เจ้าของหรือผู้ประกอบการแห่งกำเนิดมลพิษที่เป็นแหล่งกำเนิดของการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษ อันเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพอนามัย หรือเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือของรัฐเสียหาย มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายเพื่อการนั้น ตามมาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยใช้หลักความรับผิดชอบของผู้ก่อมลพิษ แต่ยังมีได้กล่าวถึงการใช้ระบบความรับผิดชอบร่วมในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเหมือนในสหภาพยุโรป อีกทั้ง กองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยมีวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุน

ค่อนข้างจำกัด โดยมีบทบาทเป็นแหล่งเงินทุนสำหรับการจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสียรวมหรือระบบกำจัดของเสียรวม หรือการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นการดำเนินการมาตรการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่ยังไม่มีความเป็นแหล่งเงินทุนสำรองกรณีผู้สร้างความเสียหายไม่สามารถรับผิดชอบต่อความเสียหายในขณะนั้นได้ ซึ่งมีการระดมเงินทุนจากผู้ประกอบการที่อาจสร้างความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไว้ล่วงหน้า และสามารถแก้ไขปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างทันที่ต่างจากกองทุนสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปที่มีลักษณะเป็นหลักประกันทางการเงินซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกันหรือชดเชยเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อมในกรณีหลักประกันทางการเงินอื่นไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายนั้น

#### 4.3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบกองทุนด้านสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกา

กองทุนสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกา (The CERCLA Superfund) ก่อตั้งขึ้นเพื่อการฟื้นฟูความเสียหายของสิ่งแวดล้อม ในขณะที่กระบวนการเรียกร้องเพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการหรือในกรณีที่ยังไม่สามารถกำหนดตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นได้ หรือเมื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบไม่สามารถที่จะดำเนินการในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายนั้น ซึ่งการใช้จ่ายเงินของกองทุนจะครอบคลุมค่าใช้จ่ายที่รัฐหรือเอกชนได้ใช้จ่ายไปในการดำเนินการเพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อม ค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติ ค่าใช้จ่ายในการประเมินค่าความเสียหายของทรัพยากร-ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ค่าใช้จ่ายในการศึกษาผลกระทบระยะยาวในความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยมนุษย์ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

จะเห็นว่ากองทุนสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกา มีหลักเกณฑ์การใช้จ่ายเงินของกองทุนที่เป็นผลดีและมีประโยชน์ต่อการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมหลายประการ โดยมีวัตถุประสงค์ในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมความเสียหายอย่างกว้าง ซึ่งเป็นการช่วยบรรเทาภาระในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายที่ผู้สร้างความเสียหายต้องรับผิดชอบเพียงลำพัง โดยการจัดสรรเงินจากกองทุนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการเยียวยาและฟื้นฟูความเสียหายนั้น รวมถึงในกรณีที่ความเสียหายนั้นผู้ที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันหลายราย และกองทุนยังเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากอุบัติเหตุหรือที่มีผลกระทบอย่างเฉียบพลันที่ต้องใช้ความรวดเร็วในการแก้ไขปัญหาได้อย่างทันที่และทันต่อเหตุการณ์ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่ครอบคลุมความเสียหายได้อย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม หลักการของกองทุนสิ่งแวดล้อมยังมีข้อจำกัดบางประการ เช่น ภาระค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นในการจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุน ขาดมาตรการจูงใจเพื่อสนับสนุนต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อีกทั้งการใช้จ่ายเงินของกองทุนถือเป็นเพียงมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาในเบื้องต้น โดยไม่ตัดสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางแพ่งตามปกติ จึงอาจส่งผลในทางที่ไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับกระบวนการของกองทุนสิ่งแวดล้อมได้

เมื่อพิจารณาหลักการของกองทุนด้านสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกานำมาเปรียบเทียบกับกองทุนสิ่งแวดล้อมของไทย จะเห็นว่า พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 97 กล่าวถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แต่ยังไม่ได้ให้คำนิยามความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไว้อย่างชัดเจน ในทางปฏิบัติจึงครอบคลุมความเสียหายตามความหมายอย่างแคบ โดยหมายถึงเฉพาะความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติ อันได้แก่ อากาศ น้ำ ดิน หิน แร่ พืช และสัตว์ ซึ่งเป็นของรัฐหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินเท่านั้น ประกอบกับวัตถุประสงค์ของกองทุนสิ่งแวดล้อมไทย ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มิได้กำหนดให้กองทุนมีวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุน เพื่อการใช้จ่ายในการดำเนินการชดเชยและเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อม หรือการใช้จ่ายในการฟื้นฟูความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติที่เกิดขึ้น โดยกำหนดให้มีบทบาทเพียงเป็นแหล่งเงินทุนสำหรับการจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสียรวมหรือระบบกำจัดของเสียรวม หรือการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นการดำเนินการมาตรการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยยังไม่มีกำหนดให้ดำเนินมาตรการในการแก้ไข

ฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม การใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อมจึงยังไม่ครอบคลุมค่าใช้จ่ายที่รัฐหรือเอกชนได้ใช้จ่ายไปในการดำเนินการเพื่อการชดเชยและเยียวยาความเสียหายของสิ่งแวดล้อม ค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติ ค่าใช้จ่ายในการประเมินค่าความเสียหายของทรัพยากร-ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ค่าใช้จ่ายในการศึกษาผลกระทบระยะยาวในความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยมนุษย์ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงเห็นสมควรในการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในหมวดของกองทุนสิ่งแวดล้อม โดยนำหลักการของกองทุนด้านสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกามาใช้ให้เหมาะสมกับกฎหมายไทย กำหนดวัตถุประสงค์การใช้จ่ายเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อมไทยให้กว้างขึ้น เพื่อใช้เป็นแหล่งเงินทุนที่ครอบคลุมค่าใช้จ่ายการดำเนินการอันเกี่ยวเนื่องกับการชดเชยเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ถือเป็น การเพิ่มประสิทธิภาพในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง

#### 4.3.3 วิเคราะห์ข้อจำกัดของกองทุนสิ่งแวดล้อม

การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมโดยใช้มาตรการทางแพ่งเพียงลำพัง อาจมีข้อจำกัดในการกำหนดตัวบุคคลผู้ที่ต้องรับผิดชอบ เงื่อนไขความรับผิด และข้อยกเว้นขอบเขตและลักษณะของความเสียหาย ตลอดจนจำนวนค่าเสียหายที่จะต้องทำการชดเชยและเยียวยา ประกอบกับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมมีผลกระทบในวงกว้างและมีมูลค่าของความเสียหายค่อนข้างสูง การใช้มาตรการทางแพ่งในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายย่อมไม่อาจกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงได้มีการพัฒนากลไกทางการเงินขึ้นเพื่อเป็นมาตรการสนับสนุนในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ได้แก่ กองทุนสิ่งแวดล้อม การประกันภัยสิ่งแวดล้อม เป็นต้น โดยกองทุนสิ่งแวดล้อมเป็นเครื่องมือของรัฐบาลในการแก้ไขฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหายในขณะกระบวนการเรียกร้องค่าเสียหายโดยทั่วไปอยู่ระหว่างดำเนินการ ส่วนการประกันภัยสิ่งแวดล้อมเป็นมาตรการทางการเงินที่ช่วยบรรเทาภาระความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการที่แสวงหาหลักประกันทางการเงินในการชดเชยและเยียวยาความเสียหาย โดยเฉพาะกิจการที่มีความเสี่ยงสูงที่อาจสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้

กองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยมีข้อจำกัดในเรื่องการใช้จ่ายเงินของกองทุน ซึ่งตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดวัตถุประสงค์การใช้จ่ายเงินของกองทุนโดยมุ่งเน้นดำเนินการเฉพาะมาตรการป้องกันปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ ในการสนับสนุนการดำเนินงานของหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน เพื่อจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบกำจัดมลพิษ หรือสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมถึงสนับสนุนกิจกรรมขององค์กรเอกชนที่จดทะเบียนเป็นองค์กรด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ทรัพยากร-ธรรมชาติในการดำเนินกิจการขององค์กรตามที่คณะกรรมการกองทุนสิ่งแวดล้อมเห็นสมควร ในรูปแบบเงินอุดหนุนหรือเงินกู้ยืม ซึ่งการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพต้องอาศัยการดำเนินการตามมาตรการในการป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย และมาตรการในการแก้ไขฟื้นฟูความเสียหายควบคู่กันไป ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกองทุนของสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า กองทุนสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกามีบทบาทในการดำเนินการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม การบรรเทาภาระในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายของผู้ที่สร้างความเสียหาย การแก้ไขปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากอุบัติเหตุหรือที่มีผลกระทบอย่างเฉียบพลันที่ต้องอาศัยความรวดเร็วในการดำเนินการแก้ไขปัญหาอย่างทันทั่วถึง และยังช่วยหลีกเลี่ยงความยุ่งยากในกระบวนการและขั้นตอนของการดำเนินคดี ซึ่งกล่าวได้ว่ามาตรการในการฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติของสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเป็นหลัก โดยกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเข้าไปฟื้นฟูเยียวยาทรัพยากรธรรมชาติที่ได้รับเสียหายในเบื้องต้นก่อนแล้วจึงคำนวณค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติจากผู้ที่ต้องรับผิดชอบ หากกองทุนสิ่งแวดล้อมนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ และแก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุน ให้สามารถดำเนินการมาตรการในการแก้ไขฟื้นฟูความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติได้ด้วย ไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการทางแพ่ง ตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพียงอย่างเดียวโดย

คำนึงถึงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ ประกอบกับกำหนดกรอบการใช้จ่ายเงินกองทุนสิ่งแวดล้อมให้เน้นทำงานเชิงรุก และสามารถใช้จ่ายเงินกองทุนไปดำเนินการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นการบำรุงรักษาระบบที่มีอยู่ มากกว่าการก่อสร้างระบบเพิ่มขึ้น หรือในกรณีฉุกเฉิน โดยส่งเสริมและช่วยเหลือสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบเงินอุดหนุนกรณีฉุกเฉินให้แก่หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบในการแก้ไข ขจัดมลพิษ และฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อม อันเนื่องมาจากภาวะมลพิษ หรือสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำให้แก่ผู้ก่อมลพิษ เพื่อใช้ในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างทันท่วงที ก่อนที่จะเกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในวงกว้าง หรือให้เอกชนกู้ยืม เพื่อก่อสร้างหรือปรับปรุงหรือขยายระบบบำบัดหรือกำจัดมลพิษ หรือการจัดการมลพิษที่เกิดจากกิจกรรมหรือการดำเนินกิจการ เพื่อการป้องกันรักษา หรือฟื้นฟูสภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งจัดหาและจัดซื้อวัสดุ อุปกรณ์ และเครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการดำเนินงาน และบำรุงรักษาระบบหรือการจัดการมลพิษ เพื่อเป็นการสนับสนุนให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบสามารถนำกองทุนไปแก้ไข เยียวยา ขจัดมลพิษและฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ดียิ่งขึ้น

นอกจากนี้ กองทุนสิ่งแวดล้อมควรมีการศึกษาแนวทางการระดมทุนเข้าสู่กองทุนสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการศึกษาและพัฒนามาตรการทางการเงินและการคลังที่เหมาะสมเพื่อจัดเก็บรายได้เข้ากองทุนสิ่งแวดล้อม โดยมุ่งเน้นการแสวงหาแหล่งเงินที่มีศักยภาพ และกำหนดแหล่งที่มาของเงินหรือทรัพย์สินของกองทุนสิ่งแวดล้อมให้กว้างขึ้น อาจเพิ่มการนำรายได้จากเงินค่าบริการ ค่าธรรมเนียม เงินเพิ่ม เงินบำรุงกองทุนเงินค่าปรับที่ได้จากการเปรียบเทียบ รวมทั้งค่าธรรมเนียม หรือภาษีอากรที่มีกฎหมายกำหนด โดยเฉพาะการกำหนดอัตราการเก็บภาษีสรรพสามิตในหมวดสินค้าและบริการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ค่าธรรมเนียมสิ่งแวดล้อม เงินช่วยเหลือด้านการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากองค์กรระหว่างประเทศ ให้เป็นรายได้เข้ากองทุนสิ่งแวดล้อม เพื่อให้กองทุนสิ่งแวดล้อมมีแหล่งรายได้เข้าสู่กองทุนอย่างต่อเนื่อง และ ควรศึกษามาตรการและแนวทางการกำหนดและปรับปรุงระเบียบ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการ และเสนออัตราการส่งเงินเข้ากองทุนสิ่งแวดล้อมในอัตราที่เหมาะสมและสม่ำเสมอ เพื่อให้กองทุนสิ่งแวดล้อมมีความยืดหยุ่น และคล่องตัวในการสนับสนุนโครงการหรือกิจกรรมด้านสิ่งแวดล้อม เพื่อเพิ่มศักยภาพของกองทุนสิ่งแวดล้อมในการสนับสนุนเงินทุนให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบสามารถนำกองทุนไปใช้จ่ายเพื่อการแก้ไข เยียวยา ขจัดมลพิษและฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อมได้ ทั้งนี้ ปัจจุบันการดำเนินงานของกองทุนสิ่งแวดล้อมมุ่งเน้นการให้ความช่วยเหลือทางการเงินในการจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมมากกว่าการสร้างผลกำไร ส่งผลให้กองทุนประสบปัญหาทางการเงิน จึงเห็นควรให้ความสำคัญกับการจัดสรรเงินที่สามารถมีเงินหมุนเวียนคืนกลับ โดยมุ่งเน้นเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำ และเพิ่มประสิทธิภาพการสนับสนุนเงินกองทุนสิ่งแวดล้อม โดยเน้นการกำหนดสัดส่วนเงินอุดหนุนและเงินกู้ที่เหมาะสม เพื่อไม่ให้เกิดการขาดสภาพคล่องทางการเงินของกองทุน

## บทสรุป

การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายไทย ยังไม่อาจแยกกันได้อย่างชัดเจนระหว่างหลักเกณฑ์ในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เฉพาะ กับหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลไทยได้ใช้หลักเกณฑ์เรื่องละเมิดในการกำหนดค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อมมาก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายด้านสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะ การชดเชยและเยียวยาความเสียหายโดยทั่วไปได้อาศัยหลักการในกฎหมายลักษณะละเมิด ดังปรากฏในมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้วางหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าเสียหายไว้ให้ศาลพิจารณาตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยอาจกำหนดให้มีการคืนทรัพย์สินที่เสียหาย หรือชดใช้ราคา รวมทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยแนวปฏิบัติของศาลภายใต้หลักการของกฎหมายในมาตรานี้ ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การคิดค่าเสียหายที่เป็นความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมซึ่งมีลักษณะเฉพาะแต่อย่างใด แม้ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาตรา 83 ได้กล่าวถึงความเสียหายต่อทรัพยากรน้ำสาธารณะ และได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการดังกล่าวไว้อย่างค่อนข้างชัดเจน แต่ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะด้านสิ่งแวดล้อม ก็มีได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์การคิดค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไว้อย่างครบถ้วน โดยระบุเพียงตัวบุคคลผู้รับผิดชอบ ทรัพย์สินที่เสียหาย และการชดเชยและเยียวยาความเสียหายบางประการไว้เท่านั้น ซึ่งจะต้องมีการพัฒนาหลักเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ให้ครอบคลุมถึงการชดเชยและเยียวยา ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมให้ครบถ้วนอย่างแท้จริงต่อไป

การชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมโดยใช้มาตรการทางแพ่งไม่อาจกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีข้อจำกัดในการกำหนดตัวบุคคลผู้ที่ต้องรับผิดชอบ เงื่อนไขความรับผิด และข้อยกเว้นขอบเขต และลักษณะของความเสียหาย ตลอดจนจำนวนค่าเสียหายที่จะต้องทำการชดเชยและเยียวยา ประกอบกับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมมีมูลค่าของความเสียหายค่อนข้างสูง จึงได้มีการพัฒนากลไกทางการเงินขึ้นเพื่อเป็นมาตรการสนับสนุนในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ได้แก่ กองทุนสิ่งแวดล้อม การประกันภัยสิ่งแวดล้อม เป็นต้น โดยกองทุนสิ่งแวดล้อมเป็นเครื่องมือของรัฐบาลในการแก้ไขฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหายในขณะกระบวนการเรียกร้องค่าเสียหายโดยทั่วไปอยู่ระหว่างดำเนินการ ส่วนการประกันภัยสิ่งแวดล้อมเป็นมาตรการทางการเงินที่ช่วยบรรเทาภาระความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการที่แสวงหาหลักประกันทางการเงินในการชดเชยและเยียวยาความเสียหาย โดยเฉพาะกิจการที่มีความเสี่ยงสูงที่อาจสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้

อย่างไรก็ดี กองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยก็ยังมีข้อจำกัดในเรื่องการใช้จ่ายเงินของกองทุน ซึ่งมุ่งเน้นดำเนินการเฉพาะมาตรการป้องกันปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ แต่การคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพต้องอาศัยการดำเนินการตามมาตรการในการป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย และมาตรการในการแก้ไขฟื้นฟูความเสียหายควบคู่กันไป จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุน โดยกำหนดกรอบการใช้จ่ายเงินกองทุนสิ่งแวดล้อมให้เน้นทำงานเชิงรุก และสามารถใช้จ่ายเงินกองทุนไปดำเนินการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นการบำรุงรักษาระบบที่มีอยู่ มากกว่าการก่อสร้างระบบเพิ่มขึ้น หรือในกรณีฉุกเฉิน โดยส่งเสริมและช่วยเหลือสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบเงินอุดหนุนกรณีฉุกเฉินให้แก่หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบในการแก้ไข ขจัดมลพิษ และฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อม อันเนื่องมาจากภาวะมลพิษ หรือสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำให้แก่ผู้ก่อมลพิษ เพื่อใช้ในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างทันทั่วถึง เพื่อเป็นการสนับสนุนให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบสามารถนำกองทุนไปแก้ไขเยียวยา ขจัดมลพิษและฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ดียิ่งขึ้น

### ข้อเสนอแนะ

ข้อจำกัดของการใช้มาตรการทางแพ่งในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ส่งผลให้การเยียวยาและฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมไม่อาจทำได้โดยมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการคำนวณมูลค่าของทรัพยากรธรรมชาติที่เสียหาย หรือถูกทำลาย เป็นการคำนวณความสูญเสียในระบบนิเวศและความสมดุลทางธรรมชาติ ซึ่งไม่ได้คำนวณในเชิงพาณิชย์เหมือนความเสียหายต่อบุคคล จึงได้มีการคิดค้นและพัฒนามาตรการทางเศรษฐศาสตร์ ได้แก่ การประกันภัยสิ่งแวดล้อมและกองทุนสิ่งแวดล้อมขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการบรรเทาและเยียวยาความเสียหายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การใช้กลไกทางการเงินในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมยังมีข้อจำกัดบางประการ และยังคงต้องมีการพัฒนาต่อไปอีก ดังเช่นกรณีของกองทุนสิ่งแวดล้อม

การพัฒนากลไกทางการเงินในรูปแบบของกองทุน ใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการเยียวยาและฟื้นฟูความเสียหายโดยทั่วไปงบประมาณของกองทุนมีที่มาจากกลุ่มผู้ที่มีศักยภาพในการก่อมลพิษที่อาจสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้ โดยเรียกเก็บในรูปของภาษีมลพิษตามหลักความรับผิดชอบของผู้ก่อมลพิษ หรือเรียกเก็บภาษีจากภาคธุรกิจเอกชนที่มีศักยภาพในการสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่กิจการได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายเงินของกองทุน หรือจัดเก็บภาษีเงินได้ของประชาชนทั่วไป หรืออาจดำเนินการในรูปแบบผสมผสาน กองทุนเพื่อการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมมีรูปแบบการดำเนินการแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

5.2.2.1 กองทุนที่ดำเนินการโดยอิสระไม่ได้มีความเกี่ยวข้องหรือต้องพึ่งพาหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิดในการเรียกร้องชดเชยและเยียวยาความเสียหาย

5.2.2.2 กองทุนที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการดำเนินกิจกรรมของผู้ก่อมลพิษ ในการขอรับความช่วยเหลือจากกองทุนนี้ ผู้ที่เรียกร้องมีหน้าที่ในการพิสูจน์ถึงแหล่งที่มาของความเสียหายและความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลของความเสียหายนั้น

5.2.2.3 กองทุนเพื่อการช่วยเหลือดำเนินการในเรื่องความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมในกรณีที่การเรียกร้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปไม่อาจกระทำได้

5.2.2.4 กองทุนเพื่อการช่วยเหลือสนับสนุนการดำเนินการของผู้ประกอบการที่สร้างความเสียหายหรือที่มีศักยภาพในการสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยมีที่มาของเงินทุนจากการสนับสนุนของผู้ประกอบการนั้น

การบริหารจัดการกองทุนจำเป็นต้องใช้ความรู้ในทางวิชาการและความสามารถในการดำเนินการ โดยรัฐอาจดำเนินการด้วยบุคลากรและทรัพยากรของตนเองซึ่งต้องอาศัยการฝึกฝนและการเรียนรู้ในการศึกษาดำเนินการเพื่อการฟื้นฟูความเสียหายและการบริหารจัดการกองทุนไปพร้อมกัน หรืออาจดำเนินการโดยผู้บริหารมืออาชีพจากภาคเอกชนที่ได้ผ่านกระบวนการคัดสรรที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ โดยหลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อน กรณีผู้ประสงค์ที่จะเข้ามาบริหารจัดการกองทุนเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือเป็นผู้ดำเนินการในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องหรือมีโอกาสที่จะสร้างความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมขึ้นได้ เพื่อให้การบริหารจัดการกองทุนเกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยภารกิจของกองทุนจะเกี่ยวข้องกับงบประมาณจำนวนมาก และมีความเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการทางเทคนิคและความรู้ทางวิทยาศาสตร์ในขั้นตอนต่าง ๆ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบการดำเนินงานและการบริหารจัดการกองทุนที่ได้มาตรฐานเพื่อควบคุมต้นทุนการดำเนินงานให้เป็นไปอย่างคุ้มค่า

กองทุนเพื่อการฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ถือได้ว่าเป็นมาตรการทางการเงินที่เป็นประโยชน์ต่อทั้งการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมและการพัฒนากิจกรรมทางเศรษฐกิจของชาติ การใช้หลักการของกองทุนในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ไม่ควรใช้จ่ายเงินงบประมาณของกองทุนในการจัดการความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม เว้นแต่โดยหลักการของกฎหมายนั้นไม่สามารถที่จะใช้ดำเนินการในความเสียหายได้ เนื่องจากต้นทุนในความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่ผู้ประกอบการได้รับจะถูกผลักภาระไปให้กองทุนเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบการที่มีศักยภาพในการสร้างความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ ไม่จำเป็นที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการดำเนินกิจกรรมของตนเพื่อที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ โดยเพียงแต่รอให้รัฐเข้ามาดำเนินการแก้ไขปัญหานั้นโดยอาศัยกลไกของกองทุนในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งจะทำให้การฟื้นฟูความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมกระทำได้อย่างขึ้นเนื่องจากต้นทุนดำเนินการที่เพิ่มสูงขึ้นและต้องใช้เวลาในการดำเนินการมากขึ้น อันเป็นผลมาจากจำนวนของความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เพิ่มมากขึ้น

จากการศึกษากองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยพบว่า การใช้จ่ายเงินของกองทุนมุ่งเน้นดำเนินการป้องกันปัญหาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ โดยสนับสนุนการดำเนินงานของหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน เพื่อจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบกำจัดมลพิษ หรือสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมถึงสนับสนุนกิจกรรมขององค์กรเอกชนที่จดทะเบียนเป็นองค์กรด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในการดำเนินกิจการขององค์กรตามที่คณะกรรมการกองทุนสิ่งแวดล้อมเห็นสมควร แต่การคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพต้องอาศัยการดำเนินการตามมาตรการในการป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย และมาตรการในการแก้ไขฟื้นฟูความเสียหายควบคู่กันไป จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินของกองทุน โดยกำหนดกรอบการใช้จ่ายเงินกองทุนสิ่งแวดล้อมให้เน้นทำงานเชิงรุก และสามารถใช้จ่ายเงินกองทุนไปดำเนินการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้ครอบคลุมทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นการบำรุงรักษาระบบที่มีอยู่มากกว่าการก่อสร้างระบบเพิ่มขึ้น หรือช่วยเหลือสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบเงินอุดหนุนกรณีฉุกเฉินให้แก่หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบในการแก้ไข จัดมลพิษ และฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อม หรือสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำให้แก่ผู้ก่อมลพิษ เพื่อใช้ในการชดเชยและเยียวยาความ

เสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างทันท่วงที หรือให้เอกชนกู้ยืม เพื่อก่อสร้างหรือปรับปรุงหรือขยายระบบบำบัดหรือกำจัดมลพิษ หรือการจัดการลดมลพิษที่เกิดจากกิจกรรมหรือการดำเนินกิจการ เพื่อการป้องกัน รักษา หรือฟื้นฟูสภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งจัดหาและจัดซื้อวัสดุ อุปกรณ์ และเครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการดำเนินงานและบำรุงรักษา ระบบหรือการจัดการมลพิษ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมได้ดียิ่งขึ้น ประกอบกับเพื่อให้สอดคล้องกับแผนปฏิรูปประเทศด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งกฎหมายด้านสิ่งแวดล้อมส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้มานาน จึงจำเป็นต้องปรับปรุงให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และให้เท่าทันรองรับกับความเปลี่ยนแปลงของบริบททางสังคม เศรษฐกิจ และระดับความรุนแรงและความซับซ้อนของปัญหาที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก รวมทั้งการพัฒนากฎหมายใหม่เพื่อรองรับการปฏิรูปและการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติ

นอกจากนี้ กองทุนสิ่งแวดล้อมของไทยควรศึกษาแนวทางการระดมทุนเข้าสู่กองทุนสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการพัฒนามาตรการทางการเงินและการคลังที่เหมาะสมเพื่อจัดเก็บรายได้เข้ากองทุนสิ่งแวดล้อม โดยแสวงหาแหล่งเงินที่มีศักยภาพ และกำหนดแหล่งที่มาของเงินหรือทรัพย์สินของกองทุนสิ่งแวดล้อมให้กว้างขึ้น อาจเพิ่มการนำรายได้จากเงินค่าบริการ ค่าธรรมเนียม เงินเพิ่ม เงินบำรุงกองทุนเงินค่าปรับที่ได้จากการเปรียบเทียบ รวมทั้งค่าธรรมเนียม หรือภาษีอากรที่มีกฎหมายกำหนด โดยเฉพาะการกำหนดอัตราการเก็บภาษีสรรพสามิตในหมวดสินค้าและบริการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ค่าธรรมเนียมสิ่งแวดล้อม เงินช่วยเหลือด้านการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากองค์กรระหว่างประเทศ ให้เป็นรายได้เข้ากองทุนสิ่งแวดล้อม เพื่อให้กองทุนสิ่งแวดล้อมมีแหล่งรายได้เข้าสู่กองทุนอย่างต่อเนื่อง และ ควรศึกษามาตรการและแนวทางการกำหนดและปรับปรุงระเบียบ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เงื่อนไข วิธีการ และเสนออัตราการส่งเงินเข้ากองทุนสิ่งแวดล้อมในอัตราที่เหมาะสมและสม่าเสมอ เพื่อให้กองทุนสิ่งแวดล้อมมีความยืดหยุ่น และคล่องตัวในการสนับสนุนโครงการหรือกิจกรรมด้านสิ่งแวดล้อม เพื่อเพิ่มศักยภาพของกองทุนสิ่งแวดล้อมในการสนับสนุนเงินทุนให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบสามารถนำกองทุนไปใช้จ่ายเพื่อการแก้ไข เยียวยา ขจัดมลพิษและฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อมได้ ทั้งนี้ ปัจจุบันการดำเนินงานของกองทุนสิ่งแวดล้อมมุ่งเน้นการให้ความช่วยเหลือทางการเงินในการจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมมากกว่าการสร้างผลกำไร ส่งผลให้กองทุนประสบปัญหาทางการเงิน จึงเห็นควรให้ความสำคัญกับการจัดสรรเงินที่สามารถมีเงินหมุนเวียนคืนกลับ โดยมุ่งเน้นเงินกู้ ดอกเบี้ยต่ำ และเพิ่มประสิทธิภาพการสนับสนุนเงินกองทุนสิ่งแวดล้อม โดยเน้นการกำหนดสัดส่วนเงินอุดหนุนและเงินกู้ที่เหมาะสม เพื่อไม่ให้เกิดการขาดสภาพคล่องทางการเงินของกองทุน

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

อุดมศักดิ์ สิ้นธิพงษ์. กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบทางแพ่ง การชดเชยเยียวยา และการ  
ระงับข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.

สำนักงานกองทุนสิ่งแวดล้อม สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. กองทุนสิ่งแวดล้อม.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากร-ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. 2556.

### วิทยานิพนธ์

อาภาศรี เจริญศรีสกุล. “กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ใช้กับโครงการโรงไฟฟ้านิวเคลียร์  
ของประเทศไทย สำหรับการก่อสร้าง ติดตั้ง และปฏิบัติการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

### เอกสารอื่น ๆ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

### OTHER DUCUMENT

EC Green Paper, 1993.

Rio Declaration on Environment and Development, 1992



## มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์กับ ปัญหาการลดลงของพื้นที่เกษตรกรรม

ชวิตา ชันดี

### บทคัดย่อ

ประเทศไทยมีการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สูงสุดจากภาคพลังงานโดยเฉพาะการเผาไหม้เชื้อเพลิงจากการผลิตพลังงานเพราะยังคงใช้พลังงานจากฟอสซิลเป็นสำคัญ เพื่อลดอัตราการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์อันส่งผลสำคัญต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศประเทศไทยจึงได้กำหนดเป้าหมายการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนประเภทพลังงานแสงอาทิตย์ ปี 2579 ถึง 6,000 เมกะวัตต์ในแผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 – 2579 เนื่องจากอัตราการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องด้วยภูมิประเทศที่มีความเข้มของแสงอาทิตย์ตลอดทั้งปีและมาตรการส่งเสริมทางกฎหมาย

ถึงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์จะเป็นพลังงานสะอาดแต่จำเป็นต้องใช้พื้นที่จำนวนมากในการติดตั้งแผงพลังงานแสงอาทิตย์ สหรัฐอเมริกาที่ได้ส่งเสริมโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์มีกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับมาตรการเลือกที่ตั้งของโรงงานเพื่อคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรมและความอุดมสมบูรณ์ของดิน ในขณะที่ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรมหลายฉบับแต่เกิดปัญหาข้อจำกัดของกฎหมาย และการบังคับใช้เพื่อให้เป็นการใช้ที่ดินอย่างยั่งยืนจึงควรเพิ่มกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่เกษตรกรรมทั้งมาตรการการเลือกพื้นที่ตั้งโครงการ ออกแบบและวางผังโครงการ มาตรการด้านการฟื้นฟูพื้นที่ และมาตรการทางภาษี

### คำสำคัญ

โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์, พื้นที่เกษตรกรรม, มาตรการคุ้มครอง

### ABSTRACT

Thailand intends to reduce its greenhouse gas emissions from the electricity generation sector by supporting the production of electricity from solar energy, abundantly available during the Kingdom's yearlong exposure to intense sunshine. The Thai government estimates that 6,000 MW of electricity generation will be newly converted from solar energy by 2036. Legal measures have encouraged the solar energy electricity generation rate to steadily increase.

Concern about climate change and the volatility of over-reliance on fossil fuels has resulted in an increase in public and private interest in and development of alternative energy sources, including from solar. However studies show that the space required for solar panels will decrease the availability of agricultural area. The United States has specific laws regulating the establishment of solar farms in agricultural areas. Thailand has different laws protecting agricultural areas, but problems remain with legal restrictions and enforcement. To ensure sustainable land use, specific rules should be established for establishing solar power plants in agricultural areas, including measures about project area choice, design and layout, environmental restoration and tax measures.

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

**Keywords**

Solar power plant, Agricultural area, Protection measures

## บทนำ

หากแบ่งประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติด้วยรูปแบบของพลังงาน เริ่มต้นด้วยการใช้ไฟเพื่อดำรงชีวิต พัฒนาถึงช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรมด้วยการนำเชื้อเพลิงฟอสซิลมาใช้ขับเคลื่อนภาคเศรษฐกิจ ก่อให้เกิดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ขึ้นสู่ชั้นบรรยากาศทำให้อุณหภูมิเฉลี่ยของโลกสูงขึ้น ผลลัพธ์จากความพยายามของนานาประเทศที่ต้องการร่วมมือกันลดปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คือ **ความตกลงปารีส (Paris Agreement)** ด้วยการกำหนดเป้าหมายว่าภายในปี พ.ศ. 2643 จะต้องควบคุมอุณหภูมิของโลกไม่ให้สูงเกินกว่า 2 องศาเซลเซียสและพยายามอย่างยิ่งที่จะไม่ให้เกิน 1.5 องศาเซลเซียสเมื่อเปรียบเทียบกับยุคก่อนปฏิวัติอุตสาหกรรม<sup>1</sup> โดยจากการศึกษาข้อมูลพบว่าโลกปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สูงสุดถึงร้อยละ 76 เพราะการเผาไหม้ของถ่านหิน ก๊าซธรรมชาติ และน้ำมันเพื่อผลิตพลังงานไฟฟ้าและความร้อนถึงร้อยละ 25<sup>2</sup> หลายประเทศจึงให้ความสำคัญกับงานวิจัยเกี่ยวกับการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนโดยเฉพาะการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์อันเป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่ได้รับความนิยมของกลุ่มพลังงานทดแทน ดังจะเห็นได้จากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีพลังงานแสงอาทิตย์ที่พัฒนาไปอย่างรวดเร็วทำให้ประสิทธิภาพในการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์เพิ่มมากขึ้นในขณะที่ยังต้นทุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์นั้นลดลง ทำให้ในปี 2560 มีปริมาณการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์มากที่สุดในโลกที่จำนวน 98 กิกะวัตต์<sup>3</sup>

สำหรับประเทศไทยมีอัตราการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สูงขึ้นอย่างต่อเนื่องตามการขยายตัวทางเศรษฐกิจ โดยมีการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สูงสุดจากภาคพลังงานตามรูปแบบของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่จำเป็นต้องพึ่งพาพลังงานจากเชื้อเพลิงฟอสซิลเป็นหลัก<sup>4</sup> ดังนั้นทางรัฐบาลจึงสนับสนุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนผ่านมาตรการส่งเสริมทางกฎหมายอย่างการรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์หรือผลประโยชน์ทางภาษีแก่ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ ส่งผลให้การผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เพิ่มจำนวนขึ้นอย่างรวดเร็วทั้งรูปแบบติดตั้งบนพื้นดินหรือที่เรียกว่าโซลาร์ฟาร์มและการผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่ติดตั้งบนหลังคา ปัจจุบันประเทศไทยมีโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จำนวน 468 โครงการ<sup>5</sup> กำลังการผลิตรวมกันกว่า 2,243 เมกะวัตต์<sup>6</sup> ในอนาคตไทยได้กำหนดเป้าหมายการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนประเภทพลังงานแสงอาทิตย์จำนวน 6,000 เมกะวัตต์ในแผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 – 2579 คาดว่าไทยจะต้องใช้พื้นที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์อย่างน้อย 150,000 ไร่เพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายดังกล่าว

<sup>1</sup> UNFCCC, “What is the Paris Agreement?,” Retrieved on July 14, 2019, from <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/what-is-the-paris-agreement>.

<sup>2</sup> United States Environmental Protection Agency, “Global Greenhouse Gas Emissions Data,” Retrieved on July 14, 2019, from <https://www.epa.gov/ghgemissions/global-greenhouse-gas-emissions-data>.

<sup>3</sup> Jeremy Berke, “One simple chart shows why an energy revolution is coming - and who is likely to come out on top,” Retrieved on July 14, 2019, from <https://www.businessinsider.com/solarpower-cost-decrease-2018-5>.

<sup>4</sup> สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน, “สถานการณ์การปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จากภาคพลังงานรายปี 2560,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก [http://www.eppo.go.th/index.php/th/energy-information/situation-co2/per-year?orders\[publishUp\]=publishUp&issearch=1](http://www.eppo.go.th/index.php/th/energy-information/situation-co2/per-year?orders[publishUp]=publishUp&issearch=1)

<sup>5</sup> กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน, “ข้อมูลโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก [http://www.dede.go.th/ewt\\_news.php?nid=41810](http://www.dede.go.th/ewt_news.php?nid=41810)

<sup>6</sup> กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน, “แผนที่แสดงที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์และโซลาร์รูฟในประเทศไทย 2556,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก [http://www.dede.go.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=184](http://www.dede.go.th/ewt_dl_link.php?nid=184)

หากเปรียบเทียบกับพลังงานทดแทนรูปแบบอื่นแล้ว พลังงานแสงอาทิตย์ต้องการใช้พื้นที่ประมาณ 12.5 – 25 ไร่ต่อเมกะวัตต์ ซึ่งน้อยกว่าพลังงานชีวมวล แต่อาจจะใช้พื้นที่มากกว่าก๊าซธรรมชาติ พลังงานความร้อนใต้พิภพ หรือพลังงานนิวเคลียร์<sup>7</sup> การเลือกที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ต่างจากการเลือกที่ตั้งโรงงานพลังงานทดแทนรูปแบบอื่น กล่าวคือ นอกจากเจ้าของโครงการจะพิจารณาถึงความเข้มของแสงอาทิตย์ยังต้องการพื้นที่ราบเรียบเพื่อลดต้นทุนการปรับพื้นที่และต้องมีแหล่งน้ำเพียงพอเพื่อใช้ในการผลิตไฟฟ้าและทำความสะอาดแผงพลังงานแสงอาทิตย์ เพราะฉะนั้นพื้นที่อันเหมาะแก่การใช้ประโยชน์เพื่อเกษตรกรรมจึงได้รับความสนใจ จากการสำรวจโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จำนวน 161 แห่งในรัฐแคลิฟอร์เนียพบว่าโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่ใช้เทคโนโลยีแบบ PV ตั้งบนพื้นที่อันมีคุณภาพเหมาะสมแก่การเพาะปลูกจำนวนมากที่สุดคิดเป็นร้อยละ 82.9<sup>8</sup> ก่อให้เกิดปัญหาโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์กลืนกินพื้นที่สำหรับการเกษตรส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของเกษตรกรรมมากกว่าปัจจัยทางธรรมชาติที่เคยประสบมา เกษตรกรยกเลิกการเข้าร่วมโครงการคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรมแล้วนำพื้นที่ให้เช่าเพื่อทำโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เพราะได้ผลตอบแทนสูงกว่าจากการทำเกษตรกรรม<sup>9</sup> ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในหลายพื้นที่ของสหรัฐอเมริกา ทำให้เริ่มมีการปฏิเสธใบอนุญาตตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ขนาดใหญ่และเริ่มออกกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกพื้นที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เพื่อคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรมและระบบเศรษฐกิจเกษตรกรรมเพิ่มเติมจากการบังคับใช้กฎหมายผังเมืองหรือกฎหมายคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรม

เกษตรกรรมมีความสัมพันธ์กับเศรษฐกิจของไทยมาอย่างยาวนาน อัตราการส่งออกของภาคเกษตรกรรมเป็นส่วนสำคัญของเศรษฐกิจ ทำให้ประเทศไทยจำต้องพึ่งพาความสมบูรณ์ของธรรมชาติเพื่อผลิตผลทางการเกษตร แต่ไทยกำลังประสบกับปัญหาการลดลงของพื้นที่เกษตรกรรม จากข้อมูลของสำนักงานสถิติแห่งชาติพบว่าพื้นที่เกษตรกรรมของประเทศไทยมีจำนวนลดลงอย่างต่อเนื่อง จากปี 2546 มีจำนวนพื้นที่เกษตรกรรม 151,004,165 ไร่ เหลือพื้นที่เกษตรกรรมในปี 2556 จำนวน 149,236,233 ไร่<sup>10</sup> โดยมีสาเหตุมาจากหลายปัจจัยทั้งการขยายตัวของชุมชนเมือง ปัญหาคุณภาพดินและสูญเสียดินจากการชะล้างพังทลายของดิน<sup>11</sup> ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่จะทำให้เกิดความแปรปรวนของสภาพอากาศในอนาคตส่งผลให้ผลผลิตทางการเกษตรมีความแปรปรวน ปัญหาการลดลงของแรงงานภาคการเกษตร รวมทั้งการส่งเสริมการสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จากทางภาครัฐอันน่ากังวลว่าจะเพิ่มปัญหาการลดลงของพื้นที่เกษตรกรรมในภาคตะวันออกเฉียงเหนือและภาคกลางอันเป็นบริเวณที่มีการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อเกษตรกรรมสูงสุดของประเทศ ด้วยบริเวณดังกล่าวมีความเข้มของรังสีดวงอาทิตย์เพียงพอต่อการผลิตไฟฟ้าตลอดปีจึงทำให้มีโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ตั้งอยู่จำนวนมากกว่าภาคอื่นของประเทศไทยเช่นกัน

กฎหมายฉบับสำคัญของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ได้แก่พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2562 ที่กำหนดพื้นที่ให้โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ต้องตั้งในพื้นที่สำหรับโรงงานจำพวก 3 เท่านั้น อย่างไรก็ตามผังรวมใหม่ของบางพื้นที่อนุญาตให้ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในพื้นที่ที่ดิน

<sup>7</sup> NREL, “Land-Use Requirements for Solar Power Plants in the United States,” Retrieved on July 14, 2019, from <https://www.nrel.gov/docs/fy13osti/56290.pdf>.

<sup>8</sup> Rebecca R. Hernandez et al, “Solar energy development impacts on land cover change and protected areas,” Retrieved on July 14, 2019, from <https://www.pnas.org/content/112/44/13579>.

<sup>9</sup> Dan Way, “Big solar farms may be stressing agricultural ecosystem,” Retrieved on July 14, 2019, from <https://www.carolinajournal.com/news-article/big-solar-farms-may-be-stressing-agricultureecosystem/>

<sup>10</sup> สำนักงานสถิติแห่งชาติ, “สถิติการใช้ที่ดินทั่วราชอาณาจักร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก <http://service.nso.go.th/nso/web/statseries/statseries14.html>

<sup>11</sup> สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, “ร่าง นโยบายและแผนการบริหารจัดการที่ดินและทรัพยากรดินของประเทศ (พ.ศ. 2560 - 2579),” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก <https://drive.google.com/file/d/1Cy4S4km-JLGBgKKNtjrbB3A7fHW4CBtz/view>

ประเภทชุมชน ที่ดินประเภทอุตสาหกรรมเฉพาะกิจ และที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรม<sup>12</sup> ทั้งการออกกฎหมายมาเพื่อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายผังเมืองเป็นการเฉพาะสำหรับการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน การให้เจ้าของโครงการสามารถเลือกที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์โดยไม่มีกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการเลือกที่ตั้งอาจเพิ่มปัญหาการลดลงของพื้นที่โดยเฉพาะพื้นที่เกษตรกรรมซึ่งคาดว่าจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของเกษตรกรรมในระยะยาว เพื่อลดผลกระทบดังกล่าวจึงได้ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับมาตรการการเลือกที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ของสหรัฐอเมริกา โดยเลือกรัฐแอริซอนและรัฐฮาวายเนื่องจากมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่เกษตรกรรม ตั้งแต่มาตรการการเลือกที่ตั้ง การออกแบบผังโครงการ การเลือกเทคโนโลยีและมาตรการฟื้นฟูพื้นที่หลังเลิกดำเนินการแล้วเพื่อนำมาวิเคราะห์และเสนอแนะให้แก้ไขมาตรการการเลือกที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ของไทย

## 1. ปัญหาข้อกฎหมายและมาตรการแก้ไขเกี่ยวกับข้อจำกัดของกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งโรงงานไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์

ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานเรื่อง มาตรการป้องกัน แก้ไข และติดตามตรวจสอบผลกระทบสิ่งแวดล้อมสำหรับผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จากเทคโนโลยีแผงโฟโตโวลเทอิกที่เข้าข่ายต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตไฟฟ้า พ.ศ. 2557 กำหนดให้สำหรับผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จากเทคโนโลยีแผงโฟโตโวลเทอิกที่ติดตั้งบนพื้นที่เข้าข่ายต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตไฟฟ้า ปฏิบัติตามมาตรการป้องกัน แก้ไข และติดตามตรวจสอบผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามประมวลหลักการปฏิบัติ (Code of Practice: CoP) โดยผู้ขอรับใบอนุญาตผลิตไฟฟ้าจะต้องเสนอรายการตรวจสอบด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Checklist) ตาม CoP ทั้งหมด 11 มาตรการ แต่ละมาตรการระบุรายละเอียดอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่เจ้าของโครงการจะต้องปฏิบัติตามพร้อมทั้งแสดงเอกสารและหลักฐานประกอบการยื่นคำขอรับใบอนุญาตผลิตไฟฟ้า ทั้งนี้ CoP ดังกล่าวจะถือเป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 สามารถพิจารณาส่วนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่เกษตรกรรมดังต่อไปนี้

### 1.1 การเลือกพื้นที่โครงการ

#### 1.1.1 ปัญหาการเลือกพื้นที่โครงการ

CoP กำหนดว่าพื้นที่โครงการต้องไม่ขัดต่อกฎหมายใด ๆ ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน โดยยกตัวอย่างกฎหมาย 4 ฉบับได้แก่ พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมซึ่งพิจารณาเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรม

ข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 24 (พ.ศ.2558) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 กำหนดให้โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ทุกขนาดเว้นแต่ต้องด้วยกรณียกเว้นเป็นโรงงานจำพวกที่ 3 ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ตามความในมาตรา 7 โดยต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับการศึกษาและมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัย ซึ่งรายงานฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัยจากการสร้างโรงงาน ลักษณะเดียวกันกับการขอใบอนุญาตก่อสร้างอาคารควบคุม (อ.1) ตามความแห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เพื่อให้การก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดูแลความปลอดภัยของการก่อสร้างอาคารให้มีความแข็งแรงปลอดภัยต่อผู้ใช้อาคารและชุมชนโดยรอบ กฎหมายทั้งสองฉบับจึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่เกษตรกรรม

CoP ไม่ให้ตั้งโรงไฟฟ้าบนเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 43 และมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 อันกำหนดว่าหากพื้นที่ใดได้รับการประกาศเป็นเขตพื้นที่

<sup>12</sup> โฆษิต ต้องวัฒนา, “ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก <http://www.entechpollutec-asia.com/Portals/0/seminar/Presentation/03-ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน.pdf>

คุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะได้รับการกำหนดมาตรการคุ้มครองของเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมเฉพาะพื้นที่นั้นจากกิจกรรมของมนุษย์ อย่างไรก็ตามปัจจุบันมีการออกกฎกระทรวงเพื่อเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพียง 10 เขตพื้นที่<sup>13</sup> ด้วยต้องใช้ระยะเวลาในการศึกษาสภาพแวดล้อมก่อนประกาศเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมทำให้ล่าช้าและวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายไม่ใช่เพื่อคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรมจากการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์

พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายสำคัญที่วางระเบียบการใช้ประโยชน์ที่ดินในแต่ละพื้นที่เดิมผังเมืองรวมจะไม่อนุญาตให้ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในเขตอื่นนอกจากเขตที่กำหนดให้ตั้งโรงงานจำพวก 3 แต่ผังเมืองใหม่นั้นเริ่มอนุญาตให้โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ตั้งในพื้นที่ที่ดินประเภทชุมชน ที่ดินประเภทอุตสาหกรรม เฉพาะกิจ ที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรมเช่น ชุมชนหนองฉาง (ผังใหม่) ชุมชนหนองขาหย่าง (ผังใหม่) ชุมชนหนองสระ (ผังใหม่) เป็นต้น<sup>14</sup> ทั้งยังมีประกาศคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม สำหรับการประกอบกิจการตั้งโรงงานผลิตพลังงานไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติเรื่อง หลักเกณฑ์และรายละเอียดของโครงการหรือกิจการที่ได้รับการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม สำหรับการประกอบกิจการบางประเภทตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 4/2559 ลงวันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2559 กล่าวคือ หากโรงงานใดตามเกณฑ์ของประกาศดังกล่าวมีปัญหาการติดตั้งโรงงานเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายผังเมือง ให้โรงงานดังกล่าวดำเนินการติดตั้งและดำเนินการต่อไปได้

การอนุญาตให้ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรมหรือการอนุญาตให้ตั้งโรงไฟฟ้าได้โดยไม่ต้องดูผังเมืองรวมอาจส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศในระยะยาว การแย่งใช้น้ำในพื้นที่เกษตรกรรม การแบ่งที่ดินออกเป็นแปลงย่อยทำให้ดินสิ้นความเหมาะสมกับการทำเกษตรกรรม โดยเฉพาะบนพื้นที่ที่มีความอุดมสมบูรณ์เหมาะแก่การทำเกษตรกรรมขั้นสูง<sup>15</sup> และอาจจะส่งผลกระทบต่อลดลงของพื้นที่เกษตรกรรมในอนาคต

กรณีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรมของประเทศไทย กล่าวคือ เป็นกลุ่มกฎหมายที่มีบทบัญญัติคุ้มครองบริเวณใดบริเวณหนึ่งไม่ให้ใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการอื่นนอกจากเพื่อการเกษตร เช่น พระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติการจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2558 เป็นต้น พบปัญหาข้อจำกัดของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์แจกจ่ายที่ดินให้ประชาชนนำไปใช้ประโยชน์เพื่อการเกษตรกรรมแต่มีข้อกำหนดให้สามารถนำที่ดินดังกล่าวไปใช้ประโยชน์เพื่อการอื่นได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด หรือกรณีของรัฐต้องการใช้ประโยชน์จากที่ดินอันอยู่ภายใต้การคุ้มครองอย่างประกาศคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 31/2560 เรื่อง การใช้ที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เกษตรกรและประโยชน์สาธารณะของประเทศที่อนุญาตให้มีการเข้าไปใช้ประโยชน์ที่ดินตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 เพื่อการอื่นได้นอกจากการทำเกษตรกรรม

จากที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นถึงปัญหาข้อจำกัดของกฎหมายแต่ละฉบับ นอกจากนี้ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ระบุรายละเอียดการเลือกที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่ที่มีความอุดมสมบูรณ์เหมาะแก่การทำเกษตรกรรมแต่ไม่ได้อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายใด

<sup>13</sup> กองสิ่งแวดล้อมชุมชนและพื้นที่เฉพาะ, “พื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม 2561,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก [http://www.onep.go.th/urban/index.php?option=com\\_content&view=article&id=175:protected-area-summary&catid=41:knowledge&Itemid=1011](http://www.onep.go.th/urban/index.php?option=com_content&view=article&id=175:protected-area-summary&catid=41:knowledge&Itemid=1011)

<sup>14</sup> อ่างแล้ว, เจริญอรุณที่ 12.

<sup>15</sup> ศันสนีย์ ศรีศุภกริ, “พื้นที่สีเขียวและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม : แนวความคิดในการจัดทำผังเมืองไทย,” วารสารกรมโยธาธิการและผังเมือง, (ม.ป.ป.), น.10.

### 1.1.2 มาตรการแก้ไขปัญหาการเลือกพื้นที่โครงการ

นอกจากใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบการใช้ประโยชน์ที่ดินแล้ว สำหรับการเลือกที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ กฎหมายของรัฐฮาวาย S.B. NO. 1008 SECTION 3 (21) แก้ไขเพิ่มเติม Section 205-4.5 Hawaii Revised Statutes (a) กำหนดรายละเอียดการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ตามคุณภาพของดินตามการศึกษาของคณะทำงานศึกษาเรื่องดิน (LSB) แบ่งออกเป็นลำดับชั้นเรียงตามความอุดมสมบูรณ์สำหรับทำเกษตรกรรมจากมากไปน้อยเริ่มจาก A B C D และ E ตามลำดับ<sup>16</sup> แล้วนำผลคุณภาพดินมาประกอบการพิจารณาให้ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ หากตั้งในพื้นที่ที่มีดินระดับชั้น A อันเป็นดินคุณภาพเหมาะกับการทำเกษตรกรรมอย่างสูง รัฐอาจพิจารณาไม่อนุญาต หากเป็นดินระดับ B หรือ C เจ้าของโครงการต้องใช้พื้นที่ในการตั้งแผงพลังงานแสงอาทิตย์อย่างจำกัด ในขณะที่ดินระดับ D หรือ E แทบไม่ปรากฏข้อจำกัดในการใช้เป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้า<sup>17</sup> ซึ่งส่งผลดีต่อการอนุรักษ์พื้นที่ที่มีคุณภาพสูง หรือดินคุณภาพ A ไว้เพื่อการทำเกษตรกรรมแทนเป็นที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ กระทบการใช้ดินคุณภาพ B หรือ C เป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้าน้อยเพราะมีข้อจำกัดเรื่องขนาดพื้นที่ในการใช้ และจงใจให้เจ้าของโครงการเลือกตั้งโรงไฟฟ้าบนพื้นดินคุณภาพ D หรือ E เพราะมีข้อจำกัดการใช้ที่ดินและขั้นตอนการขออนุญาตน้อยกว่าการใช้ดินคุณภาพที่สูงกว่า

### 1.2 การระบุจำนวนพื้นที่โครงการ

#### 1.2.1 ปัญหาข้อจำกัดเรื่องการระบุจำนวนพื้นที่โครงการ

##### 1.2.1.1 ไม่มีกฎเกณฑ์เรื่องจำนวนพื้นที่โครงการ

CoP นำกำลังการผลิตไฟฟ้ามาเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ กรณีกิจการผลิตไฟฟ้าที่มีกำลังการผลิตรวมของแต่ละแหล่งผลิตต่ำกว่า 1000 กิโลวัตต์แอมแปร์ให้จัดทำรายงานประมวลหลักการปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จากเทคโนโลยีแผงโฟโตโวลเทอิกที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าอันกำหนดไว้เพียง 2 มาตรการ คือ มาตรการด้านการออกแบบติดตั้งและมาตรการการจัดการขยะและกากของเสีย ในขณะที่กรณีกำลังการผลิตรวมของแต่ละแหล่งผลิตมากกว่า 1000 กิโลวัตต์แอมแปร์จำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกัน แก้ไข และติดตามตรวจสอบผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามประมวลหลักการปฏิบัติ หรือ CoP ทั้งหมด 11 มาตรการ

การไม่กำหนดกฎเกณฑ์เรื่องจำนวนพื้นที่ทำให้เจ้าของโครงการไม่ต้องคำนึงถึงขนาดพื้นที่และอาจใช้พื้นที่เกินความจำเป็นซึ่งนำไปสู่ผลกระทบหากเป็นการตั้งโรงไฟฟ้าในเขตพื้นที่ชนบทและเกษตรกรรมหรือใช้พื้นที่ที่มีดินอันอุดมสมบูรณ์เหมาะแก่การทำเกษตร ทำให้มีผลกระทบต่อคุณภาพดิน คุณภาพน้ำ หรือรูปขนาดของการใช้ที่ดินซึ่งหลังจากรื้อถอนแล้วอาจทำให้ไม่สามารถนำดินกลับมาใช้เพื่อประโยชน์ทางเกษตรกรรมได้อีก ทั้งในกรณีกิจการผลิตไฟฟ้าที่มีกำลังการผลิตรวมของแต่ละแหล่งผลิตต่ำกว่า 1000 กิโลวัตต์แอมแปร์นั้นไม่ต้องคำนึงถึงมาตรการการเลือกที่ตั้งของ CoP หรือมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องกับความอุดมสมบูรณ์ของดิน ทำให้โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์กระจายเข้าไปในพื้นที่ได้สะดวกยิ่งขึ้น

##### 1.2.1.2 พิจารณาเลือกเทคโนโลยีการผลิตไฟฟ้า

CoP กำหนดให้พิจารณาเลือกพื้นที่ให้มีขนาดพื้นที่ติดตั้งแผงต่อขนาดกำลังการผลิตสูงสุดของแผง (MWp) ให้น้อยที่สุด ตามความเหมาะสมของประเภทเทคโนโลยีการผลิตไฟฟ้าที่เลือกใช้ แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับด้านการลงทุนทางเทคโนโลยีมากกว่าที่จะคุ้มครองพื้นที่ เพราะถ้าต้องการเทคโนโลยีพลังงานแสงอาทิตย์ที่ประสิทธิภาพสูงและใช้พื้นที่น้อยจะราคาสูงกว่าเทคโนโลยีที่ประสิทธิภาพต่ำกว่าและต้องใช้พื้นที่มากกว่า หากเจ้าของ

<sup>16</sup> Land Study Bureau, “Land Study Bureau (LSB) Detailed Land Classification,” Retrieved on July 14, 2019, from <http://files.hawaii.gov/dbedt/op/gis/data/lsb.pdf>.

<sup>17</sup> The State of Hawaii Department of Business, Economic Development, and Tourism, “Guide to Renewable Energy Facility Permits in the State of Hawaii,” Retrieved on July 14, 2019, from [http://energy.hawaii.gov/wp-content/uploads/2011/12/DBEDT-Permit-Guide\\_V3\\_04-30-15R.pdf](http://energy.hawaii.gov/wp-content/uploads/2011/12/DBEDT-Permit-Guide_V3_04-30-15R.pdf).

โครงการไม่ได้ให้ความสำคัญกับการใช้ที่ดินมักจะเลือกประหยัดต้นทุนด้วยการเลือกเทคโนโลยีที่ราคาถูกทำให้ต้องใช้จำนวนมาก ทั้งมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการแนะนำ เจ้าของโครงการไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม

#### 1.2.2 มาตรการแก้ไขปัญหาของจำกัดเรื่องการระบุจำนวนพื้นที่โครงการ

##### 1.2.2.1 กำหนดกฎเกณฑ์เรื่องขนาดพื้นที่

รัฐออริกอนกำหนดเกณฑ์เฉพาะสำหรับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ตามขนาดการใช้พื้นที่เพื่อสร้างกฎเกณฑ์เพิ่มขึ้นหากใช้จำนวนที่ดินมากหรือที่ดินนั้นมีคุณภาพเหมาะสมแก่การทำเกษตรกรรม กล่าวคือ ถ้าดินมีคุณภาพสูงเหมาะแก่การทำเกษตรกรรมจะมีข้อจำกัดเรื่องขนาดพื้นที่มากกว่าดินคุณภาพรองลงมา ตามความแห่ง Oregon Revised Statutes 195.300 (10) ประกอบกับ OAR 660-033-0130(38)(g) กำหนดกรณีตั้งโรงงานไฟฟ้าในพื้นที่เกษตรกรรมคุณภาพสูง (High Value Farm Land) จำนวนน้อยกว่า 48 เอเคอร์<sup>18</sup> เจ้าของโครงการต้องมีพื้นที่เกษตรกรรมเพื่อธุรกิจ (A commercial agricultural enterprise) จำนวนไม่น้อยกว่า 12 เอเคอร์ ต้องไม่สร้างผลเสียแก่การผลิตทางด้านเกษตรกรรมเกินความจำเป็นต่อพื้นที่ ต้องไม่ทำให้ดินเสื่อมคุณภาพหรือสูญเสียดินอันทำให้จำกัดการผลิตทางด้านเกษตรกรรม ต้องไม่ผลกระทบต่อความแน่นของดินจนส่งผลกระทบต่อผลผลิตด้านเกษตรกรรม ต้องไม่นำหรือเผยแพร่วัชพืชที่เป็นพิษหรือวัชพืชที่ไม่เป็นที่ต้องการบนพื้นที่ มากไปกว่านั้น หากพบว่ามีพื้นที่ที่มีใช้พื้นที่เกษตรกรรมคุณภาพสูงอันสามารถใช้เพื่อตั้งโรงงานไฟฟ้า เจ้าหน้าที่อาจพิจารณาห้ามมิให้ตั้งโรงงานในพื้นที่เกษตรกรรมคุณภาพสูง หรือถ้าพื้นที่เกษตรกรรมคุณภาพสูงมีประโยชน์แก่การทำเกษตรเพื่อธุรกิจหรือปศุสัตว์ ทั้งพื้นที่ในรัศมี 1 ไมล์<sup>19</sup> รอบโครงการจะต้องได้รับการตรวจสอบด้วย

ในขณะที่ดินคุณภาพรองมาอย่างโรงไฟฟ้าที่ตั้งในพื้นที่สำหรับการเพาะปลูก (Arable Farm Lands) ไม่นเกิน 80 เอเคอร์ OAR 660-033-0130(38)(i) กำหนดต้องให้มีพื้นที่ไม่น้อยกว่า 20 เอเคอร์สำหรับการทำเกษตรกรรมเพื่อธุรกิจ หน่วยงานประจำเขตต้องพิจารณาไม่ให้ตั้งโรงงานไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่เกษตรกรรมคุณภาพสูงหรือพื้นที่สำหรับการเพาะปลูกหากยังพบว่ามีพื้นที่อื่นให้สามารถตั้งโรงงานได้ และห้ามมิให้ใช้บริเวณดินที่มีคุณภาพสูงต่อการเกษตรกรรมเกินกว่า 12 เอเคอร์ ทั้งพื้นที่ในรัศมี 1 ไมล์รอบโครงการจะต้องได้รับการตรวจสอบด้วย<sup>20</sup>

##### 1.2.2.2 กำหนดกฎเกณฑ์เรื่องขนาดพื้นที่ที่ใช้ตั้งแผง

S.B. NO. 1008 SECTION 3 (21) แก้ไขเพิ่มเติม Section 205-4.5 Hawaii Revised Statutes (a) กำหนดว่าหากตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่ที่มีดินคุณภาพระดับ A B หรือ C ห้ามไม่ให้ตั้งแผงพลังงานแสงอาทิตย์บนดินระดับ A B หรือ C เกินกว่าร้อยละ 10 ของพื้นที่ทั้งหมด หากจำเป็นต้องใช้พื้นที่ตั้งแผงบนดินระดับ B หรือ C มากกว่านั้น เจ้าของโครงการจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. ระหว่างดำเนินการผลิตไฟฟ้า จะต้องทำให้พื้นที่ดังกล่าวมีผลผลิตทางการเกษตรไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าในตลาดเมื่อเปรียบเทียบกับพื้นที่ที่มีความใกล้เคียงกัน

2. แสดงหลักฐานความมั่นคงทางการเงินสำหรับค่าถดถอยโครงการให้เป็นที่น่าพอใจแก่คณะกรรมการก่อนที่จะเริ่มการดำเนินการผลิตไฟฟ้าและ

3. เจ้าของโครงการต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการรื้อถอน อันรวมถึงอุปกรณ์ทั้งหมดของโรงงานภายใน 12 เดือนนับตั้งแต่วันที่หยุดดำเนินการหรือตามอายุการใช้งาน และต้องฟื้นฟูคุณภาพของพื้นที่ให้เหมือนเดิมก่อนที่ตั้งโรงงาน

<sup>18</sup> 1 เอเคอร์เท่ากับ 2.5 ไร่

<sup>19</sup> 1 ไมล์เท่ากับ 1.6 กิโลเมตร

<sup>20</sup> 1000 Friends of Oregon, “GUIDE ON LAND USE LAWS GOVERNING THE SITING OF LARGE SCALE SOLAR FACILITIES,” Retrieved on July 14, 2019, from <https://friends.org/sites/default/files/2019-04/Solar%20Siting%202015.pdf>.



การจำกัดพื้นที่ตั้งแผงบนดินคุณภาพเหมาะสมแก่การทำเกษตรกรรมเป็นทั้งการจูงใจให้เจ้าของโครงการสนใจพื้นที่ดินคุณภาพน้อยกว่าและให้เป็นหน้าที่ของเจ้าของโครงการที่ต้องลงทุนกับเทคโนโลยีที่ต้องผลิตไฟฟ้าได้จำนวนมากโดยใช้พื้นที่น้อยสุดทำให้ลดขนาดพื้นที่เกษตรกรรมที่ต้องนำมาเป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์

### 1.3 การปรับสภาพพื้นที่

#### 1.3.1 ปัญหาข้อจำกัดของเกณฑ์การปรับสภาพพื้นที่

เพื่อที่จะติดตั้งแผงพลังงานแสงอาทิตย์จำเป็นต้องทำให้ที่ดินโล่งด้วยการตัดต้นไม้ในพื้นที่ อาจรวมถึงการไถยกกำจัดวัชพืชเพื่อไม่ให้เกิดฝุ่นต่อแผงซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเก็บแสงอาทิตย์ CoP กำหนดให้เจ้าของโครงการระบุขนาดพื้นที่และจำนวนต้นไม้ที่ต้องตัดเป็นบริเวณกว้างแต่ขาดหลักเกณฑ์ในการตัดว่าเพื่อความจำเป็นในการดำเนินโครงการ ถึงจะกำหนดให้จัดสรรพื้นที่สีเขียวสำหรับปลูกต้นไม้ทรงสูง ทางด้านทิศเหนือของโครงการ หรือบริเวณที่เหมาะสม โดยต้องคำนึงถึงความเหมาะสมด้านทัศนียภาพด้วย แต่ไม่ได้กำหนดอีกเช่นกันว่าต้องปลูกต้นไม้จำนวนเท่าไรของพื้นที่ ทั้งมาตรการดังกล่าวยังเป็นเพียงมาตรการแนะนำ เจ้าของโครงการไม่มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม

#### 1.3.2 มาตรการแก้ไขปัญหาข้อจำกัดของเกณฑ์การปรับสภาพพื้นที่

รัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้มีการกำจัดต้นไม้เท่าที่จำเป็นในการติดตั้งแผงพลังงานแสงอาทิตย์เท่านั้น และให้หลีกเลี่ยงการขุดรากโคนต้นไม้ยกเว้นในกรณีเพื่อที่จำเป็นเพื่อให้การผลิตไฟฟ้าไม่ขัดข้อง<sup>21</sup> หรือในบางรัฐกำหนดเป็นกรณีที่มีการตั้งโรงไฟฟ้าบนพื้นที่ที่มีความอุดมสมบูรณ์สูงให้กำจัดต้นไม้ได้ไม่เกินจำนวนพื้นที่ที่กำหนด ส่งเสริมให้ใช้พื้นที่ท้องถิ่นและให้ความสำคัญกับการเก็บพันธุ์พืชที่มีอยู่เดิม เช่น ไม้พุ่มเตี้ยได้แก่ เป็นต้น<sup>22</sup>

### 1.4 พันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ในพื้นที่โครงการ

#### 1.4.1 ปัญหาข้อจำกัดของการสำรวจพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ในพื้นที่โครงการ

เหตุผลที่ต้องคำนึงถึงพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์เนื่องจากเป็นส่วนหนึ่งของระบบนิเวศวิทยาและการตั้งโรงไฟฟ้าส่งผลกระทบต่อแหล่งอาศัยและแหล่งอาหารของสัตว์ในพื้นที่นั้น CoP จึงกำหนดให้แสดงรายละเอียดข้อมูลและแผนผังแสดงพื้นที่อนุรักษ์ พื้นที่ลุ่มน้ำ พื้นที่เขตอุทยาน เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าพื้นที่ป่าสงวน ระบุชนิดพันธุ์พืชและสัตว์ที่หายากหรือใกล้จะสูญพันธุ์ โดยประมาณการจำนวนสัตว์ที่พบส่วนใหญ่บริเวณพื้นที่โครงการ หากผลการศึกษาพบว่าการดำเนินโครงการอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสภาพนิเวศวิทยา ให้ผู้ขอรับใบอนุญาตผลิตไฟฟ้ากำหนดมาตรการเพิ่มเติมทั้งในระยะก่อสร้างและระยะดำเนินการด้วย

ปัญหาในขั้นตอนการจัดทำรายงานตามแนวทางการจัดทำรายงานประมวลหลักการปฏิบัติ กำหนดให้เจ้าของโครงการจะต้องว่าจ้างหน่วยงานที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับกรมโรงงานอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรมซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์เชิงผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างก่อให้เกิดความไม่อิสระในการจัดทำรายงานอันอาจกระทบต่อคุณภาพของรายงาน<sup>23</sup> นอกจากนี้พันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ต้องอาศัยความรู้เฉพาะทางโดยเฉพาะพันธุ์พืชและสัตว์ที่หายากหรือใกล้จะสูญพันธุ์ การให้ผู้ขอรับใบอนุญาตผลิตไฟฟ้ากำหนดมาตรการเพิ่มเติมทั้งในระยะก่อสร้างและระยะดำเนินการอาจไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองพันธุ์พืชและสัตว์ ทั้งยังจำกัดการประเมินโดยประมาณการจำนวนสัตว์ที่พบส่วนใหญ่บริเวณพื้นที่โครงการเท่านั้น

<sup>21</sup> Department of Conservation, “BUTTE UTILITY-SCALE SOLAR GUIDE,” Retrieved on July 14, 2019, from [https://www.buttecounty.net/Portals/33/SolarZone/Utility\\_Solar\\_Guide\\_Book\\_100417.pdf](https://www.buttecounty.net/Portals/33/SolarZone/Utility_Solar_Guide_Book_100417.pdf).

<sup>22</sup> Council on Environmental Quality, “Energy Sprawl in Connecticut,” Retrieved on July 14, 2019, from [http://www.ct.gov/ceq/lib/ceq/Energy\\_Sprawl\\_in\\_Connecticut.pdf](http://www.ct.gov/ceq/lib/ceq/Energy_Sprawl_in_Connecticut.pdf).

<sup>23</sup> สิริพิชญชนก คุณประเสริฐ, “การวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2562, จาก [http://library2.parliament.go.th/ejournal/content\\_af/2561/oct2561-1.pdf](http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2561/oct2561-1.pdf)

#### 1.4.2 มาตรการแก้ไขปัญหาคือจำกัดของการสำรวจพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ในพื้นที่โครงการ

##### 1.4.2.1 พันธุ์พืชและสัตว์ที่หายากหรือใกล้จะสูญพันธุ์

กรณีการคุ้มครองพันธุ์พืชและสัตว์จากการตั้งโรงงานพลังงานหมุนเวียนในส่วนของสายพันธุ์คุ้มครองหรือสายพันธุ์สงวนตามกฎหมายว่าด้วยสายพันธุ์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ (The Endangered Species Act) หากพบว่าโครงการใดต้องมีการตั้งหรือการผลิตที่กระทบต่อสายพันธุ์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์หรือแหล่งที่อยู่ของสายพันธุ์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์จะต้องดำเนินการขอใบอนุญาตจากหน่วยงานที่รับผิดชอบต่างหาก โดยจะต้องทำแผนลดความเสี่ยงต่อสายพันธุ์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ประกอบการศึกษาการดำรงชีวิตของสายพันธุ์เหล่านั้นในพื้นที่ดังกล่าวเพื่อยื่นประกอบการขอใบอนุญาต หน่วยงานมีอำนาจที่จะพิจารณาไม่ให้ใบอนุญาตหากแผนลดความเสี่ยงไม่เพียงพอต่อการรักษาสายพันธุ์หรือแหล่งที่อยู่สายพันธุ์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ รัฐอ่าวกำหนดกฎเกณฑ์ไม่ให้เจ้าของโครงการรบกวนทั้งสายพันธุ์หรือแหล่งที่อยู่ ห้ามถอดถอน ห้ามทำลาย หรือห้ามเก็บตัวอย่างของสายพันธุ์ดังกล่าวทั้งในการตั้งโรงงานหรือระหว่างดำเนินการผลิตไฟฟ้าด้วย<sup>24</sup>

##### 1.4.2.2 พันธุ์พืชและสัตว์ทั่วไป

มาตรการคุ้มครองพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ทั่วไปในบริเวณที่ตั้งโครงการในหลายรัฐจะให้การกำหนดกฎเกณฑ์ให้แก่เจ้าของโรงงานคำนึงถึงพื้นที่ในการผสมของเกสรดอกไม้โดยห้ามกำจัดพุ่มไม้ ดอกไม้ หรือพันธุ์พืชท้องถิ่นขนาดเตี้ยที่มีอยู่เดิมในพื้นที่เพื่อให้เหล่าแมลงได้ผสมเกสรตามปกติ หากต้องการรักษาทัศนียภาพหรือฟื้นฟูสภาพดินต้องเป็นการใช้พันธุ์พืชท้องถิ่นเท่านั้น หากรักษาสภาพพืชในโครงการจะส่งผลต่อพันธุ์สัตว์ในพื้นที่เพราะไม่กระทบต่อแหล่งที่อยู่และแหล่งอาหาร นอกจากนี้ยังคำนึงถึงปศุสัตว์ในพื้นที่ที่ยังมีการเลี้ยงสัตว์เร่ร่อนและพื้นที่โครงการนั้นเคยเป็นแหล่งอาหารให้สัตว์มาก่อน เจ้าของโครงการต้องวางแผนโครงการให้ไม่กระทบด้วย เช่น เพิ่มความสูงของเสาแผงพลังงานแสงอาทิตย์เพียงพอที่จะให้แกะเข้าไปใช้เป็นแหล่งอาหาร เป็นต้น<sup>25</sup>

ไม่ใช่เฉพาะสัตว์ที่อยู่ประจำในพื้นที่โครงการเท่านั้น ปรากฏมาตรการเรื่องฝูงนกอพยพแตกต่างกันในแต่ละรัฐแล้วแต่ลักษณะธรรมชาติการอพยพของนก เพราะการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ส่งผลกระทบต่อทั้งด้านที่อยู่ของนกอพยพและแสงสะท้อนจากแผงพลังงานแสงอาทิตย์ บ้างกำหนดให้งดการก่อสร้างในช่วงระยะเวลาการอพยพของนก บ้างกำหนดในกรณีที่เป็นพื้นที่อ่อนไหวอันเป็นแหล่งที่อยู่ของนกอพยพอาจจะพิจารณาไม่ให้ก่อตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ หรือจำกัดการใช้สารเคมีในการปรับพื้นที่เพื่อไม่ให้กระทบกับคุณภาพดินและน้ำของแหล่งที่อยู่ของนกอพยพ<sup>26</sup> เป็นต้น

#### 1.5 มาตรการด้านการฟื้นฟูสภาพพื้นที่

##### 1.5.1 ปัญหาคือจำกัดมาตรการด้านการฟื้นฟูสภาพพื้นที่

CoP กำหนดมาตรฐานสำหรับการฟื้นฟูให้เจ้าของโครงการปฏิบัติ ได้แก่ ภายหลังจากรื้อถอนอุปกรณ์ต้องดำเนินการปรับสภาพพื้นที่โครงการให้มีลักษณะที่เหมาะสมต่อการพัฒนาการใช้ประโยชน์ที่ดินให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมปัจจุบันให้มากที่สุด โดยไม่เป็นอุปสรรคในประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัย ซึ่งเป็นการเปิดให้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างว่า “ลักษณะที่เหมาะสมต่อการพัฒนาการใช้ประโยชน์ที่ดินให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมปัจจุบันให้มากที่สุด” นั้นอาจหมายถึงไม่ต้องปรับสภาพพื้นที่โครงการให้เหมือนเดิมก่อนใช้เป็นที่ตั้งโรงงาน โดยทั่วไปการสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ลงทุนเป็นระยะเวลาถึง 20 ปี การขาดมาตรฐานด้านการฟื้นฟูที่แน่นอนนั้นอาจเอื้อให้เจ้าของโครงการให้ความสนใจกับการฟื้นฟูโครงการน้อยเกินไป ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความอุดมสมบูรณ์ของ

<sup>24</sup> *supra* note 17

<sup>25</sup> *supra* note 21

<sup>26</sup> Migratory Soaring Birds Project, “Solar Energy Guidance,” Retrieved on July 14, 2019, from <http://migratorysoaringbirds.undp.birdlife.org/sites/default/files/factsheet%20Solar%20Government%20new%20logo%20PR.pdf>.

ดินจนไม่สามารถกลับไปใช้เพื่อประโยชน์ทางเกษตรกรรมได้อีกหรืออาจจะต้องใช้ระยะเวลาในการฟื้นฟูสภาพดินให้เหมือนเดิม โดยเฉพาะในกรณีที่ตั้งโครงการหรือบริเวณรอบโครงการเป็นที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม

#### 1.5.2 มาตรการแก้ไขปัญหาคือจำกัดมาตรการด้านการฟื้นฟูสภาพพื้นที่

รัฐออริกอนกำหนดมาตรฐานด้านการฟื้นฟูสภาพพื้นที่โรงงานเฉพาะสำหรับกรณีที่ตั้งบนพื้นที่เกษตรกรรมตามความแห่ง OAR 660-033-0130(38)(h) ว่าต้องไม่เปลี่ยนแปลงรูปร่างของที่ดินหรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์จากที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมและปศุสัตว์ รวมถึงการลดโอกาสที่จะขยาย ซ้ำ เช่าที่ดิน หรือสิทธิในการเข้าถึงแหล่งน้ำหรือลดขนาดพื้นที่ในการใช้ประโยชน์เพื่อการเกษตรจนทำให้พื้นที่ดังกล่าวหมดสภาพในการทำเกษตรกรรมรวมถึงสามารถเรียกหลักประกันจากเจ้าของโครงการ หรือกำหนดกฎเกณฑ์ให้เจ้าของโครงการปฏิบัติตามหลังจากที่รื้อถอนโรงงานจากพื้นที่เพิ่มเติมได้ เช่นเดียวกันกับรัฐฮาวายที่ S.B. NO. 1008 SECTION 3 (21) แก้ไขเพิ่มเติม Section 205-4.5 Hawaii Revised Statutes (a) กำหนดว่าหลังรื้อถอนให้เจ้าของโครงการต้องฟื้นฟูสภาพดินให้เหมือนเดิมก่อนใช้ตั้งเป็นโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์

#### ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์มีปัญหาข้อจำกัดตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ แม้แต่กฎหมายผังเมืองอันเป็นกฎหมายสำคัญสำหรับจัดแบ่งการใช้ประโยชน์ที่ดินยังอนุญาตให้โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เข้าไปตั้งในพื้นที่สำหรับชนบทและเกษตรกรรมได้ในบางพื้นที่ โดยเฉพาะพื้นที่ที่มีความอุดมสมบูรณ์เหมาะแก่การทำเกษตรกรรมหรือใช้ประโยชน์เพื่อการเกษตรกรรมอยู่แล้วแต่ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายคุ้มครองพื้นที่เกษตรกรรมฉบับใด หากปล่อยให้มีการใช้ประโยชน์จากที่ดินโดยไม่เหมาะสมกับคุณภาพดินอาจส่งผลกระทบต่อความเสื่อมโทรมของคุณภาพดินและสภาพรูปที่ดินหลังใช้เป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้า ซึ่งเพิ่มปัญหาการลดลงของพื้นที่เกษตรกรรมของประเทศต่อไปในอนาคต

การแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์บนพื้นที่เกษตรกรรมอันเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัตินั้นจำเป็นต้องใช้ระยะเวลานาน อาจไม่สอดคล้องกับมาตรการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ จึงเสนอแนะให้แก้ไขประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานเรื่อง มาตรการป้องกันแก้ไข และติดตามตรวจสอบผลกระทบสิ่งแวดล้อมสำหรับผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จากเทคโนโลยีแผงโฟโตโวลเทอิกที่เข้าข่ายต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตไฟฟ้า พ.ศ. 2557 (Code of Practice: CoP) อันกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ ซึ่งขาดกฎเกณฑ์เพื่อรักษาความอุดมสมบูรณ์ของดิน การคำนึงถึงขนาดพื้นที่ทั้งในมาตรการเลือกที่ตั้ง การระบุจำนวนพื้นที่โครงการและขนาดพื้นที่ตั้งแผงพลังงานแสงอาทิตย์ การปรับสภาพพื้นที่ และมาตรการด้านการฟื้นฟูสภาพพื้นที่

ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ของรัฐออริกอนและรัฐฮาวาย ควรแก้ไข CoP โดยนำเกณฑ์ความเหมาะสมของดินสำหรับการปลูกพืชของกรมพัฒนาที่ดินมาใช้เพื่อจำแนกดินของที่ตั้งโครงการ นอกจากพิจารณาตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่กำหนด หากพบว่าดินของที่ตั้งโครงการมีความอุดมสมบูรณ์เหมาะแก่การทำเกษตรกรรมจะต้องกำหนดมาตรฐานให้เจ้าของโครงการปฏิบัติระบุจำนวนพื้นที่ให้น้อยที่สุดหรือใช้พื้นที่ตั้งแผงพลังงานแสงอาทิตย์น้อยที่สุด ปรับสภาพพื้นที่เฉพาะบริเวณที่จำเป็นต้องใช้เพื่อการผลิตไฟฟ้า หากสำรวจพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ในโครงการหากพบว่ามีพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ที่หายากหรือใกล้จะสูญพันธุ์บริเวณที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นผู้กำหนดมาตรการลดผลกระทบให้เจ้าของโครงการปฏิบัติตาม ในกรณีพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ทั่วไปให้กำหนดรายละเอียดลดผลกระทบต่อแหล่งที่อยู่และแหล่งอาหารของสิ่งมีชีวิตเดิมบริเวณโครงการ และกำหนดมาตรฐานการฟื้นฟูหลังรื้อถอนโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ให้เจ้าของโครงการต้องฟื้นฟูคุณภาพดินให้เหมือนเดิมก่อนจะใช้พื้นที่นั้นตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์

## บรรณานุกรม

### บทความวารสาร

คันสนีย์ ศรีศุกรี. “พื้นที่สีเขียวและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม : แนวความคิดในการจัดทำผังเมืองไทย.” วารสารกรมโยธาธิการและผังเมือง. น.10.

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน. “สถานการณ์การปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จากภาคพลังงานรายปี 2560.” [http://www.eppo.go.th/index.php/th/energy-information/situation-co2/per-year?orders\[publishUp\]=publishUp&issearch=1](http://www.eppo.go.th/index.php/th/energy-information/situation-co2/per-year?orders[publishUp]=publishUp&issearch=1), 14 กรกฎาคม 2562.

กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน. “ข้อมูลโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน.” [http://www.dede.go.th/ewt\\_news.php?nid=41810](http://www.dede.go.th/ewt_news.php?nid=41810), 14 กรกฎาคม 2562.

กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน. “แผนที่แสดงที่ตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์และโซลาร์รูฟในประเทศไทย 2556.” [http://www.dede.go.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=184](http://www.dede.go.th/ewt_dl_link.php?nid=184), 14 กรกฎาคม 2562.

สำนักงานสถิติแห่งชาติ. “สถิติการใช้ที่ดินทั่วราชอาณาจักร.” <http://service.nso.go.th/nso/web/statseries/statseries14.html>, 14 พฤษภาคม 2562. 14 กรกฎาคม 2562.

สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. “ร่าง นโยบายและแผนการบริหารจัดการที่ดินและทรัพยากรดินของประเทศ (พ.ศ. 2560 - 2579).” <https://drive.google.com/file/d/1Cy4S4km-JLGBgKKNtjrB3A7fHW4CBtz/view>, 14 กรกฎาคม 2562.

โฆสิต ตองวัฒนา. “ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน.” <http://www.entechpollutec-asia.com/Portals/0/seminar/Presentation/03-ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน.pdf>, 14 กรกฎาคม 2562.

กองสิ่งแวดล้อมชุมชนและพื้นที่เฉพาะ. “พื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม 2561.” [http://www.onep.go.th/urban/index.php?option=com\\_content&view=article&id=175:protected-area-summary&catid=41:knowledge&Itemid=1011](http://www.onep.go.th/urban/index.php?option=com_content&view=article&id=175:protected-area-summary&catid=41:knowledge&Itemid=1011), 14 กรกฎาคม 2562.

สิริพิชญ์ชนก คุณประเสริฐ. “การวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ.” [http://library2.parliament.go.th/ejournal/content\\_af/2561/oct2561-1.pdf](http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2561/oct2561-1.pdf), 14 กรกฎาคม 2562.

### ELECTRONIC MEDIA

UNFCCC. “What is the Paris Agreement?.” <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/what-is-the-paris-agreement>, July 14, 2019.

United States Environmental Protection Agency. “Global Greenhouse Gas Emissions Data.” <https://www.epa.gov/ghgemissions/global-greenhouse-gas-emissions-data>, July 14, 2019.

Jeremy Berke. “One simple chart shows why an energy revolution is coming — and who is likely to come out on top.” <https://www.businessinsider.com/solar-power-cost-decrease-2018-5>, July 14, 2019.

Rebecca R. Hernandez, Madison K. Hoffacker, Michelle L. Murphy-Mariscal, Grace C. Wu, and Michael F. Allen. “Solar energy development impacts on land cover change and protected areas.” <https://www.pnas.org/content/112/44/13579>, July 14, 2019.

Dan Way. “Big solar farms may be stressing agricultural ecosystem.” <https://www.carolinajournal.com/news-article/big-solar-farms-may-be-stressing-agriculture-ecosystem/>, July 14, 2019.

Land Study Bureau. “Land Study Bureau (LSB) Detailed Land Classification.” <http://files.hawaii.gov/dbedt/op/gis/data/lsb.pdf>, July 14, 2019.

The State of Hawaii Department of Business, Economic Development, and Tourism. “Guide to Renewable Energy Facility Permits in the State of Hawaii.” [http://energy.hawaii.gov/wp-content/uploads/2011/12/DBEDT-Permit-Guide\\_V3\\_04-30-15R.pdf](http://energy.hawaii.gov/wp-content/uploads/2011/12/DBEDT-Permit-Guide_V3_04-30-15R.pdf), July 14, 2019.

1000 Friends of Oregon. “GUIDE ON LAND USE LAWS GOVERNING THE SITING OF LARGE SCALE SOLAR FACILITIES.” <https://friends.org/sites/default/files/2019-04/Solar%20Siting%202015.pdf>, July 14, 2019.

Department of Conservation. “BUTTE UTILITY-SCALE SOLAR GUIDE.” [https://www.buttecounty.net/Portals/33/SolarZone/Utility\\_Solar\\_Guide\\_Book\\_100417.pdf](https://www.buttecounty.net/Portals/33/SolarZone/Utility_Solar_Guide_Book_100417.pdf), July 14, 2019.

Council on Environmental Quality. “Energy Sprawl in Connecticut.” [http://www.ct.gov/ceq/lib/ceq/Energy\\_Sprawl\\_in\\_Connecticut.pdf](http://www.ct.gov/ceq/lib/ceq/Energy_Sprawl_in_Connecticut.pdf), July 14, 2019.

Migratory Soaring Birds Project. “Solar Energy Guidance.” <http://migratorysoaringbirds.undp.birdlife.org/sites/default/files/factsheet%20Solar%20Government%20new%20logo%20PR.pdf>, July 14, 2019.

## มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวน ศีษากรณี นกแต้วแล้วท้องดำใน เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ – บางคราม จังหวัดกระบี่

สาวิตรี พันธุ์วงศ์\*

### บทคัดย่อ

การอนุรักษ์สัตว์ป่าในในยุคสมัยปัจจุบันนี้ ต้องเป็นการอนุรักษ์ที่อยู่บนพื้นฐานความยั่งยืน กล่าวคือ ต้องเป็นการวางแผนการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างชาญฉลาด เชื่อมโยงกับการพัฒนา สังคม เศรษฐกิจ การเมือง และคุณภาพชีวิตอย่างกลมกลืน ตลอดจนรักษาไว้ซึ่งความสมดุลของระบบนิเวศควบคู่กันไป ดังนั้น จึงมีแนวความคิดการนำเสนอคือ ให้มีการกำหนดนโยบายหรือแผนการจัดการที่เกี่ยวข้องกับสัตว์ป่าสงวนที่ใกล้จะสูญพันธุ์อย่างนกแต้วแล้วท้องดำโดยตรง และปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมของบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองและอนุรักษ์นกแต้วแล้วท้องดำให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นในทุก ๆ ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย การคุ้มครองชนิดพันธุ์ การควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ที่จะมีผลกระทบต่อนกแต้วแล้วท้องดำ แต่อย่างไรก็ตามต้องอยู่บนพื้นฐานของการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันระหว่างมนุษย์และสัตว์ป่า รวมไปถึงรัฐต้องมีการบังคับใช้กฎหมายให้มีความเคร่งครัดจริงจัง ส่งเสริมสนับสนุนให้ทุกภาคฝ่ายได้มีส่วนร่วม ทั้งประชาชนในพื้นที่ องค์กรต่าง ๆ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ และต้องมีการพัฒนาคุณภาพของประชาชนให้มีความตระหนักถึงคุณค่าของการอนุรักษ์และคุ้มครองนกแต้วแล้วท้องดำซึ่งถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีค่าของประเทศไทยให้ดำรงอยู่ต่อไปอย่างยั่งยืน

### คำสำคัญ

นกแต้วแล้วท้องดำ, สัตว์ป่าสงวน

### ABSTRACT

The wildlife conservation in present must be based on sustainable conservation which consists of intelligent resource management planning linked to social development, economy, politics and quality of life, harmoniously together with the ecosystem balance. Therefore, author would like to suggest the policy or management plan related to the endangered reserved wildlife e.g. Gurney's Pitta Birds, directly. Also, the suitable and effective amendment of the provisions of the protection and conservation of Gurney's Pitta Bird's laws, especially, the protection of habitat and species, Controlling of activities in Wildlife Sanctuary which affect to Gurney's Pitta Birds. However, it must be based on Natural resources usage shared with humans and wildlife. Moreover, the government must have strong law's compulsion, participating encouragement both people and government officer. And It needs to develop the quality of the people to be aware of the value of Gurney's Bird' s conservation and protection which is considered as a valuable natural resource for sustainable nation.

### Keywords

Gurney's Pitta, Endangered wildlife

\* นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักวิชาการสหกรณ์ปฏิบัติการ กรมส่งเสริมสหกรณ์

## บทนำ

ข่าวการสูญพันธุ์ของนกแก้วแล้วท้องดำเมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2558 ที่ผ่านมาเป็นข่าวเล็ก ๆ ที่ไม่ได้รับการสนใจจากบุคคลทั่วไป แต่สำหรับผู้ที่นิยมชมชอบการอนุรักษ์ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่น่าสนใจเป็นอย่างมาก หลังจากนั้นกลับได้มีรายงานการค้นพบอีกในปี 2559 จำนวน 2 ตัว โดยตัวแรกเป็นเพศเมียพบในป่าบริเวณเขานอจู้จี้ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม และตัวที่ 2 เป็นเพศผู้ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสถานีวิจัยสัตว์ป่าคลองแสง จากสถานการณ์ดังกล่าว เป็นที่น่าสนใจว่า แม้ประเทศไทยจะมีบทบัญญัติทางกฎหมายในการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวน ได้แก่ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 แต่จำนวนสัตว์ป่าสงวนซึ่งมีสถานะหายากจนใกล้สูญพันธุ์ยังคงมีจำนวนลดลงอย่างต่อเนื่อง มาตรการครอบครองสัตว์ป่าสงวนไม่มีความชัดเจนที่เพียงพอ เพราะยังเกิดความขาดแคลนของข้อมูล

นกแก้วแล้วท้องดำในประเทศไทย มีรายงานพบบริเวณป่าที่ราบต่ำทางภาคใต้ และปัจจุบันพบเพียงแห่งเดียวเท่านั้นคือบริเวณพื้นที่ป่าที่ราบต่ำเขานอจู้จี้ ซึ่งส่วนหนึ่งอยู่ในพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม จังหวัดกระบี่ ในปัจจุบันเราไม่สามารถพบเห็นนกแก้วแล้วท้องดำได้อย่างง่ายดายเหมือนในอดีต จากข้อมูลที่ผ่านมาสาเหตุหลักที่ทำให้นกแก้วแล้วท้องดำมีจำนวนลดลงเรื่อย ๆ ส่วนหนึ่งเกิดจากการล่าและการค้าขนนกแก้วแล้วท้องดำ<sup>1</sup> เนื่องจากมูลค่าของขนชนิดนี้ในตลาดมีราคาสูง เป็นที่นิยมชมชอบของนักอนุรักษ์ทั้งชาวไทยและต่างประเทศ เนื่องจากมีสีขนที่สวยงาม และยังมีมูลค่าด้านความหายาก อีกทั้งด้วยลักษณะที่นกแก้วแล้วท้องดำมักชอบเดินหรือหากินอยู่ตามพื้น ทำให้สามารถทำการล่อจับได้ไม่ยาก แม้กระทั่งรังของนกแก้วแล้วท้องดำเองก็ยังคงถูกขโมยหรือถูกทำลายอยู่บ่อยครั้ง เพราะลักษณะการสร้างรัง วางไข่ จะอยู่ใกล้หนองน้ำบนพื้นดิน นกชนิดนี้ต้องการใช้น้ำในสายห้วยและลำธารเล็ก ๆ ในป่าตลอดทั้งปี และอาศัยสภาพพื้นที่ชุ่มชื้นแต่ไม่ถึงขั้นเป็นหนองน้ำ นกคู่หนึ่งทำรังสำเร็จในพื้นที่ป่าที่เป็นเกาะเนื้อที่ประมาณ 12 ไร่ล้อมรอบด้วยทุ่งนาสามด้านและต่อกับพื้นที่ป่าใกล้เคียงด้วยพื้นที่คือขาดแคบๆเท่านั้น พื้นที่ที่นกแก้วแล้วท้องดำชอบมักจะมีพืชตระกูลปาล์มขึ้นถี่ ๆ อยู่ชั้นกลางของป่า และมักจะมีไม้ไผ่ด้วย มีบันทึกการพบรังนกชนิดนี้ในต้นปาล์มที่มีหนามพวงระกำ พ้อ/ชิง และหวาย ตามปกติที่ความสูง 1-3 เมตรเหนือพื้นดิน ความรู้เกี่ยวกับการใช้ถิ่นที่อยู่อาศัยในอาณาเขตพื้นที่ต่าง ๆ ของนกชนิดนี้มีอยู่น้อยมาก ดังนั้น จากข้อมูลดังกล่าวในอดีตจึงเป็นข้อสันนิษฐานว่า หากมีผู้พบเจอนกแก้วแล้วท้องดำในปัจจุบันก็มีแนวโน้มความเป็นไปได้ว่าจะนำไปขายให้กับพ่อค้าทั่วไปมากกว่าจะแจ้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีแผนแม่บทหรือแผนปฏิบัติการด้านการอนุรักษ์สัตว์ป่าสงวนที่มีสถานะใกล้สูญพันธุ์โดยตรง แต่มีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวน ได้แก่ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ซึ่งนับว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม และประกาศใช้ตั้งแต่ฉบับในรอบ 27 ปี โดยมีการเพิ่มเติมบทนิยามรวมทั้ง เพิ่มบทกำหนดโทษที่เข้ากับยุคสมัยมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามในฐานะที่นกแก้วแล้วท้องดำมีสถานะเป็นสัตว์ป่าสงวนตามท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมานั้น แต่จากข้อเท็จจริง ปรากฏว่านกแก้วแล้วท้องดำยังคงมีจำนวนลดลงเรื่อย ๆ สาเหตุหลักเป็นเพราะแหล่งที่อยู่อาศัยของนกแก้วแล้วท้องดำที่เหลืออยู่คือป่าที่ราบต่ำทางภาคใต้ไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือแหล่งอาศัยตามธรรมชาติในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม จังหวัดกระบี่ ได้รับการส่งเสริมให้เป็นแหล่งท่องเที่ยวซึ่งขัดกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าที่มุ่งเน้นให้เป็นพื้นที่อยู่อาศัยอันปลอดภัยของสัตว์ป่า ทั้งนี้ เป็นเพราะประเทศไทยยังไม่มีมาตรการที่ใช้ในการควบคุมกิจกรรมการท่องเที่ยวในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการควบคุมเป็นพิเศษในการคุ้มครองเขตพื้นที่ที่มีความเสี่ยง เช่น เขตพื้นที่อยู่อาศัย หรือทำรังของสัตว์ป่าสงวนในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เป็นต้น อีกทั้งการพยายามเพิ่มจำนวนนกแก้วแล้วท้องดำโดยการเพาะพันธุ์ไม่มีรายงานว่าการประสบความสำเร็จ เป็นผลให้นกแก้วแล้วท้องดำในประเทศไทยหลงเหลืออยู่เพียง 1 คู่ ดังนั้น ถึงแม้ว่าวิธีการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าซึ่งเป็นวิธีการเพิ่มจำนวนสัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีที่ดีนั้น ก็มีโอกาสทำได้ เนื่องจาก

<sup>1</sup> “ทางรอด หรือทางเลือก,” รายงานผลการวิจัย เกรียงศักดิ์ ศรีบัวรอด กลุ่มงานวิจัยสัตว์ป่า สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า.

จำนวนนกแล้วแล้วท้องดำในประเทศไทยไม่เพียงพอต่อการนำมาเพาะพันธุ์เพิ่ม จากสภาพปัญหาดังกล่าว สามารถสรุปปัญหาได้ ดังนี้

### ปัญหามาตรการทางกฎหมายในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม

เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ – บางคราม<sup>2</sup> เริ่มจากการประกาศพื้นที่เป็นเขตห้ามล่าสัตว์ป่าเขาประ-บางคราม ในปี พ.ศ. 2530 ต่อมาเมื่อมีการประกาศให้แกแล้วแล้วท้องดำเป็นสัตว์ป่าสงวนของประเทศไทย ตาม พ.ร.บ. สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ในขณะนั้น จึงได้มีการประกาศพื้นที่บางส่วนของเขตห้ามล่าสัตว์ป่าเขาประ-บางคราม เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประบางครามเมื่อมีการกำหนดพื้นที่ใดเป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า นั้นหมายถึงพื้นที่นั้นคือที่อยู่ของสัตว์ป่า ย่อมได้รับการคุ้มครอง การดำเนินกิจกรรมใด ๆ ก็ตามในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของสัตว์ป่าเป็นหลัก แต่ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ – บางคราม นั้น กลับมีสภาพการใช้พื้นที่ไปเพื่อการท่องเที่ยวมากกว่าเพื่อการอนุรักษ์ โดยการประชาสัมพันธ์การเข้าพื้นที่เน้นความสวยงามและกิจกรรมเชิงผจญภัยซึ่งขัดต่อความปลอดภัยของนกแล้วแล้วท้องดำ การเข้าถึงพื้นที่ไม่มีการขออนุญาตตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมาตรา 53 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562กำหนดไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานอื่นใดซึ่งต้องเข้าไปปฏิบัติการตามหน้าที่ผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าต้องปฏิบัติตามระเบียบที่อธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชกำหนดและคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งได้สั่งให้ปฏิบัติโดยชอบด้วย ซึ่งกฎหมายหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ อย่างไรก็ตาม ตามบทเฉพาะกาลตามมาตรา 116 ได้กำหนดว่า บรรดากฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะมีกฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งในพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 กำหนดไว้ว่าผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ประเด็นปัญหาที่สำคัญ คือ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่านั้น มีข้อกำหนดในการเข้าไปในพื้นที่ ว่าต้องดำเนินการขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่อย่างเป็นทางการและเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องเป็นการขออนุญาตล่วงหน้า<sup>3</sup> แต่ในสภาพปัจจุบันไม่ว่าใครก็ตามที่เพียงแค่อำนาจเงินค่าธรรมเนียม ก็สามารถเข้าไปในพื้นที่ได้เลยโดยไม่ต้องขออนุญาตล่วงหน้าและให้เหตุผลการเข้าไปในพื้นที่แต่อย่างใด

นอกจากนั้น รัฐบาลเองก็ได้มีการประชาสัมพันธ์ว่าประเทศไทยเป็น Unseen Thailand เน้นการประชาสัมพันธ์ในเชิงเป็นการท่องเที่ยวทั่วไป โดยไม่ได้มีมาตรการป้องกันเป็นพิเศษในฐานะที่พื้นที่บริเวณนี้เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ไม่มีกฎเกณฑ์ขอบเขตในการประกอบกิจกรรมท่องเที่ยวอย่างชัดเจน โดยมีการใช้ประโยชน์ของพื้นที่ในเชิงธุรกิจมากเกินไปซึ่งผิดกับหลักและวัตถุประสงค์ของการกำหนดรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

<sup>2</sup> สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า กรมอุทยานสัตว์ป่าและพันธุ์พืช, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2558, จาก <http://web3.dnp.go.th/wildlifeweb/animConserveDepView.aspx?depld=3>.

<sup>3</sup> ระเบียบกรมป่าไม้ ว่าด้วยการเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนในการที่พนักงานเจ้าหน้าที่ให้บริการหรือให้ความสะดวกในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า หรือเขตห้ามล่าสัตว์ป่า พ.ศ. 2540

ข้อ 6 ผู้ใดประสงค์จะใช้สถานที่หรือที่พักหรือบ้านพัก ที่กรมป่าไม้จัดไว้ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าหรือเขตห้ามล่าสัตว์ป่า ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมายและต้องเสียค่าบริการหรือค่าตอบแทนเนื่องจากการที่พนักงานเจ้าหน้าที่ให้บริการหรือให้อำนวยความสะดวกตามอัตราที่อธิบดีกรมป่าไม้ประกาศกำหนดเป็นแห่ง ๆ ไป

การขออนุญาตตามวรรค 1 ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าเป็นหนังสือ โดยยื่นต่อผู้อำนวยการสำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า หรือหัวหน้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า หรือหัวหน้าเขตห้ามล่าสัตว์ป่านั้น ๆ



สระมรกตกำเนิดมาจากธารน้ำอุ่น ในผืนป่าที่ราบต่ำภาคใต้ เป็นน้ำพุร้อน มีอุณหภูมิประมาณ 30-50 องศาเซลเซียส เป็นสระน้ำสวยใสกลางใจป่า ที่มีน้ำใสเป็นสีเขียวอมฟ้า เปลี่ยนสีไปได้ตามวันเวลาและสภาพแสง สระมรกตกำเนิดมาจากธารน้ำอุ่น ในผืนป่าที่ราบต่ำภาคใต้ เป็นน้ำพุร้อนลักษณะเป็นสระน้ำร้อน 3 สระ ได้แก่ สระแก้ว สระมรกต และ สระน้ำผุด น้ำใสเป็นสีเขียวมรกต มีอุณหภูมิประมาณ 30-50 องศาเซลเซียส รอบ ๆ บริเวณเป็นป่ามรกตเขียวครึ้มมีพรรณไม้ที่น่าสนใจ และยังเป็นแหล่งที่มีความสมบูรณ์ทางธรรมชาติและมีความหลากหลายทางชีวภาพเป็นอย่างมาก จำนวนนักท่องเที่ยวที่เคยบันทึกไว้สูงสุดอยู่ที่ 4187.922 คน ต่อปี เฉลี่ยวันละ 1,540 คน<sup>4</sup>

### ปัญหาการเพิ่มจำนวนนกแก้วแล้วท้องดำโดยการเพาะพันธุ์

แนวคิดการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าสงวนเพื่อทดแทนจำนวนที่สูญเสียไปนั้น เป็นแนวคิดที่มีการนำเสนอมาสำหรับใช้ในการแก้ปัญหาการลดลงของสัตว์ป่าสงวนอยู่บ่อยครั้ง ปัจจุบันกฎหมายที่ควบคุมในเรื่องดังกล่าวคือพ.ร.บ.สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าพ.ศ. 2562 มาตรา 17 ห้ามมิให้ผู้ใดมีในครอบครองหรือค้าสัตว์ป่าสงวน และสัตว์ป่าคุ้มครองเป็นอันขาด ยกเว้นสัตว์ป่าชนิดที่กำหนดให้เพาะพันธุ์ได้ตามกฎหมายและได้รับอนุญาตจากอธิบดี หรือเป็นการครอบครองโดยผู้รับใบอนุญาตจัดตั้งและประกอบกิจการสวนสัตว์ตามมาตรา 33 หรือสวนสัตว์ที่หน่วยงานของรัฐจัดตั้งตามหน้าที่ หรือเป็นการครอบครองสัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ของผู้รับใบอนุญาตดำเนินกิจการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าตามมาตรา 28 ที่มีไว้เพื่อการเพาะพันธุ์หรือได้มาจากการเพาะพันธุ์ หรือซากสัตว์ป่าเท่านั้น และมีการกำหนดบทลงโทษ คือ ปรับไม่เกิน 4 หมื่นหรือจำคุกไม่เกิน 4 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับหากมีผู้ใดเลี้ยง มีไว้ในครอบครองหรือค้าสัตว์ป่าตามรายชื่อสัตว์ป่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแม้เพียงตัวเดียวต้องมีความผิดตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้ก็ยังมิชอบยกเว้นให้กระทำการเพาะพันธุ์ได้ หากเป็นการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าสงวนและสัตว์ป่าคุ้มครองเพื่อประโยชน์แก่กิจการสวนสัตว์สาธารณะ หรือเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองชนิดที่อนุญาตให้เพาะพันธุ์เพื่อประโยชน์แก่การค้า ปัญหาคือบ่อยครั้งดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้หากไม่มีแนวทางการบริหารจัดการที่ดี อีกทั้ง ยังมีความเสี่ยงให้เกิดปัญหาการลักลอบเปิดสวนสัตว์เพื่อบังหน้ากิจการค้าสัตว์ป่าอย่างผิดกฎหมาย เนื่องจากกิจการสวนสัตว์สาธารณะนั้นหากได้รับอนุญาตในการดำเนินกิจการ กฎหมายได้ให้สิทธิแก่ สวนสัตว์สาธารณะในการครอบครองและเพาะพันธุ์สัตว์ป่าได้ โดยเจ้าของกิจการใช้ช่องว่างทาง กฎหมายเปิดกิจการสวนสัตว์สาธารณะไว้เป็นที่พักสัตว์เพื่อนำสัตว์ป่าไปค้าอย่างผิดกฎหมายต่อไป จากสถานการณ์ดังกล่าว สรุปได้ว่าการเพาะพันธุ์นกแก้วแล้วท้องดำมีข้อจำกัดหลักอยู่ 2 ประเด็น คือ

1. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าในสวนสัตว์ของประเทศไทยนั้นมีขั้นตอนในการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการสวนสัตว์ที่ไม่เหมาะสม ไม่มีการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับประสบการณ์ หรือความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับสัตว์ป่าของผู้ขอใบอนุญาตประกอบกิจการ ทำให้เกิดความล้มเหลวในการเพาะพันธุ์นกแก้วแล้วท้องดำที่ผ่านมา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อให้การเพาะพันธุ์นกแก้วแล้วท้องดำประสบความสำเร็จ

2. และประเด็นปัญหาอีกประการ คือ จำนวนประชากรนกแก้วแล้วท้องดำในประเทศไทยมีจำนวนไม่เพียงพอต่อการนำมาเพาะพันธุ์ จึงจำเป็นต้องขอความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศเพื่อนำนกแก้วแล้วท้องดำเข้ามาเพื่อช่วยในการเพาะพันธุ์ ประการนี้ ในระบบการนำนกแก้วแล้วท้องดำนั้น มีประเด็นปัญหาเงื่อนไขในทางปฏิบัติเนื่องจากนกแก้วแล้วท้องดำเป็นสัตว์ป่าสงวนของประเทศไทย และยังเป็นสัตว์ป่าตามบัญชีหมายเลข 1 ของอนุสัญญา CITES ซึ่งมีเงื่อนไขในการนำเข้าและการเพาะพันธุ์ที่มีข้อจำกัด จึงจำเป็นต้องเพิ่มมาตรการทางกฎหมายเพื่อรองรับการดำเนินการ

<sup>4</sup> สถิตินักท่องเที่ยวภายในประเทศ ปี 2559 (จำแนกตามภูมิภาคและจังหวัด) กระทรวงท่องเที่ยวและกีฬา, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2560, จาก [https://www.mots.go.th/more\\_news.php?cid=438&filename=index](https://www.mots.go.th/more_news.php?cid=438&filename=index).

## ปัญหาการขาดจิตสำนึกและตระหนักถึงความสำคัญของนกแก้วแล้วทองคำ

ประชาชนในพื้นที่อาจมองความพยายามในการอนุรักษ์นกแก้วแล้วทองคำเป็นการขัดขวางความเจริญทางด้านเศรษฐกิจและรายรับที่จะได้เข้ามาในชุมชน<sup>5</sup> เพราะยิ่งนักท่องเที่ยวมากขึ้นเท่าไร นั่นคือรายได้ที่เข้ามา มากขึ้นเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่มีความห่วงใยในทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณโดยรอบ บวกกับอดีตที่ผ่านมา นกแก้วแล้วทองคำมีราคาขายที่สูงเพราะเป็นนกหายากทำให้เกิดความงุนงงใจที่จะจับไปขาย เพราะความต้องการหลักของคนในพื้นที่คือความเจริญทางเศรษฐกิจมากกว่าการอนุรักษ์ การประชาสัมพันธ์ในเรื่องความสำคัญของนกแก้วแล้วทองคำยังไม่ดีเท่าที่ควร ทำให้คนในพื้นที่ไม่ให้ความสำคัญของนกแก้วแล้วทองคำ

### 1. แนวความคิดหลักการสำคัญเกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการคุ้มครองนกแก้วแล้วทองคำ

#### 1.1 แนวความคิดรัฐธรรมนูญกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ

รัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายสูงสุดของการปกครองประเทศ รัฐธรรมนูญเป็นแม่บทของกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง ถ้ากฎหมายใดที่ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญกฎหมายนั้นถือว่าเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ และโดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญจะบัญญัติหลักการที่สำคัญ ๆ เกี่ยวกับการบริหารประเทศไว้ เช่น รูปของรัฐ การแบ่งอำนาจอธิปไตย สิทธิหน้าที่ของประชาชน และระเบียบแบบแผนของการปกครอง เป็นต้น

ในด้านการจัดการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รัฐธรรมนูญของประเทศไทยฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีแนวความคิดที่สำคัญต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ โดยได้บัญญัติกำหนดนโยบายที่สำคัญไว้ในหมวดที่ 5 หน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 57 และ มาตรา 58 ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการอนุรักษ์คุ้มครอง บำรุงรักษา ปันฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืนและการกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการดำเนินการใดของรัฐ ถ้าการนั้นอาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชน อีกทั้ง ในหมวดที่ 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ได้มีการบัญญัติถึงส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อม ตามมาตรา 72 โดยบัญญัติให้รัฐพึงดำเนินการเกี่ยวกับการใช้และการถือครองที่ดิน การวางผังเมือง การบริหารจัดการทรัพยากรน้ำที่มีคุณภาพ รวมทั้งการประกอบเกษตรกรรม อุตสาหกรรม และการอื่น การอนุรักษ์พลังงานและการสนับสนุนพลังงานทางเลือกเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ

ในรัฐธรรมนูญประเทศไทยได้มีการกำหนดแนวความคิดรับรอง “สิทธิในสิ่งแวดล้อม” ของประชาชนไว้ตั้งแต่ฉบับปี 2517 และในรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไว้อย่างเข้มข้นคือ รัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 โดยมีการให้สิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพและวัฒนธรรมอย่างสมดุลและยั่งยืน เป็นสิทธิที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญปี 2540 และมีการบังคับใช้มาจนถึงรัฐธรรมนูญปี 2550 ถือเป็นพื้นฐานสำคัญที่ทำให้เกิดการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน เพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาทรัพยากรส่วนรวมที่อยู่ในสภาพที่ไม่มีเจ้าของ จึงตกเป็นหน้าที่ของรัฐฝ่ายเดียวในการดูแลรักษา ที่มีข้อจำกัดหลายด้านในการดำเนินการดูแล อาทิเช่น ข้อจำกัดด้านบุคลากร ด้านงบประมาณ เป็นต้น ในรัฐธรรมนูญปี 2540 จึงมีการออกแบบปรับโครงสร้างใหม่ให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องทั้ง 5 ภาค มีหน้าที่และส่วนร่วมในหลาย ๆ รูปแบบเพื่อแก้ปัญหานี้ ได้แก่ ประชาชนทั่วไป ชุมชนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรอิสระสิ่งแวดล้อม และรัฐ ต่อมารัฐธรรมนูญในปี 2560 ได้มีการหลักการที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 43 (2) รับรองให้บุคคลและชุมชน มีสิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด และในมาตรา 57 ได้กำหนดว่าการอนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ปันฟู บริหารจัดการ และใช้หรือ

<sup>5</sup> วิภา สุนันท์สถาพร. ๒๕๔๖. ฟังชาวบ้านคิดต่อชีวิตนกแก้วแล้วทองคำ. หนังสือพิมพ์ ข่าวสด. ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖

จัดให้มีการ ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน โดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการ และได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วยตามที่กฎหมายบัญญัติ

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีได้มีการกำหนดบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองสัตว์ป่าไว้อย่างชัดเจน แต่มีการกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อจัดการสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้ง ในการดำเนินกิจกรรมการกระทำต่าง ๆ จะต้องระมัดระวังมิให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ โดยได้มีการบัญญัติให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาดำเนินการหรืออนุญาตตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย ซึ่งถือเป็นการส่งเสริมในกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกภาคส่วนอีกด้วย

จากแนวคิดข้างต้น ผู้ศึกษาเห็น รัฐมีหน้าที่การการอนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา พื้นฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการ ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และยังต้องมีการส่งเสริม สนับสนุนการมีส่วนร่วมในภาคประชาชนในการแก้ไขปัญหาการลดลงของนกแล้วท้งดำก็มีส่วนสำคัญเป็นอย่างมาก รัฐสามารถนำกระบวนการมีส่วนร่วมมาใช้เป็นเครื่องมือในการจัดการการอนุรักษ์ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการรักษาถิ่นที่อยู่อาศัยของนกแล้วท้งดำ โดยให้คนในพื้นที่เข้ามามีส่วนร่วมในการดูแลพื้นที่ รวมไปถึงการสร้างอาชีพให้คนในพื้นที่ หากมีจำนวนนกแล้วท้งดำเพิ่มมากขึ้น เมื่อประชาชนในพื้นที่เห็นว่าสามารถใช้ประโยชน์นกแล้วท้งดำได้ ก็จะส่งผลทางจิตวิทยาโดยตรงให้ประชาชนห่วงแหนและร่วมมือในการอนุรักษ์นกแล้วท้งดำต่อไป

## 1.2 แนวความคิดในการคุ้มครองสัตว์ป่าตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์

ประเทศไทยได้ร่วมลงนามรับรองอนุสัญญาในปี พ.ศ. 2518 และได้ให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 21 มกราคม พ.ศ. 2526 นับเป็นสมาชิกลำดับที่ 80 จึงได้มีการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติฉบับเดิมและตราพระราชบัญญัติ สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ขึ้นใหม่ เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 และปัจจุบันได้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติ ตราพระราชบัญญัติ สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 โดยนกแล้วท้งดำ จัดอยู่ในบัญชีรายชื่อของสัตว์ป่าสงวนของประเทศไทย และจัดอยู่ในบัญชีหมายเลข 1 ของอนุสัญญา CITES วัตถุประสงค์ของ CITES<sup>6</sup> คือ การอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์ป่าและพืชป่าในโลก เพื่อประโยชน์แห่งมวลมนุษยชาติโดยเน้นทรัพยากรสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์หรือมีการคุกคาม ทำให้มีปริมาณร่อยหรอหรืออาจเป็นเหตุให้สูญพันธุ์ โดยมีวิธีการอนุรักษ์คือ การสร้างเครือข่ายทั่วโลกในการควบคุมการค้าระหว่างประเทศ (International Trade) ทั้งสัตว์ป่า พืชป่า และผลิตภัณฑ์ ทั้งการนำเข้า การส่งออก การนำผ่านแดน ตลอดจนการบรรจุหีบห่อ แต่ไม่ควบคุมการค้าภายในประเทศ สำหรับชนิดพันธุ์อื่น ๆ (Native Species) การค้าสัตว์ป่า พืชป่าและผลิตภัณฑ์ที่มีรายชื่อในบัญชีชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าตามอนุสัญญาฯ ระหว่างประเทศจะถูกควบคุมโดย ระบบใบอนุญาต (Permit) ซึ่งหมายถึงว่า สัตว์ป่าและพืชป่าที่ CITES ควบคุมต้องมีใบอนุญาตในการ นำเข้า ( Import ) ส่งออก ( Export ) นำผ่าน ( Transit ) ส่งกลับออกไป ( Re-export )

สรุปได้ว่า แนวคิดของอนุสัญญา CITES คือต้องการสร้างความร่วมมือกันขึ้นในระดับนานาชาติ เนื่องจากการค้าสัตว์ป่าและพืชป่านั้นมีอยู่ในชายแดนของแต่ละประเทศ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการร่วมมือกันในระดับนานาชาติในการคุ้มครองทรัพยากรสัตว์ป่าของโลก ซึ่งนกแล้วท้งดำเองนั้นก็เป็ชนิดพันธุ์หนึ่งที่กำหนดให้ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา CITES นั้นแสดงให้เห็นว่าในต่างประเทศก็ได้ให้ความสำคัญในการอนุรักษ์นกแล้วท้งดำให้ดำรงอยู่ต่อไป แนวทางที่จะทำให้นกแล้วท้งดำเพิ่มจำนวนขึ้น ต้องใช้ความร่วมมือกันในระดับ

<sup>6</sup> มานพ เล่าห์ประเสริฐ “ประเทศไทยกับไซเตส,” น.4

ระหว่างประเทศ โดยการนำเข้าพ่อหรือแม่พันธุ์ในประเทศพม่าซึ่งเป็นภาคที่ยังหลงเหลือจนกตแล้วต้องค้าอยู่<sup>7</sup> เข้ามาผสมพันธุ์กับนกแก้วแล้วที่หลงเหลืออยู่ในประเทศไทย เพื่อการอนุรักษ์ชนิดพันธุ์นี้ ต่อไป

1.3 หลักการจัดการถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติของนกแก้วแล้วต้องค้า ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity : CBD )<sup>8</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมที่ถือกำเนิดจากความพยายามของประชาคมโลกที่ต้องการให้มีความร่วมมือระหว่างประเทศระหว่างหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนและระหว่างประชาชนทั่วโลก ในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและใช้ประโยชน์ระบบนิเวศ ชนิดพันธุ์ และพันธุกรรมอย่างยั่งยืนมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 1993 โดยประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเมื่อเดือนตุลาคม ปี 2003 เนื้อหาของอนุสัญญามีลักษณะเป็นกรอบนโยบายที่กว้างซึ่งในการดำเนินงานแต่ละประเทศจะต้องจัดทำนโยบาย มาตรการ และแผนการดำเนินงานขึ้นเองหลักการสำคัญของอนุสัญญาฯ

กล่าวโดยสรุป อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพ โดยเปิดโอกาสให้ประเทศที่พัฒนาแล้วเข้าถึงทรัพยากรของประเทศกำลังพัฒนาภายใต้ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม และในขณะเดียวกันก็ให้ประเทศกำลังพัฒนามีโอกาสเข้าถึงเทคโนโลยีของประเทศที่พัฒนาแล้วในลักษณะต่างตอบแทนจึงอาจถือได้ว่าเป็นอนุสัญญาที่ให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างแท้จริง ดังนั้น เพื่อให้มาตรการการคุ้มครองนกแก้วแล้วต้องค้ามีผลสำเร็จต้องอาศัยหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 (Convention on Biological Diversity) ซึ่งมีหลักการสำคัญในการคุ้มครองถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติของชนิดพันธุ์ต่าง ๆ นั่นก็เพื่อเป็นการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัยของนกแก้วแล้วต้องค้าด้วยเช่นกัน

#### 1.4 แนวความคิดเกี่ยวกับการอนุรักษ์สัตว์ป่า

สัตว์ป่าถือเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความสำคัญทั้งต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อม กล่าวคือประโยชน์ทางตรงต่อมนุษย์ เช่น การนำสัตว์ป่ามาใช้ประโยชน์ เป็นเครื่องอำนวยความสะดวกในการยังชีพ การทำเป็นอาหาร และต่อมาสัตว์ป่าหลายชนิดมนุษย์ได้นำมาเพาะเลี้ยง (breeding) จนกลายเป็นสัตว์เลี้ยง<sup>9</sup> อีกทั้งยังมีการนำชิ้นส่วนของสัตว์ป่าบางชนิดมาทำเป็นเครื่องประดับ เครื่องนุ่งห่ม พัฒนาสกัดเป็นยารักษาโรค ตลอดจนนำสัตว์ป่าบางชนิดมาใช้เป็นสัตว์ในกรมนานาคมอีกด้วย สำหรับประโยชน์ทางอ้อม เช่นการใช้เป็นประโยชน์ทางจิตใจในหลาย ๆ รูปแบบ เช่น การนำสัตว์ป่ามาเลี้ยงหรือถ่ายทำสารคดี เพื่อให้มนุษย์ชื่นชมเพื่อสร้างความเพลิดเพลิน อีกทั้งสัตว์ป่าเป็นส่วนหนึ่งของสิ่งแวดล้อม เป็นตัวชี้วัดความสมบูรณ์ของระบบนิเวศ มีบทบาท อย่างสำคัญในการสร้างความสมดุลในระบบนิเวศ โดยเฉพาะบทบาทในการควบคุมสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ<sup>10</sup>

อย่างไรก็ตาม สัตว์ป่าบางชนิดมีจำนวนลดน้อยลงและบางชนิดสูญพันธุ์แล้ว สาเหตุต่าง ๆ นั้น มีทั้งสาเหตุตามธรรมชาติ และสาเหตุจากการกระทำของมนุษย์ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการอนุรักษ์สัตว์ป่า มีความเกี่ยวข้องกับการรักษาไว้ให้คงอยู่ตลอดไป และการเพิ่มพูนซึ่งทรัพยากรธรรมชาติสัตว์ป่า โดยให้มีการใช้ประโยชน์จากสัตว์ป่าตลอดไปไม่มีที่สิ้นสุด

<sup>7</sup> สมาคมอนุรักษ์นกแห่งประเทศไทย. ๒๕๔๖. อนาคตนกแก้วแล้วต้องค้าของไทย หลังการค้าพบนกในพม่า. แถลงข่าว ๑๒ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๖.

<sup>8</sup> ชนภัทร วินยวัฒน์, “คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 2535,” สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, กรุงเทพฯ.น.5

<sup>9</sup> ราตรี ภารา, ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร : ห.จ.ก. ทิพย์วิสุทธิ, 2542, น. 148.

<sup>10</sup> โครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน, สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่ม 21, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร : โครงการสารานุกรมไทยฯ, 2549 น.284.

### วิธีการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์ป่า

การอนุรักษ์สัตว์ป่าสามารถกระทำได้หลายวิธีแต่จะใช้วิธีใดนั้นขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของสถานการณ์ของสัตว์ป่าหรือขีดความสามารถของการนำไปใช้ในขณะนั้นด้วยซึ่ง สามารถแบ่งวิธีการอนุรักษ์สัตว์ป่าได้ 2 แนวทาง ใหญ่ ๆ คือ 1. วิธีการอนุรักษ์สัตว์ป่าทางตรง ซึ่งวิธีการปฏิบัติได้หลายรูปแบบ เช่น การนำสัตว์ป่าที่เจ็บป่วยหรือบาดเจ็บมาดูแลรักษา เมื่อสัตว์นั้นแข็งแรงหายดีแล้วก็ปล่อยกลับสู่ธรรมชาติต่อไป การเพาะพันธุ์เพิ่มโดยเฉพาะสัตว์ป่าที่อยู่ในสถานะใกล้สูญพันธุ์หรือเป็นสัตว์ป่าหายาก เป็นต้น 2. วิธีการอนุรักษ์สัตว์ป่าทางอ้อม เป็นวิธีการปฏิบัติที่ต้องอาศัยความร่วมมือกันหลาย ๆ ฝ่าย ทั้งในส่วนของภาครัฐ เอกชน ชุมชนท้องถิ่น และประชาชน ซึ่งมีวิธีการปฏิบัติได้หลากหลายวิธี เช่น การให้การศึกษาเรื่องการอนุรักษ์สัตว์ป่าแก่ประชาชนทั่วไป การเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ข่าวสารเกี่ยวกับข้อมูลของสัตว์ป่า เป็นต้น

จากศึกษาแนวคิดและหลักการการอนุรักษ์สัตว์ป่า พบว่าเป็นแนวคิดและหลักการสำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองนกแล้วท้งด้า เนื่องจากนกแล้วท้งด้ามีจำนวนลดน้อยลงเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการอนุรักษ์ไว้ ซึ่งสามารถกระทำได้ทั้งในวิธีทางตรงและทางอ้อม ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามความเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน ผู้ศึกษามีความเห็นว่าวิธีการเพาะพันธุ์เป็นแนวทางการอนุรักษ์นกแล้วท้งด้าที่เหมาะสมกับสภาพปัจจุบันของนกแล้วท้งด้าเป็นอย่างมาก ซึ่งควรเร่งดำเนินการควบคู่ไปกับวิธีการอนุรักษ์อื่น ๆ

#### 1.5 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวนในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า หมายถึง พื้นที่ที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เป็นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าโดยปลอดภัย เพื่อว่าสัตว์ป่าในพื้นที่ดังกล่าวจะได้มีโอกาสสืบพันธุ์และขยายพันธุ์ตามธรรมชาติได้มากขึ้น ทำให้สัตว์ป่าบางส่วนได้มีโอกาสกระจายจำนวนออกไปในท้องที่แห่งอื่น ๆ ที่อยู่ใกล้เคียงกับเขตรักษาพันธุ์-สัตว์ป่า การกำหนดให้มีเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า สืบเนื่องมาจากการที่สัตว์ป่าจะสามารถดำรงชีพและสืบเชื้อสายต่อไปได้ จำเป็นต้องอาศัยปัจจัยที่สำคัญ ได้แก่ แหล่งน้ำ แหล่งอาหาร แหล่งหลบภัย ป่าไม้เป็นแหล่งกำเนิดปัจจัยดังกล่าว ซึ่งดูยิ่งจะเพิ่มความสำคัญ และจำเป็นอย่างยิ่งต่อสัตว์ป่า เมื่อป่าไม้ถูกทำลายลงสัตว์ป่าก็ต้องต่อสู้กันเพื่อแย่งแย่งแหล่งน้ำ แหล่งอาหารที่มีจำกัด ทำให้สัตว์ป่ามีสุขภาพอ่อนแอและล้มตายไปมาก ขณะเดียวกันมนุษย์มีการพัฒนาอาวุธปืนและอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ใช้สำหรับการล่าสัตว์ป่าให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เหล่านี้เป็นสาเหตุให้สัตว์ป่าถูกทำลายไปได้โดยง่าย ทำให้สัตว์ป่าบางชนิดปริมาณลดลงอย่างรวดเร็ว จนบางชนิดเกือบสูญพันธุ์หรือบางชนิดก็ได้สูญพันธุ์ไปแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพยายามสงวนและรักษาป่าไม้ไว้ เพื่อเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า การดำเนินกิจกรรมใด ๆ ย่อมคำนึงถึงสัตว์ป่าที่อาศัยอยู่เป็นหลัก

#### 1.6 แนวความคิดเกี่ยวกับการนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน

การเพิ่มขึ้นของประชากรและการเร่งรัดพัฒนาประเทศ ได้ทำให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจและเมืองขยายตัวอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามมา มีผลต่อขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ การดำรงชีวิตของประชาชนจะลำบากมากขึ้น โดยเฉพาะคนยากจนซึ่งต้องอาศัยพึ่งพิงธรรมชาติเป็นหลัก และไม่สามารถจะหาทางปกป้องคุ้มครองตนเองให้พ้นจากสภาวะมลพิษต่าง ๆ หรือสภาวะขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติ

จึงมีจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการปรับเปลี่ยนวิธีการการพัฒนาประเทศให้เป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน ให้เกิดความสมดุลระหว่างการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม และให้การพัฒนาทุกด้านเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ในส่วนของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจำเป็นต้องปรับปรุงการดำเนินงานและจัดการที่ไม่มีประสิทธิภาพ และให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์แวดล้อมต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนมีวิถีชีวิตที่สมดุล และสังคัมรักษาความสามารถในการแข่งขันในตลาดโลกได้อย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน

รัฐควรดำเนินการจัดการด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในรูปแบบการบูรณาการโดยการนำเหตุปัจจัยมาพิจารณาให้ครบทุกด้าน สงวนรักษาให้คงสภาพที่สมบูรณ์ไว้ได้อย่างยั่งยืนส่งผลต่อความอยู่ดีมีสุขของประชาชน โดยมีการกำหนดนโยบายที่ชัดเจนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแต่ละเรื่อง ทำการควบคุมและบังคับใช้ให้เด็ดขาดและจริงจัง โดยผลักดันให้เป็นกฎหมาย จัดสรรงบประมาณเพื่อการจัดการสิ่งแวดล้อมเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการลงทุน ในโครงการพัฒนาต่าง ๆ กำหนดนโยบายการใช้ที่ดินระดับประเทศให้เหมาะสมกับลักษณะ

กายภาพและสภาพพื้นที่ ทรัพยากรราชบัญญัติสิ่งแวดล้อมที่ครอบคลุมทุกด้าน ทุกระดับ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการจัดการ การกำหนดนโยบายด้านการจัดการปัญหามลพิษจากแหล่งกำเนิด เป็นต้น

การพัฒนาประเทศจะต้องเป็นการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยมีความสมดุลทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมไปพร้อมๆ กัน การบริหารจัดการเชิงนิเวศ จำเป็นต้องทำให้ประชาชนตระหนักว่า ทรัพยากรธรรมชาติมีความสำคัญและมีคุณค่าต่อวิถีชีวิต และการดำรงชีวิตของมนุษย์ในทุกๆ ด้าน จำเป็นต้องใช้อย่างประหยัด ให้มีประสิทธิภาพสูงสุด และบำรุงรักษาให้สามารถใช้อย่างต่อเนื่องในระยะยาว การดำเนินการตามวัตถุประสงค์ใด ๆ ก็ตามนั้น ต้องยึดหลักการนำมาใช้อย่างยั่งยืน เกิดประโยชน์และคุณค่าสูงสุด นำกลับมาหมุนเวียนใช้อย่างรู้ค่าแท้จริง รวมทั้งต้องคำนึงถึงความสูญเสียและผลกระทบที่เกิดขึ้นด้วย

#### 1.7 แนวความคิดการท่องเที่ยวเชิงนิเวศ

การท่องเที่ยวเชิงนิเวศ เกิดขึ้นขึ้นในช่วงเวลาที่กระแสความตระหนักในปัญหาการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมทั่วโลกมีความเข้มข้นและขยายตัวอย่างรวดเร็วในช่วงปลายทศวรรษ 1980 นักวิชาการส่วนใหญ่เชื่อว่า “นักท่องเที่ยวเชิงนิเวศ” มีความมุ่งหวังที่จะใช้การท่องเที่ยวเป็นเครื่องมือในการอนุรักษ์ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง รวมถึงต้องการที่จะปรับเปลี่ยนพฤติกรรมการท่องเที่ยวในพื้นที่ธรรมชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่อนุรักษ์ให้ผู้ที่เข้าไปประกอบกิจกรรมการท่องเที่ยวมีความรับผิดชอบต่อระบบนิเวศและวิถีชีวิตของคนในชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับแหล่งท่องเที่ยวมากขึ้น การปรับเปลี่ยนดังกล่าวเน้นให้นักท่องเที่ยวเป็นผู้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมและความเคยชินต่อความสะดวกสบายในสภาพแวดล้อมที่ไปเยือนแทนการปรับเปลี่ยนหรือเสริมแต่งโครงสร้างทางกายภาพเข้าไปในพื้นที่ธรรมชาติเพื่อความสะดวกสบายของนักท่องเที่ยว

สำหรับการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย ได้ให้ความหมายการท่องเที่ยวเชิงนิเวศ ว่าเป็นรูปแบบการท่องเที่ยวแบบยั่งยืน หมายถึง การท่องเที่ยวที่ก่อให้เกิดผลทางเศรษฐกิจโดยการใช้ทรัพยากรการท่องเที่ยวเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ไม่ได้มุ่งเสนอขายสินค้าหรือบริการทางการท่องเที่ยวอย่างเดียว หากแต่มุ่งประสานผลประโยชน์ทางการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติและวัฒนธรรม

เมื่อมีนักท่องเที่ยวจำนวนมากเดินทางเข้ามาในบริเวณที่อยู่อาศัยของนกแล้วต้องดำ จึงทำให้สภาพโดยทั่วไปบริเวณนั้นเกิดความเสื่อมโทรม ทั้งการทิ้งขยะ การส่งเสียงดัง และยังมีการจัดทำทัวร์ของคนต่างชาติเข้ามาเป็นจำนวนมาก ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเรียบร้อยและส่งผลกระทบต่อแหล่งที่อยู่อาศัยของนกแล้วต้องดำให้น้อยที่สุด จำเป็นต้องนำแนวความคิดการท่องเที่ยวเชิงนิเวศมาปรับใช้ในพื้นที่ โดยต้องยกเลิกกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อแหล่งที่อยู่อาศัยของนกแล้วต้องดำอย่างเด็ดขาด และสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมให้เข้าใช้พื้นที่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าอย่างแท้จริง

#### 2. แนวทางการคุ้มครองนกแล้วต้องดำในต่างประเทศ

มาตรการทางกฎหมายของอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (CITES)

อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ หรืออนุสัญญา CITES ได้ถือกำเนิดขึ้นเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2518 และมีจำนวนสมาชิกเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ จนกลายมาเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการอนุรักษ์ที่สำคัญ ซึ่งประเทศภาคีได้ยอมรับร่วมกันว่าการค้าระหว่างประเทศเป็นต้นเหตุของการสูญพันธุ์ของสัตว์ป่าและพืชป่านานาชนิด เป็นความร่วมมือระหว่างรัฐต่าง ๆ ระดับพหุภาคีโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์ป่า และพืชป่าไม่ให้มีการทำลายจนสูญพันธุ์หายไป อนุสัญญา CITES ได้กำหนดมาตรการควบคุมทางการค้า ระหว่างประเทศด้วยการตรวจสอบแหล่งกำเนิดหรือแหล่งที่มาและควบคุมด้วยระบบหนังสืออนุญาต (Import/Export Permit) ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องให้ความร่วมมือในการตรวจสอบหนังสืออนุญาตตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนด และอีกประการหนึ่งในเรื่องของการกำหนดมาตรการภายในแต่ละประเทศให้เหมาะสม โดยเฉพาะการกำหนดมาตรการด้านกฎหมาย จะให้เกิดผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ตามอนุสัญญาได้อย่างดีที่สุด

บทบัญญัติของอนุสัญญา CITES จะกำหนดหลักการเกี่ยวกับ ระบบการควบคุมของ อนุสัญญา การค้าสัตว์ป่า พืชป่าและผลิตภัณฑ์ระหว่างประเทศ จะถูกควบคุมโดยระบบ ใบอนุญาต (Permit) หมายความว่า สัตว์ป่าและพืชป่าที่อนุสัญญา ควบคุมจะต้องมีใบอนุญาตในการ ส่งออก (Export) การส่งกลับออกไป (Reexport) และการนำเข้า (Import) และการนำเข้าจากทะเล (Introduction from the sea) โดยประเทศสมาชิกจะต้องนำหลักการตามอนุสัญญาไปออกหลักการทางกฎหมายให้มีสภาพบังคับในประเทศของตนเอง กล่าวได้ว่าอนุสัญญานี้เป็นอนุสัญญาระดับเดียวที่รวมการอนุรักษ์ (Conservation) และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน (Sustainable use) ไว้ด้วยกัน เป็นการยอมรับว่าการอนุรักษ์มิได้หมายถึงการเก็บรักษาไว้เท่านั้น หากแต่เป็นการใช้ประโยชน์ทรัพยากรสัตว์ป่าและพืชป่าอย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เกี่ยวข้อง รวมถึงผู้ประกอบการและผู้มีส่วนได้เสีย

อนุสัญญา CITES ประกอบด้วยบทบัญญัติจำนวน 25 มาตรา นอกเหนือจากมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการส่งออกแล้ว ยังมีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าของผู้ได้รับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์สัตว์ป่าตามอนุสัญญา CITES ปรากฏในมาตรา 7 หัวข้อ “ข้อยกเว้นและบทบัญญัติพิเศษอื่นที่เกี่ยวข้องกับการค้า” โดยมาตรา 7 ย่อหน้าที่ 4 บัญญัติว่า “ตัวอย่างพันธุ์ของสัตว์ชนิดพันธุ์ที่ระบุในบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1 ที่เกิดจากการขยายพันธุ์ในคอก (bred in captivity) โดยวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือตัวอย่างพันธุ์พืชที่ระบุในบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1 ที่ได้มาจากการขยายพันธุ์เทียม (artificially propagated) โดยวัตถุประสงค์เพื่อการค้า ให้ถือว่าเป็นตัวอย่างพันธุ์ของชนิดพืชหรือชนิดพันธุ์สัตว์ป่าในบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2<sup>11</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าว สรุปได้ว่าแนวคิดของ CITES คือ แม้การค้าสัตว์ป่าจะเป็นสาเหตุที่ทำให้จำนวนสัตว์ป่าในธรรมชาติลดลง แต่ในขณะเดียวกันสัตว์ป่าก็ถือว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ การที่จะห้ามใช้ประโยชน์จากสัตว์ป่าย่อมทำได้ยาก ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้อย่างยั่งยืนนั้น จึงมีการกำหนดให้มีกรณีข้อยกเว้นให้สามารถมีการค้าสัตว์ป่าในบัญชีแนบท้ายอนุสัญญาหมายเลข 2 ได้ หากสัตว์ป่าตามบัญชีแนบท้ายนั้นเกิดจากการเพาะพันธุ์สัตว์ป่า โดยการค้าตัวอย่างพันธุ์สัตว์ป่าในบัญชีแนบท้ายอนุสัญญาหมายเลข 1 ที่เกิดจากการเพาะพันธุ์ให้ถือว่าเป็นตัวอย่างพันธุ์สัตว์ป่าในบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2 มีผลทำให้การค้านี้ไม่ต้องได้รับการยินยอมจากประเทศผู้นำเข้า

ผลดีของบทบัญญัตินี้คือ เป็นการส่งเสริมการขยายพันธุ์สัตว์ป่าโดยการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าซึ่งเป็นแนวทางการดำเนินการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรสัตว์ป่าที่รบกวนสัตว์ป่าตามธรรมชาติน้อยมาก

การเพาะพันธุ์สัตว์ป่าต้องเกิดจากการขยายพันธุ์ในคอก (Bred in Captivity) หรือได้รับการสืบพันธุ์ภายในบริเวณสภาพแวดล้อมที่ถูกควบคุม (controlled environment) โดยต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญา CITES และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และไม่กระทบต่อการอยู่รอดของชนิดพันธุ์นั้นตามธรรมชาติ<sup>12</sup>

นกแก้วแล้วทองดำซึ่งเป็นนกชนิดที่มีการกระจายเฉพาะถิ่นจำกัดในป่าที่ราบต่ำมีการพบประชากรนกแก้วแล้วทองดำโดยเฉพาะบริเวณในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม จังหวัดกระบี่และในบริเวณ South Taninthayi ของประเทศพม่า โดยป่าที่ราบต่ำที่เป็นแหล่งอาศัยของนกเป็นพื้นที่ที่ถูกบุกรุกเพื่อการเกษตรมาตั้งแต่ในอดีตเช่นเดียวกับพื้นที่ป่าในประเทศไทย มีผลให้การกระจายและประชากรของนกแก้วแล้วทองดำลดลงอย่างรวดเร็ว แต่จากการสำรวจมีแนวโน้มว่าจำนวนประชากรของนกแก้วแล้วทองดำในพม่ายังคงมีจำนวนหลงเหลืออยู่มากกว่าในประเทศไทย ดังนั้น แนวคิดการที่จะนำนกแก้วแล้วทองดำจากประเทศพม่ามาผสมพันธุ์กับนกแก้วแล้วทองดำที่

<sup>11</sup> CITES Article VII ‘Exemptions and Other Special Provisions Relating to Trade’ Provides

“4. Specimens of an animal species included in Appendix I bred in captivity for commercial purposes, or fofa plant species included in Appendix I artificially propagated for commercial purpose, shall be deemed to be of species included in Appendix II”

<sup>12</sup> วลัยณัฐ จันทวงศ์วิไล, “มาตรการทางกฎหมายในการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าของผู้ได้รับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์สัตว์ป่า,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.





ห้องดำด้วย จึงได้มีการกำหนดการจัดการ การอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัย การกำหนดมาตรการคุ้มครองชนิดพันธุ์ การควบคุมปัจจัยต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสัตว์ป่า โดยการดำเนินการต่าง ๆ นั้น รัฐเองไม่ได้เป็นผู้ดำเนินการแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่เปิดโอกาสให้กับภาคประชาชน เช่น ส่วนปกครองท้องถิ่น ชุมชน และประชาชนทั่วไป องค์กรพัฒนาเอกชน เข้ามามีส่วนร่วมด้วย แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขอบเขตที่เหมาะสม นอกจากนี้ยังให้ความสำคัญในเรื่องของการส่งเสริม การศึกษาวิจัย การสร้างจิตสำนึกในการอนุรักษ์ รวมไปถึงในเรื่องของการประสานความร่วมมือกันในด้านต่าง ๆ ตามอนุสัญญากฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

### 3.1 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองนกแล้วแล้วห้องดำของประเทศไทย

ประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายที่สามารถนำมาใช้คุ้มครองชนิดพันธุ์และแหล่งที่อยู่อาศัยของนกแล้วแล้วห้องดำได้โดยบทบัญญัติทางกฎหมายของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับความร่วมมือระหว่างประเทศในการควบคุมดูแลการค้าหรือการลักลอบค้าสัตว์ป่าในรูปแบบต่าง ๆ ตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าหรือ CITES

วัตถุประสงค์พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ได้รับการตราขึ้นเพื่อปรับปรุงมาตรการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและมีความสอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ หรืออนุสัญญา CITES ที่ได้กล่าวถึงที่มาและหลักการสำคัญไปแล้วในหัวข้อที่ 2 และมีวัตถุประสงค์เพื่อการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าควบคู่ไปกับการขยายพันธุ์สัตว์ป่า โดยมีการบัญญัติบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการนำเข้า ส่งออก นำผ่านสัตว์ป่า ที่สอดคล้องกับอนุสัญญาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง และครั้งล่าสุดคือการแก้ไขตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 โดยแก้ไขหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับการนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านซึ่งสัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง ซากของสัตว์ป่าสงวน เพื่อให้ครอบคลุมถึงผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าสงวนหรือซากของสัตว์ป่าคุ้มครอง

#### 3.1.1 การกำหนดสัตว์ป่าสงวนและสัตว์ป่าคุ้มครอง

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 กำหนดให้รัฐมนตรีกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นผู้รักษาการ และได้กำหนดบทนิยามสำคัญต่าง ๆ พร้อมทั้งกำหนดกลไกในการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ มุ่งคุ้มครองสัตว์ป่าและถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าซึ่งการคุ้มครองสัตว์ป่าโดยให้นิยามตามมาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ คือ

“สัตว์ป่า” หมายความว่า สัตว์ทุกชนิด ไม่ว่าสัตว์บก สัตว์น้ำ สัตว์ปีก แมลง หรือแมง ซึ่งโดยธรรมชาติย่อมเกิดและดำรงชีวิตอยู่ในป่าหรือในน้ำ และให้หมายความรวมถึงไข่ของสัตว์ป่าเหล่านั้นทุกชนิดด้วย แต่ไม่ได้หมายความรวมถึงสัตว์พาหนะที่ได้จดทะเบียนทำตัว รูปพรรณตามกฎหมายว่าด้วยสัตว์พาหนะแล้ว และสัตว์พาหนะที่ได้มาจากการสืบพันธุ์ของสัตว์พาหนะดังกล่าว

การแบ่งประเภทของสัตว์ป่า มีดังนี้

“สัตว์ป่า” หมายความว่า สัตว์ทุกชนิด ไม่ว่าสัตว์บก สัตว์น้ำ สัตว์ปีก แมลง หรือแมง ซึ่งโดยธรรมชาติย่อมเกิดและดำรงชีวิตอยู่ในป่าหรือในน้ำ และให้หมายความรวมถึงน้ำเชื้อ ไข่ และตัวอ่อนของสัตว์ป่าเหล่านั้นทุกชนิดด้วย แต่ไม่ได้หมายความรวมถึงสัตว์พาหนะที่ได้จดทะเบียนทำตัว รูปพรรณตามกฎหมายว่าด้วยสัตว์พาหนะแล้ว และสัตว์พาหนะที่ได้มาจากการสืบพันธุ์ของสัตว์พาหนะดังกล่าว

“สัตว์ป่าสงวน” หมายความว่า สัตว์ป่าหายากหรือสัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์จำเป็นต้องสงวนและอนุรักษ์ไว้อย่างเข้มงวดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“สัตว์ป่าคุ้มครอง” หมายความว่า สัตว์ป่าที่มีความสำคัญต่อระบบนิเวศหรือจำนวนของประชากรของสัตว์ป่าชนิดนั้นมีแนวโน้มลดลงอันอาจส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“สัตว์ป่าควบคุม” หมายความว่า สัตว์ป่าที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ และสัตว์ป่าอื่นที่ต้องมีมาตรการควบคุมที่เหมาะสมตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“สัตว์ป่าอันตราย” หมายความว่า สัตว์ป่าที่อาจก่อให้เกิดอันตรายหรือเป็นพิษต่อมนุษย์หรือสัตว์ป่าอื่น หรือมีผลคุกคามให้สัตว์ป่า พืชป่า สิ่งแวดล้อม หรือระบบนิเวศ เปลี่ยนแปลงเสียหายอย่างรวดเร็ว หรือเป็นพาหะนำโรค หรือแมลงศัตรูพืชตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้”

ในส่วนการแบ่งประเภทสัตว์ป่า ตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 เปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ยังคงหลักการแบ่งประเภทของสัตว์ป่า ออกเป็น 2 ประเภทหลัก คือ สัตว์ป่าสงวน และสัตว์ป่าคุ้มครอง ทั้งนี้ในส่วนของสัตว์ป่าคุ้มครองนั้นได้แบ่งย่อยออก อีก 2 ระดับคือ สัตว์ป่าคุ้มครองที่ออกเป็นกฎกระทรวงและได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสงวนและคุ้มครอง สัตว์ป่าแห่งชาติ และสัตว์ป่าคุ้มครองตามที่รัฐมนตรีกำหนด ทั้งนี้สัตว์ป่าคุ้มครองตามที่รัฐมนตรีกำหนด ตามร่าง พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ยกเว้นสัตว์ป่าชนิดที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ เนื่องจากได้ถูกกำหนดไว้เป็นสัตว์ป่าควบคุม

นอกจากนี้ทั้งข้อกำหนดจัดเป็นสัตว์ป่าสงวนตามในพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ย่อมหมายถึงเป็นสัตว์ป่าที่หายาก ใกล้จะสูญพันธุ์จำเป็นต้องอนุรักษ์ไว้อย่างเข้มงวด อีกทั้งยังเป็นชนิดสัตว์ป่าและซากของ สัตว์ป่าบัญชีหายากอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (CITES) โดย ประกาศรายชื่อสัตว์ในบัญชีแนบท้าย 1 และหากยังรวมไปถึง เป็นสัตว์ป่าควบคุมตามพระราชบัญญัติสงวนและ คุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ด้วย

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ได้มีบทบัญญัติกำหนดมาตรการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวน คือ การห้ามล่าหรือพยายามล่า (มาตรา 12) การห้ามเพาะพันธุ์ (มาตรา 18) การห้ามมิไว้ในครอบครอง (มาตรา 17) การห้ามค้า (มาตรา 29) การนำเข้า ส่งออก และนำผ่าน สัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่า ตามที่ กฎหมายกำหนด

### 3.1.2 มาตรการการคุ้มครองถิ่นอาศัยสัตว์ป่าสงวน

การกำหนดให้มีเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า การที่สัตว์ป่าจะอยู่รอดปลอดภัย และมีการดำรงอยู่ได้อย่างเหมาะสม จำเป็นต้องอาศัยปัจจัยที่สำคัญ ได้แก่ แหล่งน้ำ แหล่งอาหาร แหล่งหลบภัย ซึ่งระบบนิเวศ ป่าไม้เป็นแหล่งกำเนิด ปัจจัยดังกล่าว จำเป็นอย่างยิ่งต่อสัตว์ป่า เมื่อป่าไม้ถูกทำลายลงสัตว์ป่าก็ต้องต่อสู้กันเพื่อแย่งแย่งแหล่งน้ำ แหล่ง อาหารที่มีจำกัด ทำให้สัตว์ป่ามีสุขภาพอ่อนแอและล้มตายไปมาก อีกทั้งมนุษย์เองมีการพัฒนาอารูจปีนและอุปกรณ์ ต่าง ๆ ที่ใช้สำหรับการล่าสัตว์ป่าให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เหล่านี้เป็นสาเหตุให้สัตว์ป่าถูกทำลายไปได้โดยง่าย ทำให้ สัตว์ป่าบางชนิดปริมาณลดลงอย่างรวดเร็ว จนบางชนิดเกือบสูญพันธุ์หรือบางชนิดก็ได้สูญพันธุ์ไปแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงได้ มีการพยายามสงวนและรักษาป่าไม้ไว้ เพื่อเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า ในรูปแบบของเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า สำหรับการพิจารณาเลือกพื้นที่เพื่อการจัดตั้งเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่านั้น ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มาตรา 47<sup>14</sup>

<sup>14</sup> มาตรา 47 เมื่อปรากฏว่าบริเวณพื้นที่ใดมีสภาพธรรมชาติสมควรต้องอนุรักษ์ไว้ให้เป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า อย่างปลอดภัย และรักษาไว้ซึ่งพันธุ์สัตว์ป่า ตลอดจนคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือระบบนิเวศให้คงเดิม เพื่อประโยชน์ในการอนุรักษ์และคุ้มครองสัตว์ป่า และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์ พืชโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและให้มี แผนที่จะแสดงแนวเขตนั้นด้วย บริเวณที่กำหนดนี้เรียกว่า “เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า”

เมื่อพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งมีผลใช้บังคับแล้ว ให้มาตรการบังคับหรือมาตรการคุ้มครองในพื้นที่ดังกล่าว เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กฎหมายอื่นจะได้กำหนดมาตรการในเรื่องดังกล่าวไว้ไม่ต่ำกว่ามาตรการที่ กำหนดในพระราชบัญญัตินี้มาตรา 48พื้นที่ที่จะกำหนดให้เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

นอกจากนี้ การห้ามเข้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าตามมาตรา 53<sup>15</sup> เป็นมาตรการอันดับแรกที่จะป้องกันไม่ให้นุขยเข้าไปก่อกวนให้สัตว์ป่า เพราะหากเข้าไปแล้วอาจไปกระทำกิจกรรมใด ๆ ตามจะเป็นผลให้สัตว์ป่าในบริเวณนั้นไม่ได้รับ ความปลอดภัยจากกิจกรรมหรือการกระทำของมนุษย์ได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และผู้ที่ได้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

#### 4. วิเคราะห์ปัญหามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองนกแก้วแล้วท้องถิ่นในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม

##### 4.1 นโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองนกแก้วแล้วท้องถิ่น

การที่จะอนุรักษ์และคุ้มครองสัตว์ป่าสงวนให้มีประสิทธิภาพนั้น รัฐต้องมีการกำหนดนโยบายหรือแผนเพื่อเป็นกรอบการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ สำหรับประเทศไทย มีการกำหนดเป็นนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ คุ้มครอง บำรุงรักษา ปันฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุล และยั่งยืน และการกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการดำเนินการใดของรัฐ ถ้าการนั้นอาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชน

แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแผนแม่บทหรือแผนปฏิบัติการการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวนโดยตรง เป็นเพียงการกำหนดไว้ในเป็นส่วนย่อยของแผนหลักอื่นเท่านั้น เช่น แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 ที่มีหลักการแนวทางเกี่ยวกับการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติ การคืนผืนที่ป่าไม้ อันจะส่งผลให้แหล่งที่อยู่อาศัยของนกแก้วแล้วท้องถิ่นที่เคยถูกคุกคามได้รับการคุ้มครองไปด้วย หรือแผนจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2560 – 2564 เน้นการมีส่วนร่วมของท้องถิ่นและชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมไปถึงสิทธิในการได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งหลักการที่มีส่วนเกี่ยวข้องต่อการคุ้มครองนกแก้วแล้วท้องถิ่น เช่น หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน หลักการบริหารจัดการเชิงระบบนิเวศ หลักการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องของการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างคุ้มค่าและยั่งยืน และการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยไม่มีการจัดทำแผนแม่บทและแผนปฏิบัติการอนุรักษ์ที่เป็นการคุ้มครองสัตว์ป่าสงวนโดยตรง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า แผนดังกล่าวเป็นนโยบายในระดับทั่วไป เป็นภาพรวม ของนโยบายด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ยังมิได้มีการเฉพาะเจาะจงในเรื่องการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย ชนิดพันธุ์ ของสัตว์ป่าสงวนที่เป็นสัตว์ป่าหายากจนใกล้จะสูญพันธุ์อย่างนกแก้วแล้วท้องถิ่น จากการศึกษามาตราทางกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย พบว่ามีความน่าสนใจคือ มีการกำหนดมาตรการการทำแผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า (Conservation plan)<sup>16</sup> โดยการทำแผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าดังกล่าว แบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรกนั้น หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเห็นควรกำหนดแผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าขึ้นในกรณีใด ไม่ว่าจะเป็แผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าพื้นเมืองชนิดใด กลุ่มใดก็ได้ หรืออาจเป็นแผนคุ้มครองพื้นที่หรือถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์เหล่านั้นก็ได้ หรือแผนคุ้มครองพื้นที่ที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ (an area of major interest) ก็ได้ ก็ให้ร่างแผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าขึ้น สำหรับอีกลักษณะหนึ่ง คือ มีการออกใบอนุญาตบุคคลใดก็ตามยื่นคำขอต่อรัฐมนตรีฯ เพื่อขอใบอนุญาต หรือขออนุญาตหรือขอกระทำการอื่นใดเกี่ยวกับการเอาไปหรือการใช้สัตว์ป่าคุ้มครอง หรือขอปล่อยสัตว์ป่าที่ไม่ใช่สัตว์พื้นเมือง (International or prohibited wildlife) เข้าสู่

<sup>15</sup> มาตรา 53 ห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณี ที่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานอื่นใดซึ่งต้องเข้าไปปฏิบัติการตามหน้าที่ผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ต้องปฏิบัติตามระเบียบที่อธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช กำหนดและคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งได้สั่งให้ ปฏิบัติโดยชอบด้วยกฎหมายหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตาม ระเบียบที่อธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

<sup>16</sup> Nature Conservation Act 1992 Part 5, Division 2 Section 112.

ป่า หรือนำเข้าสัตว์เหล่านี้ หากรัฐมนตรีฯ เห็นสมควรจะร่างแผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าหรือ สั่งให้บุคคลนั้นจัดทำร่างแผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า โดยให้ผู้นั้นคำขอตั้งกล่าวออกค่าใช้จ่ายเองก็ได้ นอกจากนี้ รัฐมนตรีฯ จะต้องประกาศโฆษณาร่างแผนดังกล่าวในหนังสือพิมพ์เพื่อให้สาธารณชนได้มีโอกาสวิพากษ์วิจารณ์ร่างแผนดังกล่าว (มาตรา 113) ภายหลังจากได้รับความเห็นชอบตามแผนนั้นแล้วรัฐมนตรีฯจะต้องทำร่างแผนร่างสุดท้าย (final Conservation plan) ที่ได้กล่าวไปในเบื้องต้น และเมื่อร่างแผนดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐก็จะมีผลใช้บังคับในฐานะกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) (มาตรา 119)

จากแนวทางดังกล่าว เห็นว่าประเทศไทยควรนำมาตรกรการทำแผนสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าของประเทศออสเตรเลียมาปรับใช้กับการจัดทำแผนสัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์ป่าหายากจนใกล้จะสูญพันธุ์ในประเทศไทย อย่างเช่นนกแก้วแล้วท้องถิ่น ซึ่งในปัจจุบันสัตว์ป่าสงวนและสัตว์ป่าหายากพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 19 ชนิด โดยแผนดังกล่าวต้องมีการกำหนดกรอบแนวคิดในการดำเนินการ การจัดสรรงบประมาณ ระยะเวลาการจัดการ การกำหนดฝ่าย และเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้อง การสรุปผลการดำเนินงาน อีกทั้ง รัฐต้องให้การสนับสนุนแผนดังกล่าวในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนด้านงบประมาณ ด้านบุคลากร เป็นต้น เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ชนิดพันธุ์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์มีจำนวนเพิ่มขึ้น ต่อไป

#### 4.2 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัยนกแล้วแล้วท้องถิ่น

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มีเจตนารมณ์ที่จะสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าไม่ให้สูญพันธุ์ และให้มีถิ่นที่อยู่อาศัยปลอดภัยแก่สัตว์ป่า เจตนารมณ์ดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าย่อหมายถึงการคุ้มครองสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติที่มีผลต่อการอยู่อาศัยของสัตว์ป่าในพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ตามบทบัญญัติมาตรา 47 โดยให้อำนาจแก่คณะกรรมการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบในการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่ดินแห่งใดให้เป็นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าโดยปลอดภัยเพื่อรักษาไว้ซึ่งพันธุ์สัตว์ป่า โดยมีมาตรการในการป้องกันและรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า คือ มาตรา 53 เป็นการห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง อีกทั้งในมาตรา 55 ยังห้ามมิให้ผู้ใดยึดถือหรือครอบครองที่ดินหรือปลูก หรือก่อสร้างสิ่งหนึ่งสิ่งใด หรือตัด โค่น แผ้ว ถาง หรือทำลายต้นไม้หรือพฤษชาติอื่น ๆ หรือแม้แต่เพื่อการใช้ประโยชน์ในการสำรวจ การศึกษา การวิจัย หรือการทดลองทางวิชาการ การถ่ายทำภาพยนตร์ วิทยุทัศน์ หรือสารคดี การถ่ายภาพ การศึกษาธรรมชาติ การบำรุงรักษา โครงสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐาน หรือเพื่อความมั่นคงทางพลังงาน ยังต้องอยู่ในความควบคุมดูแลของพนักงานเจ้าหน้าที่ ไม่รบกวนการดำรงชีวิตตามธรรมชาติของสัตว์ป่าเกินสมควร และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าด้วยที่อยู่ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า จากการข้อกำหนดดังกล่าวหมายถึงการห้ามทำกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าอย่างเข้มงวด ทั้งนี้ เพราะกฎหมายประสงคให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นแหล่งที่อยู่อาศัย ทำรังขยายพันธุ์ของสัตว์ป่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งยังเป็นการคุ้มครองถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าสงวน ซึ่งมีความเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ รวมไปถึงกิจกรรมนันทนาการและการท่องเที่ยวที่รัดกุมและเข้มงวดเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อยกเว้นบางประการเกี่ยวกับกิจกรรมของบุคคลที่จะเข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าคือ มาตรา 53 วรรคสอง กล่าวถึงกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปปฏิบัติการเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครอง ดูแล รักษา หรือบำรุงเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเพื่อการเพาะพันธุ์ทั้งพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ การศึกษา หรือวิจัยทางวิชาการ เพื่ออำนวยความสะดวกในการให้การศึกษา หรืออำนวยความสะดวก หรือให้ความรู้แก่ประชาชน ให้อธิบดีมีอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ คือ อธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าหน้าที่ของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าได้ตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าแห่งชาติ

ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการคุ้มครองถิ่นอาศัยของสัตว์ป่า รวมไปถึงสัตว์ป่าสงวนอย่างนกแก้วแล้วท้องถิ่นก็ตาม แต่จำนวนนกแก้วแล้วท้องถิ่นยังมีการลดลงอย่างต่อเนื่องผู้ศึกษาเห็นว่าปัญหาหลักอยู่ที่การกำหนดมาตรการการเข้าไปดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่ายังไม่มีที่เหมาะสม ไม่มีการกำหนดเขตพื้นที่

หวงห้าม หรือพื้นที่ที่มีความเสี่ยงต่อการรบกวนที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าสงวนโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัตว์ป่าสงวนที่มีพฤติกรรมดำรงชีวิตที่เสี่ยงต่อการถูกทำลายอย่างหนักแล้วต้องห้าม เนื่องจากรังของนกแล้วต้องห้ามจะสร้างอยู่บนพื้น หรือในกอไม้ระดับต่ำ และหากินบนพื้นดิน ดังนั้นเพื่อให้การคุ้มครองถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าสงวนเป็นไปอย่างเหมาะสม สมควรต้องมีการเพิ่มเติมข้อกำหนดเกี่ยวกับพื้นที่หวงห้ามในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าไว้เป็นการเฉพาะ และชัดเจน ซึ่งต้องห้ามเข้าไปรบกวนในพื้นที่อย่างเด็ดขาด เว้นแต่เป็นการเข้าไปเพื่อการคุ้มครอง ดูแล พื้นที่นั้นให้เป็นประโยชน์ต่อสัตว์ป่าสงวน โดยพื้นที่ดังกล่าวต้องได้รับการสำรวจโดยเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า และปรากฏข้อเท็จจริงเพียงพอ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการกำหนดแผนการอนุรักษ์และคุ้มครองพื้นที่หวงห้ามนั้น เพื่อการปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม จากนั้นต้องออกประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่หวงห้าม ห้ามเข้าโดยเด็ดขาด เว้นแต่ได้รับอนุญาต หากผู้ใดฝ่าฝืนต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ศึกษาเห็นว่า อาจทำได้ในรูปแบบตามกฎหมาย ESA 1973 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในส่วนมาตรการการคุ้มครองถิ่นอาศัยของสัตว์ป่าชนิดพันธุ์ที่ถูกกำหนดให้เป็นสัตว์ป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์ โดยให้รัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้พื้นที่นั้นเป็นพื้นที่วิกฤติได้ (มาตรา 4 (2)) ในมาตรา 3 (5)(a) และกำหนดให้พื้นที่นั้นมีความจำเป็นเพื่อการสงวนและการอนุรักษ์ชนิดพันธุ์สัตว์ป่าบางชนิดพันธุ์ ที่จะต้องใช้มาตรการสงวนเป็นพิเศษ

สำหรับบทกำหนดโทษสำหรับผู้เข้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าโดยไม่ได้รับอนุญาตพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 คือ จำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เมื่อพิจารณาบทลงโทษดังกล่าว สรุปได้ว่าเป็นโทษที่บังคับใช้โดยรวมทั้งพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อมีการกำหนดพื้นที่หวงห้ามภายใต้เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าแล้ว ย่อมหมายความว่าพื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่ที่มีความเสี่ยงเป็นพิเศษ จึงควรกำหนดโทษเฉพาะให้สูงกว่าพื้นที่ทั่วไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าด้วย

#### 4.3 มาตรการการเพาะพันธุ์นกแล้วต้องห้าม

การคุ้มครองชนิดพันธุ์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์ โดยวิธีการเพาะพันธุ์เป็นอีกหนึ่งวิธีที่เป็นที่นิยมอย่างมาก เนื่องจากสามารถแก้ไขปัญหาลดลงของจำนวนสัตว์ป่าได้โดยตรง และเป็นการเพิ่มจำนวนสัตว์ป่าโดยไม่รบกวนสัตว์ป่าที่อาศัยอยู่ตามธรรมชาติ สำหรับวิธีการเพิ่มจำนวนนกแล้วต้องห้ามนั้นโดยวิธีการเพาะพันธุ์นั้นมีความเหมาะสมอย่างมาก เนื่องจากนกแล้วต้องห้ามในประเทศไทยลดน้อยลงทุกปีและกำลังเผชิญกับภาวะใกล้จะสูญพันธุ์

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัตว์ป่าที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 แบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ สัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง สัตว์ป่าควบคุม และสัตว์ป่าอันตราย ซึ่งนกแล้วต้องห้ามมีสถานะเป็นทั้งสัตว์ป่าสงวน และสัตว์ป่าควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้ กฎหมายห้ามทำการเพาะพันธุ์โดยเด็ดขาด โดยตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ผู้ใดจะดำเนินการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ตามมาตรา 8 หรือสัตว์ป่าควบคุมตามมาตรา 8 เฉพาะชนิดที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ต้องได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี

คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ขอรับใบอนุญาตและผู้รับโอนใบอนุญาต หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาต อายุใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต การโอนใบอนุญาต และการออกใบแทนใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

นกแล้วต้องห้ามเป็นสัตว์ป่าสงวนตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ซึ่งตามมาตรา 28 นั้น ได้กำหนดห้ามมิให้ทำการเพาะพันธุ์เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยผู้ที่สามารถเพาะพันธุ์สัตว์ป่าสงวนได้ตามมาตรา 28 คือ ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตจัดตั้งและดำเนินการสวนสัตว์สาธารณะจาก อธิบดี ตามมาตรา 33 หรือสวนสัตว์ที่หน่วยงานของรัฐจัดตั้งตามหน้าที่เท่านั้น โดยนิยามคำว่า “เพาะพันธุ์” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ได้ให้ความหมายว่า คือวิธีการขยายพันธุ์นกแล้วต้องห้ามที่นำมาเลี้ยง โดยการผสมพันธุ์กันตามที่มีมนุษย์จัดทำขึ้น การผสมเทียม หรือการย้ายฝากตัวอ่อน หรือโดยวิธีการอื่นใดซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการเพิ่มจำนวนสัตว์

ป่าดังกล่าว แต่หากเป็นการผสมพันธุ์กันเองตามธรรมชาติของนกแล้วท้งดำนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเพาะพันธุ์ตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ แต่จะถือว่าเป็นการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติ<sup>17</sup>

การที่นกแล้วท้งดำนได้ขึ้นบัญชีเป็นสัตว์ป่าสงวน เมื่อพิจารณาแล้วย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการห้ามผู้ใดเพาะพันธุ์สัตว์ป่าสงวน ยกเว้นเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตเท่านั้น เป็นเพราะเนื่องจากหากกฎหมายปล่อยให้มีการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าสงวนอย่างอิสระแล้วอาจทำให้เกิดช่องทางให้ผู้ลักลอบค้าหรือครอบครองสัตว์ป่าที่ได้มาอย่างผิดกฎหมาย ซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครองสัตว์ป่าสงวนเป็นพิเศษ จึงบัญญัติให้ ผู้ต้องการดำเนินการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าต้องขออนุญาตตามกฎหมายเสียก่อน

จากสถานการณ์ของนกแล้วท้งดำนในประเทศไทยซึ่งในปัจจุบันมีจำนวนลดลงอย่างต่อเนื่อง และเหลือเพียง 1 คู่เท่านั้น การเพาะพันธุ์ย่อมเป็นทางออกที่ควรกระทำอย่างเร่งด่วนเพื่อรักษาชนิดพันธุ์นี้ไว้ให้คงอยู่ต่อไป แต่พบปัญหาคือ การที่นกแล้วท้งดำนมีจำนวนเหลือเพียง 1 คู่ ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการดำเนินการเพาะพันธุ์โดยวิธีการผสมเทียม หรือการย้ายฝากตัวอ่อน ตามมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 เพียงอย่างเดียวย่อมมีความเสี่ยงเป็นอย่างมาก เพราะหากเกิดข้อผิดพลาดจนทำให้นกตายการพยายามเพิ่มจำนวนจะไม่มีทางประสบความสำเร็จได้เลยอย่างที่เคยผ่านมาในอดีต อย่างไรก็ตาม หากพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศ คือนอนุสัญญา CITES ที่ยินยอมให้มีการค้าสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์ หากเป็นสัตว์ป่าและพืชป่าที่เกิดจากการเพาะพันธุ์หรือขยายพันธุ์ ตามมาตรา 7 หัวข้อ “ข้อยกเว้นและบทบัญญัติพิเศษอื่นที่เกี่ยวข้องกับการค้า” โดยมาตรา 7 ย่อนหน้าที่ 4 บัญญัติว่า “ตัวอย่างพันธุ์ของสัตว์ชนิดพันธุ์ที่ระบุในบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1 ที่เกิดจากการขยายพันธุ์ในคอก (bred captivity)” ที่ได้มาจากการขยายพันธุ์เทียม (artificially propagated) โดยวัตถุประสงค์เพื่อการค้า ให้ถือว่าเป็นตัวอย่างพันธุ์ของชนิดพันธุ์สัตว์ป่าในบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2 จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว นับว่าเป็นแนวทางการส่งเสริมการขยายพันธุ์สัตว์ป่า เปิดโอกาสให้เกิดการค้าสัตว์ป่าหายากได้ แต่อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา CITES ซึ่งเป็นควบคุมการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศภาคี การค้า การนำเข้า การส่งออกจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในประเทศของแต่ละประเทศ

ผู้ศึกษาเห็นว่า จากหลักเกณฑ์ของ CITES ข้างต้น เอื้อประโยชน์ต่อการเพิ่มจำนวนนกแล้วท้งดำนในประเทศไทยอย่างยิ่ง เนื่องจากการที่จำนวนนกแล้วท้งดำนในประเทศไทยมีไม่เพียงพอที่จะทำการเพาะพันธุ์เพิ่มได้ จึงจำเป็นต้องนำเข้าพ่อแม่พันธุ์จากต่างประเทศมาเพื่อช่วยในการเพิ่มจำนวนนกแล้วท้งดำนในประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม นกแล้วท้งดำนเป็นชนิดพันธุ์แนบท้ายหมายเลข 1 ซึ่งเป็นชนิดที่ห้ามค้าโดยเด็ดขาด แต่ก็มีกรยกเว้นไว้เป็นกรณีพิเศษตามอนุสัญญามาตรา 7 เนื่องจากเป็นสัตว์ป่าชนิดใกล้สูญพันธุ์ การนำเข้านกแล้วท้งดำนจากต่างประเทศนั้นต้องได้รับการยินยอมจากประเทศที่จะนำเข้าก่อน ประเทศที่จะส่งออกจึงจะออกใบอนุญาตส่งออกได้ ทั้งนี้ การส่งออกของทั้งสองประเทศต้องเป็นไปตามเงื่อนไขในบทบัญญัติของอนุสัญญา CITES

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 นกแล้วท้งดำนมีสถานะเป็นสัตว์ป่าสงวนได้มีบทบัญญัติการนำเข้าสัตว์ป่าสงวนในมาตรา 22 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดนำเข้าหรือส่งออกซึ่งสัตว์ป่าสงวน ซากสัตว์ป่าสงวน หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าสงวน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี การอนุญาตตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นกรกระทำเพื่อกิจการสวนสัตว์ของผู้รับใบอนุญาตจัดตั้งและประกอบกิจการสวนสัตว์ตามมาตรา 33 หรือสวนสัตว์ที่หน่วยงานของรัฐจัดตั้งตามหน้าที่

คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ขอรับใบอนุญาตและผู้รับโอนใบอนุญาต หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาต อายุใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาตการโอนใบอนุญาต และการออกใบแทนใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

<sup>17</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หารือข้อกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งและดำเนินกิจการสวนสัตว์สาธารณะ, เรื่องเสรีจที่ 110/2548.

จากบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการนำเข้าสัตว์ป่าสงวนนั้นทำได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี ในส่วนของหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้แล้วยังมีสถานะอีกประการคือ เป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง ซึ่งเป็นชนิดสัตว์ป่าและซากของสัตว์ป่า บัญชีท้ายอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (CITES) โดยมีรายชื่อในบัญชีแนบท้าย 1 ของอนุสัญญา CITES ตามนิยามคำว่า “การค้า” ตามอนุสัญญา CITES นั้น หมายรวมถึง “การนำเข้า” ด้วย หมายความว่า การจะนำเข้านกแล้วต้องเข้ามาเพื่อทำการเพาะพันธุ์ ก็คือ จะกระทำได้อีกต่อเมื่อประเทศภาคีมีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย เมื่อพิจารณาแล้ว ผู้ศึกษาพบว่าประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี ได้มีบทบัญญัติเป็นกฎหมาย โดยการให้อำนาจอธิบดีในการอนุญาตให้นำเข้าหรือส่งออกสัตว์ป่าตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกรื้อฟื้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 22 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562<sup>18</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่าประเทศไทยได้มีกฎหมายอนุญาตให้นำเข้านกแล้วต้องเข้ามาเพื่อทำการเพาะพันธุ์ได้ แต่การนำเข้าต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี และการเพาะพันธุ์ต้องเป็นการเพาะพันธุ์โดยผู้ที่ได้รับใบอนุญาตจัดตั้งและดำเนินกิจการสวนสัตว์สาธารณะจากอธิบดี ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า มาตรา 28 เท่านั้น ดังนั้น ควรริเริ่มให้มีการเจรจาระดับทวิภาคีระหว่างประเทศไทยและประเทศภาคีอื่นตามอนุสัญญา CITES ที่ยังมีนกแล้วต้องด่าหลงเหลืออยู่ นั่นคือประเทศพม่า โดยใช้อำนาจอธิบดีในการออกใบอนุญาตให้นำเข้านกแล้วต้องด่ามาในประเทศไทยเพื่อดำเนินการเพาะพันธุ์ควบคู่ไปกับเพิ่มจำนวนนกแล้วต้องด่าตามธรรมชาติต่อไป

ทั้งนี้ ในส่วนของผู้ที่ได้รับใบอนุญาตจัดตั้งและดำเนินกิจการสวนสัตว์สาธารณะ ซึ่งสามารถเพาะพันธุ์นกแล้วต้องด่าได้ ตามมาตรา 28 นั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ของผู้ขอรับใบอนุญาตไม่เหมาะสมเพียงพอ เนื่องจากไม่มีการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับความรู้ ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ด้านสัตว์ป่า จึงขอเสนอแนวปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขในกฎกระทรวง เพื่อออกตามความในพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ให้มีการเพิ่มคุณสมบัติเกี่ยวกับความรู้เกี่ยวกับสัตว์ป่าอีกหนึ่งเงื่อนไข เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าให้ได้มาตรฐานยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นการปิดช่องโหว่ในการเปิดสวนสัตว์บังหน้าอีกด้วย

#### 4.4 ปัญหาการมาตรการการควบคุมการท่องเที่ยวในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม

ปัจจุบัน พื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางครามได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก พื้นที่เขตรักษาพันธุ์เขาประ-บางครามได้ถูกพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพื้นที่เพื่อรองรับการท่องเที่ยว ตามนโยบาย Unseen Thailand<sup>19</sup> มีการสร้างเส้นทางเดินศึกษาธรรมชาติ หอดูนก สร้างอาคารเอนกประสงค์ สร้างห้องน้ำ ศาลาริมทางเดิน ในบริเวณสระมรกตซึ่งเป็นแหล่งอาศัยตามธรรมชาติของนกแล้วต้องด่า โดยไม่มีการศึกษาผลกระทบที่จะเกิดกับนกแล้วต้องด่าที่อาศัยอยู่ในบริเวณดังกล่าว อีกทั้งปริมาณนักท่องเที่ยวมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ มีการสร้างร้านค้าขายของที่ระลึก ร้านอาหาร บริเวณหน้าทางเข้าเส้นทางไปสระมรกตซึ่งอยู่ในพื้นที่เขตรักษาพันธุ์เขาประ-บางคราม พื้นที่บางส่วนถูกจัดทำเป็นที่จอดรถไว้บริการรถกวนอย่างต่อเนื่อง ซึ่งล้วนแต่เป็นสาเหตุที่ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติรอบ ๆ เสื่อมโทรมลง จนนำไปสู่ถิ่นอาศัยของนกแล้วต้องด่าถูกทำลายไปในที่สุด

จากสภาพดังกล่าว สรุปได้ว่าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม มีการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพ ไม่มีการดำเนินการตามเงื่อนไขในระเบียบกรมป่าไม้ ว่าด้วยการเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนในการที่พนักงานเจ้าหน้าที่ให้บริการหรือให้ความสะดวกในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า หรือเขตห้ามล่าสัตว์ป่า พ.ศ. 2540 ที่

<sup>18</sup> ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดชนิดสัตว์ป่า ซากของสัตว์ป่า และผลิตภัณฑ์ป่าที่ห้ามนำเข้าส่งออก ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134, ตอนพิเศษ 112 ง, วันที่ 24 เมษายน 2560.

<sup>19</sup> สมหญิง ทัพพิภรณ์ และคณะ, การประเมินประชากร และการแพร่กระจายของนกแล้วต้องด่าในพื้นที่ภาคใต้ของประเทศไทย ประจำปี 2552, "กลุ่มงานวิจัยสัตว์ป่า สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช

กำหนดไว้ว่า หากผู้ใดที่ประสงค์จะใช้สถานที่หรือที่พักหรือบ้านพัก ที่กรมป่าไม้จัดไว้ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าหรือเขตห้ามล่าสัตว์ป่า ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมายและต้องเสียค่าบริการหรือค่าตอบแทนเนื่องจากการให้บริการหรือให้อำนวยความสะดวกตามอัตราที่อธิบดีกรมป่าไม้ประกาศกำหนดเป็นแห่ง ๆ ไป ซึ่งการขออนุญาต ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าเป็นหนังสือ โดยยื่นต่อผู้อำนวยการสำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า หรือหัวหน้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า หรือหัวหน้าเขตห้ามล่าสัตว์ป่า นั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม หากเป็นการท่องเที่ยวโดยไม่ได้ดำเนินการขออนุญาตล่วงหน้าก็ยอมทำได้ แต่ควรออกข้อแนะนำและข้อควรปฏิบัติสำหรับนักท่องเที่ยวไม่ให้มีผลกระทบต่อแหล่งอาศัยของนกแล้วแล้วทั้งด้า และอีกประการหนึ่งที่สำคัญคือ ควรมีการจำกัดระยะเวลาในการท่องเที่ยว โดยมีการกำหนดห้ามเข้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม ในช่วงเวลาที่นกแล้วแล้วทั้งด้าจับคู่เพื่อวางไข่ เพื่อการเป็นควบคุมกิจกรรมการท่องเที่ยวที่อาจส่งผลต่อนกแล้วแล้วทั้งด้า

ดังนั้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในเขตพื้นที่รักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ขอเสนอแนวทางให้เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม จัดทำกระบวนการขออนุญาตเข้าพื้นที่ทำทะเบียนควบคุมผู้ขออนุญาตเข้าพื้นที่ให้เป็นระบบ เพื่อเป็นไปตามระเบียบกรมป่าไม้ฯ และควรจำกัดจำนวนผู้เข้าใช้พื้นที่ในแต่ละวันให้เหมาะสม และควรส่งเสริม ประชาสัมพันธ์การท่องเที่ยวในรูปแบบการท่องเที่ยวเชิงนิเวศ เพื่อเป็นการใช้ทรัพยากรร่วมกันระหว่างมนุษย์และสัตว์ป่าอย่างสมดุล ดังที่กล่าวไปแล้วในกรณีศึกษาของนกนางแอ่น เซล บนเกาะเซเชล ประเทศแอฟริกา ที่สามารถเพิ่มจำนวนเองได้ในธรรมชาติ โดยได้รับการร่วมมือกันในทุกฝ่าย ทั้งฝ่ายรัฐบาล องค์กรเอกชน ชุมชนท้องถิ่น ปัจจุบันพื้นที่เกาะเซเชลกลายเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงนิเวศน์ที่ได้รับความนิยมมาก เป็นผลเศรษฐกิจในท้องถิ่นดีไปด้วย ย่อมทำให้คนในพื้นที่หวงแหนและร่วมมือกันอนุรักษ์นกนางแอ่น เซล อย่างดี นั้นแสดงให้เห็นว่าการท่องเที่ยวเชิงนิเวศน์นั้น เป็นรูปแบบดีและเหมาะสมที่สุดในการนำมาปรับใช้ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า-เขาประบางคราม

ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวอาจดำเนินการโดยเปิดให้ชุมชนเข้ามามีส่วนรวม เช่น การเป็นไกด์ท้องถิ่น เป็นต้น

#### 4.5 การสร้างจิตสำนึกและตระหนักถึงความสำคัญของนกแล้วแล้วทั้งด้า

กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช มีภารกิจเกี่ยวกับการอนุรักษ์ ส่งเสริมและฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชในเขตพื้นที่ป่าเพื่อการอนุรักษ์ โดยมีการใช้กลยุทธ์การส่งเสริมการปลูกจิตสำนึกให้ชุมชนมีความหวงแหนและการมีส่วนร่วมในการดูแลทรัพยากรท้องถิ่น เพื่อเป็นการรักษาสมดุลของระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อม ตลอดจนความหลากหลายทางชีวภาพ<sup>20</sup>

ดังนั้น แนวทางการปลูกจิตให้กับประชาชนทั่วไปนั้น จึงควรมีการเผยแพร่ ประชาสัมพันธ์ จัดกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อให้ความรู้เกี่ยวกับความสำคัญของนกแล้วแล้วทั้งด้าให้ประชาชนทั่วไปทราบ เพื่อทำให้เกิดทัศนคติที่ดีต่อนกแล้วแล้วทั้งด้า และดำเนินการจัดสรรงบประมาณ บุคลากร หรืออื่น ๆ เพื่อส่งเสริมการทำกิจกรรมต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อนกแล้วแล้วทั้งด้า ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

#### ข้อเสนอและบทสรุป

วิธีการแยกคุณภาพของสิ่งแวดล้อมโดยนกเป็นตัวแสดงเป็นอีกวิธีการหนึ่ง โดยไม่ต้องใช้เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์มาทำการวัดและพิจารณาเหมือนการทดสอบความเป็นพิษของสิ่งแวดล้อมบางชนิด ในพื้นที่โดยเฉพาะในเขตเมืองใหญ่ ๆ ที่มีมลภาวะต่าง ๆ หากว่ามีนกหลายชนิดและปริมาณมากอาศัยอยู่ในพื้นที่มาก แสดงว่า คุณภาพของสิ่งแวดล้อมหรือพื้นที่อาศัยตามธรรมชาติมีมาก ส่วนบริเวณใดมีชนิดและปริมาณนกน้อยแสดงว่า พื้นที่อาศัยตามธรรมชาติมีน้อย วิธีการแยกคุณภาพของสิ่งแวดล้อมโดยใช้นกเป็นตัวแสดงนี้เป็นวิธีการทดสอบอย่างง่าย ๆ ว่าบริเวณบ้านของท่านมีสิ่งแวดล้อมดีหรือเลวอย่างไร

<sup>20</sup> กฎกระทรวง แบ่งส่วนราชการกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2547



การที่นกตัวหนึ่งหายไปนั้นย่อมเป็นสัญญาณอย่างหนึ่งที่บ่งบอกว่าสภาพแวดล้อมบริเวณนั้นเป็นอย่างไร นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2529 ซึ่งเป็นปีที่มีการค้นพบนกแล้วท้องดำเป็นครั้งแรกหลังจากที่ไม่มีรายงานมาเป็นเวลานานกว่า 34 ปี จึงได้มีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่ออนุรักษ์นกแล้วท้องดำ และได้ดำเนินการมาตลอดอย่างต่อเนื่อง จนถึงปัจจุบัน โดยเริ่มจากการประกาศพื้นที่เป็นเขตห้ามล่าสัตว์ป่าเขาประ-บางคราม ในปี พ.ศ. 2530 ประกาศให้นกแล้วท้องดำเป็นสัตว์ป่าสงวนของประเทศไทย ตาม พ.ร.บ. สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ต่อมาประกาศพื้นที่บางส่วนของเขตห้ามล่าสัตว์ป่าเขาประ-บางคราม เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประบางคราม และในกฎหมายปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 นกแล้วท้องดำก็ยังคงมีสถานะเป็นสัตว์ป่าสงวน จากการศึกษาล่าสุดพบว่า ได้มีโครงการสำรวจสถานภาพประชากรนกแล้วท้องดำ โดยกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช มอบหมายให้กลุ่มงานวิจัยสัตว์ป่า สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า ดำเนินการปฏิบัติงานและลงพื้นที่ศึกษานกแล้วท้องดำอย่างจริงจังต่อเนื่องหลายปี พบว่า อัตราการเพิ่มของประชากรนกแล้วท้องดำในแต่ละปีต่ำมาก และสาเหตุของปัจจัยจำกัดในการเพิ่มประชากรนกแล้วท้องดำ คือ อัตราการรอดตายของลูกนกในธรรมชาติต่ำ เนื่องจากรังและถิ่นอาศัยถูกทำลาย ส่งผลให้การฟื้นฟูประชากรของนกแล้วท้องดำในธรรมชาติเป็นไปได้ยาก

พื้นที่เขตรักษาพันธุ์เขาประบาง-ครามได้ถูกพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพื้นที่เพื่อรองรับการท่องเที่ยว ตามนโยบาย Unseen Thailand มีการสร้างเส้นทางเดินศึกษาธรรมชาติ หอดูนก สร้างอาคารเอนกประสงค์ สร้างห้องน้ำ ศาลาริมทางเดิน ในบริเวณสระมรกต โดยไม่มีการศึกษาผลกระทบที่จะเกิดกับนกแล้วท้องดำที่อาศัยอยู่ในบริเวณดังกล่าว อีกทั้งปริมาณนักท่องเที่ยวก็เพิ่มมากขึ้น มีการสร้างร้านค้าขายของที่ระลึก ร้านอาหาร บริเวณหน้าทางเข้าเส้นทางไปสระมรกต หลายๆพื้นที่ถูกจัดทำเป็นที่จอดรถไว้บริการ มีการเข้าไปรบกวนอย่างต่อเนื่องทั้งการล่าสัตว์ เก็บหาของป่า ซึ่งน่าจะเป็นสาเหตุที่ทำให้นกแล้วท้องดำค่อย ๆ หายไปจากพื้นที่ดังกล่าว

ความล้มเหลวในการพยายามเพิ่มจำนวนประชากรนกแล้วท้องดำมีสาเหตุหลายประการ สาเหตุหลักคือ มาตรการบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ปัญหาการเพาะพันธุ์ที่ไม่ประสบความสำเร็จ ปัญหาของชุมชนขาดจิตสำนึก ขาดความรู้ และขาดการมีส่วนร่วมเกี่ยวกับการอนุรักษ์และสาเหตุสำคัญอีกประการคือ ปัญหาเกี่ยวกับการท่องเที่ยวในพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาประ-บางคราม ถูกใช้ไปอย่างผิดวัตถุประสงค์ มีนักท่องเที่ยวจำนวนมากเกินไปจนทำให้เกิดความวุ่นวาย รบกวนและสร้างความเสื่อมโทรมในถิ่นอยู่อาศัยของนกแล้วท้องดำ

เพื่อให้การคุ้มครองนกแล้วท้องดำเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จ คือ ควรยึดหลักการอนุรักษ์สัตว์ป่าให้เข้ากับยุคสมัยปัจจุบัน โดยเป็นการอนุรักษ์ที่อยู่บนพื้นฐานความยั่งยืน การวางแผนการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างชาญฉลาด เชื่อมโยงกับการพัฒนา สังคม เศรษฐกิจ การเมือง และคุณภาพชีวิตอย่างกลมกลืน ตลอดจนรักษาไว้ซึ่งความสมดุลของระบบนิเวศควบคู่กันไป โดยต้องมีการกำหนดนโยบายหรือแผนการจัดการที่เกี่ยวข้องกับสัตว์ป่าสงวนที่ใกล้จะสูญพันธุ์อย่างนกแล้วท้องดำโดยตรง และปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมของบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองและอนุรักษ์นกแล้วท้องดำให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นในทุก ๆ ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย การคุ้มครองชนิดพันธุ์ การควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ที่จะไม่ผลกระทบต่อนกแล้วท้องดำ แต่อย่างไรก็ตามต้องอยู่บนพื้นฐานของการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันระหว่างมนุษย์และสัตว์ป่า รวมไปถึงรัฐต้องมีการบังคับใช้กฎหมายให้มีความเคร่งครัดจริงจัง ส่งเสริมสนับสนุนให้ทุกภาคฝ่ายได้มีส่วนร่วม ทั้งประชาชนในพื้นที่ องค์กรต่าง ๆ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ และต้องมีการพัฒนาคุณภาพของประชาชนให้มีความตระหนักถึงคุณค่าของการอนุรักษ์และคุ้มครองนกแล้วท้องดำซึ่งถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีค่าของประเทศไทยให้ดำรงอยู่ต่อไปอย่างยั่งยืน

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

เกรียงศักดิ์ ศรีบัวรอด. ทางรอด หรือทางเลือก. รายงานผลการวิจัย. กลุ่มงานวิจัยสัตว์ป่า สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า. ช่าวสด. ไทย-พม่า จับมืออนุรักษ์ช้างป่า, 1 กันยายน 2557. ปีที่ 24. ฉบับ 8678. น.6

ชนภัทร วินยวัฒน์. คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ. 2535. สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, กรุงเทพมหานคร. น.5.

มานพ เล่าห์ประเสริฐ. “ประเทศไทยกับไซเตส.” น.4.

วิภา สุนันท์สถาพร. ๒๕๔๖. ฟังชาวบ้านคิดต่อชีวิตนกแก้วแล้วท่องคำ, หนังสือพิมพ์ ช่าวสด. ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖.

ราตรี ภารา. ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : ห.จ.ก.ทิพย์วิสุทธิ์. 2542. น.148.

วลัยณัฐ จันทวงศ์วิไล. “มาตรการทางกฎหมายในการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าของผู้ได้รับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์สัตว์ป่า.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2557.

สมหญิง ทัททิกรณ์ และคณะ. การประเมินประชากร และการแพร่กระจายของนกแก้วแล้วท่องคำในพื้นที่ภาคใต้ของประเทศไทย ประจำปี 2552. กลุ่มงานวิจัยสัตว์ป่า สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช.

สมาคมอนุรักษ์นกแห่งประเทศไทย. อนาคตนกแก้วแล้วท่องคำของไทย หลังการค้นพบนกในพม่า. แลงข่าว ๑๒ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๖.

สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน. สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่ม 21. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : โครงการสารานุกรมไทยฯ. 2549. น.284.

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กระทรวงท่องเที่ยวและกีฬา สัตินักท่องเที่ยวภายในประเทศ ปี 2559 (จำแนกตามภูมิภาคและจังหวัด). [https://www.mots.go.th/more\\_news.php?cid=438&filename=index](https://www.mots.go.th/more_news.php?cid=438&filename=index). 30 ธันวาคม 2560. สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า กรมอุทยานสัตว์ป่าและพันธุ์พืช. <http://web3.dnp.go.th/wildlifeweb/animConserveDepView.aspx?depld=3>. 30 ธันวาคม 2560.

## มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการ อุทยานแห่งชาติ

### LEGAL MEASURES ON THE EMPOWERMENT OF PUBLIC PARTICIPATION IN NATIONAL PARK MANAGEMENT

อานันท์ รัตนเจียรเจริญ\*  
Anun Rattanaajaroen

#### บทคัดย่อ

อุทยานแห่งชาติเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ กรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่า และพันธุ์พืช ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐเพียงฝ่ายเดียวที่ดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจคุ้มครองดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติ เริ่มตั้งแต่การประกาศเขตอุทยานแห่งชาติ การบริหารจัดการ ตลอดจนการป้องกันคุ้มครองพื้นที่อุทยานแห่งชาติซึ่งมีจุดประสงค์หลักเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ดี การจัดการทรัพยากรธรรมชาติในอดีตจนถึงปัจจุบันการควบคุมและการจัดการที่ผ่านมาถือว่าการวางแผนการจัดการโดยรัฐฝ่ายเดียวโดยกระบวนการทางกฎหมาย ขาดการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่น ประชาชน ทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐและประชาชนในสังคมตลอดมา ทั้งนี้ แม้จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการรับรองสิทธิของประชาชนในการมีส่วนร่วมไว้ในพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ที่แก้ไขล่าสุดแล้ว แต่พบว่ามีข้อกำหนดเงื่อนไขหลายประการที่ทำให้กฎหมายฉบับนี้ยังไม่เพียงพอที่จะนำไปสู่การจัดการทรัพยากรธรรมชาติอุทยานแห่งชาติอย่างยั่งยืน อย่างไรก็ตาม การมีมาตรการทางกฎหมายให้ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติจะทำให้สามารถแก้ไขปัญหาการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติได้อย่างยั่งยืน

#### คำสำคัญ

อุทยานแห่งชาติ, การมีส่วนร่วมของประชาชน, การอนุรักษ์, รัฐธรรมนูญ

#### ABSTRACT

A National Park is an area in use for natural resources conservation purpose. The Department of National Parks, Wildlife and Plant Conservation (“DNP”) is the only government authority that has duty to manage the national parks by virtue of the National Park Act B.E. 2504. The law empowers the DNP to conserve natural resource in the national parks with wide ranges of measures including national park demarcation, management, and area defense.

Even though the latest amendment, National Park Act B.E. 2562, has recognized rights of the people to participation in natural resource management, its conditions are inadequate to ensure sustainable management of natural resources in national parks. However, some legal measures will be suggested to empower the participation of the people in order to significantly resolve the long lasting problems of natural resources management.

---

\* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : yhu.anun@hotmail.com

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

**Keywords**

National park, Public participation, Conservation, Constitution



## บทนำ

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ได้มีการประกาศใช้เพื่อคุ้มครองรักษาทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ อันได้แก่ พันธุ์ไม้ ของป่า สัตว์ป่า ทิวทัศน์ ป่า และภูเขา ให้คงอยู่ในสภาพธรรมชาติเดิม มิให้ถูกทำลายหรือเปลี่ยนแปลงไป เพื่ออำนวยประโยชน์ทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่รัฐและประชาชน อุทยานแห่งชาติแต่ละแห่งที่ถูกกำหนดขึ้น จึงเป็นความพยายามของรัฐที่จะรักษาความสมดุลของระบบนิเวศน์ คุ้มครองป้องกันทรัพยากรธรรมชาติ ให้เป็นทุนการดำรงชีวิต ไม่เพียงเพื่อประชาชนชาวไทยเท่านั้น แต่ยังเป็นไปเพื่อมนุษยชาติอีกด้วย ดังนั้น การจัดการดูแลรักษาและใช้ประโยชน์ของอุทยานแห่งชาตินั้น ต้องมีระบบการจัดการที่ชัดเจน และเป็นหน้าที่ของทุกฝ่ายที่ต้องร่วมมือกัน โดยเฉพาะการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม

อย่างไรก็ตาม การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยที่ผ่านมา โดยเฉพาะในเขตอุทยานแห่งชาตินั้น เป็นหน้าที่ของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช แต่เพียงผู้เดียว โดยมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุม ดูแล อนุรักษ์ และใช้ประโยชน์ มิได้มีการระดมบทบาทหน้าที่ภาคประชาชนหรือชุมชนในการดูแลรักษา อนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมถึงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแต่อย่างใด สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดพื้นฐานในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่มีรูปแบบการจัดการบนฐานของการแยกแอมมนุษย์ออกจากระบบการจัดการ

นอกจากนี้ การจัดการทรัพยากรตามแนวทางปัจจุบันนั้น ยังได้กำหนดบทบาทหน้าที่ในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของรัฐ โดยมุ่งเน้นไปที่อำนาจหน้าที่ 4 ประการ คือ 1. ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติ และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง 2. ส่งเสริมและพัฒนาการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและฟื้นฟูระบบนิเวศในพื้นที่ป่าไม้ 3. ศึกษาค้นคว้าวิจัย ทดลอง และพัฒนาวิชาการด้านการป่าไม้และสัตว์ป่า และวิชาการที่เกี่ยวข้อง 4. ปฏิบัติราชการอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่หรือตามที่ได้รับมอบหมาย เห็นได้ว่าบทบาททั้ง 4 มิได้กล่าวถึงมิติของความสัมพันธ์ของมนุษย์และระบบนิเวศ

จะเห็นได้ว่าแนวคิดและกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในปัจจุบันนั้น มิได้คำนึงถึงสถานภาพทางข้อเท็จจริงของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะเมื่อทรัพยากรธรรมชาติมีความหลากหลายทั้งชนิดและประเภท และมีความสัมพันธ์อย่างไม่อาจแยกได้กับชุมชน สังคม จารีต ประเพณี วัฒนธรรมของท้องถิ่น ทำให้การจัดการทรัพยากรธรรมชาติขาดการมองอย่างเป็นองค์รวม และไม่เป็นไปโดยรอบด้าน นอกจากนี้เมื่อบทบาทในการจัดการทั้งหมดเป็นของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งยังมีข้อจำกัดด้านเครื่องมือ อุปกรณ์ รวมทั้งงบประมาณและปัจจัยสนับสนุนในการดำเนินงาน การบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติจึงไม่เท่าทันต่อสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้เอง ทำให้การดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติของรัฐประสบปัญหาในการดำเนินการหลายประการ เช่น การบุกรุกพื้นที่อุทยานแห่งชาติ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินในอุทยานแห่งชาติ ความขัดแย้งระหว่างประชาชนในพื้นที่และเจ้าหน้าที่รัฐผู้บังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น

ในขณะเดียวกัน แนวคิดเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมก็ได้รับการยอมรับมากขึ้นทั้งในระดับโลกและระดับประเทศ ในประเทศไทยเองก็มีการบัญญัติรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชนเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังนั้น การเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติ ซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญและเป็นสาธารณสมบัติสำหรับใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชน จึงเป็นแนวคิดเพื่อลดปัญหาความขัดแย้งในพื้นที่ และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติให้เกิดประโยชน์สูงสุดระหว่าง การอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยบทบาทของประชาชนในพื้นที่อาจมีได้ในหลายด้าน เช่น การช่วยป้องกันดูแลการบุกรุกป่า การเข้าร่วมเป็นอาสาสมัครพิทักษ์ป่า การช่วยรักษาคุณค่าและความเป็นเอกลักษณ์ของพื้นที่อุทยานแห่งชาติ เป็นต้น โดยไม่ต้องเป็นภาระหน้าที่ของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งจะช่วยลดปัญหาข้อจำกัดเรื่องจำนวนบุคลากรและงบประมาณ รวมทั้งสร้างความรู้สึกเป็นเจ้าของและเกิดสำนึกหวงแหนในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการอุทยานที่ใช้บังคับในปัจจุบันของประเทศไทย หรือพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 รวมถึงพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ซึ่งมีการแก้ไข เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 พบว่าตัวบทยังเป็นอุปสรรคต่อการมีส่วนร่วมของประชาชนใน 2 มิติ คือ (1) มิติของการขาดกฎหมายซึ่งรับรองสิทธิการมีส่วนร่วม ทำให้การเข้าไปดำเนินการใด ๆ ในพื้นที่ทรัพยากรซึ่งรัฐ มีกฎหมายคุ้มครองนั้น ประชาชนและชุมชนต้องได้รับอนุญาตจากรัฐก่อน เมื่อขาดการรับรองสิทธิ ประชาชนหรือ ชุมชนจึงมีสถานะเป็นผู้บุกรุกโดยปริยาย และ (2) มิติของการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีความคลุมเครือ ในการกำหนดนิยาม การตีความการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงขาดการคำนึงถึงมิติความสัมพันธ์ระหว่างคน กับธรรมชาติ เป็นการแยกเอาประชาชนออกจากโครงสร้างทางกฎหมายของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

ดังนั้น การให้ประชาชนหรือชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการอุทยานแห่งชาติ จึงเป็นแนวคิดการกระจาย อำนาจในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อลดภาระงบประมาณปละเจ้าหน้าที่รัฐ ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐ กับประชาชนในพื้นที่ รวมถึงเป็นการจัดการโดยมองธรรมชาติอย่างเป็นองค์รวม บทความนี้จะทำการศึกษาถึง มาตรการหรือวิธีทางกฎหมายที่จะส่งเสริมให้ประชาชนหรือชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการจัดการอุทยาน แห่งชาติอย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน ผ่านการวิเคราะห์ใน 3 ประเด็น ได้แก่ (1) แนวความคิดเรื่องการมีส่วนร่วม ของประชาชน และแนวคิดการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติ (2) ปัญหาการคุ้มครองอุทยานแห่งชาติและการมีส่วนร่วมของประชาชน และ (3) กฎหมายต่างประเทศที่เปิดโอกาส ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดการอุทยานแห่งชาติ

## 1. แนวความคิดเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชน และแนวคิดการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวกับการจัดการ ทรัพยากรธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติ

### 1.1 การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการอุทยานแห่งชาติ

แนวคิดเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทร่วมกับภาครัฐ ในการจัดการกับปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นภายในประเทศ และภายในชุมชนตนเอง เกิดจากแนวคิดที่ว่าประชาชนมี ส่วนได้เสียโดยตรง ในเรื่องทรัพยากรธรรมชาติที่ทุกคนมีสิทธิใช้ ซึ่งการมีส่วนร่วมนอกจากจะทำให้ประชาชนได้ ตระหนักถึงความสำคัญของทรัพยากรธรรมชาติแล้ว หน่วยงานของรัฐก็ได้รับทราบข้อมูลที่ถูกต้องจากกระบวนการมี ส่วนร่วมของประชาชนเพื่อนำไปแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นได้อย่างตรงจุด การบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อมนั้น จึงมิใช่เพียงหน้าที่ของภาครัฐแต่ฝ่ายเดียว หากแต่ประชาชนในฐานะเจ้าของประเทศต้องเข้ามามีส่วน ร่วมในการบริหารจัดการด้วย

กล่าวได้ว่าหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินี้ พัฒนามาจากแนวคิดที่ว่า สิ่งแวดล้อมเป็นสมบัติร่วมกันของมวลมนุษยชาติ ทุกคนจึงมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการจัดการและใช้ประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติ<sup>1</sup> และต่อมาได้ปรากฏชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยใน หมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 43<sup>2</sup> ที่กำหนดให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็น ชุมชน ย่อมมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อมรวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน โดยในหลักการมาตรา 43 ดังกล่าวนั้น ถือเป็น บทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์ที่จะยืนยันรับรองและคุ้มครองสิทธิของชุมชน ในลักษณะที่ยอมรับศักยภาพความเข้มแข็ง และภูมิปัญญาของคนในท้องถิ่น ในอันที่จะมีสิทธิร่วมกับรัฐเพื่อจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลง

<sup>1</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบทางแพ่ง การชดเชยเยียวยาและ การระงับข้อพิพาท, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), น.56-57.

<sup>2</sup> มาตรา 43 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่าง สมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ

แนวความคิดที่มีมาแต่เดิมว่ารัฐเท่านั้นที่มีอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของมาตราดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเมื่อต้องนำไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากบทบัญญัตินั้นกว้างจนทำให้ไม่สามารถทราบได้ว่าขอบเขตในการมีส่วนร่วมของชุมชนนั้นจะมีส่วนร่วมในเรื่องใดบ้าง และมีขอบเขตเพียงใด ยกตัวอย่าง เช่น ในกรณีที่คณะกรรมการอุทยานแห่งชาติตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ จะประกาศกำหนดให้บริเวณใดบริเวณหนึ่งเป็นเขต อุทยานแห่งชาติ ประชาชนในท้องถิ่นที่อาจจะได้รับผลกระทบจะมีสิทธิในการมีส่วนร่วมกำหนดแนวเขตอุทยานแห่งชาติเพื่อไม่ให้ชุมชนได้รับผลกระทบได้หรือไม่ ในเมื่อมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการกำหนดเขตอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติแต่อย่างใด เป็นต้น

นอกจากนี้ ในหมวดหน้าที่ของรัฐ มาตรา 57(2) ยังกำหนดรับรองให้ “รัฐต้องอนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษาฟื้นฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืนโดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วยตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเมื่อพิจารณาเนื้อหาของแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มุ่งให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ตลอดจนมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่สิทธิเหล่านี้บุคคลไม่อาจอ้างสิทธิอย่างเป็นทางการได้ แต่ต้องใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อเข้าไปส่วนร่วมกับรัฐหรือชุมชนเท่านั้น บทบัญญัติข้างต้นได้แสดงให้เห็นชัดว่าหลักการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติมิใช่หลักการที่กล่าวอ้างลอย ๆ ในทางวิชาการ แต่เป็นหลักการที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดอีกด้วย

#### 1.2 แนวคิดการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ในเขตอุทยานแห่งชาติ

หลักการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน มาจาก “World Conservation Strategy” หรือ “ยุทธศาสตร์การอนุรักษ์โลก” เกิดจากความร่วมมือขององค์กรด้านการอนุรักษ์ที่สำคัญของโลก 4 องค์กร สหภาพระหว่างประเทศเพื่อการอนุรักษ์ธรรมชาติและทรัพยากรธรรมชาติ (IUCN) ร่วมกับโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (UNEP) องค์กรกองทุนสัตว์ป่าโลกสากล (WWF) และองค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) โดยมีหลักการที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การบำรุงรักษากระบวนการนิเวศวิทยาและระบบค่าจำวนชีวิต การสงวนรักษาความหลากหลายทางพันธุกรรม และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอย่างต่อเนื่องยาวนาน<sup>4</sup>

สำหรับความหมายของคำว่า “การอนุรักษ์” นักวิชาการบางท่านให้ความหมายว่า การอนุรักษ์ หมายถึง “การรู้จักใช้ทรัพยากรอย่างชาญฉลาดให้เป็นประโยชน์ต่อมหาชนมากที่สุด และใช้ได้เป็นเวลายาวนานที่สุด ทั้งนี้ต้องให้สูญเสียทรัพยากรโดยเปล่าประโยชน์น้อยที่สุด และจะต้องกระจายการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรโดยทั่วถึงกันด้วย” ฉะนั้นการอนุรักษ์จึงไม่ได้หมายถึงการเก็บรักษาทรัพยากรไว้เฉยๆ แต่ต้องนำทรัพยากรมาใช้ประโยชน์ให้ถูกต้องตามกาลเทศะ<sup>5</sup> ส่วนคำว่า “ยั่งยืน” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง ยืนยง, อยู่ยาวนาน

อาจพอสรุปได้ว่า “การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน” คือการรู้จักใช้ทรัพยากรต่าง ๆ อย่างชาญฉลาด ใช้เท่าที่จำเป็นและในเวลาอันควร เพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างสูงสุด และสูญเสียน้อยที่สุด เพื่อให้สามารถมีทรัพยากรใช้ต่อไปอย่างยาวนานตลอดไป ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการและจำเป็นของคนในยุคปัจจุบัน ในขณะเดียวกันเป็นการรักษาศักยภาพที่จะดำรงความต้องการและความจำเป็นของคนรุ่นต่อไปในอนาคต

<sup>3</sup> สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2555), น.32

<sup>4</sup> วิยะดา โตดิเทพย์, “แนวความคิดพื้นที่คุ้มครอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2562, จาก <http://chm-thai.onep.go.th>.

<sup>5</sup> นิวัติ เรืองพานิช, คู่มือสำหรับการสอนและการฝึกอบรมการอนุรักษ์ทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม, ภาควิชาอนุรักษ์วิทยา คณะวนศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

ทั้งนี้ วิธีการในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ มีได้หลายวิธีตั้งแต่การวางแผนการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ การบูรณาการทำงานร่วมกันทุกภาคส่วน และมีเครื่องมือที่สำคัญ คือ “กฎหมาย” โดยอาจเข้ามามีบทบาททั้งเพื่อป้องกันและปราบปรามการทำลายระบบนิเวศน์ และเป็นมาตรการในการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดความร่วมมือในการอนุรักษ์และป้องกันสภาพแวดล้อมทั้งภาครัฐและประชาชนในการคุ้มครองสภาพแวดล้อม

การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติย่อมตามมาด้วยการสร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ มนุษย์ไม่อาจจะมีทั้งแม่น้ำและทะเลที่ใสสะอาด อากาศที่บริสุทธิ์และทิวทัศน์ที่สวยงาม ควบคู่ไปกับมาตรฐานการดำรงชีวิตที่เพียบพร้อมไปด้วยเครื่องอำนวยความสะดวก ซึ่งได้มาจากการขุดค้นทรัพยากรธรรมชาติ และจากการผลิตอาหาร พลังงาน จึงต้องหาจุดสมดุลที่มีการชั่งน้ำหนักระหว่าง ความจำเป็นทางนิเวศวิทยา และความต้องการทางสังคมและข้อเรียกร้องทางเศรษฐกิจ ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วย่อมมีความขัดแย้งกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้<sup>6</sup>

แนวคิดในการ “อนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ” จึงมุ่งรักษาความสมดุลในระบบนิเวศที่สูญเสียไปจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจ สังคม และในขณะเดียวกันก็ยังคงใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเพื่อประโยชน์ต่อการพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจในลักษณะที่เป็นการ “พัฒนาอย่างยั่งยืน” อาจกล่าวได้ว่าการพัฒนาที่ยั่งยืนนี้เป็นความพยายามที่จะทำให้เป้าหมายทางนิเวศน์วิทยา ทางเศรษฐกิจ และทางสังคมมีความสอดคล้องกันให้มากที่สุด<sup>7</sup> ในปฏิญญาโอฮาว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.1992 ได้ยึดถึงความสัมพันธ์ระหว่างการอนุรักษ์และการพัฒนาอย่างยั่งยืนเอาไว้ใน “หลักการที่ ๔ ว่า เพื่อให้บรรลุถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืน การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะต้องได้รับการบูรณาการให้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพัฒนา และไม่สามารถจะแยกทั้งสองสิ่งออกจากกันได้”

### 1.3 แนวคิดการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวกับการจัดการอุทยานแห่งชาติ

ที่ดิน ป่า น้ำ และทรัพยากรต่าง ๆ ล้วนเป็นปัจจัยพื้นฐานสำหรับการดำรงชีพ ซึ่งสัมพันธ์กับวิถีชีวิตคน ดังนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นจึงครอบคลุมถึงปัญหาเศรษฐกิจ อำนาจทางการเมือง และความสัมพันธ์ของคนตั้งแต่ระดับชุมชนจนถึงระดับประเทศ ดังปรากฏเป็นความขัดแย้งในการใช้ทรัพยากร แม้ว่ารัฐบาลได้พยายามแก้ปัญหาดังกล่าวแต่ยังไม่เป็นที่ยุติ เพราะอาศัยเพียงแต่กฎหมายและนโยบายเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาเท่านั้น ดังนั้น ควรมีการวิเคราะห์ประกอบการใช้กฎหมายและนโยบายในการจัดการปัญหาการใช้ทรัพยากร ซึ่งอาจมองได้ 3 มิติ ดังนี้

1. มิติทางอำนาจรัฐ เนื่องจากระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินในเขตป่าเป็นของรัฐ รัฐจึงมีอำนาจหน้าที่ในการจัดการที่ดินและทรัพยากรในเขตป่า ตลอดจนการใช้อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้กฎหมาย ระเบียบ และประกาศ ซึ่งต้องพิจารณาว่ามีเพียงพอหรือไม่ และมีประสิทธิภาพหรือผลในการบังคับใช้มากน้อยเพียงใด

2. มิติการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ การที่รัฐมีมิติของการจัดการทรัพยากรที่เน้นการใช้ทรัพยากรอย่างไม่ลดละ มีผลให้รัฐใช้อำนาจควบคุมการจัดการที่ดินและทรัพยากรในเขตป่าอย่างหย่อนยาน และเร่งรัดให้เอกชนใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ก่อให้เกิดปัญหาการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ แต่ถ้ารัฐมีมิติของการจัดการทรัพยากรอย่างยั่งยืน การออกกฎหมายเป็นการส่งเสริมการพัฒนาควบคู่ไปกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ โดยให้มีการใช้ทรัพยากรที่ไม่เป็นการทำลายต้นทุนของทรัพยากร มีการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่าและมีการกระจายโอกาสในสังคมซึ่งจะเป็นทางออกของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างเหมาะสมได้หรือไม่

3. มิติการกระจายอำนาจให้แก่ชุมชน คำนี้ถึงเรื่องการจัดการทรัพยากรที่ต้องแก้ปัญหาสถานการณ์ของทรัพยากรที่กำลังขาดแคลนและเสื่อมโทรม การพึ่งพากลไกรัฐประการเดียวต่อการจัดการที่ดินและทรัพยากรในเขตป่าในสถานการณ์ปัจจุบันเพียงพอหรือไม่และถ้าหากรัฐมีบทบาทหน้าที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของชุมชน

<sup>6</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายและนโยบายการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558

<sup>7</sup> ณรงค์ ใจหาญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการจัดการสิ่งแวดล้อม, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายและนโยบายการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558, น.3

<sup>8</sup> มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ศูนย์ฝึกอบรมวนศาสตร์ชุมชนแห่งภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก, เอกสารประกอบการฝึกอบรมด้านวนศาสตร์ชุมชน, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์สมาพันธ์จำกัด, 2541), น.126-131.



เพื่อสนับสนุนให้เกิดการจัดการที่ดินและทรัพยากรในเขตป่าที่เป็นความร่วมมือระหว่างรัฐกับประชาชน และมีการตรวจสอบจากประชาชนทดแทนกลไกรัฐที่กำลังอ่อนแอลงเป็นทางออกหรือไม่

ตามแนวการวิเคราะห์โดยใช้กฎหมายและนโยบายของรัฐเป็นเครื่องมือในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ทั้ง 3 มิติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การกระจายอำนาจให้แก่ชุมชนน่าจะเป็นอีกหนทางหนึ่งที่สามารถแก้ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตอุทยานแห่งชาติได้ เนื่องจากรัฐยังมีข้อจำกัดในเรื่องของกำลังเจ้าหน้าที่และการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่

แนวคิดเรื่องการรวมศูนย์อำนาจในการอนุรักษ์ป่าตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 1 มาจนถึงปัจจุบัน มีแนวความคิดรวมศูนย์อำนาจในการอนุรักษ์ป่ามาโดยตลอด สืบเนื่องมาตั้งแต่การได้รับอิทธิพลทางความคิดจากชาวอังกฤษเพื่อให้มีการสงวนและคุ้มครองพื้นที่ป่า เพื่อให้รัฐมีอำนาจควบคุมทรัพยากรป่าไม้เป็นหลัก และจากคำแนะนำขององค์การระหว่างประเทศ FAO ให้มีการสำรวจสภาพและสถานการณ์ป่าไม้โดยใช้ภาพถ่ายดาวเทียม เพื่อให้มีการสงวนป่าร้อยละ 40 ของเนื้อที่ประเทศ และกันพื้นที่ทำการเกษตรกรรม เพื่อมิให้มีการบุกรุกพื้นที่ป่าเพิ่มมากขึ้น จึงเป็นที่มาของการจำแนกที่ดินทั่วประเทศในแผนพัฒนาฉบับที่ 1 ในปี พ.ศ. 2504 และได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2504 ออกมาเป็นนโยบายปฏิบัติตามแผนพัฒนาฯดังกล่าว โดยให้บริเวณป่าที่สมควรกำหนดเป็นป่าสงวนคุ้มครองเป็นป่าที่จะรักษาไว้เป็นสมบัติของชาติ

นักอนุรักษ์และนักวิชาการสิ่งแวดล้อมเห็นว่าเพื่อให้กระบวนการทางนิเวศน์ และระบบต่าง ๆ ในธรรมชาติ ดำรงอยู่ การรักษาความหลากหลายทางพันธุกรรม และมีการใช้ประโยชน์อย่างยาวนาน จะต้องมีการอนุรักษ์ป่าให้บริสุทธิ์ปราศจากการให้มนุษย์เข้าไปอยู่อาศัยหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตป่า แต่การออกกฎหมายไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดการป่าแต่ละประเภทนั้น ไม่ได้พิจารณาระบบนิเวศน์แบบองค์รวม ขาดความครอบคลุมถึงความหลากหลายทางพันธุกรรม ตลอดจนการจัดการทรัพยากรป่าที่สัมพันธ์ทั้งที่ดิน น้ำ และทรัพยากรอื่น ๆ รวมไปถึงความสัมพันธ์ของชุมชนในท้องถิ่นและวิถีวัฒนธรรมกับการใช้ทรัพยากรในเขตอุทยานแห่งชาติ<sup>9</sup>

แนวความคิดการอนุรักษ์ป่าตามบริบทประเภทของป่าเริ่มปรากฏขึ้นในปี พ.ศ. 2502 คณะรัฐมนตรีมีมติตั้งคณะกรรมการขึ้นสองชุดคือ คณะกรรมการอุทยานแห่งชาติ และคณะกรรมการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า เพื่อพิจารณาเสนอพื้นที่คุ้มครองและร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ได้รับความช่วยเหลือจาก IUCN โดยส่งผู้เชี่ยวชาญด้านอุทยานแห่งชาติชาวอเมริกัน มาสำรวจพื้นที่ต่าง ๆ ร่วมกับเจ้าหน้าที่ป่าไม้ไทย ดังนั้นการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ เป็นไปตามแนวความคิดที่พัฒนามาจากประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีการกล่าวถึงการจัดตั้งอุทยานแห่งชาติด้วยเหตุผล 2 ประการ

1. เพื่อสงวนพื้นที่พร้อมทั้งพืชและสัตว์ซึ่งงดงามน่าสนใจเป็นพิเศษให้ประชาชนได้ชื่นชม โดยไม่มีกิจกรรมของมนุษย์เข้าไปรบกวน

2. เพื่อรักษาพื้นที่ (ที่สงวนธรรมชาติอย่างเข้มงวดหรือที่รกชัฏ) ที่ยังไม่ถูกรบกวนไว้เพื่อการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และเพื่อเปรียบเทียบกับพื้นที่ที่มีมนุษย์เข้าไปแล้ว จะช่วยให้อุทยานแห่งชาติบรรลุวัตถุประสงค์<sup>10</sup>

ด้วยเหตุนี้หลักเกณฑ์การกำหนดเขตอุทยานแห่งชาติจึงกำหนดตามแนวความคิดดังกล่าว ซึ่งห้ามมนุษย์เข้าไปอยู่อาศัยอย่างเด็ดขาด หรือไม่ให้มนุษย์มีกิจกรรมใดที่เป็นารบกวนธรรมชาติ แต่จะสงวนให้คงอยู่ในสภาพธรรมชาติเดิม และเป็นประโยชน์แก่การศึกษาและรื่นรมย์ของประชาชน<sup>11</sup> แนวความคิดดังกล่าวยังได้รับการสนับสนุนจากสหประชาชาติ โดยมีการประชุมสมัชชาใหญ่ครั้งที่ 10 ของสหภาพสกลว่าด้วยการอนุรักษ์ธรรมชาติ

<sup>9</sup> ศยามล ไกยูรวงศ์, “ปัญหาทางกฎหมายและนโยบายของการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวกับการจัดการที่ดินในเขตป่า,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น.65-66.

<sup>10</sup> Kai Curry-Lindahl, บทบาทอุทยานแห่งชาติในอนาคต, แปลโดย สติติ ไชยเพชร, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2525), น.22.

<sup>11</sup> ดูพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 6

และทรัพยากรธรรมชาติ (International Union for Conservation of Nature and Natural Resources) ณ กรุงนิวเดลี เมื่อปี 2512 ที่ประชุมได้ลงมติยอมรับคำนิยามของอุทยานแห่งชาติเป็นเอกฉันท์ดังต่อไปนี้

1. เป็นที่ซึ่งระบบนิเวศหนึ่งระบบ หรือหลายระบบไม่เปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญเนื่องจากการเข้าไปแสวงหาประโยชน์และการยึดครองของมนุษย์ เป็นที่ซึ่งพันธุ์พืชและสัตว์ พื้นทีธรณีสัณฐาน และถิ่นที่อยู่ของพืชและสัตว์ ใช้ประโยชน์ด้านวิทยาศาสตร์การศึกษา และนันทนาการ หรือเป็นที่ซึ่งมีภูมิภาพธรรมชาติอันงดงามตระการตา

2. เป็นที่ซึ่งผู้มีอำนาจสูงสุดของประเทศได้เข้าคุ้มครองหรือจัดการเข้าแสวงหาประโยชน์ หรือการยึดครองพื้นที่ทั้งหมดโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ และปกป้องพื้นฐานทางนิเวศวิทยา ธรณีสัณฐาน หรือสุนทรียลักษณะไว้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นรากฐานการจัดตั้งอุทยานแห่งชาติ

3. เป็นที่ซึ่งอนุญาตให้คนเข้าชมได้ ตามเงื่อนไขพิเศษเพื่อวัตถุประสงค์ทางความจรรโลงใจ การศึกษา วัฒนธรรม และนันทนาการ<sup>12</sup>

ซึ่งเบื้องหลังของแนวความคิดการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา นั้น เกิดจากการที่ชนชั้นกลางที่เป็นนักอนุรักษ์เห็นว่าการพัฒนาเป็นประเทศอุตสาหกรรมมีการทำลายทรัพยากรธรรมชาติมาก ประกอบกับต้องการกันไม่ให้อินเดียแดงเข้าไปอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ Yellow Stone จึงไม่ต้องการให้มีการทำลายป่าเพื่ออุตสาหกรรมในยุคหนึ่ง ต่อมาจึงได้มีการขยายแนวความคิดนี้ไปสู่ประเทศต่าง ๆ จนกระทั่งสหประชาชาติเห็นความสำคัญ เพราะในกลุ่มประเทศมหาอำนาจทางตะวันตกเฉียงเห็นถึงการได้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตป่า

ประเทศไทยเองก็ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดดังกล่าว จึงทำให้นโยบายการคุ้มครองรักษาป่ามีแนวความคิด ในการให้อำนาจรัฐในการประกาศเขตป่าอนุรักษ์ และการจัดการทรัพยากรในเขตป่าอนุรักษ์ทั้งหมด โดยกันไม่ให้มนุษย์เข้าไปอยู่อาศัย เพื่อจะได้คุ้มครองเขตป่าอนุรักษ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และรัฐก็จะได้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตป่าอนุรักษ์เท่านั้น รัฐจึงไม่ได้เห็นความสำคัญของชุมชนในท้องถิ่นที่ใช้ประโยชน์ในเขตป่าและมีการรักษาระบบนิเวศ ด้วยวัฒนธรรมของชุมชนที่สืบทอดมาตั้งแต่ครั้งบรรพบุรุษ เกิดความเชื่อว่าชาวบ้านที่อาศัยในเขตอุทยานแห่งชาติเป็นผู้บุกรุกทำลายป่า โดยไม่ได้พิจารณาจากพื้นฐานความเป็นจริงว่าการที่ชาวบ้านบุกรุกพื้นที่ป่านั้น ก็เนื่องมาจากการที่รัฐมีนโยบายส่งเสริมให้ใช้ประโยชน์และผลจากการพัฒนาประเทศได้ก่อให้เกิดกลุ่มของสังคมที่ซับซ้อนได้แก่ กลุ่มของนายทุนท้องถิ่น ร่วมกับนักการเมืองท้องถิ่น และนักการเมือง ในส่วนของรัฐบาลได้ใช้ชาวบ้านเป็นเครื่องมือในการบุกรุกทำลายป่าทั้งในทางเกษตร อุตสาหกรรมและภาคบริการ<sup>13</sup>

## 2. ปัญหาการคุ้มครองอุทยานแห่งชาติและการมีส่วนร่วมของประชาชน

### 2.1 ปัญหาในเรื่องของคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติ

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 กำหนดให้มีคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติคณะหนึ่งมีหน้าที่ให้คำปรึกษาต่อรัฐมนตรีในการกำหนดที่ดินให้เป็นอุทยานแห่งชาติ และการขยายหรือเพิกถอนอุทยานแห่งชาติ ตามมาตรา 15(1) คณะกรรมการอุทยานแห่งชาติจึงมีบทบาทในการแสดงความคิดเห็นเสนอแนะในการประกาศจัดตั้งอุทยานแห่งชาติ แต่องค์ประกอบของคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติส่วนใหญ่เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และให้อำนาจ คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งบุคคลเป็นกรรมการอื่นอีกจำนวน 11 คน แต่มิได้ระบุให้กรรมการดังกล่าวต้องเป็นตัวแทนหรือผู้แทนขององค์กรเอกชน ทำให้ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นในการประกาศจัดตั้งอุทยานแห่งชาติรวมถึงการวางแผนร่วมกันเพื่อบริหารจัดการพื้นที่

### 2.2 ปัญหาแนวเขตอุทยานทับซ้อนที่ดินของชาวบ้าน (ปัญหาเรื่องคนอยู่กับป่า)

การกำหนดพื้นที่ให้เป็นอุทยานแห่งชาตินั้น รัฐเป็นผู้กำหนดเพียงฝ่ายเดียว ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับแนวเขตอุทยานแห่งชาติกับที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของประชาชนบริเวณแนวเขตรอบพื้นที่อุทยานแห่งชาติ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 กำหนดให้รัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจประกาศกำหนดบริเวณที่ดินแห่งใดให้เป็นอุทยานแห่งชาติ รวมทั้งมีอำนาจในการประกาศขยาย

<sup>12</sup> Kai Curry-Lindahl, *อ้างแล้ว*, เชียงอรรถที่ 10, น.5.

<sup>13</sup> ศยามล ไกรยูรวงศ์, *อ้างแล้ว*, เชียงอรรถที่ 9, น.68.

หรือเพิกถอนอุทยานแห่งชาติทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 6<sup>14</sup> และมาตรา 7<sup>15</sup> โดยมาตรา 6 นั้น กำหนดให้มีแผนที่แสดงแนวเขตบริเวณที่กำหนดให้เป็นอุทยานแห่งชาติแนบท้ายพระราชกฤษฎีกา และในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว กำหนดแต่ชื่อ ตำบล อำเภอ และจังหวัดที่จะกำหนดให้เป็นเขตอุทยานแห่งชาติเท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดแนวเขตอุทยานแห่งชาติแต่อย่างใด จึงทำให้การกำหนดแนวเขตไม่ชัดเจน

กฎหมายดังกล่าวเกิดจากแนวความคิดว่า ทรัพยากรธรรมชาติต้องอยู่ในมือของภาครัฐและจำต้องรักษาธรรมชาติให้อยู่ในสภาพ “บริสุทธิ์” เท่านั้น มิเช่นนั้นจะเกิดเหตุ “โคกนาฏกรรมของสมบัติสาธารณะ” จากความเห็นแก่ตัวของผู้ใช้ทรัพยากรทุกคนที่มุ่งเอาแต่ใช้ประโยชน์อย่างเดียว ไม่มีใครรับภาระในการสงวนและบำรุงรักษา ทำให้สมบัติสาธารณะเสื่อมโทรมและหมดสภาพการใช้งานไปในที่สุด การมีชุมชนอยู่ในป่าไม่ว่าจะเป็นชุมชนใด มีวิถีชีวิตกันมาอย่างไรก็ย่อมเป็นเหตุให้ธรรมชาติเสื่อมสภาพได้ทั้งสิ้น ดังนั้นจึงต้องขับชุมชนออกจากป่าทั้งหมด และประกาศให้พื้นที่ป่าแห่งนั้นๆเป็นเขตป่าหรือพื้นที่อนุรักษ์ตามกฎหมาย เพื่อที่ผู้ใดจะไม่สามารถเข้าอยู่อาศัยหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในป่าแห่งนั้นได้อีกต่อไป และเพื่อให้ได้เป็นการเพิ่มพื้นที่ป่าให้สอดคล้องตามนโยบายของรัฐ<sup>16</sup>

ดังนั้น เมื่อรัฐมีนโยบายที่จะเพิ่มพื้นที่ป่าอนุรักษ์ โดยเฉพาะอุทยานแห่งชาติ การกำหนดแนวเขตอุทยานแห่งชาติจึงมีการเร่งรัดให้แล้วเสร็จโดยเร็ว แต่แนวเขตที่กำหนดให้เป็นเขตอุทยานแห่งชาติมีพื้นที่กว้างมากและสภาพภูมิประเทศยากต่อการสำรวจ การดำเนินของเจ้าหน้าที่ต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมากและไม่มียกประมาณเพียงพอ จึงต้องรวบรัดขั้นตอนการกำหนดพื้นที่ลงในแผนที่ของกรมแผนที่ทหาร แล้วจัดทำแผนที่ประกอบการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติ โดยไม่ได้สำรวจสภาพข้อเท็จจริงในพื้นที่ ทำให้แนวเขตอุทยานแห่งชาติที่ประกาศในระยะหลังทับซ้อนพื้นที่ที่ราษฎรอาศัยอยู่ กลายเป็นปัญหาความขัดแย้งระหว่างหน่วยงานของรัฐกับราษฎร โดยราษฎรเป็นผู้ไม่มีกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>17</sup> จึงกลายเป็นผู้บุกรุกพื้นที่และไม่มีสิทธิที่จะอยู่อาศัยในพื้นที่ได้อีกต่อไป เมื่อไม่มีที่อยู่อาศัยหรือที่ทำกิน เพื่อความอยู่รอดของตนเองและครอบครัว จึงเกิดการบุกรุกเข้าไปใช้พื้นที่อุทยานแห่งชาติ

### 2.3 ปัญหาในด้านการท่องเที่ยว

เมื่อรัฐมุ่งเน้นการพัฒนาท่องเที่ยวโดยไม่คำนึงถึงความสามารถในการรองรับของพื้นที่ของอุทยานแห่งชาติ โดยเฉพาะในอุทยานแห่งชาติทางทะเล ส่งผลให้ทรัพยากรเกิดความเสื่อมโทรม ทั้งเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพ ประกอบกับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีจำนวนไม่เพียงพอที่จะสามารถควบคุมดูแลได้อย่างทั่วถึง ทางแก้ของปัญหานี้ทางหนึ่งคือการเปิดโอกาสให้ประชาชนในท้องถิ่นได้มีส่วนร่วมในการจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรท่องเที่ยว

<sup>14</sup> มาตรา 6 เมื่อรัฐบาลเห็นสมควรกำหนดบริเวณที่ดินแห่งใดที่มีสภาพธรรมชาติ เป็นที่น่าสนใจให้คงอยู่ในสภาพธรรมชาติเดิม เพื่อสงวนไว้ให้เป็นประโยชน์แก่การศึกษาและรื่นรมย์ของประชาชน ก็ให้มีอำนาจกระทำได้ โดยประกาศพระราชกฤษฎีกาและให้มี แผนที่แสดงแนวเขตแห่งบริเวณที่กำหนดนั้นแนบท้ายพระราชกฤษฎีกาด้วย บริเวณที่กำหนดนี้เรียกว่า “อุทยานแห่งชาติ” ที่ดินที่จะกำหนดให้เป็นอุทยานแห่งชาตินั้น ต้องเป็นที่ดินที่มีได้อยู่ในกรรมสิทธิ์หรือครอบครอง โดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใด ซึ่งมีเขตหวงการเมือง

<sup>15</sup> มาตรา 7 การขยายหรือการเพิกถอนอุทยานแห่งชาติไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา และในกรณีที่มีใช้เป็นการเพิกถอนอุทยานแห่งชาติทั้งหมด ให้มีแผนที่แสดงเขตที่เปลี่ยนแปลงไป แนบท้ายพระราชกฤษฎีกาด้วย

<sup>16</sup> อัญญาชุตน์ ตันติกุล, คนรุกป่าหรือป่ารุกคน : การตีความกฎหมายเพื่อความเป็นธรรมกรณีชนเผ่าพื้นเมืองในผืนป่า, เอกสารประกอบการสัมมนา เนื่องในโอกาสสมทวงเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 12 สิงหาคม 2559, “เรื่อง สิทธิชุมชนกับการอนุรักษ์ป่าไม้ : เส้นขนานที่ไม่มีวันบรรจบ?”, น.1.

<sup>17</sup> บรรเจิด พวงเงิน, “ปัญหาการเข้าใช้พื้นที่อุทยานแห่งชาติโดยมิชอบด้วยกฎหมาย.” การศึกษาอิสระเสนอ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ปีการศึกษา 2554, น.78-79.

จะทำให้ประชาชนรู้สึกถึงความเป็นเจ้าของทรัพยากร ตระหนักถึงบทบาทหน้าที่และความสำคัญในการดูแลรักษา ทรัพยากรในเขตอุทยานแห่งชาติ ส่งผลให้กระบวนการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรมีประสิทธิภาพและยั่งยืน<sup>18</sup>

#### 2.4 ปัญหาข้อจำกัดของเจ้าหน้าที่

อุทยานแห่งชาติหลายแห่งมีขนาดใหญ่ครอบคลุมพื้นที่หลายจังหวัด ทำให้เจ้าหน้าที่ที่มีจำนวนไม่เพียงพอ นั้น มีข้อจำกัดในการดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติ ยกต่อการบริหารจัดการ ส่งผลให้มีการลักลอบตัดไม้ ล่าสัตว์ ดังนั้น หากเปิดโอกาสให้ภาคประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการอุทยานแห่งชาติจะสามารถบรรเทาปัญหานี้ได้

#### 2.5 ปัญหาความขัดแย้งกับวิถีชีวิตดั้งเดิมของประชาชนในพื้นที่

ตามที่พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองที่ดินที่เป็นอุทยานแห่งชาติไว้ อย่างกว้างขวางในมาตรา 16 โดยการห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือครอบครอง เก็บหา นำออกไป ซึ่งไม้ ยางไม้ แร่ หรือ ทรัพยากรอื่น นำสัตว์ป่าออกไป หรือกระทำได้ด้วยประการใด ๆ ที่เป็นอันตรายแก่สัตว์ หรือทำให้เสื่อมสภาพแก่ หิน กรวด ทราย กัดขวางทางน้ำหรือทางบก หรือเก็บหาของป่าทั้งหลาย กระทั่งดอกไม้ ใบไม้ หรือผลไม้ ตลอดจน ควบคุมการใช้ยานพาหนะให้อยู่ในบริเวณที่กำหนดไว้เท่านั้น

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้มีผลต่อราษฎร ทั้งในแง่ของการใช้ทรัพยากรป่าไม้ ผลผลิตจากป่า และในแง่ ของที่ดินทำกินและที่อยู่อาศัย กล่าวคือ เมื่อมีการประกาศพื้นที่ใดเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ ก็จะไม่อนุญาตให้ราษฎร ตั้งบ้านเรือนหรือทำมาหากินในพื้นที่ดังกล่าว ชาวบ้านจะไม่สามารถเข้าไปในเขตอุทยานแห่งชาติเพื่อหาของป่า เพื่อการค้าหรือตามปกติวิสัย จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐ ครอบงำการกระทำของบุคคลในเขตอุทยานแห่งชาติที่ได้ประกาศไว้อย่างกว้างขวางที่สุด พนักงานเจ้าหน้าที่มี อำนาจออกคำสั่งตั้งแต่ให้ออกไปจากเขตอุทยานแห่งชาติหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ในเขตอุทยานแห่งชาติได้ (มาตรา 21)<sup>19</sup>

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2480/2541 การที่ผู้ใดครอบครองที่ดินพิพาทโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนที่ รัฐบาลจะประกาศบริเวณที่ดินพิพาทให้อยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ ตามพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับนั้น แม้จะได้มี การครอบครองสืบต่อกันมานาน 50 ปี ก่อนเป็นอุทยานแห่งชาติก็ตาม ถือว่ายึดถือครอบครองที่ดินนั้นโดยไม่มีสิทธิ ตามกฎหมาย ย่อมมีความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ คำพิพากษานี้ชี้ให้เห็นว่า การครอบครองที่ดินของรัฐ หรือป่าสงวนหรือเขตอุทยานแห่งชาตินั้น แม้จะครอบครองก่อนเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ นานกี่ปีก็ตาม ต้องถือว่าเป็นการครอบครองโดยไม่ชอบ และถือว่าไม่ชอบตลอดไปจนกว่าจะมีการยอมรับ การครอบครองที่ดินนั้นตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาตินั้น ทั้งยังต้องถือว่ามีความผิดฐานยึดถือครอบครองอุทยานแห่งชาติโดยไม่ได้รับอนุญาต และถือว่าเป็นการบุกรุกเขตป่า สงวนแห่งชาติ หรือเขตอุทยานแห่งชาติ ผิดตามพระราชบัญญัติป่าไม้ หรือพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ หรือพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติแล้วแต่กรณี

ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมักจะถือหลักพิจารณาว่า ป่าไม้นั้นผู้นั้นแม้จะครอบครองติดต่อกันมานานแล้วก่อนเป็น อุทยานแห่งชาติ บางกรณีนานมากเป็นร้อย ๆ ปี เมื่อไม่มีหลักฐาน ก็ไม่ได้สิทธิครอบครองที่ดินนั้นทั้งสิ้น แม้จะได้รับ โอนมาจากผู้ที่ครอบครองอยู่ก่อนนานเท่าใดก็ตาม (ฎีกาที่ 3063-4/2535 2536 ฎส.72) และจะอ้างว่าไม่รู้ว่ที่ดิน แปลงที่เกิดเหตุเป็นอุทยานแห่งชาติหาได้ไม่ (ฎีกาที่ 3009-10/2537 2537 ฎส. 220) จะต้องมีคามผิดทั้งสิ้น ตามความผิดที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 54<sup>20</sup> พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ มาตรา 14<sup>21</sup> และพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 16 (1)<sup>22</sup> แล้วแต่กรณี

<sup>18</sup> ญัฐพล ลือสิงหนาท, “การอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรท่องเที่ยวทางธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติทางทะเล,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, น.180-181.

<sup>19</sup> เสน่ห์ จามริก และคณะ, ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา ป่าผืนเขตร้อนกับภาพรวมของป่าชุมชนใน ประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536), เล่มที่ 1, น.105.

<sup>20</sup> มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484.

ความผิดดังกล่าวนี้ การกระทำอันเดียวที่เข้าไปยึดถือครอบครอง แฝวถางป่าไม้นั้นอาจผิดได้ตามกฎหมาย ทั้งสามฉบับ ซึ่งถือว่าเป็นความผิดกรรมเดียวหลายบท และสามารถลงโทษบทหนักที่สุดได้<sup>23</sup>

การกำหนดเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติที่เป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบันก็คือ ปัญหาเรื่องแนวเขตไม่ชัดเจน ในการกำหนดเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติแต่ละแห่งนั้น เดิมได้มีการสำรวจอย่างละเอียดแต่ต่อมาการกำหนดเขตพื้นที่ อุทยานแห่งชาติได้เร่งรัดให้เสร็จโดยเร็ว เพื่อตอบสนองนโยบายรัฐบาลแต่ละสมัย จึงรวบรัดขั้นตอนโดยกำหนดพื้นที่ ในแผนที่สภาพภูมิประเทศของกรมแผนที่ทหาร แล้วจัดทำแผนที่ประกอบการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตพื้นที่ อุทยานแห่งชาติ โดยมีได้ดูจากสถานที่จริง จึงทำให้อุทยานแห่งชาติที่ประกาศในระยหลังมีปัญหาเกี่ยวกับราษฎรในพื้นที่ ประกอบกับการกำหนดแนวเขตพื้นที่และการรังวัดแนวเขตพื้นที่ในสภาพภูมิประเทศจริงนั้น เป็นไปด้วย ความยากลำบากและถูกขัดขวางจากราษฎร ดังนั้นขีดความสามารถในการกำหนดเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติ อย่างถูกต้องตามหลักวิชาการจึงมีค่อนข้างต่ำ การกำหนดเขตพื้นที่จึงเป็นไปอย่างไม่ถูกต้องเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับของประชาชน

หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ทำให้การจัดการทรัพยากรในพื้นที่ ป่า ที่ดิน พืชพรรณ สัตว์ป่าและทรัพยากรชีวภาพทั้งหมดเป็นของรัฐ พื้นที่ป่าทุกแห่งแม้จะมีชุมชนตั้งรกรากถิ่นฐาน ทั้งที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ทำกินในเขตป่า แต่ไม่มีเอกสารสิทธิ์ ต้องตกเป็นบุคคลที่อาศัยในพื้นที่ป่าไปโดยปริยาย จึงต้องอพยพโยกย้ายออกมาจากพื้นที่ดังกล่าว และไม่สามารถทำกินและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพได้อีก ต่อไป เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ กฎหมายอุทยานแห่งชาติฉบับนี้ประกาศให้พื้นที่ป่าเป็นของรัฐ โดยให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจสิทธิขาด การกำหนดพื้นที่ใช้วิธีกำหนดเขตลงในแผนที่ ขาดการมีส่วนร่วมของ ประชาชน ไม่มีการสำรวจพื้นที่ทำให้ที่อยู่อาศัย ที่ทำกิน และป่าชุมชนของชุมชนกลายเป็นพื้นที่อุทยานแห่งชาติ ในทันที ทำให้รัฐเข้าไปมีอำนาจเหนือผืนแผ่นดินดังกล่าวโดยทันที และประชาชนก็กลายเป็นผู้บุกรุกพื้นที่และไม่มีสิทธิใด ๆ ในพื้นที่อีกต่อไป ทำความไม่พอใจให้แก่ราษฎรที่ยังมีวิถีชีวิตอยู่กับป่าอย่างมาก

ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติดอยหลวงในปี พ.ศ. 2533 พื้นที่อุทยานแห่งชาติได้ ซ้อนทับหมู่บ้านทั้งหมด ชาวบ้านถูกอพยพในต้นเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2537 ด้วยงบประมาณทั้งสิ้น 197 ล้านบาท เป็นค่าชดเชย ค่ารถถอน และการสร้างชุมชนรองรับที่บ้านแม่ฮ้อ-ผาฮ่อ ในเขตอำเภอวังเหนือ จังหวัดลำปาง การอพยพชาวบ้านดำเนินไปอย่างรวดเร็วงบประมาณพัฒนาชุมชนด้านสาธารณสุข โภค สุขภาพและการศึกษา มีไม่เพียงพอ การดำรงชีวิตบนผืนแผ่นดินใหม่ในพื้นที่รองรับ “ผาฮ่อ-แม่ฮ้อ” ชุมชนต้องเผชิญกับความยากลำบาก ต้องปรับตัวกับสภาพแวดล้อม วัฒนธรรม ภาษาพูดที่แตกต่าง การเตรียมการรองรับชุมชนเกิดใหม่นี้ไม่ พร้อมเพรียง ชาวบ้านได้รับการบริการและการดูแลไม่ทั่วถึง

ปัญหาที่หนักหน่วงสำหรับการดำรงวิถีชีวิตชาวบ้านคือ ปัญหาเรื่องที่ดินทำกินแม้ว่าจะมีการเตรียมที่ดินทำ กินไว้รองรับ แต่ก็เป็นที่ดินปนหินกรวดคุณภาพต่ำสุดในจังหวัดลำปางซึ่งไม่สามารถทำกินได้จริง เนื่องจากที่ดินในเขต พื้นที่ราบที่ดี ๆ ก็มีคนจับจองมาก่อนแล้ว ชาวบ้านจึงต้องออกไปรับจ้างในเมืองมากขึ้นเพื่อเป็นการแก้ปัญหา

---

ห้ามมิให้ผู้ใด ก่อสร้าง แฝวถาง หรือเผาป่า หรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำลายป่า หรือเข้ายึดถือหรือ ครอบครองป่าเพื่อตนเองหรือผู้อื่น เว้นแต่จะกระทำภายในเขตที่ได้จำแนกไว้เป็นประเภทเกษตรกรรม และรัฐมนตรีได้ประกาศ ในราชกิจจานุเบกษาหรือโดยได้รับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

<sup>21</sup> มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507

ในเขตป่าสงวนแห่งชาติห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือครอบครองทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในที่ดิน ก่อสร้าง แฝวถาง เผา ป่า ทำไม้เก็บหาของป่า หรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ

<sup>22</sup> มาตรา 16 (1) แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

ภายในเขตอุทยานแห่งชาติห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือหรือครอบครองที่ดิน รวมตลอดถึงกันสร้าง แฝวถาง หรือเผาป่า

<sup>23</sup> รชฎ เจริญจำ, “ปฏิวัติเคราะห์ ครอบครองมาก่อนเป็นป่าสงวน ก็ผิด,” วารสารอัยการ, เล่มที่ 249, ปีที่ 21, (พฤศจิกายน 2541), น.49-56.

ประทังชีวิต จึงสะท้อนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เห็นว่าแนวทางการจัดการป่าของรัฐได้ทำลายชุมชน ความหลากหลายทางวัฒนธรรมของชนเผ่าไปอย่างน่าเสียดาย<sup>24</sup>

หรือกรณีอุทยานแห่งชาติภูพานกับชุมชนบ้านเชิงดอย อำเภอภูพาน จังหวัดสกลนคร ชาวบ้านชุมชนบ้านเชิงดอยนี้มีวิถีชีวิตผูกพันกับป่าไม้มาก โดยเฉพาะการทำมาหากินในผืนป่าเพื่อการดำรงชีวิต หลังจากปี พ.ศ. 2504 ทางราชการได้มาปักเสาแนวเขตอุทยานแห่งชาติภูพานซึ่งรวมพื้นที่หมู่บ้านเชิงดอยและที่ดินทำกินของชาวบ้านเข้าไว้ในเขตอุทยานแห่งชาติด้วย และได้มีคำสั่งให้ประชาชนย้ายออกจากป่าที่เป็นที่อยู่อาศัยเดิมนี้ออกไปที่หมู่บ้านฮ่องสอน แต่ชาวบ้านปฏิเสธที่จะย้ายและได้ประวิงเวลาในการโยกย้าย นอกจากนี้ยังได้มีการรวมตัวกันต่อต้านเพื่อให้ครอบครัวและชุมชนของตนได้อยู่ทำกินในที่ดินและป่าผืนเดิม การประกาศเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติภูพานนี้ได้รวมเอาเนื้อที่ผืนป่าอันเป็นที่รักและหวงแหนของชุมชนหมู่บ้านเชิงดอยอันได้แก่ ป่าโคก ป่าดอนปู่ตา และป่าคง เข้าไว้ในอุทยานแห่งชาติภูพานด้วย ผลที่เกิดขึ้นคือชาวบ้านเชิงดอยไม่สามารถเข้าไปหาอาหารจากป่าเพื่อมาเลี้ยงชีพได้ ป่าที่ชาวบ้านเคยร่วมกันอนุรักษ์ไว้ก็ขาดผู้ดูแลอย่างใกล้ชิด ป่าที่เคยอุดมสมบูรณ์ที่ชาวบ้านเคยร่วมกันดูแลรักษาก็เริ่มมีชาวบ้านหมู่บ้านอื่นเข้ามาลักลอบตัดไม้ ผลก็คือผืนป่าถูกทำลายมากขึ้นโดยผู้มีอิทธิพล ทำให้ชุมชนขาดความศรัทธาต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่ดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติภูพานอย่างยิ่ง

การที่รัฐออกกฎหมายสงวนรักษาป่าไม้เข้มงวดขึ้นนั้น เช่น พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ชาวบ้านราษฎรเริ่มเปลี่ยนแปลงทัศนคติเกี่ยวกับป่าไม้จากที่เคยคิดว่าผืนป่าเป็นเจ้าของป่า เปลี่ยนมาเป็นรัฐบาลเป็นเจ้าของป่า จึงเกิดความขัดแย้งของแนวความคิดระหว่างชาวบ้านกับรัฐบาลในเรื่องความหมายของป่าไม้และการเป็นเจ้าของพื้นที่ป่า ในความหมายของคำว่าอุทยานแห่งชาตินั้น ชาวบ้านราษฎรจะไม่เข้าใจและคิดว่าเหมือนกับป่าสงวน คือชาวบ้านไปเก็บเห็ดหาพืชในป่าอุทยานแห่งชาติได้เหมือนป่าสงวน ตัวอย่างเช่นในอดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดลำพูน นายประเทือง ปานลักษณ์ ได้เสนอต่อชาวบ้าน บ้านทุ่งยาว ตำบลศรีบัวบาน จังหวัดลำพูน ซึ่งได้อนุรักษ์ป่าน้ำจืดมาเป็นเวลานานกว่า 60 ปี ให้ยกป่าทุ่งยาวบ้านน้ำจืดแก่กรมป่าไม้เป็นอุทยานแห่งชาติเสีย เพื่อมิให้คนภายนอกมาทำลาย ชาวบ้านเห็นชอบด้วย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรท่านนี้จึงได้ไปแจ้งกรมป่าไม้ ครั้นเจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติมาสำรวจได้บอกแก่ชาวบ้านว่า “เมื่อเป็นอุทยานแห่งชาติแล้ว ใบตองแห้งสักใบก็จะเอาออกจากอุทยานแห่งชาติไม่ได้” ชาวบ้านจึงได้เริ่มเอะใจและเริ่มคัดค้านการเอาป่าน้ำจืด มาประกาศเป็นอุทยานแห่งชาติ

จึงเห็นได้ว่าเท่าที่ผ่านมา รัฐได้มีการละเลยที่จะสื่อสารกับชาวบ้านให้เข้าใจหลักเกณฑ์ของรัฐที่ใช้เป็นพื้นฐานของการบริหารนั้น รัฐตั้งสมมติฐานว่าเป็นหน้าที่ที่ทุกคนจะเข้าใจเอง แต่ในความเป็นจริง แม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเองก็ยังไม่เข้าใจอย่างถูกต้อง ราษฎรในท้องที่ห่างไกลยิ่งขาดข้อมูลและความเข้าใจเพียงพอที่จะปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง

อันที่จริง ความคิดและจิตสำนึกของชาวบ้านในการอนุรักษ์ป่าไม้นั้นปรากฏชัดเจนในความรู้สึกของความเป็นชุมชนอยู่แล้ว เนื่องมาจากความผูกพันของชุมชนในการควบคุมทรัพยากรชาวบ้านยังยึดถือประเพณีที่ว่าชุมชนเป็นเจ้าของทรัพยากรในขอบเขตที่กำหนดขึ้น จากวิถีชีวิตของสมาชิกในชุมชนนั้น ด้วยการวางกฎเกณฑ์เพื่อรักษาและใช้ทรัพยากรนั้น แต่ความคิดและประเพณีเช่นนี้ไม่เป็นที่ยอมรับของรัฐบาล ในสายตาของรัฐจะยอมรับแต่กรรมสิทธิ์ของเอกชน ที่ดินที่เหลือนอกจากนั้นรัฐจะถือว่าเป็นที่สาธารณประโยชน์หรือที่ดินของรัฐในรูปของป่าสงวนแห่งชาติหรืออุทยานแห่งชาติ เมื่อเป็นเช่นนี้ ทรัพยากรภายในขอบเขตที่เคยอนุญาตให้กับสมาชิกของชุมชนเท่านั้นในฐานะที่เป็นผู้มีหน้าที่ดูแลรักษา ก็ถูกบุคคลภายนอกเข้าแสวงหาประโยชน์ในรูปของการได้รับสัมปทานจากรัฐก็ดี หรือบุกรุกโดยพลการก็ดีแต่ในความรู้สึกของความเป็นชุมชนนั้น ชาวบ้านมองเห็นว่าการเข้ามาของบุคคลภายนอกไม่ว่าจะถูกกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ขัดกับประเพณีที่ว่าคนภายนอกไม่ได้เป็นผู้ดูแลรักษา จึงไม่มีสิทธิที่จะเข้ามาใช้ประโยชน์

<sup>24</sup> เปิดแฟ้มละเมิดสิทธิคนบ้านป่า คนชายขอบแผ่นดินไทย มูลนิธิพัฒนาภาคเหนือ, กรุงเทพมหานคร : ปีเอสการพิมพ์ 2542, น.14-15, อ้างในอภิญา เลื่อนฉวี, รายงานการวิจัยเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการแหล่งท่องเที่ยวเชิงนิเวศ : ศึกษาเฉพาะกรณีอุทยานแห่งชาติ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547).

และวิธีการที่คนภายนอกจะใช้ประโยชน์ก็ไม่ได้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของชุมชน จึงอาจส่งผลร้ายต่อการดำรงชีวิตของชุมชนได้ ความรู้สึกเช่นนี้แสดงให้เห็นในเหตุการณ์ที่ชาวบ้านลุกขึ้นประท้วงเข้ามาหาประโยชน์จากป่าไม้ ในบริเวณหมู่บ้านหลายแห่ง ซึ่งการประท้วงส่วนใหญ่ของชาวบ้าน จะคัดค้านการตัดไม้ของบริษัทที่ได้รับสัมปทานซึ่งมีผลกระทบต่อดำรงชีวิตของชาวบ้านมากที่สุด เพราะเป็นตัวการสำคัญในการทำลายต้นน้ำลำธารที่ชาวบ้านใช้สำหรับทำการเกษตร

แน่นอนที่ว่าผลพวงของการดำเนินนโยบายนี้ย่อมจะทำให้ตัวเลขของป่าอนุรักษ์เพิ่มขึ้นแต่อีกสิ่งหนึ่งที่เกิดขึ้นควบคู่มาด้วยก็คือ ความเดือดร้อนของประชาชนที่อาศัยหรือทำกินในป่า ซึ่งมีจำนวนไม่น้อยเป็นผู้อยู่อาศัยหรือใช้ที่ดินนั้นทำกินก่อนการประกาศเขตป่าอนุรักษ์นานหลายชั่วชีวิตคน ด้วยเหตุที่ชุมชนมุนุษย์นั้นมีแนวโน้มการขยายตัวออกอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะจากการเพิ่มของจำนวนประชากรหรือการแสวงหาที่ทำกิน ดังนั้น การกำหนดเขตพื้นที่อนุรักษ์จึงเป็นการจำกัดเขตการขยายตัวของชุมชนให้อยู่ในวงจำกัด หากรัฐบาลใช้นโยบายในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวกับราษฎรที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้บุกเบิกป่าเหล่านี้ ด้วยมาตรการที่แข็งกร้าว ตายตัว เหยียงแห และขาดเมตตาธรรมปัญหาจะยิ่งรุนแรงขึ้น

ตัวอย่างเช่น อุทยานแห่งชาติหมู่เกาะช้างประกาศจัดตั้งขึ้นเป็นอุทยานฯ หลังจากที่มิประชากรเข้ามาจับจองและใช้เป็นที่อยู่อาศัย ทำให้มีปัญหาสิ่งแวดล้อมที่และแนวเขต เกิดปัญหาการโต้เถียงกันระหว่างชาวบ้านกับทางอุทยานแห่งชาติอยู่ตลอดเวลา<sup>25</sup>

ในแง่ของพื้นที่ กรมป่าไม้ระบุว่า พื้นที่เขตอุทยานแห่งชาติทั่วประเทศ มีคนอยู่อาศัยและทำกินรวม 359,337.13 ไร่ แบ่งเป็นทั้งอยู่อาศัยและทำกิน 304,862.13 ไร่ และเฉพาะที่ทำกินแต่อาศัยอยู่ข้างนอกมี 54,475 ไร่ ส่วนในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่ามีคนอยู่อาศัยทำกินรวม 531,372 ไร่ แบ่งเป็นทั้งอยู่อาศัยและทำกิน 270,372 ไร่ และทำกินอย่างเดียว 260,461 ไร่

เมื่อเป็นเช่นนี้จึงควรมีการกำหนดแนวทางในการใช้ประโยชน์พื้นที่ที่มีอยู่ ให้ได้ประโยชน์สูงสุดโดยจัดที่อยู่อาศัยให้แก่คนในชุมชนให้เพียงพอกับจำนวนประชากรที่เพิ่มขึ้น หรือเปลี่ยนลักษณะการหารายได้จากพื้นที่จากงานด้านเกษตรกรรมเป็นงานด้านอื่น เช่น งานเกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวในพื้นที่อนุรักษ์ เป็นต้น<sup>26</sup>

2.6 ความพยายามในการแก้ปัญหาเรื่องความร่วมมือของประชาชนในการจัดการอุทยานแห่งชาติและความขัดแย้งระหว่างประชาชนและเจ้าหน้าที่รัฐ ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 นั้น แม้ว่าจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการอุทยานแห่งชาติ และ บทเฉพาะกาลในส่วนประเด็นที่รัฐพยายามแก้ไขปัญหาชุมชนที่อยู่ในพื้นที่อุทยานแห่งชาติ แต่ก็ยังพบว่าหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนยังไม่เป็นไปตามแนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนที่คำนึงถึงสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างแท้จริง และมีได้มีความชัดเจนเพียงพอที่จะนำไปสู่การจัดการทรัพยากรธรรมชาติอุทยานแห่งชาติอย่างยั่งยืน ใน 2 ประเด็นที่ผู้เขียนเห็นว่าสำคัญ ดังนี้

1. ได้มีการกำหนดให้กรมอุทยานแห่งชาติฯ สืบราชการถือครองที่ดินของประชาชนที่อาศัยหรือทำกินอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ โดยมีการวางเงื่อนไขต่าง ๆ เช่นการกำหนดให้ประชาชนต้องขึ้นโครงการอนุรักษ์และดูแลรักษาทรัพยากรภายในอุทยานแห่งชาติโดยมิได้สิทธิในที่ดินนั้น โดยกำหนดกรอบระยะเวลาของโครงการดังกล่าวไม่เกิน 20 ปี อีกทั้งยังกำหนดคุณสมบัติและหน้าที่ของผู้อยู่มาก่อนการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติ เป็นต้น ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่าการที่รัฐออกกฎหมายในลักษณะนี้เท่ากับเป็นการยอมรับแต่แรกเลยว่าชุมชนที่อยู่อาศัยและทำกินมาก่อนประกาศเป็นเขตอุทยานแห่งชาติเป็นผู้บุกเบิก อีกทั้งการกำหนดกรอบระยะเวลาของโครงการอนุรักษ์ดังกล่าวเสมือนกับชุมชนต้องอาศัยรัฐอยู่ในลักษณะของการเช่า หากมองในมุมกลับกันถ้าชุมชนมีวิถีชีวิต วัฒนธรรมที่เกื้อกูล

<sup>25</sup> อภิญญา เลื่อนฉวี, รายงานการวิจัยเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการแหล่งท่องเที่ยวเชิงนิเวศ : ศึกษาเฉพาะกรณีอุทยานแห่งชาติ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), น.88.

<sup>26</sup> เพิ่งอ้าง, น.83-90.

ต่อการรักษาป่าและมีศักยภาพพอหรือจัดการได้ดีอยู่แล้วแต่รัฐกลับกำหนดให้ชุมชนต้องอยู่ภายใต้กรอบกติกาของรัฐ คุณค่าความเชื่อวิถีของชุมชนแต่เดิมอาจจะหายไปเลย ดังนั้นถ้าให้รัฐมาแลกเปลี่ยนอบรมกับชุมชนยอมรับศักยภาพของชุมชนและสร้างกติกาที่จะอยู่ร่วมกันน่าจะช่วยให้ลดความขัดแย้งลงและร่วมกันอนุรักษ์ทรัพยากรในพื้นที่อุทยานแห่งชาติให้เกิดความยั่งยืนได้

2. การวางแผนการบริการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติแม้กฎหมายฉบับดังกล่าวจะบัญญัติว่าในส่วนของการวางแผนบริหารจัดการอุทยานแห่งชาติในแต่ละพื้นที่จะต้องเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของชุมชนซึ่งก็ยังไม่ชัดเจนในรายละเอียดว่าจะให้เข้ามามีส่วนร่วมได้อย่างไรบ้าง อีกทั้งยังกำหนดให้ต้องผ่านความเห็นชอบของอธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติฯ เท่ากับว่าอำนาจในการบริหารจัดการก็ยังขึ้นอยู่กับอธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติฯ แต่เพียงผู้เดียว



### 3. กฎหมายต่างประเทศที่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดการอุทยานแห่งชาติ

#### 3.1 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาได้ประกาศใช้ CANADA NATIONAL PARK ACT SC.2000 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องรักษาเขตพื้นที่ให้เป็นแหล่งท่องเที่ยวธรรมชาติ โดยมีมาตรการต่าง ๆ ควบคุมเพื่อการอนุรักษ์ให้แก่ชนรุ่นหลัง การบริหารจัดการอุทยานแห่งชาติของแคนาดานั้น การป้องกันรักษาทรัพยากรธรรมชาติถือเป็นสิ่งสำคัญลำดับแรก ที่รัฐมนตรีซึ่งมีหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัติจะต้องจัดเตรียมแผนระยะยาวในการบริหารจัดการอุทยานแห่งชาตินั้นซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมถึงวิธีการจัดการระบบนิเวศของอุทยานแห่งชาติ การพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติ การกำหนดเขตพื้นที่บริการนักท่องเที่ยว การระแวงระวังและการประเมินผล โดยรัฐบาลแคนาดาจะต้องจัดให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการวางแผนบริหารจัดการพื้นที่อุทยานแห่งชาติ ความร่วมมือของประชาชนดังกล่าวมีทั้งในระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับท้องถิ่น รวมไปถึงการมีส่วนร่วมขององค์กรพิทักษ์สิ่งแวดล้อม ตลอดจนผู้แทนจากชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้เพื่อเป็นการวางนโยบายและกฎระเบียบต่าง ๆ ของอุทยานแห่งชาติ การจัดตั้งอุทยานแห่งชาติ การจัดการพื้นที่อุทยานแห่งชาติ และการพัฒนาความสัมพันธ์กับชุมชนท้องถิ่นหรือกรณีอื่นใดที่รัฐมนตรีเห็นสมควร และทุก ๆ 2 ปี รัฐมนตรีจะต้องทำรายงานเกี่ยวกับสภาพของอุทยานแห่งชาติทุกแห่ง<sup>27</sup>

จะเห็นได้ว่าการบริหารจัดการอุทยานแห่งชาติของประเทศแคนาดาให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกระดับ ซึ่งแตกต่างจากการบริหารจัดการอุทยานแห่งชาติของประเทศไทยที่ไม่ได้ให้ประชาชนมีส่วนร่วมแต่อย่างใดไม่ว่าการกำหนดให้พื้นที่ป่าใดเป็นอุทยานแห่งชาติหรือบริหารอุทยานแห่งชาติด้านอื่น ๆ

อีกทั้งในประเทศแคนาดาเนื่องจากเป็นประเทศที่มีหลายชาติพันธุ์ ในกฎหมายอุทยานแห่งชาติของแคนาดาจะมีการกันเขตสำหรับชนเผ่าพื้นเมืองที่หากินในเขตป่า ทำในสิ่งที่คนผิวขาวทำไม่ได้ เพราะเขาให้ความสำคัญกับสิทธิทางวัฒนธรรมหมายความว่าสิทธิทางวัฒนธรรมกลายเป็นหลักคิดที่ใช้ในการออกกฎหมายด้วย<sup>28</sup>

#### 3.2 ประเทศอินโดนีเซีย

การบริหารจัดการอุทยานแห่งชาติของอินโดนีเซียมีปัญหาเกี่ยวกับการยึดถือครอบครองที่ดิน การลักลอบทำไม้ การเก็บหาของป่า ทำให้ระบบนิเวศของอุทยานแห่งชาติเสื่อมโทรมเป็นอย่างมากทำให้รัฐบาลอินโดนีเซียเล็งเห็นความสำคัญของการจัดการอย่างมีส่วนร่วม จึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาอุทยานแห่งชาติขึ้น ที่ประกอบไปด้วยผู้แทนชุมชนท้องถิ่น ผู้แทนหน่วยงานรัฐ ป่าไม้อำเภอและเจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำหรือพิจารณาเกี่ยวกับการแบ่งเขตการจัดการและวางแผนการป้องกัน การจัดการอย่างมีส่วนร่วมโดยคำนึงสิทธิของชนพื้นเมือง<sup>29</sup>

#### 3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

แนวทางการจัดการอุทยานแห่งชาติของสหรัฐอเมริกาในยุคแรก ๆ อย่างอุทยานแห่งชาติ yellow stone ซึ่งเป็นอุทยานแห่งชาติที่แรกของโลก มีการเอาคนอินเดียนแดงออกทั้ง ๆ ที่คนเหล่านี้ใช้ประโยชน์ในเขตป่ามากกว่า 1,000 ปี (ซึ่งแนวคิดโมเดลป่าปลอดคนดังกล่าวประเทศไทยก็ได้ไปลอกเลียนแบบจากสหรัฐอเมริกามาเหมือนต้องกลับมาทบทวนเรื่องนี้ค่อนข้างหนัก<sup>30</sup>)

ใน พ.ศ. 2459 รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้จัดตั้งกรมอุทยานแห่งชาติขึ้นในกระทรวงมหาดไทยเพื่อส่งเสริมและควบคุมการใช้ประโยชน์พื้นที่ของรัฐบาลกลางที่เป็นอุทยานแห่งชาติ อนุสรณ์สถาน และเขตสงวน โดยวิธีการ

<sup>27</sup> เฟิงอ้วง, น.137.

<sup>28</sup> อานันท์-ชยันต์-อรธจักร์, ร่วมถก “วิกฤตสิทธิชุมชนกับอำนาจนิยมในทรัพยากร.” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2562, จาก [http://prachatham.com/article\\_detail.php?id=451](http://prachatham.com/article_detail.php?id=451).

<sup>29</sup> ทวี หนูทอง, “การจัดการอย่างมีส่วนร่วม : กรณีศึกษาคณะกรรมการที่ปรึกษาระดับพื้นที่.” วารสารสมาคมศิษย์เก่าวนศาสตร์, (กันยายน 2552), น.42-43.

<sup>30</sup> บทสัมภาษณ์ คุณวีรวัฒน์ ธีระประสาธน์ อดีตหัวหน้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าทุ่งใหญ่นเรศวร, มูลนิธิฟื้นฟูชีวิตและธรรมชาติ, มูลนิธิฟื้นฟูชีวิตและธรรมชาติ, วันที่ 1 มิถุนายน 2559.

และมาตรการเพื่อให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายพื้นฐานของอุทยาน อนุสรณ์สถานและเขตสงวน ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่ออนุรักษ์ทิวทัศน์ วัตถุธรรมชาติ ประวัติศาสตร์ และสัตว์ป่าที่มีอยู่และเพื่อให้ความรื่นรมย์ตามสภาพที่เป็นอยู่มิให้เสียหายเพื่อประโยชน์และความรื่นรมย์ของอนุชนในอนาคต โดยเปิดโอกาสให้ประชาชนในระดับชาติ ภูมิภาค และท้องถิ่นแสดงความคิดเห็นและร่วมกันวางแผนและจัดการอุทยานแห่งชาติปรึกษาหารือกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง กลุ่มผลประโยชน์ก่อนตัดสินใจในการวางแผนและดำเนินการ โดยการประชุมเชิงปฏิบัติการ และการประชุม การจัดการอุทยานแห่งชาติของสหรัฐอเมริกาหลายแห่งมิได้ดำเนินการเฉพาะในเขตอุทยานแห่งชาติ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับที่ดินใกล้เคียงก็มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการอุทยานแห่งชาติ เพื่อหลีกเลี่ยงและแก้ไขความขัดแย้งกับที่ดินใกล้เคียง กรมอุทยานแห่งชาติจะทำงานร่วมกับองค์กรอื่น ๆ โดยร่วมกันวางแผนจัดการอุทยานแห่งชาติ นอกจากนี้ยังมีการร่วมมือกับหน่วยงานประชาชนในการวิจัย การแบ่งปันข้อมูลและความรู้ ร่วมวางแผนการใช้ที่ดินภูมิภาคและร่วมมือกับมลรัฐและหน่วยงานชาวอเมริกันพื้นเมืองในการกำหนดข้อบังคับการล่าสัตว์สำหรับที่ดินนอกอุทยานแห่งชาติ ร่วมกับเจ้าของที่ดินใกล้เคียงอุทยานแห่งชาติเพื่อป้องกันไฟป่าร่วมกับองค์กรอื่น เพื่อป้องกันการเสื่อมโทรมของทรัพยากรในเขตอุทยานแห่งชาติ<sup>31</sup> ในระยะหลัง ๆ เราจะเห็นพัฒนาการของการกระจายอำนาจการจัดการไปยังชนพื้นเมืองในการจัดการอุทยานแห่งชาติ ในปี 1994 มีการออกกฎหมายที่เรียกว่า Tribal Self Governance Act หรือกฎหมายปกครองตนเองของชนเผ่าที่อนุญาตให้ชนพื้นเมืองสามารถยื่นจดหมายร้องขอที่จะบริหารจัดการพื้นที่ที่มีความสำคัญทางวัฒนธรรมของตนเองได้ซึ่งรวมถึงพื้นที่ในเขตป่าอุทยานแห่งชาติที่สำคัญหลายแห่งรวมถึง Yosemite, Redwood, Mount Rainier มีการปรับกฎหมายที่ทำให้อุทยานแห่งชาติสามารถอนุญาตให้ชนพื้นเมืองเข้าไปเก็บหาของป่าที่จำเป็นต่อการดำรงชีพได้ การจัดการอุทยานแห่งชาติในสหรัฐอเมริกานั้นเป็นเรื่องที่น่าสนใจเพราะแม้ว่าเมื่อเปรียบเทียบกับแคนาดาแล้วจัดว่ายังล่าช้าในเรื่องการพัฒนา ระบบสิทธิให้ชนพื้นเมืองสามารถจัดการป่าด้วยตนเองได้ แต่ก็อยู่ในแนวทางปฏิรูปที่ดำเนินรอยตามทิศทางนั้น การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเกิดขึ้นได้ก็เพราะในหลายทศวรรษที่ผ่านมาความขัดแย้งระหว่างชนพื้นเมืองกับอุทยานแห่งชาติปะทุขึ้นหลายแห่ง กระบวนการต่อต้านและผลักดันให้อุทยานยอมรับสิทธิในการจัดการป่าได้ทำให้เกิดแนวคิดเรื่อง Tribal National Parks หรือ “อุทยานแห่งชาติชนเผ่า” ขึ้น ซึ่งนับเป็นแนวทางใหม่ในการจัดการป่าอุทยานแห่งชาติของสหรัฐอเมริกาที่ให้สิทธิแก่ชนพื้นเมืองในประเทศได้สามารถบริหารจัดการป่าได้ด้วยตนเอง การถ่ายโอน สิทธิก็เป็นกระบวนการที่ค่อยเป็นไปค่อยไปคือมีการนำชาวบ้านมาฝึกฝนอบรม ให้อำนาจการบริหารจัดการพื้นที่ป่าที่มีประสิทธิภาพเสียก่อน จนมีศักยภาพพอแล้วเจ้าหน้าที่อุทยานก็จะค่อยๆถอนบทบาทออกไปและที่สำคัญงบประมาณในการจัดการอุทยานแห่งชาติในส่วนของชนพื้นเมืองนั้น รัฐเป็นผู้สนับสนุน(ภาษีของประชาชน)<sup>32</sup>

### 3.4 ประเทศนิวซีแลนด์

นิวซีแลนด์เป็นหนึ่งในประเทศที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดการจัดการอุทยานแห่งชาติจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการอพยพชนเผ่าพื้นเมืองออบอริจินออก แต่สุดท้ายก็เกิดปัญหาทำนองเดียวกับสหรัฐอเมริกา จึงต้องเอาคนพื้นเมืองเหล่านี้กลับเข้ามาแล้วก็ให้ชนเผ่าออบอริจินเป็นส่วนหนึ่งของการจัดการที่เรียกว่าการจัดการอุทยานแห่งชาติแบบพิเศษ<sup>33</sup> นิวซีแลนด์เป็นหนึ่งในหลาย ๆ ประเทศที่มีรายได้อันดับหนึ่งจากการท่องเที่ยว ทั้งนี้เนื่องจากสภาพแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติที่สวยงามอุดมสมบูรณ์ ทั้งยังได้รับการรักษาให้คงสภาพเดิมอย่างดีเยี่ยม ด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบการด้านการท่องเที่ยวเชิงนิเวศ จึงตระหนักในความสำคัญของธรรมชาติหันมาพัฒนาสภาพแวดล้อมให้มีความยั่งยืน และปฏิบัติตามมาตรการปกป้องและอนุรักษ์ธรรมชาติอย่างเคร่งครัด รัฐบาล

<sup>31</sup> ธนพล สารนาท สิ้นไชย บุรณะเรข และสุวัฒน์ ทัศนสุวรรณ, ผู้แปล, 2543. นโยบายการจัดการของกรมอุทยานแห่งชาติ กระทรวงมหาดไทย สหรัฐอเมริกา. (กรุงเทพมหานคร : กรมป่าไม้), น.15.

<sup>32</sup> ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, วิกฤตสิทธิชุมชนกับอำนาจนิยมในทรัพยากร, จาก [http://prachatham.com/article\\_detail.php?id=450](http://prachatham.com/article_detail.php?id=450), สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2562.

<sup>33</sup> บทสัมภาษณ์ คุณวีรวัฒน์ ธีระประสาธน์ อดีตหัวหน้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าทุ่งใหญ่นเรศวร, วันที่ 1 มิถุนายน 2559.

นิวซีแลนด์ได้ออกมาตรการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมมากมาย เช่น การบำบัดน้ำเสียและกำจัดขยะในอุทยานแห่งชาติ การคงไว้ซึ่งมาตรฐานความปลอดภัยในการท่องเที่ยวแบบผจญภัย ตลอดจนวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ธุรกิจท่องเที่ยวเชิงนิเวศและการผจญภัยต้องเผชิญ ซึ่งวิธีการหนึ่งในการจัดการท่องเที่ยวเชิงนิเวศก็คือ การให้คนในท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ เช่น จัดสร้างบ้านพักให้นักท่องเที่ยวได้สัมผัสธรรมชาติโดยรอบ และสนุกกับการทำกิจกรรมต่าง ๆ จัดให้มีทางเดินเท้าช่วยให้คนต้องการเอาชนะหลายเส้นทางที่ใช้เวลาเดินทางประมาณ 10-15 นาทีจนถึงจุดหมายปลายทาง เนื่องจากธรรมชาติของมนุษย์จะแสวงหาประสบการณ์การค้นพบธรรมชาติ กิจกรรมที่ให้โอกาสคนได้พบกับสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติได้แก่การพายเรือแคนู ดำน้ำ เดินป่า เป็นต้น<sup>34</sup> นอกเหนือไปจากนั้น ใน National Park Act 1980 ให้ความสำคัญกับอุทยานแห่งชาติมาก การจะเพิกถอนพื้นที่อุทยานต้องทำโดยพระราชบัญญัติ<sup>35</sup>

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เจตนารมณ์ของกฎหมายอุทยานแห่งชาตินั้น มิได้ขัดหรือแย้งกับหลักการในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะรัฐธรรมนูญก็มุ่งที่จะคุ้มครองดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติเพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อรัฐและประชาชน เช่นเดียวกัน เพียงแต่กฎหมายอุทยานแห่งชาติยังมีแนวคิด และมุ่งเน้นการทำงานโดยรัฐเพียงฝ่ายเดียว ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจมากเกินไป และไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนหรือหน่วยงานองค์กรเอกชนต่าง ๆ เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการอุทยานแห่งชาติ แม้จะมีพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ที่พยายามจะแก้ไขปัญหาคอนอยู่กับป่าและเพิ่มเติมรับรองเรื่องมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการอุทยานแห่งชาติ แต่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็ยังมีข้อบกพร่องในหลาย ๆ ประเด็นตามที่ได้วิเคราะห์ในข้อ 2.6 แล้ว

งานด้านการอนุรักษ์อุทยานแห่งชาติของประเทศนั้นจะสามารถบรรลุผลสมเจตนาตามเป้าหมายและแผนการได้ก็โดยความร่วมมือจากหน่วยงานทุกส่วนที่เกี่ยวข้องในภาคราชการและภาคเอกชน รวมทั้งภาคประชาชนทุกคนในประเทศ ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าอุทยานแห่งชาติ เป็นสมบัติของทุกคนในชาติโดยมิได้เป็นของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ในแง่ของการจัดการทรัพยากรและการเข้าถึงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรนั้น ชุมชนที่อยู่ในพื้นที่อุทยานแห่งชาติย่อมมีความใกล้ชิดกับทรัพยากรมากที่สุดดังนั้นความเป็นอยู่เป็นไปของอุทยานแห่งชาติก็ขึ้นอยู่กับชุมชนเหล่านี้ด้วย หากกฎหมายไม่เปิดช่องให้ชุมชนเหล่านี้เข้าถึงการใช้ประโยชน์ทรัพยากรในเขตอุทยานแห่งชาติเลย ชุมชนก็จะไม่มีความรู้สึกหวงแหนต่อทรัพยากรเพราะชุมชนไม่สามารถเข้าถึงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรได้ และไม่ยอมเข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐในการบริหารจัดการพื้นที่ ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ จึงควรรองรับสิทธิการอาศัยอยู่ในพื้นที่อุทยานแห่งชาติของชุมชนที่อยู่มาก่อนประกาศเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ และเปิดโอกาสให้ชุมชนหรือประชาชนเข้าถึงการใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมและเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการเพื่อให้การดูแลรักษาบรรลุเป้าหมายและเกิดประโยชน์สูงสุดอย่างยั่งยืน จึงเห็นสมควรแก้ไขและเพิ่มเติมหลักการ ดังนี้

1. รูปแบบของคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติ การแต่งตั้งคณะกรรมการอื่นจำนวนไม่เกิน 11 คน ที่มีใช้กรรมการโดยตำแหน่งในคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติ ตามมาตรา 9 มิได้กำหนดว่ากรรมการอื่นที่จะได้รับการแต่งตั้งต้องมาจากภาครัฐหรือภาคเอกชน คณะรัฐมนตรีซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าวจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะตั้งบุคคลใดเป็นกรรมการก็ได้ ดังนั้นเพื่อให้บทบัญญัติ มาตรา 9 สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงควรแก้ไขบทบัญญัตินี้โดยกำหนดให้คณะกรรมการอื่นตามมาตรา 9 จำนวน 11 คน โดยต้องมาจากภาคเอกชนหรือองค์กรเอกชนหรือตัวแทนกลุ่มชาติพันธุ์ไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

<sup>34</sup> อ่างแล้ว, เชียงธรรมที่ 25, น.127-129

<sup>35</sup> National Parks Act 1980, Retrieved on April 20, 2019, from <http://www.doc.govt.nz/about-us/our-role/legislation/national-parks-act/>

2. ควรกำหนดเขตการจัดการอย่างมีส่วนร่วม สำหรับบริเวณที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐและชุมชนในพื้นที่อุทยานแห่งชาติ ในกรณีที่มีการรื้อฟื้นสิทธิของประชาชนตามมติคณะรัฐมนตรี 30 มิถุนายน พ.ศ. 2541 เรื่องการแก้ไขปัญหาที่ดินในพื้นที่ป่าไม้ หากชุมชนได้อยู่มาก่อนประกาศเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ รัฐควรให้ประชาชนที่อยู่อาศัยในเขตดังกล่าว โดยอาจผ่อนปรนให้มีการล่าสัตว์ป่าเพื่อการดำรงชีพได้ แต่ทั้งนี้ต้องมีใช้สัตว์ป่าคุ้มครองและสัตว์ป่าสงวนตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 และทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถเกิดขึ้นใหม่ทดแทนได้ประกอบกับให้ตัวแทนของคนกลุ่มนี้มีส่วนร่วมในการวางแผนการดำเนินการในการดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติ และกำหนดกรอบกติกาการอยู่ร่วมกัน เพราะพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐเพียงฝ่ายเดียวมีอำนาจในการดำเนินการอย่างกว้างขวาง ประกอบกับพื้นที่อุทยานแห่งชาติแต่ละแห่งมีความแตกต่างกันตามสภาพภูมิประเทศและประเพณีวัฒนธรรมท้องถิ่นแตกต่างกัน การวางแผน และการดำเนินการในการดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติควรให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการวางแผนและร่วมดำเนินการบริหารดูแลอุทยานแห่งชาติ ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติเพิ่มเติม ให้ตั้งคณะกรรมการบริหารในแต่ละอุทยานแห่งชาติเพื่อแนะนำหัวหน้าอุทยานแห่งชาติในการดำเนินการบริหารดูแลอุทยานแห่งชาติ โดยกำหนดให้ มีทั้งนักวิชาการในท้องถิ่น ตัวแทนชุมชน องค์กรด้านสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่น ผู้แทนองค์การบริหารส่วนตำบล ผู้แทนจากองค์การบริหารส่วนจังหวัด เพื่อสร้างการมีส่วนร่วมในการบริหารงาน รวมถึงคอยตรวจสอบความโปร่งใส

3. เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปราบปรามการกระทำผิดในเขตอุทยานแห่งชาติ โดยให้อยู่ในฐานะผู้ช่วยเหลือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งจะทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐและประชาชนในพื้นที่

4. ส่งเสริมให้ชุมชนหรือประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการจัดการดูแลรักษาทรัพยากรท่องเที่ยวในรูปแบบของการดำเนินกิจการท่องเที่ยวภายในท้องถิ่น โดยอาจกำหนดให้ผู้ที่จะดำเนินกิจการท่องเที่ยวนั้นต้องผ่านการฝึกอบรมหรือขึ้นทะเบียนกับทางกรมอุทยานแห่งชาติ

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

ณรงค์ ใจหาญ. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการจัดการสิ่งแวดล้อม. เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมาย และนโยบายการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

ธนพล สารธนาศ. สิ้นไชย บูรณะเรข และสุวัฒน์ ทัศนสุวรรณ. (แปล) นโยบายการจัดการของกรมอุทยานแห่งชาติ ราชูปถัมภ์ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา. กรุงเทพมหานคร : กรมป่าไม้. 2543.

สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. 2555.

เสน่ห์ จามริก และคณะ. ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา ป่าฝนเขตร้อนกับภาพรวมของป่าชุมชน ในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา. 2536. เล่มที่ 1.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบ การชดเชยเยียวยาและการ ระบุข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.

อภิญา เลื่อนฉวี. รายงานการวิจัยเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการแหล่งท่องเที่ยวเชิงนิเวศ : ศึกษาเฉพาะกรณีอุทยานแห่งชาติ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2547.

Kai Curry-Lindahl. บทบาทอุทยานแห่งชาติในอนาคต. แปลโดย สกิต ไชยเพชร. กรุงเทพมหานคร : สำนักงาน คณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. 2525.

### วิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์

ณัฐพล ลือสิงหนาท. “การอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรท่องเที่ยวทางธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติทางทะเล.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2549.

บรรเจิด พวงเงิน. “ปัญหาการเข้าใช้พื้นที่อุทยานแห่งชาติโดยมิชอบด้วยกฎหมาย.” การศึกษาอิสระเสนอมหาวิทยาลัย รามคำแหง. ปีการศึกษา 2554.

ศยามล ไกยูรวงศ์. “ปัญหาทางกฎหมายและนโยบายของการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวกับการจัดการที่ดินในเขตป่า.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2538.

### วารสาร

ทวี หนูทอง. การจัดการอย่างมีส่วนร่วม : กรณีศึกษาคณะกรรมการที่ปรึกษาระดับพื้นที่. วารสารสมาคมศิษย์เก่าวน ศาสตร์. กันยายน 2552.

รชฎ เจริญน้า. ฎีกาวิเคราะห์ ครอบครองมาก่อนเป็นป่าสงวน ก็ผิด. วารสารอัยการ. เล่มที่ 249. ปีที่ 21. น.49-56. พฤศจิกายน 2541.

## เอกสารอื่น ๆ

ธัญญาบุช ตันติกุล. คนรูกป่าหรือป่ารกคน : การตีความกฎหมายเพื่อความเป็นธรรมกรณีชนเผ่าพื้นเมืองในผืนป่า. เอกสารประกอบการสัมมนา เนื่องในโอกาสสมทวงศเลียมพระชนมพรรษา 7 รอบ 12 สิงหาคม 2559. “เรื่อง สิทธิชุมชนกับการอนุรักษ์ป่าไม้: เส้นขนานที่ไม่มีวันบรรจบ?”

นิวัตติ เรื่องพานิช. คู่มือสำหรับการสอนและการฝึกอบรมการอนุรักษ์ทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม. ภาควิชาอนุรักษ์วิทยา คณะวนศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายและนโยบายการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ศูนย์ฝึกอบรมวนศาสตร์ชุมชนแห่งภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก. เอกสารประกอบการฝึกอบรมด้านวนศาสตร์ชุมชน. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์สมพันธ์จำกัด. 2541.

## สื่ออิเล็กทรอนิกส์

การมีส่วนร่วมของประชาชน : การพัฒนาชุมชน. <https://www.gotoknow.org/posts/479864>. 26 พฤษภาคม 2562.

ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี : วิฤตติสิทธิชุมชนกับอำนาจนิยมในทรัพยากร. [http://prachatham.com/article\\_detail.php?id=450](http://prachatham.com/article_detail.php?id=450). 26 พฤษภาคม 2562.

วิยะดา โตอดิเทพย์. “แนวความคิดพื้นที่คุ้มครอง.” <http://chm-thai.onep.go.th>. 26 พฤษภาคม 2562.

อานันท์-ชยันต์-อรรถจักร์ ร่วมถก “วิฤตติสิทธิชุมชนกับอำนาจนิยมในทรัพยากร.” [http://prachatham.com/article\\_detail.php?id=451](http://prachatham.com/article_detail.php?id=451). 26 พฤษภาคม 2562.

## บทสัมภาษณ์

คุณวีรวัฒน์ ธีระประสาธน์. อดีตหัวหน้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าทุ่งใหญ่นเรศวร. มุลินธิพื้นฟูชีวิตและธรรมชาติ. 1 มิถุนายน 2559.



คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
2 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร  
กรุงเทพฯ 10200



คณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์  
118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น  
เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

