



Mae Fah Luang University
Law Journal
Volume 9 Issue 1
(January – June 2026)

วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ปีที่ 9 ฉบับที่ 1
(มกราคม – มิถุนายน 2569)





วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 • มกราคม – มิถุนายน 2569

Mae Fah Luang University Law Journal

Volume 9 Issue 1 • January - June 2026

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

เกี่ยวกับวารสาร

ความเป็นมาของวารสาร

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

วัตถุประสงค์ของวารสาร

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

นโยบายและขอบเขตเนื้อหาของบทความที่รับตีพิมพ์

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

ประเภทของบทความที่รับตีพิมพ์

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

1. **บทความวิจัย** หมายความว่า บทความที่นิพนธ์ขึ้นจากงานวิจัยทางนิพนธ์ (โครงการวิจัย วิทยานิพนธ์ หรือดุชนิพนธ์) เพื่อนำเสนอข้อค้นพบอย่างเป็นระบบ
2. **บทความวิชาการ** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์กฎหมายทั้งทาง ทฤษฎีและทางปฏิบัติซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านองค์ความรู้หรือการนำไปประยุกต์ใช้ต่อไป
3. **วิเคราะห์คำตัดสินศาล** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์คำตัดสินของ ศาลต่าง ๆ เช่น คำตัดสินของศาลยุติธรรม และคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ
4. **วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ ความเห็นทางกฎหมายขององค์กรหรือบุคคลต่าง ๆ เช่น ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา และ ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
5. **วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ข้อสอบ กฎหมายของสนามสอบต่าง ๆ เช่น ข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา และข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย
6. **ปณิธานกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยซึ่งเป็นประเด็นปัญหาทาง กฎหมายที่น่าสนใจ
7. **แนะนำหนังสือกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่แนะนำหนังสือกฎหมายที่น่าสนใจ
8. **นักกฎหมายเล่าเรื่อง** หมายความว่า บทความที่บอกเล่าเรื่องราวเกี่ยวกับนิติศาสตร์จากประสบการณ์ ของผู้นิพนธ์ซึ่งเป็นนักกฎหมาย (นักกฎหมาย หมายถึง ผู้ที่สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรีหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) เป็นอย่างน้อย)

กำหนดเวลาเปิดรับพิจารณาบทความ

วารสารเปิดรับพิจารณาบทความตลอดทั้งปี

ลักษณะของการประเมินคุณภาพบทความ

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

ในกรณีที่บทความใดนิพนธ์โดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่ว่าผู้นิพนธ์จะอยู่ในสถานะ อาจารย์ประจำ อาจารย์อาวุโส เจ้าหน้าที่ หรือนักศึกษา ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความที่ประเมินคุณภาพ บทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงกรณีที่บทความซึ่งมีผู้นิพนธ์ ร่วมกันตั้งแต่ 2 ท่านขึ้นไปและผู้นิพนธ์ท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ภาษาที่รับตีพิมพ์

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

กำหนดเวลาตีพิมพ์

วารสารมีกำหนดเวลาตีพิมพ์บทความปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังต่อไปนี้

ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม

คุณภาพของวารสาร

ปัจจุบันวารสารได้ผ่านการรับรองคุณภาพจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai-Journal Citation Index Centre: TCi) โดยจัดอยู่ในฐานข้อมูลกลุ่มที่ 1 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2572

ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนผู้ตีพิมพ์

วารสารไม่มีนโยบายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ตีพิมพ์ในทุกขั้นตอนและไม่มีการให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ตีพิมพ์

ค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

วารสารมีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความเป็นจำนวนเงินท่านละ 2,000 บาท (สองพันบาทถ้วน) ทั้งนี้ ไม่ว่าผลสุดท้ายบทความที่ประเมินคุณภาพนั้นจะได้รับการตีพิมพ์หรือไม่ก็ตาม

เลขมาตรฐานสากลของวารสาร

ISSN [Online] : 2774-020X

ISSN [Print] : 2774-0765

เจ้าของ

สำนักวิชานิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ทำเนียบบรรณาธิการ

พ.ศ. 2567 เป็นต้นไป อาจารย์ ดร.ณัฐดนัย นาจันทร์

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

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

บรรณาธิการ

Editor

อาจารย์ ดร.ณัฐดนัย นาจันทร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Dr. Natdanai Nachan

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

Assistant Editors

อาจารย์รชณัฐ มะโนแสน

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Ajarn Rachanatt Manosan

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์อาภาเพ็ญ ปันดวง

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Ajarn Apapen Panduang

School of Law, Mae Fah Luang University

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

นักวิชาการอิสระ

Professor Dr. Pairojana Kampusiri

Independent Scholar

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Professor Dr. Kriengkrai Charoenthanavat

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Dr. Chalor Wongwatanapikul

School of Law, Mae Fah Luang University

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Associate Professor Dr. Narongdech Sarukosit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Dr. Chukeat Noichim

School of Law, Mae Fah Luang University

รองศาสตราจารย์ ดร.อานนท์ มาเมา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Associate Professor Dr. Arnon Mamout

Faculty of Law, Thammasat University

รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Associate Professor Dr. Suphasit Taweejamsup

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Assistant Professor Wimpat Rajpradit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

อาจารย์ ดร.อัคริยา วงษ์บูรณาวาทย

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Ajarn Dr. Archariya Wongburanavatr

Faculty of Law, Chiang Mai University

อาจารย์ ดร.นิตี จันจิระสกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

Ajarn Dr. Niti Janjirasaku

Faculty of Law, University of the Thai Chamber of Commerce

อาจารย์ ดร.ริญญภัทร์ ณ สงขลา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

Ajarn Dr. Rinyapath Na Songkla

Faculty of Law, Prince of Songkhla University

อาจารย์ ดร.พิมลกร แปงฟู

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Dr. Pimonkorn Pangfoo

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์ ดร.นวลจันทร์ แจ้งจิต

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Dr. Nuanchan Changchit

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้จัดการ
Manager

นางสาวจตุพร ชุ่มมะโน
Miss Jatuporn Chummano

ผู้ช่วยผู้จัดการ

Assistant Manager

ตรวจสอบรูปแบบรายการอ้างอิงและพิสูจน์อักษร

Reference Checking and Proofreading

นางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์

Miss Pinyok Satpradit

นางสาวพรสิรินทร์ ปวนทา

Miss Phonsirin Puantha

สารบัญ

บทความวิชาการ

- การส่งเสริมการตัดสินใจด้วยตนเอง: บทเรียนจากกฎหมายสนับสนุนการตัดสินใจ
แบบมีผู้ช่วยเหลือและกฎหมายทรัสต์ของญี่ปุ่นสำหรับสังคมผู้สูงอายุของไทย 15
Empowering Autonomy: Lessons from Japan's Supported Decision-Making
and Trust Law Frameworks for Thailand's Aging Society
โชคชัย เนตรงามสว่าง | อิทธิพร คณะเจริญ
Chokchai Netngamsawang | Ittaporn Kanacharoen
- ประชาธิปไตย: เมื่อความเสมอภาคทางเพศสภาพถูกกำหนดโดยบรรทัดฐาน
คนตรงเพศแบบชายเป็นใหญ่ – บทเรียนจากคำพิพากษาศาลฎีกาสหราชอาณาจักร
(ค.ศ. 2025) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ 20/2564 46
Patriocratic Democracy: When Gender Equality Is Conditioned
Upon Masculine and Cis-Heteronormative Conformity – Lessons
from the UK Supreme Court (2025) and Thailand's Constitutional Court
(Decision No. 20/2564)
นาดา ไชยจิตต์
Nada Chaiyajit

บทความวิจัย

- การตีความหลักการไม่แทรกแซงของอาเซียนใหม่เพื่อแก้ไขปัญหา
การจัดการมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน 74
Reinterpreting the ASEAN's Non-Interference Principle to Address
Transboundary Haze Pollution Management Issues
ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์
Chananphon Boonkerdsap

บทความวิจัย

- ข้อพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายรองรับสิทธิการตาย
อย่างมีศักดิ์ศรีของประเทศไทยกับพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน
ระหว่างประเทศและแนวทางของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป **104**
Considerations on the Compatibility of Thailand's Legislation on
the Right to Die with Dignity with Obligations
under International Human Rights Law and
European Court of Human Rights Jurisprudence
สุนิชาญา อีร์โรจน์วิทย์
Sunichaya Dhirarotwit
- การพัฒนาแนวคิดสัตว์เลี้ยงชุมชนที่สอดคล้องกับพัฒนาการของทฤษฎีสัตว์
เพื่อรองรับวิถีชีวิตในปัจจุบันระหว่างสมาชิกของชุมชนและสุนัขจร **131**
Developing the Concept of Community Pets to align with
Animal Rights Theories That Correspond with the Contemporary Lifestyles
between Community Member and Stray Dog
มูทิตา สารพัฒน์
Mutita Sarapat
- การหายไปของบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจทั่วไปของศาลปกครองไทย **157**
The Absence of Provisions Regarding the General Jurisdiction
of Thai Administrative Court
กิตติคุณ หว่างเพียร
Kittikun Wangpain

บทความวิจัย

- หลักเกณฑ์การใช้อำนาจตุลพินาจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย 181

หลักเกณฑ์การใช้อำนาจตุลพินาจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย

องอาจ เจ๊ะยะหลี | ธีรพงษ์ หนูไชยแก้ว | สุนัย รัตนอินทนิล

Ongard Jeyalee | Teerapong Nuchaikaew | Sunai Rattanaintanin

- การปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องหย่าตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

200

Improving the Legal Provisions on Divorce According to

the Civil and Commercial Code

กมลนัยน์ ชลประทีน

Kamonnai Chonpratin

- ปัญหาการดำเนินอธิกรณ์ตามพระธรรมวินัยและการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ทางอาญากับพระสงฆ์: กรณีศึกษาเปรียบเทียบคณะสงฆ์นิคายเถรวาท

ประเทศไทยกับประเทศศรีลังกา

237

A Problem of the Buddhist Monk on Dispute Resolution

under the Buddha's Dhamma Vinaya (Doctrine and Discipline)

and the Criminal Procedure: A Comparative Study of Theravada Sangha

between Thailand and Sri Lanka

ติณเมธ วงศ์ใหญ่

Thinnamedh Wongyai

ปกิณกะกฎหมาย

- การแสวงหาผลประโยชน์ในอุตสาหกรรมการพิมพ์วารสารวิชาการ:

กรณีนักวิชาการฟ้องสำนักพิมพ์รายใหญ่ฐานฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด

269

Exploitation in the Academic Publishing Industry: The Case of a Scholar

Suing Major Publishers for Violating Antitrust Laws

สุวลักษณ์ ขันธปรีक्षा

Suwalak Khanpruksa

บทความวิชาการ (Academic Article)

การส่งเสริมการตัดสินใจด้วยตนเอง: บทเรียนจากกฎหมายสนับสนุน การตัดสินใจแบบมีผู้ช่วยเหลือและกฎหมายทรัสต์ของญี่ปุ่นสำหรับสังคม ผู้สูงอายุของไทย*

Empowering Autonomy: Lessons from Japan's Supported Decision-Making and
Trust Law Frameworks for Thailand's Aging Society

โชคชัย เนตรงามสว่าง **

นักศึกษาปริญญาโท

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยคิวชู

251, อิโตะ เคียวโซคัน ฮาร์โมนี เฮาส์, 522, คูwabara, นิชิกุ, จังหวัดฟูกูโอกะ, ประเทศญี่ปุ่น 819-0382

อีเมล: netngamsawang.chokchai.269@s.kyushu-u.ac.jp และ chokchai.ne@gmail.com

Chokchai Netngamsawang

Master of Laws Student

Faculty of Law, Kyushu University

251, Ito Kyosokan-Harmony House, 522, Kuwabara, Nishi-ku, Fukuoka, Japan 819-0382

Email: netngamsawang.chokchai.269@s.kyushu-u.ac.jp and chokchai.ne@gmail.com

* An earlier draft of this article was presented at the Harvard Southeast Asia Graduate Symposium 2025, Harvard Asia Center, Massachusetts, United States, on April 4, 2025. The authors thank the discussant Teren Sevea for his useful comments.

** Public Prosecutor attached to the Office of the Attorney General, Department of Public Prosecutor Commission, Office of the Attorney General, Bachelor of Laws (LL.B. with Second Class Honours) Thammasat University; Barrister-at-law, Thai Bar Association; Master of Laws (LL.M.) Thammasat University

อิทธพร คณะเจริญ***

เลขาธิการ

แพทยสภา

88/19, ซอยสาธารณสุข 8, กระทรวงสาธารณสุข, ตำบลตลาดขวัญ, อำเภอเมือง, จังหวัดนนทบุรี, ประเทศไทย 11000

อีเมล: ittaporn@gmail.com

Ittaporn Kanacharoen

Secretary-General

The Medical Council of Thailand

88/19 Soi Satharana Suk 8, Ministry of Public Health, Talat Khwan, Mueang
Nonthaburi, Nonthaburi, Thailand 11000

Email: ittaporn@gmail.com

วันที่รับบทความ 22 กรกฎาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 12 กันยายน 2568; วันที่ตอบรับบทความ 16 กันยายน 2568

*** Doctor of Medicine (M.D.) Chulalongkorn University

บทคัดย่อ

ประเทศไทยได้เข้าสู่สังคมผู้สูงอายุและการเพิ่มขึ้นของผู้ที่มีภาวะสมองเสื่อมทำให้เห็นถึงช่องว่างในระบบกฎหมายไทยในการคุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองและความมั่นคงทางการเงินของผู้สูงอายุ ระบบของไทยพึ่งพาเพียงกลไกการตั้งผู้พิทักษ์โดยคำสั่งศาล ซึ่งนำไปสู่ปัญหาการล่วงละเมิดผู้สูงอายุ การทอดทิ้ง และการแสวงหาประโยชน์ทางการเงิน การขาดกลไกการทบทวนอย่างครอบคลุม กฎหมายทรัสต์ และการตัดสินใจแบบมีผู้ช่วยเหลือ (SDM) ส่งผลให้ผู้สูงอายุไม่สามารถตัดสินใจได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นการลดทอนความสามารถตามกฎหมายของบุคคล

ประเทศญี่ปุ่นซึ่งเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุก่อนและได้แสดงแนวทางผ่านการปฏิรูปกฎหมาย ญี่ปุ่นได้พัฒนาหลักการ SDM ควบคู่กับระบบผู้พิทักษ์โดยสมัครใจและกลไกการทบทวนการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ ซึ่งล้วนส่งเสริมสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองพร้อมกับการคุ้มครองที่เหมาะสม อีกทั้ง พ.ร.บ.ทรัสต์ของญี่ปุ่น (พ.ศ. 2549) ยังเปิดโอกาสให้ผู้สูงอายุสามารถจัดตั้งทรัสต์เพื่อจัดการทรัพย์สินโดยไม่ต้องพึ่งพาผู้พิทักษ์เพื่อความมั่นคงทางการเงิน

บทความนี้ได้วิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับกรอบกฎหมาย ความท้าทายในทางปฏิบัติ และการปฏิรูปสำหรับประเทศไทย นอกจากนี้ยังกล่าวถึงประเด็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เกี่ยวกับการรับรองสิทธิผู้พิทักษ์ข้ามพรมแดนและทรัสต์

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยควรดำเนินการปฏิรูปสำคัญในการให้มีผู้พิทักษ์โดยสมัครใจ การทบทวนคำสั่งผู้พิทักษ์เป็นระยะ การจัดทำกฎหมายทรัสต์ และการสร้างกรอบกฎหมายระดับชาติว่าด้วยการสนับสนุนการตัดสินใจ ซึ่งมาตรการเหล่านี้จะทำให้ระบบกฎหมายไทยสอดคล้องกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เพื่อรักษาศักดิ์ศรี ความสามารถในการตัดสินใจ และความมั่นคงของผู้สูงอายุในระยะยาว

คำสำคัญ: สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง; สังคมผู้สูงอายุ; การสนับสนุนการตัดสินใจ (SDM); ความสามารถตามกฎหมาย; กฎหมายทรัสต์

Abstract

Thailand has an aging population and a rise in dementia-related disabilities, exposing gaps in its legal system to protect autonomy and financial security. Thailand's reliance only on court-appointed guardianship is the cause of elder abuse, neglect, and financial exploitation. Without comprehensive reviews mechanisms, trust law mechanisms, and Supported Decision-Making (SDM) alternatives, the ability of older adults to act autonomously is quashed, which undermines the person's legal capacity.

Japan entered an aging society earlier and showed a way forward through legal reform. Japan has developed SDM principles alongside voluntary guardianship and review mechanism of guardianship arrangements which promote autonomy while providing necessary safeguards. Japan's Trust Act (2006) also allows elderly individuals to establish trusts to manage assets without being dependent on guardianship for financial security.

This article uses comparative legal analysis regarding statutory frameworks, practical challenges, and potential reforms for Thailand. It also touches on matters of private international law on cross-border recognitions of guardianship, and trusts.

These findings suggest the key reforms for Thailand in relating to voluntary guardianship, periodic compulsory reviews, the introduction of a trust law system, and national SDM frameworks. These measures would bring Thailand's legal architecture in line with international human rights standards to secure its aging population's dignity, autonomy, and financial security.

Keywords: Autonomy; Aging Society; Supported Decision-Making; Legal Capacity; Trust Law

1. Introduction

Thailand is undergoing a rapid demographic shift, with over 20% of its population aged 60 or older as of 2024.¹ With longer life expectancy,² age-related illnesses such as dementia are becoming a significant concern, severely impacting the ability of older adults to make independent decisions. Among those aged 65 and above, between 5% and 20% are projected to develop dementia,³ making it one of the most pressing public health issues for Thailand's aging society. In 2022, approximately 777,000 elderly Thai individuals, or 6% of the total elderly population, were diagnosed with dementia, with this number expected to increase by 100,000 new cases annually.⁴ As the number of elderly individuals grows, Thailand's legal framework still lacks sufficient mechanisms to address cognitive decline. Relying only on court-appointed guardianship has led to increased cases of elder abuse, neglect, and financial exploitation.⁵

Thailand's legal system is rooted in the Civil and Commercial Code (CCC), which authorizes courts to appoint guardians to manage the affairs of individuals deemed incompetent. However, this substitute decision-making model does not offer alternatives such

¹ Kanokwan Lueangmongkhonlet, **When Thailand Enters a Complete Aging Society, What Welfare Will the Thai Elderly Receive?** [Online], 23 February 2025. Source: <https://thaipublica.org/2024/02/thailand-becomes-aged-society/>

² World Health Organization, **Life Expectancy, Thailand** [Online], 23 February 2025. Source: <https://data.who.int/countries/764>; Worsak Kanok-Nukulchai, **In Thailand, 70 is the New 51** [Online], 23 February 2025. Source: <https://www.bangkokpost.com/opinion/opinion/2473977/in-thailand-70-is-the-new-51>

³ Faculty of Medicine, Ramathibodi Hospital, Mahidol University, **Dementia** [Online], 23 February 2025. Source: <https://www.rama.mahidol.ac.th/ramamental/generalknowledge/07072014-1302#:~:text=%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%88%E0%B8%88%E0%B8%B8%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%99%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%9C%E0%B8%B9%E0%B9%89%E0%B8%AA%E0%B8%B9%E0%B8%87%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B9%83%E0%B8%99,%E0%B8%A5%E0%B8%B0%2020%20%E0%B8%AB%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B8%AD%201%20%E0%B9%83%E0%B8%99>

⁴ Amporn Benjapolpitak, **Department of Medical Services is Concerned About the “Aging Society”. Found that the Number of Elderly People with Dementia is Increasing Every Year** [Online], 28 February 2025. Source: <https://www.hfocus.org/content/2023/12/29302>

⁵ Paul S. Appelbaum, **Preventing Abuses in Guardianship Cases**, *Psychiatric Services*, Volume 74 Issue 2 (February 2023), p. 123.

as voluntary guardianship or Supported Decision-Making (SDM), which would allow older adults to retain partial control over their affairs with appropriate assistance. Moreover, Thailand lacks comprehensive periodic guardianship reviews to reassess their condition, reevaluate the necessity of guardianship, or prevent abuse.

By comparison, Japan has implemented legal innovations to protect and empower older adults. With nearly 30% of its population aged 65 or older,⁶ Japan has faced similar demographic challenges but has responded through comprehensive legal reforms. After ratifying the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UNCRPD) in 2014, Japan strengthened its SDM framework,⁷ enabling individuals with cognitive impairments to receive assistance rather than have their decision-making rights removed entirely. Japan also established a voluntary guardianship system, allowing individuals to appoint a guardian in advance and ensuring their affairs are managed according to their wishes. Additionally, Japan integrated a comprehensive review mechanism into the guardianship system, preventing indefinite restrictions on autonomy and reducing the risk of abuse. Beyond guardianship, the Trust Act of 2006 allows individuals to create family trusts, enabling the management of assets without relying on guardianship. Individuals can secure their financial affairs even after a cognitive decline by appointing a trusted family member or professional trustee.

Thailand is expected to age faster than Japan,⁸ and proactive legal reforms are essential to prevent a national crisis in elder care and legal protection. This article examines Thailand's legal framework and its shortcomings in protecting elderly autonomy and financial security. Through comparative legal analysis, Japan's legal framework has inspired Thailand's CCC.⁹ While Japan faced similar demographic challenges, it explores how Japan's legal innovations—Supported Decision-Making, voluntary guardianship, periodic guardianship reviews, and trust law—could serve as a model for reform in Thailand. Additionally, it

⁶ Hiroki Nakatani, **Population Aging in Japan: Policy Transformation, Sustainable Development Goals, Universal Health Coverage, and Social Determinants of Health**, *Global Health & Medicine*, Volume 1 Issue 1 (January 2019), p. 3.

⁷ Toshihiko Mizushima, **Enabling Supported Self-Directed Living: Supported Decision-Making and Safeguarding Mechanism Japan Network of Supported Decision-Making (SDM-Japan)**, presented at EAP Summer School, 10 August 2023.

⁸ Kikuo Nishizawa, **Guardianship Systems and Aging Populations: A Comparison of Thailand and Japan**, *Thai Legal Studies*, Volume 2 Issue 1 (January 2022), p. 1.

⁹ Ibid.

considers cross-border legal issues, including the recognition of guardianship and trusts in international law, and the potential role of the Hague Convention on the International Protection of Adults (2000) and the Hague Trusts Convention (1985) in shaping Thailand's legal reforms.

2. Understanding Dementia and the Need for Legal Protections

2.1 Dementia and Legal Capacity

Dementia is a progressive condition that affects millions of people worldwide, becoming more common with age.¹⁰ Dementia is not a single disease but a syndrome with multiple causes, leading to cognitive decline, memory loss, and impaired decision-making abilities. The most prevalent form is Alzheimer's disease, responsible for 60–70% of dementia cases.¹¹ Individuals with Alzheimer's experience gradual memory loss, confusion, and difficulties with reasoning, making it increasingly difficult to manage daily tasks and personal affairs.

Vascular dementia, the second most common form,¹² often due to strokes or vascular conditions. Unlike Alzheimer's, vascular dementia primarily affects problem-solving, concentration, and cognitive processing speed, with symptoms that progress in sudden declines following vascular events. Lewy body dementia, affecting approximately 10% of cases,¹³ involves abnormal protein deposits in the brain, leading to visual hallucinations, fluctuating cognitive abilities, movement difficulties, and mood changes.¹⁴

¹⁰ National Institutes of Health (NIH), **What Is Dementia? Symptoms, Types, and Diagnosis** [Online], 23 February 2025. Source: <https://www.nia.nih.gov/health/alzheimers-and-dementia/what-dementia-symptoms-types-and-diagnosis>

¹¹ World Health Organization, **Dementia** [Online], 23 February 2025. Source: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/dementia>

¹² Johns Hopkins Medicine, **Vascular Dementia** [Online], 23 February 2025. Source: <https://www.hopkinsmedicine.org/health/conditions-and-diseases/dementia/vascular-dementia#:~:text=Vascular%20dementia%20is%20the%20second,location%20of%20the%20area%20affected>

¹³ Ibid.

¹⁴ Alzheimer's Disease International, **Dementia with Lewy Bodies** [Online], 23 February 2025. Source: <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/dementia-with-lewy-bodies/#:~:text=Accounting%20for%20roughly%2010%20%E2%80%93%2015,that%20their%20risk%20is%20greater>

As dementia progresses, individuals lose the ability to make informed decisions about their finances, healthcare, and personal affairs, making them vulnerable to financial exploitation, elder abuse, and neglect.¹⁵ In Japan, dementia is the leading cause for guardianship appointments, accounting for 64.1% of cases in 2020.¹⁶ Typically, petitions for guardianship are triggered by critical incidents, such as the inability to manage financial transactions, consent to medical treatment, or secure care home admission.¹⁷

Decision-making capacity is a crucial legal concept. However, many individuals with early-stage dementia retain partial decision-making capacity and may only require support rather than full guardianship.¹⁸ Under the CCC, individuals have legal capacity except that they have been declared incompetent or quasi-incompetent and a guardian or curator has been assigned.¹⁹ While in Japan, the elderly retain full legal capacity unless their mental capacity to make decisions has been diminished; in such cases, they may be appointed a guardian or enter into a voluntary guardianship contract.²⁰ However, Legal frameworks that automatically remove autonomy upon diagnosis fail to acknowledge this nuance, undermining personal dignity and rights.²¹

Moreover, without appropriate legal protections, individuals with dementia face increased risks of financial fraud and abuse, including unauthorized withdrawals, coerced will

¹⁵ Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

¹⁶ Home Affairs Bureau of Japan's Supreme Court, **Overview of Adult Guardianship-related Cases (2000-2020)** [Online], 23 February 2025. Source: https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryo/kouken/index.html; Jiyuan Zhang and Zi Yan, **Helping the Elderly Live Better with Dementia: Recent Developments in Japan's Adult Guardianship System and Its Role in Geriatric Social Work Practice**, *Journal of Disability Policy Studies*, Volume 34 Issue 1 (January 2024).

¹⁷ Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

¹⁸ Emily A. Largent, Andrew Peterson and Jason Karlawish, **Supported Decision Making: Facilitating the Self-Determination of Persons Living with Alzheimer's and Related Diseases**, *Journal of the American Geriatrics Society*, Volume 71 Issue 3 (March 2023), p. 456.

¹⁹ Civil and Commercial Code of Thailand, Section 2 Capacity

²⁰ Civil Code of Japan, Section 3 Capacity to Act

²¹ Julia Duffy, **Mental Capacity, Dignity and the Power of International Human Rights**, *Journal of Human Rights Law*, Volume 15 Issue 2 (June 2023), p. 200.

changes, and property mismanagement.²² Additionally, dementia can impair an individual's ability to advocate for healthcare and living arrangements, leading to dependency on others who may not always act in their best interests.²³ For example, the Supreme Court ruled 12 years imprisonment for the daughter who stole the money from the bank account while the elderly mother was in the hospital,²⁴ or the statistics from the Royal Thai Police showed that criminal cases with elderly victims have increased over the years.²⁵

To balance protection and autonomy, legal systems can adopt flexible legal models, such as SDM, voluntary guardianship, and trust law mechanisms, to provide alternatives for elderly individuals to make their own decisions, avoid unknown court guardianship appointments, and manage their financial arrangements. However, Thailand still relies solely on court-appointed guardianship.

2.2 Limitations in Thailand's Current Legal Framework

Thailand's legal framework for individuals with cognitive impairments primarily relies on court-appointed guardianship under the CCC. Once an individual is legally deemed "incompetent"²⁶ or "quasi-incompetent",²⁷ the court assigns a guardian or curator to manage their personal²⁸ and financial affairs.²⁹ Incompetent and quasi-incompetent are different in the degree of legal capacity; an incompetent person cannot make decisions completely,³⁰ while a quasi-incompetent person retains some degree of decision-making in trivial matters.³¹ While

²² Carolyn Dessin, **Financial Abuse of the Elderly: Is the Solution a Problem?**, McGeorge Law Review, Volume 34 Issue 2 (Winter 2003), p. 267.

²³ Megan S. Wright, **Dementia, Autonomy, and Supported Healthcare Decision Making**, Maryland Law Review, Volume 79 Issue 2 (Spring 2020), p. 257.

²⁴ Supreme Court Judgement No. Aor 942/2564

²⁵ ThaiHealth Official, **Revealing the results of research on the situation of elderly abuse** [Online], 10 September 2025. Source: <https://www.thaihealth.or.th/%E0%B9%80%E0%B8%9B%E0%B8%B4%E0%B8%94%E0%B8%9C%E0%B8%A5%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%B1%E0%B8%A2%E0%B8%AA%E0%B8%96%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C%E0%B8%9C%E0%B8%B9/>

²⁶ Civil and Commercial Code of Thailand, art 28.

²⁷ Ibid., art 32.

²⁸ Ibid., arts 29, 45.

²⁹ Ibid., arts 29, 35.

³⁰ Ibid., art 29.

³¹ Ibid., art 34.

this system ensures protection, it lacks flexibility and autonomy, depriving elderly individuals of the ability to maintain some level of decision-making authority.

One of the major shortcomings is the absence of voluntary guardianship, preventing individuals from appointing a guardian in advance.³² Instead, guardianship is only imposed through a court order and follows a strict legal hierarchy, prioritizing spouses³³ and parents³⁴ except in special circumstances.³⁵ This rigid structure removes an individual's autonomy in choosing a trusted representative, increasing the risk of family disputes, unwanted guardianship appointments, and financial mismanagement.³⁶

Additionally, Thailand lacks a formal SDM framework. SDM allows individuals with cognitive impairments to receive assistance from trusted supporters while still maintaining their legal capacity. Without SDM, Thailand's legal system automatically treats all individuals with cognitive impairments as fully incapacitated, disregarding varying levels of decision-making ability and support needs.

Another critical weakness is the lack of comprehensive periodic reviews in Thailand's guardianship laws. While the law mandates annual financial reports³⁷ and initial asset inventories,³⁸ it does not require regular reassessment of the ward's status or the guardian's role, creating risks of elder abuse and financial exploitation.

Furthermore, Thailand does not recognize trusts as a legal mechanism for financial management. Article 1686 of the CCC explicitly invalidates trusts. Without a trust law, elderly individuals have limited options for long-term financial planning³⁹ as trusts are essential legal tools for managing, distributing, and protecting assets, particularly during periods of incapacity.

³² Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

³³ Civil and Commercial Code of Thailand, art 1463.

³⁴ Ibid., art 1569/1 Para 2.

³⁵ Ibid., art 1598/17.

³⁶ Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

³⁷ Civil and Commercial Code of Thailand, art 1598/1.

³⁸ Ibid., arts 1592, 1593.

³⁹ Paisarn Limsatit, **Protection of the Rights of the Elderly and Patients Who Cannot Care for Themselves** [Online], 1 March 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/rights-and-laws-for-the-elderly>

A lack of trust law would hinder the ability to control asset distribution and provide for beneficiaries with special needs, leaving only basic options, such as a guardian, to manage assets.

For patients with dementia, a letter of intent can be written under Section 12 of the National Health Act, B.E. 2550 (A.D. 2007), allowing them to document their healthcare preferences before cognitive decline progresses. However, this option is limited to medical decisions and does not extend to financial or legal affairs.⁴⁰

Moreover, Thailand's current guardianship system is not fully aligned with the UNCRPD. The Thai current substitute decision-making model is in contradiction to the UNCRPD Article 12 (Equal recognition before the law), which promotes SDM, allowing individuals with disabilities (including cognitive decline such as dementia) to make their own decisions with appropriate support.⁴¹

Thailand's guardianship supervision is also minimal, limited to financial reporting duties with no mandatory periodic review of the guardian's conduct or the necessity of continuing the guardianship. UNCRPD requires safeguards to prevent abuse, undue influence, and conflicts of interest.⁴² Without regular court reviews or oversight bodies, Thailand's model risks elder abuse and financial exploitation.

Thailand does not allow voluntary guardianship or advance directives to be legally binding. Thailand's legal system also prohibits the creation of private trusts under the CCC. Thailand fails to recognize legal capacity in planning through voluntary guardianship or a trust system, which conflicts with the UNCRPD's principles of autonomy and independence.⁴³

As Thailand's aging population grows, these legal limitations will become more problematic. The following sections will explore Japan's legal approach and why Thailand should consider similar reforms to enhance elder autonomy and financial security.

⁴⁰ Weena Limsakul, **Legal Knowledge in Caring for Patients with Dementia**, Thai Journal of Nursing, Volume 67 Issue 4 (October–December 2018), p. 62.

⁴¹ United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UNCRPD) (adopted 13 December 2006, entered into force 3 May 2008) UNGA Res 61/106, art 12(3).

⁴² Ibid, art 12(4).

⁴³ Ibid, art 3.

3. Japan's Legal Innovations for Elderly Autonomy

3.1 Voluntary Guardianship: Proactive Decision-Making

Japan has acknowledged the limitations of a rigid court-appointed guardianship system and has introduced voluntary guardianship as a proactive solution. This legal mechanism allows individuals to plan for their future care while they still have decision-making capacity,⁴⁴ ensuring personal preference and self-determination remain central.⁴⁵ By allowing individuals to establish voluntary guardianship contract in advance,⁴⁶ Japan's model promotes autonomy and flexibility,⁴⁷ reducing the risks associated with contested or unwanted guardianship appointments.

Under this system, individuals may delegate specific affairs, including daily life decisions, medical treatment, nursing care, and property management, to a mandatary.⁴⁸ The voluntarily appointed guardian is legally required to respect the ward's intent and consider their mental and physical condition.⁴⁹

One of the primary benefits of voluntary guardianship is its ability to reduce the risk of abuse and financial exploitation. By allowing individuals to choose their own guardian before cognitive decline occurs, this system prevents undue influence from untrustworthy individuals (Zhang and Yan 2024).⁵⁰ Additionally, Japan incorporates a strong supervisory mechanism to enhance transparency and accountability.

The family court plays an essential role by appointing a Supervisor of the Voluntarily Appointed Guardian,⁵¹ an independent figure who supervises the guardian's actions and

⁴⁴ Makoto Arai and Akira Homma, **Guardianship for Adults in Japan: Legal Reforms and Advances in Practice**, *Australasian Journal on Ageing*, Volume 24 Issue 1 (March 2005), p. 36.

⁴⁵ Zi Yan, **Helping Seniors Aging in Place: Adult Guardianship and Its Role in Geriatric Social Work Practice in China and Japan**, *Innovation in Aging*, Volume 7 Issue 1 (January 2023), p. 901.

⁴⁶ Act on the Voluntary Guardianship Contract, Act No. 150 of 8 December 1999, art 2.

⁴⁷ Zi Yan, **Helping Seniors Aging in Place: Adult Guardianship and Its Role in Geriatric Social Work Practice in China and Japan**.

⁴⁸ Act on the Voluntary Guardianship Contract, Act No. 150 of 8 December 1999, art 2.

⁴⁹ Ibid., art 6.

⁵⁰ Jiyuan Zhang and Zi Yan, **Helping the Elderly Live Better with Dementia: Recent Developments in Japan's Adult Guardianship System and Its Role in Geriatric Social Work Practice**, p. 15.

⁵¹ Act on the Voluntary Guardianship Contract, Act No. 150 of 8 December 1999, art 4.

submit the regular reports to the family court.⁵² Importantly, the supervisor cannot be the spouse, a direct blood relative, or sibling of the mandatary,⁵³ ensuring impartial oversight. More than one supervisor may be appointed if necessary,⁵⁴ further strengthening accountability.

Japan's legal framework for voluntary guardianship aligns with modern legal principles that emphasize self-determination and dignity. By integrating strong oversight provisions, such as the power of the guardian supervisor or the family court to demand the guardian to submit a report on the guardianship administration or an inventory of property, and may investigate the guardianship administration or the financial status of the ward, or the family court may order any necessary disposition with respect to the management of the ward's property or other guardianship administration, at the request of the guardian supervisor, the ward, the relative thereof, or any other interested person, or sua sponte,⁵⁵ Japan has created a system that protects older adults while preserving their right to choose who manages their affairs.

3.2 Supported Decision-Making (SDM): A Shift from Substitute Decision-Making

Japan has increasingly recognised the limitations of traditional adult guardianship systems, including statutory and voluntary guardianship, as they pose risks such as embezzlement, financial mismanagement, and the absence of clear guidelines for respecting the principal's intent.⁵⁶ To address these challenges, Japan has transitioned toward SDM as a legal alternative.⁵⁷ Ratifying the UNCRPD⁵⁸ leads to the development of domestic laws that aim to strengthen the rights and autonomy of persons with disabilities. The Basic Law for Persons with Disabilities forms part of Japan's implementation of, or response to, its ratification of the UNCRPD. This law establishes fundamental principles for protecting individuals with

⁵² Ibid., art 7.

⁵³ Ibid., art 5.

⁵⁴ Ibid., art 4(5).

⁵⁵ Civil Code of Japan, art 863.

⁵⁶ Yukio Sakurai, **Risk Analysis of Principals and Adult Guardians: Japan's Adult Guardianship System and Its Practice**, Journal of Aging and Social Change, Volume 14 Issue 1 (March 2024), p. 31.

⁵⁷ Rebekah Diller and Leslie Salzman, **Stripped of Funds, Stripped of Rights: A Critique of Guardianship as a Remedy for Elder Financial Harm**, University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, Volume 24 Issue 2 (Summer 2021), p. 149.

⁵⁸ UNCRPD, art 12(4).

disabilities, defining the responsibilities of both national and local governments in implementing SDM.⁵⁹

The Act on Comprehensive Support for Persons with Disabilities further integrates SDM into welfare services.⁶⁰ Complementing these legislative efforts, the Yokohama Declaration of 2010 and subsequent legal initiatives, including the Act on the Promotion of the Use of the Adult Guardianship System (2016) and the Basic Plan to Promote the Use of the Adult Guardianship System (2017), aimed to raise awareness and improve accessibility to SDM programs (Oh 2020).⁶¹ Japan's Ministry of Health, Labour, and Welfare (MHLW) has issued several SDM-related guidelines, including those for welfare services (2017), dementia-related decision-making (2018), end-of-life healthcare decisions (2018), and decision-making for individuals without reliable relatives (2019). In 2020, the Guideline for Adult Guardians in Line with the Concept of SDM introduced seven principles, such as presumption of decision-making capacity, respect for unwise decisions, and least-restrictive intervention.⁶²

SDM for adult guardianship is based on the Civil Code, which respects for the wishes of the adult ward and personal consideration.⁶³ The law establishes a general obligation for adult guardians, curators, and assistants to consider the individual's intentions, physical and mental condition, and living circumstances when performing their duties.⁶⁴ Guardianship responsibilities are limited to juristic acts related to daily life, medical treatment, and property management. However, guardians do not have authority over medical decisions such as

⁵⁹ Basic Act for Persons with Disabilities, Act No. 84 of 21 May 1970, art 23.

⁶⁰ Act on Providing Comprehensive Support for the Daily Life and Life in Society of Persons with Disabilities, Act No. 123 of 7 November 2005, as amended on 10 December 2022, arts 42, 51-22.

⁶¹ Ho-Cheol Oh, **Review of “Acts on Promoting the Utilization of Japanese Adult Guardianship” and “General Plan for Promoting Utilization of Japanese Adult Guardianship”**, Legal Theory & Practice Review, Volume 8 Issue 3 (September 2020), p. 227.

⁶² Toshihiko Mizushima, **Enabling Supported Self-Directed Living: Supported Decision-Making and Safeguarding Mechanism Japan Network of Supported Decision-Making (SDM-Japan)**.

⁶³ The revised adult guardianship system, enacted in 1999, was introduced in response to the increasing number of elderly individuals with diminished decision-making capacity, particularly those with dementia. See Kikuo Nishizawa, **Guardianship Systems and Aging Populations: A Comparison of Thailand and Japan**.

⁶⁴ Civil Code of Japan, arts 858, 876-5.

surgical consent, hospitalization, compulsory treatments, organ transplants, sterilization, or end-of-life care.

In Japan, a guardian is appointed when a person has lost full decision-making capacity, while a curator is appointed when a person has limited decision-making ability, similar to Thailand. However, Japan introduced the concept of assistance to be used when a person has a mild cognitive decline. Assistance is provided for specific acts only and only with court approval,⁶⁵ preserving the individual's autonomy as much as possible. Moreover, Japan has strengthened its guardianship supervision system by expanding the role of guardian,⁶⁶ curator,⁶⁷ and assistance⁶⁸ supervisors, and the guardian registration system by the Ministry of Justice.⁶⁹ The family courts have the discretion to appoint a guardian supervisor to oversee the administration of guardianship affairs.⁷⁰ The law also requires family court approval before a guardian can dispose of the ward's residential property.⁷¹ This supervision mechanism functions similarly to Japan's voluntary guardianship system. Alongside with the legal mechanism, the policies, seminars, online resources, and legal aid centers has been set up to disseminate information ensuring practical execution.⁷²

To further enhance decision-making support, Japan introduced the Second Basic Plan to Promote the Use of the Adult Guardianship System (2022–2026), which focuses on expanding lasting power of attorney (LPA),⁷³ fostering supporter networks, and strengthening regional cooperation systems (JSRPD 2023).⁷⁴ However, despite these legal and policy

⁶⁵ Ibid., arts 876-6, 876-7.

⁶⁶ Ibid., art 849.

⁶⁷ Ibid., art 876-3.

⁶⁸ Ibid., art 876-8.

⁶⁹ Act on Guardianship Registration, etc., Act No. 152 of 8 December 1999.

⁷⁰ Civil Code of Japan, arts 851, 863.

⁷¹ Ibid., art 859-3.

⁷² Japan Adult Guardianship Law Association (JAGA), **The Association's Activities** [Online], 5 March 2025. Source: https://jaga.gr.jp/en/katudou_en/

⁷³ Yukio Sakurai, **Value of Legislation Providing Support and Protection to Vulnerable Adults: Consideration for a Core Agency and Supported Decision-Making**, *Journal of Aging Law & Policy*, Volume 14 (Fall 2023), p. 43.

⁷⁴ Japanese Society for Rehabilitation of Persons with Disabilities (JSRPD), **[MHLW] Cabinet Approves the Second Basic Plan to Promote the Use of the Adult Guardianship System** [Online], 24 February 2025. Source: <https://www.dinf.ne.jp/d/3/870.html>

advancements, Japan's SDM framework remains largely based on soft law. This has resulted in inconsistent practical implementation and unclear judicial norms for dispute resolution.⁷⁵ Consequently, Japan's adult support and protection legislation continues to evolve, integrating SDM, adult guardianship reforms, and elder abuse prevention measures into a comprehensive legal framework.⁷⁶

3.3 Japan's Trust Law as an Alternative to Guardianship

Beyond guardianship reforms, Japan has developed a trust law system that provides elderly individuals with a secure method of financial management without relying on court-appointed guardians. The Trust Act of 2006 introduced modernized trust mechanisms, allowing individuals to create family trusts⁷⁷ to safeguard their assets as they age. These trusts offer an alternative to guardianship, enabling individuals to appoint a trustee to manage their finances while ensuring long-term financial stability.⁷⁸

Under Japan's Trust Act, Articles 1–3 establish the legal framework for creating and enforcing trusts, ensuring clear recognition and legal enforceability.⁷⁹ The law allows individuals to designate a trustee—whether a family member, financial institution, or professional trust manager—to oversee their assets according to their wishes.⁸⁰ Importantly, once a trust is established, it remains legally valid even if the individual later experiences cognitive decline, providing a structured, legally protected means of asset management without requiring guardianship intervention.⁸¹

⁷⁵ Yukio Sakurai, **Supported Decision-Making in the Japanese Context: Developments and Challenges**, *Journal of Aging and Social Change*, Volume 13 Issue 1 (January 2023), p. 151.

⁷⁶ Yukio Sakurai, **The Idea of Adult Support and Protection Legislation in Japan: Multiple Options for Vulnerable Adults to Make Their Own Choices**, *Journal of Aging and Social Change*, Volume 12 Issue 1 (January 2021), p. 31.

⁷⁷ Masayuki Tamaruya, **The Transformation of Japanese Trust Law and Practice: Historical Contexts and Future Challenges**, (The University of Tokyo Business Law Working Paper Series, 2021), p. 1.

⁷⁸ Trust Act, Act No. 108 of 2006, ch III.

⁷⁹ *Ibid.*, arts 3, 4.

⁸⁰ *Ibid.*, art 7.

⁸¹ Masayuki Tamaruya, **Japanese Wealth Management and the Transformation of the Law of Trusts and Succession**, Social Science Research Network, 2020.

One of the greatest advantages of trust law is its ability to reduce financial exploitation,⁸² a common risk for elderly individuals with dementia. Trustees are bound by strict fiduciary duties,⁸³ ensuring that assets are managed responsibly and in compliance with legal obligations. This reduces the likelihood of financial mismanagement or fraud, which is more common in informal family arrangements lacking legal oversight.

Despite its strengths, Japan's trust law does not fully replace the guardianship system. Critics argue that while the trust system efficiently manages financial assets, it lacks adequate provisions for daily life support,⁸⁴ which remains a central concern in elder law. As trusts focus on wealth management, they offer tools for asset protection, tax minimization, and controlled distribution of assets upon a grantor's incapacitation, which is beneficial for elderly individuals with dementia. However, for day-to-day needs and specific support for vulnerable individuals, other legal arrangements are more appropriate. Some scholars suggest that combining trust mechanisms with adult guardianship or continuing power of attorney could create a more comprehensive support system, balancing financial management with autonomy and self-determination.⁸⁵

4. Comparative Analysis: Japan vs. Thailand

4.1 Key Legal Differences

Japan and Thailand adopt fundamentally different approaches to elder law, particularly in the areas of guardianship, decision-making autonomy, and financial management. Thailand's legal system, based on the CCC, relies solely on court-appointed guardianship. This substitute decision-making model offers no alternatives, such as voluntary guardianship or SDM. Additionally, Thailand lacks a comprehensive mechanism for periodic review to reassess guardianship arrangements. Furthermore, Thailand does not recognize trusts, forcing elderly individuals to rely entirely on guardians for financial management.

⁸² Carolyn Dessin, **Financial Abuse of the Elderly: Is the Solution a Problem?**.

⁸³ Masayuki Tamaruya, **The Transformation of Japanese Trust Law and Practice: Historical Contexts and Future Challenges**.

⁸⁴ Makoto Arai, **Japanese Adult Guardianship Laws: Developments and Reform Initiatives in Special Needs Financial Planning: A Comparative Perspective**, Edited by Lusina Ho and Rebecca Lee, (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), p. 61.

⁸⁵ Ibid.

Japan, in contrast, has developed a more flexible and autonomy-focused legal framework. Japan incorporated SDM into its legal system, allowing individuals to receive decision-making support rather than losing autonomy entirely. Japan also introduced voluntary guardianship, enabling individuals to pre-appoint a guardian while still mentally competent, reducing the risk of contested appointments. Additionally, Japan enforces guardianship supervision mechanisms, including regular reports by the guardian supervisor to reassess guardianship arrangements and prevent long-term restrictions. Moreover, Japan's Trust Act (2006) provides a structured mechanism for financial planning, allowing individuals to establish trusts for asset management without relying on court-appointed guardians. These legal innovations make Japan's elder law system more adaptable and protective of individual rights compared to Thailand's rigid framework.

Japan's elder law reforms provide valuable policy lessons for Thailand in modernizing its guardianship and financial management framework. One of the most urgent reforms Thailand should introduce is voluntary guardianship, which would allow individuals to pre-appoint a guardian before experiencing cognitive decline. This would increase autonomy, reduce family disputes, and ensure continuity in decision-making while safeguarding personal preferences.⁸⁶

A key reform for Thailand's guardianship system is the implementation of comprehensive reviews for guardianship orders. Unlike Japan, where a supervisor oversees guardianship, Thailand lacks mechanisms for reevaluating guardianship status. Introducing mandatory comprehensive reviews annually⁸⁷ or establishing a guardian supervisor system would help ensure that guardianship remains necessary and appropriate while preventing abuse and financial exploitation. Japan's system, which includes a registration office⁸⁸ and requires guardianship supervisors to submit regular reports, provides an ideal model. Instead of mandating only asset reports, Thai law should also require periodic status reports on the ward's well-being, ensuring better oversight.

⁸⁶ Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

⁸⁷ George H. Zimny and others, **Annual Reports by Guardians and Conservators to Probate Courts**, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, Volume 3 Issue 2 (1991), p. 61.

⁸⁸ Act on Guardianship Registration, etc., Act No. 152 of 8 December 1999.

Thailand should also develop a national SDM framework in line with Article 12 of the UNCRPD. This reform would require clear legal recognition of support networks, structured appointment procedures, and accountability measures to prevent undue influence. Additionally, Thailand must establish a trust law framework to provide an alternative to guardianship for financial management. Enacting a Trust Act similar to Japan's would allow individuals to create legally recognized trusts, ensuring financial security without court intervention.⁸⁹

Thailand ratified the UNCRPD in 2008,⁹⁰ yet its laws still rely heavily on substitute decision-making models.⁹¹ The UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities has urged Thailand to replace guardianship with SDM and adopt effective measures to prevent coercive actions against persons with disabilities.⁹² Addressing these issues would align Thailand's elder law with international human rights standards. While these reforms require legislative effort, Japan's experience demonstrates that modernizing elder law is feasible and beneficial. Thailand can transition toward a more balanced, autonomy-centered legal system by adopting voluntary guardianship, periodic reviews, SDM, and trust law.

4.2 Challenges in Implementation for Thailand

While Japan's elder law reforms serve as a valuable model, implementing similar legal changes in Thailand presents significant challenges due to legal, institutional, and societal factors. The CCC currently lacks provisions for voluntary guardianship and SDM, meaning substantial amendments would be required to introduce these concepts into Thai law.⁹³ Given

⁸⁹ Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

⁹⁰ Donruedee Srisupphaphon and other, **Effective Implementation of the UNCRPD by Thailand State Party: Challenges and Potential Remedies**, BMC International Health and Human Rights, Volume 17 (December 2017), Article 21.

⁹¹ Kikuo Nishizawa, **Guardianship Systems and Aging Populations: A Comparison of Thailand and Japan**.

⁹² United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), **Concluding Observations on the Initial Report of Thailand' (CRPD/C/THA/CO/1) (2016) para 25** [Online], 27 February 2025. Source: <https://digitallibrary.un.org/record/830768>

⁹³ Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

Thailand's strong tradition of court-controlled guardianship, there may be resistance to change from the long-established legal mechanism.

Another challenge lies in judicial and administrative capacity. In Japan, family courts and municipal offices⁹⁴ play an active role in reviewing guardianship cases and overseeing SDM arrangements. Thailand's court system, however, lacks a structured process for guardianship reassessment, and introducing periodic reviews would require additional legal infrastructure and resources for monitoring compliance.⁹⁵ Without sufficient training and institutional capacity, courts may struggle to implement and enforce SDM and voluntary guardianship effectively.

Public awareness is also a major barrier. In Japan, public initiatives and campaigns have informed citizens about their legal rights under SDM and voluntary guardianship. Thailand, by contrast, has no structured awareness program, meaning that many individuals—including elderly persons and their families—remain unaware of alternative legal protections. Without efforts to increase legal literacy, voluntary guardianship and SDM may not see widespread adoption.

Another major hurdle is the absence of trust law in Thailand. While Japan's Trust Act (2006) provides a legally recognized financial planning tool, Thailand's CCC does not allow trusts, and introducing such a system would require extensive legal reforms. Additionally, financial institutions and estate planners would need training on trust administration.

Finally, cultural and social dynamics play a role. Many Thai families still rely on informal caregiving arrangements,⁹⁶ and there is hesitation toward formal legal structures for elder care. Overcoming deep-rooted social norms will require long-term engagement with policymakers, legal practitioners, and the public to encourage acceptance of modern elder law reforms.

⁹⁴ Act on Guardianship Registration, etc., Act No. 152 of 8 December 1999.

⁹⁵ Paul S. Appelbaum, **Preventing Abuses in Guardianship Cases**.

⁹⁶ Uthaikan Thanapet and Penchan Pradubmook-Sherer, **Subjectivities of Older Spousal Caregivers in Rural Northern Thailand: A Qualitative Study on Sociocultural Influences**, *Journal of Population and Social Studies*, Volume 33 (January 2024), p. 143.

5. Cross-Border Considerations & International Law

5.1 Private International Law and Recognition of Guardianship & Trusts

As globalization increases mobility, legal conflicts in guardianship and trust recognition have become critical concerns for aging individuals.⁹⁷ Many elderly individuals who spend part of their lives in multiple countries may face legal uncertainty regarding the enforcement of guardianship and trust arrangements when moving between jurisdictions.

A key challenge in cross-border guardianship recognition is the lack of legal uniformity. Guardianship laws vary significantly between jurisdictions, meaning a guardianship order issued in one country may not be recognized in another country without formal legal proceedings. For instance, a foreign retiree, such as a Japanese individual living in Thailand, may struggle to have their home country's guardianship order enforced in Thailand, which has a different guardianship system, and may be required to undergo a separate legal process to establish guardianship anew under Thai law.

Similarly, cross-border trust recognition poses challenges. Thailand does not recognize trusts, meaning a trust created abroad would not be legally enforceable in Thailand. This creates uncertainty for Thai expatriates and foreign retirees, whose assets under the trust law in recognizing countries would not be protected or managed as intended under Thai law.

As Thailand's aging population continues to grow, legal harmonization efforts will be crucial. The adoption of the Hague Convention on the International Protection of Adults (2000) and the Hague Trusts Convention (1985) could provide a legal framework to address these cross-border challenges.

5.2 Hague Convention on the International Protection of Adults (2000) and Hague Trusts Convention (1985)

The Adults Hague Convention provides a legal framework for the cross-border recognition of guardianship and protective measures for adults who cannot manage their personal or financial affairs due to cognitive impairment or other disabilities. This Convention

⁹⁷ Sharon Shakargy, **Capacitating Personal Capacity: Cross-Border Regulation of Guardianship Alternatives for Adults**, *Journal of Private International Law*, Volume 19 Issue 1 (March 2023), p. 1.

establishes jurisdictional rules,⁹⁸ applicable law,⁹⁹ and mechanisms for enforcement,¹⁰⁰ ensuring that protective measures taken in one country are respected in another.

The Hague Trusts Convention was established to ensure the cross-border recognition of trusts among member states. This Convention governs the validity,¹⁰¹ applicable law,¹⁰² and recognition of trusts,¹⁰³ allowing individuals who create trusts in one country to have them legally upheld in another.

Thailand joined the Hague Conference on Private International Law (HCCH) in 2021, signaling an interest in aligning with international legal standards.¹⁰⁴ However, Thailand has not yet ratified both conventions.¹⁰⁵ Adopting these Hague Conventions for Thailand would require significant legal reforms, including the introduction of a domestic Trust Act and administrative matters for recognizing the foreign guardianship system. Without such a law, ratifying these Conventions would have little practical effect. If Thailand were to adopt both a domestic law and these Conventions, it would strengthen cross-border guardianship arrangements and asset management.

6. Conclusion and Policy Recommendations for Thailand

Thailand's aging population and rising dementia rates pose urgent legal challenges, requiring reforms to safeguard autonomy, financial security, and human rights. The country's current court-appointed guardianship system under the CCC is outdated and overly restrictive,

⁹⁸ Hague Convention on the International Protection of Adults (2000), art 5.

⁹⁹ Ibid., arts 13-15.

¹⁰⁰ Ibid., arts 22-23.

¹⁰¹ Hague Trusts Convention (1985), ch I.

¹⁰² Ibid., ch II.

¹⁰³ Ibid., arts 12-13.

¹⁰⁴ **Cabinet Resolution on the Appointment of a National Committee for Operations after Thailand became a member of the Hague Conference on International Civil and Commercial Law** [Online], 5 March 2025. Source: https://resolution.soc.go.th/PDF_UPLOAD/2567/P_411155_3.pdf

¹⁰⁵ Hague Conference on Private International Law, **Status Table, 35: Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults** [Online], 5 March 2025. Source: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=71>; Hague Conference on Private International Law, **Status Table, 30: Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition** [Online], 5 March 2025. Source: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>

offering no flexibility for voluntary guardianship, no recognition of SDM, no mandatory comprehensive periodic reviews, and no legal framework for trusts. Without significant reform, elder abuse, financial exploitation, and loss of autonomy will continue to rise.

Japan's legal framework provides a compelling model for reform. By ratifying the UNCRPD in 2014, Japan adopted SDM, allowing individuals with cognitive impairments to retain legal capacity while receiving assistance. Japan also established voluntary guardianship, allowing individuals to preemptively choose a guardian rather than being subjected to court-imposed arrangements. Additionally, Japan established a comprehensive review mechanism for guardianship orders. Furthermore, the Trust Act (2006) allows individuals to establish family trusts, ensuring financial security without relying on guardianship.

To modernize the elder law framework, Thailand should prioritize the following policy recommendations.

6.1 Short-term Measures

National SDM Framework & Awareness Campaigns: Public awareness and education are crucial in shifting societal perceptions of elder autonomy. Many elderly individuals and their families lack knowledge of voluntary guardianship, trusts, and SDM, limiting the effectiveness of legal transformation. Without proper education, even well-structured laws may not be widely utilized. To ensure the success of SDM and other legal mechanisms, Thailand should introduce a national SDM framework alongside public awareness campaigns that inform citizens about alternatives to traditional guardianship. The national SDM framework can begin with soft guidelines without legal reform, as Japan did in its early stages. These guidelines can be developed by the Department of Empowerment of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Development and Human Security, together with the Ministry of Public Health or Medical organizations.

Government agencies, legal professionals, and civil society organizations should collaborate to disseminate information through seminars, online resources, and legal aid centers. Judges, lawyers, and healthcare professionals must also receive SDM training to ensure proper implementation and prevent misinterpretation of its intentions and legal provisions. A gradual approach is essential for integrating SDM into social norms and legal practice. Developing guidelines and legislation can help SDM coexist with adult guardianship,

ensuring that guardianship remains a last resort rather than a default solution.¹⁰⁶ To align with Article 12 of the UNCRPD, Thailand should establish a national SDM framework. By prioritizing autonomy, Thailand can transition toward a more supportive, rights-based legal system for older adults.

Guardianship Discharge: In the current CCC, the law allows an application for discharge of a guardian by the ward, a relative of the ward, or by the Public Prosecutor.¹⁰⁷ The court should evaluate strictly whether the guardian performs and is eligible to perform his duties responsibly and does not abuse his functions.¹⁰⁸ The Department of People's Rights Protection and Legal Aid, Office of the Attorney General, can be the center for applying for the discharge of a guardian, whether by the ward, a relative of the ward, or sua sponte.

6.2 Long-term Measures

Establishing a Voluntary Guardianship System: Thailand should introduce a voluntary guardianship system. This reform would enable older adults to maintain control over their personal and financial affairs in case of cognitive decline. To implement this system, Thailand must amend the CCC to recognize voluntary guardianship agreements as legally binding. The law should specify the selection criteria, legal formalities, and conditions for activation. Like Japan, voluntary guardianship should require notarization and court endorsement for legal validity and a smooth transition. In Thailand, registration with government agencies, such as the court, prosecutors, or administrative officers, is feasible.¹⁰⁹ However, the process must remain simple and accessible.

Voluntary guardianship should include clear terms defining the guardian's authority, responsibilities, and limitations. To prevent abuse or coercion, judicial oversight should be integrated, ensuring agreements are made freely. Courts must have the authority to validate and periodically reassess guardianship arrangements to monitor guardians' actions and prevent exploitation.

¹⁰⁶ Yukio Sakurai, **Supported Decision-Making in the Japanese Context: Developments and Challenges**.

¹⁰⁷ Civil and Commercial Code of Thailand, art 1598/9.

¹⁰⁸ Civil and Commercial Code of Thailand, art 1598/8.

¹⁰⁹ Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], 23 February 2025. Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law>

Further safeguards, such as independent legal counsel, government oversight¹¹⁰, and penalties for misconduct, would enhance protections. Additionally, registered voluntary guardianship should extend beyond property management to include medical decisions and living arrangements, allowing individuals to outline preferences, including end-of-life care.¹¹¹ Implementing these reforms would create a more autonomy-centered and legally secure guardianship system in Thailand.

Enacting a Trust Law to Support Financial Autonomy: To provide an alternative to court-imposed guardianship for financial management, Thailand should introduce a trust law similar to Japan's Trust Act (2006). A trust law would allow individuals to designate a trustee to oversee their assets, ensuring financial security while preserving autonomy over their financial future. A trust law should include family trusts to offer flexibility in structuring the financial arrangements. Clear fiduciary duties must be established for trustees, requiring them to act in the best interests of beneficiaries. Judicial oversight and accountability mechanisms would also be necessary to prevent financial mismanagement or abuse.

By enabling individuals to transfer assets into a trust and appoint a trusted manager, a trust-based financial system would reduce reliance on guardianship while safeguarding personal wealth. Additionally, trust law would enhance cross-border financial security, benefiting Thai citizens with international assets and foreign retirees in Thailand. Given that the Ministry of Finance and the Securities and Exchange Commission (SEC) have already drafted a trust law, enacting this reform would be a practical and timely step toward modernising Thailand's elder law framework.¹¹²

Implementing Comprehensive Reviews for Guardianship Orders: A critical reform for Thailand's guardianship system is the introduction of comprehensive guardianship reviews to mitigate the risk of financial exploitation, abuse of authority, and continued control even if the individual's condition improves. Thailand should implement an annual, comprehensive, and mandatory review system that evaluates not only financial matters but also whether guardianship is still necessary, whether the guardian is fulfilling their duties responsibly, and whether alternatives, such as SDM, are viable.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

Additionally, the guardianship supervisor and registration system should be established to ensure comprehensive review and relieve the burden from the court. The review process should include input from medical professionals, legal experts, and social workers to provide a thorough assessment. By introducing comprehensive reviews, Thailand would enhance judicial oversight, reduce risks of elder abuse, and create a more transparent and accountable guardianship system, aligning with international best practices and safeguarding the rights of elderly individuals.

Thailand's ratification of the UNCPRD in 2008 reflects its commitment to human rights. However, national policies and significant legal reforms are still required to align its guardianship and elder law system with international best practices. The UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities has urged Thailand to replace substitute decision-making with SDM, emphasizing the urgency of legal change. By adopting voluntary guardianship, SDM, and trust law, Thailand can strengthen elder rights while preparing for future ratification of the Hague Convention on the International Protection of Adults (2000) and Hague Trusts Convention (1985). These reforms will enhance legal protections, prevent elder abuse, and bring Thailand into alignment with global human rights standards.

Reference

- Alzheimer's Disease International, **Dementia with Lewy Bodies** [Online], Source: <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/dementia-with-lewy-bodies/#:~:text=Accounting%20for%20roughly%2010%20%E2%80%93%2015,that%20their%20risk%20is%20greater>
- Amporn Benjapolpitak, **Department of Medical Services is Concerned About the “Aging Society”. Found that the Number of Elderly People with Dementia is Increasing Every Year** [Online], Source: <https://www.hfocus.org/content/2023/12/29302>
- **Cabinet Resolution on the Appointment of a National Committee for Operations after Thailand became a member of the Hague Conference on International Civil and Commercial Law** [Online], Source: https://resolution.soc.go.th/PDF_UPLOAD/2567/P_411155_3.pdf
- Carolyn Dessin, **Financial Abuse of the Elderly: Is the Solution a Problem?**, McGeorge Law Review, Volume 34 Issue 2 (Winter 2003).
- Donruedee Srisuppaphon and others, **Effective Implementation of the UNCRPD by Thailand State Party: Challenges and Potential Remedies**, BMC International Health and Human Rights, Volume 17 (December 2017).
- Emily A. Largent, Andrew Peterson and Jason Karlawish, **Supported Decision Making: Facilitating the Self-Determination of Persons Living with Alzheimer's and Related Diseases**, Journal of the American Geriatrics Society, Volume 71 Issue 3 (March 2023).
- Faculty of Medicine, Ramathibodi Hospital, Mahidol University, **Dementia** [Online], Source: <https://www.rama.mahidol.ac.th/ramamentel/generalknowledge/07072014-1302#:~:text=%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%88%E0%B8%88%E0%B8%B8%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%99%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%9C%E0%B8%B9%E0%B9%89%E0%B8%AA%E0%B8%B9%E0%B8%87%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B9%83%E0%B8%99,%E0%B8%A5%E0%B8%B0%2020%E0%B8%AB%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B8%AD%201%20%E0%B9%83%E0%B8%99>
- George H. Zimny and others., **Annual Reports by Guardians and Conservators to Probate Courts**, Journal of Elder Abuse & Neglect, Volume 3 Issue 2 (1991).

- Hague Conference on Private International Law, **Status Table, 35: Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults** [Online], Source: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=71>
- Hiroki Nakatani, **Population Aging in Japan: Policy Transformation, Sustainable Development Goals, Universal Health Coverage, and Social Determinants of Health**, Global Health & Medicine, Volume 1 Issue 1 (January 2019).
- Ho-Cheol Oh, **Review of “Acts on Promoting the Utilization of Japanese Adult Guardianship” and “General Plan for Promoting Utilization of Japanese Adult Guardianship”**, Legal Theory & Practice Review, Volume 8 Issue 3 (September 2020).
- Home Affairs Bureau of Japan’s Supreme Court, **Overview of Adult Guardianship-related Cases (2000-2020)** [Online], Source: https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryo/kouken/index.html
- Japan Adult Guardianship Law Association (JAGA), **The Association’s Activities** [Online], 5 March 2025. Source: https://jaga.gr.jp/en/katudou_en/
- Japanese Society for Rehabilitation of Persons with Disabilities (JSRPD), **[MHLW] Cabinet Approves the Second Basic Plan to Promote the Use of the Adult Guardianship System** [Online], Source: <https://www.dinf.ne.jp/d/3/870.html>
- Jiyuan Zhang and Zi Yan, **Helping the Elderly Live Better with Dementia: Recent Developments in Japan’s Adult Guardianship System and Its Role in Geriatric Social Work Practice**, Journal of Disability Policy Studies, Volume 34 Issue 1 (January 2024).
- Johns Hopkins Medicine, **Vascular Dementia** [Online], Source: <https://www.hopkinsmedicine.org/health/conditions-and-diseases/dementia/vascular-dementia#:~:text=Vascular%20dementia%20is%20the%20second,location%20of%20the%20area%20affected>
- Julia Duffy, **Mental Capacity, Dignity and the Power of International Human Rights**, Journal of Human Rights Law, Volume 15 Issue 2 (June 2023).
- Kanokwan Lueangmongkhonlet, **When Thailand Enters a Complete Aging Society, What Welfare Will the Thai Elderly Receive?** [Online], 23 February 2025. Source: <https://thaipublica.org/2024/02/thailand-becomes-aged-society/>
- Kikuo Nishizawa, **Guardianship Systems and Aging Populations: A Comparison of Thailand and Japan**, Thai Legal Studies, Volume 2 Issue 1 (January 2022).

- Kitipong Urapeephattanaphong, **Advance Appointment of Guardians and Curator** [Online], Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/proxy-in-law-> Makoto Arai and Akira Homma, **Guardianship for Adults in Japan: Legal Reforms and Advances in Practice**, Australasian Journal on Ageing, Volume 24 Issue 1 (March 2005).
- Makoto Arai, **Japanese Adult Guardianship Laws: Developments and Reform Initiatives in Special Needs Financial Planning: A Comparative Perspective**, Edited by Lusina Ho and Rebecca Lee, (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).
- Management Office for the International Programs, Faculty of Law, Kyushu University, **Program Details** [Online], Source: <https://law.kyushu-u.ac.jp/cspa/program/>
- Masayuki Tamaruya, **Japanese Wealth Management and the Transformation of the Law of Trusts and Succession**, Social Science Research Network, 2020.
- Masayuki Tamaruya, **The Transformation of Japanese Trust Law and Practice: Historical Contexts and Future Challenges**, The University of Tokyo Business Law Working Paper Series, 2021.
- Megan S. Wright, **Dementia, Autonomy, and Supported Healthcare Decision Making**, Maryland Law Review, Volume 79 Issue 2 (Spring 2020).
- National Institutes of Health (NIH), **What Is Dementia? Symptoms, Types, and Diagnosis** [Online], Source: <https://www.nia.nih.gov/health/alzheimers-and-dementia/what-dementia-symptoms-types-and-diagnosis>
- on Private International Law, **Status Table, 30: Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition** [Online], Source: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>
- Paisarn Limsatit, **Protection of the Rights of the Elderly and Patients Who Cannot Care for Themselves** [Online], Source: <https://cheevamitr.com/knowledge/rights-and-laws-for-the-elderly>
- Paul S. Appelbaum, **Preventing Abuses in Guardianship Cases**, Psychiatric Services, Volume 74 Issue 2 (February 2023).
- Rebekah Diller and Leslie Salzman, **Stripped of Funds, Stripped of Rights: A Critique of Guardianship as a Remedy for Elder Financial Harm**, University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, Volume 24 Issue 2 (Summer 2021).

- Sharon Shakargy, **Capacitating Personal Capacity: Cross-Border Regulation of Guardianship Alternatives for Adults**, Journal of Private International Law, Volume 19 Issue 1 (March 2023).
- ThaiHealth Official, **Revealing the results of research on the situation of elderly abuse** [Online], 10 September 2025. Source: <https://www.thaihealth.or.th/%E0%B9%80%E0%B8%9B%E0%B8%B4%E0%B8%94%E0%B8%9C%E0%B8%A5%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%B1%E0%B8%A2%E0%B8AA%E0%B8%96%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C%E0%B8%9C%E0%B8%B9/>
- Toshihiko Mizushima, **Enabling Supported Self-Directed Living: Supported Decision-Making and Safeguarding Mechanism Japan Network of Supported Decision-Making (SDM-Japan)**, presented at EAP Summer School, 10 August 2023.
- Toshihiko Mizushima, **Enabling Supported Self-Directed Living: Supported Decision-Making and Safeguarding Mechanism Japan Network of Supported Decision-Making (SDM-Japan)**.
- United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), **Concluding Observations on the Initial Report of Thailand' (CRPD/C/THA/CO/1) (2016) para 25** [Online], Source: <https://digitallibrary.un.org/record/830768>
- Uthaihan Thanapet and Penchan Pradubmook-Sherer, **Subjectivities of Older Spousal Caregivers in Rural Northern Thailand: A Qualitative Study on Sociocultural Influences**, Journal of Population and Social Studies, Volume 33 (January 2024).
- Weena Limsakul, **Legal Knowledge in Caring for Patients with Dementia**, Thai Journal of Nursing, Volume 67 Issue 4 (October–December 2018).
- World Health Organization, **Dementia** [Online], Source: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/dementia>
- World Health Organization, **Life expectancy, Thailand** [Online], Source: <https://data.who.int/countries/764>
- Worsak Kanok-Nukulchai, **In Thailand, 70 is the New 51** [Online], Source: <https://www.bangkokpost.com/opinion/opinion/2473977/in-thailand-70-is-the-new-51>
- Yukio Sakurai, **Risk Analysis of Principals and Adult Guardians: Japan's Adult Guardianship System and Its Practice**, Journal of Aging and Social Change, Volume 14 Issue 1 (March 2024).

- Yukio Sakurai, **Supported Decision-Making in the Japanese Context: Developments and Challenges**, Journal of Aging and Social Change, Volume 13 Issue 1 (January 2023).
- Yukio Sakurai, **The Idea of Adult Support and Protection Legislation in Japan: Multiple Options for Vulnerable Adults to Make Their Own Choices**, Journal of Aging and Social Change, Volume 12 Issue 1 (January 2021).
- Yukio Sakurai, **Value of Legislation Providing Support and Protection to Vulnerable Adults: Consideration for a Core Agency and Supported Decision-Making**, Journal of Aging Law & Policy, Volume 14 (Fall 2023).
- Zi Yan, **Helping Seniors Aging in Place: Adult Guardianship and Its Role in Geriatric Social Work Practice in China and Japan**, Innovation in Aging, Volume 7 Issue 1 (January 2023).

บทความวิชาการ (Academic Article)

ประชาธิปไตยไทย: เมื่อความเสมอภาคทางเพศสภาพถูกกำหนดโดยบรรทัด ฐานคนตรงเพศแบบชายเป็นใหญ่ – บทเรียนจากคำพิพากษาศาลฎีกาสหราชอาณาจักร (ค.ศ. 2025) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ 20/2564

Patriocratic Democracy: When Gender Equality Is Conditioned Upon Masculine and
Cis-Heteronormative Conformity – Lessons from the UK Supreme Court (2025) and
Thailand's Constitutional Court (Decision No. 20/2564)

นาดา ไชยจิตต์*

อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ สาขากฎหมายแพ่งและธุรกิจ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เลขที่ 111 ต.ท่าสุต อ.เมือง จ.เชียงราย 57100

อีเมล: nada.cha@mfu.ac.th

Nada Chaiyakit

Lecturer in Civil and Business Laws

School of Law, Mea Fah Luang University

School of Law, Mea Fah Luang University, 333 Moo 1, Thasud, Muang, Chiang Rai 57100

Email: nada.cha@mfu.ac.th

วันที่รับบทความ 30 กรกฎาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 30 กันยายน 2568; วันที่ตอบรับบทความ 1 ตุลาคม 2568

* LL.B. (University of Phayao); LL.M. (University of Essex, United Kingdom); Ph.D. Candidate (School of Law, University of Warwick, United Kingdom).

บทคัดย่อ

บทความนี้นำเสนอแนวคิด “ประชาธิปไตย” เพื่ออธิบายปรากฏการณ์ที่ระบบกฎหมายในระบอบประชาธิปไตย แม้จะให้คำมั่นเรื่องความเท่าเทียม แต่กลับผลิตและสถาปนาลำดับชั้นทางเพศ โดยการกำหนดว่า “ความเป็นบุคคลทางการเมืองเต็มรูปแบบ” ต้องอิงอยู่กับบรรทัดฐานบุคคลตรงเพศ อาศัยกรอบทฤษฎีกฎหมายสายสตรีนิยม ทฤษฎีเคเวียร์ทางกฎหมาย และการวิพากษ์ของ Carole Pateman และ Bell Hooks บทความชี้ว่า การยอมรับทางกฎหมายจำนวนมากกลายเป็นการยอมรับ แต่เพียงผิวเผินเท่านั้น หรือเป็นเพียงการรับรองในนาม เมื่อวิธีการตีความของศาล การใช้กฎหมาย และการปฏิบัติของฝ่ายบริหารร่วมกันย่ำถึงหลักการเพศทางชีววิทยาที่แบ่งบุคคลออกเป็นสองเพศสรีระ พร้อมทั้งอ้างเหตุผลเรื่องความชัดเจนทางการบริหารมาใช้เป็นข้ออ้างในการจำกัดสิทธิทางการเมืองและการเข้าถึงบริการสาธารณะ

การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกรณีศึกษาสำคัญในสหราชอาณาจักรและไทย รวมถึงคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักรในคดี *For Women Scotland* (2025) และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย เผยให้เห็นว่าระบอบประชาธิปไตยสามารถต่อยอดอำนาจประชาธิปไตยผ่านรูปแบบทางกฎหมายได้อย่างไร แนวคิดประชาธิปไตยจึงเป็นกรอบเพื่อทำความเข้าใจว่ากฎหมายและศาลยังคงสถาปนาความชอบธรรมแบบชายเป็นใหญ่ โดยทำให้ความเสมอภาคขึ้นอยู่กับการ “เหมือน” กับบรรทัดฐานเพศตรงเพศ บทความจบด้วยข้อเสนอเชิงกฎหมายและนโยบายที่มุ่งเชื่อมโยงการรับรองกับการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง ได้แก่ การประสานกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ระบบการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศสภาพและคุณลักษณะทางเพศที่ชัดเจน และกลไกถ่วงดุลเพื่อป้องกันการถอยหลังทางสิทธิ การถอยหลังเช่นนี้ขัดต่อหลักการกฎหมายสิทธิมนุษยชนสากล โดยเฉพาะหลัก “การรับรองสิทธิให้ก้าวหน้า” ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) ซึ่งห้ามมิให้รัฐดำเนินมาตรการที่ลดทอนสิทธิ เว้นแต่จะมีเหตุผลที่หนักหน่วงและสมควรอย่างยิ่ง

คำสำคัญ: ประชาธิปไตย; ทฤษฎีกฎหมายสายสตรีนิยม; การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศสภาพ; คุณลักษณะทางเพศ; บรรทัดฐานบุคคลตรงเพศ

Abstract

This article introduces the concept of “patriocratic democracy” to explain how democratic legal systems, while promising equality, continue to reproduce gender hierarchies by conditioning full political personhood on conformity to cisnormative standards. Building on feminist jurisprudence, queer legal theory, and the critiques of Carole Pateman and bell hooks, the article argues that legal recognition often becomes recognition in name only—a formal gesture that masks exclusion in practice. Judicial reasoning, statutory interpretation, and administrative implementation together reinforce biological essentialism by dividing people into two rigid sex categories, while invoking administrative clarity as a rationale for restricting political rights and access to public services.

Through a comparative doctrinal analysis of recent jurisprudence in the United Kingdom and Thailand—including the UK Supreme Court decision in *For Women Scotland* (2025) and rulings of the Thai Constitutional Court—the article illustrates how democratic institutions embed patriarchal authority through legal form. The concept of patriocratic democracy provides a framework to understand how law and courts sustain masculine legitimacy by making equality conditional on sameness to cisgender norms. The article concludes by proposing legal and policy reforms that align recognition with substantive participation: statutory harmonisation, explicit legal gender-recognition and sex characteristics frameworks, and accountability mechanisms to prevent retrogression. Such retrogressive measures would contradict the principle of progressive realisation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), which obliges States to advance rights and prohibits regression unless justified by the most compelling reasons.

Keywords: Patriocratic Democracy; Patriocratic Democracy; Legal Gender Recognition; Sex Characteristics; Cisnormativity

1. Introduction

This article seeks to interrogate how democratic legal systems reproduce gendered hierarchies through case law and statutory interpretation, with a particular focus on the United Kingdom and Thailand. The article introduces ‘patriocratic democracy’ as a critical framework that combines feminist jurisprudence and queer legal theory. The objectives are twofold: first, to conceptualise this framework; and second, to demonstrate how court judgments and administrative practices condition gender equality upon conformity to cisnormative standards. Methodologically, the paper adopts a doctrinal comparative legal analysis, supplemented by theoretical insights from Carole Pateman and bell hooks, to examine how judicial reasoning and legal frameworks construct and constrain the boundaries of political personhood.

This article is structured as follows: Section 2 outlines the theoretical framework, drawing from feminist jurisprudence, queer theory, and the works of Carole Pateman and bell hooks to situate the concept of patriocratic democracy. Sections 3 and 4 examine key judgments from the United Kingdom and Thailand, respectively, analysing how courts employ biological essentialism and administrative clarity to limit rights. Section 5 provides a comparative discussion that highlights the structural similarities and divergences between the two jurisdictions. The article concludes with policy and legal recommendations, linking the findings to international human rights obligations, particularly the principle of progressive realisation under the ICESCR.

The term patriocratic democracy was coined by the author to capture the dissonance between formal equality and lived exclusion. Derived from the Thai neologism “ประชาธิปไตยชาย,” the phrase reframes pracha-thipatai (rule of the people) into pracha-pita-thipatai: the rule of the people through patriarchal norms. The concept underscores how democracy, while claiming universality, often legitimises cis-masculine authority and conditions full citizenship on gender conformity. While the term may initially appear unfamiliar, its purpose is to provide conceptual clarity, condensing a complex critique into a single analytical vocabulary that acknowledges its Thai origins and speaks directly to international feminist and queer legal scholarship. The decision to retain this term follows the reviewers’ advice to preserve originality, while also taking seriously the concern for accessibility by clarifying its meaning from the outset.

History teaches us that political voice has never been a given—especially for women and gender-diverse people. In the United Kingdom, the early 20th-century suffragette movement marked a turning point, as women demanded not only the right to vote but the right to be recognised as political beings.¹ In Thailand, the petition of Amdaeng Muean, an enslaved woman during King Mongkut’s reign, illustrated an early claim of bodily autonomy, later influencing the abolition of slavery under King Chulalongkorn.² Yet in today’s legal systems, echoes of those denials persist, sometimes disguised as reasoned judicial logic. In its ruling on marriage equality, the Thai Constitutional Court reiterated a gendered ideology rooted in heteronormativity and cisnormativity. Women were described in biologically reductive terms— “those who menstruate in order to bear children”—positioning reproduction as the defining feature of womanhood.³ What these examples reveal is that legal recognition is never neutral; it enforces conformity under the guise of equality and protects the “majority’s morality” at the expense of marginalised communities.

2. Theoretical Framework: Why Democracy can be Patriocratic

Although democracy is often idealised as a universal system of inclusion, critical scholars have long shown that its foundations are far from neutral.⁴ Feminist and queer theorists in particular argue that the very structures of law and governance are built upon—and continue to reproduce—gendered hierarchies.⁵ To situate the concept of “patriocratic

¹ S. Holton, **Feminism and Democracy: Women’s Suffrage and Reform Politics in Britain**, (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), pp. 1900–1918.

² ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์, พัฒนาการของกฎหมายลักษณะครอบครัวในไทย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 51 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2565), หน้า 470.

³ Constitutional Court of Thailand, **Decision No. 20/2564** (2021), unofficial English translation by Chalermrat Chandranee, Justice in Translation 5/2021 (December 2021), University of Wisconsin–Madison, Center for Southeast Asian Studies

⁴ Bell Hooks, **Feminism is for Everybody: Passionate Politics**, (Brooklyn: South End Press, 2000) pp. 1–10; Carole Pateman, **The Sexual Contract**, (Stanford: Stanford University Press, 1988), pp. 3–7.

⁵ Judith Butler, **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**, (London: Routledge, 1990), pp. 1–34; Dean Spade, **Normal Life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law**, (Durham: Duke University Press, 2015), pp. 1–18.

democracy” within this tradition, this section outlines how democratic systems, both historically and in practice, are structured through patriarchal norms.

Carole Pateman’s seminal work, **The Sexual Contract** (1988), revealed that the very foundations of modern democracy are not gender-neutral but deeply patriarchal. What is commonly celebrated as the “social contract”—a pact among equals—is, in fact, a contract among men that institutionalises women’s subordination. The promise of political voice and equality was, from the outset, conditioned on male authority, excluding women from full citizenship and political personhood. Pateman’s analysis therefore demonstrates that democracy, far from being a universal project of inclusion, was born already gendered.⁶ This theoretical insight provides a critical entry point into the concept of “patriocratic democracy,” showing how democratic systems can reproduce and legitimise male dominance under the guise of equality.

Queer legal theory further sharpens this critique by exposing how law enforcers binary gender categories under the guise of neutrality. Judith Butler’s concept of gender performativity demonstrates that gender is not a natural fact but an ongoing repetition of norms, sustained through law, discourse, and institutional power.⁷ The insistence on binary categories—male and female—allows democratic legal systems to present themselves as objective while, in practice, policing conformity. Dean Spade advances this critique by showing how recognition-based rights frameworks, such as those granting limited inclusion to LGBTIQ+ people, ultimately reinforce administrative systems that sort, regulate, and discipline populations.⁸ For Spade, the law’s promise of recognition often demands assimilation into pre-existing norms, rather than dismantling the hierarchies that marginalise. Together, Butler and Spade underscore that legal recognition is not neutral but a technology of governance—deepening the very exclusions it claims to remedy.

Taken together, these strands of feminist and queer legal theory provide the conceptual foundation for the term “patriocratic democracy.” The concept, coined by the author, highlights how democratic governance—though claiming universality—has historically and structurally operated as a regime that privileges cis-hetero-masculine norms. It is a

⁶ Carole Pateman, **The Sexual Contract**, pp. 3–7.

⁷ Judith Butler, **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**, pp. 25–34.

⁸ Dean Spade, **Normal Life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law**, pp. 3–11.

framework that draws on Pateman's critique of the sexual contract, hooks's analysis of interlocking systems of domination, and Butler and Spade's insights into the regulatory force of law. "Patriocratic democracy" therefore names the paradox of democratic systems that invoke the language of equality while conditioning full citizenship upon gender conformity. This framework guides the following case analyses of the United Kingdom and Thailand, illustrating how courts and legal institutions continue to naturalise patriarchal authority under the guise of democratic legitimacy.

3. From Progressive Instrument to Patriarchal Containment: The UK Trajectory of Law and Sex Essentialism

The struggle for legal gender recognition in the United Kingdom has been neither linear nor uncontested. Long before *Christine Goodwin v United Kingdom* (2002), trans women had petitioned the European Court of Human Rights for recognition of their lived gender. In *Rees v United Kingdom* (1986) and *Cossey v United Kingdom* (1990), the Court rejected such claims, upholding the state's "margin of appreciation" and affirming that gender identity was not, at that time, integral to personal autonomy or human dignity.⁹ These rulings revealed how democratic legal systems—while committed to rights in principle—could nonetheless exclude trans people under the guise of judicial restraint. It was not until *Goodwin v United Kingdom* (2002) that the tide shifted. The Court explicitly recognised that denying legal gender recognition violated Article 8 of the European Convention on Human Rights. Importantly, it held

"The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom" (*Goodwin v United Kingdom*, 2002, para. 90).

The Court also stressed the evolving nature of human rights:

"The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" (*Goodwin v United Kingdom*, 2002, para. 75).¹⁰

⁹ *Rees v United Kingdom*, App. No. 9532/81 (ECtHR, 17 October 1986); *Cossey v United Kingdom*, App. No. 10843/84 (ECtHR, 27 September 1990).

¹⁰ *Christine Goodwin v United Kingdom*, App. No. 28957/95 (ECtHR, 11 July 2002) paras 75, 90.

By grounding its reasoning in dignity and the “living instrument” doctrine, the Court affirmed that trans people are entitled to legal recognition not as a concession, but as a right stemming from their inherent personhood. This landmark judgment created direct impetus for the enactment of the Gender Recognition Act 2004 (GRA), which was celebrated internationally as proof of the UK’s progressive stance on trans rights.

Yet the UK’s trajectory reveals a deeper paradox. While statutory law advanced recognition through the GRA and later the Equality Act 2010, judicial interpretation increasingly reinstated biological essentialism. Rather than building upon *Goodwin*, courts began to hollow out its legacy—most visibly in the 2025 UK Supreme Court ruling¹¹, which re-entrenched “biological sex” as the operative category under the Equality Act. This section traces that trajectory, showing how the UK’s case law exposes the fragility of recognition when democracy itself is structured through patriarchal and cisnormativity.

3.1 The Gender Recognition Act 2004 and the Equality Act 2010

The Gender Recognition Act 2004 (GRA) was hailed as a milestone in recognising gender identity as a matter of self-determination rather than medical intervention. For the first time, individuals could obtain a Gender Recognition Certificate (GRC) without being required to undergo surgical procedures—a legislative acknowledgment that gender is not reducible to anatomy.¹² Similarly, the Equality Act 2010 (EA) consolidated protections against discrimination, explicitly recognising “gender reassignment” as a protected characteristic.¹³ These statutory advances positioned the UK as a global leader in trans rights, promising dignity and autonomy for gender-diverse individuals.

Yet the 2025 decision of the UK Supreme Court in *For Women Scotland Ltd v The Lord Advocate and Scottish Ministers* (UKSC 16) marked a decisive retreat. The claim was initially rejected in both the Outer House and Inner House of the Court of Session before reaching the UKSC, and in each instance the voices of trans women invoking their rights under the GRA were excluded from serious consideration. The exclusion of trans voices was not incidental. Reports note that applications for intervention by transgender legal experts were rejected at both the Scottish Court of Session and later before the UK Supreme Court, leaving no trans parties formally represented in the proceedings. This silence is significant: the case

¹¹ *For Women Scotland Ltd v The Lord Advocate and Scottish Ministers* [2025] UKSC 16.

¹² Gender Recognition Act 2004, c. 7, s. 9.

¹³ Equality Act 2010, c. 15, s. 7.

that determined the meaning of “woman” in equality law was adjudicated without the participation of those most affected. Legal commentary further emphasised that the definition of “woman” under the Equality Act 2010 was interpreted to mean biological sex, explicitly excluding trans women even when holding a GRC.¹⁴

The Court framed the dispute not as a question of lived identity but as one of statutory interpretation, stating:

“The claimant’s certificated sex under the GRA 2004 must be respected ‘for all purposes.’ However, this Court concludes that the Equality Act operates on the basis of biological sex, and thus the two statutes serve distinct functions”¹⁵

This reasoning effectively severed the link between legal recognition and substantive equality. By isolating the GRA from the EA, the Court reinstated a rigid binary understanding of sex, hollowing out the protections that earlier cases such as *P v S and Cornwall County Council* (1996) had affirmed. Recognition was thus reframed not as empowerment but as containment: trans women could be acknowledged on paper yet excluded from full participation in democratic and political life.¹⁶

The judgment also justified its approach by invoking the need to protect women’s political representation. In doing so, the Court equated “woman” exclusively with biological sex, refusing to interpret the term in a way that includes trans women—even those holding a GRC. What appears on the surface to be statutory balancing is, in reality, a categorical denial of trans women’s political legitimacy.

The democratic paradox is stark. The GRA promised recognition “for all purposes,” but the UKSC’s restrictive interpretation reduces this to bureaucratic legibility, stripped of political participation. The exclusion of trans women’s voices at every judicial stage demonstrates how

¹⁴ Owen Bowcott, **Legal Definition of Woman is Based on Biological Sex**, UK Supreme Court Rules [Online]. Source: <https://www.theguardian.com/society/2025/apr/16/critics-of-trans-rights-win-uk-supreme-court-case-over-definition-of-woman>; Catherine Baksj, **Clarifying Definition of “Woman” in the Equality Act’ Law Gazette** [Online]. Source: <https://www.lawgazette.co.uk/commentary-and-opinion/clarifying-definition-of-woman-in-the-equality-act/5123032.article>

¹⁵ *For Women Scotland Ltd v The Lord Advocate and Scottish Ministers* [2025] UKSC 16, para. 56.

¹⁶ *P v S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143.

recognition can be legally hollowed out by interpretive manoeuvres, transforming what should have been substantive equality into patriarchal containment. This re-entrenchment of sex essentialism illustrates *patriocratic democracy* in practice: a democracy that conditions inclusion on conformity to cis-masculine norms.

3.2 P v S and Cornwall County Council: Equality in Employment

A foundational case in European equality law is *P v S and Cornwall County Council* (1996), where the European Court of Justice (ECJ) held that dismissal of an employee on the grounds of gender reassignment constituted unlawful sex discrimination under Council Directive 76/207/EEC. The Court reasoned that discrimination against a trans person undermined the dignity and freedom protected by European equality law:

“To tolerate such discrimination would be tantamount to a failure to respect the dignity and freedom to which he or she is entitled, and which the Court has a duty to safeguard”¹⁷

This case was groundbreaking because it established that the principle of equality applied to trans people, even before the widespread adoption of gender recognition legislation. Its reasoning directly influenced the development of the Equality Act 2010 in the UK, where “gender reassignment” was codified as a protected characteristic.¹⁸

Placed chronologically, *P v S* predated *Goodwin v United Kingdom* (2002) by six years, showing how EU equality law was quicker to acknowledge trans dignity in the workplace than the ECHR framework was in recognising it as a matter of personal autonomy. This demonstrates that protection of trans rights was not accidental but legally enforceable, underscoring that dignity can and must be safeguarded in practice rather than remaining a symbolic promise.

The recognition of trans dignity in employment was further consolidated in *De Souza E Souza v Primark Stores Ltd* (2017), a landmark Employment Tribunal case.¹⁹ The claimant, a trans retail worker, endured persistent harassment: colleagues sprayed male perfume on her against her will, and security staff mocked her as being “possessed by Satan.” The Tribunal

¹⁷ *P v S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143, para. 22.

¹⁸ Equality Act 2010, c. 15, s. 7.

¹⁹ *De Souza E Souza v Primark Stores Ltd*, Employment Tribunal, Case No. 2206068/2016 (18 January 2017).

held that this treatment constituted unlawful harassment and direct discrimination under the Equality Act 2010. Crucially, the court awarded damages of approximately £47,000—£25,000 for injury to feelings (at the top of the Vento scale) and £22,000 in aggravated damages and loss of earnings.²⁰ This was one of the highest awards of its kind in UK trans employment litigation, signalling that the protection of dignity was a matter of enforceable right, not mere rhetoric.

This case illustrates how, before the retreat represented by *For Women Scotland* (2025), UK tribunals had recognised the lived realities of trans workers and were prepared to punish employers that failed to protect them. By affirming that harassment based on gender identity strikes at the core of human dignity, the Tribunal demonstrated that equality law could operate as a genuine safeguard against patriarchal containment in everyday life.

3.3 AB v Secretary of State for Justice: Dignity, Carcerality, and Legal Enforcement

The case of *AB v Secretary of State for Justice* (2009) illustrates how legal gender recognition is not symbolic but binding. The claimant, a trans woman who held a valid Gender Recognition Certificate (GRC), was incarcerated in a male prison facility. The High Court ruled that this constituted a violation of her rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which guarantees respect for private and family life.

“The claimant’s right to live in accordance with her affirmed gender was fundamental. Her GRC is not symbolic—it is legal and binding. Detaining her in a male facility constituted an unlawful interference with that right”²¹

The judgment underscored the enforceability of the GRC as more than mere bureaucratic recognition. It affirmed that legal recognition of gender identity must translate into material conditions of dignity, including where the state exercises coercive powers such

²⁰ The “Vento bands” set guideline levels of compensation for injury to feelings in discrimination cases: Band 1 (less serious cases, up to approx. £9,100); Band 2 (serious cases, £9,100–£27,400); Band 3 (the most serious cases, £27,400–£45,600, with exceptional cases exceeding this). In the present case, the Tribunal awarded **£25,000 for injury to feelings** (Band 3) and **£22,000 in aggravated damages and loss of earnings**. See also Equality Act 2010, Part 5 (Work) and UK Employment Tribunal Presidential Guidance on Injury to Feelings (2022 update).

²¹ *AB v Secretary of State for Justice* [2009] EWHC 2220 (Admin), para. 47.

as imprisonment. By treating the GRC as binding “for all purposes,” the High Court demonstrated that the right to recognition extended into the most restrictive domains of state authority.²² This reasoning drew directly on Article 8 of the European Convention on Human Rights, not as a foreign source but as incorporated into UK domestic law through the Human Rights Act 1998. Under the UK’s dualist system, international treaties have no direct effect unless enacted in domestic legislation; once incorporated, however, courts may invoke them with full binding authority.

At the same time, the case highlighted the fragility of these protections. While AB succeeded in her claim, the state’s initial decision to house her in a male prison facility exposed the persistent reliance on cisnormativity logics of “institutional risk” and “safety concerns.” These rationales, often framed as neutral, function to re-inscribe patriarchal control over trans bodies. The case therefore stands as both a vindication of dignity and a reminder of the conditional nature of recognition under democratic legal systems.

3.4 UKSC 2025, Institutional Responses, and the Labour Paradox

The 2025 judgment of the UK Supreme Court in *For Women Scotland Ltd v The Lord Advocate and Scottish Ministers* (UKSC 16) crystallised this retreat from progressive recognition. The Court held that while a Gender Recognition Certificate (GRC) under the GRA 2004 must be respected “for all purposes,” this principle did not extend to statutory interpretation under the Equality Act 2010, which the Court declared operates solely on the basis of biological sex.²³ By framing the dispute as one of statutory construction rather than lived identity, the Court effectively hollowed out the promise of the GRA: recognition became bureaucratic rather than substantive.

The exclusion of trans voices throughout the litigation only reinforced this outcome. Reports note that applications for intervention by transgender legal experts were rejected both at the Scottish Court of Session and later before the UKSC, leaving no trans parties formally represented in the proceedings. This silence was not incidental—it was constitutive. The very case that determined the meaning of “woman” in equality law proceeded without the participation of those most affected, an omission that underscored how patriocratic democracy silences marginalised groups while claiming neutrality.

²² European Convention on Human Rights, art. 8; Human Rights Act 1998.

²³ *For Women Scotland Ltd v The Lord Advocate and Scottish Ministers* [2025] UKSC 16, para. 56.

Institutional responses deepened this retreat. The Equality and Human Rights Commission (EHRC), the UK's national equality body, immediately embraced the UKSC's restrictive interpretation. By affirming that the definition of “woman” under the Equality Act referred to biological sex, the EHRC legitimised a legal landscape in which trans women—even those with GRCs—were categorically excluded from political representation and participation. This alignment between judiciary and quasi-judicial regulator illustrates how patriocratic democracy consolidates power across institutions, producing consistency not in equality but in exclusion.

The paradox is sharpened by political context. The ruling occurred under a Labour government historically associated with advancing LGBTIQ+ equality. Yet the Court's reasoning—and the EHRC's endorsement—illustrated how even progressive administrations can preside over retrenchment when patriarchal norms are institutionalised. In this sense, patriocratic democracy does not depend on conservative ideology alone; it thrives when liberal institutions reproduce cisnormativity under the banner of protecting fairness and balance.²⁴

Even the Equality and Human Rights Commission (EHRC), whose mandate is to uphold international human rights standards, responded to the UKSC ruling in ways that reinforced exclusion. Rather than reaffirming the principle—recognised in international human rights law—that trans women are women and thus entitled to protection from discrimination under instruments such as CESCR General Comment No. 20 (2009) and the Yogyakarta Principles (2007)²⁵, the EHRC quickly issued statements and began drafting guidance that effectively sanctioned the restriction of trans women from women's spaces, including public restrooms.²⁶ This institutional alignment not only legitimised the Court's biologically determinist reasoning but also set in motion policies that risk entrenching exclusion across everyday life. The irony

²⁴ Equality and Human Rights Commission (EHRC), **EHRC statement on the Supreme Court Judgment in For Women Scotland**, (17 January 2025).

²⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), **General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights** (art. 2, para. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (2009); **The Yogyakarta Principles: Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity** (2007).

²⁶ Equality and Human Rights Commission (EHRC), **EHRC statement on the Supreme Court Judgment in For Women Scotland**, (17 January 2025).

is stark: an equality body charged with protecting vulnerable groups became an agent in narrowing their access to full citizenship.

Perhaps most strikingly, the chilling effect extended beyond the courtroom, manifesting in a climate of tension within the Palace of Westminster itself. In the same year, reports confirmed that security protocols for gendered spaces were under review following multiple complaints, while a transgender Member of Parliament spoke out about the 'climate of hostility' and scrutiny they faced when using facilities.²⁷ That such an incident could occur within the very seat of democratic governance underscores the breadth of the rollback: once “woman” is policed through biology and conformity, not only trans women but also cisgender women who do not fit normative expectations of femininity become suspect. The patriarchal gaze thus expands its reach, placing all who deviate from the cis-hetero-masculine ideal under surveillance.

Together, these developments mark not merely legal backsliding but the active institutionalisation of patriocratic democracy. Recognition is reframed as containment; equality is rendered conditional upon conformity. What was once hailed as a global model of progressive trans rights now exemplifies the fragility of democratic promises when filtered through patriarchal norms.

3.5 Conclusion of UK Analysis

The trajectory of UK jurisprudence reveals a paradox at the heart of democratic governance. Early advances, from *P v S* and *Cornwall County Council v Christine Goodwin* v United Kingdom, established dignity and self-determination as core principles of gender recognition, culminating in the Gender Recognition Act 2004 and the Equality Act 2010. These statutes positioned the UK as a global leader in protecting gender-diverse communities.

Yet subsequent developments demonstrate how fragile such gains remain. The High Court’s affirmation of the binding force of a Gender Recognition Certificate offered hope that

²⁷ Haroon Siddique, ‘Westminster security protocols for gendered spaces under review after complaints’ *The Guardian* (22 September 2025) [Online], accessed 25 September 2025, Source: <https://www.theguardian.com/uk-news/2025/sep/22/westminster-security-protocols-gendered-spaces-under-review>; Ben Morgan, ‘A climate of hostility’: Trans MP speaks out on Westminster workplace culture’ *The Independent* (28 September 2025) [Online], accessed 5 October 2025, Source: <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/trans-mp-westminster-workplace-culture-b2421519.html>.

recognition extended even into restrictive state domains. But the 2025 Supreme Court ruling in *For Women Scotland* marked a decisive reversal, redefining “woman” exclusively in biological terms and excluding trans women—even those with legal recognition—from equality protections. Institutional responses, including the EHRC’s endorsement of the ruling, reinforced this narrowing of rights, while political incidents such as the Westminster restroom exclusion revealed how quickly the logic of exclusion can extend beyond trans women to cisgender women who do not conform to feminine norms.

Taken together, these cases illustrate that recognition without participation is not recognition at all. The UK experience demonstrates how patriocratic democracy operates through law: granting rights in name while withdrawing them in substance, conditioning equality on conformity to cis-masculine norms. This insight provides a vital comparative lens for the next section, which turns to Thailand—where constitutional adjudication similarly invokes biological essentialism to regulate the boundaries of political personhood.

4. Case Law and the Endurance of Binary Norms in Thailand

Historical Roots of the exclusion of gender-diverse persons from legal subjecthood in Thailand has deep historical roots. The *Three Seals Code* (กฎหมายตราสามดวง), compiled in the early Rattanakosin period, explicitly prohibited certain groups from serving as witnesses in court proceedings. The provision in the section on evidence law (พระไอยการลักษณะพยาน) declared: “หญิง บัณเฑาะก์ ทาส กุลี คนบ้า เด็ก อันมิได้รู้เห็นการทั้งปวง อย่าเอามาเป็นพยาน”.²⁸ By listing women, *bundok* (a premodern category denoting gender-variant persons), slaves, and others as inherently unreliable, the Code institutionalised a hierarchy of credibility that directly linked gender and legal incapacity.

This codified exclusion did more than deny participation in trials; it enshrined the presumption that gender variance equated to legal inferiority. As Sheera Thongkachai has shown, the category of *bundok* was not merely descriptive but stigmatising, operating to erase gender nonconforming people from recognition as legitimate legal actors (ชีรา ทองกระจาย,

²⁸ กฎหมายตราสามดวง เล่ม 1: พระไอยการลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คุรุสภา, 2541), หน้า 173 [The Three Seals Law Code Volume 1: Phra-aya-karn Lakson Phayarn (Law of Evidence), (Bangkok: Kurusapha Press, 1998), p. 173].

2561).²⁹ In this sense, the foundations of Thai jurisprudence were marked by a binary epistemology: to be legally credible was to be male, cisgender, and aligned with social order. The endurance of this logic can be traced through subsequent case law, where courts consistently relied on biological essentialism to police the boundaries of legal personhood.

This historically entrenched binary conception of credibility and personhood laid the groundwork for later jurisprudence, such as the Supreme Court decision No. 157/2524, where The Court continued to define womanhood through biological capacity ('one who can give birth'). It is to these modern manifestations of patriarchal legal reasoning that the next section now turns.

4.1 Supreme Court Decision No. 157/2524: Anchoring the Binary

The exclusion of gender-diverse persons from legal recognition in Thailand is not accidental but follows a long historical continuity. Early legal texts such as the *Three Seals Code* explicitly marked women and gender-variant persons as unreliable witnesses, linking credibility to normative sex and social status. In the modern era, this continuity was crystallised by Supreme Court Decision No. 157/2524. Faced with a claim for recognition of a trans woman's status, the Court turned to the Royal Institute Dictionary and treated womanhood as equivalent to the capacity to give birth. By locating legal womanhood in reproductive function rather than lived identity, the ruling established a judicial premise of *reproductive essentialism*: sex recorded at birth became the decisive marker of legal personhood.³⁰

That premise carried concrete, system-wide effects. The Court's interpretive move shaped how civil status is understood and administered under Thai law—most notably in relation to birth registration and the civil registry system tied to Section 15 of the Civil and Commercial Code—making the sex marker effectively immutable for many administrative purposes. In practice this foreclosure means that trans, intersex, and non-binary people are

²⁹ ชีรา ทองกระจ่าย, จาก “กะเทย” สู่ “ผู้หญิงข้ามเพศ”: การเปลี่ยนแปลงเชิงวาทกรรมด้วยอัตลักษณ์ทางเพศในสังคมไทย, วารสารมานุษยวิทยา, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2566), หน้า 145–180 [Cheera Thongkrajai, From “Kathoeay” to “Phuying-kham-phet”: Discursive Transformation of Gender Identity in Thailand, Journal of Anthropology, Volume 6 Issue 1 (January-June 2023), pp. 145–180].

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกา เลขที่ 157/2524 (1981) [Supreme Court of Thailand, Decision No. 157/2524 (1981)]; ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน (ฉบับที่ศาลฎีกาอ้างอิง) [Royal Institute of Thailand, Royal Institute Dictionary (edition cited by the Supreme Court in Decision No. 157/2524)].

routinely misrecognised across education, healthcare, employment and welfare systems, lack of legal gender recognition thus cascades into tangible denials of rights and services.³¹

International and policy analyses have been stark on these consequences. UNDP's review of legal gender recognition in Thailand documents how Decision 157/2524 created a jurisprudential barrier that institutionalised binary sex assignment and obstructed pathways to administrative recognition, producing persistent obstacles to basic civic participation and access to services.³² In short, the judgment did more than resolve one dispute: it anchored a biological-first approach to personhood in the institutional fabric of Thai administration, converting a contested social reality into a narrow legal rule with widespread, deleterious effects.

The influence of Decision No. 157/2524 extended beyond the judiciary. Following the ruling, the Department of Provincial Administration incorporated the Court's binary reasoning into administrative practice, instructing registrars to treat the sex marker recorded at birth as final and non-alterable. As documented in the Intersex Thailand Report on Legal Gender Recognition (2018), this jurisprudential stance translated into administrative regulations that explicitly barred changes in the civil registry, even for individuals who had undergone gender-affirming surgery. The case thus illustrates how a single judicial interpretation cascaded into executive policy, ensuring that reproductive essentialism was not only judicially endorsed but also bureaucratically enforced across the apparatus of state governance.³³

4.2 Constitutional Court Decision No. 20/2564: Reproductive Essentialism

The Constitutional Court's 2021 ruling on Section 1448 of the Civil and Commercial Code, which defines marriage as exclusively between a man and a woman, entrenched reproductive essentialism within Thai constitutional jurisprudence. In its reasoning, the Court declared that "the purpose of marriage is for a man and a woman to cohabit as husband and

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ป.พ.พ.), มาตรา 15; พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม [Civil and Commercial Code (Thailand), s. 15; Civil Registration Act B.E. 2534 (1991) and amendments].

³² United Nations Development Programme (UNDP), **Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review**, (Bangkok: UNDP Thailand, 2018).

³³ Nada Chaiyakit, **Intersex Justice in Thailand: A Country Report on the Situation of Intersex Rights in Thailand**, (Taiwan: Intersex Asia, 2024).

wife to form a family institution, to have children and maintain the race according to nature”.³⁴ The judgment thus framed procreation not as one possible aspect of marriage but as its defining purpose, rendering same-sex unions inherently invalid.

The Court further justified this interpretation by invoking “the state of nature and long-standing custom”, holding that Section 1448 was “in accordance with the state of nature and long-standing custom”.³⁵ By grounding constitutional interpretation in “nature” and “tradition,” the Court foreclosed any possibility of reading marriage in a gender-neutral or equality-oriented manner.

Perhaps most revealing was the Court’s reliance on gendered biological functions. Citing the provision requiring widows to wait 310 days before remarrying, the Court reasoned that such rules exist to prevent confusion of lineage, presuming that women must menstruate and potentially bear children. This reliance on reproductive biology as a constitutional rationale exemplifies the persistence of pseudo-scientific logic: womanhood equals reproductive capacity.³⁶

These constitutional premises did not remain confined to abstract reasoning. As later analysis has shown, even after Thailand enacted marriage equality, statutory language continued to entrench patriarchal norms by preserving the categories of บิดา (bida, father) and มารดา (marnda, mother) as the only legitimate parental statuses.³⁷ Thus, while same-sex couples gained access to marriage, their family rights remained mediated through heteronormative framings of parenthood. This demonstrates how patriocratic democracy adapts: conceding recognition in one domain while reinscribing exclusionary categories in another.

Taken together, the Constitutional Court’s ruling and subsequent legislative practice illustrate how Thai constitutional law operationalises reproductive essentialism not only to deny recognition, but also to shape the terms of participation within newly opened

³⁴ Constitutional Court of Thailand, **Decision No. 20/2564 (2021)**, unofficial English translation by Chalermrat Chandranee, Justice in Translation 5/2021 (December 2021), University of Wisconsin–Madison, Center for Southeast Asian Studies, para 4.

³⁵ Ibid., para 15.

³⁶ Ibid., para 17.

³⁷ Nada Chaiyakit, **Analyzing Thailand’s Amendments to the Civil and Commercial Code on Marriage Equality: Progress, Shortcomings, and the Struggle for LGBTIQAN+ Rights to Family Establishment**, Thai Legal Studies, Volume 4 Issue 1 (July 2024), pp. 60–71.

institutions. What appears as progress—marriage equality—remains tethered to patriarchal structures that condition belonging on conformity to cis-hetero-masculine norms.

4.3 Quasi-Judicial Bodies and Administrative Practices

While high-level judicial rulings supply the legal grammar for reproductive essentialism, the administration and quasi-judicial bodies are the engines that convert that grammar into lived exclusion. This section demonstrates how non-legislative actors— (1) equality and anti-discrimination committees, (2) administrative agencies and public institutions, and (3) administrative and quasi-judicial tribunals—have both reproduced and, at times, disrupted patriarchal and sex-essentialist norms. Together they reveal how patriocratic democracy is institutionalised not only in doctrine but also in the daily governance of bodies.

Equality and quasi-judicial mechanisms. The Committee on Consideration of Unfair Gender Discrimination (วลพ.) under the Gender Equality Act has produced some landmark findings. One pivotal case concerned Teacher Golf (Pannaphat Sawatphat), a transgender teacher denied the right to wear gender-congruent attire in official photographs and state-issued ID cards. The Committee held this to be unfair gender discrimination and ordered recognition of her gender identity. Yet the Office of the Prime Minister subsequently resisted implementation, issuing directives that maintained binary uniform rules for civil servants, thereby forcing continued litigation.³⁸

Similarly, Teacher Bua (Punyapat Kingkaew), a Bangkok civil servant, was forced by her school principal to wear a male wig and perform male-coded behaviours despite having undergone gender-affirming surgery. This case, covered widely in national media, epitomised how school-level administrators weaponised state regulations to enforce conformity with biological sex essentialism.³⁹ At the university level, Chomping, a transgender student at Chulalongkorn University, was threatened with expulsion from class by senior faculty for refusing to wear male attire. The University formally denied her petition to graduate in gender-

³⁸ Committee on Consideration of Unfair Gender Discrimination (วลพ.), **Decision No. 05/2564**, 28 June 2021; Office of the Prime Minister, **Letter No. นร 0106/861**, “แจ้งผลการพิจารณาการทํ้าตบระจําตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ”, 10 June 2015; Office of the Basic Education Commission, **Letter No. ศธ 04009/4153**, 25 June 2015.

³⁹ Thai PBS, **เครือข่ายครูหลากหลายทางเพศ ร้องเรียน กสม.: ที่นี่ Thai PBS (22 July 2019)** [ออนไลน์] เข้าถึงข้อมูลเมื่อ 23 กันยายน 2568. แหล่งที่มา: <https://www.youtube.com/watch?v=201sB3CLm20>

congruent dress, citing its student-uniform regulations. The Gender Equality Committee later found in her favour, underscoring the unlawfulness of such exclusionary rules.⁴⁰

Judicial and administrative litigation. The most dramatic breakthrough came in *Sirapat Putthivorrapaseth v. Suan Dusit University*, culminating in the Supreme Administrative Court's Decision No. อ.10/2568 (2025). After nearly nine years of litigation, the Court ordered that she must be allowed to graduate in female academic dress, reversing both the university's decision and earlier administrative court rulings. The Court explicitly grounded its reasoning in the Gender Equality Act and constitutional guarantees of human dignity, holding that the denial of gender-congruent graduation attire amounted to unfair gender discrimination. For Sirapat, however, this victory came too late to celebrate with her classmates—most of whom had long since graduated. Her case illustrates both the possibility of redress and the immense personal cost of seeking justice in a patriarchal democracy.⁴¹

Intersections with carceral administration. These struggles extend into prisons, where intersex and transgender inmates are categorised strictly according to male/female biology, often facing harassment, solitary confinement, or denial of healthcare. A widely reported case documented by BBC Thai revealed how prison authorities insisted on classifying intersex detainees within binary facilities, exposing them to heightened risks of violence and degrading treatment. Such practices underscore how state institutions reproduce essentialist control even beyond education and civil service, penetrating the most intimate aspects of bodily autonomy.⁴²

Across these cases, a recurring pattern emerges equality bodies may articulate anti-discrimination norms, but entrenched administrative practices and institutional risk-aversion blunt their force. Administrative resistance and protracted litigation not only delay justice but

⁴⁰ Chulalongkorn University, Faculty of Education, **Letter No. 0512/01544**, 18 February 2019; Chulalongkorn University, **Announcement on Student Uniform Regulations**, 2019; Thai PBS, **Trans Student Barred from Class over Attire** [Online], เข้าถึงข้อมูลเมื่อ 23 กันยายน 2568. Source: <https://www.thaipbs.or.th/news/content/286016>

⁴¹ *Sirapat Putthivorrapaseth v. Suan Dusit University*, Supreme Administrative Court, **Decision No. อ.10/2568** (2025); Bangkok Post, **No Reason for Pride as Wide Gender Discrimination Persists** [Online], เข้าถึงข้อมูลเมื่อ 23 กันยายน 2568. Source: <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/2135151/no-reason-for-pride-as-wide-gender-discrimination-persists>

⁴² BBC Thai, **ผู้ต้องขังข้ามเพศ-อินเตอร์แซ็กส์ในเรือนจำไทย** [ออนไลน์], เข้าถึงข้อมูลเมื่อ 23 กันยายน 2568. แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/53203163>

reassert the state's authority to decide whose gender is “real.” In this way, patriocratic democracy is enacted less in grand constitutional pronouncements than in the mundane but deeply consequential governance of uniforms, documents, and daily embodiment.

4.4 Synthesis: Patriocratic Democracy in Thai Jurisprudence

The trajectory of Thai jurisprudence on gender recognition reveals a striking consistency across judicial, constitutional, and administrative domains. From the Supreme Court's 1981 decision (157/2524) that reduced womanhood to reproductive capacity⁴³, through the Constitutional Court's 2021 ruling (20/2564) that constitutionalised “nature” and “tradition” as markers of family and marriage⁴⁴, to the mixed record of quasi-judicial and administrative bodies, the law has persistently anchored personhood in biological determinism. What changes is not the underlying logic but the institutional register: dictionary definitions in the Supreme Court, pseudo-scientific appeals to menstruation and procreation in the Constitutional Court, and bureaucratic procedures in the administrative state.

Taken together, these institutions form a layered architecture of patriocratic democracy. The promise of equality is enshrined in statutes such as the Gender Equality Act 2015 and echoed in committee findings⁴⁵, yet consistently curtailed by the civil registration regime, by court rulings that elevate reproductive essentialism, and by state practices that police attire, documentation, and bodily comportment. The result is a paradoxical legal order: gender-diverse persons are formally acknowledged as rights-holders but are substantively excluded from the full spectrum of citizenship and political participation.

In this sense, Thai law does not merely reflect societal patriarchy; it reproduces and amplifies it through legal doctrine and administrative enforcement. The endurance of sex-binary essentialism across forums demonstrates how democracy itself is conditioned by patriarchal terms, confining recognition within cis-hetero-masculine norms. This synthesis underscores why the notion of ประชาธิปไตย—patriocratic democracy—is not a rhetorical flourish but an analytic necessity for grasping how law structures exclusion in Thailand.

⁴³ Supreme Court of Thailand, **Decision No. 157/2524** (1981).

⁴⁴ Constitutional Court of Thailand, **Decision No. 20/2564 (2021)**, unofficial English translation by Chalermrat Chandranee, Justice in Translation 5/2021 (December 2021), University of Wisconsin–Madison, Center for Southeast Asian Studies.

⁴⁵ Gender Equality Act B.E. 2558 (2015).

5. Comparative Discussion – United Kingdom and Thailand through the Lens of Patriocratic Democracy

This chapter moves from doctrinal exposition to theoretical interpretation. Having traced the jurisprudential trajectories of the United Kingdom (Chapter 3) and Thailand (Chapter 4), the task here is to analyse these developments through the conceptual frameworks introduced in Chapter 2. Drawing on bell hooks’ critique of patriarchy as a system that transcends ideology, Judith Butler’s insights on performativity and the instability of gender categories, queer legal theory’s scepticism of neutrality, and social-contract theory’s delineation of who counts as a rights-bearing subject, this comparative discussion interprets the patterns of recognition and exclusion revealed in both jurisdictions.

The aim is not to repeat case law already examined but to demonstrate how distinct legal orders—one grounded in common law, the other in civil-law traditions—converge in reproducing sex essentialism and patriarchal epistemologies. By situating rollback in the UK and persistence in Thailand within the shared grammar of patriocratic democracy, the chapter shows how formal guarantees of equality can be both proclaimed and undermined. In doing so, it clarifies the theoretical stakes: whether recognition operates as inclusion on patriarchal terms, or exclusion masked as neutrality, the outcome is structurally similar.

5.1 The United Kingdom: Recognition and Retrenchment (Rollback)

The trajectory of legal gender recognition in the United Kingdom illustrates how recognition, once granted, can be progressively curtailed. The early 2000s were framed as a breakthrough: following *Rees v. United Kingdom* (1986), *Cossey v. United Kingdom* (1990), and ultimately *Christine Goodwin v. United Kingdom* (2002), the European Court of Human Rights held that gender identity falls within the scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights. This jurisprudence compelled the UK to enact the Gender Recognition Act 2004 (GRA), which provided for legal recognition of gender identity through a certification regime. At the time, the GRA was celebrated as progressive, positioning the UK as a European leader in trans rights.

Yet fragility was embedded in the legislation itself. The GRA relied on medicalised criteria and a gatekeeping panel, signalling that recognition was conditional rather than an ordinary incident of citizenship. Subsequent case law revealed how precarious this recognition would become. In *For Women Scotland Ltd v. Lord Advocate* (2022) and *For Women Scotland Ltd v. Scottish Ministers* (2025), the UK Supreme Court held that “sex” in the Equality Act 2010

refers to biological sex, effectively limiting the reach of Gender Recognition Certificates in relation to single-sex services, political representation, and equality claims. Trans women holding GRCs were therefore excluded from key protections, with their voices excluded even from intervening in the litigation.

This jurisprudential shift represents more than statutory interpretation: it reinstates reproductive essentialism as a judicial norm. Through the lens of queer legal theory, particularly Butler’s concept of gender performativity, the Court’s reasoning illustrates how law reifies gender categories by presenting them as natural and immutable. What appears as neutral interpretation in fact functions as a regulatory act that sustains binary norms. bell hooks’ critique of institutional patriarchy further helps explain why even progressive bodies—such as the UKSC or the EHRC—become vehicles of exclusion when institutional commitments to “fairness” are mediated through biologically determinist categories.

In short, the UK’s path exemplifies rollback. Recognition was constitutionally compelled and legally enacted, only to be re-anchored in biology when challenged. Equality remains rhetorically affirmed, yet it is practically hollowed out. The result is conditional inclusion: trans persons may be recognised on paper, but that recognition is continually vulnerable to retraction when it collides with entrenched patriarchal logics.

5.2 Thailand: Persistence of Non-Recognition

In contrast to the United Kingdom’s trajectory of recognition and retrenchment, Thailand demonstrates the persistence of non-recognition. From the outset, Thai jurisprudence has anchored legal personhood in reproductive capacity rather than identity. The decisive turning point came in Supreme Court Decision No. 157/2524 (1981), which relied on the Royal Institute Dictionary to define a woman as “one who can give birth.” By constitutionalising reproduction as the essence of womanhood, the Court effectively foreclosed the possibility of recognising trans and intersex persons within the civil-registration framework.

This precedent resonated through the Civil and Commercial Code, Section 15, and the Civil Registration Act, under which sex markers assigned at birth became immutable. Four decades later, the Constitutional Court reinforced the same logic in Decision No. 20/2564 (2021), ruling that marriage under Section 1448 must remain between a man and a woman because its purpose is to “have children and maintain the race according to nature.” The

Court went further, invoking menstruation and pregnancy as defining traits of women, thus elevating reproductive essentialism into constitutional doctrine.

Administrative and quasi-judicial bodies have occasionally offered spaces for contestation, particularly under the Gender Equality Act 2015. The Gender Equality Committee (วถพ.) has issued rulings recognising the rights of trans persons—for example, the case of Teacher Golf, where the Committee affirmed her right to wear a uniform consistent with her gender identity. Yet these victories are precarious: state agencies, including the Prime Minister's Office, have challenged such rulings before the Administrative Court, demonstrating how bureaucratic resistance dilutes gains. Similarly, the Sirapat case at the Supreme Administrative Court, which finally allowed a trans graduate to receive her degree in female academic dress after nine years of litigation, illustrates both breakthrough and cost.

Even beyond the courts, other cases—such as Teacher Bua's coerced compliance with male attire, or the expulsion of Chomping from a Chulalongkorn classroom—highlight how patriarchal norms remain embedded in everyday governance. Intersex persons, too, face systemic erasure, exemplified by detention practices that categorise bodies strictly as male or female regardless of self-identification.

Through the lens of queer legal theory, Thailand exemplifies how recognition is not merely denied but structurally foreclosed. Whereas Butler emphasises that gender is performative and socially constituted, Thai law translates gender into biology and fixes it in the registry. bell hooks' critique of institutional patriarchy helps explain why even equality bodies struggle: they may articulate inclusive norms, but without structural reform, their findings are undermined by patriarchal state logic.

Thailand therefore represents persistence: non-recognition is not an absence but a norm, continuously reinforced by judicial doctrine, administrative practice, and bureaucratic discretion. Unlike the UK, where recognition was won and then rolled back, Thailand shows how recognition was never permitted to emerge, illustrating patriocratic democracy in its most entrenched form.

5.3 Comparative Synthesis – Patriocratic Democracy across the UK and Thailand

Placed side by side, the United Kingdom and Thailand exemplify two distinct trajectories of the same phenomenon: patriocratic democracy. Both jurisdictions reveal how law mobilises sex essentialism as a grammar of governance, but they differ in historical path.

In the UK, the arc has been one of recognition followed by rollback. Early victories—from *Goodwin v. United Kingdom* (2002) to the Gender Recognition Act 2004—appeared to entrench recognition in line with European human-rights jurisprudence. Yet more recent rulings, such as *For Women Scotland Ltd v. Lord Advocate* (2022) and *For Women Scotland Ltd v. Scottish Ministers* (2025), have re-anchored “sex” in biology. The law affirms equality rhetorically while reasserting biological determinism as a limit.

Thailand presents the opposite trajectory: persistence of non-recognition. From Supreme Court Decision No. 157/2524 to Constitutional Court Decision No. 20/2564, courts have constitutionalised reproductive essentialism, reducing gender to biological function. Administrative and quasi-judicial bodies occasionally offered openings—such as the Sirapat graduation case or the วสพ. rulings—but these were fragile, slow, and heavily contested. Here, non-recognition is not rollback but institutional norm.

The comparative picture highlights both divergence and convergence. Divergence lies in sequence: the UK demonstrates contraction after progress, while Thailand entrenches essentialism without transition. Convergence lies in effect: both systems preserve cis-hetero-masculine order under the guise of neutrality, using binary categories as legal infrastructure. The two jurisdictions illustrate variations on a single theme: democracy and rights discourse remain procedurally open but substantively closed, because the epistemic foundations of law continue to be shaped by patriarchal logic. This is the essence of patriocratic democracy: recognition is conditional, exclusion is systemic, and legal equality remains always already compromised.

6. Policy Recommendations – From Patriocratic Democracy to Inclusive Democracy

The preceding analysis demonstrates how both the United Kingdom and Thailand entrench patriocratic democracy: a legal order where rights are proclaimed yet curtailed through sex essentialism and binary logic. Moving beyond critique requires normative proposals that can reconfigure law to serve democratic inclusion rather than patriarchal reproduction. Four pathways emerge.

6.1 Constitutional Reform and Explicit SOGIESC Protections

Thailand’s imminent constitutional reform presents a critical opportunity. Drafting a new charter must not only reaffirm abstract equality but explicitly incorporate protections on the basis of sexual orientation, gender identity, gender expression, and sex characteristics

(SOGIESC). Embedding these principles would transform democracy from one centred on sex–gender binaries into one that affirms all persons as rights-bearing citizens.

6.2 Legislative Change – Gender Recognition and Family Law

Passing comprehensive gender recognition legislation is urgent. Current reliance on birth-assigned sex under civil and family codes perpetuates exclusion, even in the wake of marriage equality. A statute recognising self-determined gender identity, together with reforms to parental and family-status provisions, would dismantle the reproductive essentialism that underpins exclusionary jurisprudence.

6.3 Institutional Practices and Administrative Guidelines

Laws alone are insufficient if administrative bodies and quasi-judicial committees continue to reproduce exclusion. Clear, enforceable regulations are needed across state institutions: from civil registration to education, employment, healthcare, and correctional facilities. Equality committees must be empowered with binding authority rather than advisory status, and state agencies must be held accountable for implementing their rulings.

6.4 Beyond Quotas: Towards a Transformative Democratic Culture

Policy must also move beyond representation quotas. While quotas can symbolise inclusion, they do not dismantle the deeper epistemic structures that equate citizenship with cis-hetero-masculine norms. True transformation requires re-educating legal and political institutions to recognise difference as constitutive of democracy, not as deviation from it.

7. Conclusion

Policy recommendations cannot remain cosmetic. To move from patriocratic democracy to inclusive democracy, reform must operate simultaneously at constitutional, legislative, and administrative levels. Crucially, this transformation does not erase the rights or identities of cisgender or heterosexual persons; rather, it ensures that their experiences are no longer treated as the sole blueprint through which law and politics are imagined. In this way, the three pillars of state power—executive, legislative, and judicial—can be reclaimed for all citizens, no longer captured by the epistemic order of patriocratic democracy.

References

- กฎหมายตราสามดวง เล่ม 1: พระไอยการลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คุรุสภา, 2541).
- ชีรา ทองกระจ่าย, จาก “กะเทย” สู่ “ผู้หญิงข้ามเพศ”: การเปลี่ยนแปลงเชิงวาทกรรมว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศในสังคมไทย, วารสารมานุษยวิทยา, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2566).
- ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์, พัฒนาการของกฎหมายลักษณะครอบครัวในประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 51 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2565).
- Bangkok Post, **No Reason for Pride as Wide Gender Discrimination Persists** [Online], Source: <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/2135151/no-reason-for-pride-as-wide-gender-discrimination-persists>
- BBC Thai, **ผู้ต้องขังข้ามเพศ-อินเตอร์เช็กส์ในเรือนจำไทย** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/53203163>
- Bell Hooks, **Feminism is for Everybody: Passionate Politics**, (Brooklyn: South End Press, 2000) pp. 1–10; Carole Pateman, **The Sexual Contract**, (Stanford: Stanford University Press, 1988).
- Ben Morgan, 'A climate of hostility': Trans MP speaks out on Westminster workplace culture The Independent [Online], Source: <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/trans-mp-westminster-workplace-culture-b2421519.html>
- Catherine Baksi, **Clarifying Definition of “Woman” in the Equality Act’ Law Gazette** [Online], Source: <https://www.lawgazette.co.uk/commentary-and-opinion/clarifying-definition-of-woman-in-the-equality-act/5123032.article>
- Chulalongkorn University, **Announcement on Student Uniform Regulations**, 2019; **Thai PBS, Trans Student Barred from Class over Attire** [Online], Source: <https://www.thaipbs.or.th/news/content/286016>
- Dean Spade, **Normal Life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law**, (Durham: Duke University Press, 2015).
- Judith Butler, **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**, (London: Routledge, 1990).
- Haroon Siddique, Westminster security protocols for gendered spaces under review after complaints The Guardian [Online], Source: <https://www.theguardian.com/uk-news/2025/sep/22/westminster-security-protocols-gendered-spaces-under-review>

- Nada Chaiyajit, **Analyzing Thailand's Amendments to the Civil and Commercial Code on Marriage Equality: Progress, Shortcomings, and the Struggle for LGBTIQAN+ Rights to Family Establishment**, Thai Legal Studies, Volume 4 Issue 1 (July 2024).
- Nada Chaiyajit, **Intersex Justice in Thailand: A Country Report on the Situation of Intersex Rights in Thailand**, (Taiwan: Intersex Asia, 2024).
- Owen Bowcott, **Legal Definition of Woman is Based on Biological Sex, UK Supreme Court Rules** [Online], Source: <https://www.theguardian.com/society/2025/apr/16/critics-of-trans-rights-win-uk-supreme-court-case-over-definition-of-woman>
- S. Holton, **Feminism and Democracy: Women's Suffrage and Reform Politics in Britain**, (Cambridge: Cambridge University Press, 1986).
- Thai PBS, **เครือข่ายครูหลากหลายทางเพศ ร้องเรียน กสม.: ที่นี้ Thai PBS (22 July 2019)** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.youtube.com/watch?v=201sB3CLm20>
- United Nations Development Programme (UNDP), **Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review**, (Bangkok: UNDP Thailand, 2018)

บทความวิจัย (Research Article)

การตีความหลักการไม่แทรกแซงของอาเซียนใหม่เพื่อแก้ไขปัญหา การจัดการมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน*

Reinterpreting the ASEAN's Non-Interference Principle to Address
Transboundary Haze Pollution Management Issues

ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

อีเมล: nid.bks@gmail.com

Chananphon Boonkerdsap

Assistant Professor

Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

2086 Ramkhamhaeng Road, Hua Mak, Bang Kapi District, Bangkok 10241, Thailand, 10240

Email: nid.bks@gmail.com

วันที่รับบทความ 28 มีนาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 26 พฤษภาคม 2568; วันที่ตอบรับบทความ 27 พฤษภาคม 2568

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปัจจุบันเป็น
นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทคัดย่อ

สถานการณ์ปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อรัฐสมาชิกอาเซียนมาเป็นเวลานาน โดยปัจจุบันอาเซียนมีกฎหมายระหว่างประเทศร่วมกันเพื่อจัดการปัญหา อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่ รัฐสมาชิกอาเซียนยังไม่อาจจัดการปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพและรัฐสมาชิกอื่นก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกใดได้เนื่องจากหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอื่น

บทความนี้นำเสนอความเป็นไปได้ที่จะตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในใหม่เพื่อให้รัฐสมาชิกอาเซียนเข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกอื่น เช่น การยับยั้งประเด็นปัญหาขึ้นมาก มาหารือ ดำเนินการใด ๆ รวมถึงการเข้าไปช่วยเหลือและช่วยจัดการปัญหาดังกล่าวในรัฐสมาชิกอื่น ในกรณีที่รัฐสมาชิกไม่อาจจัดการปัญหาได้โดยลำพัง ในการนี้ให้มีการตีความกฎบัตรอาเซียนโดยใช้หลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎบัตรอาเซียนภายใต้ข้อ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎบัตรอาเซียนในเรื่องสิ่งแวดล้อมที่ผูกพันรัฐสมาชิกอาเซียนด้วย อีกทั้งการตีความยังต้องพิจารณาบริบทกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่รัฐสมาชิกอาเซียนมีพันธกรณีร่วมกันประกอบด้วย ได้แก่ ข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน (AATHP) ข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยการจัดการภัยพิบัติและการตอบโต้สถานการณ์ฉุกเฉิน (AADMER) แผนงานเพื่อความร่วมมือของอาเซียนในการควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามแดนที่ออกภายใต้ข้อตกลง AATHP และจารีตประเพณีระหว่างประเทศร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียนตามหลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น (No-Harm principle)

คำสำคัญ: รัฐสมาชิกอาเซียน; มลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน; หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน; การตีความใหม่

Abstract

The transboundary haze pollution issue has long been a problem affecting ASEAN member states. Currently, ASEAN has joint international laws to manage this problem. However, the issue still persists. ASEAN member states have not been able to effectively address the problem, and other member states cannot intervene in any member state due to the principle of non-interference in the internal affairs of other member states.

This article presents the possibility of reinterpreting the principle of non-interference in internal affairs to engage with other member states, such as raising issues for discussion, consultation, taking various actions, including providing assistance and helping manage problems in other member states in cases where the member state cannot address the issue alone. This should involve interpreting the ASEAN Charter using the principle of teleological interpretation according to the objectives and purposes of the ASEAN Charter under Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, which must consider the environmental objectives of the ASEAN Charter that bind ASEAN member states. Furthermore, the interpretation must also consider the context of other international laws to which ASEAN member states have mutual obligations, including: the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution (AATHP), the ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response (AADMER), Roadmap for ASEAN cooperation on transboundary haze pollution control issued under the AATHP Agreement and the international custom of ASEAN member states regarding No-Harm principle.

Keywords: The member states of ASEAN; Transboundary Haze Pollution; Non-Interference; Reinterpreting

1. สถานการณ์ปัญหาและผลกระทบของมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนที่มีต่อรัฐสมาชิกอาเซียน

ปัญหาหมอกควันข้ามพรมแดน (Transboundary Haze Pollution) ซึ่งเป็นภัยพิบัติ (Disaster) เกิดในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมายาวนานนับจากทศวรรษ 1980-1990 จนกระทั่งปัจจุบัน จากข้อมูลเบื้องต้นของสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (The Association of Southeast Asian Nations) หรืออาเซียน (ASEAN) และโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environment Programme: UNEP) พบว่าอาเซียนต้องประสบปัญหาในเรื่องไฟ (Fire) และมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน ซึ่งปัญหาดังกล่าวส่งผลกระทบในหลายรัฐ¹ ทั้งนี้มลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนนี้มีแหล่งกำเนิดใน 2 บริเวณหลัก ๆ คือบริเวณทางตอนเหนือของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยประเทศที่เกิดปัญหาและได้รับผลกระทบได้แก่ ประเทศไทย เมียนมา และลาว ส่วนบริเวณทางตอนใต้ของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยประเทศที่เกิดปัญหาและได้รับผลกระทบมากที่สุดคือ ประเทศอินโดนีเซีย รองลงมาได้แก่ ประเทศมาเลเซีย บรูไนดารุสซาลาม และสิงคโปร์ ส่วนภาคใต้ของประเทศไทย เวียดนาม และฟิลิปปินส์ ยังได้รับผลกระทบไม่มาก

จากการศึกษาพบว่าสาเหตุหลักของการเกิดมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนเกิดจากการกระทำของมนุษย์คือการเผา โดยจะเป็นการเผาในที่โล่ง (Open Burning) เช่น การเผาเศษวัชพืชเพื่อเตรียมพื้นที่สำหรับเพาะปลูกในฤดูฝนในประเทศไทย² และลาว³ การเผาพื้นที่ป่าพรุในช่วงฤดูแล้งเพื่อเตรียมพื้นที่เพาะปลูกต้นปาล์มน้ำมันสำหรับใช้ในอุตสาหกรรมเยื่อกระดาษในประเทศอินโดนีเซีย⁴ นอกจากนี้มลพิษจาก

¹ Association of Southeast Asian Nations, 'Haze', 1 May 2022) <<https://asean.org/our-communities/asean-socio-cultural-community/haze-2/>>

² คุณวุฒิ บุญฤกษ์, 'หมอกควัน (1) PM 2.5 ในภาคเหนือมาจากไหน?', 29 พฤศจิกายน 2566) <<https://prachatai.com/journal/2020/12/90931>> สืบค้นเมื่อ วัน เดือน ปี; ณัฐกร วิทิตานนท์, 'หมอกควัน (2) PM 2.5 ในภาคเหนือบอกอะไรเรา?', 29 พฤศจิกายน 2566) <<https://prachatai.com/journal/2021/02/91524>> สืบค้นเมื่อ วัน เดือน ปี; วิจารย์ สิมหาญา, 'มลพิษจากหมอกควันในพื้นที่ภาคเหนือ: ปัญหาและแนวทาง', 1 พฤษภาคม 2564) <<https://www.pcd.go.th/airandsound/>> สืบค้นเมื่อ วัน เดือน ปี ; ตามร คำไตรย์ อาริรัตน์ โกสิทธิ์ และชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, 'ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมกรณีมลภาวะทางอากาศ ศึกษาในเขตพื้นที่อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย' (2556) 4 Assumption University Law Journal 135.

³ David Ganz, 'Framing Fires: A Country-by-country Analysis of Forest and Land Fires in the ASEAN Nations', 29 November 2023) <https://www.iucn.org/sites/default/files/import/downloads/ff_framing_fires.pdf>

⁴ Ananda Teresia, 'Indonesia Defends Haze-fighting Effort After Malaysia Urges Action', 29 November 2023 <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/indonesia-says-forest-fires-have-declined-no-transboundary-haze-malaysia-2023-10-06/>>

หมอกควันข้ามพรมแดนยังมีสาเหตุจากธรรมชาติคือไฟป่าตามธรรมชาติซึ่งเกิดในประเทศไทย⁵ ลาว⁶ เมียนมา⁷ มาเลเซีย⁸ อินโดนีเซีย⁹ และบรูไนดารุสซาลาม¹⁰

มลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐสมาชิกอาเซียน เช่น

(1) ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐสมาชิกอาเซียนและเป็นส่วนหนึ่งของการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศกล่าวคือ รัฐสมาชิกอาเซียนเป็นรัฐที่อุดมด้วยป่าพรุดังในตาราง

ตารางแสดงพื้นที่ป่าพรุของประเทศสมาชิกอาเซียน	
ประเทศ	จำนวนพื้นที่ (เฮกตาร์)
อินโดนีเซีย	24,668,000
มาเลเซีย	2,560,341
บรูไนดารุสซาลาม	90,900
ไทย	64,555
เวียดนาม	24,000
ฟิลิปปินส์	20,188
เมียนมา	11,299
กัมพูชา	9,850
ลาว	1,449

ที่มา: ตารางปรับจาก ASEAN Peatland Management Strategy 2023-2030¹¹

ป่าพรุมีประโยชน์หลายประการ หนึ่งในประโยชน์คือการดูดซับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ไม่ให้ปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าไปอยู่ในชั้นบรรยากาศโลกที่มากเกินไป ช่วยรักษาสภาพภูมิอากาศและรักษาระบบนิเวศ เมื่อป่าพรุถูกทำลายก็จะทำให้สูญเสียแหล่งดูดซับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสาเหตุหลักการเกิดมลพิษจากหมอกควันมาจากไฟป่าและการเผาทำลายป่าพรุด้วย¹² เมื่อเกิดไฟป่าหรือการเผาป่าทำให้เกิดหมอกควันในปริมาณมาก ซึ่งจะส่งผลให้เกิดปริมาณก๊าซ

⁵ คุณวุฒิ บุญฤกษ์ (n 2).

⁶ David Ganz (n 3) 26-27.

⁷ Ibid 42-43.

⁸ Ibid 33.

⁹ Ibid 19.

¹⁰ Ibid 7.

¹¹ Asian Management Consulting, ‘ASEAN Peatland Management Strategy 2023-2030’ , 29 November 2023) <<https://asean.org/wp-content/uploads/2024/04/APMS-2-Apr-Web.pdf>>

¹² Ibid 26.

คาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งเป็นส่วนประกอบของการเกิดก๊าซเรือนกระจกสะสมและปล่อยเข้าไปในชั้นบรรยากาศโลกแล้วห่อหุ้มโลกเหมือนผ้าห่มกักเก็บความร้อนของโลกไว้ ประกอบกับการที่ป่าพรุอันเป็นแหล่งดูดซับก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์มีจำนวนลดลงเนื่องจากถูกเผาทำลายไป ทำให้อุณหภูมิพื้นผิวโลกเพิ่มสูงขึ้น¹³ สถานการณ์ดังกล่าวจึงนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศทำให้เกิดภาวะโลกร้อนได้¹⁴ อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อผลผลิตทางการเกษตร¹⁵ และความหลากหลายทางชีวภาพอีกด้วย¹⁶

(2) ผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนในรัฐสมาชิกอาเซียน จากการศึกษาพบว่าหมอกควันก่อให้เกิดฝุ่นละอองซึ่งมีขนาดไม่เกิน 2.5 ไมครอนหรือที่เรียกว่า PM 2.5 ส่งผลให้ประชาชนเจ็บป่วยด้วยโรคต่าง ๆ เช่น โรคระบบทางเดินหายใจ โรคผิวหนังอักเสบ โรคดวงตาอักเสบ¹⁷ และจากรายงานวิจัยของบุคลากรทางการแพทย์และนักวิชาการซึ่งได้ศึกษาถึงผลกระทบของหมอกควันและฝุ่น PM 2.5 พบว่ามีผลกระทบต่องานการทำงานของระบบหายใจ เป็นตัวกระตุ้นให้ผู้ป่วยโรคหอบหืดเกิดอาการหอบหืด ส่งผลต่อโรคปอดอุดกั้นเรื้อรังกำเริบ ส่งผลต่อผู้ป่วยโรคหลอดเลือดและหัวใจเกิดภาวะล้มเหลว และหญิงมีครรภ์เสี่ยงที่จะคลอดบุตรก่อนกำหนด¹⁸ นอกจากนี้หากผู้ป่วยมีประวัติการสูบบุหรี่ก็จะเป็นการเพิ่มความเสี่ยงมากขึ้น 2.3 เท่า¹⁹

(3) ผลกระทบต่อความเป็นอยู่ เศรษฐกิจ และการท่องเที่ยวของรัฐสมาชิกอาเซียน กล่าวคือ

ผลกระทบด้านความเป็นอยู่ ปัญหาหมอกควันส่งผลต่อการใช้ชีวิตประจำวัน เช่น ในปี ค.ศ. 2015 ประเทศอินโดนีเซียประสบภัยหมอกควันจนรัฐบาลต้องประกาศให้โรงเรียนต้องหยุดการเรียนการสอน นักเรียนประมาณ 5 ล้านคนได้รับความเดือดร้อน²⁰ ในปี ค.ศ. 2024 รัฐบาลสั่งปิดโรงเรียนและสั่งประชาชนบนเกาะบอร์เนียวอพยพหนีภัยหมอกควัน²¹

¹³ World Wildlife Fund Australia, 'Causes of Global Warming' , 29 November 2023) <<https://www.wwf.org.au/what-we-do/climate/causes-of-global-warming/>>

¹⁴ Daniel Heilmann, 'After Indonesia's Ratification: The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution and Its Effectiveness as a Regional Environmental Governance Tool' (2015) 34 Journal of Current Southeast Asian Affairs 99.

¹⁵ Ibid 99.

¹⁶ Ibid 100.

¹⁷ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, *สถานการณ์และผลการดำเนินงานด้านการแพทย์และสาธารณสุข กรณีหมอกควันและฝุ่นขนาดเล็ก* (บริษัท มินนี่ กรุ๊ป จำกัด 2564) 16.

¹⁸ อรุณรัตน์ ศรีทะวงษ์ และคณะ, 'ผลของหมอกควันต่อความแข็งแรงของกล้ามเนื้อหายใจและความเสี่ยงการเกิดโรคปอดอุดกั้นเรื้อรังในคนสุขภาพดี' (2562) ฉบับที่ เชียงใหม่เวชสาร 82.

¹⁹ ประเสริฐ สุขเมวานิชย์, 'การสัมผัสฝุ่นละออง PM 2.5 กับอาการกำเริบของผู้ป่วยโรคปอดอุดกั้นเรื้อรังในโรงพยาบาลเกาะคา จังหวัดลำปาง' (2566) ฉบับที่ วารสารวิชาการสุขภาพภาคเหนือ 41.

²⁰ Bedanta Roy and Nicholas Goh, 'A Review on Smoke Haze in Southeast Asia: Deadly Impact on Health and Economy' (2019) ฉบับที่ Quest International Journal of Medical and Health Sciences 25.

²¹ Aseanty Levi, 'The All-women Crew Fighting Indonesia's Peatland Fires' , 30 March 2021) <<https://www.bbc.com/future/article/20240214-the-power-of-mama-fight-forest-fires-in-borneo>>

ผลกระทบด้านเศรษฐกิจและการท่องเที่ยว ปัญหาหมอกควันส่งผลกระทบด้านเศรษฐกิจ ในปี ค.ศ. 2015 ประเทศอินโดนีเซียได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจมูลค่า 16.1 พันล้านดอลลาร์สหรัฐเนื่องจากการปิดสนามบินและนักท่องเที่ยวเข้ามาท่องเที่ยววันน้อยลง²² ประเทศสิงคโปร์ ประชาชนต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดการปัญหาอันเนื่องจากหมอกควันสูงถึง 118.04 ดอลลาร์สิงคโปร์จากรายได้ประจำ ประเทศมาเลเซีย ปัญหาหมอกควันส่งผลให้มีผลผลิตลดลงเพราะประชาชนต้องลดวันทำงานลง และในปี ค.ศ. 2013 ประชาชนต้องรับภาระค่าใช้จ่ายครัวเรือนรวมทั้งสิ้น 1.49 พันล้านริงกิตมาเลเซีย คิดเป็น 0.48% ของ GDP มีภาระค่ารักษาพยาบาลจากภาวะหมอกควันรวมทั้งสิ้น 118.9 ล้านริงกิตมาเลเซีย ค่าหน้ากากอนามัย (Mask) รวมทั้งสิ้น 19.6 ล้านริงกิตมาเลเซีย และมีค่าเสียโอกาสในการหารายได้รวมทั้งสิ้น 958 ล้านริงกิตมาเลเซีย²³ ส่วนในประเทศลาว ปัญหาดังกล่าวส่งผลต่อการท่องเที่ยวในประเทศลาวในปี ค.ศ. 2023 มีนักท่องเที่ยวยกเลิกการจองห้องพักในเมืองหลวงพระบางทำให้เกิดผลกระทบต่อรายได้เข้าประเทศ²⁴

จากปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นมายาวนาน แม้ว่าปัจจุบันอาเซียนจะมีข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน (ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: AATHP) และข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยการจัดการภัยพิบัติและการตอบโต้สถานการณ์ฉุกเฉิน (ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response: AADMER) ซึ่งออกภายใต้กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Charter of Association of Southeast Asian Nations) หรือกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) แต่รัฐสมาชิกอาเซียนต่างก็ยังเป็นแหล่งกำเนิดของปัญหาทำให้ยังคงประสบกับผลกระทบอยู่อย่างต่อเนื่อง การแก้ไขปัญหาต้องเกิดจากความร่วมมือกันอย่างแท้จริงของรัฐสมาชิก มิใช่เพียงรัฐสมาชิกใดรัฐสมาชิกหนึ่งแก้ไขหรือจัดการปัญหา เนื่องจากเมื่อมีมลพิษจากหมอกควันเกิดขึ้นในรัฐใดรัฐหนึ่งปัญหาจะไม่ได้เกิดและจบในรัฐเดียวแต่สามารถลอยข้ามพรมแดนไปกระทบกับรัฐอื่นได้ ทั้งนี้ในการจัดการหรือแก้ไขปัญหาของอาเซียนนั้น อุปสรรคสำคัญที่อาจทำให้ข้อตกลงอาเซียนทั้งสองมีข้อจำกัดคือรัฐสมาชิกอาเซียนต่างยึดถือหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอื่นอย่างเคร่งครัดโดยไม่มีข้อยกเว้นอันเป็นหนึ่งในวิถีของอาเซียน (ASEAN Way) ทำให้รัฐสมาชิกอื่นไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวไม่ว่าจะวิพากษ์รัฐสมาชิกผู้ก่อมลพิษ หรือการเข้าไปช่วยเหลือหรือจัดการปัญหาในรัฐสมาชิกอื่นในเมื่อรัฐสมาชิกนั้นไม่อาจจัดการปัญหาได้โดยลำพังเป็นต้น

การตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในใหม่จะสามารถช่วยให้ความร่วมมือของรัฐสมาชิกอาเซียนมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยหากเป็นกรณีปัญหาที่ส่งผลกระทบร่วมกันในรัฐสมาชิกรัฐสมาชิก ซึ่งรัฐสมาชิกใดไม่อาจจัดการได้ รัฐสมาชิกอื่นที่มีความพร้อมหรือมีศักยภาพก็จะสามารถอ้าแขนงเข้าไปช่วยเหลือ

²² Bedanta Roy and Nicholas Goh, A Review on Smoke Haze in Southeast Asia: Deadly Impact on Health and Economy 25.

²³ Ibid 26.

²⁴ Laotian Ties, 'Thailand Closes National Park as Fire Spreads from Laos', 1 May 2024) <<https://laotiantimes.com/2023/03/29/thailand-closes-national-park-as-fire-spreads-from-laos/>>

หรือช่วยจัดการปัญหาในรัฐสมาชิกนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมและไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน

2. กรอบกฎหมายของอาเซียนเกี่ยวกับการจัดการและแก้ปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน และข้อท้าทายบางประการ

รัฐสมาชิกอาเซียนมีกฎหมายของอาเซียนเพื่อจัดการปัญหาในด้านสิ่งแวดล้อมรวมถึงกรณีมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนและกำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ได้แก่

(1) กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรือกฎบัตรอาเซียน มีหนึ่งในวัตถุประสงค์คือด้านสิ่งแวดล้อมโดยสนับสนุนการพัฒนาอย่างยั่งยืนเพื่อให้แน่ใจว่ามีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภูมิภาค²⁵ และเสริมสร้างความร่วมมือในการสร้างสิ่งแวดล้อมให้ปลอดภัยต่อประชาชนของรัฐสมาชิกในฐานะพลเมืองอาเซียน²⁶

(2) ข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษจากหมอกควันข้ามแดนหรือข้อตกลง AATHP ซึ่งกำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องให้ความร่วมมือพัฒนาและดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันและติดตามเฝ้าระวังมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนอันเป็นผลของไฟจากพื้นดินซึ่งหมายถึงเกิดจากการเผาของมนุษย์ และหรือจากไฟป่า การจัดให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติและหรือมาตรการอื่น ๆ เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณี²⁷ การดำเนินการตามมาตรการติดตามเฝ้าระวัง การประเมินผล การป้องกัน เป็นต้น²⁸ ปัจจุบันข้อตกลง AATHP มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2003 และรัฐสมาชิกอาเซียนครบทั้ง 10 รัฐได้ให้สัตยาบันข้อตกลงนี้แล้วเช่นกัน²⁹

(3) ข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยการจัดการภัยพิบัติและการตอบโต้สถานการณ์ฉุกเฉินหรือข้อตกลง AADMER ซึ่งกำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกปฏิบัติเพื่อป้องกัน บรรเทา และลดความเสี่ยงของมลพิษจากหมอกควันในฐานะเป็นภัยพิบัติประการหนึ่งด้วย³⁰ ปัจจุบันข้อตกลง AADMER มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2009 และรัฐสมาชิกอาเซียนทั้งหมดได้ให้สัตยาบันข้อตกลงนี้แล้วเช่นกัน³¹

²⁵ Article 1 (9) of Charter of the Association of Southeast Asian Nations.

²⁶ Article 1 (12) of Charter of the Association of Southeast Asian Nations.

²⁷ Article 4 (1) - (3) of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution.

²⁸ Part II and Part III of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution.

²⁹ The ASEAN Secretariat, 'Roadmap on ASEAN Cooperation Towards Transboundary Haze Pollution Control with Means of Implementation' , 29 November 2022) <<https://asean.org/wp-content/uploads/2021/08/Roadmap-on-ASEAN-Cooperation-towards-Transboundary-Haze-17-Feb-21.pdf>>

³⁰ ดู ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response.

³¹ ASEAN Committee on Disaster Management, 'ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response (AADMER) Work Programme 2021-2025' , 29 November 2022)

<<https://asean.org/book/asean-agreement-on-disaster-management-and-emergency-response-aadmer-work-programme-2021-2025/>>

ทั้งนี้ ข้อตกลงอาเซียนทั้งสองต่างก็มีสถานะเป็นสนธิสัญญาและผูกพันรัฐสมาชิกทั้งหมดเนื่องจากรัฐสมาชิกได้ให้สัตยาบันเป็นที่เรียบร้อยแล้วและข้อตกลงทั้งสองมีผลใช้บังคับแล้ว

นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 2021 อาเซียนมี “แผนงานว่าด้วยความร่วมมือของอาเซียนเพื่อควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนพร้อมวิธีการดำเนินงาน” (Roadmap on ASEAN cooperation towards transboundary haze pollution control with means of implementation) อันเป็นแผนงานระยะที่ 1 เพื่อให้รัฐสมาชิกอาเซียนดำเนินการร่วมกันภายใต้กรอบการทำงานเชิงยุทธศาสตร์ในการควบคุมมลพิษจากหมอกควัน³² แม้ยังไม่ประสบความสำเร็จในการจัดการปัญหา ต่อมาในปี ค.ศ. 2024 อาเซียนจึงมี “แผนงานระยะที่ 2 เพื่อความร่วมมือของอาเซียนในการควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนพร้อมวิธีการดำเนินงาน” (The second roadmap for ASEAN cooperation on transboundary haze pollution control with means of implementation) เพื่อแก้ไขปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนโดยมีการเน้นย้ำให้มีมาตรการป้องกันและระงับไฟป่ามากขึ้น³³ และเพื่อให้อาเซียนปลอดจากหมอกควันข้ามพรมแดน³⁴

อย่างไรก็ดี นับแต่อาเซียนมีกฎบัตรอาเซียน รวมทั้งข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER ซึ่งมีผลใช้บังคับมานานกว่าสิบปี รวมทั้งมีแผนงานระยะที่ 1 และแผนงานระยะที่ 2 เพื่อความร่วมมือของอาเซียนในการควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน ปัจจุบันปัญหาดังกล่าวก็ยังคงประสบอยู่ ทั้งนี้ภายใต้ข้อตกลง AATHP ซึ่งกำหนดเพื่อควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน มีการกำหนดมาตรการป้องกัน ติดตาม บรรเทา ไฟป่าและไฟที่มาพื้นดินซึ่งมาจากการเผาในที่โล่ง การเผาพื้นที่การเกษตร โดยให้มีความร่วมมือผ่านความพยายามประสานงานกันในระดับชาติ และความร่วมมือระดับภูมิภาคและระดับระหว่างประเทศ อีกทั้งยังมีการพัฒนาขั้นตอนการดำเนินงานในการติดตาม ประเมิน และตอบสนองต่อเหตุฉุกเฉินร่วมกัน³⁵ แต่รัฐสมาชิกอาเซียนยังไม่อาจจัดการปัญหาดังกล่าวให้หมดไปได้ตามพันธกรณีที่มีและภายใต้กรอบยุทธศาสตร์ที่วางไว้ แม้ตามพันธกรณีที่มีในกฎหมายดังกล่าวนั้นรัฐสมาชิกจะต้องให้ความร่วมมือกัน ให้ความช่วยเหลือรัฐสมาชิกที่ประสบภัยพิบัติหรือมลพิษจากหมอกควัน แต่รัฐสมาชิกอาเซียนที่มีศักยภาพและมีความพร้อมก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือช่วยจัดการปัญหาในรัฐสมาชิกอื่นได้หากไม่ได้เกิดจากความยินยอม ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่าอุปสรรคประการหนึ่งคือการปฏิบัติตามหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอื่นภายใต้กฎบัตรอาเซียนอย่างเคร่งครัดโดยไม่มีข้อยกเว้น

อุปสรรคอันเป็นข้อท้าทายในเรื่องของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในทำให้ข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER มีจุดอ่อนหรือข้อจำกัดในการนำหลักการต่าง ๆ ไปปฏิบัติคือ ในการจัดทำข้อตกลงอาเซียน

³² The ASEAN Secretariat (n 29) 2.

³³ The ASEAN Secretariat, ‘The Second Roadmap for ASEAN Cooperation on Transboundary Haze Pollution Control with Means of Implementation’ , 1 January 2025) <<https://asean.org/wp-content/uploads/2024/09/The-Second-Haze-Free-Roadmap-2023-2030.pdf>>

³⁴ Ibid.

³⁵ Association of Southeast Asian, ‘Action ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution’ , 29 April 2025) <<https://hazeportal.asean.org/action/asean-agreement-on-transboundary-haze-pollution/>>

ทั้งสองจะอยู่บนพื้นฐานของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในและการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งเป็นหนึ่งในวิถีอาเซียน (ASEAN way)³⁶ ดังเช่น ข้อ 12 (2) ของข้อตกลง AATHP และข้อ 11 (2) ของข้อตกลง AADMER ซึ่งบัญญัติในทางเดียวกันว่า “การให้ความช่วยเหลือจะมีได้เฉพาะเมื่อมีการร้องขอและได้รับความยินยอมจากฝ่ายที่ร้องขอเท่านั้น หรือเมื่อมีการเสนอความช่วยเหลือจากอีกฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายโดยได้รับความยินยอมจากฝ่ายที่รับความช่วยเหลือ”³⁷ จะเห็นได้ว่ารัฐสมาชิกอาเซียนไม่อาจเข้าไปแทรกแซงรัฐสมาชิกอื่นได้หากมิได้รับความยินยอมแม้จะเป็นไปเพื่อให้ความช่วยเหลือก็ตาม แต่หากเป็นความยินยอมก็จะเป็นการแทรกแซง

ข้อตกลงอาเซียนยังตั้งอยู่บนหลักการของวิถีอาเซียนอื่นๆ อีกเช่น หลักการแสวงหาฉันทามติ (Consensus) ร่วมกัน หลักการเคารพในสิทธิอธิปไตย (Sanctity of Sovereign Rights) หลักการของความละเอียดอ่อนและความสุภาพ (Sensitivity and Politeness) หลักการเจรจาในแบบที่ไม่เผชิญหน้า (Non-Confrontational Approaches to Negotiations) หลักการปรึกษาหารือเบื้องหลัง (Behind-The-Scenes Discussions) และใช้รูปแบบการเจรจาอย่างไม่เป็นทางการและในรูปแบบที่ไม่ใช้กฎหมาย (Emphasis on Informal and Non-Legalistic Procedures) เมื่อเป็นเช่นนั้นในการจัดแก้ไขหรือจัดการปัญหาที่เกิดขึ้นในภูมิภาคอาเซียนรวมถึงปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน อาเซียนจะดำเนินการตามวิถีอาเซียน³⁸ ทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนมีอิสระอย่างมากในการนำหลักการหรือมาตรการภายใต้ข้อตกลงอาเซียนไปบังคับใช้โดยที่รัฐสมาชิกอื่นไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวได้อันเป็นไปภายใต้หลักการไม่แทรกแซง³⁹ อีกทั้งรัฐสมาชิกอาเซียนบางรัฐ เช่น อินโดนีเซียยังมองว่าปัญหามลพิษจากหมอกควันที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาภายในรัฐ การที่รัฐสมาชิกอื่นเคลื่อนไหวในประเด็นดังกล่าวเท่ากับเป็นการแทรกแซงกิจการภายในและอำนาจอธิปไตยแล้ว⁴⁰

นอกจากนี้ยังมีเรื่องของความรับผิดชอบต่อรัฐสมาชิกอาเซียนด้วยกันหากรัฐสมาชิกไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีและเกิดข้อพิพาทขึ้น กฎบัตรอาเซียน ข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER กำหนดวิธีระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางทูตกล่าวคือ กฎบัตรอาเซียนกำหนดให้ใช้วิธีการสนทนา (Dialogue) การปรึกษาหารือ (Consultation) และการเจรจา (Negotiation)⁴¹ ส่วนข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER กำหนดให้ใช้วิธีการปรึกษาหารือหรือการเจรจา⁴² ทั้งหมดนี้จะเป็นไปตามแนวทางของวิถีอาเซียนที่มักจะเป็นการปรึกษาหารือเบื้องหลัง การเจรจาแบบไม่เผชิญหน้า การเจรจาแบบไม่เป็นทางการ ซึ่งการระงับพิพาทด้วยวิธีนี้

³⁶ Daniel Heilmann (n 14) 114.

³⁷ Article 12 (2) of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution; Article 11 (2) of ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid 115.

⁴⁰ Ibid 115.

⁴¹ Article 22 (2) of Charter of the Association of Southeast Asian Nations.

⁴² Article 27 of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution.; Article 31 of ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response.

อาจไม่ประสบความสำเร็จเสมอไป ประกอบกับการที่ข้อตกลงอาเซียนทั้งสองนี้ไม่ได้กำหนดทั้งมาตรการทางแพ่งและมาตรการลงโทษไว้ ทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนจะไม่อยู่ภายใต้การบังคับอย่างจริงจังในการปฏิบัติตามข้อตกลงอาเซียนดังกล่าว

3. หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของอาเซียน⁴³

กฎบัตรอาเซียนมีการกำหนดหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน (Non-Interference) รัฐสมาชิกอื่นไว้ในข้อ 2 (2) (อี)⁴⁴ ซึ่งโดยทั่วไปการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐอื่นหมายถึงการที่รัฐใด ๆ หรือองค์การระหว่างประเทศใด ๆ จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐอื่นเกี่ยวกับกิจการภายใน ปัญหาความขัดแย้ง เขตอำนาจรัฐ และไม่เข้าไปในดินแดนของรัฐอื่นโดยที่รัฐนั้นไม่ได้ให้ความยินยอม รวมถึงไม่เข้าไปวิพากษ์แสดงความคิดเห็นต่อความสัมพันธ์ของรัฐอื่น⁴⁵ และในบริบทของอาเซียนจะเพิ่มเติมในเรื่องที่รัฐสมาชิกอาเซียนจะไม่ใช้วิธีการในลักษณะที่เป็นการตำหนิกันอย่างเปิดเผย (Do Not Resort to Publicly Lecturing) ในที่สาธารณะหรือต่อรัฐอื่น ๆ ในประเด็นเกี่ยวกับสถานการณ์ภายในรัฐ แต่ถึงกระนั้นหากเป็นประเด็นเกี่ยวกับสถานการณ์ที่เป็นกังวลร่วมกัน รัฐสมาชิกก็อาจหยิบยกขึ้นมาพูดคุยกันได้อย่างไม่เป็นทางการในการประชุมระหว่างรัฐมนตรีต่างประเทศและการประชุมระหว่างผู้นำอาเซียน⁴⁶

ทั้งนี้กฎบัตรอาเซียนไม่ได้กำหนดให้มีข้อยกเว้นของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในไว้ จึงทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนยึดถือและปฏิบัติตามหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอื่นอย่างเคร่งครัดจนเป็นวิถีของรัฐสมาชิกอาเซียน โดยจะไม่ละเมิดอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพทางดินแดน ไม่บีบบังคับ ไม่ใช้กำลังเข้าแทรกแซงหรือเข้าไปก้าวก่ายเรื่องที่เกี่ยวกับเขตอำนาจภายในหรือปัญหาภายในรัฐสมาชิกอื่น ไม่วิพากษ์หรือแสดงความคิดเห็นกับสถานการณ์ภายในของรัฐสมาชิกอื่น รวมทั้งไม่สนับสนุนฝ่ายต่อต้านรัฐบาลของรัฐสมาชิกจะเห็นได้จากในเวทีการประชุมอาเซียนระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียนเองหรือในเวทีระหว่างประเทศอื่น อย่างไรก็ตามหากเป็นสถานการณ์ที่รัฐสมาชิกอาเซียนต่างเป็นกังวลร่วมกัน รัฐสมาชิกอาเซียนก็อาจมีการเข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซงบ้าง แต่ก็ไม่จริงจังและไม่ได้รับการยอมรับมากนักดังเช่นกรณีการออกแถลงการณ์ในที่ประชุมผู้นำอาเซียน (ASEAN Leaders' Meeting) เมื่อวันที่ 24 เมษายน ค.ศ. 2021 เพื่อให้มีฉันทามติ 5 ข้อ (Five-Point Consensus) เรียกร้องให้ประเทศเมียนมาดำเนินการตามฉันทามติดังกล่าวในกรณีปัญหาการประท้วงเมื่อปี ค.ศ. 2021⁴⁷

⁴³ ชนันทกรณ์ บุญเกิดทรัพย์, 'หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในบริบทอาเซียน: เปรียบเทียบกับกฎบัตรสหประชาชาติ' (2567) 13 วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 77-101.

⁴⁴ Article 2 (2) (e) of Charter of the Association of Southeast Asian Nations.

⁴⁵ Philip Kunig, 'Intervention, Prohibition of' , 29 November 2023)

<https://spacelaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/p_spacelaw/Kunig_Intervention_Prohibition_of.pdf>

⁴⁶ Walter Woon, *The ASEAN Charter: a commentary* (NUS Press 2015) 60.

⁴⁷ ชนันทกรณ์ บุญเกิดทรัพย์ (n 43) 95-96.

จากที่กล่าวมาเห็นว่าในสถานการณ์ของมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนซึ่งเป็นปัญหากระทบรัฐสมาชิกอาเซียนหลายรัฐ หากรัฐสมาชิกอาเซียนยังคงเคร่งครัดต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในมากเกินไป ทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนต่างก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวในรัฐสมาชิกอื่นได้อย่างจริงจัง เช่น การหยิบยกประเด็นปัญหามลพิษจากหมอกควันมาถกเถียงถึงปัญหาและอุปสรรคภายในรัฐของแต่ละรัฐในการแก้ไขปัญหา การกำหนดมาตรการภายในร่วมกันของรัฐสมาชิก รวมถึงการยอมรับเหตุผลให้รัฐสมาชิกอื่นที่มีศักยภาพและความพร้อมเข้าไปช่วยเหลือหรือจัดการปัญหา เป็นต้น เมื่อเป็นเช่นนี้การให้ความร่วมมือเพื่อจัดการมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนก็ไม่อาจบรรลุผลได้ ทั้งนี้ต้องเข้าใจว่าปัญหามลพิษข้ามพรมแดนเป็นปัญหาที่ไม่อาจแก้ไขหรือจัดการเพียงรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่เป็นปัญหาที่รัฐทั้งหลายต้องร่วมกันจัดการ

จากการศึกษาสถานการณ์และผลกระทบของปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน รวมทั้งอุปสรรคอันเนื่องมาจากหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของอธิปไตยอันเป็นข้อท้าทายต่อการจัดการปัญหาร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียน บทความนี้เสนอว่าหากมีการตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในใหม่เพื่อให้รัฐสมาชิกอื่นที่มีความพร้อมหรือมีศักยภาพสามารถอ้างเหตุเข้าไปช่วยเหลือหรือช่วยจัดการปัญหาในรัฐสมาชิกนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมและไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน ซึ่งก็จะสามารถนำไปสู่ความร่วมมือของรัฐสมาชิกอาเซียนได้

4. การตีความเพื่อให้รัฐสมาชิกอาเซียนเข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกอื่นเพื่อช่วยจัดการปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน

หัวข้อนี้ เป็นการศึกษาความเป็นไปได้ที่จะตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในใหม่เพื่อให้รัฐสมาชิกอาเซียนเข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกอื่นไม่ว่าจะเป็นการยกประเด็นปัญหาขึ้นมาถก การมีมาตรการร่วมกัน และการเข้าไปให้ความช่วยเหลือจัดการปัญหา เป็นต้น โดยที่จะไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน เพื่อให้ความร่วมมือในการจัดการปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนเป็นไปอย่างราบรื่น โดยหัวข้อนี้จะกล่าวถึงการตีความกฎบัตรอาเซียนโดยใช้กฎเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)

ในการตีความกฎบัตรอาเซียนซึ่งเป็นตราสารที่พัฒนาภายหลังจากปฏิญญาอาเซียนอันเป็นตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศที่ชื่อว่าอาเซียน การตีความกฎบัตรอาเซียนจะต้องพิจารณาข้อ 5 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งบัญญัติว่า “อนุสัญญานี้จะไม่กระทบต่อกฎเกณฑ์ใด ๆ ของสนธิสัญญาที่เป็นตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศและสนธิสัญญาใด ๆ ที่รับรองภายในองค์การระหว่างประเทศ”⁴⁸ ภายใต้ข้อ 5 นี้ องค์การระหว่างประเทศจึงมีการกำหนดกฎเกณฑ์การตีความตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ รวมถึงสนธิสัญญาที่รับรองภายในองค์การระหว่างประเทศนั้นในแบบของตัวเองได้ โดยกฎเกณฑ์เฉพาะเหล่านั้นย่อมมีผลบังคับใช้เหนือกว่ากฎเกณฑ์ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย

⁴⁸ Article 5 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

สนธิสัญญา ในการนี้องค์การระหว่างประเทศมักใช้หลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา (Teleological Approach) มากกว่าหลักการอื่นเมื่อเทียบกับการตีความสนธิสัญญาทั่วไป ดังกรณีตัวอย่างคดี Costa v. ENEL ซึ่ง ณ เวลานั้นสหภาพยุโรปยังมีสถานะเป็นประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) คดีนี้รัฐสมาชิก EEC เสนอข้อโต้แย้งมายังศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of European Union: CJEU) ว่ากฎหมายของ EEC จะมีผลโดยตรงต่อประชาชนหรือไม่ หรือปัญหานี้ให้อยู่ภายใต้การตัดสินของกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐสมาชิก แต่ศาลไม่เห็นด้วยและตัดสินคดีโดยใช้หลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาว่า กฎหมาย EEC มาจากกฎหมายจัดตั้ง EEC อันมีวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายเพื่อสถาปนาการเป็นตลาดร่วม (Common Market) ดังนั้น กฎหมายของ EEC จึงมีผลโดยตรงต่อพลเมืองยุโรป⁴⁹

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎบัตรอาเซียนพบว่ามีกำหนดในเรื่องการตีความกฎบัตรอาเซียนไว้ในข้อ 51 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อรัฐสมาชิกใดร้องขอ ให้สำนักงานเลขาธิการอาเซียนตีความกฎบัตรตามการดำเนินงานที่กำหนดโดยคณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ASEAN Coordinating Council)”⁵⁰ ภายใต้ข้อ 51 (1) นี้เป็นบทบัญญัติให้เลขาธิการอาเซียนทำหน้าที่ตีความกฎบัตรอาเซียนภายใต้การดำเนินงานที่กำหนดโดยคณะมนตรีประสานงานอาเซียนได้ แต่จะต้องเป็นกรณีที่รัฐสมาชิกอาเซียนร้องขอให้มีการตีความเท่านั้นจะตีความโดยพลการไม่ได้ และจะต้องเป็นกรณีสถานการณ์ที่ไม่ได้มีข้อพิพาทใด ๆ แต่มีปัญหาที่จำเป็นต้องให้ตีความเพื่อให้มีคำชี้แจง⁵¹ จากข้อ 51 (1) เห็นได้ว่ากฎบัตรอาเซียนไม่ได้กำหนดหลักการที่ใช้ตีความบทบัญญัติไว้ว่าต้องใช้หลักการใด กำหนดแต่เรื่องผู้มีอำนาจตีความ เพราะฉะนั้นในการตีความกฎบัตรอาเซียน รวมถึงข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่รับรองภายในอาเซียน จะตีความในแบบของอาเซียนเองได้ภายใต้ข้อ 5 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ในที่นี้ก็จะกลับมาพิจารณาการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ข้อ 31 อันเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญา

ภายใต้ข้อ 31 กำหนดเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาไว้คือ จะต้องเริ่มจากการตีความโดยสุจริต โดยเป็นไปตามหลักการตีความตามความหมายธรรมดา และการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมาย รวมถึงการพิจารณาบริบท เช่น ข้อตกลงที่เกี่ยวข้อง ฯลฯ โดยมีได้กำหนดว่าการตีความสนธิสัญญาจะต้องใช้หลักการใดก่อนหลัง จึงขอกล่าวถึงการตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของกฎบัตรอาเซียนโดยพิจารณาหลักการดังกล่าวไปด้วยกันดังนี้

⁴⁹ Jan Klabbbers, *An Introduction to International Organizations Law* (3rd edn, Cambridge University Press 2015) 83-84.

⁵⁰ Article 51 (1) of Charter of the Association of Southeast Asian Nations.

⁵¹ Walter Woon (n 46) 236.

4.1 การตีความโดยสุจริต

การตีความโดยสุจริตจะต้องตีความไปในทางที่สมเหตุสมผล (Reasonable Interpretation)⁵² และเป็นไปในทางที่ให้รัฐภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีในสนธิสัญญาอันเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หรือ Consent to Be Bound ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ข้อ 26 หากการตีความถ้อยคำจะนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ไม่สมเหตุสมผล รัฐภาคีจะต้องใช้วิธีการตีความเป็นอย่างอื่นดังที่บัญญัติในข้อ 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา⁵³ เมื่อเป็นเช่นนั้น การตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของกฎบัตรอาเซียนจะไปในทางที่รัฐสมาชิกอาเซียนไม่เข้าไปแทรกแซงปัญหาอันเป็นกิจการภายใน โดยจะต้องสอดคล้องกับหลักการตีความที่จะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.2 - 4.3 ด้วย

4.2 การตีความตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำในสนธิสัญญา

การตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของกฎบัตรอาเซียนภายใต้ข้อ 31 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาโดยใช้หลักการตีความตามความหมายธรรมดา⁵⁴ นั้น จะต้องตีความให้บทบัญญัติเป็นผลไปตามความหมายปกติ⁵⁵ โดยคำนึงถึงความหมายที่แท้จริงของบริบท (Context) ของกฎบัตรอาเซียนอันเป็นไปตามแนวคิดที่ถือตัวบทเป็นใหญ่ (Objective Approach)⁵⁶ ซึ่งได้แก่ ตัวบท (Text) อารัมภบท (Preamble) และภาคผนวก (Annex)⁵⁷

เมื่อเป็นเช่นนั้น จากความหมายของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎบัตรอาเซียน จึงเป็นหลักการที่รัฐสมาชิกอาเซียนจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกอื่นในเรื่องที่เป็นกิจการภายใน ไม่ว่าปัญหาความขัดแย้ง เขตอำนาจรัฐ ไม่เข้าไปในดินแดนของรัฐอื่นโดยที่รัฐนั้นไม่ได้ให้ความยินยอม ไม่วิพากษ์แสดงความคิดเห็นต่อความสัมพันธ์ของรัฐสมาชิกอื่น รวมถึงไม่ใช้วิธีการในลักษณะที่เป็นการดำเนินอย่างเปิดเผยในที่สาธารณะหรือต่อรัฐอื่น ๆ ทั้งนี้หลักการดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเคารพอธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดนกันและกันดังที่ปรากฏอยู่ในอารัมภบทของกฎบัตรอาเซียน ทั้งนี้หากตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามความหมายธรรมดาคงจะเป็นการเคร่งครัดมากไม่ว่าจะเป็นสถานการณ์ใดหากเข้าข่ายเป็นเรื่องภายในรัฐ รัฐสมาชิกอาเซียนก็จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวไม่ได้ ซึ่งสถานการณ์มลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนก็เป็นหนึ่งในสถานการณ์ที่รัฐสมาชิกอาเซียน เช่น อินโดนีเซีย มองว่าเป็นเรื่องภายในที่ห้ามเข้าแทรกแซง

⁵² Robert Kolb, *The Law of Treaties an Introduction* (Edward Elgar Publishing 2016) 148.

⁵³ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press 2007) 234.

⁵⁴ Article 31 (1) of Vienna Convention on the Law of Treaties.

ภายใต้ข้อ 31 (1) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาบัญญัติในเรื่องการตีความสนธิสัญญานอกจากจะต้องตีความโดยสุจริต ยังต้องตีความไปในทางที่สอดคล้องกับความหมายธรรมดาของถ้อยคำคือ หลักการตีความตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำในสนธิสัญญา (Textual Approach)

⁵⁵ จุมพต สายสุนทร, 'การตีความสนธิสัญญา' ใน พิรุณา ดิงศักดิ์ (บรรณาธิการ) *การใช้การตีความกฎหมาย* (กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 377.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน 376.

⁵⁷ Article 31 (2) of Vienna Convention on the Law of Treaties.

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาเมื่อการตีความสนธิสัญญาจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศมักใช้หลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญามากกว่าหลักการอื่นเมื่อเทียบกับการตีความสนธิสัญญาทั่วไป⁵⁸ การตีความกฎบัตรอาเซียนอาจพิจารณาหลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายมาใช้ในการตีความได้ เนื่องจากแนวคิดที่ถือวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาเป็นใหญ่เป็นแนวคิดที่เปิดกว้างให้สามารถนำปัจจัยต่าง ๆ มาช่วยในการค้นหาวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา ทั้งนี้ปัจจัยที่ว่ายังรวมไปถึงการค้นหาเจตจำนงหรือเจตนารมณ์ของรัฐภาคีในสนธิสัญญาอันเป็นแนวคิดที่ถือเจตนารมณ์ของรัฐภาคีเป็นใหญ่ รวมถึงการนำแนวคิดที่ถือวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาเป็นใหญ่มาช่วยตีความเพื่อค้นหาวัตถุประสงค์ด้วย⁵⁹ โดยเมื่อพิจารณาแนวคิดที่ถือเจตนารมณ์ของรัฐภาคีเป็นใหญ่ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ให้มีการนำปัจจัยที่เกิดขึ้นหลังจากทำสนธิสัญญามาช่วยตีความ อาจก่อให้เกิดปัญหาว่าปัจจัยที่เกิดขึ้นภายหลังจากการทำสนธิสัญญาอาจขัดแย้งกับปัจจัยที่เกิดขึ้นก่อนการทำสนธิสัญญาได้ อีกทั้งจะทำให้ความแน่นอนและเสถียรภาพของสนธิสัญญาต้องเสียไป⁶⁰

4.3 การตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา

การตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายโดยใช้หลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎบัตรอาเซียนเป็นหลักการตามข้อ 31 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา⁶¹

การพิจารณา “วัตถุประสงค์” (Object) จะพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวอยู่ภายใต้กรอบการควบคุมกำกับเรื่องใด เช่น เรื่องเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การตีความก็ต้องคำนึงถึงคำศัพท์และการใช้ให้สอดคล้องกับเรื่องนั้น ๆ ส่วนคำว่า “ความมุ่งหมาย” (Purpose) จะพิจารณาเป้าหมายของสนธิสัญญานั้น ๆ ว่ามีเป้าหมายอย่างไร เช่น เพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน⁶² เพราะฉะนั้นการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายจึงเป็นการตีความไปในทางที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา จะไม่ตีความให้ขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้น⁶³ เพื่อให้รัฐภาคีปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้อย่างถูกต้องเนื่องจากรัฐภาคีมีพันธกรณีซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต้องปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาอันเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาตามข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

⁵⁸ Jan Klabbbers (n 49) 83-84.

⁵⁹ จุมพต สายสุนทร (n 55) 378.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน 379.

⁶¹ Article 31 (1) of Vienna Convention on the Law of Treaties.

ภายใต้ข้อ 31 (1) ช่วงท้ายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาบัญญัติในเรื่องการตีความสนธิสัญญาจะต้องตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาอันเป็นไปตามหลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา (Teleological Approach)

⁶² Robert Kolb (n 52) 145.

⁶³ จุมพต สายสุนทร (n 55) 392.

การตีความกฎบัตรอาเซียนจึงต้องพิจารณาว่าตัวกฎบัตรอาเซียนมีวัตถุประสงค์และมีความมุ่งหมายอย่างไร ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่ากฎบัตรอาเซียนไม่เพียงมีความมุ่งประสงค์ในเรื่องการธำรงรักษาสันติภาพ ความมั่นคง และเสถียรภาพ⁶⁴ ซึ่งเป็นการนำไปสู่หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน กฎบัตรอาเซียนยังมีความมุ่งประสงค์ในด้านอื่นด้วย เช่น การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยรัฐสมาชิกจะต้องสนับสนุนการพัฒนาอย่างยั่งยืนเพื่อให้ภูมิภาคอันเป็นที่ตั้งของรัฐสมาชิกมีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม⁶⁵ การจะบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ไม่อาจแก้ไขหรือจัดการได้ด้วยรัฐสมาชิกรัฐใดเพียงรัฐเดียว แต่จะต้องอาศัยความร่วมมือกันระหว่างรัฐสมาชิก และหากทางปฏิบัติไม่อาจบรรลุผลได้อันเนื่องมาจากหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในเป็นอุปสรรคดังที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ ทำให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ของกฎบัตรอาเซียนทั้งสองมีความขัดแย้งกัน

การตีความในกรณีดังกล่าว จะตีความวัตถุประสงค์ที่ขัดแย้งกันไปในทางที่ก่อให้เกิดความผูกพันรัฐภาคีให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้อันเป็นไปตามหลักการประสานกัน (Principle of Harmonization)⁶⁶ เพราะฉะนั้นหากจะตีความให้รัฐสมาชิกอาเซียนไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอื่นในกรณีสถานการณ์ปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนโดยพิจารณาความมุ่งประสงค์ของกฎบัตรอาเซียนเพียงเรื่องสันติภาพ เสถียรภาพ และความมั่นคง ซึ่งรัฐจะต้องเคารพอธิปไตยรัฐสมาชิกอื่นทำให้ไม่อาจเข้าไปแทรกแซงปัญหาดังกล่าวของรัฐสมาชิกอื่น เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอ เนื่องจากสถานการณ์มลพิษจากหมอกควันดังกล่าวเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมร่วมกันของอาเซียน จึงต้องพิจารณาความมุ่งประสงค์ของกฎบัตรอาเซียนในเรื่องอื่นประกอบด้วยในที่นี้คือวัตถุประสงค์ในเรื่องการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยพิจารณาว่าทำอย่างไรให้การบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นโดยที่ไม่เป็นการละเมิดต่อวัตถุประสงค์ด้านอธิปไตย

อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงการก่อตั้งอาเซียนและการวางหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในก่อนที่จะมีการจัดทำกฎบัตรอาเซียน ซึ่งได้รับแรงบันดาลใจจากกฎบัตรสหประชาชาติ ในสถานการณ์เช่นว่านั้นเป็นช่วงของสงครามเย็นซึ่งการก่อตั้งอาเซียนเกิดจากความกังวลร่วมกันและการระมัดระวังการแทรกแซงจากรัฐภายนอก⁶⁷ ด้วยรัฐสมาชิกอาเซียนหลายรัฐเคยตกเป็นอาณานิคมของรัฐบาลอำนาจตะวันตก⁶⁸ หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในช่วงการก่อตั้งอาเซียนและนำมาสู่การบัญญัติในกฎบัตรอาเซียนน่าจะตั้งอยู่บนหลักการที่รัฐสมาชิกต้องเคารพอธิปไตยของรัฐอื่น ซึ่งไม่ต้องการให้รัฐอื่นมาคุกคามหรือมาใช้กำลังทหาร เป็นเรื่องความ

⁶⁴ Article 1 (1) of Charter of the Association of Southeast Asian Nations.

⁶⁵ Article 1 (9) of Charter of the Association of Southeast Asian Nations.

⁶⁶ International Law Commission, 'Conclusion of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law 2006', 29 April 2025)
<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf>

⁶⁷ Preamble of Declaration on the Zone of Peace, Freedom and Neutrality 1971.

⁶⁸ Eric Cothay, 'The ASEAN Doctrine of Non-Interference in Light of the Fundamental Principle of Non-Intervention' (2016) 17 Asian-Pacific Law & Policy Journal 6.

มันคงมากกว่า ยังไม่เน้นไปที่ประเด็นปัญหาสิ่งแวดล้อม ในการนี้หากตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในใหม่ให้ลดความเคร่งครัดลงเพื่อให้รัฐสมาชิกเข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกอื่นได้ เช่น การเข้าไปช่วยเหลือหรือจัดการปัญหา ฯลฯ ก็จะทำให้นำไปสู่ความร่วมมือในการแก้ไขและจัดการปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนร่วมกันและทำให้บรรลุดัตุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมดังที่ปรากฏในกฎบัตรอาเซียนได้อีกด้วย

นอกจากนี้ในการตีความเพื่อให้บรรลุดัตุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์ของมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน ยังต้องพิจารณาบริบทอื่น ๆ ตามข้อ 31 (3) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เช่น กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ (Any Relevant Rules of International Law) ตามข้อ 31 (3) (ซี) ดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.4

4.4 การตีความโดยพิจารณากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

ภายใต้ข้อ 31 (3) (ซี) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา การตีความโดยพิจารณากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในการใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคี⁶⁹ กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดตามข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้แก่ อนุสัญญาระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป⁷⁰ ซึ่งกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศดังกล่าวต้องมีลักษณะดังนี้

(1) เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศอันที่มาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป⁷¹

(2) เป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเดียวกันกับที่กฎเกณฑ์ที่กำลังถูกตีความโดยผู้ตีความ⁷²

(3) เป็นกฎเกณฑ์ที่ปรับใช้กับความสัมพันธ์ของรัฐภาคี เช่น รัฐภาคีทุกรัฐของสนธิสัญญาที่จะถูกตีความจะต้องเป็นรัฐภาคีในสนธิสัญญาที่จะนำมาใช้ตีความ⁷³

เมื่อพิจารณากฎหมายภายใต้ข้อ 38 ที่เกี่ยวข้องและกำหนดพันธกรณีของรัฐสมาชิกอาเซียนที่จะต้องดำเนินการใด ๆ ตามกฎหมายเพื่อให้บรรลุดัตุประสงค์ของกฎบัตรอาเซียนในการปกป้องสิ่งแวดล้อม พบว่ามีทั้งกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียนเข้ามาเกี่ยวข้องและมีผลผูกพันรัฐสมาชิกอาเซียน การตีความเพื่อให้บรรลุดัตุประสงค์ในการปกป้องสิ่งแวดล้อมจึงต้องพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวประกอบ

⁶⁹ Article 31 (3) (c) of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

⁷⁰ จุมพต สายสุนทร (n 55) 391.

⁷¹ นพตล เดชสมบูรณ์รัตน์, *กฎเกณฑ์และหลักการพื้นฐานว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565) 153-154.

⁷² เรื่องเดียวกัน 154.

⁷³ เรื่องเดียวกัน.

4.4.1 สนธิสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งผูกพันรัฐสมาชิกอาเซียน

ปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมที่รัฐสมาชิกอาเซียนจะต้องร่วมมือกันจัดการปัญหาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายอาเซียน การตีความกฎบัตรอาเซียนตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายด้านสิ่งแวดล้อมดังกล่าว จึงต้องพิจารณาบริบทซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งผูกพันรัฐสมาชิกอาเซียนด้วย ในที่นี้มีข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่รับรองภายในอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน โดยมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนเป็นภัยพิบัติประเภทหนึ่ง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดการปัญหามลพิษจากหมอกควันและนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมของกฎบัตรอาเซียน ทั้งนี้รัฐสมาชิกอาเซียนทั้งหมดเป็นภาคีในข้อตกลงอาเซียนทั้งสองแล้ว

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์⁷⁴ หลักการ⁷⁵ และพันธกรณีของข้อตกลงอาเซียนทั้งสอง⁷⁶ จะเห็นได้ว่ารัฐสมาชิกอาเซียนมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการต่าง ๆ ภายใต้หลักการของข้อตกลง ดังกล่าว เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการบรรเทาและการให้ความร่วมมือไม่ว่าจะในระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับระหว่างประเทศ ประกอบกับภายใต้ข้อตกลง AATHP รัฐสมาชิกอาเซียนยังมีการจัดทำแผนงานระยะที่ 2 เพื่อความร่วมมือของอาเซียนในการควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนพร้อมวิธีการดำเนินงาน ซึ่งเป็นแผนงานที่สืบเนื่องจากแผนงานแรกที่ว่าด้วยความร่วมมือของอาเซียนเพื่อควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนพร้อมวิธีการดำเนินงาน โดยแผนงานทั้งสองมุ่งให้เกิดแนวทางปฏิบัติและนำไปสู่ความร่วมมือของรัฐสมาชิกดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2 แสดงให้เห็นว่ารัฐสมาชิกอาเซียนมีความมุ่งประสงค์ที่จะให้มีการจัดการปัญหามลพิษจากหมอกควันจริงและจะเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมดังที่ปรากฏในกฎบัตรอาเซียนด้วย

4.4.2 หลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกอาเซียน

รัฐสมาชิกอาเซียนมีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศร่วมกัน ซึ่งนำมาใช้พิจารณาประกอบการตีความตามหลักวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎบัตรอาเซียน คือ หลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่น (No-Harm Principle)

หลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศในคดี Pulp Mills on the River Uruguay ระหว่างประเทศอาร์เจนตินากับประเทศอุรุกวัย คดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ชี้ให้เห็นว่า “จากหลักการป้องกัน (Principle of Prevention) ในฐานะกฎหมาย

⁷⁴ Article 2 of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution.; Article 2 of ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response.

⁷⁵ Article 3 of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution.; Article 3 of ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response.

⁷⁶ Article 4-17 of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution.; Article 4-20 of ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response.

จารีตประเพณีอันมีต้นกำเนิดจากหลักการปฏิบัติหน้าที่ในดินแดนของตนด้วยความระมัดระวัง (*Due Diligence*) รัฐทุกรัฐจึงมีหน้าที่ผูกพันที่จะหลีกเลี่ยงการดำเนินกิจกรรมใดๆ ในเขตอำนาจรัฐของตนที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น” (*No-Harm Principle*)⁷⁷ ในการนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้มีข้อสรุปเรื่องเกี่ยวกับการเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศเฉพาะ (Particular Customary International Law) ไม่ว่าจะเป็นระดับภูมิภาค ท้องถิ่น หรืออื่นๆ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ที่ใช้บังคับเฉพาะกลุ่มของรัฐจำนวนจำกัดเท่านั้น โดยจะต้องมีการปฏิบัติโดยทั่วไประหว่างรัฐ (General Practice Among the States) และจะต้องมีการยอมรับโดยรัฐเหล่านั้นว่าเป็นกฎหมาย (*Opinio Juris*)⁷⁸ กล่าวคือ

(1) มีการปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐ รัฐมีบทบาทในการก่อให้เกิดทางปฏิบัติ⁷⁹ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในด้านนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรืออื่นๆ⁸⁰ ซึ่งการปฏิบัติจะเป็นลักษณะที่เป็นการทั่วไป ปฏิบัติอย่างกว้างขวาง โดยไม่มีกำหนดว่าต้องมีระยะเวลานานเท่าใด⁸¹

(2) มีการยอมรับการปฏิบัติว่าเป็นกฎหมาย รัฐต้องปฏิบัติด้วยความรู้สึกของการมีหน้าที่ผูกพันทางกฎหมาย⁸² โดยมีรูปแบบของการยอมรับว่าเป็นกฎหมายเช่น การมีคำแถลงต่อสาธารณะที่ทำในนามของรัฐ (Public Statements Made on Behalf of States) สิ่งพิมพ์อย่างเป็นทางการหรือทางราชการ (official publications) ความเห็นทางกฎหมายของรัฐบาล (Government Legal Opinions) การติดต่อทางการทูต (Diplomatic Correspondence) คำตัดสินของศาลภายในรัฐ (Decisions of National Court) บทบัญญัติของสนธิสัญญา (Treaty Provisions) มติที่ยอมรับโดยองค์การระหว่างประเทศ (Resolution Adopted by An International Organization) มติที่ประชุมระหว่างรัฐบาล (Intergovernmental Conference)⁸³ และกฎหมายภายในของรัฐ (National Legislation)⁸⁴ เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่ารัฐสมาชิกอาเซียนมีการนำหลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นมาปรับใช้โดยการบัญญัติในกฎหมายภายในเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพื่อมิให้มิดำเนินกิจกรรมโดยการเผาในที่โล่งหรือโดยการควบคุมมลพิษไม่ให้เกินค่ามาตรฐานอันส่งผลกระทบต่อทั้งสิ่งแวดล้อมและประชาชน เช่น

⁷⁷ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (Merits) [2010] ICJ Rep 45-46.

⁷⁸ International Law Commission, **Draft conclusion on identification of customary international law, with commentaries (2018)** UN Doc A/73/10, p. 122.

⁷⁹ Ibid 130.

⁸⁰ Ibid 132.

⁸¹ Ibid 135-136.

⁸² Ibid 138.

⁸³ Ibid 140.

⁸⁴ Ibid 141.

- ประเทศไทย มีกฎหมายควบคุมการปล่อยมลพิษทางอากาศออกสู่สิ่งแวดล้อม⁸⁵ มีกฎหมายกำหนดให้การก่อให้เกิดฝุ่น ละออง เหมม่า หรือเถ้าเป็นเหตุรำคาญ⁸⁶ ซึ่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจห้ามการก่อเหตุรำคาญดังกล่าวในที่สาธารณะหรือสถานที่เอกชน รวมทั้งระงับ กำจัด ควบคุมเหตุรำคาญเช่นว่า⁸⁷ นอกจากนี้ยังมีการออกประกาศของผู้ว่าราชการจังหวัดต่างๆ เพื่อห้ามการเผาเช่น ประกาศผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงรายกำหนดห้ามเผาในที่โล่งทุกชนิดเพื่อควบคุมและป้องกันการสะสมของมลพิษทางอากาศในจังหวัด และเพื่อการมีส่วนร่วมในการป้องกันและแก้ไขปัญหาไฟป่า หมอกควัน และฝุ่น⁸⁸

- ประเทศอินโดนีเซีย มีกฎหมายห้ามบุคคลเผาในที่โล่ง ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ⁸⁹

- ประเทศเวียดนาม มีกฎหมายกำหนดให้จัดการผลพลอยได้ทางการเกษตรหรือที่ได้จากพืชตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยที่ห้ามมิให้มีการเผาในที่โล่งเพื่อหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิดมลพิษสิ่งแวดล้อม⁹⁰

- ประเทศสิงคโปร์ มีกฎหมายว่าด้วยมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน เพื่อจัดการกับปัญหามลพิษจากหมอกควันที่มาจากการเผาในประเทศเพื่อนบ้านโดยเฉพาะจากประเทศอินโดนีเซีย

⁸⁵ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 55 บัญญัติว่า ‘ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมมลพิษและโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดมาตรฐานควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด สำหรับควบคุมการระบายน้ำทิ้ง การปล่อยทิ้งอากาศเสีย การปล่อยทิ้งของเสีย หรือมลพิษอื่นใดจากแหล่งกำเนิดออกสู่สิ่งแวดล้อม เพื่อรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อมให้ได้มาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้’.

⁸⁶ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 25 บัญญัติว่า ‘ในกรณีที่มีเหตุอันอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงหรือผู้ที่ต้องประสบกับเหตุนั้นดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเหตุรำคาญ

(4) การกระทำใดๆ อันเป็นเหตุให้เกิด..ฝุ่น ละออง เหมม่า เถ้า หรือกรณีอื่นใด จนเป็นเหตุให้เสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ’.

⁸⁷ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 26 บัญญัติว่า ‘ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจห้ามผู้หนึ่งผู้ใดมิให้ก่อเหตุรำคาญในที่หรือทางสาธารณะหรือสถานที่เอกชน รวมทั้งการระงับเหตุรำคาญด้วย ตลอดจนการดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา บรรดาถนน ทางบก ทางน้ำ รางระบายน้ำ คูคลอง และสถานที่ต่างๆ ในเขตของตนให้ปราศจากเหตุรำคาญ ในการนี้ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับ กำจัด และควบคุมเหตุรำคาญต่างๆ ได้’.

⁸⁸ ประกาศกองอำนวยการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยจังหวัดเชียงราย, ‘กำหนดห้ามเผาในที่โล่งทุกชนิดโดยเด็ดขาด “92 วันปลอดการเผาในพื้นที่จังหวัดเชียงราย (ตั้งแต่วันที่ 31 มีนาคม – 31 พฤษภาคม 2568)” , 23 พฤษภาคม 2568 <<https://www.sansailocal.go.th/athf/news/20250207113923.pdf>>

⁸⁹ Article 69 of Environmental Protection and Management (Law No. 32/2009) states that ‘Prohibition

(1) Everybody shall be prohibited from:

(h) opening land by means of burning’.

⁹⁰ Article 61 of Law on Environmental Protection 2020 states that ‘Environmental protection in agricultural production

(4) Agricultural by-products must be collected to manufacture products and goods, used as raw materials and fuels, used for production of fertilizers and energy or managed as prescribed; by-products of plants must not be burned in the open air to avoid causing environmental pollution’.

โดยสิงคโปร์มีอำนาจดำเนินคดีกับบริษัทและบุคคลที่ก่อให้เกิดหมอกควันที่ส่งผลกระทบต่อสิงคโปร์ แม้การกระทำผิดจะอยู่นอกประเทศก็ตาม⁹¹

- ประเทศมาเลเซีย มีกฎหมายให้มีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยควบคุมการเผาในที่โล่งมิเช่นนั้นจะมีโทษ⁹²

- ประเทศกัมพูชา มีกฎหมายที่ห้ามดำเนินกิจกรรมใดๆ ที่ก่อให้เกิดมลพิษขึ้นสู่สิ่งแวดล้อมเช่น การห้ามเผาสารอันตราย (Hazardous Substance) ในที่ดิน ที่โล่ง หรือในพื้นที่สาธารณะ เป็นต้น⁹³ การห้ามเผาขยะในเขตเมือง พื้นที่สาธารณะ ที่ดินเอกชน ที่โล่ง โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากกระทรวงด้านสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ⁹⁴ และการห้ามเผาป่า ทุ่งหญ้า ตอซังข้าว เศษวัสดุทางการเกษตร และการเผาขยะหรือมูลฝอยในที่โล่งหรือในหลุมฝังกลบขยะ⁹⁵ เป็นต้น

⁹¹ Part 2 Article 5 of Transboundary Haze Pollution Act 2014 states that ‘Liability for Transboundary Haze Pollution

Offences for causing, etc., haze pollution in Singapore

(1) An entity shall be guilty of an offence if

(a) the entity

(i) engages in conduct (whether in or outside Singapore) which causes or contributes to any haze pollution in Singapore; or

(ii) engages in conduct (whether in or outside Singapore) that condones any conduct (whether in or outside Singapore) by another entity or individual which causes or contributes to any haze pollution in Singapore; and

(b) there is haze pollution in Singapore at or about the time of that conduct by that entity

(2) An entity which is guilty of an offence under subsection...’.

⁹² Section 29 A of Environmental Quality Act 1974 states that ‘Prohibition on open burning

(1) Notwithstanding anything to the contrary contained in this Act, no person shall allow or cause open burning on any premises’.

⁹³ Article 206 of Royal Kram no. 0623/007 on Environment and Natural Resources Code 2023 states that ‘Prohibition of causing hazardous substance release

Activities that cause hazardous substance release into the environment are strictly prohibited, including but not limited to:

(b) Destroying or burning hazardous substances on possessed land, open fields, or public Spaces’.

⁹⁴ Article 218 of Royal Kram no. 0623/007 on Environment and Natural Resources Code 2023 states that ‘Prohibition relating to disposal and burning of urban solid waste

(2) The burning of urban solid waste in the street, public spaces, private/possessed land, open space, and waste incinerators without permission from the ministry responsible for environment and natural resources is strictly prohibited’.

⁹⁵ Article 326 of Royal Kram no. 0623/007 on Environment and Natural Resources Code 2023 states that ‘Prohibition of activities causing air pollution

The following activities that cause air pollution are strictly prohibited:

(a) Burning of forest, grassland, rice stubble, agricultural waste, and burning of garbage or

- ประเทศฟิลิปปินส์ มีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการขยะที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน โดยห้ามเผาขยะชุมชน ขยะทางการแพทย์ และขยะอันตรายอื่น ๆ ซึ่งอาจก่อมลพิษ แต่ไม่รวมถึงการเผาในวิธีการแบบดั้งเดิมเช่น การเกษตร การเผาปนกิจ เป็นต้น⁹⁶

- ประเทศบรูไนดารุสซาลาม มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของบุคคลทุกคนในบรูไนให้มีการดำเนินมาตรการเพื่อคุ้มครองและจัดการสิ่งแวดล้อม รวมทั้งป้องกัน ลด หรือควบคุมอันตรายที่อาจก่อมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม⁹⁷ อีกทั้งยังกำหนดให้การดำเนินกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมต้องมีการขออนุญาตก่อน⁹⁸

- ประเทศลาว มีคำสั่งของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2021 ว่าด้วยการควบคุมมลพิษ ซึ่งเป็นการดำเนินการตามกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2013 (Environmental Protection Law 2013) โดยกำหนดมาตรการควบคุม ติดตาม เฝ้าระวัง และตรวจสอบมลพิษ รวมถึงการมีมาตรการควบคุมมลพิษในกรณีฉุกเฉิน เพื่อลดผลกระทบต่ออากาศไม่ให้เป็นมาตรฐานสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้คำสั่งดังกล่าวจะใช้บังคับกับบุคคล นิติบุคคล หรือองค์กรทั้งในและต่างประเทศที่ดำเนินกิจกรรมในลาว⁹⁹

solid waste in open space or garbage landfills.

(b) Burning of all types of waste or inflammatory objects in public spaces, in the street, in public or private buildings, or on private/possessed land causes public health impact, security, and social order’.

⁹⁶ Section 20 of Republic Act No. 8749 (An act providing for a comprehensive air pollution control policy and for other purposes) states that ‘Ban on Incineration - Incineration, hereby defined as the burning of municipal, bio-medical and hazardous wastes, which process emits poisonous and toxic fumes, is hereby prohibited: Provided, however, That the prohibition shall not apply to traditional small-scale method of community/neighborhood sanitation "siga", traditional, agricultural, cultural, health, and food preparation and crematoria: Provided, further, That existing incinerators dealing with bio-medical wastes shall be phased out within three years after the effectivity of this Act: Provided, finally, That in the interim, such units shall be limited to the burning of pathological and infectious wastes, and subject to close monitoring by the Department’.

⁹⁷ Article 7 of Environmental Protection and Management Act 2016 states that ‘It shall be the duty of every person in Brunei Darussalam —

(a) to take, so far as is reasonably practicable, such measures to ensure the protection and management of the environment and the prevention, reduction, or control of any potential hazard that may cause pollution or damage to the environment’.

⁹⁸ Article 9 of Environmental Protection and Management Act 2016 states that ‘

(1) It shall be the duty of every person, who intends to carry out the prescribed activity as set out in Schedule 1, before he undertakes such prescribed activity to submit a written notification to the Authority’.

⁹⁹ Article 9 of Decision on the Pollution Control No. 1687/MONRE 2012.

- ประเทศเมียนมา มีกฎหมายเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เพื่อให้การผลิต การก่อสร้างมีการป้องกันมลพิษหรือลดความเสี่ยงของการเกิดมลพิษให้น้อยที่สุด¹⁰⁰ รวมทั้งการมีมาตรการควบคุมเพื่อป้องกันและลดมลพิษ¹⁰¹

การที่รัฐสมาชิกอาเซียนทั้งหลายมีการนำหลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นมาบัญญัติในกฎหมายภายในเพื่อใช้บังคับภายในรัฐของตน เพื่อที่การดำเนินกิจกรรมต่างๆ ต้องไม่ก่อมลพิษเกินค่ามาตรฐานและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและประชาชน ซึ่งการเกิดมลพิษยังส่งผลกระทบข้ามแดนไปยังรัฐอื่นได้ และห้ามการดำเนินกิจกรรมบางอย่างที่จะส่งผลดังกล่าวเช่น การเผา แสดงให้เห็นทางปฏิบัติของการก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียนตามข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้¹⁰² ภายใต้ข้อสรุปของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่ององค์ประกอบของการเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากรัฐสมาชิกอาเซียนมีทางปฏิบัติโดยการใช้อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมายภายใน และกฎหมายภายในก็เป็นรูปแบบการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย รัฐสมาชิกอาเซียนจึงมีความผูกพันร่วมกันตามหลักการที่จะไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁰³ เพราะฉะนั้นรัฐสมาชิกอาเซียนจึงมีพันธกรณีต้องดำเนินการร่วมกันและให้ความร่วมมือจัดการมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน

จากหัวข้อที่ 4 ในกรณีสถานการณ์มลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน ความเป็นไปได้ของการตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในใหม่เพื่อให้รัฐสมาชิกอาเซียนเข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกอื่น เช่น การยกประเด็นปัญหาดังกล่าวขึ้นมาถกอย่างตรงไปตรงมา หรือเกี่ยวกับอุปสรรคของการจัดการปัญหา ดำเนินมาตรการร่วมกัน หรือเข้าไปให้การช่วยเหลือช่วยจัดการปัญหา เป็นต้น การตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎบัตรอาเซียนโดยพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วยและพิจารณาบริบทต่อไปนี้ประกอบ

¹⁰⁰ Article 91 of Environmental Impact Assessment Procedure 2015 states that

‘(d) Pollution Prevention: Effectiveness of production or construction methods or waste storage and treatment facilities to prevent or, where this is not practicable, to minimize pollution, and to prevent or minimize the risk of pollution’.

¹⁰¹ Article 9 of Environmental Impact Assessment Procedure 2015 states that

‘(k) Control measures:

(iii) control and maintenance of pollution prevention/ minimization measures’.

¹⁰² Article 38 (1) of Statute of the International Court of Justice states that ‘The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law’.

¹⁰³ ดู คดีพิพาทไหล่ทวีประหว่างประเทศลิเบียกับประเทศมอลตา ค.ศ. 1985 (Continental Shelf (Libya v. Malta), 1985) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้กล่าวถึงสาระสำคัญของการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าเกิดจากทางปฏิบัติอย่างแท้จริง (actual practice) ของรัฐและการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris*); Malcolm N. Shaw, *International Law* (6nd edn, Cambridge University Press 2008) 74.

- ข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER รวมถึงแผนงานระยะที่ 1 และแผนงานระยะที่ 2 ซึ่งออกภายใต้ข้อตกลง AATHP เพื่อควบคุมและจัดการหมอกควันอันเป็นทางปฏิบัติร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียน
- หลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียน

จะทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนอันเป็นปัญหาร่วมกันได้ในกรณีที่รัฐสมาชิกใดไม่อาจจัดการปัญหาเพียงลำพัง อันจะนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมของกฎบัตรอาเซียนและข้อตกลงอาเซียน โดยที่ไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน

หากรัฐสมาชิกอาเซียนยังคงการละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การจัดการมลพิษจากหมอกควันตามข้อตกลง AATHP ข้อตกลง AADMER และกฎบัตรอาเซียน รวมถึงอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องนอกเหนือจากสนธิสัญญาของอาเซียนด้วย จะนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้ บทความนี้ขอเสนอว่าหากเป็นสถานการณ์ของมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดน ให้รัฐสมาชิกอื่นเข้าไปยุ่งเกี่ยวเพื่อช่วยเหลือหรือช่วยจัดการปัญหาในรัฐสมาชิกอื่นได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดได้รับความยินยอมจากรัฐสมาชิกที่ได้รับการช่วยเหลือจึงจะเข้าไปได้ ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (1) มีสถานการณ์ปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนเช่น มลพิษจากหมอกควันเกิดขึ้นในรัฐสมาชิกและส่งผลกระทบต่อข้ามพรมแดนไปยังรัฐสมาชิกอื่นหรือส่งผลกระทบต่อภูมิภาคอันเป็นที่ตั้งของรัฐสมาชิก
- (2) มีผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม ความเป็นอยู่ หรือสุขภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ
- (3) รัฐสมาชิกที่เป็นต้นเหตุแห่งการกระทำไม่อาจจัดการปัญหาหรือไม่สนใจจัดการปัญหาอันเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายอาเซียน ข้อตกลงอาเซียนที่เกี่ยวข้อง และ
- (4) การเข้าไปยุ่งเกี่ยวก็เพื่อประโยชน์ร่วมกันของรัฐสมาชิกเป็นสำคัญ

เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ข้างต้นทั้ง 4 ประการ รัฐสมาชิกอาเซียนควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวเพื่อช่วยเหลือหรือจัดการปัญหาในรัฐสมาชิกอื่นได้โดยไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในแม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมก็ตาม ทั้งนี้การตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในให้เหมาะสมกับปัญหาดังกล่าวก็เพื่อนำไปสู่ความร่วมมือในการแก้ไขปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพ หากรัฐสมาชิกอาเซียนให้ความร่วมมือกันจัดการปัญหาที่เกิดขึ้นในภูมิภาค แต่ถ้าวรัฐสมาชิกใดไม่อาจจัดการปัญหาได้ก็ควรให้รัฐสมาชิกอื่นเข้าไปยุ่งเกี่ยวเพื่อช่วยเหลือ จะช่วยบรรเทาและแก้ไขปัญหามลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนได้เนื่องจากต้นเหตุของปัญหาโดยมากมีแหล่งกำเนิดจากภายในรัฐสมาชิกเอง

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากสถานการณ์มลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนที่เกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อรัฐสมาชิกอาเซียน หากรัฐสมาชิกอาเซียนจะดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป็นไปตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีภายใต้กฎบัตรอาเซียน ข้อตกลง AATHP และข้อตกลง AADMER รวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐสมาชิกอาเซียนจะกระทำเพียงลำพังไม่ได้เนื่องจากปัญหามลพิษจากหมอกควันเป็นปัญหาข้ามพรมแดน แม้รัฐสมาชิกอาเซียนใดจะมีกระบวนการจัดการที่ดี แต่หากรัฐเพื่อนบ้านยังคงเป็นแหล่งกำเนิดของปัญหาและไม่ได้ดำเนินมาตรการจัดการใด ๆ ต่อปัญหาที่เกิดขึ้น ปัญหาก็จะยังคงมีอยู่ต่อไป ในการจัดการปัญหาจึงควรที่จะให้รัฐสมาชิกร่วมมือกัน อย่างไรก็ตามแนวทางดังกล่าวอาจติดขัดกับอุปสรรคในเรื่องของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน ซึ่งเป็นข้อท้าทายเนื่องจากหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในทำให้ข้อตกลง AATHP และ ข้อตกลง AADMER มีจุดอ่อนหรือข้อจำกัดในการนำหลักการต่าง ๆ ภายใต้ข้อตกลงไปปฏิบัติหรือไปใช้บังคับ

บทความนี้ได้นำเสนอความเป็นไปได้ที่จะตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในใหม่เพื่อให้รัฐสมาชิกเข้าไปยุ่งเกี่ยวในรัฐสมาชิกอื่นได้โดยใช้กฎเกณฑ์การตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ข้อ 31 ตีความกฎบัตรอาเซียน ซึ่งในการตีความนั้นจะเป็นไปตามหลักการตีความตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎบัตรอาเซียน ซึ่งจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎบัตรอาเซียนในเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วย อีกทั้งการตีความยังต้องพิจารณาบริบทกฎหมายระหว่างประเทศอื่นประกอบด้วยได้แก่ ข้อตกลง AATHP ข้อตกลง AADMER รวมถึงแผนงานระยะที่ 1 และแผนงานระยะที่ 2 เพื่อความร่วมมือของอาเซียนในการควบคุมมลพิษฯ ที่ออกภายใต้ข้อตกลง AATHP และหลักการไม่ก่อความเสียหายต่อรัฐอื่นในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียน เพื่อให้รัฐสมาชิกอาเซียนที่มีศักยภาพมีความพร้อมเข้าไปยุ่งเกี่ยวในปัญหาของรัฐสมาชิกอื่น เช่น การริเริ่มหยิบประเด็นปัญหาขึ้นมากัน มาหารือกันอย่างตรงไปตรงมาถึงอุปสรรคในแต่ละรัฐ การหาแนวทางแก้ไขร่วมกัน และการเข้าไปช่วยเหลือช่วยจัดการปัญหาในรัฐสมาชิกอื่นที่ยังไม่มีความพร้อมต่อการแก้ไขปัญหา เป็นต้น โดยไม่เป็นการละเมิดหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน จะนำไปสู่ความร่วมมือแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐสมาชิกอาเซียนจะต้องทบทวนแล้วว่าหากยังคงเคร่งครัดไม่ยอมให้รัฐสมาชิกอื่นเข้ามายุ่งเกี่ยวในปัญหามลพิษจากหมอกควันซึ่งเป็นปัญหาที่ตนไม่อาจจัดการได้ และยังคงไม่ร่วมมือดำเนินการเพื่อให้บรรลุผลด้านสิ่งแวดล้อม นอกจากปัญหาจะยังคงดำเนินอยู่ต่อไป และถือได้ว่ารัฐสมาชิกอาเซียนมีการละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การจัดการมลพิษจากหมอกควันตามข้อตกลง AATHP ข้อตกลง AADMER กฎบัตรอาเซียน และจารีตประเพณีระหว่างประเทศร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียนเป็นเหตุให้รัฐสมาชิกอาจต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

อาจเริ่มจากรัฐสมาชิกใดรัฐสมาชิกหนึ่งริเริ่มหยิบประเด็นปัญหาดังกล่าวขึ้นมาเจรจาในที่ประชุมอย่างเป็นทางการและหาเจตจำนงร่วมกัน (Political Will) เพื่อจะได้นำไปสู่การดำเนินการดังนี้

- ให้มีการจัดทำ Code of Conduct เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติร่วมกันของรัฐสมาชิกอาเซียน ซึ่งมีสาระสำคัญ โดยอาจอาศัยแนวทางปฏิบัติจากในแผนงานระยะที่ 2 เพื่อความร่วมมือของอาเซียนในการควบคุมมลพิษจากหมอกควันข้ามพรมแดนพร้อมวิธีการดำเนินงานอันเป็นแผนงานฉบับปัจจุบัน ให้รัฐสมาชิกอาเซียนตกลงกัน

(1) งดเว้นการกระทำที่จะนำไปสู่การเผาพื้นที่การเกษตร การเพิ่มพื้นที่ที่เกิดไฟ และพื้นที่ที่เกิดมลพิษจากหมอกควัน

(2) กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

(3) กำหนดมาตรการความรับผิดชอบ เช่น มาตรการทางแพ่ง มาตรการทางอาญาแก่ผู้กระทำผิด

- ให้รัฐสมาชิกอาเซียนทุกรัฐ ไม่รวมรัฐสมาชิกที่มีกฎหมายภายในและมาตรการดังกล่าวแล้ว นำหลักการตามข้อตกลง AATHP ไปตราเป็นกฎหมายภายในของรัฐ โดยกำหนดให้เป็นกฎหมายเฉพาะว่าด้วยมลพิษจากหมอกควัน และกำหนดมาตรการทางแพ่งและมาตรการทางอาญาอย่างหนักสำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดมลพิษจากหมอกควัน

รายการอ้างอิง

- กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, *สถานการณ์และผลการดำเนินงานด้านการแพทย์และสาธารณสุข กรณีหมอกควันและฝุ่นขนาดเล็ก* (บริษัท มินนี่ กรู๊ป จำกัด 2564)
- คุณวุฒิ บุญฤกษ์, ‘หมอกควัน (1) PM 2.5 ในภาคเหนือมาจากไหน?’, (29 พฤศจิกายน 2566) <<https://prachatai.com/journal/2020/12/90931>>
- จุมพต สายสุนทร, ‘การตีความสนธิสัญญา’ ใน พิรุณา ตั้งศรัทีย (บรรณาธิการ) *การใช้การตีความกฎหมาย* (กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ตั้งศรัทีย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) .
- ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, ‘หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในบริบทอาเซียน: เปรียบเทียบกับกฎบัตรสหประชาชาติ’ (2567) 13 วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
- ณัฐกร วิทิตานนท์, ‘หมอกควัน (2) PM 2.5 ในภาคเหนือบอกอะไรเรา?’ (29 พฤศจิกายน 2566) <<https://prachatai.com/journal/2021/02/91524>>
- ดามร คำไตรย์ อารีรัตน์ โกสิทธิ์ และชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, ‘ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมกรณีมลภาวะทางอากาศ ศึกษาในเขตพื้นที่อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย’ (2556) 4 Assumption University Law Journal 135.
- นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์, *กฎหมายและหลักการพื้นฐานว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565).
- ประเสริฐ สุขเมธวานิชย์, ‘การสัมผัสฝุ่นละออง PM 2.5 กับอาการกำเริบของผู้ป่วยโรคปอดอุดกั้นเรื้อรังในโรงพยาบาลเกาะคา จังหวัดลำปาง’ (2566) วารสารวิชาการสุขภาพภาคเหนือ .
- วิจารย์ สิมายา, ‘มลพิษจากหมอกควันในพื้นที่ภาคเหนือ: ปัญหาและแนวทาง’ (1 พฤษภาคม 2564) <<https://www.pcd.go.th/airandsound/>>.
- อรุณรัตน์ ศรีทะวงษ์ และคณะ, ‘ผลของหมอกควันต่อความแข็งแรงของกล้ามเนื้อหายใจและความเสี่ยงการเกิดโรคปอดอุดกั้นเรื้อรังในคนสุขภาพดี’ (2562) เชียงใหม่เวชสาร.
- Ananda Teresia, ‘Indonesia Defends Haze-fighting Effort After Malaysia Urges Action’ (29 November 2023) <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/indonesia-says-forest-fires-have-declined-no-transboundary-haze-malaysia-2023-10-06/>>
- Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press 2007).
- ASEAN Committee on Disaster Management, ‘ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response (AADMER) Work Programme 2021-2025’ (29 November 2022) <<https://asean.org/book/asean-agreement-on-disaster-management-and-emergency-response-aadmer-work-programme-2021-2025/>>.

- Asian Management Consulting, 'ASEAN Peatland Management Strategy 2023-2030' (29 November 2023) <<https://asean.org/wp-content/uploads/2024/04/APMS-2-Apr-Web.pdf>>.
- ¹ Aseanty Levi, 'The All-women Crew Fighting Indonesia's Peatland Fires' (30 March 2021) <<https://www.bbc.com/future/article/20240214-the-power-of-mama-fight-forest-fires-in-borneo>>.
- Association of Southeast Asian, 'Action ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution' (29 April 2025) <<https://hazeportal.asean.org/action/asean-agreement-on-transboundary-haze-pollution/>>.
- Association of Southeast Asian Nations, 'Haze' (1 May 2022) <<https://asean.org/our-communities/asean-socio-cultural-community/haze-2/>>.
- ¹Bedanta Roy and Nicholas Goh, 'A Review on Smoke Haze in Southeast Asia: Deadly Impact on Health and Economy' (2019) Quest International Journal of Medical and Health Sciences.
- Daniel Heilmann, 'After Indonesia's Ratification: The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution and Its Effectiveness as a Regional Environmental Governance Tool' (2015) 34 Journal of Current Southeast Asian Affairs
- David Ganz, 'Framing Fires: A Country-by-country Analysis of Forest and Land Fires in the ASEAN Nations' (29 November 2023) <https://www.iucn.org/sites/default/files/import/downloads/ff_framing_fires.pdf>.
- Declaration on the Zone of Peace, Freedom and Neutrality 1971.
- Eric Cothay, **The ASEAN Doctrine of Non-Interference in Light of the Fundamental Principle of Non-Intervention**, Asian-Pacific Law & Policy Journal, Volume 17 (2016).
- International Law Commission, 'Conclusion of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law 2006' (29 April 2025) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf>.
- International Law Commission, Draft conclusion on identification of customary international law, with commentaries (2018) UN Doc A/73/10
- Jan Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (3rd edn, Cambridge University Press 2015).

- Laotian Times, 'Thailand Closes National Park as Fire Spreads from Laos' (1 May 2024)
<<https://laotiantimes.com/2023/03/29/thailand-closes-national-park-as-fire-spreads-from-laos/>>.
- Malcolm N. Shaw, *International Law* (6th edn, Cambridge University Press 2008).
- Philip Kunig, 'Intervention, Prohibition of' (29 November 2023)
<https://spacelaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/p_spacelaw/Kunig_Intervention_Prohibition_of.pdf>.
- Robert Kolb, *The Law of Treaties an Introduction* (Edward Elgar Publishing 2016)
- The ASEAN Secretariat, 'Roadmap on ASEAN Cooperation Towards Transboundary Haze Pollution Control with Means of Implementation' (29 November 2022)
<<https://asean.org/wp-content/uploads/2021/08/Roadmap-on-ASEAN-Cooperation-towards-Transboundary-Haze-17-Feb-21.pdf>>.
- The ASEAN Secretariat, 'The Second Roadmap for ASEAN Cooperation on Transboundary Haze Pollution Control with Means of Implementation' (1 January 2025)
<<https://asean.org/wp-content/uploads/2024/09/The-Second-Haze-Free-Roadmap-2023-2030.pdf>>.
- Walter Woon, *The ASEAN Charter: a commentary* (NUS Press 2015).
- World Wildlife Fund Australia, 'Causes of Global Warming' (29 November 2023)
<<https://wwf.org.au/what-we-do/climate/causes-of-global-warming/>>.

บทความวิจัย (Research Article)

ข้อพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายรองรับสิทธิการตาย
อย่างมีศักดิ์ศรีของประเทศไทยกับพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน
ระหว่างประเทศและแนวทางของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป*

Considerations on the Compatibility of Thailand's Legislation on the Right to
Die with Dignity with Obligations under International Human Rights Law and
European Court of Human Rights Jurisprudence

สุณิชา ธีร์โรจน์วิทย์**

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

อีเมล: sunichaya.d@rumail.ru.ac.th

Sunichaya Dhirarotwit

Lecturer

Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

2086 Ramkhamhaeng Road, Hua Mak, Bang Kapi District, Bangkok 10241, Thailand, 10240

Email: sunichaya.d@rumail.ru.ac.th

วันที่รับบทความ 24 เมษายน 2568; วันที่แก้ไขบทความ 10 มิถุนายน 2568; วันที่ตอบรับบทความ 17 มิถุนายน 2568

* บทความวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; Master of Law in Human Rights, University of Reading, สหราชอาณาจักร; ปัจจุบันเป็นนักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันสิทธิปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้าย (The Right to Refuse Treatment) เป็นสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีเพียงรูปแบบเดียวที่ประเทศไทยได้ให้การยอมรับตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ประเทศไทยจึงยังไม่มีกฎหมายรองรับการรณรงค์เชิงรุก (Voluntary Active Euthanasia) และการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ (Physician-Assisted Suicide) ส่งผลให้เกิดข้อพิจารณาทางกฎหมายถึงความสอดคล้องของกฎหมายรับรองสิทธิการตายของประเทศไทยและพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวทางคุ้มครองสิทธิการตายของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปที่เป็นศาลระหว่างประเทศเพียงแห่งเดียวที่ได้ตัดสินในประเด็นสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรี

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ตลอดจนอนุสัญญาเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 แม้จะไม่ปรากฏบทบัญญัติรับรองสิทธิที่จะตาย (The Right to Die) ในกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว แต่จากแนวทางการเสนอแนะและการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ประจำกติการะหว่างประเทศว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ปรากฏถึงความสอดคล้องกันในการรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรี โดยไม่ได้ห้ามการที่รัฐภาคีอนุญาตให้มีการรณรงค์และการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือ ตราบที่รัฐมีมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนและเหมาะสมเพียงพอที่ทำให้แน่ใจว่าสามารถป้องกันสถานการณ์ที่ไม่สุจริตที่อาจจะแทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อป้องกันการละเมิดและการเคารพต่อสิทธิในชีวิต

ดังนั้น เมื่อนำความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติประจำกติการะหว่างประเทศว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ตลอดจนแนวทางการตีความของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปมาพิจารณาถึงความสอดคล้องในการรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามกฎหมายของประเทศไทย ไม่ว่าจะกฎหมายไทยจะให้การรับรองเฉพาะการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายหรือหากต่อไปประเทศไทยจะให้การรับรองการรณรงค์เชิงรุก และการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ด้วยก็ตาม ก็ไม่ถือว่าประเทศไทยละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายตลอดจนองค์การกำกับดูแลที่ชัดเจนและเป็นระบบเพื่อคุ้มครองผู้ป่วยให้ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องชัดเจนเพื่อการตัดสินใจเป็นไปโดยอิสระและตามมาตรการกฎหมายอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: สิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรี; ความสอดคล้องของกฎหมาย; ประเทศไทย; สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ; ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

Abstract

Currently, the right to refuse treatment at the end of life is the only form of right to die with dignity that Thailand recognizes, according to Section 12 of the National Health Act B.E. 2550 (2007). Thailand has not enacted legislation permitting voluntary active euthanasia and physician-assisted suicide. This raises legal considerations regarding the compatibility of Thailand's right to die legislation with obligations under international human rights law, as well as the European Court of Human Rights' approach to protecting the right to die, which is the sole international human rights tribunal that has ruled on the right to die with dignity.

When examining the provisions of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, although there is no explicit provision recognizing "the right to die" in these international legal instruments, the recommendations and interpretations from the UN Human Rights Committee for the Covenant and the European Court of Human Rights reveal consistency in recognizing the right to die with dignity. They do not prohibit State Parties from permitting euthanasia and assisted suicide, provided that the state has clear and adequate legal measures to ensure protection against situations of bad faith that might interfere with the exercise of these end-of-life rights, in order to prevent violations of and respect for the right to life.

Therefore, when considering the opinions of the Human Rights Committee and the interpretative approach of the European Court of Human Rights regarding the compatibility of Thailand's legal recognition of the right to die with dignity, whether Thai law only recognizes the refusal of treatment for terminally ill patients or if Thailand were to recognize active euthanasia and physician-assisted suicide in the future, if Thailand establishes clear and systematic legal measures and regulatory bodies to protect patients' rights to receive accurate and clear information, ensuring that patients' decisions are made independently and truly in accordance with legal measures, Thailand would not be considered in violation of its obligations under international law.

Keywords: Right to Die with Dignity; The Compatibility of Legislation; Thailand; International Human Rights; European Court of Human Rights

1. บทนำ

การเรียกร้องในการรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรี เป็นข้อถกเถียงสำคัญในสังคมไทยในรอบทศวรรษที่ผ่านมา ซึ่งในปัจจุบันข้อเรียกร้องดังกล่าวได้ข้อยุติในระดับหนึ่ง เมื่อมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550²⁶¹ รับรองให้บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย ซึ่งถือได้ว่าประเทศไทยได้ให้การยอมรับสิทธิในการปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้าย หรือการุณยฆาตเชิงรับแบบสมัครใจ (Voluntary Passive Euthanasia) ด้วยเหตุนี้ ในปัจจุบันประเทศไทยจึงยังไม่มีกฎหมายรองรับสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีในกรณีการุณยฆาตเชิงรุก (Voluntary Active Euthanasia) และการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ (Physician-Assisted Suicide) ส่งผลให้เกิดข้อพิจารณาทางกฎหมายถึงความสอดคล้องของกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีของประเทศไทย และพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966: ICCPR) ซึ่งรับรองการเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์^{262 263} รับรองสิทธิในชีวิต^{264 265} รวมถึงรับรองสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการ ถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว^{266 267}

²⁶¹ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 บัญญัติว่า

“บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้ การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดชอบ”

²⁶² Universal Declaration of Human Rights, Article 1

“All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.”

²⁶³ International covenant on civil and political rights, Article 10 (1)

“All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.”

²⁶⁴ Universal Declaration of Human Rights, Article 3.

“Everyone has the right to life, liberty and security of person.”

²⁶⁵ International covenant on civil and political rights, Article 6 (1)

“Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.”

²⁶⁶ Universal Declaration of Human Rights, Article 12

“No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

²⁶⁷ International covenant on civil and political rights, Article 17

ดังนั้น จึงน่าพิจารณาว่า กฎหมายรับรองสิทธิการตายของประเทศไทยในปัจจุบันสอดคล้องกับพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ ด้วยปรากฏว่าบางประเทศซึ่งเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศทั้งสองฉบับได้ให้การรับรองการรณรงค์และการฆ่าตัวตาย โดยการช่วยเหลือการทางการแพทย์ ในขณะที่บางประเทศไม่ให้การรับรองการช่วยเหลือการตายทางการแพทย์ดังกล่าว บทความนี้ ในส่วนแรกกล่าวถึงข้อพิจารณาทางกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights, 1948: UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ส่วนที่สองกล่าวถึงข้อพิจารณาการรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามแนวทางศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ตลอดจนของประเทศไทยในลำดับถัดมา สุดท้ายจะได้วิเคราะห์ ความสอดคล้องของกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีของประเทศไทยและพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศตลอดจนแนวทางของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

2. ข้อพิจารณาทางกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

2.1 ข้อพิจารณาทางกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights, 1948: UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ปฏิญญา”) ได้รับการลงมติรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและถูกประกาศใช้เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลก แม้เริ่มแรกเป็นเพียงการประกาศเจตนารมณ์ร่วมกัน โดยไม่มีผูกพันทางกฎหมายกับประเทศสมาชิกสหประชาชาติ หากเป็นเพียงแนวทางให้รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติใช้ในแนวทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในประเทศของตน²⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ในภายหลังหลักการและสิทธิบางประการในปฏิญญาได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศต่าง ๆ ต้องถือปฏิบัติ²⁶⁹ และมีผลผูกพันรัฐต่าง ๆ เป็นการทั่วไป เนื่องจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศถือเป็นบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่สุุดประการหนึ่ง อันส่งผลให้ประเทศไทยต้องเคารพและปฏิบัติตามปฏิญญา ฉบับนี้

ในการพิจารณาบทบัญญัติทั้งหมดของปฏิญญา พบว่า ในปฏิญญา ไม่ปรากฏบทบัญญัติกล่าวถึงสิทธิที่จะตาย (The Right to Die) ไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ปฏิญญา ได้รับรองถึงสิทธิในด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ไว้หลายประการ กล่าวคือ ปฏิญญา รับรองว่า

“No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation”

²⁶⁸ Australian Human Rights Commission, ‘What is the Universal Declaration of Human Rights?’ (16 April 2025) <<https://humanrights.gov.au/our-work/commission-general/projects/what-universal-declaration-human-rights>> .

²⁶⁹ จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2559) 310-312.

มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระ มีศักดิ์ศรี และสิทธิที่เสมอภาคกัน อันเป็นการยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์²⁷⁰ นอกจากนี้ยังให้การรับรองสิทธิในชีวิต²⁷¹ สิทธิที่จะไม่ถูกระทำการทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี รวมถึงสิทธิได้รับความคุ้มครองในความเป็นส่วนตัว ตลอดจนรับรองสิทธิของมนุษย์ที่จะมีมาตรฐาน การดำรงชีพอย่างเหมาะสมในด้านสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีทั้งของตัวเองและสมาชิกครอบครัว รวมทั้งการดูแลทางการแพทย์และการบริการสังคมที่จำเป็น²⁷²

แม้กระนั้นก็ตาม บทบัญญัติของปฏิญญาฯ มีลักษณะเป็นเพียงการกำหนดหลักการ ในการให้ความคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนให้แก่ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ จึงไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียด หรือการอธิบายความคุ้มครองต่อสิทธิต่าง ๆ ที่ปฏิญญาฯ รับรองไว้ อย่างไรก็ตามปฏิญญาฯ ได้วางหลักการในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและถือเป็นพื้นฐานสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชนภายใต้องค์การสหประชาชาติทุกฉบับในภายหลัง ทั้งนี้ รายละเอียดการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ในปฏิญญาฯ ได้ถูกขยายความในกฎหมาย สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้องค์การสหประชาชาติ กล่าวคือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ในเวลาต่อมา

ดังนั้น เมื่อปฏิญญาฯ ไม่ได้กำหนดขอบเขตและการตีความศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในชีวิต รวมถึงสิทธิที่ในความเป็นส่วนตัวอันเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ไว้ จึงต้องพิจารณาขอบเขตและแนวทางการตีความสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งมีต้นแบบมาจากปฏิญญาฯ และได้รับการจัดทำขึ้นเพื่อรองรับสิทธิต่าง ๆ ในปฏิญญาฯ ภายหลังต่อมา

2.2 ข้อพิจารณาทางกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กติกาฯ”) ได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ และมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มี

²⁷⁰ Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) states that all people are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.”

²⁷¹ Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) states that “Everyone has the right to life, liberty and security of person.”

²⁷² “Article 25 Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control. Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection.”

ผลผูกพันทางกฎหมายต่อประเทศที่เป็นภาคี โดยประเทศไทยได้เป็นภาคีแห่งกติกาฯ โดยการภาคยานุวัติ (Accession) จึงมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกติกาฯ

ในลักษณะเดียวกับปฏิญญาฯ ในการพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติทั้งหมดแห่งกติกาฯ ไม่ปรากฏบทบัญญัติระบุถึงสิทธิที่จะตาย (The Right to Die) ไว้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee, UN) (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “คณะกรรมการฯ”) ซึ่งมีหน้าที่ติดตามการนำกติกาฯ ไปปรับใช้ในประเทศภาคีแห่งกติกาฯ²⁷³ ได้ให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 6 แห่งกติกาฯ ซึ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิในการดำรงชีวิตหรือสิทธิในชีวิต (Right to Life) ไว้ โดยมีสาระสำคัญกล่าวคือ สิทธิในการมีชีวิตนี้เป็นสิทธิสูงสุดตามพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามอันไม่อาจเลี่ยงได้ แม้แต่ในสถานการณ์ที่มีการขัดกันด้วยอาวุธและเหตุฉุกเฉินสาธารณะอื่น ๆ ที่คุกคามชาติ สิทธิในการมีชีวิตมีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งต่อบุคคลและสังคมโดยรวม นอกจากนี้ สิทธิในการมีชีวิตเป็นสิทธิที่ไม่ควรตีความอย่างแคบ เนื่องจากเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่จะเป็นอิสระจากการกระทำและการละเว้นจากการกระทำที่มีเจตนาหรืออาจ คาดว่าจะก่อให้เกิดการเสียชีวิตอย่างผิดธรรมชาติหรือก่อนวัยอันควร โดยกติกาฯ มาตรา 6 วรรคหนึ่ง กำหนดให้บุคคลใดจะถูกไล่ออนชีวิตโดยพลการไม่ได้ สิทธินี้จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยการวางรากฐานสำหรับพันธกรณีของรัฐบาลในการเคารพและประกันสิทธิในการมีชีวิต เพื่อให้เกิดผลผ่านมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ในการเยียวยาและการชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพแก่เหยื่อทุกรายจากการละเมิดสิทธิในการมีชีวิต

ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ ได้ให้ข้อคิดเห็นอื่นเกี่ยวข้องกับสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีไว้ว่า “ในขณะที่ยอมรับความสำคัญที่เป็นหลักการต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการเป็นผู้กำหนดตนเอง รัฐต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมโดยไม่ละเมิดพันธกรณีอื่น ๆ ในกติกาฯ เพื่อป้องกันการฆ่าตัวตาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมู่บุคคลในสถานการณ์ที่เปราะบางเป็นพิเศษ รวมถึงบุคคลที่ถูกไล่ออนเสรีภาพด้วย รัฐบาลที่อนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ให้การรักษายาบาลหรือวิธีการทางการแพทย์เพื่ออำนวยความสะดวกในการยุติชีวิตของผู้ใหญ่ที่ทุกข์ทรมาน เช่น ผู้ป่วยระยะสุดท้ายซึ่งประสบความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจอย่างรุนแรง และประสงค์จะตายอย่างสมศักดิ์ศรี จะต้องประกันการดำรงอยู่ของมาตรการป้องกันทางกฎหมายและสถาบันที่เข้มงวด เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ได้ปฏิบัติตามในการแจ้ง การให้ข้อมูลที่ชัดเจน และไม่คลุมเครือ เพื่อการตัดสินใจของผู้ป่วยอย่างอิสระ โดยมีจุดประสงค์ที่จะปกป้องผู้ป่วยจากแรงกดดันและการถูกละเมิด”

นอกจากนี้คณะกรรมการฯ ได้มีข้อสังเกตในปี ค.ศ. 2001 ต่อรายงานการดำเนินงานของประเทศเนเธอร์แลนด์เกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายการุณยฆาตและการฆ่าตัวตาย โดยการช่วยเหลือที่จัดทำขึ้นตาม

²⁷³ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ, ‘ความเห็นทั่วไปหมายเลข 36 เกี่ยวกับมาตรา 6 สิทธิในการดำรงชีวิต 3 กันยายน 2009’ (18 เมษายน 2568) <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%252fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1L5979O VGGB%252bWPAXhNI9e0rX3CJlmWwe%252fGBLmVrGmT01On6KBQgqmxPNlJrLLdefuuQjjN19BgOr%252fS93rKPWbCbgoJ4dRgDoh%252fXgwn>> .

พันธกรณีในมาตรา 40 แห่งกติกาฯ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีต้องเสนอรายงานต่อเลขาธิการสหประชาชาติเกี่ยวกับมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐได้ดำเนินการเพื่อให้สิทธิที่รับรองไว้ในกติกามีผลในทางปฏิบัติ โดยคณะกรรมการฯ ได้แสดงการรับรู้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวของประเทศเนเธอร์แลนด์มิได้มีเจตนารมณ์ทำให้การุณยฆาตและการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หากแต่มุ่งหมายจะผ่อนคลายมาตรการคุ้มครองทางกฎหมาย กรณีการกระทำโดยเจตนาที่ทำให้บุคคลถึงแก่ความตาย โดยคณะกรรมการฯ ได้เน้นย้ำถึงความสำคัญในการตีความและบังคับใช้กติกาฯ ด้วยความรอบคอบอย่างที่สุด เพื่อให้มั่นใจว่ารัฐภาคีได้ดำเนินการมาตรการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 6 แห่งกติกาฯ

แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับข้างต้นจะได้นำเสนอเงื่อนไขในการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาแก่แพทย์ผู้กระทำการุณยฆาตและการช่วยเหลือการฆ่าตัวตาย โดยกำหนดให้การกระทำดังกล่าวต้องเป็นไปตามองค์ประกอบที่สำคัญ อันได้แก่ การร้องขอโดยสมัครใจ การพิจารณาอย่างรอบคอบภายใต้สถานการณ์ที่ผู้ป่วยประสบความทุกข์ทรมานอย่างไม่อาจทนได้ ไม่มีโอกาสที่จะดีขึ้น และไม่มีทางเลือกอื่นที่สมเหตุสมผล อย่างไรก็ตาม กติกาฯ ได้แสดงความห่วงกังวลว่ากลไกการควบคุมที่กำหนดไว้อาจไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการควบคุมหรือป้องกันสถานการณ์ที่มีการกดดันเกินสมควร ซึ่งอาจนำไปสู่การหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้²⁷⁴

จากข้อคิดเห็นของคณะกรรมการฯ ข้างต้น จึงกล่าวได้ว่า คณะกรรมการฯ เห็นว่ากฎหมายที่อนุญาตให้มีการการุณยฆาตโดยสมัครใจไม่จำเป็นต้องไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองชีวิตประชาชน ทั้งนี้ ในประเด็นดังกล่าว ผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนชาวออสเตรเลีย Manfred Nowak ได้กล่าวสรุปไว้ในหนังสือข้อคิดเห็นเกี่ยวกับกติกาฯ ว่าหากมีกฎหมายจำกัดความรับผิดชอบทางอาญา หลังจากได้ชี้แจงน้ำหนักสิทธิที่ได้รับผลกระทบและดำเนินการด้วย ความระมัดระวังอย่างเพียงพอต่อการข่มเหงหรือการปฏิบัติไม่ดีซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ โดยหน้าที่ของรัฐแล้วจะต้องแน่ใจว่าการปกป้องคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชาชนจะต้องไม่ไปขัดกับการแสดงออกของความปรารถนาของคนที่ได้รับผลกระทบ²⁷⁵

ดังนั้น หากพิจารณาจากแนวทางของคณะกรรมการฯ ในการตีความสิทธิในชีวิต จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการฯ ให้การยอมรับต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการกำหนดตนเองโดยได้รับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีของผู้ป่วยในทางหลักการเพียงกว้าง ๆ ว่าหากรัฐภาคีอนุญาตให้แพทย์ให้ความช่วยเหลือ

²⁷⁴ United Nations, 'International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee Seventy-second Session, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant Concluding Observations of the Human Rights Committee Netherlands, CCPR/CO/72/NET' (15 April 2025) <<https://digitallibrary.un.org/record/455302?ln=en&v=pdf>> .

²⁷⁵ Australian Human Rights Commission, 'Euthanasia, Human Rights and the Law Issues Paper' (9 April 2025) <<https://humanrights.gov.au/our-work/age-discrimination/publications/euthanasia-human-rights-and-law>> ; Also refer to Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2 ed, N.P. Engel 2005) 155.

ผู้ป่วยระยะสุดท้ายซึ่งประสบความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจอย่างรุนแรงตามความประสงค์ที่จะตายอย่างมีศักดิ์ศรี รัฐจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายตลอดจนองค์การในการกำกับดูแลที่ชัดเจนและเป็นระบบเพื่อคุ้มครองผู้ป่วยให้ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและชัดเจนจากแพทย์เพื่อให้การตัดสินใจของผู้ป่วยเป็นไปโดยอิสระและเป็นไปตามมาตรการตามกฎหมายอย่างแท้จริง ทั้งนี้ โดยที่ไม่ได้เสนอแนะต่อรัฐภาคีในการห้ามหรือให้การรับรองการการุณยฆาตและการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์โดยตรงแต่อย่างใด

3. ข้อพิจารณาทางกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามแนวทางศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

ความเห็นของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ศาลฯ”) ซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยตาม “อนุสัญญาเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950: ECHR)” (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญาฯ”) เป็นความเห็นที่น่านำศึกษาด้วยว่า ศาลฯ มีแนวคิดและแนวทางการตีความสิทธิการตายอย่างศักดิ์ศรีในการณยฆาตและการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์อย่างไร และแนวคิดของศาลฯ สอดคล้องกับคณะกรรมการฯ หรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันศาลแห่งนี้เป็นศาลที่ได้รับการยอมรับว่ามีมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับที่สูงที่สุดและเป็นศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพียงแห่งเดียว²⁷⁶ ที่ตัดสินในประเด็นเกี่ยวกับการใช้สิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรี ในการพิจารณาความเห็นของศาลฯ ในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการตายอย่างมีศักดิ์ศรี ปรากฏหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกันในคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอันสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็นสองกรณี ดังต่อไปนี้

3.1 กรณีที่ประเทศผู้กร้องให้การยอมรับการรณษาดและการฆ่าตัวตายการโดยช่วยเหลือ

(คดี Gross v. Switzerland, Haas v. Switzerland และ Mortier v Belgium) โดยอาจสรุปสาระสำคัญของแต่ละคดีได้ ดังนี้

คดีระหว่าง Gross v. Switzerland²⁷⁷ (คำร้องเลขที่ 67810/10, 14 May 2013)

คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยสรุปคือ ผู้ร้องเป็นหญิงชาวสวิสสูงอายุ มีปัญหาเรื่องสุขภาพ ต้องการยุติชีวิต ได้พยายามฆ่าตัวตายหลายครั้งแต่ไม่สำเร็จ ในที่สุดจึงตัดสินใจจบชีวิตโดยการใช้อาโซเดียมเพนโทบาร์บิทอล ซึ่งต้องสั่งยาโดยบุคลากรทางการแพทย์ แต่ได้รับการปฏิเสธไม่ออกใบสั่งยาศาลา มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 14 May 2013 ด้วยคะแนนเสียง 4 ต่อ 3 ว่า การปฏิเสธไม่ออกใบสั่งยาให้ผู้ร้องเพื่อใช้ในการจบชีวิต เป็นการละเมิดสิทธิในการตัดสินใจว่าจะตายเมื่อใดและอย่างไร อันเป็นสิทธิที่รวมอยู่ในสิทธิเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวและครอบครัว ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 8 ของอนุสัญญาฯ ศาลาฯ พิจารณาว่า แม้กฎหมายของสวิตเซอร์แลนด์จะเปิดโอกาส

²⁷⁶ Rebecca Reingold and Leticia Mora, ‘An International Human Right to Die With Dignity?’ (15 April 2025) <<https://oneill.law.georgetown.edu/an-international-human-right-to-die-with-dignity/>> .

²⁷⁷ The European Court of Human Rights, 'In the case of Gross v. Switzerland' (15 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-119703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-119703%22]})> .

ให้สามารถได้รับยาโซเดียมเพนโทบาร์บิทอล ในปริมาณที่ถึงตายตามใบสั่งยาของแพทย์ได้ แต่กฎหมายก็ไม่ได้
ให้แนวทางที่ชัดเจนเพียงพอว่าในสถานการณ์ใดแพทย์จึงจะสามารถออกใบสั่งยาดังกล่าวได้ ความไม่แน่นอนนี้
ทำให้ผู้ร้องได้รับความทุกข์ทรมาน อันเป็นการละเมิดสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัวตามอนุสัญญาฯ

ศาลฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า หน่วยงานในประเทศสวีตเซอร์แลนด์มีหน้าที่ต้องกำหนดแนวทางให้ชัดเจนว่าในสถานการณ์ใด บุคคลที่ไม่ได้ป่วยระยะสุดท้ายจะสามารถเข้าถึงยาในปริมาณที่ถึงแก่ชีวิตเพื่อใช้ในการยุติชีวิตตนได้ การไม่มีแนวทางทางกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องนี้จึงเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ร้องในการเคารพชีวิตส่วนตัวภายใต้มาตรา 8 ของอนุสัญญาฯ กรณีการปฏิเสธจัดหายาเพื่อช่วยเหลือการฆ่าตัวตายของผู้ป่วยที่มีปัญหาเรื่องสุขภาพ²⁷⁸

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ในคดีนี้ศาลได้วางหลักกฎหมายสำคัญ กล่าวคือ ศาลยอมรับสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจเกี่ยวกับการตายของตนเอง ว่าเป็นสิทธิที่รวมอยู่ในสิทธิเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัว ดังนั้น การที่รัฐไม่มีแนวทางทางกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องการปฏิเสธจัดหาความช่วยเหลือการฆ่าตัวตายของผู้ป่วยอาจถือเป็นการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัว ตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฯ

คดีระหว่าง Haas v. Switzerland²⁷⁹ (คำร้องเลขที่ 31322/07, January 2011)

คดีนี้นายฮาส ผู้ร้อง เป็นชายชาวสวิสที่ป่วยด้วยโรคมารasmusสองชั่วอย่างรุนแรงมานานกว่า 20 ปี ทำให้เขาไม่สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรี จึงประสงค์ที่จะจบชีวิตด้วยการฆ่าตัวตาย เขาพยายามขอให้จิตแพทย์สั่งยาโซเดียมเพนโทบาร์บิทอล ที่เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตให้แก่เขาแต่ไม่สำเร็จ จึงขออนุญาตจากหน่วยงานราชการให้เขาสามารถรับยาดังกล่าวได้โดยไม่ต้องมีใบสั่งยา แต่ก็ถูกปฏิเสธ นายฮาสจึงยื่นคำร้องต่อศาลฯ กล่าวอ้างว่าเขาต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของรัฐในการมีใบสั่งยาตามการประเมินทางจิตเวชอย่างละเอียดเสียก่อน จึงจะได้รับยาอันตรายเพื่อใช้ฆ่าตัวตายได้ทำให้เขาไม่ได้รับการเคารพสิทธิในการจบชีวิตอย่างปลอดภัยและมีศักดิ์ศรีในสวิตเซอร์แลนด์

ศาลฯ พิจารณาแล้วมีความเห็นว่า เงื่อนไขการต้องมีใบสั่งยาซึ่งออกโดยอาศัย การประเมินทางจิตเวช อย่างละเอียดถี่ถ้วนในการรับยาไซเดียมเพนโทบาร์บิทอลตามกฎหมายสวัสดิ์เซอร์แลนด์นั้น มีเป้าหมายที่ชอบ

²⁷⁸ คดีดังกล่าวได้ถูกนำเสนอต่อองค์คณะใหญ่แห่งศาลภายหลังจากที่รัฐบาลสวิตไอร์แลนด์ยื่นคำร้องขอให้มีการพิจารณา
ทบทวน เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาขององค์คณะใหญ่ ศาลได้มีคำวินิจฉัยด้วยเสียงข้างมากว่าไม่สามารถรับคำร้องดังกล่าวไว้
พิจารณาได้ โดยองค์คณะใหญ่ได้เห็นว่าผู้ร้องมีเจตนาที่จะปิดบังข้อมูลเกี่ยวกับการเสียชีวิตของเธอ ทั้งต่อทนายความผู้แทน
และต่อศาลเอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้ศาลยุติการพิจารณาคดี การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิยื่น
คำร้องโดยมิชอบ

ผลทางกฎหมายที่ตามมาจากคำวินิจฉัยขององค์กรขนาดใหญ่นี้มีความสำคัญอย่างยิ่ง กล่าวคือ ข้อค้นพบทั้งหมดที่ปรากฏในคำพิพากษาขององค์กรเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2013 ซึ่งก่อนหน้านี้ยังไม่มีสถานะเป็นที่สุดหรือไม่มีผลเด็ดขาดในทางกฎหมาย ได้สิ้นสุดลงทั้งในทางกฎหมายโดยสมบูรณ์ คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงไม่สามารถนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานหรืออ้างอิงในทางกฎหมายได้อีกต่อไป

²⁷⁹ The European Court of Human Rights, ‘In the case of Haas v. Switzerland’ (15 April 2025) <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102940%22%5D%7D>> .

ด้วยกฎหมาย คือเพื่อปกป้องมิให้ผู้คนตัดสินใจอย่างเร่งรีบและป้องกันการนำไปใช้ในทางที่ผิด อีกทั้งมีเพื่อให้มั่นใจว่าการตัดสินใจฆ่าตัวตายนั้นเป็นไปตาม ความประสงค์ที่แท้จริง ข้อกำหนดให้ต้องมีใบสั่งยาจึงเป็นวิธีการที่จะทำให้รัฐบรรลุปณิธาน ในการจัดให้มีกระบวนการที่สามารถรับประกันว่าการตัดสินใจของบุคคลที่จะยุติชีวิตของตน สะท้อนถึงเจตจำนงเสรีของเขาอย่างแท้จริง ศาลฯ ยังเห็นว่าแม้บุคคลมีสิทธิตัดสินใจเรื่องการตายของตนเอง แต่รัฐก็ไม่มีหน้าที่ที่ต้องอำนวยความสะดวกให้ฆ่าตัวตายได้โดยไม่ต้องมีใบสั่งยา และนายฮาสก็พิสูจน์ไม่ได้ว่าไม่สามารถเข้าถึงการประเมินทางจิตเวชที่อาจทำให้เขาได้รับยาในที่สุดได้

ศาลาฯ ยังวินิจฉัยว่าไม่มีการละเมิดสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัว ตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฯ โดยเห็นว่า แม้จะสันนิษฐานว่ารัฐมีพันธกรณีเชิงบวกที่จะต้องดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกในการฆ่าตัวตายอย่างมีศักดิ์ศรี เจ้าหน้าที่สวิสก็ไม่ได้ละเมิดพันธกรณีดังกล่าวในกรณีนี้ ศาลาฯ สังเกตโดยเฉพาะอย่างยิ่งว่า รัฐสมาชิกแห่งสภายุโรปยังไม่มีฉันทามติเกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเลือกวิธีการและเวลาที่จะยุติชีวิตของตน แม้ว่าการช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายจะไม่ใช่ความผิดทางอาญาในรัฐสมาชิกบางรัฐ แต่รัฐส่วนใหญ่ให้น้ำหนักกับการคุ้มครองชีวิตของ ปัจเจกบุคคลมากกว่าสิทธิในการยุติชีวิต ศาลาฯ สรุปว่ารัฐมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในเรื่องดังกล่าว จึงวินิจฉัยเป็นเอกฉันท์ว่าการที่สวิสเซอร์แลนด์ไม่ยินยอมให้นายฮาสได้รับยาอันตรายถึงตายโดยไม่ต้องมีใบสั่งยา ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในการเคารพชีวิตส่วนตัวของนายฮาสตามอนุสัญญาฯ

ดังนั้น จึงสรุปสาระสำคัญในคดีนี้ได้ว่า ศาลฯ ยอมรับสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจเกี่ยวกับการตายของตนเอง ว่าเป็นสิทธิที่รวมอยู่ในสิทธิเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัว อย่างไรก็ดี ศาลฯ เห็นว่าการที่รัฐกำหนดเงื่อนไขว่าต้องมีใบสั่งยาเพื่อการฆ่าตัวตายนั้นเป็นการป้องกันการตัดสินใจอย่างเร่งรีบและการใช้ยาในทางที่ผิด การไม่อนุญาตให้ผู้ป่วยฆ่าตัวตาย หากไม่มีใบสั่งยาจากแพทย์ จึงไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน เงื่อนไขทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฆ่าตัวตายโดยช่วยเหลือดังกล่าว จึงต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นการป้องกันการใช้อย่างไม่เหมาะสม

คดี Mortier v. Belgium²⁸⁰ (คำร้องเลขที่ 78017/17, 4 October 2022)

คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยสรุปคือ มารดาของผู้ร้องได้รับการวินิจฉัยว่าป่วยด้วยโรคซึมเศร้าเรื้อรังมาประมาณสี่สิบปี ต่อมาเธอได้รับการอนุญาต โดยไม่มีการแจ้งให้ผู้ร้องทราบ เนื่องจากเป็นความประสงค์ของมารดา แม้จะได้รับคำแนะนำจากแพทย์หลายครั้งก็ตาม ผู้ร้องกล่าวอ้างว่ารัฐละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองชีวิตของมารดาผู้ร้อง เนื่องจากการอนุญาตไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการตามกฎหมาย ผู้ร้องยังร้องเรียนถึงการขาดการสอบสวนที่ละเอียดและมีประสิทธิภาพ ศาลเห็นว่าคดีนี้ไม่ใช่ประเด็นการมีสิทธิการอนุญาตหรือไม่ หากแต่เป็นการกระทำการอนุญาตในกรณีนี้ได้ดำเนินการสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ หรือไม่

²⁸⁰ The European Court of Human Rights, ‘In the case of Mortier v. Belgium’ (15 April 2025) <

คดีนี้ถือเป็นคดีแรกที่ศาลา ได้พิจารณาความสอดคล้องของอนุสัญญาฯ กับการรณยฆาต ศาลา จึงเห็นว่าจำเป็นต้องชี้แจงลักษณะและขอบเขตของพันธกรณีของรัฐในบริบทนี้ภายใต้สิทธิในชีวิต ตามมาตรา 2 ก่อนที่จะพิจารณาว่าพันธกรณีเหล่านั้นได้รับการปฏิบัติตามในคดีนี้หรือไม่ รวมถึงการรณยฆาตอาจดำเนินการได้ในบางสถานการณ์โดยไม่ขัดต่อสิทธิในชีวิตหรือไม่ ตลอดจนประเด็นว่าการรณยฆาตที่ดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติของรัฐ ซึ่งได้รับอนุญาตตามคำร้องขอของมารดาของผู้ร้อง เป็นไปตามมาตรา 2 หรือไม่ โดยศาลได้พิจารณาในสามประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก ความสอดคล้องของอนุสัญญาฯ กับการรณยฆาต ศาลตีความสิทธิในชีวิต ตามมาตรา 2²⁸¹ โดยในการพิจารณาการละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 2 ศาลา ได้คำนึงถึงสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัว ตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฯ และแนวคิดเรื่องความเป็นอิสระส่วนบุคคล ศาลา เห็นว่าสิทธิของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจว่าจะยุติชีวิตของตนเองอย่างไรและเมื่อใดเป็นแง่มุมหนึ่งของสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัว การทำให้การรณยฆาตไม่เป็นความผิดทางอาญามีเจตนาที่จะให้ปัจเจกบุคคลมีทางเลือกอย่างเสรีที่จะหลีกเลี่ยงสิ่งที่ในมุมมองของเขาเป็นการสิ้นสุดชีวิตที่ไร้ศักดิ์ศรีและทุกข์ทรมาน ศาลา เห็นว่าแม้จะไม่สามารถอนุมานสิทธิที่จะตายจากมาตรา 2 ได้ แต่สิทธิในชีวิตในบทบัญญัตินี้ก็อาจตีความว่าห้ามการทำให้การรณยฆาตไม่เป็นความผิดทางอาญาโดยตัวของมันเอง ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 2 การทำให้การรณยฆาตไม่เป็นความผิดทางอาญาต้องมาพร้อมกับการคุ้มครองที่เหมาะสมและเพียงพอเพื่อป้องกันการใช้ในทางที่ผิด และด้วยเหตุนี้จึงรับประกันการเคารพสิทธิในชีวิต

ประเด็นที่สอง การกระทำการรณยฆาตในคดีนี้ที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดมาตรา 2 ศาลา ได้คำนึงถึงปัจจัยต่อไปนี้ในการตรวจสอบว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีเชิงบวกในการคุ้มครองสิทธิในชีวิต กล่าวคือ

(1) รัฐมีกรอบทางกฎหมายและแนวปฏิบัติสำหรับกระบวนการก่อนการรณยฆาตซึ่งเป็นไปตามข้อกำหนดของมาตรา 2 หรือไม่

กรอบทางกฎหมายที่กำกับกระบวนการก่อนการรณยฆาตต้องรับประกันว่าการตัดสินใจของผู้ป่วยที่จะร้องขอการยุติชีวิตเช่นนั้นเป็นไปโดยอิสระและด้วยความรู้อย่างเต็มที่ การทำให้การรณยฆาตไม่เป็นความผิดทางอาญาขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ถูกกำกับอย่างเข้มงวดโดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายเบลเยียม กำหนดให้แพทย์จะสามารถดำเนินการรณยฆาตได้เฉพาะเมื่อผู้ป่วยหรือผู้เยาว์ที่บรรลุนิติภาวะมีสติสัมปชัญญะในขณะที่ร้องขอ หากคำร้องขอนั้นเกิดจากเจตจำนงเสรีของตนอย่างรอบคอบและต่อเนื่อง และต้องไม่เป็นผลมาจากแรงกดดันภายนอก อีกทั้งอนุญาตเฉพาะเมื่อผู้ป่วย อยู่ในสถานการณ์ทางการแพทย์ที่สิ้นหวังและประสบกับความทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจที่ต่อเนื่องและทนไม่ได้ซึ่งไม่สามารถบรรเทาได้ และเป็นผลมาจากความเจ็บป่วยร้ายแรงและรักษาไม่หายที่เกิดจากอุบัติเหตุหรือพยาธิสภาพ

²⁸¹ Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR) protects the right to life, and states that “Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law...”

นอกจากนี้ กฎหมายได้กำหนดให้แพทย์หลักยังต้องปรึกษาแพทย์คนที่สอง ซึ่งต้องพอใจด้วยว่าความทุกข์ทรมานนั้นต่อเนื่องและทนไม่ได้และไม่สามารถบรรเทาได้ และคำร้องขอเกิดจากเจตจำนงเสรีของผู้ป่วยอย่างรอบคอบและต่อเนื่อง แพทย์คนที่สองต้องมีความเป็นอิสระทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ป่วยและแพทย์หลัก และต้องมีความสามารถเกี่ยวกับพยาธิสภาพที่เกี่ยวข้อง ท้ายที่สุด กฎหมายของการรณุญาตได้ผ่านการทบทวนหลายครั้งโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงทั้งก่อนการประกาศใช้โดยสภาแห่งรัฐ และภายหลังโดยศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลจึงเห็นว่ากรอบทางกฎหมายที่กำกับกระบวนการก่อนการรณุญาตยังคงอยู่ภายในขอบเขตที่มาตรา 2 กำหนดไว้ กฎหมายสำหรับกระบวนการก่อนการรณุญาตของประเทศเบลเยียม จึงไม่ละเมิดมาตรา 2 แห่งอนุสัญญา

(2) กรอบทางกฎหมายดังกล่าวได้รับการปฏิบัติตามในคดีนี้หรือไม่

การกระทำการรณุญาตได้ดำเนินการต่อมารดาของผู้ร้องประมาณสองเดือนหลังจาก คำร้องขอการรณุญาตอย่างเป็นทางการของเธอและแพทย์ได้ตรวจสอบจนแน่ใจว่าคำร้องขอเกิดจากเจตจำนงเสรีอย่างต่อเนื่องและรอบคอบของเธอ โดยปราศจากแรงกดดันภายนอก ในสถานการณ์ทางการแพทย์ที่สิ้นหวังและว่าเธอกำลังประสบกับความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่ต่อเนื่องและทนไม่ได้ซึ่ง ไม่สามารถบรรเทาได้อีกต่อไปและเกิดจากความเจ็บป่วยที่ร้ายแรงและรักษาไม่หาย ข้อสรุปดังกล่าวได้รับการยืนยันในภายหลังจากการพิจารณาโดยตุลาการ ซึ่งได้ตัดสินว่าการรณุญาตได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในทางเนื้อหาและกระบวนการที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการรณุญาตซึ่งได้ดำเนินการต่อมารดาของผู้ร้องตามกรอบกฎหมายที่กำหนดไว้ จึงไม่ได้ละเมิดต่อข้อกำหนดของมาตรา 2

(3) กระบวนการทบทวนภายหลังการรณุญาตได้ให้หลักประกันตามที่มาตรา 2 กำหนดหรือไม่

ในประเด็นนี้ ศาลวินิจฉัยว่ามีการละเมิดมาตรา 2 แห่งอนุสัญญา ที่เกี่ยวกับกระบวนการทบทวนภายหลังการรณุญาต โดยพบว่ารัฐไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในทางบวกของกระบวนการ อันเนื่องมาจากการขาดความเป็นอิสระของคณะกรรมการเพื่อการทบทวนและประเมินการรณุญาต และระยะเวลาของการสอบสวนในคดีอาญา มิได้เป็นไปตามข้อกำหนดเรื่องความรวดเร็วภายใต้มาตรา 2 นอกจากนี้ศาลได้วินิจฉัยถึงดุลพินิจของรัฐเกี่ยวกับการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย โดยเห็นว่ายังไม่มีฉันทามติของรัฐบาลแห่งอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจว่าจะยุติชีวิตของตนเองอย่างไรและเมื่อใด โดยเฉพาะกรณีการรณุญาต ดังนั้น รัฐจึงมีดุลพินิจเกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดชีวิตและวิธีการที่ต้องสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในชีวิตของผู้ป่วยกับสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัวและความเป็นอิสระส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม ดุลพินิจนี้ไม่ไร้ขอบเขต และศาลฯ ยังคงสงวนอำนาจในการทบทวนการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้มาตรา 2 ของรัฐบาล

ในประเด็นสุดท้าย ว่ารัฐผู้ถูกร้องมิได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในทางบวกในการประกันสิทธิในการเคารพต่อชีวิตส่วนตัวและครอบครัวแก่ผู้ร้องตามมาตรา 8 จากการที่มารดาผู้ร้องได้เสียชีวิตจากการรณุญาตหรือไม่ ศาลฯ เห็นว่า ผู้ร้องได้ร้องเรียนถึงการละเมิดมาตรา 8 โดยโต้แย้งว่าการรณุญาตของมารดาขัดต่อมาตรา 2 ในประเด็นเกี่ยวกับกรอบทางกฎหมายของกระบวนการก่อนการรณุญาตและเงื่อนไขในการกระทำการในคดีนี้ ซึ่งศาลฯ ได้วินิจฉัยแล้วว่าไม่มีการละเมิดมาตรา 2 ด้วยเหตุนี้ สิทธิในการเคารพต่อชีวิตส่วนตัวและครอบครัวของ

ผู้ร้องจึงมิได้ถูกละเมิดเพียงเพราะเหตุที่มารดาได้รับการรณุญาต ดังนั้น จึงไม่มีการละเมิดสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัวตามมาตรา 8

แนวคำพิพากษาของศาลา สำหรับประเทศที่รับรองการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือและการรณุญาต ในคดี Mortier v Belgium และ Haas v. Switzerland สะท้อนให้เห็นถึงหลักการสำคัญทางสิทธิมนุษยชนหลายประการ ดังนี้

ประการแรก ศาลได้ยอมรับสถานะของสิทธิการตายในฐานะส่วนหนึ่งของสิทธิใน ความเป็นส่วนตัว และชีวิตครอบครัวตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฯ กับหลักการกำหนดตนเอง การยอมรับดังกล่าวจึงอาจถือว่าเป็นการรับรองสถานะของสิทธิการตายในฐานะสิทธิมนุษยชนโดยปริยายผ่านการตีความโดยการขยายความสิทธิในความเป็นส่วนตัวให้ครอบคลุมถึงการตัดสินใจเกี่ยวกับการยุติชีวิตตนเอง อย่างไรก็ตาม ศาลา เห็นว่า สิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิเด็ดขาด หากแต่เป็นสิทธิที่อาจถูกจำกัดได้ (Derogable Right) ภายใต้เงื่อนไขที่ชอบธรรมและได้สัดส่วนโดยรัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขที่เคร่งครัดในการใช้สิทธิ เช่น เพื่อป้องกันการใช้สิทธิโดยมิชอบ

ประการที่สอง ศาลา รับรองสิทธิการตายว่าไม่ขัดต่อพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 แต่ต้องกำหนดเงื่อนไขที่เคร่งครัดและมีกระบวนการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการใช้สิทธิโดยมิชอบ ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีองค์กรตรวจสอบที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางที่เหมาะสมในการใช้สิทธิ

ประการที่สาม การที่ศาลยอมรับสถานะของสิทธิการตายในฐานะสิทธิมนุษยชนก่อให้เกิดพันธกรณีในทางบวก (Positive Obligation) แก่รัฐและนำมาซึ่งข้อเรียกร้องให้รัฐต้องจัดให้มีหลักประกันเชิงกระบวนการ (Procedural Safeguards) ในการจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าว รวมถึงการจัดให้มีกลไกและองค์กรตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพที่เป็นอิสระเพื่อป้องกันการใช้สิทธิโดยมิชอบ ทั้งนี้ รัฐจำเป็นต้องสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิในชีวิตกับสิทธิในความเป็นส่วนตัว และระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ

ประการสุดท้าย ศาลายอมรับว่ารัฐมีขอบเขตแห่งดุลพินิจ (Margin of Appreciation) ในการกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขของการรับรองสิทธิการตายให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของตน อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจดังกล่าวยังคงต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลา

ทั้งนี้ หลักการเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงการที่ศาลา พยายามสร้างกรอบการคุ้มครองสิทธิการตายที่มีความสมดุลระหว่างการเคารพเจตจำนงของปัจเจกบุคคลและการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยคำนึงถึงประเด็นทางกฎหมาย จริยธรรม และบริบทสังคมที่เกี่ยวข้อง

3.2 กรณีที่ประเทศผู้ถูกร้องไม่ให้การยอมรับการรื้อถอนและการฆ่าตัวตายโดยช่วยเหลือ (คดี Pretty v. United Kingdom และ Daniel Karsai v. Hungary) ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญของคดีได้ ดังนี้

คดี Pretty v. United Kingdom²⁸² (คำร้องเลขที่ 2346/02, 29 April 2002)

คดีนี้ ผู้ร้อง ชื่อ Pretty เป็นหญิงวัย 43 ปี ซึ่งป่วยเป็นโรคจิตปกติทางระบบประสาทรุนแรงที่ไม่สามารถรักษาหายได้ โดยมีอาการแขนขาอ่อนแรงขั้นรุนแรง มีความผิดปกติของกล้ามเนื้อซึ่งรวมไปถึงการควบคุมลมหายใจ มีอาการอัมพาตตั้งแต่คอลงมาโดยต้องให้อาหารทางสายยาง ซึ่งท้ายที่สุดจะนำไปสู่การเสียชีวิต อย่างไรก็ดี ผู้ร้องยังคงมีสติปัญญาและความสามารถในการตัดสินใจอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ผู้ร้องหวังว่าจะสามารถเลือกได้ว่าจะตายอย่างไร และผู้ร้องไม่สามารถฆ่าตัวตายเองได้โดยปราศจากการช่วยเหลือของบุคคลอื่น จึงต้องการให้สามีช่วยเหลือเธอในการฆ่าตัวตาย แม้ว่าการฆ่าตัวตายจะไม่ใช่วิถีทางตามกฎหมายอังกฤษ แต่การช่วยเหลือให้ผู้อื่นฆ่าตัวตายกลับเป็นความผิดทางอาญา ทนายความของผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดขอให้ไม่ฟ้องคดีกับสามีเธอหากเขาช่วยเหลือเธอในการฆ่าตัวตาย แต่ศาลสูง (House of Lords) ปฏิเสธคำร้อง ผู้ร้องจึงยื่นฟ้องต่อศาลฯ ว่าการที่สหราชอาณาจักรไม่อนุญาตให้สามีผู้ร้องช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายโดยไม่ถูกดำเนินคดีนั้นละเมิดอนุสัญญาฯ หรือไม่ โดยพิจารณาในแง่สิทธิในชีวิต ตามมาตรา 2 (Right to Life) สิทธิในการได้รับการเคารพชีวิตส่วนตัว (Right to Private Life A8-1) และสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (Degrading Treatment or Inhuman Treatment) ตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาฯ

ในประเด็นเรื่องสิทธิในชีวิต ศาลฯ ได้ตีความมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาฯ ว่า ข้อบัญญัตินี้ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองชีวิต บทบัญญัติมาตรา 2 ไม่ได้รวมไปถึงสิทธิการตายหรือสิทธิในการกำหนดชะตาชีวิตตนเอง (Self-Determination) ยิ่งไปกว่านั้นสหราชอาณาจักรยอมรับว่าปฏิบัติตามพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 ดังนั้น การที่อังกฤษไม่อนุญาตให้ช่วยเหลือการฆ่าตัวตายจึงไม่ขัดต่อสิทธิในชีวิต ในมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาฯ

สำหรับในประเด็นสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรม ตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาฯ ศาลฯ เห็นว่ารัฐไม่มีหน้าที่ตามอนุสัญญาฯ ที่จะต้องทำให้การุณยฆาตชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมาตรา 3 ต้องตีความให้สอดคล้องกับมาตรา 2 ดังนั้น ผู้ร้องไม่อาจอ้างว่าการไม่ได้รับบริการทางการแพทย์ที่เพียงพอจากรัฐในเรื่องนี้เท่ากับเป็นการปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรม ตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาฯ

ในประเด็นสิทธิความเป็นส่วนตัว ศาลฯ เห็นว่าการบังคับรักษาโดยไม่ได้รับความยินยอมอาจเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 8 ได้ เนื่องจากแก่นแท้ของสิทธิตามอนุสัญญาฯ คือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเสรีภาพของมนุษย์ ซึ่งการกระทำของสหราชอาณาจักรในกรณีนี้เป็นการแทรกแซงสิทธิความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 8 อย่างไรก็ดี ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาคือการกระทำนั้นจำเป็น (Necessity) หรือไม่ ศาลฯ พิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของผู้ร้องกับผลเสียที่จะเกิด

²⁸² The European Court of Human Rights, 'In the case of Pretty v. United Kingdom' (14 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-5380%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-5380%22]})> .

หากไม่ดำเนินคดีกับสามีที่ช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย และ เห็นว่ากฎหมายห้ามช่วยเหลือการฆ่าตัวตายของอังกฤษไม่ได้ละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ร้อง และควรให้ดุลพินิจแก่ของสหราชอาณาจักรในการเลือกมาตรการที่เหมาะสมในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษานี้ไม่ได้มีเสียงเอกฉันท์ แต่เสียงส่วนใหญ่เห็นว่ากฎหมายห้ามช่วยเหลือการฆ่าตัวตายของอังกฤษไม่ขัดต่ออนุสัญญาฯ

ดังนั้น ในคดีนี้ศาลฯ ได้วางหลักกฎหมายสำคัญว่าการที่กฎหมายของรัฐห้ามการช่วยเหลือฆ่าตัวตายไม่ขัดต่อสิทธิในชีวิต ตามมาตรา 2 สิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมตามมาตรา 3 และ (หากเป็นไปตามหลักจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนแล้ว) แล้ว ย่อมไม่ขัดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว ตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฯ โดยในคดีนี้ ศาลวางหลักกฎหมายสำคัญหลายประการ กล่าวคือ

(1) การตีความสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 ว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองชีวิต สิทธิในชีวิตจึงไม่ได้รวมถึงสิทธิการตายหรือสิทธิในการกำหนดชะตาชีวิตตนเอง (Self-Determination)

ทั้งนี้ ศาลถือว่าสิทธิชีวิตตามมาตรา 2 “...ไม่สามารถตีความได้ว่าเป็นการมอบสิทธิในการดำรงชีวิตโดยปราศจากการบิดเบือนภาษา ในสิทธิที่ตรงกันข้ามกล่าวคือสิทธิที่จะตาย”²⁸³ สิทธิในการมีชีวิตจึงไม่สามารถตีความได้ว่าเป็น “สิทธิในการยุติชีวิตด้วย” ดังนั้น สิทธิในการตายอย่างมีศักดิ์ศรีจึงไม่ได้รับการยอมรับภายใต้คดีนี้

(2) สิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาฯ ต้องตีความให้สอดคล้องสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 ดังนั้น รัฐไม่มีหน้าที่จะต้องทำให้การรณฆตชอบด้วยกฎหมาย

(3) ศาลฯ เห็นว่าการบังคับรักษาโดยไม่ได้รับความยินยอมอาจเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฯ ได้ ดังนั้น รัฐจึงต้องใช้ความหลักจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในการเลือกมาตรการที่เหมาะสมเพื่อไม่ให้ละเมิดสิทธิส่วนตัว

²⁸³ การตีความสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 ในคดี *Pretty v. United Kingdom* สะท้อนมุมมองทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองแต่เพียงการมีชีวิตอยู่ โดยไม่ได้พิจารณาถึงมิติด้านคุณภาพชีวิตอย่างเพียงพอ วิธีการตีความเช่นนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการหลายท่านว่าเป็นการปกป้องชีวิตในความหมายอย่างเคร่งครัด (protect life with virtually) ซึ่งแทบไม่คำนึงถึงองค์ประกอบด้านคุณภาพของชีวิต (quality of the life) ที่เป็นเป้าหมายของการคุ้มครอง โปรดดู Brunilda Bara & Gentian Vyshka, ‘A Right to Die: A Comparing Discourse of Case Laws in United States of America, European Court of Human Rights, United Kingdom and Albania’ (2014) 5 JAHR - European Journal of Bioethics 135. การให้เหตุผลของศาลในคดีดังกล่าวมีลักษณะที่จำกัดอยู่เฉพาะมุมมองทางกฎหมาย โดยให้ความสำคัญกับตัวบทกฎหมายและระบบการตีความตามหลักนิติวิธี แต่ละเลยการพิจารณาถึงพลวัตและวิวัฒนาการของแนวคิดเรื่องสิทธิในชีวิตที่เปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม โปรดดู Daniel Rietiker, ‘From Prevention to Facilitation? Suicide in the Jurisprudence of the ECtHR in the Light of the Recent Haas v Switzerland Judgment’ (2012) 25 Harvard Human Rights Journal 118.

นอกจากนี้ แนวคิดที่อยู่เบื้องหลังจุดยืนของศาลฯ ในคดี *Pretty* ยังมีความเชื่อมโยงกับอิทธิพลของศาสนาที่มีต่อพัฒนาการของหลักสิทธิมนุษยชนมาโดยตลอด อิทธิพลดังกล่าวส่งผลให้การตีความ “สิทธิในการมีชีวิต” (right to life) มีแนวโน้มที่จะเชื่อมโยงเข้ากับแนวคิดเรื่อง “ความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิต” (sanctity of life) ซึ่งเป็นหลักการที่มีรากฐานมาจากความเชื่อทางศาสนา โปรดดู Ben Livings, ‘A Right to Assist? Assisted Dying and the Interim Policy’ (2010) 74 The Journal of Criminal Law 45. คำวินิจฉัยของศาลฯ ในคดีนี้จึงไม่ได้ให้ความสำคัญกับพัฒนาการในการตีความสิทธิในชีวิตให้สอดคล้องคุณค่าของชีวิตที่เปลี่ยนแปลงไปจากอดีต การตีความที่เคร่งครัดเช่นนี้จึงอาจถูกโต้แย้งในบริบทสังคมในปัจจุบัน

คดี Daniel Kasai v. Hungary²⁸⁴ (คำร้องเลขที่ 32312/23 ,13 June 2024)

คดีนี้เกี่ยวข้องกับปัญหาของสิทธิการตายโดยการตัดสินใจด้วยตนเองของผู้ร้องซึ่งป่วยเป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรงจากระบบประสาทสั่งการชนิดหนึ่งที่ไม่มีทางรักษาให้หาย ผู้ร้องต้องการที่จะสามารถตัดสินใจที่จะตายเมื่อใดและอย่างไรได้ก่อนที่จะถึงระยะที่ทนไม่ได้ ผู้ร้องจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือในการตาย แต่ผู้ช่วยเหลืออาจถูกดำเนินคดี ผู้ร้องจึงร้องเรียนว่าไม่สามารถยุติชีวิตด้วยความช่วยเหลือของผู้อื่นและถูกเลือกปฏิบัติเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ป่วยระยะสุดท้ายที่ได้รับ การรักษาที่ยืดชีวิตซึ่งสามารถขอให้ยุติการรักษาของตนได้

ศาลา วินิจฉัยว่าฮังการีไม่ละเมิดมาตรา 8 (สิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัว) และไม่ละเมิดมาตรา 14 (การห้ามการเลือกปฏิบัติ) ประกอบกับมาตรา 8 ศาลา ตั้งข้อสังเกตว่ามีผลกระทบทางสังคมที่อาจเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางและความเสี่ยงต่อความผิดพลาดและการใช้ในทางที่ผิดที่เกี่ยวกับการจัดให้มีการช่วยเหลือการตายโดยแพทย์ นอกจากนี้แม้จะมีแนวโน้มที่เพิ่มขึ้นในการทำให้ถูกกฎหมายของการช่วยเหลือการตาย รัฐสมาชิกส่วนใหญ่ของสภายุโรปยังคงห้ามทั้งการรณรงค์และการฆ่าตัวตายโดยช่วยเหลือในทางการแพทย์ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในเรื่องนี้ และศาลา พบว่าเจ้าหน้าที่ฮังการีไม่ได้ล้มเหลวในการสร้างความสมดุลที่เป็นธรรม

อย่างไรก็ดี ศาลา ได้เสนอแนะว่าอนุสัญญาฯ ต้องได้รับการตีความและปรับใช้ให้เหมาะสมกับปัจจุบัน ความจำเป็นในการมีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมจึงควรได้รับการทบทวนอย่างต่อเนื่อง โดยคำนึงถึงพัฒนาการในสังคมยุโรปและในมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยจริยธรรมทางการแพทย์ ศาลา ยังเห็นว่าจากพยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญในคดีนี้ การใช้การระงับความรู้สึกแบบประคับประคองสามารถบรรเทาอาการและช่วยให้ตายอย่างสงบได้ในสถานการณ์ของผู้ร้อง และผู้ร้องไม่ได้กล่าวอ้างว่าไม่ได้รับการดูแลดังกล่าว

ในประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ผู้ร้องไม่สามารถยุติชีวิตด้วยความช่วยเหลือของผู้อื่นและจึงเป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ป่วยระยะสุดท้ายที่ได้รับการรักษาที่ยืดชีวิตซึ่งสามารถขอให้ยุติการรักษาของตนได้นั้น ศาลา เห็นว่าการปฏิเสธหรือการถอนการรักษาในสถานการณ์การสิ้นสุดชีวิตมีความเชื่อมโยงโดยธรรมชาติกับสิทธิในความยินยอมที่เป็นอิสระ และความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว มากกว่าที่จะเป็นสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือให้ตาย ศาลา เห็นว่าความแตกต่างในการปฏิบัติระหว่างสองประเภทนี้มีการรับรองอย่างมีวัตถุประสงค์และสมเหตุสมผล และวินิจฉัยว่าข้อห้ามในการช่วยเหลือฆ่าตัวตายของฮังการีไม่ละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวของผู้ร้อง ตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฯ

ดังนั้น คำพิพากษาคดี Daniel Kasai v. Hungary ได้วางหลักเกณฑ์สำคัญ ดังนี้

(1) ศาลา ยอมรับว่าการเข้าถึงการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือโดยแพทย์ (physician-assisted dying) ของผู้ร้องเกี่ยวข้องกับแก่นสำคัญของสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัวตามมาตรา 8 โดยเป็นเรื่องที่

²⁸⁴ The European Court of Human Rights, 'In the case of Dániel Kasai v. Hungary' (14 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-234151%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-234151%22]}>) .

เกี่ยวกับการเคารพความเป็นอิสระทางร่างกายและจิตใจ อย่างไรก็ตาม การที่มาตรา 8 ค้ำครองสิทธิในชีวิตส่วนตัวไม่ได้หมายความว่ารัฐมีพันธกรณีเชิงบวกที่จะต้องจัดให้มีการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือโดยแพทย์

(2) ศาลฯ ยอมรับว่ารัฐมีขอบเขตแห่งดุลพินิจ (margin of appreciation) ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือโดยแพทย์ เนื่องจากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมและจริยธรรมที่ละเอียดอ่อน และยังไม่มีความเห็นพ้องระหว่างรัฐสมาชิกเกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจว่าจะยุติชีวิตของตนเมื่อใดและอย่างไร นอกจากนี้ยังเกี่ยวข้องกับนโยบายด้านสาธารณสุขซึ่งเจ้าหน้าที่ภายในอยู่ในฐานะที่ดีที่สุดที่จะประเมินลำดับความสำคัญและการใช้ทรัพยากร และการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ

(3) ศาลฯ พิจารณาว่าในการห้ามการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์โดยเด็ดขาด รัฐต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในการกำหนดชะตาชีวิตของตนเองของผู้ป่วย การคุ้มครองบุคคลที่เปราะบางจากการถูกกดดันให้ยุติชีวิต ผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในวิชาชีพแพทย์ และผลกระทบทางสังคมในวงกว้าง

(4) ความแตกต่างระหว่างการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ กับ การปฏิเสธการรักษา ศาลฯ เห็นว่าทั้งสองกรณีมีความแตกต่างในสาระสำคัญ กล่าวคือ การปฏิเสธการรักษาเชื่อมโยงกับสิทธิในการให้ความยินยอมทางการแพทย์ซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปแต่การฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์เกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีเจตนาให้เกิดความตายโดยตรงและต้องการกลไกคุ้มครองและการกำกับดูแลที่เข้มงวดกว่า

(5) ศาลฯ เห็นว่าแม้จะยอมรับการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ในปัจจุบัน แต่อนุสัญญาฯ ต้องได้รับการตีความในบริบทปัจจุบัน โดยรัฐควรทบทวนมาตรการทางกฎหมายอย่างต่อเนื่อง โดยต้องคำนึงถึงพัฒนาการของสังคมและมาตรฐานจริยธรรมทางการแพทย์ระหว่างประเทศ

(6) ศาลฯ วินิจฉัยว่าการที่กฎหมายอนุญาตให้ผู้ป่วยที่พึ่งพาการรักษาที่ยืดชีวิตสามารถปฏิเสธการรักษาได้ แต่ไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ต้องพึ่งพาการรักษาดังกล่าวเข้าถึงการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลและเป็นรูปธรรมในการปฏิบัติที่ต่างกัน

แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในคดี Pretty v. United Kingdom และ คดี Daniel Kasai v. Hungary วางหลักกฎหมายสำคัญ

ประการแรก ศาลได้วางหลักการพื้นฐานว่า การที่กฎหมายของรัฐห้ามการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตและความเป็นส่วนตัวของผู้ร้อง ในขณะเดียวกัน มาตรา 2 ว่าด้วยสิทธิในการมีชีวิตไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่ห้ามรัฐในการอนุญาตให้มีการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือ หากรัฐมีมาตรการคุ้มครองที่เหมาะสมและเพียงพอเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิชีวิตแล้ว

ประการที่สอง ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการห้ามการช่วยเหลือการตายโดยแพทย์ ศาลฯ ยอมรับว่าการเข้าถึงการช่วยเหลือการตายโดยแพทย์เกี่ยวข้องกับสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัว ตาม

มาตรา 8 ซึ่งสัมพันธ์กับอิสระในการกำหนดตนเองในทางร่างกายและจิตใจ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดพันธกรณีเชิงบวกแก่รัฐที่จะต้องจัดให้มีการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์

ประการที่สาม ศาลฯ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขอบเขตแห่งดุลพินิจของรัฐ (Margin of Appreciation) ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการช่วยเหลือการตายโดยแพทย์ โดยพิจารณาจากปัจจัยสำคัญสามประการ ได้แก่ ความละเอียดอ่อนของประเด็นทางศีลธรรมและจริยธรรม การขาดฉันทามติระหว่างรัฐสมาชิกของประเทศแห่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และนโยบายด้านสาธารณสุขของแต่ละรัฐซึ่งรัฐอยู่ในฐานะที่ดีที่สุดในการที่จะประเมิน

ประการสุดท้าย แม้ว่าศาลฯ จะยอมรับอำนาจของรัฐในการห้ามการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือของแพทย์ แต่รัฐจะต้องสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลกับอำนาจรัฐในการกำหนดนโยบายสาธารณะ โดยคำนึงถึงขอบเขตการใช้ดุลพินิจ ศาลฯ ให้ความสำคัญกับการทบทวนกฎหมายอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากอนุสัญญาฯ ต้องได้รับการตีความในบริบทปัจจุบัน โดยคำนึงถึงพัฒนาการของสังคมด้วย

จากการพิจารณาคดีต่าง ๆ ทั้งกรณีประเทศผู้ถูกร้องให้การยอมรับและไม่ให้การยอมรับการรณรงค์ และการฆ่าตัวตายโดยช่วยเหลือของศาลฯ จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกัน²⁸⁵ ในการคุ้มครองสิทธิการตาย ศาลฯ ยอมรับว่าการเข้าถึงการช่วยเหลือการตายโดยแพทย์ เกี่ยวข้องกับสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัว ตามมาตรา 8 และอิสระในการกำหนดตนเอง โดยเห็นว่าให้รัฐมีดุลพินิจในการกำหนดกฎหมายรวมถึงเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องในการใช้สิทธิการตายทั้งการรณรงค์ การฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือ และสิทธิปฏิเสธหรือยุติการรักษาในวาระสุดท้าย โดยรัฐต้องมีกฎหมายและขั้นตอนกระบวนการชัดเจน เพื่อปกป้องสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนต้องมีกระบวนการการตรวจสอบที่สามารถเข้าถึงได้เพื่อให้แน่ใจว่าการตัดสินใจใช้สิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนและกฎหมายภายในของรัฐ

²⁸⁵ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิในการตายอย่างมีศักดิ์ศรีและการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ของศาลฯ ในคดีข้างต้น ยังมีข้อขัดแย้งกันในบางประเด็น กล่าวคือ ในคดี *Pretty v. United Kingdom* ศาลฯ ตัดสินว่าการที่กฎหมายของรัฐห้ามการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ ไม่ละเมิดความเป็นส่วนตัว อาจขัดแย้งกับความเห็นของศาลในคดี *Haas v. Switzerland* และคดี *Mortier v. Belgium* ศาลฯ ได้ยอมรับว่าสิทธิการตายการตัดสินใจเกี่ยวกับการยุติชีวิตด้วยวิธีการรณรงค์เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวตามมาตรา 8 และยังให้การรับรองสิทธิการตายในฐานะการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง แต่ต้องกำหนดเงื่อนไขที่เคร่งครัดและมีกระบวนการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ โดยรัฐมีพันธกรณีในทางบวกที่จะต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

4. ข้อพิจารณาทางกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีตามกฎหมายไทย

ในปัจจุบัน มาตรา 12²⁸⁶ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ตลอดจนกฎกระทรวง²⁸⁷ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง²⁸⁸ เป็นบทบัญญัติหลักที่กำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการตายอย่างมีศักดิ์ศรีโดยความช่วยเหลือทางการแพทย์ โดยให้การรับรองสิทธิปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้ายผ่านการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขในสองกรณี ได้แก่ กรณีไม่ประสงค์จะรับบริการในการบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต กล่าวคือ กรณีที่อยู่ในภาวะใกล้ตาย ไม่ต้องการการรักษาใด ๆ ที่เกินจำเป็น (Futile Treatment) และการยืดชีวิตด้วยอุปกรณ์การแพทย์ รวมถึงการรักษาที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อคุณภาพชีวิตในระยะยาวแต่มีผลเพียงช่วยยืดชีวิตออกไป²⁸⁹ ในกรณีที่สอง การไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข หรือการรักษาพยาบาลที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อร่างกาย และการปฏิเสธการรักษาพยาบาลที่ทำให้เกิดความทุกข์ทรมานจากการเจ็บป่วยทั้งทางร่างกายและจิตใจอันเกิดจากการบาดเจ็บหรือโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายได้²⁹⁰ เช่น การผ่าตัดที่ไม่จำเป็น การใช้เคมีบำบัด²⁹¹ เป็นต้น

ศาลปกครองได้รับรองสิทธิของผู้ป่วยในการเลือกที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลเพื่อเสียชีวิตตามธรรมชาติว่าเป็นการที่ผู้ป่วยได้แสดงความประสงค์ที่จะใช้สิทธิในชีวิตร่างกายของตนเอง แพทย์ต้องเคารพและ

²⁸⁶ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดชอบ”

²⁸⁷ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553

²⁸⁸ โปรดดู ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่องแนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553 และ

ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง นิยามปฏิบัติการ (Operational definition) ของคำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) สำหรับประเทศไทย พ.ศ. 2563

²⁸⁹ โปรดดู เอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่องแนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553

²⁹⁰ ไพศาล ลิ้มสถิต, *ก่อนวันผลัดใบ หนังสือแสดงเจตนาการจากไปในวาระสุดท้าย, สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์ทีคิวพี 2555) 212.

²⁹¹ โปรดดู เอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่องแนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553

ปฏิบัติตามเจตนาของผู้ป่วย ซึ่งไม่ใช่การปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตโดยดเว้นไม่ให้การรักษานี้ เนื่องจากยังคงต้องให้การรักษาแบบประคับประคองเพื่อให้ผู้ป่วยจากไปตามธรรมชาติ รวมถึงเพื่อให้ผู้ป่วยต้องทุกข์ทรมานจากความเจ็บปวดและอาการของโรค²⁹² ในปัจจุบัน สำหรับประเทศไทยจึงปรากฏการรับรองทั้งทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลอย่างชัดเจนในการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย ซึ่งรวมถึงการดูแลประคับประคอง (Palliative care) และการลดระดับความรู้สึกตัว (Palliative sedation)²⁹³ แต่ไม่ได้ให้การรับรองการุณยฆาต (active euthanasia) และการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ (physician-assisted suicide)

5. บทวิเคราะห์ความสอดคล้องของกฎหมายรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีของประเทศไทยกับพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและแนวทางของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของปฏิญญาฯ กติกาฯ ตลอดจนอนุสัญญาฯ ซึ่งรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิในชีวิต สิทธิกำหนดเจตจำนงตนเอง ตลอดจนสิทธิส่วนตัว แม้กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวจะไม่ปรากฏบทบัญญัติรับรองสิทธิในการตาย แต่จากแนวทางการเสนอแนะ และการตีความของคณะกรรมการฯ และศาลฯ จะเห็นถึงความสอดคล้องกันในการรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรี โดยทั้งคณะกรรมการฯ และศาลฯ ไม่กำหนดห้ามรัฐต่าง ๆ ที่จะอนุญาตให้มีการุณยฆาตและการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือ ตราบใดที่รัฐมีกฎหมายและมาตรการที่ชัดเจนเหมาะสมเพียงพอที่ทำให้แน่ใจว่าสามารถป้องกันสถานการณ์ที่ไม่สุจริตที่อาจจะแทรกแซงข้อกำหนดต่าง ๆ เพื่อป้องกันการละเมิดและเคารพรักษาสิทธิในชีวิต

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายรับรองสิทธิการตายของประเทศไทยกับพันธกรณีตามปฏิญญาฯ และกติกาฯ ตลอดจนแนวทางของศาลฯ แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายไทยในปัจจุบันให้การรับรองเฉพาะการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย ซึ่งรวมถึง Palliative care หรือ Palliative sedation แต่ไม่ได้ให้การรับรองการุณยฆาต (Active Euthanasia) และการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ (Physician-Assisted Suicide) ไม่ถือว่าประเทศไทยละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ตราบใดที่ประเทศไทยยังคุ้มครองสิทธิในชีวิต สิทธิส่วนตัว และสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องตามที่ระบุไว้ในกติกาฯ ยิ่งไปกว่านั้น หากในอนาคตประเทศไทยได้ตรากฎหมายรับรองการุณยฆาตและหรือการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ เพื่อขยายการรับรองการใช้สิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีในทั้งสองรูปแบบ ก็ไม่ถือเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ²⁹⁴ ตราบใดที่ประเทศไทยมีมาตรการคุ้มครอง

²⁹² โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองที่ พ.11/2558

²⁹³ ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง นิยามปฏิบัติการ (Operational definition) ของคำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) สำหรับประเทศไทย พ.ศ. 2563

²⁹⁴ ปรากฏข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า จากประเทศสมาชิกสหประชาชาติทั้งหมด 193 ประเทศ ประเทศที่ได้เข้าเป็นภาคีแห่งกติกาฯ ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง 173 ประเทศ แต่มีเพียง 9 ประเทศเท่านั้นที่ให้การรับรองการุณยฆาตเชิงรุก (active euthanasia) ในขณะที่มีอีกเพียงสิบกว่าประเทศที่อนุญาตให้มีการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือ ทั้งนี้ ส่วนใหญ่ของประเทศภาคีแห่งกติกาฯ เลือกที่จะยอมรับเฉพาะการุณยฆาตเชิงรับ (passive euthanasia) อันได้แก่ การยอมรับสิทธิในการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย และการดูแลแบบประคับประคอง (palliative care) หรือการระงับความรู้สึกแบบประคับประคอง (palliative sedation) เท่านั้น

สิทธิในชีวิตควมคู่ไปกับการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการกำหนดตนเอง รวมทั้งมีมาตรการทางกฎหมายตลอดจนองค์กรในการกำกับดูแลที่ชัดเจนและเป็นระบบเพื่อคุ้มครองผู้ป่วยให้ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องชัดเจนจากแพทย์ เพื่อให้การตัดสินใจของผู้ป่วยเป็นไปโดยอิสระและเป็นไปตามมาตรการตามกฎหมายอย่างแท้จริง

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความสอดคล้องของกฎหมายภายในกับพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในการรับรองสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีของประเทศภาคีแห่งปฏิญญาฯ และกติกาฯ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับรูปแบบการช่วยเหลือการตายอย่างมีศักดิ์ศรีที่กฎหมายของประเทศภาคีแห่งตราสารทั้งสองฉบับได้ให้การรับรอง หากแต่อยู่ที่มาตรการทางกฎหมาย กลไก องค์กรในการกำกับดูแลที่ชัดเจนเข้มงวดและเหมาะสมเพียงพอในการคุ้มครองการตัดสินใจของผู้ป่วยให้เป็นไปอย่างอิสระจากจากแรงกดดันและการถูกละเมิด โดยผู้ป่วยต้องได้ข้อมูลที่ชัดเจนครบถ้วนจากแพทย์ เพื่อให้การตัดสินใจของผู้ป่วยเป็นไปตามมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ป่วยและป้องกันการใช้สิทธิโดยมิชอบ

สำหรับประเทศไทย หากพิจารณาสถานการณ์ในปัจจุบันของประเทศไทย ปรากฏปัจจัยความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในสังคมไทยหลายประการ²⁹⁵ ซึ่งอาจเป็นแรงผลักดันความต้องการของสังคมไทยในการเรียกร้องการช่วยเหลือการตายอย่างมีศักดิ์ศรีในรูปแบบอื่นเพิ่มเติมจากการปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้ายด้วยเหตุนี้ จึงมีความเป็นไปได้ในอนาคตที่ประเทศไทยจะให้การยอมรับ สิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีในลักษณะอื่น ๆ ทั้งการรณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) และหรือการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ (Physician-Assisted Suicide) ทั้งนี้ เนื่องจากการกำหนดหลักเกณฑ์การยุติชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีในทั้งสองลักษณะเป็นเรื่องละเอียดอ่อนในทางศีลธรรม สังคมและศาสนา ตลอดจนเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพสำคัญของ

²⁹⁵ งานวิจัยของนพพล วิทย์วรพงศ์ เรื่อง "การตัดสินใจในระยะท้ายของชีวิตกับสังคมไทย: บทเรียนจากประสบการณ์ของต่างประเทศ" ได้ชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยในหลายด้านซึ่งน่าจะส่งผลต่อการยอมรับสิทธิการตายอย่างมีศักดิ์ศรีในรูปแบบการทำการรณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) และหรือการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ (Physician-Assisted Suicide) ในอนาคตอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ กล่าวคือ การเพิ่มขึ้นของอัตราการป่วยและเสียชีวิตจากโรคไม่ติดต่อเรื้อรัง (NCDs) ซึ่งเป็นสาเหตุของการเสียชีวิตมากกว่าครึ่งหนึ่งของการเสียชีวิตทั้งหมด ทำให้คนไทยจำนวนมากต้องเผชิญความทุกข์ทรมานในระยะท้ายของชีวิต ประการที่สองคือการเปลี่ยนแปลงทางประชากรศาสตร์สู่การเป็นสังคมสูงวัยระดับสมบูรณ์ ซึ่งอาจนำไปสู่วิกฤตการขาดแคลนทรัพยากรบุคคลในการดูแลผู้สูงอายุที่ไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ ประการที่สามเกี่ยวกับการกระจายค่าใช้จ่ายในการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้ายที่เพิ่มสูงขึ้น และประการสุดท้ายคือพัฒนาการของทัศนคติและแนวคิดของสังคมไทยที่ให้ความสำคัญกับสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเองมากขึ้น สะท้อนผ่านการยอมรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ กฎหมายสมรสเท่าเทียม และการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง โดยกฎหมายเหล่านี้เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเองตามหลักการสิทธิมนุษยชน แต่ขัดกับความเชื่อทางศาสนา คล้ายคลึงกับการถกเถียงในการรับรองรูปแบบการใช้สิทธิในการตายอย่างมีศักดิ์ศรีในรูปแบบการทำการรณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) และหรือการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือทางการแพทย์ (physician-assisted suicide)

โปรดดู นพพล วิทย์วรพงศ์, การตัดสินใจในระยะท้ายของชีวิตกับสังคมไทย: บทเรียนจากประสบการณ์ของต่างประเทศ (สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ 2563) 8.

ประชาชน และกระทบต่อประโยชน์ของรัฐ จึงอาจกระทำโดยการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเฉพาะเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ขั้นตอน อันเป็นแนวทางที่ปรากฏในประเทศส่วนใหญ่ที่ให้การรับรองสิทธิการตายในทั้งสองรูปแบบดังกล่าว²⁹⁶ ซึ่งจะทำให้การควบคุมการช่วยเหลือการตายทางการแพทย์เป็นไปอย่างเคร่งครัดและรัดกุมมากกว่าการกำหนดและควบคุมทางกลไกของวิชาชีพเท่านั้น

²⁹⁶ กฎหมายประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้แก่ Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act และ Euthanasia Code 2022 ประเทศเบลเยียมได้แก่ The Belgian Euthanasia Act of 2002 ประเทศลักเซมเบิร์กได้แก่ Euthanasia and assisted suicide Act 2009 ประเทศออสเตรเลียได้แก่ Voluntary Assisted Dying Bill และสำหรับประเทศนิวซีแลนด์ได้แก่ End of Life Choice Bill 2019 เป็นต้น

รายการอ้างอิง

- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ, ‘ความเห็นทั่วไปหมายเลข 36 เกี่ยวกับมาตรา 6 สิทธิในการดำรงชีวิต 3 กันยายน 2009’ (18 เมษายน 2568) <[https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6 QkG1 d%2 5 2 fPPRiCAqhKb7 yhsrdB0 H1 l5 9 7 9 O VGGB%2 5 2 bW PAXhNI9e0rX3cJlWwe%252fGBLmVrGmT01On6KBQgqmxPNlJrLLdefuuQjN19BgOr%252fS93r KPWbCbgoJ4dRgDoh%252fXgwn](https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6%20QkG1%20d%205%20fPPRiCAqhKb7%20yhsrdB0%20H1%20l5%209%207%209%20O%20VGGB%205%202%20bW%20PAXhNI9e0rX3cJlWwe%252fGBLmVrGmT01On6KBQgqmxPNlJrLLdefuuQjN19BgOr%252fS93rKPWbCbgoJ4dRgDoh%252fXgwn)> .
- จริญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2559).
- นพพล วิทย์วรพงศ์, *การตัดสินใจในระยะท้ายของชีวิตกับสังคมไทย: บทเรียนจาก ประสบการณ์ ของต่างประเทศ* (สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ 2563).
- ไพศาล ลิ้มสถิต, *ก่อนวันผลิตใบ หนังสือแสดงเจตนาการจากไปในวาระสุดท้าย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์ทีคิวพี, 2555).
- Australian Human Rights Commission, ‘What is the Universal Declaration of Human Rights?’ (1 6 April 2 0 2 5) <<https://humanrights.gov.au/our-work/commission-general/projects/what-universal-declaration-human-rights>> .
- Australian Human Rights Commission, ‘Euthanasia, Human Rights and the Law Issues Paper’ (9 April 2025) <<https://humanrights.gov.au/our-work/age-discrimination/publications/euthanasia-human-rights-and-law>> .
- Ben Livings, ‘A Right to Assist? Assisted Dying and the Interim Policy’ (2010) 74 The Journal of Criminal Law
- Brunilda Bara & Gentian Vyshka, ‘A Right to Die: A Comparing Discourse of Case Laws in United States of America, European Court of Human Rights, United Kingdom and Albania’ (2014) 5 JAHR - European Journal of Bioethics.
- Daniel Rietiker, ‘From Prevention to Facilitation? Suicide in the Jurisprudence of the ECtHR in the Light of the Recent Haas v Switzerland Judgment’ (2012) 25 Harvard Human Rights Journal.
- Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2 ed, Kehl am Rhein: N.P. Engel 2005).
- Rebecca Reingold and Leticia Mora, ‘An International Human Right to Die With Dignity?’, <<https://oneill.law.georgetown.edu/an-international-human-right-to-die-with-dignity/>> .

- The European Court of Human Rights, ‘In the case of Dániel Karsai v. Hungary’ (14 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-234151%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-234151%22]})> .
- The European Court of Human Rights, ‘In the case of Gross v. Switzerland’ (15 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-119703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-119703%22]})> .
- The European Court of Human Rights, ‘In the case of Haas v. Switzerland’ (15 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-102940%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-102940%22]})> .
- The European Court of Human Rights, ‘In the case of Mortier v. Belgium’ (15 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22sort%22:\[%22kupdate%20Descending%22\],%22itemid%22:\[%22002-13802%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22sort%22:[%22kupdate%20Descending%22],%22itemid%22:[%22002-13802%22]})> .
- The European Court of Human Rights, ‘In the case of Pretty v. United Kingdom’ (14 April 2025) <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-5380%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-5380%22]})> .
- United Nations, ‘International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee Seventy-second Session, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant Concluding Observations of the Human Rights Committee Netherlands, CCPR/CO/72/NET’ (15 April 2025) <<https://digitallibrary.un.org/record/455302?ln=en&v=pdf>> .

บทความวิจัย (Research Article)

การพัฒนาแนวคิดสัตว์เลี้ยงชุมชนที่สอดคล้องกับพัฒนาการของทฤษฎีสัตว์
เพื่อรองรับวิถีชีวิตในปัจจุบันระหว่างสมาชิกของชุมชนและสุนัขจร

Developing the Concept of Community Pets to align with Animal Rights
Theories That Correspond with the Contemporary Lifestyles
between Community Member and Stray Dog*

มูทิตา สารพัฒน์**

นักศึกษาระดับปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่อยู่ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร

อีเมล: mutita.sar@dome.tu.ac.th

Mutita Sarapat

Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Thammasat University

Address No. 2 Prachan Road, Phra Barom Maha Ratchawang, Phra Nakhon, Bangkok

Email: mutita.sar@dome.tu.ac.th

วันที่รับบทความ 22 กรกฎาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 9 ตุลาคม 2568; วันที่ตอบรับบทความ 17 ตุลาคม 2568

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาค้นคว้าเพื่อประกอบการจัดทำวิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการทางกฎหมาย
สำหรับการทำหมันสุนัขภาคบังคับเพื่อจัดการจำนวนประชากรสุนัขจรในชุมชน” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. (Cross-Border Business and Finance Law in Asia)
Singapore Management University; LL.M. (Energy and Climate Law) Groningen University

บทคัดย่อ

พัฒนาการความรู้ที่มีต่อสัตว์ในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่รับรู้ไว้ว่า สัตว์คือสิ่งมีชีวิตชนิดหนึ่งที่อยู่อาศัยร่วมในโลกใบเดียวกัน แต่มีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน ไปสู่การสร้างข้อตกลงร่วมกันในสังคมจากการปรากฏตัวของการหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ค้นพบว่า สัตว์หลายชนิดเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความสามารถในการรับรู้ความรู้สึก (sentience) เช่นเดียวกับกับมนุษย์ ทั้งที่เป็นความรู้ความรู้สึกในเชิงลบและเชิงบวก ปัจจุบันความรู้ที่มีต่อสัตว์ในประเทศไทยเปลี่ยนไปอย่างมาก จากเดิมสัตว์ถูกมองว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่เจ้าของจะปฏิบัติต่อสัตว์อย่างไรก็ได้ เป็นการต้องปฏิบัติให้เป็นตามกฎหมาย โดยต้องจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้แก่สัตว์ของตนให้เหมาะสม ไม่ละทิ้งสัตว์ของตนโดยไม่มีเหตุอันสมควร ไม่ให้กระทำการอันเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยไม่มีเหตุอันสมควร โดยมีบทลงโทษหากฝ่าฝืน

ในบทความนี้ได้วิเคราะห์พัฒนาการข้างต้นโดยแบ่งแยกตามความจริงตามการรับรู้ที่มีต่อสัตว์ การก่อตัวขึ้นของทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ ความพยายามเสนอให้มีข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สัตว์ในทิศทางที่สอดคล้องกัน รวมทั้งทฤษฎีการเมืองเกี่ยวกับสวัสดิภาพสัตว์ที่ถูกพัฒนาต่อยอดจากทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ให้สอดคล้องกับวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างมนุษย์และสัตว์ โดยเน้นการให้คุณค่ากับความสัมพันธ์ในปัจจุบัน ซึ่งรวมถึงการพึ่งพาอาศัยกันทางด้านจิตใจ ที่สอดคล้องกับ แนวคิดการมีชีวิตที่ผาสุกซึ่งขยายมาจากแนวคิดหลักอิสรภาพห้าประการ (5 Freedoms) ซึ่งเมื่อปรับใช้กับการจัดการสุนัขจรในชุมชนสามารถนำเสนอแนวคิดเรื่องสัตว์เลี้ยงชุมชน (community pet) มาผสมผสานต่อเนื่องกับการใช้มาตรการควบคุมจำนวนสุนัขจรอย่างมีมนุษยธรรม ได้แก่ การจับ ทำหมัน ฉีดวัคซีน และปล่อย สุนัขกลับคืนพื้นที่ เป็นโมเดลใหม่คือ CNVR-CP (Capture, Neuter, Vaccinate, Release – Community Pet) เพื่อให้สมาชิกของชุมชนและสุนัขจรยังคงสามารถรักษาความสัมพันธ์เชิงบวกต่อกัน ในอันที่จะทำให้สามารถนำสุนัขจรกลับเข้ามารับการฉีดวัคซีนป้องกันโรค อีกทั้งยังเป็นการสร้างความรับรู้เชิงบวกต่อสุนัขจรให้แก่สมาชิกของชุมชนและสังคมได้อีกทางหนึ่งด้วย

คำสำคัญ: สวัสดิภาพสัตว์; สุนัขจร; สัตว์เลี้ยงชุมชน

Abstract

The perception of animals has undergone a significant transformation—from being regarded merely as living beings cohabiting the planet with humans, yet occupying an unequal status, to becoming subjects of shared societal agreements. This shift has been catalyzed by emerging scientific evidence demonstrating that many animal species possess sentience—the capacity to experience both positive and negative emotions—akin to that of humans. In Thailand, this evolving awareness has led to a profound change in how animals are viewed and treated. Historically, animals were considered property, with owners having unrestricted authority over their treatment. Today, legal frameworks mandate the provision of appropriate welfare for animals, prohibit abandonment without just cause, and forbid acts of cruelty. Violations of these laws are subject to legal penalties.

This article analyzes the mentioned developments by examining the changing perception of animals, the emergence of animal rights and welfare theories, and the push for international agreements aimed at harmonizing animal protection standards. It also explores political theories on animal rights, which have evolved from foundational rights-based frameworks to incorporate the realities of human-animal coexistence. These theories emphasize the value of present-day relationships, including emotional interdependence, and align with the concept of well-being—an extension of the Five Freedoms principle. When applied to the management of stray dogs within communities, this framework supports the concept of the "community pet." It integrates humane population control measures such as capture, neutering, vaccination, and release, forming a new model known as CNVR-CP (Capture, Neuter, Vaccinate, Release – Community Pet). This model fosters sustained positive relationships between community members and stray dogs, facilitates ongoing vaccination efforts, and promotes a more compassionate public perception of stray animals.

Keywords: Animal Rights; Stray Dog; Community Pet

1. บทนำ

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่รับรองการมีสิทธิของสัตว์ไว้โดยตรง สิทธิสัตว์ในประเทศไทยจึงยังคงอยู่ในระดับแนวคิดที่ขยายตัวมาจากทฤษฎีสิทธิสัตว์ที่นำเสนอโดยปีเตอร์ ซิงเกอร์ (Peter Singer) และทอม เรแกน (Tom Regan) ในขณะที่มีการรับรองแนวคิดสวัสดิภาพสัตว์ตามทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ ไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 โดยกำหนดให้เจ้าของสัตว์มีหน้าที่จัดสวัสดิภาพสัตว์ให้แก่สัตว์ของตนตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่โดยที่ความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม หรืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใด ๆ โดยสุจริตได้อย่างอิสระ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของคนอื่น และคำว่า “สวัสดิภาพ” หมายถึง ความปลอดภัย จึงทำให้คำว่า “สิทธิ” มีความหมายอย่างกว้างมากกว่าคำว่า “สวัสดิภาพ” สอดรับกับกรอบเป้าหมายของทฤษฎีสิทธิสัตว์ที่มุ่งไปสู่การยุติการใช้ประโยชน์ใดจากสัตว์ ในขณะที่ทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์จะมุ่งไปสู่การจัดสวัสดิภาพให้แก่สัตว์ แต่ยังคงยอมรับการใช้ประโยชน์ใดจากสัตว์ได้ โดยต้องไม่ทำให้เกิดความเจ็บปวดทรมานเกินสมควร อย่างไรก็ดี แม้ว่าเป้าหมายของทฤษฎีทั้งสองจะมีความแตกต่างกันอยู่ก็ตาม แต่การพัฒนาต่อยอดแนวคิดของทฤษฎีสิทธิสัตว์ไปสู่ทฤษฎีการเมืองเกี่ยวกับสิทธิสัตว์ (A Political Theory of Animal Rights) และการนำเสนอแนวคิดการมีชีวิตที่ผาสุก (Life Worth Living) ได้เข้ามาผสานและสร้างพื้นที่ร่วมของทั้งสองทฤษฎีให้สามารถนำมาพิจารณาต่อยอดเพื่อสร้างความสมดุลให้เกิดแก่สัตว์ได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งในงานเขียนนี้ ก่อนที่จะได้นำเสนอรายละเอียดของทฤษฎีสิทธิสัตว์ ทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ การสะท้อนความคิดของทฤษฎีทั้งสองในกฎหมายไทย แล้วนำเข้าสู่บทวิเคราะห์เพื่อชี้ให้เห็นถึงศักยภาพของการผสานแนวคิดและทฤษฎีใหม่ที่สามารถนำไปปรับใช้เป็นแนวทางควบคุมการเพิ่มขึ้นของจำนวนสุนัขจรในชุมชนต่อไปนั้น ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงความเป็นมาก่อนการเกิดทฤษฎีสิทธิสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ โดยแบ่งรูปแบบการนำเสนอตามมุมมองที่มนุษย์มีต่อความจริงที่เกี่ยวกับสัตว์ออกเป็น 3 แบบ คือ ความจริงตามธรรมชาติ ความจริงผ่านการรับรู้ และความจริงที่เกิดจากการตกลงกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า การเกิดขึ้นของทฤษฎีทั้งสองเป็นการพัฒนาการรับรู้ความจริงเพื่อนำเสนอแนวคิดที่จะเป็นข้อตกลงร่วมกันในสังคม โดยมีเป้าหมายผลลัพธ์ปลายทางเฉพาะของแต่ละทฤษฎีแล้วนำไปสู่การพัฒนาแนวคิดเสริมเพื่อให้ทฤษฎีที่ก่อตัวขึ้นเดิมทั้งทฤษฎีสิทธิสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์สามารถนำมาใช้ในการจัดการจำนวนประชากรสุนัขจรในชุมชนได้อย่างเป็นรูปธรรม

ภาพที่ 1 แสดงการแบ่งแยกความจริงตามการรับรู้ที่มีต่อสัตว์ ซึ่งเรียงเรียงขึ้นเองโดยผู้เขียน



การรับรู้คุณค่าภายในของสัตว์ในช่วงระยะแรกนั้น มนุษย์มองผ่านตัวตนของตัวเอง โดยเทียบเคียงคุณสมบัติและความสามารถของตนเองกับสัตว์ แล้วพิจารณาว่า สัตว์สามารถทำสิ่งต่าง ๆ ได้แบบที่มนุษย์ทำหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการนับถือศาสนา การใช้เหตุผล หรือการสื่อสารด้วยภาษาในระหว่างสัตว์ รวมไปถึงความสามารถในการรับรู้ความรู้สึก ดังจะเห็นได้จาก แนวคิดของนักคิดชาวอิตาลี ทอมัส อควินัส (Thomas Aquinas) ในปี ค.ศ. 1225-1274 ซึ่งแม้ว่าทอมัสจะยอมรับว่า ความดีของพระเจ้ามีอยู่ในทั้งมนุษย์และสัตว์ แต่ก็เสนอให้แยกมนุษย์ออกจากสัตว์โดยอาศัยเกณฑ์ทักษะการให้เหตุผล โดยให้ความเห็นว่า พฤติกรรมที่สัตว์แสดงออกมาล้วนเป็นการทำโดยสัญชาตญาณ ในขณะที่การตัดสินใจของมนุษย์กระทำผ่านกระบวนการพิจารณาตามครรลองจริยธรรม (*The ongoing existence of living things also requires that they carry out distinctive operations: taking nourishment and reproducing, moving and perceiving (in the case of animals), and reasoning (in the human case)*)

¹ ควบคู่ไปกับมุมมองที่มีต่อความจริงผ่านการรับรู้ ประมาณ 300 ปี ต่อมา ในช่วงปี ค.ศ. 1533-1592 นักคิดชาวฝรั่งเศส มิเชล เดอ มงแตญ (Michel de Montaigne) นำเสนอมุมมองใหม่โดยเปิดการรับรู้เกี่ยวกับสัตว์ตามความจริงตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นการชี้ให้เห็นว่า การรับรู้ทางประสาทสัมผัสทั้งห้าของมนุษย์มีข้อจำกัดอยู่ และการรับรู้ตามธรรมชาติเป็นเรื่องที่อยู่เหนือไปจากความสามารถโดยทั่วไปที่มนุษย์จะรับรู้ได้ทั้งหมด อีกทั้งการรับรู้ของมนุษย์ยังอาจถูกบิดเบือนไปจากการถูกรอบงำด้วยอารมณ์ มิเชลจึงเห็นว่า การนำเอาความศรัทธามา

¹ Stanford Encyclopedia of Philosophy, **Thomas Aquinas** [Online], 2 April 2025. Source: <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas/#WillFree>

พิจารณามีความสำคัญมากกว่าการใช้เกณฑ์การให้เหตุผล และเสนอว่า สัตว์และมนุษย์มีความดีแบบเดียวกันจึงเท่าเทียมกัน² ในขณะที่ปีเตอร์ แฮร์ริสัน (Peter Harrison) ที่เห็นพ้องตามแนวคิดของความเท่าเทียมกันระหว่างมนุษย์และสัตว์ ชี้ให้เห็นว่า มนุษย์สามารถเรียนรู้การใช้ชีวิตตามครรลองจริยธรรมของสัตว์ ในบริบทของการใช้ชีวิตที่สอดคล้องกับธรรมชาติได้ด้วย³

ในระยะต่อมาราวศตวรรษที่ 17 นักคิดเริ่มพิจารณาเกี่ยวกับ การมีความรู้สึกของสัตว์ โดยแบ่งระดับความรู้สึกออกเป็น 2 ระดับ คือ ระดับทั่วไป ซึ่งเป็นความรู้สึกที่เกิดขึ้นจากอวัยวะภายในร่างกาย⁴ และระดับสูง คือ การรับรู้โดยมีสติรู้ตัว⁵ ซึ่งแม้ว่ามุมมองต่อสัตว์จะเริ่มถูกนำมาเชื่อมโยงกับโครงสร้างใหญ่ของสิ่งมีชีวิต โดยสื่อให้เห็นถึงการเป็นส่วนหนึ่งของความมีอยู่อย่างต่อเนื่องของสิ่งมีชีวิตในภาพใหญ่⁶ แม้ว่าการรับรู้ต่อสัตว์ในห้วงเวลานี้จะยังเกาะเกี่ยวอยู่กับมนุษย์ แต่การรับรู้ผ่านสายตามนุษย์ในช่วงนี้นำไปสู่การยอมรับว่าสัตว์สามารถรับรู้ความเจ็บปวดได้เช่นเดียวกับมนุษย์ จึงนำมาสู่ความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า มนุษย์ควรปฏิบัติต่อสัตว์อย่างไร และการปฏิบัติต่อสัตว์ที่ว่าจะสะท้อนไปถึงการปฏิบัติต่อเพื่อนมนุษย์ได้ด้วย⁷ จุดของการยอมรับเช่นนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการพลิกโฉมการรับรู้ความจริงที่มีต่อสัตว์ผ่านมุมมองใหม่ โดยเป็นความจริงที่เกิดจากความตกลงร่วมกัน ความจริงนี้เบ่งบานขึ้นในยุคสมัยของโมहनทาส กรมจันท์ คานธี (Mohandas Karamchand Gandhi) ในช่วงศตวรรษที่ 20 โดยคานธียึดมั่นในการปฏิบัติต่อสัตว์ด้วยความเมตตา สนับสนุนการยุติการใช้ความรุนแรงต่อสัตว์ และการงดเว้นการฆ่าสัตว์ทั้งปวง⁸ จนนำไปสู่การพัฒนาเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับสัตว์ในปัจจุบัน

² Richard H. Popkin, **Apology for Raymond Sebond by Michel de Montaigne** [Online], 2 April 2025. Source: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,sso&db=ers&AN=89876369&authtype=shib&site=eds-live&scope=site>

³ Peter Harrison, **The Virtues of Animals in Seventeenth-Century Thought**, *Journal of the History of Ideas*, Volume 59 Issue 3 (July 1998), p. 471.

⁴ Peter Harrison, **Descartes on Animals**, *The Philosophical Quarterly*, Volume 42 Issue 167 (April 1992), pp. 224-225.

⁵ Justin E. H. Smith, **Divine Machines: Leibniz and the Sciences of Life**, (Princeton: Princeton University Press, 2011), p 166.

⁶ Ibid., p. 168.

⁷ Scott Wilson, **Indirect Duties to Animals**, *Journal of Value Inquiry*, Volume 36 Issue 1 (March 2002), pp. 17-18.

⁸ Ryan Patrick McLaughlin, **Non-Violence and Nonhumans: Foundations for Animal Welfare in the Thought of Mohandas Gandhi and Albert Schweitzer**, *Journal of Religion Ethics*, Volume 40 Issue 4 (December 2012), p. 679.

2. ทฤษฎีสติสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์

ก่อนตกผลึกเป็นทฤษฎีสติสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ดังเช่นที่เห็นในปัจจุบันนี้ สัตว์ถูกมองว่าเป็นทรัพย์สิน ที่สามารถใช้ประโยชน์อย่างใดก็ได้ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1822 ได้มีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ที่มีชื่อเรียกว่า Martin's Act ขึ้นในประเทศอังกฤษ มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองการทารุณกรรมปศุสัตว์ ได้แก่ ม้า วัวควาย และแกะ ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นของแบบแผนใหม่ที่กำหนดขึ้นเพื่อวางกรอบความสัมพันธ์ของมนุษย์และสัตว์ รวมทั้งกำหนดให้เอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับใช้กฎหมายได้ ภายหลังต่อมาจึงพัฒนาเป็นทฤษฎีสติสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ โดยไม่ได้จำกัดชนิดของสัตว์ใดไว้อย่างชัดเจน แต่ในระยะแรกจะพบว่ามีกรกล่าวถึงเฉพาะสัตว์มีกระดูกสันหลัง (all vertebrates) เท่านั้นเนื่องจากสัตว์กลุ่มนี้สามารถแสดงออกถึงความรู้สึกเชิงบวกและเชิงลบได้เช่นเดียวกันกับมนุษย์ และในระยะต่อมาจึงได้ขยายขอบเขตไปถึงสัตว์ไม่มีกระดูกสันหลังชนิดอื่น (some invertebrates) ที่ปรากฏหลักฐานว่าสัตว์ชนิดนั้นมีความสามารถในการรับรู้ความรู้สึกได้ (sentience) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ทฤษฎีสติสัตว์ (Animal Right Theory) เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1975 นำเสนอโดยนักคิดชาวออสเตรเลีย ปีเตอร์ ซิงเกอร์ (Peter Singer) ซึ่งปีเตอร์ให้การรับรู้ต่อสัตว์ว่า มีคุณค่าภายในและมีความเท่าเทียมกันกับมนุษย์ สัตว์จึงมีสิทธิในการมีชีวิตที่มีอิสระและไม่ถูกทารุณกรรม แต่ในความเท่าเทียมกันต้องพิจารณาตามธรรมชาติของแต่ละสิ่งมีชีวิตโดยไม่เอาเกณฑ์ด้านพันธุกรรมมาชี้วัด เพื่อป้องกันการเหยียดสายพันธุ์ (speciesism) และใช้เกณฑ์ความสามารถในการรับรู้ความรู้สึกเชิงบวกและเชิงลบซึ่งเป็นความจริงตามธรรมชาติเป็นเกณฑ์วัดผลประโยชน์ในสิ่งมีชีวิต เนื่องจากหากจะนำเอาเกณฑ์ความสามารถในการให้เหตุผลมาเป็นตัวชี้วัด จะเป็นการลดคุณค่าภายในของเด็กเล็กหรือคนพิการทางสมองไปด้วยเช่นกัน และเกณฑ์ความสามารถในการให้เหตุผลเป็นเพียงบรรทัดฐานที่มนุษย์สร้างขึ้นมาใช้เอง⁹ ต่อมาในปี ค.ศ. 1983 แม้ว่าจะมีการโต้แย้งทฤษฎีสติสัตว์ในแง่ของการอยู่ภายใต้กรอบบรรทัดประโยชน์อยู่บ้าง ทอม เรแกน (Tom Ragan) ยังคงให้การสนับสนุนต่อทฤษฎีสติสัตว์ที่ปีเตอร์นำเสนอ โดยนำเสนอเกณฑ์การเป็นประธานของสิทธิ (subjects-of-a-life) จำนวน 6 ข้อ เพื่อใช้พิจารณาการมีคุณค่าในตัวเอง (inherent value) อันเกิดจากการมีประสบการณ์ในการมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นระดับความสำคัญที่สัตว์มีต่อตัวสัตว์เอง ประกอบด้วย

(1) การมีความเชื่อและความต้องการ เช่น สุนัขเชื่อว่าเจ้าของจะให้ขนม สุนัขต้องการออกไปเดินเล่นนอกบ้าน

⁹ Peter Singer, *All Animals Are Equal* in *Animal Right*, Edited by Clare Palmer, (London: Routledge, 2008).

Tom Ragan, *The Case for Animal Rights* in *Animal Right*, Edited by Clare Palmer, (London: Routledge, 2008).

(2) ความสามารถในการรับรู้ ผ่านประสาทสัมผัสที่มี และสามารถจดจำประสบการณ์ที่เกิดขึ้น รวมทั้งเข้าใจการมีอยู่ของอนาคตโดยแสดงออกถึงพฤติกรรมเฉพาะอย่างเช่น การฝังของเล่นหรืออาหารของสุนัขเพื่อในภายหลังจะกลับมาเล่นหรือกินอาหารดังกล่าว การรอคอยเจ้าของกลับบ้าน

(3) ความสามารถในการมีสภาวะทางอารมณ์จากประสบการณ์ที่เป็นสุขและเป็นทุกข์ เช่น การแสดงออกถึงความพอใจจากการได้เล่นกับมนุษย์ ความเศร้าเมื่อต้องอยู่ลำพัง

(4) การรับรู้ความชอบของตนเองและการเป็นอยู่ที่ดี โดยรู้ว่าชอบอะไรมากกว่าอะไร และต้องการอยู่ในพื้นที่ปลอดภัย เช่น การวิ่งกลับเข้าหาเจ้าของในช่วงเวลาที่เกิดการตกใจกลัว ซึ่งความรู้การเป็นอยู่ที่ดีของตัวสัตว์นี้แยกออกจากผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคลอื่น ดังนั้น สุนัขที่ตกใจกลัวเสียงดังจากพลุจะยังคงวิ่งหาพื้นที่ปลอดภัย แม้ว่าเจ้าของอยากให้สุนัขแสดงพฤติกรรมในรูปแบบอื่นก็ตาม

(5) ความสามารถที่จะริเริ่มแสวงหาสิ่งที่ตนต้องการหรือตามเป้าหมายที่ต้องการได้ เช่น การบินออกไปหาอาหารนอกรั้วของแม่นกเพื่อนำมาให้ลูกนกกิน

(6) การมีตัวตนอย่างต่อเนื่อง เช่น ลูกสุนัขที่เติบโตขึ้นเป็นสุนัขโตเต็มวัยยังมีนิสัยและลักษณะเฉพาะตัวของตนเอง¹⁰

ในบริบทนี้เป็นการสะท้อนแนวคิดทางจริยธรรมของสัตว์ และปิดการรับรู้ว่า สัตว์ดำรงชีวิตอยู่ตามสัญชาตญาณเท่านั้น ดังนั้น มนุษย์จึงควรให้ความเคารพต่อคุณค่าภายในของการมีอยู่ของสัตว์ และยุติการให้คุณค่าจากการมีอยู่เพื่อการถูกใช้ประโยชน์ รวมตลอดจนการยุติการใช้ประโยชน์จากสัตว์อีกด้วย โดยปีเตอร์ได้แสดงหลักฐานและโน้มน้าวการยุติการใช้ประโยชน์จากสัตว์โดยเฉพาะการทดลองในสัตว์ และกระตุ้นเตือนให้มีการพิจารณาถึงประโยชน์ที่ได้จากการทดลองในสัตว์ว่า มีมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับการให้ความคุ้มครองแก่สวัสดิภาพของสัตว์หรือไม่ รวมถึงยังชี้ให้เห็นว่า มีการบิดเบือนภาพลักษณ์ของธุรกิจฟาร์มเลี้ยงสัตว์ให้แตกต่างไปจากสภาพความเป็นจริงที่สัตว์ในฟาร์มยังถูกปฏิบัติอย่างทารุณกรรม เช่นนี้แล้ว การหันกลับมาบริโภคพืชจะช่วยลดความระอูของการเหยียดสายพันธุ์เหล่านี้นลงได้ อีกทั้งยังช่วยฟื้นฟูสภาพภูมิอากาศจากการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่มาจากการเลี้ยงสัตว์ได้อีกทางหนึ่งด้วย¹¹

นอกจากนี้ ยังมีกรอบความคิดอีก 2 กรอบ ที่ถูกนำเสนอขึ้นมาเพื่อสนับสนุนทฤษฎีสัทธิสัตว์ ได้แก่ กรอบแนวคิดการเลิกทาสสัตว์ (Abolitionist Approach) และกรอบแนวคิดขีดความสามารถสัตว์ (Capabilities Approach) ในส่วนของแนวคิดการเลิกทาสสัตว์ แกรี ฟรานซิโอน (Gary L. Francione) นำเสนอว่า มนุษย์และสัตว์

¹⁰ Erwin Lengauer, **Tom Regan's Philosophy of Animal Rights: Subjects-of-a-Life in the Context of Discussions of Intrinsic and Inherent Worth** [Online], 19 April 2025. Source: https://www.researchgate.net/publication/340972300_Tom_Regan's_Philosophy_of_Animal_Rights_Subjects-of-a-Life_in_the_Context_of_Discussions_of_Intrinsic_and_Inherent_Worth

¹¹ ปีเตอร์ ชิงเกอร์, **Animal Liberation Now: ว่าด้วยจริยธรรมการปฏิบัติต่อสัตว์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักนิติตามยาน, 2567), หน้า 126.

มีความเท่าเทียมกัน และทั้งมนุษย์และสัตว์ต่างสามารถรับรู้ความรู้สึกสุขทุกข์ได้เช่นเดียวกัน ทำให้ทั้งสองฝ่ายมีสิทธิพื้นฐานในการได้รับการคุ้มครองไม่ให้เกิดการทารุณกรรมหรือได้รับการปฏิบัติในฐานะเป็นทรัพย์สิน โดยเกร์ชี้ให้เห็นว่า เมื่อสัตว์ถูกนำมาเลี้ยงเป็นสัตว์เลี้ยงแล้ว มนุษย์มีหน้าที่ต้องดูแลสัตว์ที่มีอยู่เป็นอย่างดี และมีหน้าที่คุมกำเนิดสัตว์เลี้ยงทั้งหมด เพื่อตัดขาดความสัมพันธ์ที่มนุษย์มีอำนาจเหนือจากการได้รับการอุปถัมภ์จากมนุษย์แล้วคืนสัตว์สู่ธรรมชาติในท้ายที่สุด¹² ในขณะที่มาร์ธา นุสบาม (Martha C. Nussbaum) เป็นอีกคนที่น่าสนใจเสนอแนวคิดขีดความสามารถสัตว์ โดยมีรากฐานการคิดจากการมองความยุติธรรมต่อทุกชีวิตไม่ว่าจะเป็นมนุษย์หรือสัตว์ว่า ทุกชีวิตมีสิทธิที่จะได้ใช้ชีวิตที่เจริญงอกงามในบริบทของตนเอง และเราจะต้องยอมรับในสิทธิและศักดิ์ศรีของทั้งมนุษย์และสัตว์ไปพร้อมกัน¹³

2.2 ทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ (Animal Welfare Theory) เป็นทฤษฎีที่น่าสนใจเสนอแนวคิดที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุน โดยมุ่งที่จะเปลี่ยนแปลงการรับรู้ของสังคมและนำไปสู่การปฏิบัติต่อสัตว์ โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของสัตว์มากขึ้นกว่าเดิม โดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ชี้ให้เห็นว่า สัตว์มีความสามารถในการรับรู้ความรู้สึก สัตว์จึงรู้สึกเจ็บปวดและเกิดความเครียดได้มากน้อยตามแต่ระดับความเจ็บปวดที่ได้รับ แต่ก่อนที่ทฤษฎีนี้จะงอกงามขึ้นจนเป็นรากฐานของการตรากฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองสวัสดิภาพสัตว์ทั้งในลำดับศักดิ์ที่เป็นกฎหมายสูงสุด¹⁴ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ในปี ค.ศ. 1992 รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีในปี ค.ศ. 2002 และในระดับพระราชบัญญัติ ผู้เขียนขอกล่าวถึงกระบวนการขับเคลื่อนแนวคิดที่สำคัญ 2 เรื่อง ได้แก่

¹² จีรพงศ์ ทรัพย์ชุมทอง, การอ้างเหตุผลเพื่อสิทธิสัตว์ของทฤษฎีความเป็นพลเมืองในการต่อต้านทฤษฎีการเลิกทาส, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรอักษรศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561). กรอบแนวคิดการเลิกทาสสัตว์ (Abolitionist Approach) นำเสนอโดยเกร์ ฟรานซิโอน (Gary L. Francione) ที่เห็นว่า สัตว์มีคุณค่าภายใน (intrinsic value) และมีสิทธิทางศีลธรรม (moral right) เหมือนมนุษย์ จึงมีความเท่าเทียมกันกับมนุษย์ และต้องไม่ถูกปฏิบัติเป็นสิ่งของ โดยเรียกร้องให้ยุติการใช้ประโยชน์จากสัตว์ รวมไปถึงให้หยุดการบริโภคเนื้อสัตว์ และสนับสนุนให้ทานอาหารมังสวิรัตเพื่อยุติการใช้ความรุนแรงต่อสัตว์ ซึ่งเป็นแนวคิดที่เรียกร้องให้สังคมเปิดมุมมองการรับรู้ต่อสัตว์ใหม่ และมุ่งเน้นการยกเลิกการใช้สัตว์ทั้งหมด รวมไปถึงสนับสนุนให้มีการคุมกำเนิดสัตว์แม้จะมีนักสิทธิสัตว์โต้แย้งว่าการคุมกำเนิดสัตว์เป็นการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของมนุษย์เอง (eugenical ideologies) ซึ่งฟรานซิโอนให้เหตุผลที่ต่างออกไปว่า สัตว์ไม่ควรถูกนำมาเป็นสัตว์เลี้ยงเสียตั้งแต่แรก ดังนั้น จึงไม่ควรให้ยังมีการสืบทอดการเป็นสัตว์เลี้ยงต่อไปอีก

¹³ Martha C. Nussbaum, *Justice for Animals: Our Collective Responsibility*, (New York: Simon & Schuster, 2023), p. 81.

¹⁴ Erin Evans, *Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How Did Animal Protection Become an Issue of National Importance?* [Online], 24 May 2025. Source: <https://www.animalsandsociety.org/wp-content/uploads/2016/04/evans.pdf>

(1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์ (Universal Declaration on Animal Welfare)¹⁵ เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาล ที่ริเริ่มโดยสมาคมพิทักษ์สัตว์แห่งโลก (the World Society for the Protection of Animals: WSPA) เสนอให้ที่ประชุมสหประชาชาติเพื่อพิจารณาให้การยอมรับหลักการที่ไม่ผูกพัน (Non-legally binding) ในเรื่องความสำคัญของการรับรู้ความเจ็บปวดของสัตว์และหน้าที่ความรับผิดชอบที่มนุษย์มีต่อสัตว์ โดยนำเสนอการค้นพบทางวิทยาศาสตร์ที่ชี้ให้เห็นว่าสามารถรับรู้ความเจ็บปวดและมีความรู้สึก และจำเป็นต้องได้รับการดูแลปกป้องจากการกระทำที่ทารุณโหดร้าย และลดความเจ็บปวดและสนับสนุนให้มีการตรากฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อรองรับหลักการดังกล่าว การยอมรับในสวัสดิภาพสัตว์และปฏิบัติต่อสัตว์อย่างมีมนุษยธรรมทำให้เกิดประโยชน์ 5 ด้าน คือ ด้านสุขภาพของมนุษย์ (Human health) ด้านการพัฒนาสังคม (Social development) ด้านการลดระดับความยากจนและความหิวโหย (Poverty & hunger reduction) ด้านการจัดการภัยพิบัติ (Disaster management) และด้านความยั่งยืนทางสิ่งแวดล้อม (Environmental sustainability) อย่างไรก็ตาม ปฏิญญานี้ไม่ได้รับการยอมรับโดยสหประชาชาติ แต่มีการยอมรับกันในระดับประเทศ ได้แก่ เคนยา (Kenya) อินเดีย (India) คอสตาริกา (Costa Rica) สาธารณรัฐเช็ก (Czech Republic) สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ (Republic of the Philippines) ออสเตรเลีย (Australia) กัมพูชา (Cambodia) ฟิจิ (Fiji) ลัตเวีย (Latvia) ลิทัวเนีย (Lithuania) นิวซีแลนด์ (New Zealand) โปแลนด์ (Poland) สโลวีเนีย (Slovenia) แทนซาเนีย (Tanzania) สหราชอาณาจักร (United Kingdom) องค์การสุขภาพสัตว์โลก (World Organisation for Animal Health – OIE) สมาคมสัตวแพทย์เครือจักรภพ (Commonwealth Veterinary Association – CVA) สหพันธ์สัตวแพทย์แห่งยุโรป (Federation of Veterinarians of Europe – FVE) สมาคมสัตวแพทย์แห่งชาติของประเทศชิลี (Chile) นิวซีแลนด์ (New Zealand) สหราชอาณาจักร (United Kingdom) ฟิลิปปินส์ (Philippines) ประเทศไทย (Thailand) และโคลอมเบีย (Colombia)¹⁶

(2) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิสัตว์ (the Universal Declaration of Animal Rights: UDAR)¹⁷ ในปี ค.ศ. 1978 ได้ถูกนำเสนอในที่ประชุมเพื่อการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (the United Nation’s Educational, Scientific and Cultural Organization: UNESCO) โดยอาศัยแนวคิด

¹⁵ World Society for the Protection of Animals, **Universal Declaration on Animal Welfare** [Online], 5 April 2025. Source: https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/media/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf

¹⁶ Europa Regina, **Universal Declaration on Animal Welfare** [Online], 21 August 2025. Source: <https://europaregina.eu/business-ethics/animal-ethics/universal-declaration-on-animal-welfare/>

¹⁷ ResearchGate, **77. The Use and Misuse of the Universal Declaration of Animal Rights in Portugal** [Online], 5 April 2025. Source: https://www.researchgate.net/publication/363216584_77_The_use_and_misuse_of_the_Universal_Declaration_of_Animal_Rights_in_Portugal

จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นข้อตกลงร่วมกันและเป็นมาตรฐานเดียวกันในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และสัตว์ รวมทั้งสถานะทางกฎหมายของสัตว์ และกำหนดวิธีปฏิบัติทางศีลธรรมที่มนุษย์พึงมีต่อสัตว์เพื่อปกป้องสัตว์ให้ปลอดภัยเนื่องจากสัตว์ถูกใช้เป็นอาหาร เพื่อการบันเทิง และเพื่อเปลี่ยนมุมมองที่มีต่อสัตว์ แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าปฏิญญาดังกล่าวไม่ได้ถูกรับรองโดย UNESCO จึงไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายในระหว่างประเทศ รวมทั้งไม่ได้รับการรับรองจากองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง แต่ก็แสดงให้เห็นแรงกระเพื่อมของการรับรู้ต่อสัตว์เริ่มเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดี

ซึ่งในปัจจุบันมีการนำเสนอร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสุขภาพและการคุ้มครองสัตว์ (First Pre-Draft UN Convention on Animal Health and Protection: UNCAHP)¹⁸ เพื่อเป็นกลไกระหว่างประเทศในการให้คุ้มครองสัตว์ทุกชนิดทั้งในด้านสวัสดิภาพและสุขภาพ และเน้นการส่งเสริมหลักจริยธรรมห้าประการและหลักการ 3R สำหรับการลดการทดลองในสัตว์ (Reduction) การเปลี่ยนวิธีการทดลองสัตว์ (Refinement) และการใช้วิธีทางเลือกแทนการทดลองด้วยสัตว์ (Replacement) เพื่อให้สอดคล้องกับการรับรู้ถึงคุณค่าภายในของสัตว์และการมีความสามารถในการรับรู้ความรู้สึกเช่นเดียวกับมนุษย์ รวมตลอดจนข้อเสนอให้มีการจัดทำร่างตราสารระหว่างประเทศ ได้แก่ ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ ((the drafted) the International Convention for the Protection of Animals: ICPA) และร่างพิธีสารว่าด้วยสัตว์เลี้ยง ((the drafted) Companion Animal Protocol)¹⁹ เพื่อเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีตามร่างอนุสัญญาที่ให้การยอมรับในหลักการว่า มนุษย์และสัตว์ต่างอยู่อาศัยร่วมกัน และพึ่งพิงกันในระบบนิเวศเดียวกัน แบ่งปันมรดกของวิวัฒนาการร่วมกัน และมนุษย์ในฐานะเป็นผู้มีศีลธรรม จึงมีหน้าที่รับผิดชอบต่อสัตว์ รวมทั้งให้การยอมรับคุณค่าภายใน จึงต่อต้านการฆ่าสัตว์โดยไม่จำเป็นหรือโดยทารุณโหดร้าย และในโอกาสที่มนุษย์จะต้องควบคุมการขยายพันธุ์ของสัตว์ ก็มีหน้าที่เชิงบวกที่จะต้องจัดสภาพแวดล้อมหรือให้การดูแลที่จำเป็นด้วย

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ทฤษฎีสิทธิสัตว์มุ่งเน้นการให้ความเคารพต่อสัตว์และมุ่งเน้นการยุติการใช้ประโยชน์ต่อสัตว์ และอาจขยายไปถึงการยุติการมีความสัมพันธ์ใดต่อกันเพื่อให้สัตว์ได้กลับไปใช้ชีวิตอย่างอิสระในพื้นที่ที่ต้องการ ในขณะที่ทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์มุ่งเน้นการสร้างสมดุลระหว่างความเจ็บปวด

¹⁸ The Global Animal Law GAL Association, **UN Convention on Animal Health and Protection (UNCAHP)** [Online], 24 April 2025. Source: <https://www.globalanimallaw.org/downloads/Folder-UNCAHP.pdf>

¹⁹ David Favre, **An International Treaty for Animal Welfare**, *Animal Law Review*, Volume 18 Issue 2 (2011-2012), pp. 237-280.

ที่เกิดขึ้นและการได้รับประโยชน์จากสัตว์ ผ่านการกำหนดมาตรฐานเพื่อเป็นแนวปฏิบัติต่อสัตว์อย่างมีมนุษยธรรม โดยพิจารณาตามหลักอิสรภาพห้าประการ

3. แนวคิดจากทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ที่ปรากฏในกฎหมายของไทย

สาระสำคัญตามกฎหมายไทยจะปรากฏร่องรอยแต่เพียงแนวคิดการจัดสวัสดิภาพสัตว์ และการปฏิบัติต่อสัตว์ให้เป็นไปตามหลักวิชาการและหลักจริยธรรมของการวิจัยตามทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์เป็นหลัก โดยยังไม่มี การรับรองเรื่องสิทธิสัตว์ตามกฎหมายสิทธิสัตว์ไว้ ซึ่งการให้ความคุ้มครองแก่สัตว์แบ่งตามชนิดสายพันธุ์ ความเป็นอิสระ และถิ่นที่อยู่ของสัตว์ สามารถจัดกลุ่มกฎหมายออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

3.1 กฎหมายเพื่อการคุ้มครองสัตว์ป่าที่เกิดและดำรงชีวิตอยู่ในธรรมชาติอย่างเป็นอิสระ ได้แก่ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสงวน อนุรักษ์คุ้มครอง ดูแลรักษา พื้นฟูสัตว์ป่า รวมทั้งแหล่งที่อยู่อาศัย และทรัพยากรธรรมชาติอื่น ผ่านการกำหนดมาตรการควบคุม การครอบครอง การค้า การนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่าน ซึ่งสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า และผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่า รวมตลอดจนการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีที่มี ในข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสัตว์ป่าและพืชป่า²⁰ อีกทั้งมีการกำหนดระดับความเข้มงวดของมาตรการ สำหรับสัตว์ป่าแต่ละประเภทตามความสำคัญต่อระบบนิเวศและความใกล้สูญพันธุ์ โดยกลุ่มสัตว์ป่าสงวนจะเป็นกลุ่มที่อยู่ภายใต้บังคับมาตรการที่มีระดับความเข้มงวดสูงสุด เนื่องจากหายากหรือใกล้สูญพันธุ์ ปัจจุบันมี สัตว์ป่าสงวน²¹จำพวกสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมจำนวน 15 ชนิด จำพวกนก 4 ชนิด จำพวกสัตว์เลื้อยคลาน 1 ชนิด

²⁰ ข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสัตว์ป่าและพืชป่า ได้แก่

(1) อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดของสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) (ประเทศไทยลงนามเป็นภาคีเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2526 และมีผลใช้บังคับ 21 เมษายน 2526)

(2) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) (ประเทศไทยลงนามเป็นภาคีเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2535 และมีผลใช้บังคับ 29 มกราคม 2547) และ

(3) พิธีสารนาโงยาว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากร พันธุกรรมอย่างยุติธรรมและเท่าเทียม (Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization) (ประเทศไทยลงนามเป็นภาคีเมื่อวันที่ 31 มกราคม 2555 แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันจึงยังไม่มีผลใช้บังคับ)

²¹ สัตว์ป่าจำพวกสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม ได้แก่ กระซู่ (Didermocerus sumatraensis) กวางผา (Naemorhedus griseus) กูปรีหรือโคไพร (Bos sauveli) เก้งหม้อ (Muntiacus feae) ควายป่า (Bubalus bubalis) พะยูนหรือหมูน้ำ (Dugong dugon) แมวลายหินอ่อน (Pardofelis marmorata) แรด (Rhinoceros sondaicus) ละองหรือละมั่ง (Cervus eldi) เสี่ยงผาหรือเอียงหรือกูราหรือโคร้า (Capricornis sumatraensis) วาฬบรูด้า (Balaenoptera edeni) วาฬโอมูระ (Balaenoptera omurai) สมเสร็จ (Tapirus indicus) สมันหรือเนื้อสมัน (Cervus schomburgki) วาฬสีน้ำเงิน (Balaenoptera musculus)

สัตว์ป่าจำพวกนก ได้แก่ นกกระเรียน (Grus antigone) นกเจ้าฟ้าหญิงสิรินธร (Pseudochelidon sirintarae) นก แด้วแล้วท้องดำ (Pitta gurneyi) นกชนหิน (Rhinoplax vigil)

และจำพวกปลา 1 ชนิด นอกจากนี้ ยังกำหนดกลไกควบคุมการตั้งสวนสัตว์ให้ผู้ประกอบกิจการต้องขอใบอนุญาตจากอธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช หรืออธิบดีกรมประมง เพื่อให้การจัดตั้งกิจการสวนสัตว์เป็นไปตามมาตรฐานการจัดตั้งสวนสัตว์ ซึ่งรวมถึงการจัดสวัสดิภาพให้แก่สัตว์ภายในสวนสัตว์ด้วย²²

3.2 กฎหมายเพื่อการคุ้มครองสัตว์ทั่วไป ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 กำหนดขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สัตว์ ที่เป็นสิ่งมีชีวิต และมีความสามารถในการรับรู้ความรู้สึก ด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การจัดสวัสดิภาพให้แก่สัตว์ตามแต่ละชนิด และวัตถุประสงค์การใช้ประโยชน์ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ให้แก่สัตว์ที่โดยปกติจะอยู่ภายใต้การเลี้ยงดูแลของมนุษย์ ตามวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ได้แก่ เพื่อใช้งาน เป็นพาหนะ เป็นเพื่อน เป็นอาหาร เพื่อใช้ในการแสดง หรือเพื่อการใด แต่ก็ไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวเจ้าของที่แน่ชัด รวมตลอดจนกำหนดบทลงโทษกรณีมีการทารุณกรรมสัตว์ และขยายขอบเขตความคุ้มครองไปถึงสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติ ได้แก่ กระรอกหลายสี นกเขาขาว ลูกผสมสัตว์ตระกูลเสือ หมูป่า และอีเห็นข้างลายหรืออีเห็นธรรมดา ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ เพื่อให้การคุ้มครองสวัสดิภาพแก่สัตว์เหล่านี้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติ พ.ศ. 2561

นอกจากการคุ้มครองสัตว์ทั่วไปแล้ว ยังมีกฎหมายที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสัตว์ที่ถูกนำไปใช้ประโยชน์ในการทดลองด้วย คือ พระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เข้ามาดูแลสวัสดิภาพของสัตว์ที่อยู่ในการทดลองให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และการใช้สัตว์เหล่านี้ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักวิชาการและจรรยาบรรณ โดยจะต้องไม่ทำให้สัตว์เจ็บปวด ทรมาน หรือเสียชีวิตโดยไม่จำเป็น

สัตว์ป่าจำพวกสัตว์เลื้อยคลาน ได้แก่ เต่ามะเฟือง (*Dermochelys coriacea*)

สัตว์ป่าจำพวกปลา ได้แก่ ปลาฉลามวาฬ (*Rhinodon typus*)

²² มาตรา 33 ผู้ที่จะจัดตั้งและประกอบกิจการสวนสัตว์ต้องได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี โดยยื่นเอกสารโครงการจัดตั้งและประกอบกิจการสวนสัตว์ บัญชีรายการชนิดและจำนวนสัตว์ป่าหรือซากสัตว์ป่าที่มีหรือจะมีไว้ในครอบครองโดยต้องแสดงหลักฐานการได้มา พร้อมด้วยแผนที่แสดงที่ตั้ง แบบแปลน และแผนผังของสวนสัตว์

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรฐานการจัดการสวนสัตว์อย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

- (1) การจัดการพื้นที่เลี้ยงและจัดแสดงสัตว์
- (2) การดูแลด้านโภชนาการ
- (3) การสุขภาพ การบำบัดน้ำเสีย การกำจัดของเสีย และการควบคุมโรค
- (4) การดูแลรักษาสัตว์
- (5) การจัดสวัสดิภาพสัตว์
- (6) ความปลอดภัยและการรักษาความปลอดภัย
- (7) การปฏิบัติการและมาตรการฉุกเฉินต่าง ๆ
- (8) แนวทางการให้ความรู้หรือการศึกษาเรียนรู้เกี่ยวกับสัตว์

ฯลฯ

ฯลฯ

สำหรับกฎหมายในส่วนอื่นที่แม้มีการกล่าวถึงสัตว์อยู่ด้วย แต่ก็ เป็นกฎหมายที่เน้นการให้ความคุ้มครองหรือป้องกันโรคที่อาจแพร่จากสัตว์สู่คน รวมถึงการควบคุมการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับสัตว์ จึงไม่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสัตว์โดยตรง จึงไม่นำมากล่าวถึงในรายละเอียด ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติโรคพิษสุนัขบ้า พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติเชื้อโรคและพิษจากสัตว์ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติควบคุมการฆ่าสัตว์เพื่อการจำหน่ายเนื้อสัตว์ พ.ศ. 2559 พระราชบัญญัติบำรุงพันธุ์สัตว์ พ.ศ. 2509 และพระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533

4. การพัฒนาทฤษฎีสสิทธิสัตว์ให้สอดคล้องกับวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างมนุษย์และสัตว์

ภายหลังการเกิดขึ้นของทฤษฎีสสิทธิสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ ทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ได้รับการยอมรับโดยนำมาใช้เป็นฐานในการออกกฎหมายและกำหนดกฎระเบียบเพื่อกำหนดวิธีปฏิบัติต่อสัตว์ที่คำนึงต่อสวัสดิภาพสัตว์มากขึ้น เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี²³ ผู้เขียนเห็นว่าทฤษฎีสสิทธิสัตว์ตามที่ได้กล่าวไปในส่วนที่ 3 มีความแข็งตัวมากเกินไป การจะกำหนดให้สัตว์เป็นผู้ทรงสิทธิจึงเป็นแนวคิดที่นำไปปฏิบัติได้ยาก

ในปี ค.ศ. 2011 ซู โดแนลสันกับวิล คิมลิก้า (Sue Donaldson and Will Kymlicka) ตีพิมพ์หนังสือชื่อ *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights* ที่นำเสนอมุมมองใหม่ของการผานแนวคิดภายใต้ทฤษฎีสสิทธิสัตว์เข้ากับบริบทในปัจจุบันที่มนุษย์และสัตว์ต่างใช้ชีวิตร่วมกันหรือใช้ชีวิตอยู่ในพื้นที่ละแวกเดียวกัน ซึ่งเป็นแนวคิดที่ลดทอนการแบ่งแยกมนุษย์และสัตว์ออกจากกันโดยสิ้นเชิงตามที่แกรีนำเสนอไว้ โดยซูและวิลมุ่งเน้นการให้คุณค่าต่อการรักษาความสัมพันธ์เชิงบวกที่เกิดขึ้นระหว่างมนุษย์และสัตว์ในปัจจุบันขณะมากกว่าการมุ่งจะย้อนเวลากลับไปในอดีตก่อนที่ความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และสัตว์จะก่อตัวขึ้น โดยทฤษฎีการเมืองเกี่ยวกับสิทธิสัตว์ (A Political Theory of Animal Rights) ที่ซูและวิลมีรากฐานมาจากการให้การรับรู้การเป็นบุคคลของสัตว์²⁴ และให้คุณค่าต่อมิตรภาพความเป็นเพื่อนที่มีต่อมนุษย์ จึงได้นำเสนอหน้าที่ตามหลักความเป็นธรรมที่มนุษย์พึงปฏิบัติต่อสัตว์ในแต่ละบทบาท โดยอาจมีข้อยกเว้นวิธีปฏิบัติในบางสถานการณ์ที่เกิดการขัดแย้งระหว่างบทบาท เช่น การป้องกันภัยคุกคามจากสัตว์ที่ดุร้ายโดยยังคำนึงถึงการไม่

²³ Article 20a [Protection of the natural foundations of life and animals]

Mindful also of its responsibility towards future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order.

²⁴ Sue Donaldson and Will Kymlicka, *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*, (New York: Oxford University Press, 2011), p. 49. สิทธิพื้นฐานสากลเชิงลบ (universal negative right) ที่กล่าวถึงคือ สิทธิในการไม่ถูกทารุณกรรม การถูกใช้ในการทดลอง การถูกครอบครองเป็นเจ้าของ การตกเป็นทาส การถูกกักขัง การถูกฆ่า

สร้างความเจ็บปวดเกินสมควรแก่สัตว์ ซึ่งการจะใช้วิธีปฏิบัติที่เป็นข้อยกเว้นได้จะต้องมีการพิจารณาว่า เข้าเงื่อนไขในการเลือกใช้ข้อยกเว้นอย่างแท้จริง²⁵ ซึ่งหน้าที่ที่ชูและวิลนาเสนอขึ้นมานี้ เรียกได้ว่า “หน้าที่เชิงบวก (Positive duties)” ที่นอกเหนือไปจาก การไม่ปฏิบัติต่อสัตว์ในอันที่จะเป็นการทารุณกรรมสัตว์ หรือเรียกได้ว่าเป็น การปฏิบัติโดยการคำนึงถึงหลักสวัสดิภาพสัตว์²⁶

หน้าที่เชิงบวกต่อสัตว์ที่กล่าวถึงนี้ เป็นหน้าที่ที่มนุษย์พึงปฏิบัติต่อสัตว์ตามบทบาทของสัตว์ในสังคม ที่ชูและวิลได้นำเสนอไว้ 3 กลุ่ม คือ

(1) กลุ่มสัตว์เลี้ยง ที่มีบทบาทพลเมืองร่วม (co-citizenship) คือ สัตว์เลี้ยงที่ถูกมนุษย์นำมาเลี้ยงดูเป็น ระยะเวลาานาน ไม่ว่าจะเป็นสัตว์เลี้ยงที่โดยปกติใช้เพื่อเป็นเพื่อน เพื่อใช้งาน เพื่อเป็นพาหนะ เพื่อเป็นอาหาร หรือเพื่อใช้ในการแสดง ความกลมกลืนจนกลายเป็นส่วนหนึ่งของสังคมนี้เองที่ทำให้จำเป็นต้องมีหน้าที่ความ รับผิดชอบต่อกันผ่านการสร้างข้อตกลงในการอยู่อาศัยร่วมกันอย่างเป็นธรรม โดยสัตว์กลุ่มนี้จะได้รับการ คำนึงถึงภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้การคุ้มครองสวัสดิภาพสัตว์ในลักษณะเดียวกับกฎหมายตามข้อ 3.2

(2) กลุ่มสัตว์ป่า เป็นกลุ่มที่ปกครองตนเอง (sovereign entities) ตามโครงสร้างการปกครองของสัตว์ แต่ละสายพันธุ์ โดยสามารถใช้ชีวิตได้อย่างมีอิสระ ไม่อยู่ในความควบคุมของมนุษย์ ได้แก่ ช้างป่า หมาป่า วาฬ ซึ่งสัตว์ป่ากลุ่มนี้หลายสายพันธุ์จะได้รับการคุ้มครองทั้งจากกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองพื้นที่ป่าให้อุดมสมบูรณ์และ การเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ ในลักษณะเดียวกับกฎหมายตามข้อ 3.1

(3) กลุ่มสัตว์ในชุมชน มีบทบาทกึ่งพลเมือง (denizenship) โดยเป็นสัตว์ที่มีพื้นที่อาศัยอยู่ซ้อนทับกับ พื้นที่อยู่อาศัยในชุมชนมนุษย์ ซึ่งอาจเกิดจากการพัฒนาพื้นที่ป่าไปเป็นพื้นที่เมือง หรือเกิดจากการข้ามไปมา ระหว่างเขตพื้นที่อาศัยที่อยู่ต่อเนื่องกัน แต่ไม่มีความสัมพันธ์หรือสามารถพัฒนาความสัมพันธ์เชิงบวกกับมนุษย์ เช่น ลิงแสม สุนัขจิ้งจอก รวมทั้งมีความเสี่ยงที่จะถูกปฏิบัติด้วยความทารุณโหดร้าย จากการถูกรับรู้ว่าเป็นกลุ่ม ภาระของสังคมมนุษย์ และบางส่วนถูกกีดกันไม่ให้อาศัยอยู่ในพื้นที่เดียวกันอีกต่อไป

ซึ่งหน้าที่เชิงบวกที่สำคัญที่มนุษย์พึงมีต่อสัตว์ในแต่ละบทบาทมีความมุ่งหมายที่แตกต่างกันไป โดยใน บทบาทการเป็นพลเมืองร่วมจะมุ่งเน้นการให้การคุ้มครองดูแล ในขณะที่การมุ่งเน้นการให้อิสระในการใช้ชีวิต จะมอบให้แก่สัตว์ป่าซึ่งมีการปกครองตนเอง แต่ก็ไม่ใช่เลยที่จะเข้าไปให้ความช่วยเหลือเมื่อเกิดเหตุการณ์ เฉพาะ เช่น ไฟป่า โดยพิจารณาตามเงื่อนไขความจำเป็นประกอบกัน ในส่วนของสัตว์กึ่งพลเมืองจะมุ่งเน้นไปที่ การเคารพในสิทธิของการใช้ชีวิตในพื้นที่เดียวกันอย่างเป็นธรรม รวมทั้งคำนึงถึงการมีอยู่ของสัตว์ในบทบาทนี้ เมื่อมนุษย์ต้องตัดสินใจดำเนินการใดที่จะส่งผลกระทบต่อสัตว์เหล่านี้ด้วย

นอกจากทฤษฎีการเมืองเกี่ยวกับสิทธิสัตว์ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว แนวคิดอีกประการหนึ่งที่สามารถ นำมาใช้พิจารณาความต่างของผลลัพธ์เป้าหมายของทฤษฎีสิทธิสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ คือ แนวคิดการมี

²⁵ Ibid., pp. 40-43.

²⁶ Ibid., pp. 182.

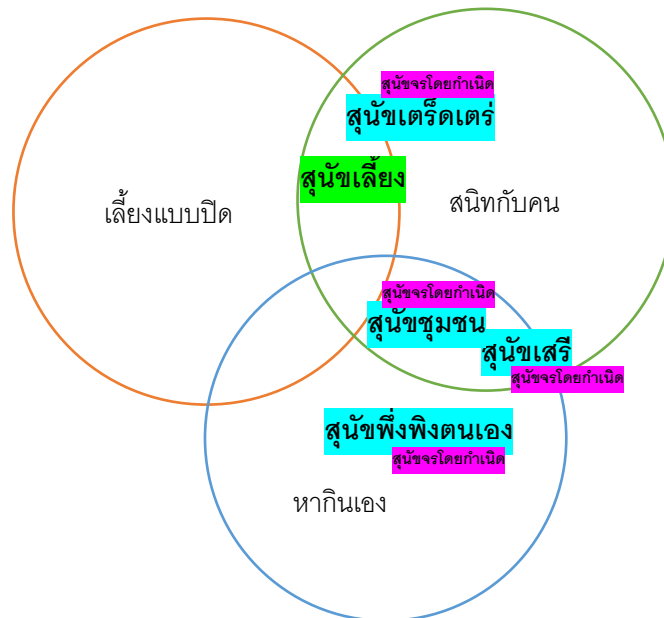
ชีวิตที่ผาสุกที่เกิดจากการขยายแนวคิดหลักอิสระภาพห้าประการที่มุ่งสร้างความเป็นอิสระให้แก่สัตว์อันเกิดจากความกระหาย ความหิว และการขาดสารอาหาร (Freedom from thirst, hunger and malnutrition) ความไม่สบายตัวและการถูกเปิดเผย (Freedom from discomfort and exposure) ความเจ็บปวด การบาดเจ็บ และโรคภัย (Freedom from pain, injury, and disease) และความกลัวและความกดดัน (Freedom from fear and distress) รวมทั้งให้อิสระในการแสดงพฤติกรรมตามธรรมชาติของสัตว์แต่ละชนิด (Freedom to express normal behaviour)²⁷ แนวคิดนี้ถูกพัฒนาให้สอดคล้องกับการยอมรับในปัจจุบันที่ว่า สัตว์มีความสามารถในการรับรู้ความรู้สึก ซึ่งหมายถึงความรวมถึงความรู้สึกเชิงบวกด้วย ดังนั้นแล้ว การให้ความคุ้มครองสัตว์จากความรู้สึกเชิงลบจึงเป็นเพียงส่วนเดียวที่ถูกนำมาพิจารณา ยังคงเหลือความรู้สึกในเชิงบวกอันได้แก่ การได้รับประสบการณ์เชิงบวกในขณะมีชีวิต การได้อยู่ในสิ่งแวดล้อมที่สร้างความสุข น่าสนใจ ความมั่นใจ และรู้สึกปลอดภัย ที่รวมไปตลอดจนการได้รับการป้องกันจากประสบการณ์เชิงลบบางประการทั้งหมดหรือบางส่วน อันได้แก่ ความไม่สบายต่อร่างกาย ไม่ว่าจะเป็นอาการหายใจไม่สะดวก คลื่นไส้ เวียนศีรษะ อ่อนแรง แข็งแรงไม่พอ และความเจ็บป่วย ซึ่งแนวคิดการมีชีวิตที่ผาสุกนี้ ช่วยสร้างพื้นที่ให้มนุษย์ได้พิจารณาว่า ผลลัพธ์สุทธิของสถานการณ์ในแต่ละบริบทส่งผลให้สัตว์มีประสบการณ์เชิงบวกมากกว่าหรือไม่²⁸ ในส่วนนี้เองจะเป็นปัจจัยสำคัญต่อการกำหนดพฤติกรรมหรือวิถีปฏิบัติของมนุษย์ที่มีต่อสัตว์ รวมทั้งทำให้ผลลัพธ์เป้าหมายของทั้งสองทฤษฎีสามารถขับเคลื่อนไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เพื่อให้สามารถเห็นภาพได้ชัดเจน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างของการปรับใช้แนวคิดการผสมผสานระหว่างทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ในการหาแนวทางเพื่อจัดการจำนวนประชากรสุนัขจรในชุมชน ซึ่งจำเป็นต้องเริ่มต้นพิจารณาเสียก่อนว่า สุนัขจรจัดเป็นสัตว์ที่อยู่ในบทบาทใด ผ่านการใช้หลักเกณฑ์ 3 ข้อ ที่ผู้เขียนพิจารณาปัจจัยเกี่ยวข้องและกำหนดขึ้นโดยมีสุนัขเป็นศูนย์กลาง ได้แก่ ลักษณะการเลี้ยงปิดเปิด (วงกลมสีส้ม) การคงอยู่ของความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อมนุษย์ (วงกลมสีเขียว) และความอิสระของการหาอาหารด้วยตัวเองของสุนัข (วงกลมสีฟ้า) ซึ่งนำมากำหนดนิยามศัพท์ของสุนัขจร เพื่อแยกออกจากสุนัขเลี้ยงที่เลี้ยงดูโดยเจ้าของในพื้นที่มีรั้วรอบขอบชิด และมีการควบคุมการเตร็ดเตร่เมื่อออกไปนอกพื้นที่เลี้ยง แล้วจึงจะทราบได้ว่ามนุษย์มีหน้าที่และจำเป็นต้องมีข้อตกลงในการอาศัยอยู่ร่วมกันด้วยหรือไม่ โดยสามารถแบ่งสุนัขจรออกได้เป็น 5 กลุ่ม ดังนี้

²⁷ Farm Animal Welfare Council, **Farm Animal Welfare in Great Britain : Past, Present and Future** [Online], 21 August 2025. Source: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7d89fe40f0b64fe6c24508/Farm_Animal_Welfare_in_Great_Britain_-_Past__Present_and_Future.pdf

²⁸ David J. Mellor, **Updating Animal Welfare Thinking: Moving beyond the “Five Freedoms” towards “A Life Worth Living”** [Online], 21 August 2025. Source: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4810049/>

ภาพที่ 2 แสดงการแบ่งประเภทของสุนัขจร



โดยผู้เขียนได้สังเกตและวิเคราะห์พฤติกรรมสุนัข รวมทั้งศึกษาข้อมูลจากงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการจัดการสุนัข²⁹แล้วจึงกำหนดนิยามศัพท์ คำว่า สุนัขจร (stray dog) ในแต่ละกลุ่มขึ้นใหม่เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อการดำเนินการควบคุมจำนวนสุนัขให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยอาศัยเกณฑ์ที่พิจารณาสุนัขเป็นศูนย์กลาง ได้แก่ การเลี้ยงดูแบบเปิดหรือปิด ความใกล้ชิดกับคน และความสามารถในการหาอาหาร แล้ว พบว่า สุนัขจร คือ สุนัขที่มีอิสระในการเคลื่อนตัวไปมาในบริเวณต่าง ๆ ได้เอง ไม่มีผู้เฝ้าระวังดูแล ไม่ว่าจะเจ้าของหรือไม่มีเจ้าของ มี 5 กลุ่ม คือ

(1) สุนัขเตร็ดเตร่ (free-roaming dog with owner) คือ สุนัขมีเจ้าของ แต่ไม่ได้รับการดูแลให้อยู่ภายในบริเวณบ้าน สามารถเคลื่อนตัวออกไปที่ต่าง ๆ ได้โดยอิสระ ยังคงได้รับอาหารและการดูแลจากเจ้าของ

(2) สุนัขเสรี (free-roaming dog without owner) คือ สุนัขที่เคยมีเจ้าของ ถูกทอดทิ้ง สามารถเคลื่อนตัวออกไปที่ต่าง ๆ ได้โดยอิสระ แต่มีความสามารถในการหาอาหารได้เองน้อย

²⁹ ยศนันท์ ปารากรณ์, มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในประเทศไทย : ศึกษากรณีของเจ้าของสุนัขผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข และหน่วยงานของรัฐ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (นิด้า) 2562) และร้อยโทธนภพ ศรีสถาพร, มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในเขตกรุงเทพมหานคร (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552)

(3) สุนัขชุมชน³⁰ (community dog) คือ สุนัขไม่มีเจ้าของ และสามารถเคลื่อนตัวออกไปที่ต่าง ๆ ได้โดยอิสระ ได้รับอาหารหรือการดูแล ให้การรักษาจากชุมชน

(4) สุนัขพึ่งพิงตนเอง (feral dog) คือ สุนัขไม่มีผู้ดูแล มีอิสระ และหาอาหารได้ด้วยตนเอง

(5) สุนัขจรดโดยกำเนิด (authentic stray Dog) คือ สุนัขผลผลิตใหม่ที่เกิดจากการผสมภายในกลุ่มสุนัขจร โดยระดับความสัมพันธ์กับมนุษย์จะขึ้นอยู่กับพัฒนาการในช่วง 2-3 เดือนแรกว่า มีประสบการณ์เชิงบวกหรือเชิงลบกับมนุษย์ และมีปัจจัยเรื่องความสัมพันธ์ของแม่สุนัขกับมนุษย์เป็นปัจจัยสนับสนุนโดยตรงในการเรียนรู้ที่จะสร้างความสัมพันธ์กับมนุษย์

หากพิจารณาบทบาทของสัตว์ร่วมกับนิยามศัพท์ของสุนัขจร จะทำให้ทราบได้ว่า สุนัขจรกลุ่มใหญ่ที่สุดจะเป็นกลุ่มที่มีความสัมพันธ์กับมนุษย์และจัดได้ว่าอยู่ในสถานะพลเมืองร่วม ได้แก่ สุนัขเตร็ดเตร่ สุนัขเสรี สุนัขชุมชน และมีเพียงสุนัขพึ่งพิงตนเองเท่านั้นที่จะจัดได้ว่ามีสถานะกึ่งพลเมือง โดยที่ผู้เขียนมุ่งเน้นการพิจารณาหน้าที่เชิงบวกต่อสุนัขจรในกลุ่มที่มีสถานะพลเมืองเนื่องจากเป็นสุนัขกลุ่มใหญ่และสุนัขมีประสบการณ์ร่วมกับมนุษย์มาก่อนแล้ว การพัฒนาหรือฟื้นฟูความสัมพันธ์กับมนุษย์จึงเป็นเรื่องที่ทำให้รวดเร็วกว่า ซึ่งหน้าที่เชิงบวกที่สำคัญต่อการอาศัยอยู่ร่วมกันระหว่างมนุษย์และสุนัขจรถู่นำมาจากแนวคิดของชูและวิล คือ การป้องกันการผลิตลูกสุนัขจนเกินศักยภาพ

แม้ว่าสิทธิในการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติ (the right to reproduce naturally) จะเป็นสิทธิพื้นฐานที่มนุษย์จะต้องให้ความเคารพจากการยอมรับการมีอยู่ของสิทธิสัตว์ แต่ในฐานะของการเป็นพลเมืองร่วมสุนัขก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อสังคมในการไม่ผลิตลูกสุนัขจนเกินศักยภาพการเลี้ยงดูทั้งของตัวสุนัขเจ้าของสุนัข ชุมชนที่สุนัขอาศัยอยู่ รวมถึงสังคมโดยรวม เมื่อสัตว์ไม่อาจควบคุมตนเองจากภายในได้ แต่การผสมพันธุ์ถูกขับเคลื่อนพฤติกรรมจากฮอร์โมนภายใน ทำให้มนุษย์มีความจำเป็นต้องเข้ามาร่วมตัดสินใจเพื่อประโยชน์ของสัตว์ ชุมชน และสังคมแทนตัวสัตว์เอง³¹ อย่างไรก็ตาม ภายใต้การป้องกันการขยายพันธุ์จนเกินศักยภาพนี้เอง มนุษย์จะสามารถควบคุมจำนวนประชากรสุนัขจรด้วยการทำหมันได้หรือไม่ และสอดคล้องกับทฤษฎีสิทธิสัตว์และทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์หรือไม่ โดยในส่วนของพิจารณาทฤษฎีสัตว์นั้น ปีเตอร์ไม่ได้โต้แย้งต่อการคุมกำเนิดสัตว์โดยตรง และตีความจากข้อคิดเห็นของปีเตอร์ต่อการมุ่งกำจัดหนูด้วยยาเบื่อ ทำให้หนูตายอย่างช้า ๆ ด้วยความทรมาน การกำจัดหนูเพื่อป้องกันโรคด้วยการฆ่าโดยรวดเร็วหรือการผลิตสารที่ทำให้สัตว์เป็นหมันอาจเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกว่า จึงเห็นได้ว่า ซิงเกอร์ไม่ได้โต้แย้งว่าการคุมกำเนิดจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิสัตว์ และในส่วนของทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ การเลือกใช้วิธีการควบคุมจำนวนประชากรสุนัขจรจะต้องไม่

³⁰ คำว่า สุนัขชุมชน มีการใช้กล่าวถึง สุนัขที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ชุมชนที่สมาชิกในชุมชนดูแล เช่น โครงการสุนัขชุมชนในพื้นที่วัดนางนองและเมืองทองธานี โครงการสุนัขชุมชนตลาดแม่กลอง จังหวัดสมุทรสงคราม

³¹ Sue Donaldson and Will Kymlicka, *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*, pp 224-247

เป็นการสร้างความทุกข์ทรมานแก่สัตว์ ซึ่งหากการดำเนินการทำหมันเป็นไปตามหลักวิชาชีพของสัตวแพทย์ การดำเนินการดังกล่าวย่อมสอดคล้องกับทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ การคุมกำเนิดในสุนัขจิ้งจอกยังถูกนำมาใช้เป็นกลไกหลักในการจัดการประชากรสุนัขจรจัดอย่างเช่น การจัดการประชากรสุนัขตามกลยุทธ์อาเซียนเพื่อกำจัดโรคพิษสุนัขบ้าโดยอาศัยโมเดล CNVR (Capture, Neuter, Vaccinate, Release) ที่จะมีการจับ (capture) ทำหมัน (neuter) ฉีดวัคซีน (vaccinate) และปล่อย (release) สุนัขกลับคืนพื้นที่ ดำเนินการให้แก่สุนัขทุกกลุ่ม สำหรับการทำให้สุนัขจิ้งจอกที่เป็นไปตามหลักวิชาชีพสัตวแพทย์ ที่จะต้องมีการเตรียมความพร้อมและการดูแลให้แก่สุนัขจิ้งจอกที่จะเข้ารับการทำให้หมัน ทั้งก่อน ระหว่าง และหลังการทำหมันนั้น หากดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ จะช่วยพัฒนาหรือฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และสุนัขจิ้งจอกขึ้นได้ โดยสอดคล้องกับหลักการตามร่างข้อ 9³² ของร่างพิธีสารว่าด้วยสัตว์เลี้ยงๆ ที่แม้ปัจจุบันยังไม่ผลใช้บังคับ แต่นับได้ว่าเป็นหลักการของร่างพิธีสารดังกล่าวก็สามารถที่จะพิจารณานำเอามาปรับใช้ได้ โดยกำหนดให้การสามารถนำสัตว์เลี้ยงไปผ่าตัดทำหมันเพื่อควบคุมการสืบพันธุ์ไม่พึงประสงค์ได้ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความใส่ใจดูแลในระหว่างกระบวนการทำหมันในทุกขั้นตอน จะสร้างความเชื่อใจและความรับรู้เชิงบวกต่อมนุษย์ให้แก่สุนัขจิ้งจอก อีกทั้งยังเป็นการบ่มเพาะทักษะทางสังคมของสุนัขจากการได้ปฏิสัมพันธ์และได้รับความเมตตาจากมนุษย์ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการทำหมันทุกขั้นตอน และเมื่อนำสุนัขจิ้งจอกกลับคืนพื้นที่ในชุมชน จะทำให้ยังคงรักษาระดับความเชื่อใจของสุนัขที่มีต่อมนุษย์ผ่านการให้การดูแลของคนในชุมชน

³² ARTICLE 9: Surgical Operations

1. Surgical operations for the purpose of modifying the appearance of a companion animal or for other non-curative purposes shall be prohibited and, in particular:

- a. the docking of tails;
- b. the cropping of ears;
- c. devocalisation; and
- d. declawing and defanging.

Other operations or procedures which the Contracting Parties believe inappropriate may be listed as an Annex to the Protocol.

2. Exceptions to these prohibitions shall be permitted only:

- a. if a veterinarian considers non-curative procedures necessary for veterinary medical reasons or for the benefit of any particular animal; and
- b. to prevent reproduction.

3. a. Operations in which the animal will or is likely to experience severe pain shall be carried out under anesthesia only by a veterinarian or under his supervision.

b. Operations for which no anesthesia is required may be carried out by a person competent under national legislation.

ในปัจจุบันสุนัขที่ได้รับการดูแลโดยชุมชนในพื้นที่สาธารณะตามชุมชน มักจะได้รับการขนานนามว่า สุนัขชุมชน³³ แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีการให้การรับรองสุนัขกลุ่มดังกล่าวให้มีสถานะตามกฎหมาย และกำหนดความรับผิดชอบทั้งต่อตัวสุนัขและต่อชุมชนว่ามีอยู่เช่นไร ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายของประเทศอินเดียในส่วนนี้ แล้วพบว่า รัฐบาลกลางของประเทศอินเดียได้ออกกฎหมายลำดับรอง คือ กฎว่าด้วยการคุมกำเนิดสัตว์ (the Animal Birth Control Rules 2023) โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมสัตว์ (the Prevention of Cruelty to Animals Act 1960) ที่ให้สถานะทางกฎหมายแก่สุนัขจรในชุมชนหรือสุนัขชุมชนเป็นสัตว์ชุมชน (Community Animals)³⁴ โดยกำหนดให้ต้องทำหมันและฉีดวัคซีนป้องกันโรคให้แก่สุนัขจร และส่งกลับคืนไปยังพื้นที่ที่อยู่อาศัยเดิมของสุนัข รวมทั้งกำหนดวิธีการให้การดูแลสัตว์ชุมชนให้แก่ผู้ดูแลสัตว์ชุมชน (designated feeder) ด้วย เช่น กำหนดพื้นที่ให้อาหารสุนัขที่ต้องห่างไกลจากพื้นที่สนามเด็กเล่น³⁵ โดยในกรณีของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นควรกำหนดสถานะทางกฎหมายให้สุนัขจรหรือสุนัขชุมชนอยู่ในสถานะการเป็นสัตว์เลี้ยงชุมชน (Community Pet: CP) ที่กำหนดให้ชุมชนคือผู้ให้การดูแลสุนัขตัวนั้นโดยไม่เป็นการเข้าถือเอากรรมสิทธิ์ในลักษณะเดียวกับบุคคลธรรมดา การกำหนดสถานะของสุนัขกลุ่มนี้ไว้ในกฎที่บังคับใช้โดยทั่วไปย่อมทำให้เกิดการยอมรับการมีอยู่ของสุนัขกลุ่มดังกล่าว และเป็นการเปิดโอกาสให้สมาชิกในชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขและป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในพื้นที่ของตนเอง โดยไม่เป็นการผลักภาระความรับผิดชอบในเรื่องนี้ไปที่บุคคลใดเพียงลำพัง เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า การมีอยู่ของสุนัขจรมีที่มาหลักจากการไม่ทำหมันสุนัขและมีการทอดทิ้งสุนัขที่เกินจากความต้องการ³⁶ หรือกล่าวได้ว่าเป็นผลลัพธ์จากการเลี้ยงสัตว์โดยขาดความรับผิดชอบนั่นเอง ดังนั้นแล้ว เมื่อนำเอาแนวคิดการจัดการประชากรสุนัขตาม

³³ สภาผู้แทนราษฎร, กระทั่งถามที่ 209 ร. ของนายสฤกษ์พงษ์ เกี่ยวข้อง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จังหวัดกระบี่ พรรคภูมิใจไทย เรื่อง ปัญหาสุนัข แมว ลิงจรจัด ขาดหน่วยงานรับผิดชอบ (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 180 ง หน้า 18 9 สิงหาคม 2564) 24

³⁴ ‘Community Animals’ means any animal born in a Community for which no ownership has been claimed by any individual or an Organisation, excluding wild animals as defined under the Wildlife Protection Act, 1972 (53/1972)

³⁵ **20. Feeding of Community Animals:**

(1) It shall be responsibility of the Resident Welfare Association or Apartment Owner Association or Local Body’s representative of that area to make necessary arrangement for feeding of community animals residing in the premises or that area involving the person residing in that area or premises as the case may be, who feeds those animals or intends to feed those animals and provides care to street animals as a compassionate gesture. The Resident Welfare Association or Apartment Owner Association or the Local Body’s representative shall ensure: -

Etc.

³⁶ International Companion Animal Management Coalition, **Humane Dog Population Management Guidance 2019** [Online], 22 August 2025. Source: <https://www.icam-coalition.org/download/humane-dog-population-management-guidance/>

กลยุทธ์อาเซียนมาใช้ร่วมกันกับการเป็นสัตว์เลี้ยงชุมชน จะได้โมเดล CNVR-CP (Capture, Neuter, Vaccinate, Release – Community Pet) ขึ้นใหม่ ซึ่งจะทำให้การจัดการจำนวนประชากรสุนัขมีความยั่งยืน ผ่านกระบวนการปรับเปลี่ยนการรับรู้ที่มีต่อสัตว์เลี้ยงชุมชน รวมทั้งการให้วัคซีนป้องกันโรคพิษสุนัขบ้า ดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด แต่ทั้งนี้ ยังคงจะต้องดำเนินการไปควบคู่กับการให้ความรู้แก่ประชาชนเกี่ยวกับการเลี้ยงสัตว์อย่างมีความรับผิดชอบ ซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักการตามร่างพิธีการว่าด้วยสัตว์เลี้ยงฯ ในส่วนร่างข้อ 11³⁷ เกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อลดจำนวนสุนัขจรและร่างข้อ 12³⁸ เกี่ยวกับการจัดการศึกษาและให้ความรู้เกี่ยวกับสัตว์เลี้ยง

³⁷ **ARTICLE 11: Reduction of Stray Animals**

When a Contracting Party considers that the numbers of stray animals present it with a problem, it shall take the appropriate legislative and/or administrative measures necessary to reduce their numbers in a way which does not cause avoidable pain, suffering, or distress.

a. Such measures shall include the requirements that:

i. if such animals are to be captured, this is done with the minimum of physical and mental suffering to the animal; and

ii. whether captured animals are kept or killed, this is done in accordance with the principles established in this Protocol.

b. Parties undertake to consider:

i. providing for dogs and cats to be permanently identified by some appropriate means which causes little or no enduring pain, suffering, or distress, such as tattooing as well as recording the numbers in a register together with the names and addresses of their owners;

ii. reducing the unplanned breeding of dogs and cats by promoting the neutering of these animals;

iii. encouraging the finder of a stray dog or cat to report it to the competent authority; and

iv. birth control methods for controlling the number of stray animals.

³⁸ **ARTICLE 12: Information and Education Programmes**

The Contracting Parties undertake to encourage the development of information and education programmes so as to promote awareness and knowledge amongst organizations and individuals concerned with the keeping, breeding, training, trading, and boarding of companion animals of the provisions and the principles in this Protocol. In these programmes, attention shall be drawn in particular to the following subjects:

a. the need for training of companion animals for any commercial or competitive purpose to be carried out by persons with adequate knowledge and ability;

b. the need to discourage:

i. gifts of companion animals to persons under the legal age, without the express consent of their parents or other persons exercising parental responsibilities;

ii. gifts of companion animals as prizes, awards, or bonuses;

iii. unplanned breeding of companion animals;

5. บทสรุป

กล่าวโดยสรุปได้ว่า สิทธิสัตว์และสวัสดิภาพสัตว์ภายใต้ทฤษฎีทั้งสองมีผลลัพธ์เป้าหมายที่ต่างกัน โดยทฤษฎีสิทธิสัตว์ มุ่งไปสู่การยุติการใช้ประโยชน์จากสัตว์ทั้งปวง โดยเฉพาะการทดลองสัตว์และธุรกิจฟาร์มสัตว์ขนาดใหญ่ ในขณะที่ทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ยังคงยอมรับการใช้ประโยชน์จากสัตว์ แต่วิธีการใช้ประโยชน์จะต้องพิจารณาว่า ไม่ทำให้สัตว์ได้รับความทรมานจนเกินจำเป็น ความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงของทั้งสองทฤษฎีนำไปสู่การพัฒนาทฤษฎีและแนวคิดใหม่ที่มีแกนความแตกต่างนี้เพื่อนำไปสู่การปฏิบัติต่อสัตว์เชิงบวกร่วมกัน โดยการนำเอาบริบทความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และสัตว์มาพิจารณาเพื่อนำเสนอหน้าที่เชิงบวกของมนุษย์ที่มีต่อสัตว์ และหน้าที่ตามบทบาทในสังคมของสัตว์นั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่ของการเป็นสุนัขจรจะพบว่า สุนัขจิ้งจอกกลุ่มใหญ่จะเป็นสุนัขที่อยู่ในบทบาทการเป็นพลเมืองร่วมที่ย่อมต้องมีหน้าที่ต่อสังคมที่สุนัขอาศัยอยู่ด้วย การจำกัดสิทธิในการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติผ่านการร่วมตัดสสินใจโดยมนุษย์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ทั้งตัวสัตว์และสังคมจึงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้และไม่ขัดแย้งต่อทฤษฎีสิทธิสัตว์ รวมทั้งการพิจารณาใช้วิธีการควบคุมจำนวนประชากรด้วยการทำหมันสุนัขจรตามหลักวิชาชีพสัตวแพทย์จะสอดคล้องกับการปฏิบัติต่อสัตว์ตามทฤษฎีสวัสดิภาพสัตว์ด้วยเช่นกัน ทั้งยังเป็นการสร้างความรับรู้และประสบการณ์เชิงบวกร่วมกันระหว่างมนุษย์และสุนัขจรตรงตามแนวคิดการมีชีวิตที่ผาสุกที่สัตว์ได้รับจากการปฏิบัติของมนุษย์ต่อสัตว์ด้วยความใส่ใจทั้งก่อน ระหว่าง และหลังการดำเนินการผ่าตัด ตลอดจนการได้รับการดูแลจากชุมชนภายหลังการส่งกลับคืนพื้นที่ โดยอาศัยโมเดล CNVR-CP นี้จะนำไปสู่การสามารถจัดการประชากรสุนัขจรในชุมชนได้อย่างยั่งยืนต่อไป

c. the possible negative consequences for the health and wellbeing of wild animals if they were to be acquired or introduced as companion animals; and

d. the risks of irresponsible acquisition of companion animals leading to an increase in the number of unwanted and abandoned animals.

Other issues and concerns that need to be addressed by Contracting Parties may be set out in an Annex to this Protocol.

รายการอ้างอิง

- จีรพงศ์ ทรัพย์ชุมทอง, การอ้างเหตุผลเพื่อสิทธิสัตว์ของทฤษฎีความเป็นพลเมืองในการต่อต้านทฤษฎีการเลิกทาส, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรอักษรศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561).
- ปีเตอร์ ชิงเกอร์, **Animal Liberation Now: ว่าด้วยจริยธรรมการปฏิบัติต่อสัตว์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักนิติตามยาน, 2567).
- ยศนันท์ ปารากรณ์, **มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในประเทศไทย : ศึกษากรณีของเจ้าของสุนัขผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข และหน่วยงานของรัฐ** (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (นิด้า) 2562)
- ร้อยโทธนภพ ศรีสถาพร, **มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในเขตกรุงเทพมหานคร** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552)
- สภาผู้แทนราษฎร, กระทู้ถามที่ 209 ร. ของนายสฤกษ์พงษ์ เกี่ยวข้อง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จังหวัดกระบี่ พรรคภูมิใจไทย เรื่อง ปัญหาสุนัข แมว ลิงจรจัด ขาดหน่วยงานรับผิดชอบ (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 180 ง หน้า 18 9 สิงหาคม 2564)
- David Favre, **An International Treaty for Animal Welfare**, *Animal Law Review*, Volume 18 Issue 2 (2011-2012).
- David J. Mellor, **Updating Animal Welfare Thinking: Moving beyond the “Five Freedoms” towards “A Life Worth Living”** [Online], Source: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4810049/>
- Erin Evans, **Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How Did Animal Protection Become an Issue of National Importance?** [Online], Source: <https://www.animalsandsociety.org/wp-content/uploads/2016/04/evans.pdf>
- Erwin Lengauer, **Tom Regan’s Philosophy of Animal Rights: Subjects-of-a-Life in the Context of Discussions of Intrinsic and Inherent Worth** [Online], Source: https://www.researchgate.net/publication/340972300_Tom_Regan's_Philosophy_of_Animal_Rights_Subjects-of-a-Life_in_the_Context_of_Discussions_of_Intrinsic_and_Inherent_Worth
- Europa Regina, **Universal Declaration on Animal Welfare** [Online], Source: <https://europaregina.eu/business-ethics/animal-ethics/universal-declaration-on-animal-welfare/>
- Farm Animal Welfare Council, **Farm Animal Welfare in Great Britain : Past, Present and Future** [Online], Source: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/>

5a7d89fe40f0b64fe6c24508/Farm_Animal_Welfare_in_Great_Britain_-_Past__Present_and_Future.pdf

- International Companion Animal Management Coalition, **Humane Dog Population Management Guidance 2019** [Online], Source: <https://www.icam-coalition.org/download/humane-dog-population-management-guidance/>

- Justin E. H. Smith, **Divine Machines: Leibniz and the Sciences of Life**, (Princeton: Princeton University Press, 2011).

- Martha C. Nussbaum, **Justice for Animals: Our Collective Responsibility**, (New York: Simon & Schuster, 2023).

- Peter Harrison, **Descartes on Animals**, The Philosophical Quarterly, Volume 42 Issue 167 (April 1992).

- Peter Harrison, **The Virtues of Animals in Seventeenth-Century Thought**, Journal of the History of Ideas, Volume 59 Issue 3 (July 1998).

- Peter Singer, **All Animals Are Equal in Animal Right**, Edited by Clare Palmer, (London: Routledge, 2008).

- ResearchGate, **77. The Use and Misuse of the Universal Declaration of Animal Rights in Portugal** [Online], Source: https://www.researchgate.net/publication/363216584_77_The_use_and_misuse_of_the_Universal_Declaration_of_Animal_Rights_in_Portugal

- Richard H. Popkin, **Apology for Raymond Sebond by Michel de Montaigne** [Online], Source: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,sso&db=ers&AN=89876369&authtype=shib&site=eds-live&scope=site>

- Ryan Patrick McLaughlin, **Non-Violence and Nonhumans: Foundations for Animal Welfare in the Thought of Mohandas Gandhi and Albert Schweitzer**, Journal of Religion Ethic, Volume 40 Issue 4 (December 2012).

- Scott Wilson, **Indirect Duties to Animals**, Journal of Value Inquiry, Volume 36 Issue 1 (March 2002).

- Stanford Encyclopedia of Philosophy, **Thomas Aquinas** [Online], Source: <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas/#WillFree>

- Sue Donaldson and Will Kymlicka, **Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights**, (New York: Oxford University Press, 2011).

- The Global Animal Law GAL Association, **UN Convention on Animal Health and Protection (UNCAHP)** [Online], Source: <https://www.globalanimallaw.org/downloads/Folder-UNCAHP.pdf>
- Tom Ragan, **The Case for Animal Rights** in **Animal Right**, Edited by Clare Palmer, (London: Routledge, 2008).
- World Society for the Protection of Animals, **Universal Declaration on Animal Welfare** [Online], Source: https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/media/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf

บทความวิจัย (Research Article)

การหายไปของบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจทั่วไปของศาลปกครองไทย*

The Absence of Provisions Regarding the General Jurisdiction
of Thai Administrative Court

กิตติคุณ ห่วงเพียร**

นักศึกษาระดับปริญญาโท

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

603 ถนนเรวดี ตำบลตลาดขวัญ อำเภอเมืองนนทบุรี จังหวัดนนทบุรี 11000

อีเมล: Kittikun.wa@gmail.com

Kittikun Wangpain

Master Student in Law

Faculty of Law, Thammasat University

603 Raewadee Road, Talat Khwan Subdistrict, Mueang Nonthaburi District,

Nonthaburi Province, 11000

Email: Kittikun.wa@gmail.com

วันที่รับบทความ 23 กรกฎาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 11 กันยายน 2568; วันที่ตอบรับบทความ 11 กันยายน 2568

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง “เขตอำนาจศาลปกครอง: ศึกษาข้อจำกัดในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ” โดยมีศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาองค์ความรู้เกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองในหลายแง่มุมผ่านมุมมองในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อจำกัดอำนาจศาลปกครองในระบบกฎหมายไทย ตลอดจนแนวทางการปรับปรุงกฎหมายและการใช้การตีความของศาลต่อไป จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองไทยเกิดขึ้นมาท่ามกลางความขัดแย้งทางความคิดของนักนิติศาสตร์ที่ได้รับการศึกษามาจากประเทศที่มีระบบกฎหมายและระบบศาลที่แตกต่างกัน ปัจจุบันดังกล่าวส่งผลให้นักกฎหมายบางกลุ่มพยายามที่จะกำหนดให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจอย่างจำกัดผ่านการยึดโยงเขตอำนาจของศาลปกครองไว้กับ “ประเภทคดี” และถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” อีกทั้งความผิดพลาดในกระบวนการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็เป็นส่วนหนึ่งของปัญหานี้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบแล้วไม่พบแต่อย่างใดว่าในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ศาลปกครองจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองเช่นนี้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวผ่านการใช้การตีความกฎหมายด้วยวิธีการตีความตามระบบและโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ควบคู่ไปกับการเสนอแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองไทยมีแนวโน้มที่จะมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง

คำสำคัญ: ศาลปกครอง; ระบบศาล; เขตอำนาจศาล; ข้อจำกัดเขตอำนาจศาล

Abstract

This article aims to study the body of knowledge regarding the jurisdiction of administrative court over administrative disputes from multiple perspectives through a comparative legal approach. The objective is to analyze the issues arising from the limitations of the administrative court's jurisdiction under the Thai legal system, as well as to explore potential legal reforms and interpretative approaches that the court may adopt in the future. The study reveals that Thailand's administrative court emerged amid conflicting ideologies among legal scholars educated in countries with differing legal systems and judicial structures. This divergence has led some groups of legal professionals to attempt to limit the jurisdiction of administrative courts by tying it strictly to the "types of cases" and the phrase "as provided by law." Additionally, flaws in the drafting process of the Administrative Procedure Law have inevitably contributed to this issue. A comparative analysis reveals that in countries operating under a dual court system, such restrictive interpretations of administrative court jurisdiction are uncommon. Accordingly, the author proposes that these problems be addressed through constitutional interpretation based on the systematic and structural framework of the Constitution. This should be pursued in tandem with legislative amendments relating to the jurisdiction of administrative courts, with the aim of establishing a general jurisdiction for Thailand's administrative court.

Keywords: Administrative Court; Court Systems; Jurisdiction; Jurisdictional Limitations

1. บทนำ

ในอดีตก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับไม่ได้มีการแบ่งแยกระบบศาลของประเทศไว้อย่างแน่ชัดดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน แม้ว่าจะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบางฉบับได้กล่าวถึงศาลปกครองเอาไว้ก็เป็นการบัญญัติไว้เพียงหลักการ¹ แต่ก็ไม่สามารถจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาได้ในทางความเป็นจริง ส่งผลให้ข้อพิพาททางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลยุติธรรมเรื่อยมา จนกระทั่งในปีพุทธศักราช 2540 รัฐบาลได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาและนำมาซึ่งการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบกฎหมาย² ส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยจึงถูกแปรเปลี่ยนจากระบบศาลเดี่ยว (Single Court System) มาเป็นระบบศาลคู่ (Dual Court System) ซึ่งเป็นการพลิกโฉมกระบวนการยุติธรรมของประเทศไปโดยสิ้นเชิง

ในทางทฤษฎีระบบศาลคู่เป็นระบบศาลที่มีการแบ่งแยกเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีปกครองออกจากเขตอำนาจของศาลยุติธรรมและส่งผลให้มี “องค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง” เกิดขึ้นเป็นการเฉพาะในระบบศาลนี้ โดยองค์กรดังกล่าวจะมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งจะพบได้มากในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System)³ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองในระบบกฎหมายไทยแล้วอาจพบความคลุมเครือในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีว่ากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวนั้นได้กำหนดให้องค์กรเช่นว่ามีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองหรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้เป็นปัญหาในเชิงการตีความกฎหมายและส่งผลให้นักนิติศาสตร์ไทยบางท่านเห็นว่าศาลปกครองไทยมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้อย่างจำกัดโดยมีต้นธารของเรื่องมาจาก “ถ้อยคำทางกฎหมาย” ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง⁴ อย่างไรก็ตาม การตีความกฎหมายในลักษณะนี้อาจนำไปสู่ปัญหาความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของเขตอำนาจศาลปกครองซึ่งเป็นผลมาจากการดำเนินนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติและอาจเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถแก้ไขกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองในทาง

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 212 ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 195 มาตรา 195 ทวิ และมาตรา 195 ตรี

² อัครราชทูต จุฬารัตน์, *กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2552), หน้า 160.

³ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายอาจไม่ใช่สิ่งบ่งชี้ระบบศาลของประเทศนั้น ๆ เสมอไป เพราะในแต่ละประเทศอาจมีความจำเป็นในการเลือกใช้ระบบศาลที่แตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับโครงสร้างทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศเหล่านั้นด้วย ดู กิตติคุณ หว่างเพียร, *เขตอำนาจศาลปกครอง: ศึกษาข้อจำกัดในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2567), หน้า 18-22.

⁴ ชีระ สุธีวรานุรักษ์, *ระบบศาลและการพิจารณาคดีของศาลในทางกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 163-164.

ที่เป็นการลดทอนขอบอำนาจของศาลปกครองให้แคบลงไปจากสิ่งที่ควรจะเป็นได้ บทความนี้จะชี้ให้เห็นถึงที่มาของปัญหาดังกล่าวพร้อมทั้งเสนอแนวทางแก้ไขโดยใช้วิธีการศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและการวิเคราะห์ในทางประวัติศาสตร์กฎหมาย

2. ระบบศาล: การเกิดขึ้นของระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่

เมื่อระบบกฎหมายแห่งชาติ⁵ (National Legal System) ได้ถือกำเนิดขึ้นมาราวศตวรรษที่ 20 นานาประเทศต่างพยายามสร้างความเป็นอารยะให้แก่ชนชาติของตนผ่านการหยิบยืมหรือรับระบบกฎหมายต่างประเทศเข้ามาปรับใช้ในประเทศของตน ซึ่งในช่วงเวลานั้นประเทศที่มีความก้าวหน้าในการพัฒนาระบบกฎหมายมากกว่าประเทศอื่น คือ อังกฤษ และประเทศในภาคพื้นยุโรป ส่งผลให้แนวความคิดในการจัดระบบกฎหมายจึงผูกพันอยู่กับประเทศเหล่านี้เป็นหลัก⁶ และนำมาซึ่งการเกิดขึ้นของการจัดโครงสร้างของระบบศาลซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นสองระบบ กล่าวคือ ระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่

2.1 ระบบศาลเดี่ยว

ระบบศาลเดี่ยวถือกำเนิดขึ้นเป็นครั้งแรกในอังกฤษโดยมีจุดเริ่มต้นมาจากความต้องการที่จะลดทอนอำนาจของกษัตริย์ผ่านการจัดตั้งรัฐสภา (Parliament) ขึ้นมา⁷ ซึ่งในช่วงเวลานั้นกษัตริย์มีความพยายามที่จะใช้อำนาจทางตุลาการโดยอาศัยการจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาพิพากษาคดี⁸ แนวความคิดดังกล่าวจึงถูกต่อต้านจากนักกฎหมายในประเทศ เนื่องจากการยอมให้กษัตริย์อ้างว่าตนนั้นมีพระราชอำนาจพิเศษเพื่อพิจารณาข้อพิพาทย่อมทำให้ทำให้พระองค์สามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจโดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเป็นฐานของการใช้อำนาจ ส่งผลโดยตรงต่อทัศนคติของนักกฎหมายกลุ่มดังกล่าวซึ่งเห็นว่ากษัตริย์และฝ่ายปกครองนั้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายที่ใช้ร่วมกัน (Common Law) เช่นเดียวกับประชาชนทั่วไป อีกทั้งองค์กรตุลาการจะมีวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างกันไม่ได้ ดังนั้น การมีอยู่ของศาลพิเศษจึงไม่เป็นที่นิยมมากนักในหมู่นักกฎหมายอังกฤษ โดยร่องรอยของข้อความคิดดังกล่าวได้ปรากฏในคดี Prohibitions del Roy ที่เอ็ดเวิร์ด คูก (Edward Coke; ค.ศ. 1552-1634) ประธานศาลคอมมอนลอว์ได้วินิจฉัยไว้โดยสรุปได้ว่า กษัตริย์ไม่อาจเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ เพราะกษัตริย์

⁵ ในบทความนี้คำว่า “ระบบกฎหมายแห่งชาติ” ผู้เขียนมุ่งหมายใช้กับระบบกฎหมายสมัยใหม่ที่เกิดขึ้นมาจากการศึกษากฎหมายเอกชนโรมันและการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปอันนำมาสู่การเกิดขึ้นของระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในเวลาต่อมา

⁶ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 44.

⁷ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 53.

⁸ Radcliffe and Cross, *The English Legal System*, 4 ed. (London: Butterworths, 1964), p. 111.

ไม่เคยเรียนรู้วิธีทางกฎหมายที่ใช้อยู่ในอังกฤษ การวินิจฉัยคดีจึงเป็นงานของผู้พิพากษาที่ได้ศึกษาวิชากฎหมายมาเท่านั้น คดีทุกคดีจึงต้องถูกพิจารณาโดย “ศาลยุติธรรม” (Ordinary Court)⁹

ด้วยอิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวทำให้ต่อมาจึงมีการปฏิรูประบบศาลของอังกฤษ โดยควรวรมเขตอำนาจของศาลต่าง ๆ ในระบบกฎหมายเข้ามาอยู่ในระบบเดียวกันผ่านการตรากฎหมายที่มีชื่อว่า The Judicature Acts¹⁰ อีกทั้งข้อความคิดที่สำคัญเหล่านี้ยังได้ถูกอ้างถึงในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของอัลเบิร์ต เวนน ไดซี่ (Albert Venn Dicey; ค.ศ. 1835-1922) ผู้พิพากษาและศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวอังกฤษว่า ภายใต้หลักนิติธรรม (Rule of Law) บุคคลทุกคนล้วนอยู่ภายใต้กฎหมายและเขตอำนาจศาลเดียวกัน ด้วยข้อความคิดนี้เองจึงเป็นสิ่งที่ต่อยอดให้ระบบศาลของประเทศอังกฤษไม่อาจแบ่งแยกออกจากกันได้ และผลักดันให้ศาลปกครอง (ศาลพิเศษ) กลายเป็น “ศาลอภิสิทธิ์” ที่ไม่ควรมิอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศ แม้ในเวลาต่อมาอังกฤษจะได้มีการปฏิรูประบบศาลอีกครั้งในปี ค.ศ. 2005 เพื่อจัดตั้งศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร (The Supreme Court of the United Kingdom) ขึ้นมาแทนที่ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) แต่การปฏิรูปดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้สาระสำคัญในการจัดโครงสร้างของระบบศาลในอังกฤษเปลี่ยนแปลงไปจากระบบศาลเดียวแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ในระบบศาลดังกล่าว ศาลยุติธรรมจึงมีเขตอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทได้ทั้งปวงนั่นเอง

2.2 ระบบศาลคู่

จุดเริ่มต้นของการจัดโครงสร้างของศาลในระบบศาลคู่ นั้นเกิดขึ้นมาจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ ในกระบวนการยุติธรรมของฝรั่งเศสซึ่งเริ่มต้นขึ้นราวศตวรรษที่ 18 สืบเนื่องจากความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์กับศาลยุติธรรม (Parlements) โดยขุนนางในศาลยุติธรรมนั้นได้พยายามเข้าไปแทรกแซงการดำเนินงานของฝ่ายบริหารและผูกขาดการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองไว้ที่ตนเอง ซึ่งทำให้ในช่วงเวลานั้นกษัตริย์ไม่สามารถบริหารบ้านเมืองเพื่อแก้ปัญหาเศรษฐกิจและปากท้องให้แก่ประชาชนผ่านการดำเนินนโยบายปฏิรูประบบภาษีให้มีความเท่าเทียมได้ จนเป็นสาเหตุให้คนในชนชั้นรากหญ้าถูกเอารัดเอาเปรียบจากการเรียกเก็บภาษีที่ไม่เป็นธรรม นานวันเข้าเมื่อปัญหายิ่งทวีความรุนแรงขึ้นจนประชาชนไม่สามารถอดทนกับการทุจริตภาษีที่เกิดขึ้นต่อไปได้ ในปี ค.ศ. 1789 การปฏิวัติฝรั่งเศส (French Revolution) จึงได้ถือกำเนิดขึ้น¹¹

⁹ เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, พัฒนาการของหลักนิติธรรมในอังกฤษ ใน นิติรัฐนิติธรรม ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาเปรียบเทียบ, บรรณาธิการโดย เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, (กรุงเทพมหานคร: อิลลุมิเนชันส์ เอ็ดจันส์, 2567), หน้า 11-12.; ดูประกอบ อภิศักดิ์ พรหมสวัสดิ์, ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 9-10.

¹⁰ สุรัชดา รีศรี, เอควิตี้: หลักแห่งความยุติธรรมในกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 111.

¹¹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, ภูมิปัญญาปฏิวัติฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มติชน, 2565), หน้า 34.; ดูประกอบ L.neville Brown and J.F. Garner, **French Administrative Law**, 2 ed. (London: Butterworths, 1973), pp. 18-22.

เมื่อเกิดการปฏิวัติ คณะปฏิวัติได้เล็งเห็นถึงปัญหาเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่เกิดขึ้นมาจากศาลยุติธรรม คณะบุคคลดังกล่าวจึงดำเนินการออกกฎหมายเพื่อตัดอำนาจไม่ให้องค์กรเช่นว่าเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการพิจารณาคดีปกครองได้อีกและกำหนดให้อำนาจในการพิจารณาคดีปกครองตกเป็นของฝ่ายปกครองด้วยกันเอง¹² ซึ่งต่อมาองค์กรที่ใช้อำนาจดังกล่าวได้ถูกพัฒนาไปเป็น “สภาแห่งรัฐ” (Conseil d'État) หรือที่รู้จักกันดีในชื่อ “ศาลปกครอง” และเมื่อฝรั่งเศสมีการแผ่ขยายอิทธิพลไปยังประเทศต่าง ๆ ผ่านการล่าอาณานิคม องค์ความรู้เกี่ยวกับการแบ่งแยกระบบศาลในลักษณะดังกล่าวได้ถูกนำไปปรับใช้กับประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับ¹³ ผ่านการกำหนดให้ประเทศเหล่านี้มีการจัดโครงสร้างของศาลโดยมีศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองแยกออกจากเขตอำนาจของศาลยุติธรรม พร้อมทั้งมีการแบ่งแยกระบบผู้พิพากษาและองค์กรบริหารงานบุคคลของศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรมอย่างเป็นเอกเทศ และกำหนดให้มีตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนเป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ ในประเทศที่มีการจัดโครงสร้างของศาลในระบบศาลคู่ การมีอยู่ของศาลปกครองที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองจึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการพิจารณาว่าประเทศนั้นมีการจัดโครงสร้างของศาลในระบบศาลคู่หรือไม่ ทั้งนี้ ระบบศาลในรูปแบบดังกล่าวส่วนมากจะพบได้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐโปรตุเกส หรือสาธารณรัฐออสเตรีย เป็นต้น¹⁴

3. เขตอำนาจศาล: ความเบื้องต้นเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

โดยทั่วไปแล้วข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลย่อมมีความสัมพันธ์กับเขตอำนาจศาลอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเขตอำนาจศาลเป็นเครื่องมือหนึ่งในการจำแนกระบบศาลของรัฐ อีกทั้งหากไม่มีกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลไว้ ศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐจะไม่มีทางรับรู้ได้เลยว่าตนจะมีอำนาจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้เพียงใดซึ่งอาจทำให้ศาลรับข้อพิพาทต่าง ๆ ไว้พิจารณาไปตามอำเภอใจและอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนภายในรัฐได้ในท้ายที่สุด เมื่อเป็นเช่นนี้ เขตอำนาจศาลจึงเป็นเสมือนหลักประกันให้แก่ประชาชนว่าศาลจะใช้อำนาจทางตุลาการได้เท่าที่กฎหมายกำหนดให้ไว้เท่านั้น หากข้อพิพาทใดไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตที่ศาลมีอำนาจรับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้ ศาลจะต้องปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทเช่นว่าไว้พิจารณาเสมอ ซึ่งถ้าหากพิจารณาในทางตำราเขตอำนาจศาลในความหมายอย่างกว้างอาจหมายถึงเขตอำนาจศาลตามพื้นที่ (*compétence territoriale*) เขตอำนาจศาลตามกลไกหรือหน้าที่ (*compétence fonctionnelle*)

¹² รัฐบัญญัติลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 มาตรา 13

¹³ อิศระ นิติรัตน์ประภาส, คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่องปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (2524), หน้า 89.

¹⁴ บรรเจิด สิงคนดี, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 263-264.

และเขตอำนาจศาลเหนือวัตถุแห่งคดี (*compétence matérielle*)¹⁵ โดยในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายเฉพาะข้อความคิดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในลำดับสุดท้ายซึ่งเป็นวัตถุแห่งการศึกษาวิจัยของบทความ

3.1 ความหมายของเขตอำนาจศาลเหนือวัตถุแห่งคดี

เขตอำนาจศาลเหนือวัตถุแห่งคดี คือ ขอบอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งจะยึดโยงกับวัตถุแห่งคดีหรือประเภทของคดีที่ศาลมีอำนาจพิจารณาเป็นหลัก โดยเขตอำนาจศาลจะเป็นสิ่งที่จัดแบ่งศาลในระบบกฎหมายนั้น ๆ ออกจากกันซึ่งมักจะใช้ปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะพิเศษของคดีหรือความสำคัญของคดีเป็นเหตุผลหลักในการจัดแบ่ง ทั้งนี้ ศาลจะมีเขตอำนาจเพียงใดนั้นเรื่องดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด¹⁶ เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนกฎอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครอง¹⁷ ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าในสายตาของกฎหมายนั้นคดีฟ้องเพิกถอนกฎเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษจึงมีความจำเป็นจะต้องให้คดีประเภทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีวิธีพิจารณาที่เหมาะสมกับข้อพิพาทและมีบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว เป็นต้น

3.2 ประเภทของเขตอำนาจศาลเหนือวัตถุแห่งคดี

โดยหลักแล้วประเภทของเขตอำนาจศาลเหนือวัตถุแห่งคดีอาจแบ่งได้เป็นสองประเภทตามหลัก *de lege ferenda* กล่าวคือ ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีและศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะในการพิจารณาคดี ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนำมาสู่การเกิดขึ้นของ “ศาลที่มีเขตอำนาจสำรอง”¹⁸ เพราะถ้าหากเกิดกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาทนั้น ๆ อยู่ในเขตอำนาจของศาลใดข้อพิพาทเช่นว่าก็จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลเหล่านี้ กรณีจึงเป็นการจัดความคลุมเครือที่มีอยู่ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาให้หมดสิ้นไป อีกทั้งเกณฑ์ดังกล่าวยังสามารถนำมาปรับใช้เคียงคู่กับข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลได้อีกด้วย ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเช่นว่ามักจะนำหลัก *de lege ferenda* มาปรับใช้โดยกำหนดให้ศาลในระบบศาลยุติธรรมและศาลในระบบศาลปกครองต่างมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปและเขตอำนาจเป็นการเฉพาะในการพิจารณาคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง

¹⁵ วรรณชัย บุญบำรุง และธนภฤต วรรณชชากุล, *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566), หน้า 255.

¹⁶ ชีระ สุธีวรารุง, *ระบบศาลและการพิจารณาคดีของศาลในทางกฎหมายมหาชน*, หน้า 165.

¹⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)

¹⁸ ในบทความนี้ “ศาลที่มีเขตอำนาจสำรอง” ผู้เขียนมุ่งหมายใช้กับศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดี เช่น ศาลแพ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีแพ่งในอีกสถานะหนึ่งศาลแพ่งจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจสำรองในการพิจารณาคดีดังกล่าวอีกด้วย

ซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามนโยบายของแต่ละประเทศ¹⁹ โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะขออธิบายเฉพาะศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองเท่านั้น

3.2.1 ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง

ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง คือ ศาลที่มีกฎหมายกำหนดให้ศาลนั้นมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทุกประเภท แต่อาจมีกฎหมายอื่นกำหนดให้คดีปกครองบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นได้ เช่น ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกฎหมายพื้นฐาน (*Grundgesetz; Basic law*) ได้รับรองสิทธิของประชาชนให้สามารถฟ้องคดีพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจทางมหาชนของฝ่ายปกครองต่อศาลเอาไว้ในกฎหมายฉบับดังกล่าว ส่งผลให้ประชาชนภายในรัฐสามารถฟ้องคดีเช่นว่าต่อศาลภายในประเทศได้ โดยคดีที่มีลักษณะดังกล่าวนี้จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเสมอ เว้นแต่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้คดีเช่นว่าอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นตามนัยมาตรา 40 (1) ของประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1960 ซึ่งบัญญัติว่า “*Recourse to the administrative courts shall be available in all public-law disputes of a non-constitutional nature insofar as the disputes are not explicitly allocated to another court by a federal statute. Public-law disputes in the field of Land law may also be assigned to another court by a Land statute.*” [ศาลปกครองมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจทางมหาชนทั้งปวง เว้นแต่ข้อพิพาทนั้นเกิดจากการใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญหรือมีกฎหมายอื่นกำหนดให้ข้อพิพาทเช่นว่าอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น] หรือในสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 7 (1) แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอิตาลี ค.ศ. 2010 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า “*The administrative court are competent to deal with any dispute over legitimate interests and, in the particular matters laid out by law, of individual rights, concerning the exercise or non-exercise of administrative power, related to measures, acts, agreements or behaviour, also indirectly related to the exercise of that power, adopted by public administrations. ...*” [ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ อันชอบด้วยกฎหมายและในกรณีเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงสิทธิส่วนบุคคลอันเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือการไม่ใช้อำนาจนั้นที่เกี่ยวเนื่องกับมาตรการ การกระทำ ข้อตกลง หรือพฤติกรรม ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการใช้อำนาจดังกล่าวซึ่งกระทำโดยหน่วยงานของรัฐ]

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐอิตาลีได้มีการตรากฎหมายรับรองให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครองอย่างเป็นทางการทั่วไปโดยอาศัยการใช้ “ถ้อยคำทางกฎหมาย” ที่แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสามารถรับข้อพิพาททางปกครองไว้พิจารณาได้ทุกกรณีผ่านคำว่า *all public-law disputes* [คดีที่เกิดจากการใช้อำนาจทางมหาชนทั้งปวง] หรือ *any dispute over legitimate interests* [ข้อพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์

¹⁹ วรรณชัย บุญบำรุง และธนกฤต วรรณชชากุล, *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1*, หน้า 256.

อันชอบด้วยกฎหมาย] ซึ่งส่งผลให้หากมีกรณีที่เกิดข้อพิพาททางปกครองขึ้นในสังคมและข้อพิพาทนั้นไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลใดเป็นการเฉพาะ ศาลปกครองในประเทศเหล่านี้ย่อมสามารถพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้ในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจสำรองในการพิจารณาคดีปกครอง และในอีกแง่หนึ่งก็เป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมายเพื่อให้คดีปกครองถูกพิจารณาโดยศาลปกครองอยู่เสมอซึ่งสอดคล้องกับข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ที่มุ่งหมายให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง

อย่างไรก็ดี เมื่อกลับมาพิจารณาห้วงบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของศาลปกครองไทยจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้ร่างกฎหมายนั้นไม่ได้บัญญัติกฎหมายโดยใช้ “ถ้อยคำทางกฎหมาย” ที่ทำให้ผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายสามารถตีความได้ว่าศาลปกครองไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง เพราะหากพิจารณาจากถ้อยคำทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยประกอบกับกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองจะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองไทยมีเขตอำนาจยึดโยงอยู่กับ “คดีปกครองบางประเภท” เท่านั้น²⁰ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดปัญหาต่อการตีความกฎหมายว่านักนิติศาสตร์ไทยจะสามารถตีความกฎหมายให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองได้เช่นเดียวกับศาลปกครองในประเทศภาคพื้นยุโรปหรือไม่ เพราะเมื่อใดก็ตามที่มีคดีปกครองที่อยู่นอกเหนือไปจากถ้อยคำที่ถูกกำหนดอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองไทยเกิดขึ้นมา กรณีอาจทำให้ข้อพิพาทเช่นว่าหลุดพ้นไปจากการตรวจสอบของศาลปกครองได้ ทั้งที่โดยทั่วไปแล้วข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นล้วนแล้วแต่เป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ปัญหานี้เองจึงก่อให้เกิดความคลุมเครือต่อสถานะของศาลปกครองไทยต่อการเป็นศาลที่มีเขตอำนาจสำรองในการพิจารณาคดีดังกล่าว จนอาจทำให้นักนิติศาสตร์ไทยตีความเขตอำนาจศาลผ่านถ้อยคำทางกฎหมายที่เป็นอยู่ไปในทิศทางที่ทำให้องค์กรเช่นว่ากลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองอย่างจำกัดอันเป็นการลดทอนคุณค่าของข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมุ่งคุ้มครอง เนื่องจากภายใต้ข้อความคิดดังกล่าวศาลปกครองจะต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกรองนั่นเอง โดยตัวอย่างข้อพิพาททางปกครองที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลปกครอง ได้แก่ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องขอให้ศาลสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคืนเงินที่ได้รับไปโดยไม่มีสิทธิตามฐานลามิควรได้²¹ หรือข้อพิพาท

²⁰ ผู้เขียนเห็นว่า ด้วยถ้อยคำทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอาจทำให้นักนิติศาสตร์ตีความได้ว่าศาลปกครองไทยมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งกฎหมายนั้นได้แก่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายเฉพาะที่กำหนดให้ข้อพิพาททางปกครองหรือข้อพิพาทอื่น ๆ อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และอาจส่งผลให้คดีปกครองที่อยู่นอกเหนือจากที่บทบัญญัติเหล่านี้กำหนดไว้ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวง ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 194 วรรคหนึ่ง มาตรา 197 วรรคหนึ่ง ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง

²¹ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 7/2558

เกี่ยวกับการฟ้องขอให้ศาลปกครองสั่งให้หน่วยงานทางปกครองใช้เงินแก่เอกชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจาก การจัดการงานนอกสั่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง²² เป็นต้น

3.2.2 ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะในการพิจารณาคดีปกครอง

ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะในการพิจารณาคดีปกครอง คือ ศาลที่มีกฎหมายกำหนดให้ พิจารณาพิพากษาคดีปกครองประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยศาลเหล่านี้จะมีเขตอำนาจ ในการพิจารณาคดีปกครองได้อย่างจำกัดเท่าที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้นซึ่งจะมีสถานะเป็น “ศาลปกครอง ชำนาญพิเศษ” ในระบบของศาลปกครองนั้น ๆ เช่น ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายได้กำหนดให้มี ศาลสังคม (*Sozialgerichte*) และศาลภาษี (*Finanzgerichte*) ขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีการประกันสังคม การเยียวยาความเสียหายจากสงคราม หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับภาษีอากร ซึ่งเป็นคดีปกครองที่มีความเฉพาะ ด้าน²³ ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้กำหนดให้ศาลคดีวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น สภามหาวิทยาลัย (*Conseil de l'Université*) หรือคณะกรรมการตุลาการสูงสุด (*Conseil Supérieur de la Magistrature*; CSM) มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลเป็นการเฉพาะ²⁴ นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายอิตาลีก็ได้กำหนดให้มีศาลบัญชีภูมิภาค (*Sezioni regionali della Corte dei Conti*) ขึ้นเป็นศาลปกครองชำนาญพิเศษชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะในการตรวจสอบคดีปกครอง ที่เกี่ยวกับการใช้จ่ายงบประมาณของภาครัฐอีกด้วย²⁵

อย่างไรก็ดี เมื่อผู้ร่างกฎหมายสามารถกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งมีเขตอำนาจ เป็นการเฉพาะในการพิจารณาคดีปกครองได้ ในระบบศาลคู่จึงมีกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายอาจกำหนด นิตินโยบายให้ “ศาลในระบบศาลยุติธรรม” เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะในการพิจารณาคดีปกครอง ได้เช่นเดียวกัน แม้เรื่องดังกล่าวอาจจะกระทบต่อคุณค่าของข้อคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ก็ตาม ทั้งนี้ก็เพราะ ความจำเป็นในการบริหารจัดการกิจการยุติธรรมให้เกิดผลที่ดี²⁶ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

²² ปรียานุช มหาวรรณ, ปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการจัดการงานนอกสั่งในระบบกฎหมายปกครองไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 87-88.

²³ Anke Freckmann and Thomas Wegerich, *The German Legal System*, (London: Sweet & Maxwell, 1999) pp. 133-134.

²⁴ โกคิน พลกุล, *คดีปกครองฝรั่งเศส*, (กรุงเทพมหานคร: เอกสารประกอบการบรรยาย บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน, 2525), หน้า 131.; ดูประกอบ สุพล นิธิไกรพจน์ และคณะ, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, สำนักงานศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร: 2545), หน้า 178-179.

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 103 ประกอบประมวลกฎหมายศาลบัญชีอิตาลี มาตรา 1 และมาตรา 9

²⁶ เจตน์ สถาวรศิลป, ปัญหาการใช้บทบัญญัติตามข้อ 41 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543: ศึกษาเฉพาะกรณีเกี่ยวกับประเด็นที่จำเป็นต้องวินิจฉัย ก่อนที่อยู่ในอำนาจของศาลอื่นที่มีใช้ศาลปกครอง, (รายงานการศึกษาค้นคว้าส่วนบุคคล หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง สำนักงานศาลปกครอง, 2557) หน้า 15-17.

ได้กำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดจากการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับภาษีทางอ้อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม²⁷ หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีฝ่ายนิติบัญญัติก็มีการกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยของผู้พิพากษาอยู่ในเขตอำนาจของศาลในระบบดังกล่าว²⁸ เป็นต้น โดยเรื่องเหล่านี้เป็นข้อจำกัดเขตอำนาจศาลปกครองประการหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งอาจแปรผันได้ตามพลวัตรของสังคม

สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้ร่างกฎหมายก็ได้กำหนดให้มีศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะในการพิจารณาคดีปกครองขึ้นในระบบกฎหมายโดยเรียกศาลดังกล่าวว่า “ศาลชำนาญพิเศษ” แต่มีข้อน่าสังเกตว่า องค์การวินิจญัติคดีปกครองเช่นว่ากลับเกิดขึ้นในระบบของศาลยุติธรรม เช่น การกำหนดให้ศาลภาษีอากรมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งประเมินภาษี²⁹ หรือการกำหนดให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า³⁰ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ในระบบกฎหมายไทยจึงไม่มีศาลปกครองชำนาญพิเศษทำหน้าที่เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเป็นการเฉพาะในระบบของศาลปกครองเหมือนเช่นในประเทศภาคพื้นยุโรปนั่นเอง

3.3 การแบ่งแยกประเภทคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลในระบบศาลคู่และกฎเกณฑ์ที่ศาลใช้บังคับกับคดี

ในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ ปัญหาหนึ่งที่นักนิติศาสตร์มักจะมีการถกเถียงกันเป็นอย่างมากเพื่อหาผลึกทางความคิด คือ ปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการแบ่งแยกข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เพื่อแก้ไขคำตอบของปัญหานี้ นักนิติศาสตร์หลายท่านได้พยายามคิดค้นหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ทางกฎหมายมาใช้ในการอธิบายคำตอบ แต่ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่สมบูรณ์ไปเสียทีเดียว เพราะข้อพิพาทเหล่านี้มีความเป็นพลวัตรสูงและอาจมีความเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายเอกชนจนบางครั้งก็ยากที่จะระบุได้ว่าข้อพิพาทในลักษณะนี้ควรอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การแบ่งแยกข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและศาลปกครองนั้นจะอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนเป็นหลักการสำคัญในการแบ่งแยกประเภทคดีและเขตอำนาจศาล ส่งผลให้ข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายเอกชนจึงไม่ใช่ข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของ

²⁷ L.neville Brown and J.F. Garner, **French Administrative Law**, p. 74.

²⁸ รัฐบัญญัติว่าด้วยผู้พิพากษา มาตรา 62 (DRiG)

²⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากร พ.ศ. 2528 มาตรา 7 และมาตรา 12

³⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 7 และมาตรา 11

ศาลปกครอง³¹ เช่น การฟ้องให้ข้าราชการรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดต่อบุคคลที่สาม เป็นต้น³²

ส่วนสาธารณรัฐอิตาลีจะอาศัยหลัก *Criterio di causa petendi* เป็นหลักการสำคัญในการแบ่งแยกข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกัน โดยพิจารณาจากธรรมชาติของข้อพิพาท หากข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของเอกชน (*Diritto soggettivo*) ข้อพิพาทนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง³³ เช่น การฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครอง อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสนใจว่าในอิตาลีได้เกิดปัญหาการแบ่งแยกเขตอำนาจของศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทประเภทดังกล่าวขึ้นมา เนื่องจากข้อพิพาทเช่นว่ามีจุดเกาะเกี่ยวกันระหว่างการขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการฟ้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของเอกชนซึ่งยากแก่การกำหนดเขตอำนาจศาลว่าข้อพิพาทดังกล่าวควรจะอยู่ในเขตอำนาจศาลใด ในเวลาต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติของอิตาลีจึงได้กำหนดให้คดีลักษณะนี้กลายเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งส่งผลให้ปัญหาดังกล่าวจึงหมดสิ้นไป แต่มีข้อน่าสังเกตว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ทำให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองในบางกรณีเท่านั้น เพราะโดยหลักแล้วในอิตาลีคดีพิพาทลักษณะนี้ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมนั่นเอง³⁴

เมื่อพิจารณาจากสิ่งที่ผู้เขียนได้พรรณนาไปจะเห็นได้ว่า ในประเทศต่าง ๆ นักนิติศาสตร์ได้พยายามค้นหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการแบ่งแยกเขตอำนาจของศาลยุติธรรมกับศาลปกครองออกจากกันเพื่อประโยชน์ในการจำแนกข้อพิพาทที่จะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอันเป็นการป้องกันไม่ให้ศาลที่อยู่ในต่างระบบพิจารณาข้อพิพาทที่มีลักษณะเดียวกันทับซ้อนกันได้ อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะที่แน่นอนตายตัวเสมอไป เพราะอาจมีบางกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดกฎหมายให้ข้อพิพาทที่อยู่ในศาลต่างระบบนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลอีกระบบหนึ่งได้เป็นการเฉพาะ เช่น การกำหนดให้ข้อพิพาททางแพ่งหรือข้อพิพาททางอาญาอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือการกำหนดให้ข้อพิพาททางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีและนโยบายของผู้ร่างกฎหมาย เพียงแต่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเช่นว่าจะต้องตัดสินข้อพิพาทโดยอาศัยหลักกฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพของเรื่องเป็นเครื่องมือในการตัดสินคดีด้วย

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 21.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 839.

³³ Jürgen Schwarze, *European Administrative Law*, 2 ed. (London: Sweet & Maxwell, 2006), pp. 134-135.

³⁴ ศุภวัฒน์ สิงห์สุขงษ์, *เขตอำนาจศาลในคดีความรับผิดของฝ่ายปกครอง: เปรียบเทียบระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในยุโรป* [ออนไลน์] 24 สิงหาคม 2568. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th>

4. ศาลปกครองไทย: การเกิดขึ้นขององค์กรและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง

4.1 การเกิดขึ้นของศาลปกครองในระบบกฎหมายไทย

เมื่อสยาม (ปัจจุบัน คือ ประเทศไทย) ได้รับผลกระทบจากสนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงต้องการปรับปรุงประเทศให้มีความทันสมัยและเป็นอารยะทัดเทียมกับประเทศอื่น ๆ ในทางสากลพระองค์จึงมีพระราชดำริให้ส่งชนชั้นนำไปศึกษาเล่าเรียนในต่างประเทศเพื่อนำความรู้ดังกล่าวกลับมาพัฒนาบ้านเมือง เมื่อกล่าวถึงเฉพาะการปรับปรุงการศาลและระบบกฎหมายของไทยนั้น ล้นเกล้ารัชกาลที่ 5 ได้ส่งปัญญาชนไปศึกษาวิชากฎหมายในอังกฤษ ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่าในประเทศดังกล่าวจะมีศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททั้งปวงที่เกิดขึ้นในสังคมและเมื่อชนชั้นนำเหล่านั้นกลับมายังประเทศก็ได้นำความรู้ดังกล่าวมาเผยแพร่ต่อนักเรียนกฎหมายไทยต่อไป อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจเช่นว่ากลับเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับระบบกฎหมายที่พระองค์ทรงเลือกใช้ เพราะในเวลานั้นสยามได้เลือกที่จะนำระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) มาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทย ซึ่งนำมาสู่ปัญหาความไม่สอดคล้องกันของระบบกฎหมายของประเทศกับความรูของผู้บังคับใช้กฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ความคิดทางกฎหมายของบรรดาประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) จึงถูกนักกฎหมายไทยนำมาศึกษาและกล่าวอ้างอยู่เสมอและส่งผลโดยตรงต่อความรู้ทางกฎหมายมหาชนตามแบบอย่างประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ไม่ค่อยแพร่หลายมากนักในหมู่นักนิติศาสตร์ไทย แต่เมื่อเวลาผ่านไปความคิดในการเปลี่ยนแปลงแหล่งศึกษากฎหมายของนักเรียนหลวงให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศจึงเกิดขึ้นผ่านการเสนอความเห็นของยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux; พ.ศ. 2410-2504; ค.ศ. 1867-1961) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายชาวฝรั่งเศสของรัฐบาลไทยในขณะนั้น ช่วงเวลานี้เองที่ทำให้นักเรียนกฎหมายไทยได้ไปศึกษาวิชากฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรปมากยิ่งขึ้นและทำให้นักนิติศาสตร์ไทยในช่วงเวลาหลังได้รับอิทธิพลทางความคิดและนิติวิธีทางกฎหมายในประเทศเหล่านั้นมา³⁵

กระทั่งภายหลังสยามได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ปรีดี พนมยงค์ หนึ่งในผู้ก่อการปฏิวัติประเทศ ได้มีนโยบายที่จะจัดตั้งสถาบันที่มีอำนาจในการให้คำปรึกษาในทางกฎหมายแก่รัฐบาลและปกครองที่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองที่มีลักษณะเหมือนกับสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ตามแนวทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ด้วยผลพวงจากสนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่รัฐไทยได้ทำไว้กับชาติตะวันตก รัฐบาลจึงเห็นวาทะไม่เหมาะสมที่จะเรียกองค์กรดังกล่าวว่า “ศาลปกครอง” เพราะเกรงว่าประเทศมหาอำนาจจะอาศัยเหตุการณ์เช่นว่าเข้ามาแทรกแซงการบริหารราชการแผ่นดิน³⁶ ในปี พ.ศ. 2476 รัฐบาลจึงได้ตรากฎหมายเพื่อจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองขึ้นมา

³⁵ ชาญชัย แสงวงศ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 126-133.

³⁶ อัคราทร จุฬารัตน์, กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง, หน้า 121.

โดยให้องค์กรดังกล่าวมีชื่อว่า “คณะกรรมการกฤษฎีกา”³⁷ โดยมุ่งหวังให้องค์กรนี้ทำการเป็นศาลปกครองได้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม แม้จะจัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นมาได้แต่องค์กรเช่นว่ากลับไม่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ในทางความเป็นจริง เพราะมีความจำเป็นที่จะต้องตราพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกาในคดีปกครองขึ้นมาเสียก่อน

ต่อมารัฐบาลจึงมอบหมายให้เรอเน กียอง (René Guyon; พ.ศ. 2419-2506; ค.ศ. 1876- 1963) ที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลในขณะนั้นจัดทำบันทึกการศึกษาในหัวข้ออำนาจศาลในทางปกครองอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2476 เพื่อพิจารณาแนวทางและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหากมีการจัดตั้งหน่วยงานดังกล่าวขึ้นมา โดยกียองเห็นว่าหากประเทศไทยสามารถตราพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกาในคดีปกครองขึ้นได้จะส่งผลให้เกิดศาลปกครองขึ้นมาในประเทศไทยเป็นครั้งแรกโดยศาลดังกล่าวจะมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้³⁸ เช่น มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนคำสั่งของเจ้าพนักงานที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีอำนาจในการพิจารณาฎีกาที่อุทธรณ์ ฎายตพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวหรือที่ยื่นต่อรัฐบาล เป็นต้น³⁹ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเช่นว่านี้ไม่สามารถถูกตราขึ้นมาใช้บังคับได้ เพราะมีปัจจัยสำคัญมาจากสถานการณ์ทางการเมืองในช่วงเวลานั้นประกอบกับความเห็นที่ไม่ลงรอยกันของนักกฎหมายไทยที่ได้ศึกษาเล่าเรียนกฎหมายมาจากแหล่งศึกษาต่างสำนักกัน⁴⁰

จนกระทั่งผ่านไปราวกว่าครึ่งศตวรรษ เมื่อบรรหาร ศิลปอาชา ขณะการเลือกตั้งและได้ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี รัฐบาลได้มีนโยบายที่จะจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาอีกครั้งเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่ได้มีการแก้ไขใหม่ โดยโกศล รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ในขณะนั้นได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม และให้แยกศาลปกครองออกจากคณะกรรมการกฤษฎีกา อย่างไรก็ตามก่อนที่จะเสนอเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี บรรหารได้ประกาศยุบสภาในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2539 เสียก่อน จึงทำให้แผนงานที่จะจัดตั้งศาลปกครองหยุดชะงักลงแต่เมื่อผู้นำรัฐบาลต่อมาได้เข้ามาบริหารประเทศ

³⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 มาตรา 5 (3)

³⁸ เรอเน กียอง, บันทึกการศึกษาในเรื่องอำนาจศาลในทางปกครองที่จะได้จัดตั้งขึ้นเป็นผลเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476, วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 (2537), หน้า 61.

³⁹ ร่างขึ้นต้นพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจคณะกรรมการกฤษฎีกา (ทำการเป็นศาลปกครอง) พุทธศักราช 2476 มาตรา 3 และมาตรา 4

⁴⁰ กิตติคุณ หว่างเพียร, เขตอำนาจศาลปกครอง: ศึกษาข้อจำกัดในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ, หน้า 129-138.

ผู้นำเหล่านี้ต่างให้ความสำคัญกับการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในระบบกฎหมายไทยจึงได้สานต่อนโยบายดังกล่าวจนสามารถเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ซึ่งท้ายที่สุดก็ได้มีการประกาศและมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2542⁴¹ และนำมาสู่การเกิดขึ้นของ “ศาลปกครอง” ในระบบกฎหมายไทยอันมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงให้ประเทศไทยมีการจัดโครงสร้างศาลใน “ระบบศาลคู่” นับแต่นั้นเป็นต้นมา

4.2 การหายไปของบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจทั่วไปของศาลปกครองไทย

จากที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วว่า ภายใต้ข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ ศาลปกครองจะต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง ด้วยเหตุนี้ ในชั้นยกร่างกฎหมายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เราจึงได้เห็นความพยายามในการบรรจุหลักการดังกล่าวเข้าไปในกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเช่นว่าด้วยกันหลายครั้งซึ่งเป็นผลมาจากการต่อรองกับกระทรวงยุติธรรมที่ต้องการให้ศาลปกครองไทยมีเขตอำนาจอย่างจำกัด⁴² แต่ท้ายที่สุดความพยายามของผู้ยกร่างกฎหมายก็ประสบผลสำเร็จผ่านการบัญญัติหลักการนี้ไว้ในมาตรา 11 ของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. โดยมีเนื้อความว่า “บรรดาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ศาลอื่นใดจะรับไว้พิจารณาไม่ได้”

อย่างไรก็ตาม มีข้อควรสังเกตว่าบทบัญญัติที่ได้กล่าวไปนั้นกลับมีเนื้อความที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติเดิมที่เคยอยู่ในร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ฉบับก่อนซึ่งใช้ถ้อยคำทางกฎหมายว่า “คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ได้แก่ แต่ไม่รวมถึงคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ศาลทหาร และศาลอื่น”⁴³ กรณีจึงแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ก่อนที่จะมีการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวนี้ ผู้ร่างได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองโดยรวมถ้อยคำที่แสดงถึงความทั่วไปของเขตอำนาจศาลปกครองกับประเภทคดีปกครองเข้าด้วยกัน แต่ต่อมาผู้ร่างกฎหมายกลับร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองให้มีเนื้อความแตกต่างไปจากเดิมโดยแยกบทบัญญัติเกี่ยวกับประเภทคดีปกครองซึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 8 (ปัจจุบัน คือ มาตรา 9) กับบทบัญญัติว่าด้วยความทั่วไปของเขตอำนาจศาลปกครอง (มาตรา 11) ออกจากกัน⁴⁴ ทั้งที่แต่ก่อนนั้นบทกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวก็เป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติเดียวกัน

ต่อมาเมื่อกฎหมายฉบับนี้ได้เข้าสู่ขั้นการพิจารณาร่างกฎหมายแล้วนั้น กรรมาธิการวิสามัญสภาผู้แทนราษฎรได้อภิปรายถึงประเด็นความทั่วไปและความเฉพาะของเขตอำนาจศาลปกครอง

⁴¹ อักษรพร จุฬารัตน์, *กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง*, หน้า 155-160.

⁴² สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กองวิชาการ, หนังสือกระทรวงยุติธรรม ที่ ยธ 0503/3894 เรื่อง ประเด็นในการพิจารณาเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลปกครอง ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2540

⁴³ สำนักงานศาลปกครอง, *รวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เล่ม 6*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 542.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 603-604.

ผ่านบทบัญญัติในมาตรา 11 นี้ โดยสรุปได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวอาจทำให้เกิดความสับสน เพราะถ้าหากมีคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะเกิดขึ้น เช่น การฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งประเมินภาษีต่อศาลภาษีอากร ด้วยถ้อยคำที่บัญญัติในมาตรานี้อาจทำให้ศาลภาษีอากรไม่สามารถรับคดีเช่นว่าไว้พิจารณาได้ เพราะข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งประเมินภาษียังเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 8 ได้เช่นเดียวกัน อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นเพียงบทกฎหมายที่เขียนขึ้นเพื่อรองรับเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 8 ดังนั้น เมื่อการบัญญัติมาตรา 11 เป็นเพียงการบัญญัติกฎหมายเพื่อสะท้อนความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการดังกล่าว ผู้พิจารณาร่างกฎหมายจึงเห็นควรให้ตัดบทบัญญัติมาตรา 11 ออกจากร่างกฎหมายฉบับนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความสับสนต่อการฟ้องคดีปกครองในศาลอื่น ๆ⁴⁵

จากการอภิปรายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ผู้พิจารณาร่างกฎหมายไม่เข้าใจถึงความสำคัญของการมีอยู่ของบทบัญญัติที่มีถ้อยคำทางกฎหมายว่าด้วยความทั่วไปของเขตอำนาจศาล ผลของการอภิปรายดังกล่าวได้นำไปสู่การตัดข้อความในบทบัญญัติมาตรา 11 ออกจากร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. โดยผู้พิจารณาร่างกฎหมายไม่ได้กลับมาพิจารณาถึงผลของการกระทำดังกล่าวอีกเลย ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้พิจารณาร่างกฎหมายได้หลงเข้าใจไปเสียแล้วว่า การมีอยู่ของบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดประเภทคดีปกครองกับการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความทั่วไปของเขตอำนาจศาลนั้นเป็นสิ่งเดียวกัน และเมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ถูกประกาศใช้บังคับจึงส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองที่ไม่สมบูรณ์เนื่องจากขาดสาระสำคัญของบทบัญญัติว่าด้วยความทั่วไปของเขตอำนาจศาลไป ด้วยเหตุนี้เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจศาลได้ตามที่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติได้กำหนดไว้ กรณีจึงส่งผลโดยตรงต่อการพิจารณาเขตอำนาจทั่วไปของศาลปกครองไทยและนำมาซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศาลที่มีเขตอำนาจสำรองในการพิจารณาคดีปกครองในปัจจุบัน

5. บทวิเคราะห์ปัญหาความไม่ชัดเจนของศาลที่มีเขตอำนาจสำรองในการฟ้องคดีปกครอง

เมื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของศาลที่มีเขตอำนาจสำรองในการฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทยผู้เขียนเห็นว่า สภาพการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นมาจากปัญหาในเชิงมูลฐานซึ่งมีที่มาจากการปรับปรุงระบบกฎหมายของประเทศใหม่มีความทันสมัย เหตุการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลโดยตรงต่อการบ่มเพาะองค์ความรู้ทางกฎหมายของนักนิติศาสตร์ไทย เพราะพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำริให้ชนชั้นนำสยามไปศึกษาวิชากฎหมายในอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และใช้ระบบศาลในรูปแบบศาลเดี่ยว เมื่อชนชั้นนำสยามเหล่านี้กลับมาเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายให้แก่นักเรียนในโรงเรียนกฎหมายก็จะอธิบายคำสอนวิชากฎหมายตามแบบฉบับของประเทศที่ตนได้เคยเรียนมา

⁴⁵ สำนักงานศาลปกครอง, รวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 141-149.

อีกทั้งเมื่อภายหลังรัฐบาลได้มีการเปลี่ยนแปลงแหล่งศึกษาวิชากฎหมายของนักนิติศาสตร์ไทยไปเป็นประเทศในภาคพื้นยุโรป การกระทำดังกล่าวกลับยิ่งสร้างความขัดแย้งทางความคิดให้กับนักนิติศาสตร์ไทย เนื่องจากองค์ความรู้ทางกฎหมายที่นักเรียนหลวงเหล่านี้ได้รับมาจากแต่ละประเทศนั้นย่อมมีความแตกต่างกันจนทำให้เกิดปัญหาที่ถกเถียงกันมาอย่างยาวนานว่า ประเทศไทยจะจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในระบบศาลใด ซึ่งท้ายที่สุดแล้วรัฐไทยก็ได้เลือกที่จะจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในระบบศาลคู่ แต่ด้วยเหตุที่ได้กล่าวไปจึงทำให้ศาลปกครองที่เกิดขึ้นมาในระบบกฎหมายไทยนั้นได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ผ่านการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญบางส่วนได้อาศัยหลักวิชาที่ตนได้เล่าเรียนมาจากประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวมาเป็นฐานทางความคิดในการร่างรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งส่งผลให้การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองในรัฐธรรมนูญบิดเบี้ยวไปจากสิ่งที่ควรจะเป็นและส่งผลโดยตรงต่อหลักคิดของนักนิติศาสตร์ไทยว่าแท้จริงแล้วศาลใดในระบบกฎหมายที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง

ในทัศนะของผู้เขียน การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นความพยายามของผู้ร่างรัฐธรรมนูญบางกลุ่มที่จะนำข้อคิดว่าด้วยระบบศาลเดียวกับระบบศาลคู่มาผสมผสานกันโดยไม่ได้นึกถึงว่าเมื่อประเทศไทยเลือกใช้การจัดโครงสร้างของศาลในระบบศาลคู่แล้ว ศาลปกครองที่เกิดขึ้นมาในระบบกฎหมายนั้นจะต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครอง ปัญหาเช่นว่าจึงเกิดขึ้นมาจากความตั้งใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่จะสถาปนาอำนาจให้ศาลยุติธรรมกลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองผ่านการทำให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะโดยยึดโยงเขตอำนาจของศาลดังกล่าวไว้กับ “คดีปกครองบางประเภท”

นอกจากนั้น หากพิจารณาจากพัฒนาการของการเกิดขึ้นของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบด้วยแล้วจะเห็นได้ว่าในช่วงเวลาที่มีการยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฉบับนี้ นักนิติศาสตร์จากฝั่งศาลยุติธรรมต่างไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติกฎหมายให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองจึงพยายามเรียกร้องให้คณะกรรมการร่างกฎหมายคณะพิเศษ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองเสียใหม่เพื่อให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองอย่างจำกัด แต่ขอเรียกร้องดังกล่าวก็ไม่อาจเปลี่ยนความตั้งใจของผู้ยกร่างกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม ในชั้นการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้กลับเกิดเหตุการณ์สำคัญขึ้น เพราะบทบัญญัติว่าด้วยความทั่วไปของเขตอำนาจศาลปกครองนั้นได้ถูกตัดออกไปในขั้นนี้และเหลือไว้แต่เพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดประเภทคดีที่มีข้อความคล้ายกับถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁴⁶ ซึ่งผู้พิจารณาร่างกฎหมายอาจคาดไม่ถึงว่าการยกร่างกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะนำมาซึ่งปัญหาในการตีความกฎหมายของศาลปกครองเพื่อรับข้อพิพาทที่โดยสภาพแล้วมีลักษณะเป็นคดีปกครองไว้พิจารณา

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276

หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่านักนิติศาสตร์กลุ่มหนึ่งในระบบกฎหมายไทยนั้นมีความต้องการที่จะทำให้ศาลปกครองไทยมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอย่างจำกัดและมีความพยายามที่จะทำให้ศาลยุติธรรมกลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองผ่านการบัญญัติกฎหมายที่มีความบิดเบี้ยวไปจากข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งความผิดพลาดจากการตีบทบัญญัติว่าด้วยความทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองออกจากร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองในชั้นการพิจารณาร่างกฎหมายก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งของปัญหาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้⁴⁷ กรณีจึงส่งผลโดยตรงต่อการใช้การตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองจนถึงขนาดที่อาจทำให้ศาลยุติธรรมกลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเช่นว่าได้ ซึ่งส่งผลกระทบโดยตรงต่อคุณค่าของข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมุ่งคุ้มครอง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอทางออกให้แก่ปัญหาดังกล่าวด้วยการใช้วิธีการตีความกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองตามระบบหรือโครงสร้างของรัฐธรรมนูญเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการที่รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐได้บัญญัติรับรองไว้ เพราะถ้าหากมีการตีบทบัญญัติในทางกฎหมายมหาชนสามารถตีความได้หลายนัย หลักการนี้ได้กำหนดให้นักนิติศาสตร์จะต้องตีความกฎหมายเช่นว่าไปในทางที่สอดคล้องกับสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง⁴⁸ ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามบทกฎหมายที่เป็นอยู่แล้ว ย่อมเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองให้ประเทศไทยมีการจัดโครงสร้างของศาลขึ้นใน “ระบบศาลคู่” เช่นนี้ เมื่อปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความทั่วไปของเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง กรณีจึงต้องตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองไว้ ซึ่งส่งผลให้นักนิติศาสตร์จึงไม่อาจตีความกฎหมายให้ศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองไปได้ เพราะโดยหลักแล้วในระบบศาลคู่นั้นศาลปกครองจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีดังกล่าว ฉะนั้น ในระบบศาลนี้ศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น แม้ในทางข้อเท็จจริงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะกำหนดถ้อยคำทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นการสถาปนาอำนาจให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงก็ตาม ดังนั้น หากนักนิติศาสตร์ไทยตีความกฎหมายให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองได้ กรณีอาจเป็นการตีความกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับระบบหรือโครงสร้างของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้บัญญัติคุ้มครองการจัดโครงสร้างของศาลในระบบศาลคู่เอาไว้แน่นอน ด้วยเหตุนี้เองทำให้อย่างน้อยที่สุดจึงอาจตีความเขตอำนาจของศาลปกครองในระบบกฎหมายไทยได้ว่า **ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณา**

⁴⁷ ดู หัวข้อ 4.2

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 452.

คดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ทั้งนี้ หากมีคดีปกครองที่เกิดขึ้นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดและคดีเช่นว่าไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติจัดตั้งอำนาจศาลปกครองในการเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท คดีปกครองเหล่านี้ก็ย่อมตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองไปโดยปริยาย โดยผู้เขียนเห็นว่า การตีความเขตอำนาจของศาลปกครองในลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นการตีความกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายปกครองและคงไว้ซึ่งคุณค่าของข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมุ่งคุ้มครองและทำให้ศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะกลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการสำรองในการพิจารณาคดีปกครอง อีกทั้งยังสร้างความกระจ่างให้นักกฎหมายไทยได้ทราบบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายเฉพาะที่มีถ้อยคำทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองไว้นั้นไม่อาจถูกตีความให้เป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลปกครองได้นั่นเอง

6. บทส่งท้าย

จากที่ผู้เขียนได้พรรณนาไปในข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า ปัญหาความคลุมเครือของศาลที่มีเขตอำนาจสำรองในการพิจารณาคดีปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นเกิดขึ้นมาจากปัจจัยที่สำคัญสองประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง การรับเอาอิทธิพลทางความคิดจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาปรับใช้กับการบัญญัติถ้อยคำทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลในระบบกฎหมายไทย และประการที่สอง ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของผู้พิจารณาร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ต่อการตีบทบัญญัติว่าด้วยความทั่วไปของเขตอำนาจศาลปกครองออกจากร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว ปัจจัยเช่นว่าได้ส่งผลโดยตรงต่อการใช้การตีความกฎหมายในเรื่องนี้ ซึ่งผู้เขียนได้เสนอทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวผ่านการใช้การตีความกฎหมายด้วยวิธีการตีความตามระบบและโครงสร้างของรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลปกครองไทยมีแนวโน้มที่จะมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปในการพิจารณาคดีปกครองอันเป็นการสอดคล้องกับข้อความคิดว่าด้วยระบบศาลคู่ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองไว้

อย่างไรก็ดี ในทัศนะของผู้เขียนการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาในระยะยาวและด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ทำได้ยากประกอบกับกฎหมายเช่นว่าได้เปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกำหนดเขตอำนาจศาลปกครองผ่านการบัญญัติกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติได้ ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการปรับปรุงกฎหมายวิธีสบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้มีข้อความดังต่อไปนี้แทนที่บทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

“ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองทั้งปวง เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาททางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น”

ทั้งนี้ การปรับปรุงกฎหมายในลักษณะเช่นว่า ย่อมไม่กระทบต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด อีกทั้งยังทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองไทยมีความสมบูรณ์และสอดคล้องกับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยระบบศาลคู่ตนเอง อนึ่ง ผู้เขียนทราบดีว่าปัญหาดังกล่าวอาจไม่หมดสิ้นไปด้วยการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองเพียงอย่างเดียว การพิจารณาตำแหน่งแห่งที่ของอำนาจฟ้องคดีปกครองและอำนาจของศาลในการออกคำบังคับก็เป็นประเด็นที่สำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ด้วยเหตุนี้ข้อเสนอของผู้เขียนจึงเพียงแต่ทำให้ปัญหาการตีความเขตอำนาจของศาลปกครองไทยเบาบางลงไปเท่านั้นและหวังเป็นอย่างยิ่งว่าปัญหาที่เหลืออยู่จะถูกนำมาศึกษาต่อในทางวิชาการเพื่อนำมาซึ่งองค์ความรู้ที่บริบูรณ์เกี่ยวกับเงื่อนไขในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองไทยต่อไป

รายการอ้างอิง

- กิตติคุณ หว่างเพียร, **เขตอำนาจศาลปกครอง: ศึกษาข้อจำกัดในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2567).

- เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, **พัฒนาการของหลักนิติธรรมในอังกฤษ ใน นิติรัฐนิติธรรม ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญาเปรียบเทียบ**, บรรณาธิการโดย เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, (กรุงเทพมหานคร: อิลูมินเอนซ์ เอดิชั่นส์, 2567).

- เจตน์ สถาวรสีลพร, **ปัญหาการใช้บทบัญญัติตามข้อ 41 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543: ศึกษาเฉพาะกรณีเกี่ยวกับประเด็นที่จำเป็นต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในอำนาจของศาลอื่นที่มีใช้ศาลปกครอง**, (รายงานการศึกษาส่วนบุคคล หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง สำนักงานศาลปกครอง, 2557).

- ชาอู๋ชัย แสงศักดิ์, **พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538).

- ชีระ สุธีวรานุ, **ระบบศาลและการพิจารณาคดีของศาลในทางกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565).

- บรรเจิด สิงคนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).

- บรรเจิด สิงคนติ, **อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534).

- ปิยะบุตร แสงกนกกุล, **ภูมิปัญญาปฏิวัติฝรั่งเศส**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มติชน, 2565).

- ปรียานุ มหาวรรณ, **ปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการจัดการงานนอกสั่งในระบบกฎหมายปกครองไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

- โภคิน พลกุล, **คดีปกครองฝรั่งเศส**, (เอกสารประกอบการบรรยาย บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน, 2525).

- มุรินทร์ พงศปาน, **ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).

- เรอเน กียอง, **บันทึกการศึกษาในเรื่องอำนาจศาลในทางปกครองที่จะได้จัดตั้งขึ้นเป็นผลเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476** วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ 13 เล่มที่ 1 (2537).
- วรเจตน์ ภาคิรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- วรณชัย บุญบำรุง และชนกฤต วรณัชชากุล, **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566).
- ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, **เขตอำนาจศาลในคดีความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง: เปรียบเทียบระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในยุโรป** [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th>
- สำนักงานศาลปกครอง, **รวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เล่ม 2**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548).
- สำนักงานศาลปกครอง, **รวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เล่ม 6**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548).
- สุนัย มโนมัยอุดม, **ระบบกฎหมายอังกฤษ**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555).
- สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, สำนักงานศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร: 2545).
- สุรัชดา ธีศรี, **เอกวิดี: หลักแห่งความยุติธรรมในกฎหมายอังกฤษ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565).
- อภิศักดิ์ พรหมสวัสดิ์, **ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534).
- อักษราทร จุฬารัตน์, **กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2552).
- อิสระ นิติทัศน์ประภาส, **คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่องปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (2524).
- Anke Freckmann and Thomas Wegerich, **The German Legal System**, (London: Sweet & Maxwell, 1999).
- Jürgen Schwarze, **European Administrative Law**, 2 ed. (London: Sweet & Maxwell, 2006).

- L.neviile Brown and J.F. Garner, **French Administrative Law**, 2 ed. (London: Butterworths, 1973).
- Radcliffe and Cross, **The English Legal System**, 4 ed. (London: Butterworths)

บทความวิจัย (Research Article)

หลักเกณฑ์การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย

Legal Criteria for the Exercise of Administrative Discretion

องอาจ เจียะยะหลี่*

รองศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

21 ม.6 ถ.เทพกระษัตรี ต.รัษฎา อ.เมือง ภูเก็ต 83000

อีเมล: ongard.j@pkru.ac.th

Ongard Jeyalee

Associate Professor in Law

Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University

Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University

21 Thepkasattri Road, Ratsada, Muang District, Phuket 83000

Email: ongard.j@pkru.ac.th

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ธีรพงษ์ หนูไชยแก้ว**

อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

21 ม.6 ถ.เทพกระษัตรี ต.รัษฎา อ.เมือง ภูเก็ต 83000

อีเมล: teerapong.n@pkru.ac.th

Teerapong Nuchaikaew

Department of Law

Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University

Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University

21 Thepkasattri Road, Ratsada, Muang District, Phuket 83000

Email: teerapong.n@pkru.ac.th

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยหาดใหญ่; นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

สุนัย รัตนอินทนิล ***

อาจารย์ประจำสาขาวิชาภาษาอังกฤษเพื่ออุตสาหกรรมบริการ

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

หมวดการศึกษาทั่วไป (ภาษาอังกฤษ) คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

21 ม.6 ถ.เทพกระษัตรี ต.รัษฎา อ.เมือง ภูเก็ต 83000

อีเมล: sunai.r@pkru.ac.th

Sunai Rattanaintanin

Department of English for Service Industry

Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University

General Education (English), Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat

University, 21 Thepkasattri Road, Ratsada, Muang District, Phuket 83000

Email: sunai.r@pkru.ac.th

*** ศิลปศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์; ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

กฤตพร สินชัย ****

อาจารย์ประจำสาขาวิชาภาษาจีนเพื่อการสื่อสาร

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

ที่อยู่: หลักสูตรภาษาจีนเพื่อการสื่อสาร คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

21 ม.6 ถ.เทพกระษัตรี ต.รัษฎา อ.เมือง ภูเก็ต 83000

อีเมล: krittaporn.s@pkru.ac.th

Krittaporn Sinchai

Department of Chinese for Communication

Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University

Department of Chinese for Communication, Faculty of Humanities and Social Sciences,
Phuket Rajabhat University, 21 Thepkasattri Road, Ratsada, Muang District, Phuket 83000

Email: krittaporn.s@pkru.ac.th

วันที่รับบทความ 23 กรกฎาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 10 กันยายน 2568; วันที่ตอบรับบทความ 12 ตุลาคม 2568

บทคัดย่อ

ปัญหาสำคัญที่ฝ่ายปกครองต้องตกเป็นผู้ถูกฟ้องคดี อันเนื่องจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และส่งผลต่อการละเมิดสิทธิของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ชอบ ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ ควบคุมการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจนยังไม่มี การสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อเป็นหลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงมีความสำคัญ งานวิจัยนี้เป็น การวิจัยที่ผสมผสานระหว่างการวิจัยเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณ โดยผ่านการศึกษาเอกสารและจัดเก็บรวบรวม แนวคิดหลักการโดยผ่านกระบวนการสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้ใช้อำนาจดุลพินิจและผู้ควบคุมการใช้อำนาจ ดุลพินิจ (ตุลาการ) งานวิจัยไม่ได้เป็นเพียงการทบทวนหลักการทางกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นการวิเคราะห์ หลักการเหล่านั้นผ่านมุมมองเชิงประจักษ์จากผู้ปฏิบัติจริง (เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง) และผู้ควบคุมการใช้อำนาจ (ตุลาการ) ซึ่งทำให้ได้ข้อมูลที่สะท้อนการนำหลักการทางทฤษฎีไปใช้ในทางปฏิบัติจริง มาจัดกลุ่ม วิเคราะห์ และตรวจสอบความถูกต้องของเนื้อหาในแต่ละประเด็นคำถาม พบว่าดัชนีความสอดคล้องของแต่ละข้อคำถาม มีค่าอยู่ระหว่าง 0.67-1.00 ผลการศึกษาพบว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะต้องยึดหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ การใช้ดุลพินิจต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และจะใช้ได้เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้ใช้ ซึ่งการใช้ก็ต้องไม่เกินหรือนอกเหนือที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนด และเมื่อต้องปรับใช้ก็ให้สอดคล้องกันระหว่างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ กำหนดไว้ และต้องไม่ขัดกันระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคลเป็นสำคัญ และหากนำเอา ผลการวิจัยที่กล่าวมานี้กำหนดให้เป็นหลักเกณฑ์การใช้อำนาจดุลพินิจ จะสามารถช่วยป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายได้

คำสำคัญ: อำนาจดุลพินิจ; หลักเกณฑ์; ดุลพินิจฝ่ายปกครอง; การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

Abstract

A significant issue arose when administrative authorities were subject to lawsuits resulting from unlawful actions that infringed upon the rights of citizens. This was particularly evident in cases involving the improper exercise of discretionary power, as existing legal provisions lacked clear rules governing such discretion. Therefore, the development of legal criteria to serve as guiding principles for administrative discretion was of vital importance. This research employed a mixed-methods approach, combining qualitative and quantitative methodologies. It involved documentary research and the collection of conceptual frameworks through in-depth interviews with both practitioners of administrative discretion and judicial authorities. The research is not merely a review of legal doctrines but an analytical examination of these principles through empirical perspectives drawn from actual practitioners and judicial authorities, providing insights into how theoretical legal principles are applied in actual administrative practices. The collected data were grouped, analysed, and validated for content accuracy across each interview question, and the results revealed a content validity index ranging from 0.67 to 1.00. The findings indicate that the exercise of administrative discretion must adhere to essential principles: discretion must not contravene the law; it may only be exercised when explicitly authorized by law; and its exercise must not exceed or deviate from the scope defined by the relevant legal provisions. Moreover, the application of discretion must ensure consistency between the facts and the applicable legal rules, and it must strike a balance between public interest and private interest. If these research findings are established as formal criteria for the exercise of administrative discretion, they may serve as a safeguard to ensure that administrative authorities exercise their discretionary power in accordance with the law.

Keywords: Discretionary Power; Criteria; Administrative Discretion; Lawful Act

1. บทนำ

ในบริบทของการขับเคลื่อนอำนาจรัฐโดยองค์กรที่เรียกว่า หน่วยงานทางปกครอง (administrative agency) เป็นองค์กรที่ต้องใช้กฎหมายเป็นกลไกแห่งการขับเคลื่อนภายใต้ระบบที่เรียกว่า หลักนิติรัฐ (Rule of Law) เป็นระบบที่รัฐต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย และการดำเนินการใด ๆ ภายในอำนาจหน้าที่ก็จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งคือหลักการกระทำของรัฐในฐานะของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย

¹ อันหมายถึงหลักการที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งระบบนี้เป็นหลักประกันเกี่ยวกับการทำหน้าที่ขององค์กรภาครัฐในด้านต่าง ๆ ต้องเป็นไปด้วยความเสมอภาค (equality) ความเป็นธรรม (fairness) และความถูกต้อง (accuracy) เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิของประชาชนจะไม่ถูกละเมิดเมื่อมีการใช้อำนาจออกไป ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ทั้งนี้ในการใช้อำนาจต่าง ๆ ย่อมจะมีกลไกและวิธีการที่มีข้อแตกต่างกัน ตามบริบทหน้าที่ของหน่วยงานและกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำที่เรียกว่า กฎหมายปกครอง (administrative law) ซึ่งกฎหมายปกครองหมายถึง บรรดากฎหมายทั้งกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือการจัดโครงสร้างของฝ่ายปกครอง² ทั้งนี้ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองจะมีเจ้าหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการแทน โดยเฉพาะอำนาจ ที่จะต้องใช้การตัดสินใจ (decision) ที่เรียกว่า อำนาจดุลพินิจ (discretion) เมื่อเจ้าหน้าที่ก็เป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป ที่มีสองสถานะทั้งตัวแทนของฝ่ายปกครองคือเจ้าหน้าที่ และความเป็นเอกชนในตัวเอง ประกอบกับปัจจุบันโดยที่ในประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบไว้โดยตรงว่า การกระทำในลักษณะใดบ้างจะเข้าลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ³ ดังนั้นเมื่อไม่มีมาตรวัดที่ชัดเจนประกอบกับกฎหมายที่ขัดแย้งบัญญัติให้ดุลพินิจใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้บรรดาเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจในบางเรื่องโดยไม่ชอบทั้งที่คิดว่าตนใช้ความระมัดระวังในการใช้อำนาจนั้นโดยชอบ งานวิจัยนี้จึงมุ่งเน้นตอบคำถามหลักว่า อะไรคือ หลักการ กรอบแนวคิด หรือองค์ประกอบสำคัญ ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ให้ตกเป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับวัตถุประสงค์ของงานวิจัยนี้ คือ (1) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่ป้องกัน การใช้ดุลพินิจให้ปราศจากความมิชอบด้วยกฎหมาย (2) กำหนดหลักการอันเป็นข้อเท็จจริง ที่นำไปใช้ประกอบการใช้อำนาจดุลพินิจของปกครองที่ป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจให้ปราศจากความมิชอบด้วยกฎหมาย (3) แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง และองค์ประกอบอื่น ๆ ที่ป้องกันและส่งผลต่อการใช้อำนาจดุลพินิจที่ปราศจากความมิชอบด้วยกฎหมาย

¹ งามอาจ เจ๊ะยะหลี, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษร, 2565), หน้า 11.

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 120.

³ บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตลชัย, การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง: กรณีศึกษาการปฏิบัติตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2560), หน้า 1-22.

ทฤษฎีและกรอบแนวคิดของโครงการวิจัยนี้มีดังนี้ (1) แนวคิดทฤษฎีกฎหมายของกฎหมาย (Rule of Law Theory) หมายถึง อำนาจในการตัดสินใจดำเนินการภายใต้กรอบของหลักนิติธรรม เพื่อให้มั่นใจว่าการตัดสินใจนั้นอยู่ภายในขอบเขตที่กำหนดโดยกฎหมาย ข้อบังคับ และแบบอย่างทางกฎหมาย หลักนิติธรรมเน้นความรับผิดชอบ ความเป็นธรรม และข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจ⁴ ซึ่งกรอบแนวคิดทฤษฎีกฎหมายของกฎหมายยึดหลักที่ว่ารัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และการกระทำของรัฐทุกอย่างต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย จากการศึกษาในงานวิจัยนี้จะพบได้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะอย่างไรจึงจะไม่เป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แนวคิดทฤษฎีกฎหมายของกฎหมายจึงเป็น กรอบแนวคิดหลัก (core framework) ที่ใช้ในการวิเคราะห์และกำหนดหลักเกณฑ์ของงานวิจัยนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างแนวทางปฏิบัติที่ช่วยให้การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิของประชาชนจะไม่ถูกละเมิดเมื่อมีการใช้อำนาจออกไป (2) ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ (Public Choice Theory) หมายถึง ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะจะตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจในภาครัฐ รับทราบถึงการมีอำนาจในการตัดสินใจ แต่เน้นย้ำถึงความสำคัญของการปรับอำนาจดังกล่าวให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะและข้อจำกัดทางกฎหมายเพื่อป้องกันการใช้ในทางที่ผิด⁵ ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่าผู้มีอำนาจในภาครัฐ เช่น เจ้าหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง เป็นบุคคลที่ต้องมีเหตุผล (rational actor) เช่นเดียวกับคนทั่วไป แต่การจะเลือกกระทำในสิ่งที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ตนเอง ไม่ว่าจะเป็นการแสวงหาอำนาจ ตำแหน่งหรือผลประโยชน์ทางการเงิน โดยทฤษฎีนี้จะมองกระบวนการตัดสินใจในภาครัฐผ่านมุมมองของประโยชน์ส่วนตน เพื่อทำความเข้าใจว่าทำไมการตัดสินใจของรัฐจึงไม่สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของประชาชนเสมอไป ในขณะเดียวกัน หลักการใช้ดุลพินิจต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ก็มีบทบาทสำคัญในการควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว กฎหมายทำหน้าที่เป็นข้อจำกัด (constraint) ที่บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้กรอบที่กำหนด เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งอาจนำไปสู่การทุจริตหรือการเลือกปฏิบัติได้ ดังนั้น ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตน (self-interest) ซึ่งในหลักการใช้ดุลพินิจต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เพื่อบังคับให้การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่เป็นไปเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ (public interest) อย่างแท้จริง ดังนั้นการมีกฎหมายที่ชัดเจนและมีกลไกตรวจสอบการใช้ดุลพินิจจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการลดความเสี่ยงจากการตัดสินใจที่เกิดจากผลประโยชน์ส่วนตน ซึ่งเป็นแนวคิดหลักที่ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะพยายามอธิบายถึงการใช้อำนาจอย่างละเอียดและลึกซึ้ง (3) ทฤษฎีปรากฏการณ์นิยม (Phenomenological Theory) หมายถึง ความเคลื่อนไหวที่เกิดขึ้นจาก

⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554) หน้า 80-88; สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 29 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565).

⁵ สุธิณี อัดถากร, *ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ: ฐานคติและการนำไปประยุกต์ใช้ในการปรับปรุงการบริหารภาครัฐของไทย*, วารสารนโยบายสาธารณะและการบริหารราชการ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (2560), หน้า 25-39.

การกระทำของมนุษย์ ที่ส่งผลต่อการวินิจฉัยในความหมายให้เปลี่ยนแปลงได้⁶ เช่น ข้อเท็จจริง (ปรากฏการณ์) ที่เกิดขึ้นต่างกันเมื่อนำมาผสมกับพยานหลักฐานมีผลทำให้การวินิจฉัยในคดีอาจแตกต่างกันออกไป ทฤษฎีปรากฏการณ์นิยมเน้นการทำความเข้าใจจากประสบการณ์เชิงประจักษ์ หรือสิ่งที่ปรากฏต่อหน้าเราอย่างตรงไปตรงมา โดยมุ่งที่จะอธิบายว่าปรากฏการณ์ต่าง ๆ ถูกรับรู้และตีความอย่างไรให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายอย่างแท้จริง และในงานวิจัยนี้ หลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในเชิงของข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นจะต้องนำมาพิจารณาพิเคราะห์ก่อนการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง และจะต้องตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในแต่ละกรณี (phenomena) ซึ่งหมายความว่า การใช้ดุลพินิจจะต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น หากข้อเท็จจริงแตกต่างกัน การตัดสินใจก็ควรแตกต่างกันไปด้วย ทฤษฎีนี้ช่วยให้เข้าใจว่าการตีความข้อกฎหมายเพื่อนำมาใช้กับข้อเท็จจริงนั้นเป็นสิ่งที่ต้องทำด้วยความระมัดระวัง เพราะการตีความที่แตกต่างกันของผู้มีอำนาจอาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่แตกต่างกันได้ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องคำนึงถึง "ปรากฏการณ์" ที่เป็นกลางและเป็นจริง เพื่อป้องกันการตีความที่แอบแฝงผลประโยชน์ส่วนตัว และเมื่อใดที่ฝ่ายปกครองจำต้องใช้ดุลพินิจต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ทฤษฎีปรากฏการณ์นิยมจะทำหน้าที่เป็นกรอบแนวคิดที่สนับสนุนให้การพิจารณาคดีหรือการตัดสินใจของฝ่ายปกครองตั้งอยู่บน "แก่นแท้" ของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างเที่ยงตรง ไม่ใช่เพียงแค่การตีความกฎหมายตามตัวอักษรโดยไม่คำนึงถึงบริบทหรือผลกระทบที่แท้จริงที่เกิดขึ้นกับประชาชน ดังนั้น ทฤษฎีปรากฏการณ์นิยมจึงช่วยเสริมให้หลักการใช้อำนาจดุลพินิจมีความเป็นเหตุเป็นผลและเป็นธรรมมากขึ้น โดยมุ่งเน้นที่การตัดสินใจที่อิงอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างแท้จริงในแต่ละกรณี

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยผสมผสานระหว่างการวิจัยเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณ สำหรับเชิงคุณภาพใช้วิธีการวิเคราะห์ สังเคราะห์และเรียบเรียงรายละเอียด วิธีดำเนินการวิจัย ตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยโดยการศึกษาจากตำรา หนังสือ บทความวิชาการ รวมทั้งเอกสารการฝึกอบรมของสถาบันทางกฎหมายต่าง ๆ และคำวินิจฉัยของกฤษฎีกา คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำพิพากษาศาลฎีกา และจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ จากอินเทอร์เน็ตที่มีแหล่งอ้างอิงที่น่าเชื่อถือ (ช่วงเดือนกรกฎาคม – กันยายน 2567) มาเป็นหลักการ และกรอบแนวคิด ในการวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับการประเด็นการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

และการวิจัยเชิงปริมาณได้มีการเก็บรวบรวมข้อมูลจากการลงพื้นที่ภาคสนามแบบสัมภาษณ์เชิงลึกผ่านการสนทนาจากผู้ให้ข้อมูล โดยผู้วิจัยสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลที่เป็นกลุ่มเป้าหมายและมีผู้ช่วยนักวิจัยจดบันทึกประเด็นที่เกี่ยวข้องในงานวิจัย โดยใช้เครื่องมือวิจัย คือ แบบสัมภาษณ์โดยไม่ได้บันทึกภาพและเสียง เนื่องจากผู้ให้ข้อมูลไม่สะดวกในการบันทึกภาพและเสียง โดยได้มีการจัดเก็บ (ช่วงเดือนมกราคม – มีนาคม 2568) โดยผู้วิจัยใช้วิธีการสัมภาษณ์เชิงลึกจากกลุ่มเป้าหมายแบบเจาะจง (purposive sampling) โดยแบ่งกลุ่มฐานข้อมูล 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มผู้ให้ข้อมูลกลุ่มที่หนึ่งประกอบด้วยผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจ

⁶ วินัย ผลเจริญ, แนวคิดหลังอาณานิคมนิยม: บทสำรวจทฤษฎี และการประยุกต์ใช้เพื่อศึกษาสังคมและการเมืองไทย (มหาวิทยาลัยมหาสารคาม, 2552); เอกสิทธิ์ ไชยภูมิ, การปกครองตามธรรมชาติ: กฎเหล็กสามข้อของการปกครองแบบผสม, วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์, ปีที่ 48 ฉบับที่ 1 (2561), หน้า 171-196

ในการใช้อำนาจดุลพินิจ และเคยผ่านการใช้อำนาจดุลพินิจมาแล้ว และเคยถูกฟ้องคดีและยังไม่ถูกฟ้องคดีต่อศาลในประเด็นการใช้อำนาจดุลพินิจ และกลุ่มผู้ให้ข้อมูลกลุ่มที่สอง ตุลาการศาลปกครองในฐานะผู้ควบคุมการใช้อำนาจทางปกครองและเกณฑ์ที่ใช้เลือกสำหรับตุลาการจะต้องเคยผ่านการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมาแล้ว และเป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในประเด็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ในการสัมภาษณ์ทั้งสองกลุ่มใช้แบบสัมภาษณ์เชิงลึกที่มีโครงสร้าง (in-depth interview) กับผู้ที่ให้ข้อมูลสำคัญ (key informant) โดยผู้วิจัยสร้างแบบคำถามที่กำหนดขึ้นจากหลักการสำคัญที่ผู้ใช้อำนาจดุลพินิจเข้ามาเป็นเกณฑ์ประกอบการใช้อำนาจดุลพินิจ และ คำถามของผู้ควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีหลักการสำคัญในการวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจดุลพินิจใดตกอยู่ภายใต้ความมิชอบด้วยกฎหมาย โดยมีประเด็นคำถาม เช่น ท่านให้ความสำคัญกับองค์ประกอบหรือเงื่อนไขใดเป็นสิ่งสำคัญในการใช้อำนาจดุลพินิจ และ ท่านใช้หลักเกณฑ์ใดบ้างมาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมิชอบด้วยกฎหมาย เมื่อได้ข้อมูลจากการจัดเก็บมาแล้ว

ผู้วิจัยได้นำข้อมูลที่เก็บรวบรวมมาแยกประเภทแต่ละกลุ่มผู้ให้ข้อมูลโดยทำการ วิเคราะห์ และสังเคราะห์ ตามความเหมือนกัน หรือสอดคล้องกัน และความขัดแย้งกัน จากความคิดเห็นของในแต่ละกลุ่ม โดยการวิเคราะห์ข้อมูล ผู้วิจัยทำการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงเนื้อหา (content analysis) และเปรียบเทียบข้อมูล (data benchmarking analysis) จากแหล่งข้อมูลทั้ง 2 กลุ่มหลัก ได้แก่ ข้อมูลจากฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ และข้อมูลจากกลุ่มฝ่ายตุลาการในฐานะผู้ควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจ ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ถูกนำมาเปรียบเทียบค่าเฉลี่ยแบบเกี่ยวข้องกัน ทั้งในกลุ่มและต่างกลุ่มของผู้ให้ข้อมูล เพื่อสรุปประเด็นต่างๆ รวมถึงความสอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎี และข้อมูลจากการวิจัยเชิงคุณภาพจากเอกสาร ตำรา หรือบทความที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบความถูกต้อง ข้อมูลที่วิเคราะห์แล้วจะถูกนำไปตรวจสอบความเที่ยงตรงเชิงเนื้อหา (content validity) โดยผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อให้มั่นใจว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งข้อมูลที่ผ่านการตรวจสอบมีดัชนีความสอดคล้อง (IOC) ไม่ต่ำกว่า 0.67 ในแต่ละข้อคำถาม

2. การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย

2.1 การใช้อำนาจดุลพินิจต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

2.1.1 กฎหมายทั่วไป

ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจำเป็นต้องดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมายทั่วไป ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่ใช้บังคับทั่วไปที่ผลบังคับใช้ระบบในระบบกฎหมายไทย ข้อมูลที่ได้จากผลการวิจัยนี้สอดคล้องกับงานวิจัยเรื่อง “แนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้กรอบของกฎหมาย: ศึกษากรณีมาตรการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019” กล่าวคือการใช้ดุลพินิจนั้นต้องผูกพันตาม “หลักความเสมอภาค” หรือ “หลักความได้

สัดส่วน” หรือที่เรียกว่าความสมควรแก่เหตุ ซึ่ง “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) เป็นหลักการสำคัญที่ช่วยกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมาย ทั้งนี้ในการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องเป็นไปภายใต้กรอบความจำเป็นและความเหมาะสมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ล่วงเกินสิทธิหรือสร้างความเสียหายเกินจำเป็น หลักการนี้ถูกนำมาปรับใช้กับการใช้อำนาจดุลพินิจในประเทศไทย หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้อยู่ใต้อำนาจ ที่ได้รับการยอมรับและใช้อย่างเป็นทางการนี้ โดยประกอบด้วยประกอบหลักการย่อย 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)⁷ ที่คำนึงถึงความสมดุลระหว่างผลดีและผลเสียของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งข้อมูลจากผลงานวิจัยนี้ยังสอดคล้องอย่างชัดเจนกับแนวคิดตามหลักการในทางวิชาการเกี่ยวกับเรื่อง “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง” โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการรากฐานของนิติรัฐที่ผ่านปกครองต้องเคารพอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงหลักการ เช่น ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ⁸ ก็ย่อมเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้ความมิชอบด้วยกฎหมายได้ ข้อมูลจากผลการวิจัยยังสะท้อนให้เห็นว่า ในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในทางปฏิบัติ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงอย่างละเอียด รอบด้าน และให้โอกาสคู่กรณีในการแสดงเหตุผลเพื่อให้เกิดความสมเหตุสมผล ซึ่งถือเป็นการประยุกต์ใช้หลักความเหมาะสมและความจำเป็นในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญกับหลักการและข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นพื้นฐานสำคัญของนิติรัฐ

2.1.2 กฎหมายเฉพาะ

กฎหมายเฉพาะเป็นกฎหมายที่แยกออกมาบัญญัติขึ้นเป็นการเฉพาะเรื่องหนึ่งเรื่องใดเป็นการเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้เพื่อช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นมีความคล่องตัวและประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเป็นการอำนวยความสะดวกของผู้ใช้กฎหมายทั้งในฐานะของฝ่ายปกครองเองหรือฝ่ายผู้ให้บริการในเรื่องนั้น ๆ เพราะฉะนั้นจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายเฉพาะนั้นๆ เพราะเป็นขอบเขตที่กฎหมายกำหนดขึ้นอย่างชัดเจนเพื่อควบคุมการบริหารฝ่ายปกครองในเรื่องนั้นๆ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ซึ่งออกมาเพื่อเป็นการควบคุมการใช้ประโยชน์ในป่า ที่ห้ามการบุกรุก ครอบครอง ก่อสร้าง หรือกระทำใด ๆ ที่ทำให้เสื่อมสภาพป่า ตลอดจนการแสวงประโยชน์อื่นใดที่ไม่ได้มีการอนุญาต เว้นแต่เป็นกรณียกเว้นตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้

⁷ กาญจนา สุขชาบุรณ์, แนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้กรอบของกฎหมาย: ศึกษากรณีมาตรการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019, (ชลบุรี: คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2563), หน้า 202.

⁸ วรเจตน์ ภาศิริตัน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 59-61.

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้สิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด นอกจากนี้เมื่อนโยบายหรือแนวปฏิบัติขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะ การใช้ดุลพินิจตามแนวนโยบายนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คดีเกี่ยวกับนโยบายกำกับคุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการไม้แปรรูป ซึ่งศาลชี้ชัดว่าขัดต่อเจตนารมณ์ของ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้⁹ กล่าวคือ ผลการวิจัยนี้ยืนยันถึงความสำคัญของการรอบและขอบเขตในการจำกัดอำนาจและการควบคุมการใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะนี้ ตรงกับวัตถุประสงค์ข้อที่หนึ่งในการกำหนดหลักเกณฑ์ และตลอดจนแนวปฏิบัติที่ช่วยป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจผิดกฎหมายในทางปฏิบัติต่าง ๆ

2.1.3 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

รัฐธรรมนุญถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งมีผลเหนือกว่ากฎหมายอื่น ๆ ทั้งปวง นอกจากจะกำหนดโครงสร้างของรัฐและรูปแบบการปกครองของรัฐแล้ว ยังมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้เป็นสำคัญอีกด้วย หลักนี้เรียกว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ (supremacy of the constitution) จึงสำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้อำนาจทุกประเภทของฝ่ายปกครองจะต้องตระหนักถึงการหลีกเลี่ยงการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ผลการวิจัยนี้ยังสอดคล้องกับหลักการทางวิชาการเรื่อง “หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง” ในกรณีการใช้อำนาจดุลพินิจ หากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนุญ กล่าวคือ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ใช้อำนาจดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาค การเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม การใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลให้การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้¹⁰ กล่าวคือ ผลการวิจัยชี้ให้เห็นถึงการกำหนดหลักการและข้อเท็จจริงในการใช้อำนาจดุลพินิจให้ชอบด้วยกฎหมายตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ โดยต้องยึดมั่นในข้อกำหนดของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตลอดจนแนวทางปฏิบัติที่ช่วยป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.2 การใช้อำนาจดุลพินิจจะใช้ได้เมื่อมีกฎหมายให้ใช้

การใช้อำนาจฝ่ายปกครอง “แม้จะมองว่าการใช้อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย แต่ก็เป็นสิ่งชั่วร้ายและจำเป็น”¹¹ เพราะเป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถบรรลุเป้าหมายในการบริหารกิจกรรมต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ หลีกเลี่ยงความไร้เอกภาพและความเคร่งครัดซึ่งอาจทำให้การบริหารล่าช้าหรือไม่ตอบสนองต่อความต้องการของสังคม ในหลักการสำคัญแบ่งการใช้อำนาจออก 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) คือ อำนาจที่องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐต้องปฏิบัติเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น

⁹ บุญญรัตน์ โชคปนิตาสชัย, การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง: กรณีศึกษาการปฏิบัติตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 10, ฉบับที่ 1 (2560) หน้า 15

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 59-61.

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, หน้า 120.

ตามที่กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ ได้บัญญัติกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วกับอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) คือ อำนาจที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ หรือองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐสามารถเลือกตัดสินใจโดยอิสระ เพราะฉะนั้นการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น มิใช่ว่าฝ่ายปกครองจะเลือกใช้เองได้อย่างอิสระเช่นหลักกฎหมายเอกชน ดังนั้นหากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเลือกใช้โดยไม่มีกฎหมายเปิดช่องให้ใช้ ผลที่ตามมาคือการใช้ดุลพินิจดังกล่าวตกเป็นดุลพินิจที่มีชอบด้วยกฎหมาย¹²

ตัวอย่างที่ชัดเจนคือ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 97/2557 โดยโจทก์ได้อ้างว่าจำเลยในฐานะฝ่ายปกครอง มีคำสั่งของมหาวิทยาลัยอุบลราชธานีในการลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง ด้วยการไล่ออกจากราชการ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย ต่อมาโจทก์ได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งนี้ต่อคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (ก.พ.อ.) ที่มีอำนาจพิจารณาและมีมติให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษดังกล่าว และให้โจทก์กลับเข้ารับราชการดังเดิม อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองในฐานะผู้มีอำนาจตามกฎหมายกลับไม่ดำเนินการตามมติของ ก.พ.อ. โดยไม่มีการส่งบรรจุกลับเข้ารับราชการ ซึ่งถือเป็นความงดเว้นการกระทำการไม่ใช้ดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ ถือเป็นกระทำการที่ผิดกฎหมาย ดังนั้นผลการวินิจฉัยนี้สอดคล้องกับกรอบองค์ความรู้ทางวิชาการและการกำหนดหลักการอันเป็นข้อเท็จจริง ตลอดจนการกำหนดแนวปฏิบัติที่ชัดเจนเพื่อป้องกันความผิดพลาดในการใช้อำนาจ โดยการใช้ดุลพินิจต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้ใช้ และไม่สามารถเลือกใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจได้

2.3 การใช้ดุลพินิจต้องไม่นอกเหนืออำนาจที่ให้ไว้

สำหรับกรณีนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้จะมีอำนาจ แต่ใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น กรณีการลงโทษวินัยข้าราชการตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 กรณีเป็นการกระทำความผิดไม่ร้ายแรง จะสามารถลงโทษได้เฉพาะ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือนเท่านั้น แต่ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษปลดออก การกระทำกรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ ที่กฎหมายบัญญัติไว้จึงส่งผลให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ความมิชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน ซึ่งจากผลการวินิจฉัยนี้สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ การศึกษาถึง ลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จากหลักการทางวิชาการว่าอาจเกิดขึ้นได้ ในกรณี ที่มีการใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด หรือเกินขอบเขต คือ กรณีที่ฝ่าย ปกครองเลือกตัดสินใจวินิจฉัย หรือใช้มาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้¹³ ดังนั้นผลการวิจัยในส่วนนี้เน้นย้ำถึงการกำหนดขอบเขตและแนวปฏิบัติที่ชัดเจนในการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบของอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องอยู่บนพื้นฐานของอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนเท่านั้น จึงจะถือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีสิทธิ์ใช้ดุลพินิจเฉพาะในเรื่องหรือประเด็นที่กฎหมายให้สิทธิหรือให้อำนาจ

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), หน้า 80-88

¹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, หน้า 60-62.; สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 249-250.

วินิจฉัยเท่านั้น การกระทำใด ๆ ที่นอกเหนืออำนาจที่ให้ไว้จึงถือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจเกินขอบเขต

2.4 การใช้ดุลพินิจต้องไม่ขัดต่อข้อเท็จจริง

ปัญหาใหญ่ของการบังคับใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) คือการตีความ หมายถึงการนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไปวินิจฉัยเข้ากับตัวบทกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้แล้ว ทั้งนี้เมื่อใดที่มีการวินิจฉัยและตีความที่แอบแฝงหรือซ่อนเร้นผลประโยชน์ทับซ้อน การวินิจฉัยนั้นจะส่งผลถึงขั้นมิชอบด้วยกฎหมาย ปัจจัยหลักที่ทำให้การวินิจฉัยต่างกัน คือ ข้อเท็จจริง ทั้งนี้หากข้อเท็จจริงเหมือนกันการวินิจฉัยก็ต้องเหมือนกัน จึงจะทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองปลอดจากการมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผลจากศึกษาวิจัยนี้สอดคล้องกับหลักวิชาการเกี่ยวกับเรื่องการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ การใช้ดุลพินิจยังต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เพื่อควบคุมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาความเหมาะสมกับกรณีแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณี ๆ ไป¹⁴ และการไม่ใช้ดุลพินิจ หรือใช้ดุลพินิจบกพร่อง คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ ดุลพินิจ รวมทั้งถูกผูกพันตามกฎหมายโดยมีหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจ แต่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจ ให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพแห่งข้อเท็จจริง ซึ่งอาจจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือไม่เข้าใจ หรือสำคัญผิดว่าตนถูกผูกพันให้ต้องวินิจฉัยสั่งการเช่นนั้นโดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ¹⁵ ผลการวิจัยนี้จึงสะท้อนให้ว่าหลักเกณฑ์การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายจำเป็นต้องอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างละเอียด รอบด้าน และเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีความระมัดระวังในการรวบรวม ตรวจสอบ และประเมินข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างครบถ้วน เพื่อให้การตัดสินใจเกิดขึ้นบนข้อมูลที่ถูกต้องและสมเหตุสมผล

2.5 การใช้ดุลพินิจต้องไม่ขัดกันระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคล

หน้าที่หลักของฝ่ายปกครอง คือจัดทำประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการประสานความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคลให้เหมาะสม โดยต้องยึดถือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งประกอบด้วย หลักการย่อยสามประการ คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ ดังนั้นทุกกิจการของฝ่ายปกครองจะต้องมองที่ประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก แม้แต่การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หากมีประโยชน์ส่วนบุคคลเข้าไปสมทบด้วยจะส่งผลให้การใช้ดุลพินิจตกเป็นดุลพินิจที่มิชอบ การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย จำเป็นต้องดำเนินไปภายใต้หลักความสมดุลระหว่างอำนาจการตัดสินใจ (discretionary power) กับ ผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง ทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม เพื่อให้เกิดความชอบธรรม โปร่งใส และไม่ขัดต่อหลักจริยธรรมของ

¹⁴ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 8 ฉบับที่ 8 (2532), หน้า 33-58.

¹⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, นิตยสารพจนานิตย, ปีที่ 42 ฉบับที่ 3 (2529), หน้า 60-62.; สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 249-250.

เจ้าหน้าที่รัฐ ผลการวิจัยพบว่า ผู้ใช้อำนาจดุลพินิจจำเป็นต้องแยกแยะ “สัดส่วนของดุลพินิจที่เป็นอิสระ” ออกจาก “สัดส่วนของประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจ” และต้องมั่นใจว่าการตัดสินใจนั้นมีความสมดุลระหว่าง “ความถูกต้องตามกฎหมาย” กับ “ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง” โดยไม่เอนเอียงหรือเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเอง ญาติ พวกพ้อง หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะอยู่ในกลุ่มที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือไม่ก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น หากเจ้าหน้าที่รัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจทางปกครองมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับบุคคลใด เช่น เป็นเพื่อนกับผู้มีบุตรซึ่งได้รับผลประโยชน์จากการตัดสินใจ แม้บุคคลดังกล่าวจะไม่อยู่ในข่ายที่กฎหมายห้ามตามมาตรา 13 แต่การตัดสินใจในลักษณะที่เอื้อประโยชน์แก่บุคคลนั้นย่อมถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ ขาดความสมดุลระหว่างความเป็นธรรมกับผลประโยชน์ส่วนบุคคล และส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือทางจริยธรรมของผู้ใช้อำนาจ หลักการนี้จึงชี้ให้เห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับกฎหมายนั้นไม่เพียงต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น หากยังต้องคำนึงถึงมิติทางคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ปฏิบัติ โดยเฉพาะการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) และการจัดลำดับความสำคัญให้แก่ผลประโยชน์สาธารณะเหนือกว่าผลประโยชน์ส่วนตัว

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

จากผลการวิจัยที่ผสมผสานระหว่างข้อมูลทั้งในเชิงคุณภาพและปริมาณ ผลของการศึกษาจากเอกสาร ตำรา และบทความที่เกี่ยวข้อง เมื่อผสมเข้ากับข้อมูลเชิงลึกที่ผ่านการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลทั้งในกลุ่มผู้ใช้อำนาจปกครองและกลุ่มผู้บังคับใช้กฎหมาย (ตุลาการ) แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นสอดคล้องกับหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักนิติรัฐ (Rule of Law) ซึ่งหลักการเหล่านี้คือกรอบที่ใช้ควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของรัฐไม่ให้เกินขอบเขตและเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับการยึดโยงการตัดสินใจกับกฎหมาย และ บรรทัดฐาน ที่มีอยู่เดิม หากไม่มีกฎหมายโดยตรง จะพิจารณาจาก "แนวทางปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาคนก่อน" หรือ "หน่วยงานประเภทเดียวกัน" ซึ่งแนวคิดนี้สะท้อนหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายรองรับ (no power without a law) และต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่สูงกว่า

นอกจากนี้ การอ้างอิงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งปรากฏบ่อยครั้งในการสัมภาษณ์ยืนยันถึงการยอมรับว่าคำพิพากษาของศาลเป็นหนึ่งใน บ่อเกิดของกฎหมาย (Sources of Law) ที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและนำมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ สำหรับหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) ผลการวิจัยยังชี้ให้เห็นถึงการยึดถือ หลักความสม่ำเสมอ ในการใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งสะท้อนถึงหลักความเสมอภาคอย่างชัดเจนบนข้อเท็จจริง ปฏิบัติต่อประชาชนในสถานการณ์เดียวกันอย่างเท่าเทียมกันนี้

อันเป็นแก่นของหลักความเสมอภาคที่ว่า "ทุกคนเสมอกันในกฎหมาย" เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยมิชอบ ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 236/2554 ที่ระบุว่า หากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไม่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เจ้าหน้าที่ไม่สามารถใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากเดิมได้

สำหรับหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) แม้ผู้ให้ข้อมูลไม่ได้ใช้คำว่า "หลักความได้สัดส่วน" โดยตรง แต่แนวทางการใช้ดุลพินิจที่ผู้ให้ข้อมูลในกลุ่มผู้ใช้อำนาจปกครองให้ไว้ เช่น การพิจารณาจากข้อเท็จจริงอย่างละเอียดและรอบด้าน และ การรักษาสมดุลระหว่างดุลพินิจต่อสาธารณประโยชน์กับประโยชน์ของบุคคล กล่าวคือ เป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาประยุกต์ใช้ในทางปฏิบัติ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการคือ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) การพิจารณาว่าการใช้อำนาจเหมาะสมกับวัตถุประสงค์หรือไม่ หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) การเลือกใช้วิธีการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ (Proportionality in the Narrow Sense) การเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์สาธารณะที่ได้รับกับความเสียหายที่ประชาชนต้องแบกรับ และผู้ให้ข้อมูลท่านหนึ่งกล่าวถึงกรณีที่ต้องพิจารณา "ว่าทำไมถึงมีดุลพินิจที่แตกต่างกัน" ในคดีชุดดินถล่มดิน ซึ่งต้องดูที่ ข้อเท็จจริง ว่าการกระทำนั้น สร้างความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรือไม่ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่คำนึงถึง "ความได้สัดส่วน" ของการกระทำเป็นอย่างดี

โดยสรุป การวิจัยยืนยันว่าถึงแม้กฎหมายจะให้อิสระในการใช้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่ในทางปฏิบัติแล้วการใช้ดุลพินิจไม่ได้เป็นไปโดยอำเภอใจ หากแต่ถูกควบคุมด้วยทฤษฎีและหลักกฎหมายอย่างเข้มงวด แนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามที่จะยึดโยงตนเองกับกฎหมาย หลักความเป็นธรรม ความเสมอภาค และความโปร่งใส ซึ่งเป็นรากฐานของระบบนิติรัฐ นอกจากนี้ ข้อมูลที่ได้จากกลุ่มผู้บังคับใช้กฎหมาย (ตุลาการ) ก็ตอบย้ำว่าศาลปกครองทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามหลักกฎหมายเหล่านี้อย่างเคร่งครัด ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวทางการปฏิบัติของฝ่ายปกครองที่ถูกต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นคือการผนวกเอาหลักนิติรัฐมาใช้เป็นเครื่องมือควบคุมตนเอง และใช้เป็นเกราะป้องกันความมิชอบด้วยกฎหมายในเวลาเดียวกัน ซึ่งงานวิจัยนี้ได้เสนอแนวปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมเพื่อช่วยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างมั่นใจและเป็นไปตามหลักการที่ถูกต้อง

จากการศึกษางานวิจัยนี้พบว่ากลุ่มผู้ให้ข้อมูลทั้งสอง ต่างมีแนวคิดและหลักการที่สอดคล้องกันในการควบคุมการใช้ดุลพินิจ โดยข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึกยืนยันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ แต่ยึดโยงอยู่กับหลักกฎหมายสำคัญ ตามหลักหลักนิติรัฐ ที่เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความสมเหตุสมผลของการกระทำทางปกครอง การที่ผู้ให้ข้อมูลซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติงานจริงกล่าวถึงการอ้างอิงแนวทางปฏิบัติเดิมหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครอง แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายเหล่านี้ได้ถูกนำไปใช้ในทางปฏิบัติจริง ๆ และกลายเป็นบรรทัดฐานที่ยึดถือร่วมกัน ในด้านการวิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบ งานวิจัยได้วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบจากมุมมองของผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรง ผลการวิจัยยืนยันสมมติฐานที่ตั้งไว้ว่า หากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนจะส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อการบริหาร

งานภาครัฐ กลุ่มผู้ใช้อำนาจปกครองยอมรับว่า การขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนส่งผลกระทบต่อความลังเลในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อประสิทธิภาพในการทำงานของรัฐ การวิเคราะห์ยังชี้ให้เห็นว่าปัญหาไม่ได้เกิดจากความตั้งใจที่จะทุจริตเพียงอย่างเดียว แต่มีที่มาจากความไม่รู้หรือไม่เข้าใจในหลักกฎหมายที่ใช้ควบคุมดุลพินิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มผู้บริหารที่ไม่มีพื้นฐานด้านกฎหมาย ซึ่งเป็นต้นตอที่ทำให้การตัดสินใจไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกเพิกถอนในภายหลังได้

จากการรวบรวมและสังเคราะห์ข้อมูลเชิงลึก งานวิจัยได้บรรลุวัตถุประสงค์ข้อนี้โดยการนำเสนอแนวทางปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมเพื่อป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งเป็นผลสรุปจากประสบการณ์จริงของผู้ปฏิบัติงานและมุมมองของผู้ควบคุมการใช้อำนาจ แนวทางเหล่านี้ไม่ได้เป็นเพียงทฤษฎี แต่เป็นหลักเกณฑ์การปฏิบัติที่สามารถนำไปใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ทันที ได้แก่ การยึดโยงกับกฎหมาย การใช้ดุลพินิจภายใต้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย การตัดสินใจบนข้อเท็จจริง การให้เหตุผลอย่างโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้ การรับผิดชอบต่อการใช้ดุลพินิจและการตัดสินใจ การสร้างกลไกการตรวจสอบภายใน และการยึดหลักประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคล แนวทางที่ได้จากงานวิจัยนี้มีประโยชน์อย่างยิ่งในการเป็น "เกณฑ์" หรือ "คู่มือ" ให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการตัดสินใจอย่างมั่นใจและเป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นกรอบที่ช่วยป้องกันการถูกฟ้องคดีในชั้นศาล ซึ่งจะช่วยลดภาระงานของศาลปกครองและเสริมสร้างความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อการทำงานของภาครัฐได้อีกด้วย

3.2 ข้อเสนอแนะเพื่อการวิจัยครั้งต่อไป

เมื่องานวิจัยนี้ได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว การนำผลไปพัฒนาต่อยอดสร้างกลไก แห่งการรับรู้ และวิธีการนำเอาผลงานวิจัยนี้ไปใช้ โดยให้หน่วยงานทางปกครองที่ต้องใช้กฎหมายปกครองในฐานะต่าง ๆ เข้าใจถึงหลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้การใช้ดุลพินิจไม่ตกอยู่ภายใต้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีผลบังคับใช้ในรูปแบบของ “กฎ” ให้เป็นมาตรฐานกลาง ผู้วิจัยได้เสนอแนวปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม เพื่อช่วยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจให้ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นไปตามหลักการที่ถูกต้อง โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวประกอบด้วย การยึดโยงกับกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เพื่อให้การตัดสินใจอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและไม่เกินขอบเขตที่กำหนด, การให้เหตุผลและคำอธิบายประกอบการตัดสินใจอย่างโปร่งใส เพื่อให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียสามารถตรวจสอบได้, การรับผิดชอบต่อผลแห่งการใช้ดุลพินิจของตนเอง ทั้งในทางปกครองและจริยธรรมราชการ, การสร้างกลไกตรวจสอบภายใน เพื่อป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ, และการเสริมสร้างความรู้ด้านกฎหมายปกครองแก่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจ ให้เข้าใจถึงหลักความได้สัดส่วน ความเสมอภาค และหลักนิติรัฐอย่างถูกต้องและสามารถนำไปใช้ได้จริงในสถานการณ์หลากหลาย

สำหรับการนำผลการวิจัยไปพัฒนาต่อยอดสำหรับการวิจัยในครั้งต่อไป โดยเน้นการศึกษาเชิงลึกเฉพาะกลุ่ม เพื่อศึกษาทำความเข้าใจแนวคิดและหลักการที่เจ้าหน้าที่นำผลการวิจัยนี้ไปประยุกต์ใช้ในการปฏิบัติงานจริง โดยผ่านการวิจัยเชิงปริมาณ (Quantitative Research) ที่ใช้แบบสอบถาม (questionnaire) กับกลุ่มตัวอย่างที่ใหญ่ขึ้น เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจากหลายหน่วยงานทั่วประเทศ เพื่อตรวจสอบและ

ยืนยันว่าหลักการที่ได้จากงานวิจัยนี้ (เช่น การยึดกฎหมาย ความเสมอภาค ความโปร่งใส ฯลฯ) เป็นที่ยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างแพร่หลายและได้ผลเพียงใด รวมถึงการเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างภูมิภาคหรือประเภทของหน่วยงาน นอกจากนี้ยังอาจพัฒนาเป็นการวิจัยเชิงกรณีศึกษาเฉพาะเรื่อง ที่มีการศึกษาเชิงลึกในประเด็นปัญหาที่พบบ่อจากการใช้ดุลพินิจ เช่น การใช้อำนาจดุลพินิจในการออกใบอนุญาต ศึกษาเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับการขอใบอนุญาตต่าง ๆ เช่น ใบอนุญาตก่อสร้าง ใบอนุญาตประกอบธุรกิจ เพื่อวิเคราะห์ว่าปัจจัยใดที่ทำให้เกิดการฟ้องร้องคดีในศาลปกครอง และเจ้าหน้าที่ที่สามารถปรับปรุงขั้นตอนการพิจารณาได้อย่างไร หรือจะเป็นการวิจัยในเชิงเปรียบเทียบกฎหมาย การเปรียบเทียบหลักการและแนวทางปฏิบัติการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทยกับประเทศอื่นที่มีระบบกฎหมายใกล้เคียง จะช่วยให้เห็นจุดแข็งและจุดอ่อนของระบบไทย และสามารถนำหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมมาปรับใช้ได้เหมาะสม

รายการอ้างอิง

- กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, **ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน**, นิตยสารบพัณติตย, ปีที่ 42 ฉบับที่ 3 (2529).
- กาญจนา สุขชาบุรณ์, **แนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้กรอบของกฎหมาย: ศึกษากรณีมาตรการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019**, (ชลบุรี: คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2563).
- บุญญรัตน์ โชคบันดลชัย, **การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง: กรณีศึกษาการปฏิบัติตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2560).
- วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549).
- วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, **กฎหมายปกครองภาคทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554) หน้า 80-88
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ**, วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 8 ฉบับที่ 8 (2532).
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย**, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545) หน้า 133
- วินัย ผลเจริญ, **แนวคิดหลังอาณานิคมนิยม: บทสำรวจทฤษฎี และการประยุกต์ใช้เพื่อศึกษาสังคมและการเมืองไทย** (มหาวิทยาลัยมหาสารคาม, 2552).
- สมยศ เชื้อไทย, **ความรู้กฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 29 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565).
- สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559).
- สุธินี อัดถากร, **ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ: ฐานคติและการนำไปประยุกต์ใช้ในการปรับปรุงการบริหารภาครัฐของไทย**, วารสารนโยบายสาธารณะและการบริหารราชการ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (2560), 25-39.
- งามอาจ เจ๊ะยะหลี, **กฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษร, 2565).
- เอกลักษณ์ ไชยภูมิ, **การปกครองตามธรรมชาติ: กฎเหล็กสามข้อของการปกครองแบบผสม**, วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์, ปีที่ 48 ฉบับที่ 1 (2561), 171-196

บทความวิจัย (Research Article)

การปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องหย่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*

Improving the Legal Provisions on Divorce According to
the Civil and Commercial Code

กมลนัยน์ ชลประทีน**

อาจารย์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เลขที่ 333 หมู่ที่ 1 ตำบลท่าสุต
อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

อีเมล: kamonnai.cho@mfu.ac.th

Kamonnai Chonpratin

Lecturer

School of Law, Mae Fah Luang University, 333 Moo. 1, Thasudh

Chiang-Rai, Thailand, 57100

Email: kamonnai.cho@mfu.ac.th

วันที่รับบทความ 3 กันยายน 2568; วันที่แก้ไขบทความ 10 ตุลาคม 2568; วันที่ตอบรับบทความ 17 ตุลาคม 2568

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง “การปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ประเภททุนวิจัยส่วนตัวจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; เนติบัณฑิตไทย; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชนและธุรกิจ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพดำเนินการวิจัยทางเอกสาร โดยค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ งานวิจัย หนังสือ วารสาร บทความ กฎหมายและเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อวิจัยนี้ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาทำการศึกษา วิเคราะห์และหาข้อสรุป

จากการศึกษาพบว่า มาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย แม้จะมีการบัญญัติเหตุฟ้องหย่าไว้ถึง 12 เหตุ แต่การฟ้องหย่ามิใช่เรื่องง่าย เพราะบทบัญญัติแต่ละอนุมาตราต้องอาศัยการตีความ บางอนุมาตราตีความที่ไม่ยืดหยุ่น บางอนุมาตราขาดแนวปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานในการตีความ ประกอบกับการที่ศาลพิจารณาพฤติการณ์ที่เป็นอวัสัยของคู่สมรสควบคู่ไปกับเหตุฟ้องหย่า ทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลมีความหลากหลาย ดังที่สะท้อนในคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายครอบครัวในส่วนของ การฟ้องหย่า

จากการวิเคราะห์ปัญหางานวิจัยนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1516 บางอนุมาตราเพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายเกิดความยืดหยุ่นและเอื้อต่อการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับใช้อย่างเหมาะสมในแต่ละกรณี ตลอดจนสอดคล้องกับบริบทของสังคมปัจจุบันและเป็นธรรมต่อคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย โดยอนุมาตราที่วิจัยเสนอแนวทางแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ มาตรา 1516 (1) (5) (6) (7) และ (10) ส่วนมาตรา 1516 (2) (4) (4/1) (4/2) (8) และ (9) เห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่เหมาะสมจึงควรคงไว้เช่นเดิม ส่วนมาตรา 1516 (3) ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายมีความเหมาะสมและครอบคลุมพฤติการณ์ที่หลากหลาย แต่ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจแก่ศาล เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นของแต่ละคู่สมรส เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกันหรืออย่างน้อยมีความใกล้เคียงกัน

คำสำคัญ: กฎหมายครอบครัว; คู่สมรส; เหตุฟ้องหย่า; การสิ้นสุดการสมรส

Abstract

This research aims to examine the guidelines for amending and improving the legal provisions governing divorce proceedings under Section 1516 of the Civil and Commercial Code. The study adopts a qualitative methodology through documentary research by reviewing both Thai and international sources, including academic studies, books, journals, articles, statutory provisions, and other relevant materials. The collected data were analyzed, interpreted, and synthesized to formulate conclusions.

The findings indicate that, although Section 1516 of the Civil and Commercial Code of Thailand prescribes twelve grounds for divorce, the filing of a divorce action remains complex. Each subsection requires judicial interpretation; some are applied rigidly, while others lack consistent interpretative standards. Furthermore, the courts' consideration of the subjective circumstances of the spouses, in conjunction with the statutory grounds for divorce, has led to a wide range of judicial discretion. This variation, reflected in several Supreme Court decisions, demonstrates inconsistency and confusion in the enforcement of family law concerning divorce.

Based on the analysis, the researcher proposes amendments to certain subsections of Section 1516 to increase flexibility and to enable the courts to exercise discretion more appropriately according to each case's specific circumstances. These proposed reforms aim to align the law with contemporary social contexts and ensure fairness to the aggrieved spouse. The suggested amendments concern subsections (1), (5), (6), (7), and (10), while subsections (2), (4), (4/1), (4/2), (8), and (9) are considered appropriate and should remain unchanged. As for subsection (3), the researcher finds it comprehensive and suitable but recommends that clear judicial guidelines be established to assist the courts in assessing marital circumstances, thereby fostering consistency in the application of the law.

Keywords: Family Law; Marital Partners; Grounds for Divorce; Dissolution of Marriage

1. บทนำ

เดิม กฎหมายครอบครัวของไทยเป็นกฎหมายที่ผูกติดกับค่านิยมทางเพศ¹ สังเกตได้จากการใช้คำแทนตัวบุคคลในบทบัญญัติทั้งคำว่า “ชายหญิง” “สามีภริยา” หรือ “บิดามารดา” ล้วนเป็นคำที่สื่อถึงลักษณะทางเพศอย่างชัดเจน แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติเป็นการเฉพาะว่า ผู้ที่จะทำการหมั้นหรือสมรสจะต้องเป็นบุคคลต่างเพศ แต่ด้วยบริบทในแต่ละมาตราไม่อาจตีความได้ว่าบุคคลเพศเดียวกันจะมีสิทธิทำการหมั้นหรือสมรสได้ แม้ความเป็นจริงการใช้คำเหล่านี้ อาจเป็นการแทนสถานะหรือบทบาทในความสัมพันธ์ที่ได้หมายถึงเพศสภาพ แต่กำเนิดก็ได้ ซึ่งกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับต่าง ๆ กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน² ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่ได้บัญญัติมาตรา 28 วรรคสองว่า “ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” เพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำของบุคคลให้น้อยลงอย่างเป็นลำดับ³ และนับแต่นั้นรัฐธรรมนูญของไทยได้ยืนยันสิทธินี้มาตลอดถึงปัจจุบัน ในส่วนของกฎหมายครอบครัวมิได้แก้ไขให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในคราวเดียว แต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างค่อยเป็นค่อยไป จึงเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายไม่เท่าเทียมระหว่างเพศในบางมาตราและไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในบางช่วงเวลา การให้สิทธิแก่ชายมากกว่าหญิงปรากฏนับแต่กฎหมายลักษณะผัวเมียเรื่อยมา จนกระทั่งค่านิยมทางสังคมในมุมมองเพศทั้งภายในประเทศและต่างประเทศต่างเห็นความสำคัญของสิทธิเท่าเทียมทางเพศที่ควรได้รับการรับรองและคุ้มครองทางกฎหมาย ประกอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายครอบครัวในหลายประเทศมีผลบังคับใช้กับทุกเพศโดยไม่เลือกปฏิบัติ ยังมีผลในการเร่งแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายของไทยให้ทันต่อยุคสมัยและความเปลี่ยนแปลงของสังคม จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 การแก้ไขเพิ่มเติมที่เห็นได้ชัดและส่งผลต่อการบังคับใช้ คือ การใช้คำจำกัดความแทนตัวบุคคลในบทบัญญัติกฎหมาย โดยเปลี่ยนเป็นคำว่า “ผู้หมั้น-ผู้รับหมั้น” และ “คู่สมรส” ที่ไม่สื่อถึงความสัมพันธ์ว่าต้องเป็นบุคคลเพศใด แต่เป็นการบังคับใช้กฎหมายแก่บุคคลทุกเพศ เว้นแต่กรณีกฎหมายอื่นกำหนดไว้หรือกรณีต้องบังคับใช้แก่ชายหญิงเป็นการเฉพาะ

นอกจากค่านิยมทางเพศถูกลดความสำคัญและกฎหมายให้นิติสถานะแก่ผู้มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ปัจจุบันผู้คนมีค่านิยมในการรักตัวเอง (self love) ตระหนักถึงคุณค่าโดยปฏิบัติต่อตนเองด้วยความเคารพ และให้เกียรติ (self respect) แม้ค่านิยมในการดำเนินชีวิตเช่นนี้จะมีความเป็นปัจเจก แต่ปฏิเสธไม่ได้ว่าการถ่ายทอดค่านิยมดังกล่าวเป็นที่แพร่หลายและได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งสะท้อนไปถึงค่านิยมในการมีคู่สมรสหรือครอบครัวที่ควรเป็นความสุขและพึงพาในยามทุกข์ซึ่งกันและกัน เมื่อใดที่การรักษาสถานะ

¹ ค่านิยมทางเพศ (sexual value) หมายถึง ความเชื่อหรือมาตรฐานที่สังคมกำหนดบทบาท หน้าที่ หรือความเหมาะสมทางเพศ เช่น ชายต้องแข็งแรง หญิงต้องอ่อนแอ หญิงต้องพึ่งพาชาย

² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566), หน้า 172.

³ เหตุผลส่วนหนึ่งในการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 91 ตอนที่ 169 วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2517

คู่สมรสหรือครอบครัวส่งผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจมากเกินไปก็ไม่ต้องจำหน่อสภาวะ เช่นนั้น การยุติความสัมพันธ์โดยการหย่าจึงเป็นทางออกที่คู่สมรสค้ำนังถึง สังกัดได้จากสถิติการหย่าร้างที่เพิ่มสูงขึ้นทุกปี⁴

อย่างไรก็ตาม ถ้าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมหย่ามักไม่เป็นปัญหาและถือเป็นการยุติความสัมพันธ์ที่ราบรื่นกว่าการฟ้องหย่าที่เกิดจากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งประสงค์ต่อหย่าแต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์เช่นนั้น จึงต้องอาศัยสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดเหตุฟ้องหย่าถึง 12 เหตุ อย่างไรก็ตาม การฟ้องหย่ามิได้สำเร็จโดยง่าย แม้บทบัญญัติกฎหมายจะกำหนดเหตุฟ้องหย่าหลายประการแต่การบังคับใช้มีข้อจำกัด ด้วยปัจจัยหลายประการที่ศาลต้องนำมาพิจารณา ทั้งการใช้การตีความบทบัญญัติกฎหมาย ลักษณะความขัดแย้งและความสัมพันธ์ของคู่สมรสที่แตกต่างกันในแต่ละคู่ นอกจากนี้ แนวคิดในการรักษาสถาบันครอบครัวยังส่งผลให้การหย่าเป็นไปได้ยากขึ้น หากศาลเห็นว่าไม่เป็นไปตามเหตุฟ้องหย่าหรือมีเหตุแต่ไม่เพียงพอที่ศาลจะพิพากษาให้หย่าหรือศาลเห็นควรให้คงสถานะคู่สมรสต่อไป ศาลจะมีคำสั่งยกฟ้องและเป็นผลให้คู่สมรสกลับไปอยู่กันด้วยกันดังเดิม

2. แนวคิดเกี่ยวกับการหย่า

กฎหมายครอบครัวของไทยยอมรับการหย่าร้างมาตั้งแต่ในอดีต เพียงแต่ในขณะนั้น กฎหมายครอบครัว (เดิม) ให้อำนาจตัดสินใจแก่ชายซึ่งเป็นสามีมากกว่าหญิงซึ่งเป็นภรรยา ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะภายหลังการสมรสภรรยาต้องอยู่ใต้อิสระของสามี โดยสามีมีอำนาจในการจัดการครอบครัว ทรัพย์สิน ตลอดจนเป็นหัวหน้าครอบครัวและการใช้ชีวิตของภรรยาต้องพึ่งพาสามีเป็นหลัก ในส่วนของแนวคิดเกี่ยวกับการหย่า ผู้เขียนขอแบ่งออกเป็น 2 แนวคิด ได้แก่

1) แนวคิดทางศาสนา โดยศาสนาพุทธเห็นว่า การหย่าร้างของคู่สมรสเป็นเรื่องของบุญกรรม⁵ สามีภรรยาทำบุญมาด้วยกันเพียงเท่านี้ สิ้นบุญต่อกันและเป็นอนิจจังจึงต้องหย่าร้างกัน ส่วนศาสนาคริสต์ แต่เดิมหลายประเทศไม่ยอมรับการฟ้องหย่า โดยเห็นว่า เมื่อคู่สมรสได้สัญญาต่อพระเจ้าว่าจะอยู่กันด้วยกันฉันคู่สมรสแล้วก็ไม่มืสิทธิทำลายคำสัญญา เช่น กฎหมายครอบครัว (เดิม) ของประเทศอังกฤษให้แยกกันอยู่แต่ไม่อาจสิ้นสุดการสมรสได้ แต่ต่อมากฎหมายไม่อาจต้านทานความต้องการหย่าของคู่สมรสได้ จึงอนุญาตให้มีการหย่าในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีความผิด⁶

⁴ สถิติการหย่าร้างปี พ.ศ. 2567 มีจำนวนถึง 147,621 คู่ ถือเป็นสถิติที่สูงที่สุดจากการสืบค้นข้อมูลย้อนหลังนับแต่ปี พ.ศ. 2550

ข้อมูลสำนักบริหารการทะเบียน กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, ระบบสถิติทางการทะเบียน [ออนไลน์], 13 มิถุนายน 2568. แหล่งที่มา: <https://stat.bora.dopa.go.th/stat/statnew/statMenu/newStat/home.php>

⁵ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 38-39

⁶ วารีนาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์, 2554), หน้า 184.

2) แนวคิดทางสังคม เห็นว่า การหย่าร้างเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ แต่อาจส่งผลกระทบต่อสถาบันครอบครัว บุตร บุคคลภายนอกที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องและมีมุมมองต่อหญิงที่ผ่านการหย่าร้างไม่ดีเท่าใดนัก

แต่ปัจจุบันแนวคิดในประเด็นบุตรในประเด็นผลกระทบจากการหย่าร้างของบิดามารดาก็เปลี่ยนไป โดยเห็นว่าการคงไว้ซึ่งสถานะครอบครัวที่ทับถมไปด้วยความขัดแย้งของบิดามารดาอาจส่งผลเสียต่อบุตรไม่มากนักน้อยและสะสมในระยะยาว ประกอบกับปัจจุบันคู่สมรสต่างฝ่ายต่างประกอบอาชีพทำให้การพึ่งพารายได้ของคู่สมรสลดลง ยิ่งส่งผลต่อการตัดสินใจหย่าร้างที่ง่ายขึ้น

มาตรา 1514 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดการหย่าเป็น 2 วิธี ได้แก่ **การหย่าโดยความยินยอม** ทำได้ 2 วิธี ได้แก่ วิธีแรก คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไปจดทะเบียนหย่าต่อนายทะเบียน วิธีที่สอง ทำหนังสือหย่าโดยมีพยานอย่างน้อยสองคนและนำหนังสือหย่าไปจดทะเบียน และวิธีที่สอง**การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล** ตามมาตรา 1516 ที่บัญญัติทั้งเหตุอันเป็นความผิด (fault theory) และเหตุว่าความสัมพันธ์แตกร้างจนไม่อาจแก้ไขได้ (breakdown theory)

3. บทวิเคราะห์

มาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการบัญญัติเหตุฟ้องหย่าหลายประการ แต่การฟ้องหย่ากลับมีทั้งข้อจำกัดและปัญหาการใช้การตีความที่ไม่มีแนวทางชัดเจนหรือการตีความที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายทั่วไป ประกอบกับแนวคิดในการรักษาสถาบันครอบครัวที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาคดีส่งผลต่อการยกฟ้อง ยิ่งไปกว่านั้น เหตุฟ้องหย่าบางประการอาจไม่สอดคล้องกับค่านิยมในสังคมและความเป็นพลวัตของครอบครัว ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษา วิเคราะห์ และหาข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1516 เพื่อให้ปรับใช้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงในปัจจุบัน ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ที่ได้มีการแก้ไขเหตุฟ้องหย่าบางอนุมาตราและเพิ่มเติมบางพฤติการณ์เพื่อการบังคับใช้กับคู่สมรสทุกเพศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวยังมีปัญหาการตีความและการบังคับใช้เหตุฟ้องหย่าในหลายอนุมาตรา บทความนี้ ผู้เขียนขออธิบายการบังคับใช้มาตรา 1516 ทุกอนุมาตรา เพื่อให้เห็นว่าอนุมาตราใดควรมีการแก้ไขและอนุมาตราควรคงไว้เช่นเดิม ดังนี้

3.1 มาตรา 1516 (1)

การประพฤตินอกใจคู่สมรสหรือผิดประเวณีเป็นเหตุฟ้องหย่าสำคัญที่ถูกจัดเป็นลำดับแรกในกฎหมายครอบครัว ด้วยเหตุที่คู่สมรสมีหน้าที่ในความซื่อสัตย์ (fidelity) ต่อกันเป็นฐานสำคัญ ซึ่งมาตรา 1516 (1) บัญญัติถึงการประพฤตินอกใจ ดังนี้

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉ้นคู่สมรส เป็นชู้หรือมีชู้ ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิม หรือกระทำกับผู้อื่นหรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจิม อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

อนุมาตรานี้แบ่งพฤติการณ์ออกเป็น 4 กลุ่ม ได้แก่

1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉ้นคู่สมรส การอุปการะเลี้ยงดู หมายถึง การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งให้สิ่งจำเป็นในการดำรงชีพแก่ผู้อื่นฉ้นคู่สมรส และยกย่องผู้อื่นฉ้นคู่สมรส หมายถึง การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งแสดงตนโดยเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปว่าผู้อื่นเป็นคู่สมรสของตนทั้งที่ไม่ใช่ความจริง ดังนั้น หากเกิดพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องหย่า

2) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชู้หรือมีชู้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้นิยามความหมาย จึงต้องใช้นิยามทั่วไปว่า “ชู้” (adultery) หมายถึง การทำชู้⁷ หรือการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่มีคู่สมรส⁸ หรืออาจหมายถึงสถานะของบุคคลก็ได้ ส่วนคำว่า “เป็นชู้” (adulterer) หมายถึง ร่วมประเวณีกับภริยาของผู้อื่น และคำว่า “มีชู้” (adulteress) หมายถึง ล่วงประเวณีกับชายอื่นที่มีคู่สมรสตามนิยามในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน จากนิยามการเป็นชู้หรือมีชู้ล้วนเป็นการกระทำในลักษณะการร่วมประเวณีหรือล่วงประเวณี ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้นิยามคำว่า “ร่วมประเวณี” เช่นกัน จึงต้องพิจารณาตามพจนานุกรมฯ หมายความว่า การเสพสังวาส เป็นผัวเมียกัน และหากพิจารณาแต่ละการกระทำในนิยาม คำว่า “เสพสังวาส” หมายถึง การร่วมเพศ ร่วมรัก ซึ่งมีได้สื่อว่าต้องเป็นการกระทำระหว่างเพศใดกับเพศใด จึงอาจตีความว่า เป็นการกระทำระหว่างบุคคลต่างเพศหรือบุคคลเพศเดียวกันก็ได้ ส่วนคำว่า “เป็นผัวเมียกัน” เป็นคำที่สื่อในทางเพศว่าเป็นการกระทำระหว่างชาย (ผัว) กับหญิง (เมีย) ดังนั้น หากใช้นิยามคำว่าร่วมประเวณีในนิยามทั่วไป ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่สื่อถึงการกระทำระหว่างเพศใดกับเพศใดที่ชัดเจน แต่ในส่วนของกฎหมายครอบครัว ทั้งการตีความของศาลและความเห็นของนักวิชาการเป็นไปในทิศทางเดียวกันว่า การร่วมประเวณีเป็นความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายและหญิงด้วยวิธีธรรมชาติโดยอวัยวะเพศชายสอดใส่อวัยวะเพศหญิง แต่ในส่วนของการเป็นชู้หรือมีชู้ไม่ชัดเจนว่ามีการจำแนกเพศผู้กระทำโดยเด็ดขาดหรือไม่ แต่จากลักษณะการกระทำตามนิยามเป็นการร่วมประเวณีที่สื่อถึงความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายหญิง และมีข้อสังเกตว่าแม้ นิยามตามพจนานุกรมฯ มิได้ระบุเพศคู่สมรสผู้กระทำชัดเจน แต่เมื่อใช้คำว่า “ภริยาผู้อื่น” และ “ชายอื่นที่มีคู่

⁷ ศัพท์บัญญัติสำนักงานราชบัณฑิตยสภา

⁸ Encyclopaedia Britannica Online, Adultery, sexual relations between a married person and someone other than the spouse., [Online], 9 October 2025. Source: <https://www.britannica.com/topic/adultery>

สามีนั่น” นับแต่บังคับใช้กฎหมายครอบครัวฉบับเดิมที่ถือเอาความต่างเพศเป็นสำคัญ ประกอบกับการนิยามที่ชัดเจนของศาสตราจารย์ (พิเศษ) ประสพสุข บุญเดช ว่าเป็นชู้⁹ หมายถึง การที่ชายสมัครใจร่วมประเวณีกับหญิงที่มีคู่สมรสแล้ว ส่วนมีชู้¹⁰ หมายถึง การที่หญิงผู้เป็นคู่สมรสสมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่น โดยอวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าในอวัยวะเพศหญิงผู้เป็นคู่สมรส¹¹ เพียงแต่ไม่ได้กล่าวโดยตรงว่าชายอื่นที่หญิงผู้เป็นคู่สมรสมีการร่วมประเวณีมีคู่สมรสหรือไม่ ก็ถือว่ามิชู้ ซึ่งน่าจะได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายครอบครัวเดิมที่บัญญัติถึงภริยามิชู้¹² และหากตีความรวมถึงการร่วมประเวณีกับชายโสเภณีก็น่าจะเป็นการบังคับใช้กฎหมายทับซ้อนกับพฤติกรรมอื่นในอนุมาตราเดียวกัน เพียงแต่การเป็นชู้และมีชู้ทำเพียงครั้งเดียวพองหยาได้ เพราะกฎหมายมิได้กำหนดว่าต้องกระทำเป็นอาชญากรรม ทั้งหมัดนี้ทำให้เห็นถึงความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายและการตีความอย่างกว้างขวาง

แม้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 จะมีเจตนารมณ์ในบังคับใช้แก่บุคคลทุกเพศอย่างเท่าเทียม แต่หากการตีความนิยามในพจนานุกรมฯ และยึดหลักการเดิมว่าต้องเป็นการร่วมประเวณี มีข้อสังเกตว่า พฤติการณ์นี้เป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เท่าเทียมระหว่างเพศแฝงอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายหรือไม่ เพราะการที่หญิงสมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่นเพียงครั้งเดียวถือว่ามิชู้ ในขณะที่คู่สมรสชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงโสเภณีเพียงครั้งเดียว ไม่ถือว่าเป็นชู้และไม่อาจพองหยาด้วยเหตุร่วมประเวณีกับผู้อื่นหากมิได้กระทำเป็นอาชญากรรม ในขณะที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลเพศเดียวกันแม้บุคคลนั้นมีคู่สมรส ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นชู้หรือมีชู้ตามอนุมาตรานี้เพราะขาดการร่วมประเวณี ดังนั้น พฤติการณ์นี้ปรับใช้กับคู่สมรสเพศเดียวกันได้ต่อเมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีกับบุคคลต่างเพศ ยกตัวอย่างเช่น คู่สมรสเป็นชายทั้งคู่ คู่สมรสฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีกับหญิงอื่นที่มีคู่สมรสแล้ว คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิพองหยาโดยอาศัยเหตุเป็นชู้ ตามมาตรา 1516 (1) เป็นต้น จะเห็นได้ว่า หากยังคงตีความ

⁹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 27 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2568), หน้า 405-406.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 408-409.

¹¹ (เดิม) ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ เคยให้นิยามการมีชู้ของภริยาหมายถึง สมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่นสามีสร่วมประเวณีกับภริยาของชายอื่นยอมถือว่าเป็นชู้ แต่ปัจจุบัน (พ.ศ. 2568) อธิบายว่า มีชู้ หมายถึง สมัครใจร่วมเพศหรือร่วมรักกับผู้อื่น เป็นชู้ หมายถึง ร่วมเพศกับคู่สมรสของบุคคลอื่น และมีนัยวิชาการที่เห็นว่าการเป็นชู้หรือมีชู้อาจเป็นเพศใดก็ได้ เพราะพจนานุกรมฯ มิได้ระบุเพศของคู่สมรสผู้กระทำแต่ระบุเพียงเพศของผู้อื่นที่ได้กระทำ

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1500 “คดีพองหย่านั้น ถ้า (1) ภริยามิชู้ สามีสพองหย่าได้” และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่ 8 ปี พ.ศ. 2519 มาตรา 1516 (1) “สามีสอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทภริยาหรือภริยามิชู้ อีกฝ่ายหนึ่งพองหย่าได้” ประกอบกับแนวคิดชายเป็นใหญ่จึงมีการตีความการเป็นชู้ที่จำกัดกว่าและแบ่งเพศคู่สมรสผู้ประพฤตินอกใจ

เช่นเดิม การบังคับใช้กฎหมายอาจไม่เท่าเทียมทางเพศตามเจตนารมณ์ เว้นแต่ศาลจะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นในอนาคต เพราะไม่ว่าสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปเพียงใด ชู้เป็นความประพฤตินี้ไม่เป็นที่ยอมรับ¹³

3) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिन เหตุฟ้องหย่าตามพฤติการณ์นี้น่าจะบังคับใช้ตามหลักการเดิม กล่าวคือ แม้กฎหมายจะอนุญาตให้มีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน แต่กรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีกับผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสตนเป็นอาจिन ทั้งสองต้องมีเพศที่ต่างกันโดยอาศัยนิยามคำว่า “ร่วมประเวณี” ตามพจนานุกรมฯ ประกอบกับการตีความตามคำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักวิชาการว่า การร่วมประเวณีต้องเป็นความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายหญิง โดยอวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดังนั้น พฤติการณ์นี้ไม่อาจบังคับใช้ได้กรณีที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลเพศเดียวกัน แม้กระทำการเป็นอาจिनก็ตาม จะเห็นได้ว่า พฤติการณ์ที่สองและสามมีข้อจำกัดหรือไม่อาจบังคับใช้ได้กับคู่สมรสเพศเดียวกันในบางกรณี เพราะกฎหมายยึดถือการร่วมประเวณีเป็นสำคัญ ซึ่งมีลักษณะการกระทำระหว่างบุคคลต่างเพศ

4) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำกับผู้อื่นหรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจिन เป็นพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติใหม่เพื่อรองรับการสมรสของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศที่กำหนดความสัมพันธ์ทางเพศอย่างกว้างแบ่งออกเป็น 1) กระทำกับผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจिन และ 2) ยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจिन หากตีความตามความหมายทั่วไป คำว่า “ความใคร่”¹⁴ หมายถึง ความอยาก ความต้องการ ความปรารถนา ความใฝ่ ดังนั้น ความหมายทั่วไปของคำว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่” จึงหมายความว่า การกระทำตามความอยาก ความต้องการ ความปรารถนา ความใฝ่ในทางกามารมณ์ของผู้กระทำหรือผู้ยอมรับการกระทำ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดนิยามคำว่า “เพื่อสนองความใคร่” (mutual masturbation) แต่คำดังกล่าวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) ที่นิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ว่าเป็นไปในลักษณะการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของตนกระทำต่อร่างกายของผู้อื่น ไม่ว่าจะทางอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ทั้งนี้ การกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามีได้รวมถึงการใช้อวัยวะอื่นที่มีอวัยวะเพศของผู้กระทำ อย่างไรก็ตาม ลักษณะความสัมพันธ์ทางเพศดังกล่าวมีรูปแบบหลากหลายกว่าการร่วมประเวณี เพราะมิได้จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำระหว่างอวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายครอบครัวปัจจุบัน นอกจากนี้ น่าจะเทียบเคียงบางส่วนได้กับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 4 ที่นิยามคำว่า “การค้าประเวณี” หมายถึง การยอมรับการกระทำอื่นใดหรือการกระทำอื่นใดหรือกระทำการอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำและผู้กระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละ

¹³ วรภัทร รัตนพาณิษฐ์, เหตุหย่า: ศึกษากรณีความเสมอภาคของชายและหญิงในการเรียกค่าทดแทน, วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ 34(1), 2551, หน้า 41.

¹⁴ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดเกี่ยวกับเพศ, (เชียงใหม่: โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ สถาบันนิติธรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2564), หน้า 22.

เพศ อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายฉบับนี้ใช้คำว่า “สำเร็จความใคร่” ซึ่งแตกต่างจาก “สนองความใคร่” ที่มีความหมายกว้างและครอบคลุมกว่า เพราะการสนองความใคร่ไม่จำเป็นต้องสำเร็จความใคร่ก็ได้ แต่การอาศัยเหตุหย่านี้ต้องมีการกระทำเป็นอาฉินด้วยจึงจะมีสิทธิฟ้องหย่า

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ในบางประเทศบัญญัติเหตุฟ้องหย่าเพราะการประพฤตินอกใจคู่โดยกำหนดขอบเขตบังคับใช้อย่างกว้างว่าคู่สมรสทำผิดประเวณี (adultery) เช่น สกอตแลนด์¹⁵ และประเทศญี่ปุ่น¹⁶ เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีอย่างเหมาะสมในแต่ละพฤติการณ์ แต่ในส่วนของเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (1) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยพบว่ามีกำหนดพฤติการณ์หลายประการในอนุมาตราเดียว แต่การบังคับใช้มีข้อจำกัดที่กระทบต่อคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายที่อาจไม่มีสิทธิฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุบางประการ เพราะการใช้การตีความที่แฝงข้อจำกัดทางเพศ อย่างไรก็ตามก็ดี เมื่อคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการบัญญัติมาตรา 1516 (1) ที่ประสงค์ต่อการปฏิบัติหน้าที่คู่สมรสในความซื่อสัตย์เป็นฐานสำคัญที่ผูกโยงกับแนวคิด “ผัวเดียวเมียเดียว” ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรแก้ไขบทบัญญัติอนุมาตรานี้ เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายแก่บุคคลทุกเพศอย่างเท่าเทียมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

3.2 มาตรา 1516 (2)

“คู่สมรสประพฤติชั่ว ไม่ว่าความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชัง เพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบอีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

กฎหมายมิได้นิยามว่าการประพฤติชั่วจะต้องมีลักษณะประการใด การวินิจฉัยคดีของศาลจึงใช้หลักวิญญูชนในการพิจารณาว่าการกระทำของคู่สมรสเป็นการประพฤติชั่วหรือไม่ และไม่คำนึงว่าการประพฤติดังกล่าวต้องเป็นความผิดทางอาญา นอกจากนี้ การประพฤติชั่วอันเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำชั่วต่อคู่สมรสโดยตรง แต่อาจเป็นการประพฤติชั่วต่อบุคคลอื่นที่ส่งผลกระทบอย่างใดอย่างหนึ่งแก่คู่สมรส

¹⁵ The Divorce (Scotland) Act 1976. Section 1

“(2) The irretrievable breakdown of a marriage shall, subject to the following provisions of this Act, be taken to be established in an action for divorce if—

(a) since the date of the marriage the defender has committed adultery; or”

¹⁶ Japan Civil Code Part 5 Section 4 Divorce Subsection 2 Judicial Divorce

Article 770 (1) “One party to a marriage may independently initiate an action for divorce only in one of the following cases:

(i) if the other spouse commits adultery;

ตาม (ก) ถึง (ค) ก็ได้ ดังนั้น หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤตชั่วและการประพฤตชั่วนั้นส่งผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตาม (ก) ถึง (ค) คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องหย่า ทั้งนี้ การพิจารณาความเสียหาย (ก) ถึง (ค) มีความเป็นอัตวิสัยตามบริบทของแต่ละคู่ แม้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤตชั่วแต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งตาม (ก) ถึง (ค) คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งย่อมไม่มีสิทธิฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุนี้

ผู้เขียนเห็นว่า อนุมาณานี้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับการบังคับใช้ ลำพังการประพฤตชั่วของคู่สมรสอาจยังมีน้ำหนักไม่เพียงพอในการฟ้องหย่า เพราะทุกคนล้วนมีความดีความชั่วอยู่ในตัว แต่ความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งตาม (ก) ถึง (ค) จะเป็นสิ่งยืนยันเหตุสมควรในการหย่า เพราะการประพฤตชั่วอย่างเดียวกัน คู่สมรสแต่ละคู่อาจมีความเห็นต่างกัน เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งค้ายาเสพติดซึ่งเป็นการประพฤตชั่วในความเห็นของวิญญูชนทั่วไป แต่บางคู่สมรสอาจเห็นว่าไม่ประพฤตชั่วแต่เป็นการทำมาหาได้เลี้ยงครอบครัวและไม่รู้สึกรำคาญตนเองได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น แม้ทราบดีว่าการค้ายาเสพติดจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ดังนั้น การวินิจฉัยเหตุฟ้องหย่าเพราะการประพฤตชั่วของคู่สมรส จึงจำเป็นต้องอาศัยทั้งการประพฤตชั่วและความเสียหายของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งประกอบกัน เพื่อให้เห็นความสมควรในการหย่า

3.3 มาตรา 1516 (3)

ความขัดแย้งระหว่างคู่สมรสในการอยู่กินด้วยกันเป็นเรื่องปกติและอาจลามไปถึงความขัดแย้งต่อบุพการีของคู่สมรสที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัวด้วย แต่เมื่อใดก็ตามที่ความขัดแย้งมีความร้ายแรงมากเกินไป คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็ไม่ควรจำนนต่อสภาวะเช่นนั้น โดยมาตรา 1516 (3) ได้บัญญัติให้สิทธิในการฟ้องหย่า ดังนี้

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำร้ายหรือทรมานร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้”

ก. พฤติการณ์ ได้แก่ ทำร้ายหรือทรมานร่างกายหรือจิตใจ หมิ่นประมาทหรือเหยียดหยาม ซึ่งพฤติการณ์เหล่านี้ น่าจะเทียบเคียงได้กับการกระทำในทางอาญาแต่ไม่ถึงปรับใช้ได้โดยตรงในทุกพฤติการณ์ เป็นเพียงคำที่ปรากฏในหลายมาตราอันเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา¹⁷ แต่มีได้นิยามถึงลักษณะการกระทำว่าต้องเป็นการกระทำอย่างไร จึงใช้นิยามทั่วไปตามพจนานุกรมฯ ในส่วนของพฤติการณ์ที่เห็นได้ชัดว่าการหมิ่นประมาทอันเป็นเหตุฟ้องหย่า นั้น ศาลมีได้นำองค์ประกอบทางอาญามาปรับใช้ได้โดยตรง¹⁸ จากการศึกษาคำพิพากษาพบว่า ศาลใช้และตีความตามนิยามทั่วไปที่ให้หมายความรวมถึงการกระทำในลักษณะดูหมิ่น สบประมาทหรือถ้อยคำรุนแรงที่น่าจะอยู่ในพฤติการณ์เหยียดหยามด้วย สังเกตได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาจะวินิจฉัยจากพฤติการณ์ตามอนุมาตราเป็นหลัก ไม่ถึงขนาดแยกพฤติการณ์ออกมาชัดเจนว่า

¹⁷ คำว่า “ทำร้ายหรือทรมาน” มีได้นิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยตรงแต่ปรากฏในหลายมาตรา เช่น มาตรา 289 (5) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยทรมาน มาตรา 295 ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และมาตรา 296 ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นโดยทรมาน เป็นต้น

¹⁸ คำพิพากษาที่ 6023/2537, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2528, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3007/2524

การกระทำนั้นเป็นการหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามตามความผิดในประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นการวินิจฉัยการกระทำในโดยรวมประกอบบทบัญญัติเหตุฟ้องหย่า

ข. บุคคล แบ่งเป็น 2 ฝ่าย ผู้กระทำ หมายถึง คู่สมรสฝ่ายหนึ่ง และผู้ถูกระทำ หมายถึง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง โดยกฎหมายให้ความคุ้มครองเพราะเห็นว่าเมื่อทั้งสองฝ่ายทำการสมรสกันแล้วก็เหมือนสองครอบครัวได้รวมกันเป็นหนึ่งเดียว จึงควรให้ความเคารพบุพการีของคู่สมรสเสมือนบุพการีของตนเองซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานของสังคมไทยในการให้ความเคารพยำเกรงผู้ใหญ่ โดยเฉพาะบุพการี ดังนั้น การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างใดต่อบุพการีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สมรสที่บุพการีของตนถูกระทำกรณีนี้นั้นมีสิทธิฟ้องหย่า แม้ตนจะมีได้เป็นผู้ถูกระทำโดยตรงก็ตาม เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งทำร้ายร่างกายบุพการีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง แม้มิได้ถูกทำร้ายโดยตรงแต่มีสิทธิฟ้องหย่าด้วยเหตุที่คู่สมรสทำร้ายบุพการีของตน

ค. ผลเสียหาย กฎหมายเห็นว่าความขัดแย้งในครอบครัวเกิดขึ้นได้ แต่เมื่อใดที่มีความร้ายแรง กฎหมายต้องให้ความคุ้มครอง ไม่ว่าเกิดความเสียหายโดยตรงแก่คู่สมรสหรือโดยอ้อมต่อบุพการีของคู่สมรส กฎหมายให้สิทธิแก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในการฟ้องหย่า อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าศาลต้องตีความพฤติการณ์ใดเป็นการร้ายแรง จากการศึกษาคำพิพากษาพบว่า ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาเจตนา รูปแบบการกระทำและผลของการกระทำ ตลอดจนมูลเหตุจูงใจประกอบกัน แต่อย่างไรก็ตาม บางคดีศาลเห็นไม่ควรให้หย่าและมีคำสั่งยกฟ้อง เพราะคู่สมรสมีพฤติการณ์ทะเลาะกันเป็นประจำและผลของความเสียหายยังไม่เกิด ทั้งที่การกระทำนั้นอาจอยู่ในข่ายการกระทำผิดทางอาญาแล้ว¹⁹ ทำให้เห็นว่าการที่คู่สมรสมีความขัดแย้งเป็นประจำอาจทำให้น้ำหนักของเหตุฟ้องหย่าถูกลดทอนลง เพราะเป็นสภาวะปกติของคู่สมรสนั้น นอกจากนี้ ความเสียหายจากการกระทำตามมาตรา 1516 (3) เกิดผลแก่ร่างกายหรือจิตใจ ซึ่งความเสียหายทางร่างกายเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้จากบาดแผลและเห็นประจักษ์ ในขณะที่ความเสียหายทางจิตใจพิสูจน์ยากกว่า เพราะเป็นความเสียหายภายในที่ไม่ปรากฏบาดแผลแต่สร้างความเสียหายแก่คู่สมรสผู้ถูกระทำไม่ต่างกัน อีกทั้ง สภาวะทางจิตใจของแต่ละบุคคลในสถานการณ์เดียวกันก็อาจส่งผลเสียหายแตกต่างกัน

ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 1516 (3) เป็นมาตราที่ครอบคลุมการกระทำและให้ความคุ้มครองผู้ถูกระทำอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว แต่ศาลควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจที่ชัดเจน เพื่อให้การพิจารณาในพฤติการณ์เดียวกันหรือใกล้เคียงกันมีคำพิพากษาที่ไม่ลักลั่น เพื่อคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย

3.4 มาตรา 1516 (4)

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้”

การทิ้งร้างตามอนุमतรานี้ เป็นกรณีคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจงใจทิ้งร้างคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันควรเป็นระยะเวลาเกิน 1 ปี ไม่ทำหน้าที่ในการอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรส ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น ซึ่งการทิ้งร้างอาจเป็นการจงใจทิ้งร้างตั้งแต่แรกหรือเป็นการทิ้งร้างภายหลังก็ได้ เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีความจำเป็นต้องประกอบอาชีพต่างจังหวัดโดยคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งรับทราบและ

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2943/2524

ยินยอมถึงความจำเป็นนั้น แต่ต่อมา คู่สมรสไปทำงานต่างจังหวัดขาดการติดต่อไปเป็นระยะเวลาเกิน 1 ปี โดยไม่มีเหตุอันควร จะเห็นได้ว่า ในคราวแรกคู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีความจำเป็นในการประกอบอาชีพตามปกติได้มีเจตนาทิ้งร้าง แต่การทิ้งร้างเกิดขึ้นในภายหลังโดยไม่มีเหตุอันควร กรณีเช่นนี้ คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องหย่า โดยอาศัยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังได้ อย่างไรก็ตาม หากคู่สมรสฝ่ายทิ้งร้างเพราะมีเหตุอันควร เช่น คู่สมรสพาผู้เข้ามาอยู่ในบ้านหรือคู่สมรสถูกทำร้ายร่างกายเป็นประจำจนต้องหนีออกจากบ้าน คู่สมรสฝ่ายกระทำผิดไม่อาจฟ้องหย่าได้เพราะเป็นผู้ก่อเหตุให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจอยู่กินด้วยกันได้ เป็นต้น ทั้งนี้ คู่สมรสฝ่ายที่จงใจทิ้งร้างไม่จำเป็นต้องเป็นฝ่ายออกจากไปภูมิลำเนา แต่อาจขัดขวางไม่ให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสก็ได้²⁰

อนุมาตรานี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากพฤติการณ์ที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งจงใจทิ้งร้างโดยไม่มีเหตุอันควรแสดงให้เห็นเจตนาไม่ปฏิบัติหน้าที่คู่สมรสและประสงค์ต่อการยุติความสัมพันธ์โดยชัดแจ้ง เหตุฟ้องหย่านี้เป็นเหตุที่ยังควรคงไว้ เพื่อประโยชน์ของคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในการยุติความสัมพันธ์ด้วยการหย่า แม้กฎหมายกำหนดระยะเวลาเกินหนึ่งปีก็ถือว่าเป็นระยะเวลาที่ไม่นานจนเกินไปและเพียงพอต่อการพิสูจน์ความเสียหายที่ได้รับจากการถูกทิ้งร้าง ตลอดจนการทบทวนหรือตัดสินใจฟ้องหย่า

3.5 มาตรา 1516 (4/1)

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีในความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นคู่สมรสกันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้”

การฟ้องหย่าตามอนุมาตรานี้เป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกจึงไม่อาจทำหน้าที่ในการอยู่กินด้วยกันและส่งผลกระทบต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเดือดร้อนจากการไม่ได้รับการปฏิบัติหน้าที่นั้น ซึ่งกฎหมายให้สิทธิฟ้องหย่าแก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย โดยมีเงื่อนไขว่าคู่สมรสฝ่ายที่ถูกจำคุกต้องคำพิพากษาถึงที่สุดและรับโทษจำคุกเกินหนึ่งปี ในความผิดที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดหรือมิได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด เพราะหากคู่สมรสมีส่วนในการกระทำความผิดทางใดทางหนึ่งย่อมไม่มีสิทธิฟ้องหย่า เช่น คู่สมรสร่วมกันกระทำความผิดฐานค้ายาเสพติด คู่สมรสฝ่ายหนึ่งถูกจับกุมและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ส่วนคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งหนีการจับกุมได้ทัน คู่สมรสฝ่ายนั้นไม่มีสิทธิฟ้องหย่า ไม่เป็นผู้เสียหาย เพราะตนมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเพียงแต่ไม่ถูกจับกุม เป็นต้น

ในการฟ้องหย่าตามอนุมาตรานี้ นอกจากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะต้องถูกจำคุกเกินหนึ่งปีแล้ว การฟ้องหย่าต้องดำเนินการระหว่างคู่สมรสยังรับโทษอยู่ โดยพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การที่คู่สมรสต้องคำพิพากษาจำคุกทำให้ตนไม่ได้รับการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายจากคู่สมรสอย่างสมควรและหากยังต้องเป็นคู่สมรสกันต่อไปจะเป็นเหตุให้ตนได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร เช่น การไม่ได้รับความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู การต้องทำมาหาเลี้ยงครอบครัวเพียงลำพัง เป็นต้น ดังนั้น หากคู่สมรสฝ่ายถูกจำคุกพ้นโทษแล้ว คู่สมรสที่เคยได้รับ

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1450/2521, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2803/2522

ความเสียหายจากการจำคุกของคู่สมรสหมดสิทธิฟ้องหย่า เพราะถือว่าทั้งสองฝ่ายได้กลับมาอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสดังเดิม ความเสียหายหรือความเดือดร้อนได้สิ้นสุดลงแล้ว จึงไม่อาจฟ้องหย่า นอกจากนี้ มาตรา 1516 (4/1) ไม่ให้สิทธิฟ้องหย่าแก่คู่สมรสฝ่ายถูกจำคุก โดยถือว่าสมรสฝ่ายถูกจำคุกเป็นเหตุในการฟ้องหย่า

อนุมัตรานี้เป็นอนุมัตราที่ผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสมและไม่ต้องแก้ไข เพราะเป็นอนุมัตราที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นและสมควรในการฟ้องหย่า ทั้งพฤติการณ์และระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดที่ไม่นานมากจนอาจทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายและเดือดร้อนเกินควร

3.6 มาตรา 1516 (4/2)

“คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

การแยกกันทำได้ 2 วิธี ได้แก่ 1) คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่เพราะทั้งสองฝ่ายเห็นว่าไม่อาจอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุข หรือ 2) ศาลมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ เมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งประสงค์ต่อการแยกกันอยู่เพราะเห็นว่าไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสโดยปกติสุขแต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม จึงต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งแยกกันอยู่ ซึ่งการแยกกันอยู่ของแต่ละคู่สมรสมีเหตุผลหลากหลาย เช่น แยกกันอยู่เพื่อปรับพฤติกรรมให้ดีขึ้นโดยคาดหวังว่าอาจกลับมาอยู่กินด้วยกันอย่างปกติสุขดังเดิม หรือเป็นการแยกกันอยู่เพื่อทบทวนความสัมพันธ์ที่ยังไม่ถึงขนาดประสงค์ต่อการหย่า เป็นต้น ดังนั้น เมื่อทั้งสองฝ่ายแยกกันอยู่ไม่ว่าด้วยวิธีการใดเป็นระยะเวลาเกินสามปี คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิฟ้องหย่า

อนุมัตรานี้เหมาะสมแก่การบังคับใช้โดยไม่ต้องแก้ไข ด้วยพฤติการณ์ที่กฎหมายกำหนดทั้งการแยกกันอยู่ด้วยความสมัครใจและการแยกกันอยู่ด้วยคำสั่งศาล แสดงให้เห็นทั้งมุมมองของความสมัครใจของคู่สมรสและในมุมมองที่ศาลพิจารณาตามคำร้องของคู่สมรสถึงความไม่ปกติสุขของการอยู่กินด้วยกันจึงมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ และเมื่อมีการแยกกันอยู่ไม่ว่าด้วยวิธีการใดเป็นระยะเวลาเกินสามปี ทั้งในแง่ของการแยกกันอยู่เพื่อปรับพฤติกรรมหรือเพื่อทบทวนความสัมพันธ์ กฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้อย่างเหมาะสม เพราะหากการแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินสามปี แต่คู่สมรสไม่อาจฟื้นฟูความสัมพันธ์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิฟ้องหย่าในลำดับต่อไป

3.7 มาตรา 1516 (5)

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีโดยไม่มีใครทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

กรณีเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (5) แบ่งออกเป็น 2 พฤติการณ์ หากเกิดพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง คู่สมรสมีสิทธิฟ้องหย่า ได้แก่

1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หมายถึง กรณีที่มีการร้องขอของพนักงานอัยการหรือผู้มีส่วนได้เสียที่ได้แสดงให้เห็นว่าบุคคลใดหายไปจากภูมิลำเนาโดยไม่มีใครทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร และใช้ความพยายามในการหาแล้วแต่หาไม่พบ ตามมาตรา 61 ได้แก่ การหายในพฤติการณ์ปกติเป็นระยะเวลาห้าปี และการหายในพฤติการณ์พิเศษสองปี อย่างไรก็ดี แม้ศาลจะได้มีคำสั่งให้บุคคลใดเป็นคน

سابสูญที่ถือเป็นการตายโดยผลของกฎหมาย ตามมาตรา 62 แต่การเป็นคนسابสูญโดยคำสั่งศาลนั้นมิได้ทำให้การสมรสสิ้นสุด ตามมาตรา 1501 เพราะการตายอันเป็นเหตุสิ้นสุดการสมรสบังคับใช้เฉพาะการตายโดยธรรมชาติเท่านั้น ดังนั้น หากคู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ประสงค์ต่อการหย่าต้องนำคำสั่งศาลในคดีسابสูญยื่นต่อศาลในคดีฟ้องหย่า

2) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปี โดยไม่มีใครทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร เป็นพฤติการณ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายครอบครัวเป็นการเฉพาะ เพื่อประโยชน์แก่คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ในการฟ้องหย่าโดยไม่ต้องรอรยะเวลาถึงห้าปี ในกรณีที่คู่สมรสหายในพฤติการณ์ทั่วไป ตามมาตรา 61 วรรคแรกซึ่งเป็นระยะเวลายาวนานจากการไม่ได้รับการปฏิบัติหน้าที่ของคู่สมรสและอาจเกิดความเดือดร้อนเสียหายมากเกินควร อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนسابสูญในพฤติการณ์พิเศษสองปี ตามมาตรา 61 วรรคสอง คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่มีสิทธิฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุของการسابสูญโดยไม่ต้องรอให้ระยะเวลาเกินสามปีตามกฎหมายครอบครัวเช่นกัน

การที่กฎหมายครอบครัวให้สิทธิฟ้องหย่าเมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งหายไปเป็นระยะเวลาเกินสามปี เพราะการไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความจงใจทิ้งร้าง แต่อาจหายไปด้วยเหตุสุดวิสัยอื่นและมีโอกาสกลับมายังภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เมื่อสามารถกลับมาได้ กฎหมายจึงให้เวลามากกว่าการจงใจทิ้งร้าง ตามมาตรา 1516 (4) อย่างไรก็ดี ระยะเวลาที่กฎหมายครอบครัวกำหนดในกรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปี โดยไม่มีใครทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร ถือเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมแล้ว อีกทั้งยังเป็นย่นระยะเวลาในการใช้สิทธิฟ้องหย่ากรณีคู่สมรสหายไปในพฤติการณ์ทั่วไปให้เร็วขึ้นโดยไม่ต้องรอรยะเวลาถึงห้าปี ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่คู่สมรสที่ได้รับความเสียหายมากกว่า

ในส่วนของมรดก โดยหลักทั่วไปการที่บุคคลถูกศาลสั่งให้เป็นคนسابสูญ ตามมาตรา 61 ถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 62 ทายาทเกิดสิทธิในการรับมรดก ตามมาตรา 1602 แต่ในส่วนของกฎหมายครอบครัวมีการบังคับใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะจึงต้องพิจารณาถึงสิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสในฐานะทายาท เพราะการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนسابสูญมิได้ส่งผลให้การสมรสสิ้นสุดด้วยเหตุของการตาย ตามมาตรา 1501 ที่บังคับใช้เฉพาะกรณีตายโดยธรรมชาติ ในขณะที่คนسابสูญถือเป็นการตายโดยผลของกฎหมายเป็นเพียงเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (5) เท่านั้น ทั้งนี้ การพิจารณาถึงการเป็นคนسابสูญของคู่สมรสต้องจำแนกว่าเป็นคนسابสูญในพฤติการณ์ทั่วไป ตามมาตรา 61 วรรคหนึ่ง หรือการเป็นคนسابสูญในพฤติการณ์พิเศษ ตามมาตรา 61 วรรคสอง ซึ่งการسابสูญในพฤติการณ์พิเศษคงไม่มีประเด็นที่ต้องคำนึงถึงการรับมรดกในแง่ระยะเวลาเท่าใดนัก เพราะเมื่อศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสเป็นคนسابสูญในพฤติการณ์พิเศษเท่ากับว่าคู่สมรสถึงแก่ความตายตามมาตรา 62 คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่จึงมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทและอาจใช้สิทธิฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (5) ด้วย แต่ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปี คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่มีสิทธิฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (5) แต่ไม่อาจรับมรดกในฐานะทายาทของคู่สมรส เพราะยังไม่มีคำสั่งศาลให้คู่สมรสที่หายไปเป็นคนسابสูญ ด้วยระยะเวลาที่ยังไม่ถึงห้าปีในพฤติการณ์ทั่วไป ตามมาตรา 61 วรรคหนึ่ง คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่จึงไม่มีสิทธิขอศาลให้มัติคำสั่งให้คู่สมรสที่หายไป

เป็นคนสาบสูญและเมื่อศาลไม่มีคำสั่งให้คู่สมรสเป็นคนสาบสูญเท่ากับว่าคู่สมรสฝ่ายนั้นยังมิได้ถึงแก่ความตายตามมาตรา 62 จึงไม่มีมรดกตกทอดแก่ทายาท ตามมาตรา 1602 กรณีเช่นนี้นอกจากคู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่จะไม่ได้รับการปฏิบัติหน้าที่จากคู่สมรสฝ่ายที่หายไปแล้ว ยังไม่มีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่หายไปด้วย ทั้งที่คู่สมรสสองฝ่ายต่างช่วยกันก่อร่างสร้างตัวเป็นครอบครัวและควรอยู่ในฐานะทายาทรับมรดก แต่เมื่อยังไม่มีคำสั่งศาลให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นคนสาบสูญกลับกลายเป็นว่าคู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ไม่ได้รับประโยชน์ทางทรัพย์สินอย่างที่ควรจะเป็น แต่หากจะให้คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่รอระยะเวลาถึงห้าปีในการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสของตนเป็นคนสาบสูญ เพื่อการจัดแบ่งมรดกและดำเนินการฟ้องหย่าก็เป็นระยะเวลาที่ยาวนานจนอาจทำให้คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินควร

ดังนั้น การตีความการสิ้นสุดการสมรส ตามมาตรา 1501 ด้วยเหตุที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายไม่ควรตีความเป็นการเฉพาะในกฎหมายครอบครัวว่าหมายถึงการตายโดยธรรมชาติเท่านั้น เพราะจะสร้างความสับสนในการบังคับใช้ระหว่างกฎหมายครอบครัวกับหลักกฎหมายทั่วไป การตีความกฎหมายในทำนองเดียวกันน่าจะเป็นประโยชน์แก่คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ที่ไม่ต้องนำคำสั่งศาลในคดีสาบสูญมาฟ้องหย่าอีกครั้ง

3.8 มาตรา 1516 (6)

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นคู่สมรสกันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสมาค้ำประกันประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้”

อนุมาตรานี้แบ่งออกเป็น 2 พฤติการณ์ ได้แก่

พฤติการณ์แรก สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร ซึ่งกฎหมายกำหนดหน้าที่สำคัญประการหนึ่งในการอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรส คือ หน้าที่ในการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน เพื่อให้คู่สมรสอยู่กินด้วยกันอย่างปกติสุข ดังนั้น เมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จนถึงขนาดทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องหย่า อย่างไรก็ดี คำว่า “ตามสมควร” ของแต่ละคู่สมรสมีความแตกต่างกันและเป็นอัตวิสัย ศาลจึงต้องพิจารณาว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูหรือช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูแต่ไม่ตามสมควรถึงขนาดทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเดือดร้อนเกินควรหรือไม่ โดยเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสมาค้ำประกันประกอบ เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งประกอบอาชีพที่มีรายได้ไม่มากให้เงินช่วยเหลือจนเจือคู่สมรสอีกฝ่ายก็ถือเป็นความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูแล้ว แม้จำนวนเงินไม่มากแต่มิได้ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรก็ฟ้องหย่าไม่ได้ เพราะกฎหมายก็มิได้มุ่งหมายถึงขนาดที่คู่สมรสต้องช่วยเหลืออุปการะดูแลจนเดือดร้อนแก่ตนเอง อย่างไรก็ดี คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ในการช่วยเหลือดูแลตนเองเช่นกัน ย่อมไม่อาจคาดหวังการช่วยเหลือดูแลจากอีกฝ่ายหนึ่งได้ในทุกด้าน เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งประกอบอาชีพหารายได้ให้ครอบครัวและจัดการภาระทุกอย่างในครอบครัว ในขณะที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่ประกอบอาชีพและไม่ให้การช่วยเหลือดูแลจัดการในครอบครัว หากคู่สมรสฝ่ายแรกได้รับความเดือดร้อนเกินควรจากการไม่ได้รับการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู มีสิทธิฟ้องหย่าได้ ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าคู่สมรสทั้งสองฝ่าย

จำต้องประกอบอาชีพเพื่อหาเลี้ยงครอบครัว แต่การที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่ประกอบอาชีพหารายได้ แต่ให้การช่วยเหลือดูแลภายในครอบครัวก็ถือเป็นการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันแล้ว

พฤติการณ์ที่สอง คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นคู่สมรสกันอย่างร้ายแรง
หมายถึง การกระทำที่ขัดขวางต่อการที่คู่สมรสจะดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุขและอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ สุขภาพหรืออนามัยของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งด้วย²¹ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการกระทำใด ๆ ที่ขัดขวางความสุขในการอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรส ทั้งนี้การกระทำเป็นปฏิปักษ์ต่อคู่สมรสมีลักษณะค่อนข้างกว้าง การฟ้องหย่าตามพฤติการณ์นี้ต้องมีลักษณะร้ายแรงจึงจะเกิดสิทธิฟ้องหย่า เพราะความขัดแย้งระหว่างคู่สมรสเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นได้ แต่ความขัดแย้งนั้นต้องไม่ถึงขนาดทำให้การอยู่ด้วยกันฉันคู่สมรสไม่ปกติสุขเกินควร อย่างไรก็ตาม การกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสอย่างร้ายแรง ศาลจะพิจารณาพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นซึ่งมีลักษณะแตกต่างกันในแต่ละคู่สมรส โดยเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสมาคํานึงประกอบว่าการกระทำเช่นนั้น ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเดือดร้อนเกินสมควรถึงขนาดพิพากษาให้หย่าหรือไม่ แต่ถ้าศาลเห็นว่าคู่สมรสมีโอกาสในการแก้ไขปรับปรุงความสัมพันธ์และมีแนวโน้มที่จะกลับมาอยู่กินด้วยกันอย่างปกติสุข ศาลอาจมีคำสั่งยกฟ้อง

จะเห็นได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายในส่วนของพฤติการณ์แรกมักไม่มีปัญหาในการใช้การตีความ เพราะมีรูปแบบการกระทำค่อนข้างชัด เพียงแต่จะถึงขนาดเห็นควรให้หย่าหรือไม่เป็นเรื่องที่ศาลต้องพิจารณาเป็นรายกรณี แต่ในส่วนของพฤติการณ์ที่สอง การพิจารณาว่าการกระทำของคู่สมรสถึงขนาดเป็นปฏิปักษ์หรือไม่ และการเป็นปฏิปักษ์นั้นมีความร้ายแรงหรือไม่ ศาลต้องตีความทั้งสองส่วนเพื่อให้เห็นถึงความสมควรในการพิพากษาให้หย่า ยิ่งไปกว่านั้น พฤติการณ์ที่สองมีขอบเขตการบังคับใช้ค่อนข้างกว้าง เพราะความขัดแย้งระหว่างคู่สมรสอาจถูกตีความว่าเป็นปฏิปักษ์หรืออาจเป็นปกติของการเป็นคู่สมรสก็ได้ หลายคดีคู่สมรสจึงฟ้องโดยอาศัยมาตรา 1516 (6) ประกอบกับเหตุฟ้องหย่าอื่นด้วย เพื่อให้มีโอกาสที่ศาลจะพิพากษาให้หย่า เช่น คู่สมรสทำร้ายร่างกายอาจฟ้องหย่าโดยอาศัยมาตรา 1516 (3) และมาตรา 1516 (6) เพราะการทำร้ายร่างกายย่อมเป็นปฏิปักษ์อยู่ในตัว แต่ทั้งสองพฤติการณ์มีความร้ายแรงพอที่จะทำให้ศาลพิพากษาให้หย่าหรือไม่ หรือในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งรวมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉัน คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (1) และมาตรา 1516 (6) เพราะการประเวณีนอกใจถือปฏิบัติปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรส เป็นต้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 1516 (6) เป็นมาตราสามารถปรับใช้ได้หลายสถานการณ์ขึ้นอยู่กับว่ามีความร้ายแรงถึงขนาดที่ศาลจะพิพากษาให้หย่าหรือไม่และกรณีเป็นไปตามอนุมาตราใด

ผู้วิจัยได้ศึกษาโดยนำเรื่องเหตุสำคัญในการเลิกสัญญาหมั้นมาพิจารณาประกอบกับการทำการเป็นปฏิปักษ์พบว่าขอบเขตการบังคับใช้มีลักษณะกว้างเช่นเดียวกัน ซึ่ง “เหตุสำคัญ” (Serious ground) หมายถึง เหตุอันจะมีผลให้การใช้ชีวิตสมรสร่วมกันดำเนินต่อไปอย่างไม่สงบสุข ซึ่งอาจเกิดจากอุบัติเหตุ

²¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 27 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2568), หน้า 451.

บุคคลภายนอกหรือการกระทำของตนเองก็ได้²² ซึ่งเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นอาจคล้ายคลึงหรือเทียบได้กับเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 โดยมีได้จำกัดว่าต้องเป็นเหตุฟ้องหย่าตามอนุมาตราใดเป็นการเฉพาะ และเหตุสำคัญอาจมาจากการให้ความสำคัญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของคู่หมั้นก็ได้ เช่น คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งให้ความสำคัญกับความบริสุทธิ์ของคู่หมั้นอีกฝ่าย เมื่อทราบว่าคู่หมั้นเคยผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเพราะเหตุสำคัญได้ เว้นแต่จะทราบถึงเรื่องนั้นก่อนแล้ว เป็นต้น หากนำสองหลักนี้มาประกอบกันและให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสมในแต่ละกรณี น่าจะเป็นประโยชน์แก่คู่สมรสฝ่ายผู้ฟ้อง โดยเฉพาะกรณีที่มีเหตุสำคัญอันกระทบต่อความปกติสุขที่ไม่ถึงขนาดร้ายแรงแต่หากยังต้องอยู่กินด้วยกันก็เป็นไปอย่างยากลำบาก

3.9 มาตรา 1516 (7)

อนุตรานี้บังคับใช้ในกรณีที่การสมรสเกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่ภายหลังจากการสมรสคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอาการวิกลจริตและความวิกลจริตนั้นส่งผลต่อการอยู่ด้วยกันฉันคู่สมรสที่บัญญัติว่า

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายได้กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติเพียงคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง “วิกลจริต” โดยมีได้บัญญัติถึงกรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถ ทั้งที่การเป็นคนไร้ความสามารถมีลักษณะความร้ายแรง ยากที่จะหายและอาจส่งผลกระทบในการอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสมากกว่า นอกจากนี้ยังมีมาตราอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คุ้มครองและรองรับสิทธิของคู่สมรสที่เป็นคนไร้ความสามารถดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรสผ่านผู้อนุบาล เหตุที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้น่าจะเป็นเพราะให้การวิกลจริตเป็นฐานในลักษณะของอาการมิใช่ระบุมถึงตัวบุคคลที่มีความบกพร่อง ดังนั้น การที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุตรานี้ด้วย ซึ่งบังคับใช้แก่คนวิกลจริตทั่วไปจนถึงคนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ไม่ว่าจะยามทุกข์หรือสุข ดังนั้น เมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งวิกลจริต คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งควรให้การดูแลตามหน้าที่ อย่างไรก็ตาม หากการทำหน้าที่อยู่กินด้วยกันกับคู่สมรสที่วิกลจริตส่งผลกระทบเสียหายต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป กฎหมายให้สิทธิในการฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุมาตรา 1516 (7) ที่ประกอบไปด้วย 1) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี 2) ความวิกลจริตนั้นยากที่จะหาย และ 3) ความวิกลจริตกระทบกับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งถึงขนาดจะทนอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสต่อไปไม่ได้ ซึ่งองค์ประกอบเหล่านี้ส่งผลให้การฟ้องหย่าคู่สมรสวิกลจริตทำได้ค่อนข้างยาก ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายวิกลจริตมีอาการป่วยแต่ไม่ได้ถึงขนาดกระทบต่ออีกฝ่ายหนึ่งถึงขนาดทนอยู่ด้วยกันไม่ได้ก็คงไม่เป็นปัญหาเท่าใดนัก เพราะการช่วยเหลือดูแลคู่สมรสที่เจ็บไข้ได้ป่วยเป็นหน้าที่ตามปกติ ในทางกลับกัน หากการวิกลจริตของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีความร้ายแรงที่กระทบต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งถึงขนาดจะทนอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสต่อไปไม่ได้ กรณีเช่นนี้ถ้าต้องรอให้ระยะเวลาเกินสามปีตามที่กฎหมาย

²² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2568), หน้า 87.

กำหนดถือเป็นระยะเวลาค่อนข้างยาวนาน กว่าคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะมีสิทธิฟ้องหย่า เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีอาการวิกลจริตมักทำลายข้าวของและทำร้ายร่างกายคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นประจำ ซึ่งอาการเหล่านี้เกิดขึ้นได้กับคนที่มีอาการวิกลจริตและพฤติกรรมส่งกระทบต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งในการดูแลหรือใช้ชีวิตด้วยกัน แม้คู่สมรสมีหน้าที่ในการช่วยเหลือดูแลกัน แต่ไม่ได้หมายความว่าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องจำทนต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับร่างกายหรือจิตใจเกินสมควร และยิ่งไปกว่านั้น อาการวิกลจริตบางประเภทอาจก่อความรุนแรงถึงชีวิต

3.10 มาตรา 1516 (8)

“คู่สมรสจัดทำพันธบัตรเพื่อให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

กรณีที่คู่สมรสได้จัดทำพันธบัตรเป็นหนังสือไว้ให้แก่กันในเรื่องของความประพฤติที่ดี (bond of good behavior) ซึ่งหนังสือพันธบัตรนี้อาจทำก่อนสมรส²³หรือระหว่างสมรสก็ได้ แต่จะมีผลบังคับใช้ในระหว่างสมรสเท่านั้น กล่าวคือ มีผลบังคับใช้ในช่วงเวลาที่มีฐานะคู่สมรสชอบด้วยกฎหมายและเมื่อใดที่สิ้นสุดความสัมพันธ์ในฐานะคู่สมรส หนังสือพันธบัตรย่อมสิ้นผลไปพร้อมกัน ซึ่งการทำพันธบัตรนั้น กฎหมายบังคับว่าคู่สมรสต้องทำเป็นหนังสือแต่ไม่ได้กำหนดแบบจึงอาจทำอย่างใดก็ได้ที่สามารถอ่านและเข้าใจถึงข้อตกลงในความประพฤติที่ดีของคู่สมรส โดยอาจกำหนดบทลงโทษตามสมควรแก่คู่สมรสที่ฝ่าฝืนข้อตกลงในหนังสือพันธบัตร ซึ่งการทำพันธบัตรมีลักษณะเป็นสัญญารูปแบบหนึ่งที่คู่สมรสใช้อิสระทางแพ่ง (private autonomy) และเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) กำหนดขอบเขตและผลผูกพันภายใต้บทบัญญัติตราบทเท่าที่ไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และ 151²⁴ อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายจะให้สิทธิแก่คู่สมรสในการกำหนดข้อตกลงและผลผูกพันของพันธบัตร แต่ต้องไม่ถึงขนาดจำกัดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป แม้การสมรสชอบด้วยกฎหมายจะให้สิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของซึ่งกันและกันในฐานะคู่สมรส แต่ไม่ได้หมายความว่า คู่สมรสจะละเมิดสิทธิเสรีภาพต่อกันอย่างไรก็ได้

อนุมาตรานี้ผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสมและไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติม เพราะเป็นอนุมาตราที่กฎหมายให้สิทธิแก่คู่สมรสในการกำหนดความสัมพันธ์และความพฤติกรรมที่ดีและเป็นเจตจำนง (Will) ของคู่สมรสที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องทำแต่เป็นการทำเพื่อประโยชน์ในการอยู่กินด้วยกันอย่างปกติสุข โดยอาศัยอิสระที่กฎหมายให้ในการแสดงเจตนาทำสัญญาและอาจกำหนดบทลงโทษตามสมควร โดยเป็นการใช้อิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมิใช่อิสระตามอำเภอใจ ดังนั้น เมื่อใดที่คู่สมรสใช้อิสระในการกำหนดข้อตกลงและผลผูกพันในหนังสือพันธบัตรเกินสมควร ศาลมีอำนาจในการพิจารณาปรับใช้อย่างเหมาะสม เช่น คู่สมรสกำหนดพันธบัตรในเรื่องเล็กน้อย ศาลอาจไม่พิพากษาให้หย่า ตามมาตรา 1517 วรรคท้าย หรือกรณีกำหนดโทษปรับเกินสมควร ศาลมีอำนาจลดเป็นจำนวนพอสมควรได้²⁵ เป็นต้น

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2553/2526

²⁴ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 289.

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1303/2568

3.11 มาตรา 1516 (9)

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคมีลักษณะเรื้อรังไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นพึงหย่าได้”

เหตุหย่าตามมาตรา 1516 (9) กำหนดองค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่อ ประการที่สอง โรคติดต่อนั้นมีความร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง และ ประการสุดท้าย โรคติดต่อต้องมีลักษณะเรื้อรังที่ไม่มีทางรักษาหาย ดังนั้น ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงและมีลักษณะเรื้อรัง แม้อาจเป็นภัยแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งแต่มีทางรักษาให้หายได้ คู่สมรสฝ่ายนั้นไม่มีสิทธิฟ้องหย่า เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นวัณโรค (Tuberculosis) ซึ่งเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงที่มีลักษณะเรื้อรังอันอาจเป็นภัยแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ปัจจุบันวัณโรคเป็นโรคติดต่อที่รักษาให้หายได้²⁶ ดังนั้น คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิฟ้องหย่าโดยอาศัยอนุมาตรานี้ เป็นต้น เหตุที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขการฟ้องหย่าว่าต้องเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงและเรื้อรังไม่มีทางรักษาหาย เพราะโดยหลักแล้ว คู่สมรสมีหน้าที่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ทั้งยามสุขและยามทุกข์ แต่กฎหมายไม่ถึงขนาดบังคับให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องจำทนต่อสถานะที่อาจเป็นภัยต่อตนเอง กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายโดยให้สิทธิในการฟ้องหย่า

จากการศึกษา ผู้เขียนยังไม่พบคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในการฟ้องหย่าด้วยเหตุดังกล่าว อาจเป็นเพราะอนุมาตรานี้บังคับใช้ยากในทางปฏิบัติ ด้วยปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าส่งผลให้เกิดการพัฒนาวิธีการรักษาโรคต่าง ๆ อาจมีเพียงโรคเอดส์ (Acquired Immunodeficiency Syndrome: AIDS) ที่อยู่ในขอบเขตอนุมาตรานี้²⁷ เพราะเป็นโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายขาดได้²⁸ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันโรคเอดส์มีการรักษาด้วยยาต้านที่มีประสิทธิภาพ หากคู่สมรสได้รับยาอย่างสม่ำเสมอและถูกต้องก็อาจไม่เป็นภัยแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ ดังนั้น หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าโดยอ้างว่าคู่สมรสของตนเป็นโรคเอดส์ แต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งพิสูจน์หักล้างได้ว่าตนรับยาต้านสม่ำเสมอ มีการรักษาอย่างถูกต้องและไม่เป็นภัยแก่คู่สมรส ศาลอาจมีคำสั่งยกฟ้อง เพราะไม่ครบองค์ประกอบในส่วนของการเป็นภัยแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้ปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์จะก้าวหน้าเพียงใด แต่ผู้เขียนเห็นว่าการคงไว้ซึ่งบทบัญญัติเช่นนี้เป็นการเหมาะสมแล้ว เพราะปฏิเสธไม่ได้ว่าโลกมีแนวโน้มที่จะต้องเผชิญกับโรคอุบัติใหม่ (emerging disease) เป็นระยะและไม่แน่ว่าในอนาคตอาจมีโรคใหม่ที่เข้าลักษณะฟ้องหย่าตามอนุมาตรานี้

²⁶ โรงพยาบาลศิริราช ปิยมหาราชการุณย์, กินยาครบวัณโรคหายขาด [ออนไลน์], 7 กรกฎาคม 2568. แหล่งที่มา: <https://www.siphospital.com/th/news/article/share/475#:~:text=แม้วัณโรคจะสามารถรักษา,การดื้อยาของเชื้อวัณโรค>

²⁷ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง ชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง พ.ศ. 2562 ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ. 2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนพิเศษ 20 ง ลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2563)

²⁸ Allwellhealthcare, อาการเอดส์กับอาการ HIV ต่างกันอย่างไร? [ออนไลน์], 7 กรกฎาคม 2568. แหล่งที่มา: https://allwellhealthcare.com/hiv-aids-symptom/?srsltid=AfmBOoo-L2jxzbEwk4DwzWm6bj5hSBjJ07AT8QxyCuMuV3uPk0DBt_B6

จึงควรคงอนุมาตรานี้ไว้เช่นเดิม เพื่อให้มีบทบาทในการคุ้มครองและเป็นประโยชน์แก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมากกว่าปัจจุบัน

3.12 มาตรา 1516 (10)

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสภาพร่างกายทำให้ไม่อาจร่วมประเวณีได้หรือไม่อาจกระทำการหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของคู่สมรสอีกฝ่ายได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

ครอบครัวมีความเป็นพลวัตเป็นไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ วัตถุประสงค์หนึ่งของการมีครอบครัวเพื่ออยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสและมีบุตรเพื่อสืบสกุลหรือเผยแพร่เผ่าพันธุ์²⁹ ในระยะต่อมาสังคมมีค่านิยมในการมีบุตรเพื่อเติมเต็มความสมบูรณ์ในครอบครัว โดยมองว่าการใช้ชีวิตสมรสที่มีเพียงคู่สมรสยังไม่เป็นครอบครัวสมบูรณ์ ด้วยค่านิยมเหล่านี้ การร่วมประเวณีถือเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ในการอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรส ตามมาตรา 1461 แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้การร่วมประเวณีเป็นหน้าที่อย่างชัดแจ้ง แต่หน้าที่ดังกล่าวถูกตีความผ่านตำรา³⁰ และคำพิพากษาของศาล³¹ และเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 1516 (10) ยิ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการร่วมประเวณีของคู่สมรส ถึงขนาดที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุฟ้องหย่าเมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจร่วมประเวณีได้ แต่ปัจจุบันค่านิยมการมีบุตรลดน้อยถอยลงอย่างเห็นได้ชัด สังเกตได้จากสถิติจำนวนการเกิดที่ลดลงทุกปี³² จนถึงจุดต่ำสุดในรอบ 70 ปีและมีแนวโน้มลดลงอย่างต่อเนื่อง³³ ด้วยหลายปัจจัยหลายประการที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการมีบุตร แสดงให้เห็นถึงค่านิยมการมีครอบครัวในปัจจุบันว่า แม้ไม่มีบุตรก็เป็นครอบครัวที่สมบูรณ์ได้

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ได้กำหนดพฤติการณ์เพิ่มเติมเพื่อรองรับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการสมรสของบุคคลทุกเพศ โดยมาตรา 1516 (10) กำหนดเหตุฟ้องหย่า 2 ประการ ได้แก่

1. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสภาพร่างกายทำให้ไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล กล่าวคือเหตุฟ้องหย่านี้บังคับใช้กรณีคู่สมรสต่างเพศที่ไม่อาจร่วมประเวณีด้วยเหตุที่สภาพกายมีความบกพร่องแต่ไม่รวมถึงสภาพจิตใจ ทั้งนี้ พิจารณาเฉพาะอวัยวะเพศมีความบกพร่องเท่านั้น เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งประสบอุบัติเหตุทำให้อวัยวะเพศไม่สามารถร่วมประเวณีได้ตามปกติและอาการนั้นเป็นตลอดกาลไม่อาจรักษาให้หาย

²⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2568), หน้า 287.

³⁰ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 27 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2568), หน้า 452.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8803/2559

³² ข้อมูลสำนักบริหารการทะเบียน กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, ระบบสถิติทางการทะเบียน [ออนไลน์], 13 มิถุนายน 2568. แหล่งที่มา: <https://stat.bora.dopa.go.th/stat/statnew/statyear/#/TableTemplate/Area/statbirth>

³³ จงจิตต์ ฤทธิรงค์, จำนวนเด็กไทยเกิดต่ำสุดเป็นประวัติการณ์ สวนทางนโยบายมีลูกเพื่อชาติ [ออนไลน์], 7 กรกฎาคม 2568. แหล่งที่มา: <https://www.theprachakorn.com/newsDetail.php?id=1002>

คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ แต่ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีสภาพร่างกายปกติแต่ไม่ยินยอมร่วมประเวณีถึงขนาดชีวิตคู่ไม่ปกติสุข กรณีนี้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (10) ได้ เป็นต้น

เหตุฟ้องหย่านี้แต่เดิมบัญญัติเพียงการ “ร่วมประเวณี” เพราะขณะนั้นกฎหมายอนุญาตให้บุคคลต่างเพศเท่านั้นที่มีสิทธิทำการสมรส แต่กฎหมายครอบครัวฉบับปัจจุบันได้มีการกำหนดพฤติการณ์เพิ่มเติมเพื่อรองรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่ไม่อาจร่วมประเวณีได้โดยสภาพ

2. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจกระทำการหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ตลอดกาล เป็นพฤติการณ์ที่กฎหมายเพิ่มเติมเพื่อรองรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน โดยยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศในรูปแบบอื่นนอกเหนือจากการร่วมประเวณีที่บัญญัติถึงการกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าพฤติการณ์เหตุนี้ต้องเป็นความบกพร่องที่อวัยวะเพศเหมือนเหตุแรกหรือไม่ เพราะการร่วมประเวณีมีการตีความว่าต้องเป็นการกระทำระหว่างอวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิง ในขณะที่การสนองความใคร่เป็นการสนองความต้องการในทางกามารมณ์จึงมีรูปแบบการกระทำที่กว้างกว่า ยิ่งถ้าพิจารณาประกอบกับการกระทำซ้ำเราที่อาจกระทำทางอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปาก การฟ้องหย่าด้วยเหตุนี้อาจเป็นไปได้ยาก เพราะแม้บกพร่องส่วนหนึ่งก็อาจกระทำในส่วนอื่น

การที่กฎหมายเพิ่มเติมพฤติการณ์ดังกล่าวยิ่งตอกย้ำข้อสังเกตของลักษณะการกระทำหรือความสัมพันธ์ทางเพศที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่างการร่วมประเวณีกับการกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ว่ามีการกำหนดเพศผู้กระทำ เพราะหากการร่วมประเวณีสามารถตีความขยายถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลเพศเดียวกันก็ไม่ต้องบัญญัติพฤติการณ์ใหม่เพิ่มเติม นอกจากนี้ การที่กฎหมายครอบครัวได้เพิ่มเติมพฤติการณ์ขึ้นใหม่เป็นการยืนยันความสำคัญของการมีความสัมพันธ์ทางเพศของคู่สมรส อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายให้ความสำคัญต่อความสัมพันธ์ทางเพศของคู่สมรสถึงขนาดนำมากำหนดเป็นเหตุฟ้องหย่า อาจไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ของคู่สมรสในปัจจุบันที่มีได้ให้ความสำคัญกับการมีบุตรเพื่อสืบสกุล โดยคู่สมรสต่างเพศไม่นิยมมีบุตรและคู่สมรสเพศเดียวกันไม่อาจมีบุตรได้เองด้วยวิธีธรรมชาติ อีกทั้งกฎหมายไม่อนุญาตให้มีการอุ้มบุญหรือใช้เทคโนโลยีเจริญพันธุ์ ทางเดียวที่ทำได้คือ การรับบุตรบุญธรรม ยิ่งไปกว่านั้น ความสัมพันธ์ของคู่สมรสในปัจจุบันมีความหลากหลายอาจไม่ได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ทางเพศแต่ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ทางจิตใจหรือเป็นที่พึ่งพาซึ่งกันและกัน เพียงแต่ต้องการสถานะความสัมพันธ์ที่มั่นคงจึงทำการสมรสตามกฎหมาย แม้ลักษณะทางกายภาพหรือเพศกำเนิด (biological sex) จะสามารถแบ่งได้เพียง 2 เพศ คือ ชายและหญิง แต่อัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity)³⁴ มีความหลากหลายกว่านั้นมาก จนไม่อาจเจาะจงได้ว่าบุคคลนั้นมีอัตลักษณ์ทางเพศใดและไม่อาจจำกัดว่าบุคคลต้องมีอัตลักษณ์ทางเพศอย่าง

³⁴ อัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity) คือการรับรู้เพศของบุคคลนั้นที่มีต่อตนเองว่าเป็นเพศใดในกลุ่มทางเพศของสังคม ซึ่งไม่จำเป็นต้องตรงกับเพศกำเนิด

รพินท์ภักดิ์ ยอดหล่อชัย, ความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย [ออนไลน์], 7 กรกฎาคม 2568, แหล่งที่มา: <https://www.psy.chula.ac.th/th/feature-articles/gender-identity/>

ได้อย่างหนึ่งตลอดไป จึงเรียกบุคคลเหล่านี้ว่า “LGBTQIA+”³⁵ หรือผู้มีความหลากหลายทางเพศ โดยใช้ “+” ที่สื่อถึงความหลากหลายที่ไม่อาจจำกัดความและอาจเกิดขึ้นใหม่ในอนาคต หนึ่งในอัตลักษณ์ทางเพศที่สะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในรูปแบบของคู่สมรสที่มีได้นำความต้องการทางเพศเข้ามาเป็นส่วนสำคัญในชีวิตคู่ คือ “Asexual” ที่หมายถึง คนที่อาจรู้สึกถึงความรักในเชิงอารมณ์ แต่ไม่ดึงดูดทางเพศหรือไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ไม่ว่ากับใครหรือเพศใดก็ตาม³⁶ หรือผู้มีแรงดึงดูดทางเพศ เมื่อมีความสัมพันธ์ทางใจ อาจไม่ใช่ความรักแต่รวมถึงความเชื่อใจหรือมิตรภาพที่ดีสร้างแรงดึงดูดขึ้นได้³⁷ หรือแท้จริงแล้วความสัมพันธ์ทางเพศมิได้สัมพันธ์กับสถานะคู่สมรสและไม่มีความเกี่ยวข้องกับการก่อตั้งครอบครัวโดยตรง³⁸

ประเด็นที่น่าสนใจในทางกฎหมายอาญา คือ การคำนึงถึงความยินยอมในการร่วมประเวณีของคู่สมรสที่แม้จะมีได้บกพร่องทางร่างกาย แต่คู่สมรสมีเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองว่าต้องการหรือไม่ แม้จะมีการสมรสแล้วก็มีสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์กับคู่สมรสโดยไม่ผูกพันด้วยพันธะการสมรส นอกจากนี้กฎหมายอาญาได้รับรองสิทธิและเสรีภาพทางเพศของบุคคลมิได้ถูกลดทอนเนื่องจากสถานะภาพสมรส³⁹ เป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายให้ความสำคัญกับสิทธิในการตัดสินใจของบุคคล ในแง่ของอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรส ช่วงแรกอาจไม่มีปัญหาในความสัมพันธ์ทางเพศกับคู่สมรสแต่ต่อมาอาจขาดความต้องการหรือความยินยอมในภายหลังก็ได้ ซึ่งการไม่ยินยอมเช่นนี้ไม่เป็นเหตุพ้องหย่าได้ตามมาตรา 1516 (10) อย่างไรก็ดี ด้วยสภาวะทางสังคม เศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนไปจากอดีตอย่างมากก่อให้เกิดความเครียดของผู้คนในปัจจุบันที่ส่งผลต่อร่างกาย อารมณ์ รวมถึงการใช้ชีวิตก็มีผลต่อความต้องการทางเพศหรืออาจมีอาการ “Sexual Anorexia”⁴⁰ ที่ยังรู้สึกรักแต่ไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ การร่วมประเวณีหรือการกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ควรถูกกำหนดให้เป็นหน้าที่ต่อไปหรือไม่ หรือควรให้แก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาศัยสิทธิพ้องหย่าด้วยเหตุอื่นแทน

³⁵ “LGBTQIA+” ย่อมาจาก L: Lesbian, G: Gay, B: Bisexual, T: Transgender, Q: Queer, I: Intersex, A: Asexual และ +: Plus

³⁶ เสกฐพงษ์ ทบอาจ, **สมรสเท่าเทียม**, (กรุงเทพมหานคร: The Justice Group, 2567), หน้า 7.

³⁷ อธิเจต มงคลโสฬศ, LGBT+ โลกนี้มีความหลากหลายมากกว่าชาย-หญิง [ออนไลน์], 7 กรกฎาคม 2568. แหล่งที่มา: <https://www.thaipbs.or.th/now/content/1233>

³⁸ ประสิทธิ์ สวาสต์ญาติ, **ระบบเครือญาติและการจัดระเบียบสังคม**, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำรา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 5.

³⁹ ชลชญา วงศ์ชญาอังกูรและอารัมภา ไวยมุข, **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส**, วารสารการเมือง บริหารและกฎหมาย ปีที่ 11 ฉบับที่ 1, 2562, หน้า 321-322.

⁴⁰ ชัญวลี ศรีสุโข, “รักนะ แต่ไม่อยากมีเซ็กซ์ด้วย” ชวนรู้จักอาการ Sexual Anorexia และการรับมือ, [ออนไลน์], 13 มิถุนายน 2568. แหล่งที่มา: <https://thestandard.co/sexual-anorexia/>

4. ปัญหาตีความ เจตนารมณ์และการใช้สิทธิตามกฎหมาย

การตีความกฎหมาย (interpretation of law) หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน แน่นนอน หรืออาจมีความหมายได้หลายทาง เพื่อให้ยังทราบถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายมีความหมายอย่างไร⁴¹ คำนี้ถึงเจตนารมณ์ (Spirit of the Law) ว่ามีความมุ่งหมายอย่างไร และกฎหมายบังคับใช้อย่างไร ในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 1516 มีบางคำที่ต้องอาศัยการตีความของศาล เพื่อให้เห็นว่า พฤติการณ์ที่ฟ้องหย่านั้น ศาลเห็นควรให้หย่าหรือพิพากษายกฟ้อง ดังนั้น การตีความของศาลจึงต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งหมดทั้งปวงอย่างรอบคอบ ตลอดจนความร้ายแรงที่เกิดขึ้นว่าเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ และถึงขนาดควรพิพากษาให้หย่าหรือไม่ เพราะการที่ศาลจะพิพากษาให้หย่าอาจส่งผลกระทบต่อสถาบันครอบครัวในฐานะคู่สมรสหรือสมาชิกอื่น รวมถึงบุคคลภายนอก

4.1 การตีความ

มาตรา 1516 มีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงการใช้การตีความในหลายอนุมาตรา โดยเฉพาะคำว่า “อย่างร้ายแรง” “ถ้าเป็นการร้ายแรง” หรือ “เป็นอาจณ”⁴² ที่ปรากฏในหลายอนุมาตรา เนื่องจากการพิจารณาตีครอบครัวในส่วนของเหตุฟ้องหย่า ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีค่อนข้างมากเพราะความขัดแย้งและความสัมพันธ์ของคู่สมรสมีความแตกต่าง จึงไม่อาจนำการวินิจฉัยคดีใดคดีหนึ่งมาเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีอื่น แม้พฤติการณ์จะมีความคล้ายคลึงกัน เพราะความสัมพันธ์ของคู่สมรสแต่ละคู่มีรายละเอียดปลีกย่อยหรือความเปราะบางแตกต่างกันและผลของคำพิพากษาอาจส่งผลกระทบต่อสมาชิกครอบครัวมิใช่เพียงคู่สมรสเท่านั้น ประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายที่แม้จะกำหนดไว้หลายเหตุแต่บางเหตุขอบเขตการบังคับใช้ค่อนข้างกว้าง บางเหตุมีความคลุมเครือในภาษาแห่งบทบัญญัติกฎหมายที่ต้องอาศัยการตีความนอกเหนือจากนิยามที่กฎหมายกำหนด ศาลจึงมีบทบาทสำคัญในการใช้การตีความประกอบดุลพินิจเพื่อความเหมาะสมเป็นรายกรณี

นอกจากนี้ กรณีการตีความมาตรา 1516 (1) ที่กำหนดพฤติการณ์หลายประการแต่มีความคลุมเครือและตีความได้ค่อนข้างกว้าง โดยเฉพาะประเด็นคู่สมรสประพฤตินอกใจหรือลักษณะการกระทำที่อาจตีความได้ว่าต้องกระทำโดยบุคคลต่างเพศ หรือการกระทำครั้งเดียวหรือการกระทำเป็นอาจณ แม้กฎหมายกำหนดเหตุฟ้องหย่าหลายประการในอนุมาตราเดียว แต่ถ้าตีความอย่างจำกัดย่อมไม่เป็นคุณแก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย เมื่อตีความเช่นนี้ กฎหมายจะให้ความคุ้มครองคู่สมรสที่ได้รับความเสียหายหรือถูกละเมิดสิทธิอย่างไร หรือต้องฟ้องอนุมาตราอื่นที่มีพฤติการณ์ใกล้เคียงแทน ซึ่งกระทบต่อสิทธิในการฟ้องเรียกค่าทดแทน อย่างไรก็ดี ในประเด็นการตีความ ผู้วิจัยจะทำการศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไขต่อไปในอนาคต

⁴¹ หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565), หน้า 122.

⁴² พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้นิยามคำว่า “อาจณ” หมายถึง เป็นปรกติ, ติดเป็นนิสัย, เสมอ ๆ, เนื่อง ๆ

4.2 เจตนารมณ์

มาตรา 1516 กำหนดเหตุฟ้องหย่าทั้งหมด 12 เหตุ โดยกำหนดรูปแบบและการบังคับใช้ที่แตกต่างกันในแต่ละพฤติการณ์ อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายค่อนข้างมีข้อจำกัดประกอบกับแนวคิดในการรักษาสถาบันครอบครัวที่ศาลคำนึงถึงในการวินิจฉัยคดีฟ้องหย่า ยิ่งส่งผลให้ศาลมีคำสั่งยกฟ้อง สถานะคู่สมรสจึงไม่สิ้นสุดและทั้งสองมีหน้าที่ในการปฏิบัติต่อกันในฐานะคู่สมรสตามกฎหมายต่อไป ทั้งที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสแล้ว เพียงแต่การฟ้องหย่าไม่สำเร็จ ปัญหาในการฟ้องหย่า ได้แก่

ประการแรก คู่สมรสต้องอาศัยเหตุตามที่มิใช่เท็จจริงเกิดขึ้น หากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นไม่เข้าเหตุอย่างใดอย่าง ตามมาตรา 1516 คู่สมรสไม่มีสิทธิฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประการที่สอง แม้ข้อเท็จจริงระหว่างคู่สมรสจะเป็นไปตามเหตุฟ้องหย่าอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ศาลอาจเห็นว่ายังไม่มีเหตุอันควรให้หย่าและยังมีโอกาสในการปรับความสัมพันธ์ ศาลจะมีคำสั่งยกฟ้องเพื่อรักษาสถาบันครอบครัว

ประการที่สาม ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สมรสมีหลายพฤติการณ์หรือเกิดขึ้นพฤติการณ์เดียวแต่ปรับใช้ได้กับหลายเหตุ กรณีเช่นนี้ คู่สมรสอาจอาศัยสิทธิฟ้องหย่าหลายเหตุได้ เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชญา คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอาจอาศัยเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (1) (2) และ (6) โดยตีความพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นว่า คู่สมรสร่วมประเวณีกับผู้อื่นที่มิใช่คู่สมรสและกระทำเป็นอาชญาเป็นพฤติการณ์ ตามมาตรา 1516 (1) โดยตรง การประพฤตินอกใจเป็นการประพฤตชั่วกับคู่สมรส หากมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตาม (ก) ถึง (ค) คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (2) และการที่คู่สมรสประพฤตินอกใจก็นำไปปฏิบัติต่อการเป็นคู่สมรสอย่างร้ายแรงถึงขนาดทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควร คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (6) ซึ่งการฟ้องหย่าโดยอาศัยหลายเหตุย่อมมีโอกาสในการหย่ามากขึ้น เพราะศาลจะวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นไปตามเหตุฟ้องหย่าใด อย่างไรก็ตาม การฟ้องหย่าโดยอาศัยหลายเหตุก็ได้รับรองว่าศาลจะพิพากษาให้หย่า หรือแม้ศาลจะพิพากษาให้หย่าก็อาจมีผลในการเรียกค่าทดแทนบางประการ

ประการสุดท้าย คู่สมรสเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมิได้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยตรง แต่อาจยกเหตุใกล้เคียงเพื่อฟ้องหย่า เช่น คู่สมรสชายร่วมประเวณีกับหญิงอื่นแต่มิได้มีลักษณะเป็นอาชญาโดยมีผู้รับรู้ถึงเหตุการณ์จำนวนมากเพราะเป็นบุคคลที่เป็นที่รู้จักในสังคม ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง จึงฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (2) เพราะการประพฤตินอกใจเป็นการประพฤตชั่วต่อคู่สมรส อย่างไรก็ตาม การฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุใกล้เคียงเป็นการฟ้องที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์เท่าใดนัก เพราะแต่ละอนุมาตรามีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน การบังคับใช้กฎหมายที่ดีและมีประสิทธิภาพควรเป็นการบังคับใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์ จึงจะเอื้อประโยชน์ต่อคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายให้ได้รับการเยียวยาตามสมควร เพราะส่งผลต่อการเรียกค่าทดแทน จากตัวอย่างข้างต้น สมมติในกรณีที่ศาลพิพากษาให้หย่าโดยเห็นการประพฤตินอกใจเป็นการประพฤตชั่วที่สร้างความอับอายให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอย่างร้ายแรง แม้ศาลจะพิพากษาให้หย่าแต่คู่สมรสฝ่ายนั้นขาดสิทธิในการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา

1523 เพราะศาลพิพากษาให้หย่าด้วยเหตุประพฤตินอกใจ ตามมาตรา 1516 (2) มิใช่เหตุประพฤตินอกใจ ตามมาตรา 1516 (1) หากพิจารณาในมุมของคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายที่เห็นว่าการประพฤตินอกใจ เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในความซื่อสัตย์อันเป็นสาระสำคัญของคู่สมรสและไม่อาจทนอยู่กันด้วยกันฉันคู่สมรสกับ คู่สมรสที่เคยประพฤตินอกใจได้อีกต่อไป กฎหมายควรให้ความคุ้มครองคู่สมรสที่ได้รับความเสียหายเพียงใด เมื่อคำนึงประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

4.3 การใช้สิทธิตามกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 บัญญัติให้สิทธิแก่เอกชนในการ ก่อตั้งครอบครัว ตั้งแต่สิทธิในการหมั้น แม้กฎหมายจะได้บังคับว่าการสมรสต้องมีการหมั้นก่อนแต่หากมีการ หมั้นเกิดขึ้น คู่หมั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายในส่วนของการหมั้น แม้การหมั้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการ สมรสในอนาคต แต่มิได้หมายความว่า จะบังคับให้คู่หมั้นทำการสมรส เพราะการสมรสต้องเกิดขึ้นด้วยความ ยินยอมและแม้ทำการสมรส กฎหมายก็ยังคงให้สิทธิแก่คู่สมรสในการตัดสินใจว่าจะมีบุตรหรือไม่ เมื่อกฎหมาย ให้สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเช่นนี้ จึงมีข้อสงสัยว่า บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้สถานะสมรสในการ ตัดสินใจในทางส่วนตัวเพียงใด และกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สมรสในการยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่สมรสเพียงใด ทั้งนี้ ผู้เขียนเข้าใจความสำคัญของแนวคิดในการรักษาสถาบันครอบครัวว่า การเปิดโอกาสให้คู่สมรสสิ้นสุด ความสัมพันธ์โดยง่ายอาจเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันพื้นฐานที่สร้างความเข้มแข็งแก่สังคม และแม้การเลือกคู่ครองเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญแต่การยุติความสัมพันธ์โดยอ้างสิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและต้องไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของคู่สมรสอีกฝ่าย หนึ่งด้วย⁴³ อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในการหย่าตามกฎหมายคู่สมรสต้องอาศัยเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 เท่านั้น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการวิจัยพบว่า แม้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 มีความมุ่งหมายในการบังคับใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมแก่บุคคลทุกเพศ โดยได้กำหนดสิทธิหน้าที่ และให้สถานะแก่คู่สมรสเพศเดียวกันและคู่สมรสที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ในส่วนของเหตุฟ้องหย่าบาง ประการมีปัญหาในการตีความที่ส่งผลกระทบต่อการใช้และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อีกทั้ง ไม่สอดคล้องกับค่านิยมในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะแก้ไขมาตรา 1516 (1) (5) (6) (7) และ (10) แต่คงมาตรา 1516 (2) (4) (4/1) (4/2) (8) และ (9) ไว้เช่นเดิม ส่วนมาตรา 1516 (3) ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติกฎหมายมีความเหมาะสม แต่ศาลควรมีแนวทางในการพิจารณาคดี โดยมีข้อเสนอแนะให้ทำเป็น คำแนะนำของประธานของศาลฎีกาว่าด้วยแนวทางการพิจารณาคดีฟ้องหย่า ดังนี้

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5983/2548

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. มาตรา 1516 (1)

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสต้องมีหน้าที่ในความซื่อสัตย์เป็นฐานสำคัญ เมื่อใดที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนหน้าที่ คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิตัดสินใจยุติความสัมพันธ์ที่กระทบต่อตนเอง ซึ่งกฎหมายครอบครัวให้ความสำคัญกับหน้าที่ดังกล่าวเป็นลำดับต้นถึงขนาดนำมาบัญญัติเป็นเหตุฟ้องหย่าแรกตามมาตรา 1516 (1) ที่แบ่งออกเป็นหลายพฤติการณ์ แต่การฟ้องหย่ากลับมีข้อจำกัดบางประการที่ทำให้คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายขาดสิทธิในการฟ้องคดี แม้การกระทำของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นการประพฤตินอกใจก็ตาม

ในคดีฟ้องหย่า ศาลต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาพฤติการณ์ที่แตกต่างกันในแต่ละคู่สมรสภายใต้กรอบบังคับของกฎหมาย แต่เมื่อกระบวนทัศน์ทางสังคมเปลี่ยนแปลงไป ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาที่ยึดถือหลักความซื่อสัตย์ของคู่สมรสในการพิจารณาคดีจะอำนวยความสะดวกต่อคู่สมรสที่ได้รับความเสียหายมากกว่า เพราะหลักความซื่อสัตย์เป็นพื้นฐานสำคัญในความสัมพันธ์ จึงขอเสนอให้แก้ไขมาตรา 1516 (1) ว่า “คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดประเวณี อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” โดยผู้เขียนขอเสนอนิยามคำว่า “ผิดประเวณี หมายถึง การมีความสัมพันธ์ทางเพศของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งกับผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรสของตน อันเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือจารีตประเพณี” ซึ่งคำว่าผิดประเวณี (adultery) เป็นคำที่สื่อถึงการกระทำในลักษณะประพฤตินอกใจหรือการมีความสัมพันธ์ทางเพศที่ไม่ถูกต้องสมควร โดยไม่จำกัดรูปแบบความสัมพันธ์ทางเพศว่ามีรูปแบบการกระทำอย่างไร ดังนั้น การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งกระทำความผิดประเวณีกับผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรสของตน ไม่ว่าทั้งสองฝ่ายจะเป็นเพศใด มีคู่สมรสหรือไม่ ก็ให้ถือเป็นการผิดประเวณีอันเป็นเหตุฟ้องหย่าและไม่คำนึงว่ากระทำเป็นอาจिनหรือไม่ เช่น ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรส แม้มิได้กระทำเป็นอาจिन แต่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ขาดความไว้วางใจ รู้สึกรังเกียจถึงขนาดฟ้องหย่าเพราะไม่ประสงค์ต่อการอยู่กินด้วยกันกับคู่สมรสที่ประพฤตินอกใจ โดยศาลมีอำนาจพิจารณาจากเหตุผลที่ประสงค์ต่อการสิ้นสุดการสมรสและการให้ความสำคัญกับความซื่อสัตย์ของคู่สมรสฝ่ายฟ้องหย่าว่ามีเหตุอันควรให้หย่าหรือไม่ เพราะหากให้คุณค่ากับความซื่อสัตย์ของคู่สมรสเป็นเบื้องต้นมากกว่าการรักษาสถาบันครอบครัวให้กับคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายทั้งที่คู่สมรสฝ่ายนั้นไม่ต้องการคงสถานะครอบครัวอีกต่อไป น่าจะเป็นการเอื้อประโยชน์และความเป็นธรรมแก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมากกว่า อย่างน้อยการยื่นฟ้องหย่าในกระบวนการของกฎหมายที่มีหลายขั้นตอนก็แสดงถึงความต้องการสิ้นสุดการสมรสของคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายแล้ว

2. มาตรา 1516 (3)

ปัจจุบันคดีฟ้องหย่าด้วยเหตุตามมาตรา 1516 (3) ศาลมิได้มีแนวทางใช้ดุลพินิจในการตีความพฤติการณ์ระหว่างคู่สมรสที่ชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาและลดการใช้ดุลพินิจที่หลากหลาย ผู้เขียนจึงเห็นควรจัดทำ “คำแนะนำของประธานของศาลฎีกาว่าด้วยแนวทางการพิจารณาคดีฟ้องหย่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (3)” ที่ไม่มีสภาพบังคับแต่เป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดี

เพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันหรืออย่างน้อยก็มีความใกล้เคียง ลดความลักลั่นของผลคำพิพากษา โดยศาลยังมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจตามสมควรแต่ละกรณีเช่นเดิม นอกจากนี้ในกรณีที่ศาลเห็นควรยกฟ้องและคู่สมรสต้องกลับไปอยู่กันด้วยกันดังเดิม มีประเด็นสำคัญที่ควรได้รับการพัฒนาในส่วนของมาตรการคุ้มครองภายหลังคำพิพากษาที่จะสร้างกระบวนการขึ้นในคดีหย่าอย่างเป็นระบบ เพื่อป้องกันปัญหาการกระทำซ้ำที่อาจนำไปสู่ความรุนแรงในครอบครัวในอนาคต

ผู้เขียนขอเสนอให้มีแนวปฏิบัติในลักษณะคำแนะนำประธานของศาลฎีกา เพื่อเป็นแนวปฏิบัติที่ศาลนำมาประกอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเหตุฟ้องหย่ามาตรา 1516 (3) ดังนี้

“ร่างคำแนะนำของประธานของศาลฎีกาว่าด้วย

แนวทางการพิจารณาคดีฟ้องหย่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (3)

ครอบครัวเป็นสถาบันที่มีความสำคัญลำดับต้นที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์หลายระดับ ทั้งความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและบุพการีของคู่สมรส แต่เมื่อการอยู่กันด้วยกันในฐานคู่สมรสเกิดความขัดแย้งรุนแรงเกินสมควรและกระทบต่อคู่สมรสหรือบุพการีของคู่สมรสที่อาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายและจิตใจ อันนำไปสู่การฟ้องหย่า ดังนั้น เพื่อให้การพิจารณาคดีไปในแนวทางเดียวกัน ลดความลักลั่นในการตีความบังคับใช้กฎหมาย โดยมุ่งคุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายและเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากกระบวนการยุติธรรม จึงขอออกคำแนะนำแนวทางการพิจารณาคดีฟ้องหย่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (3) ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ศาลพึงคุ้มครองคู่สมรสหรือบุพการีของคู่สมรสผู้ได้รับความเสียหายจากการทำร้าย ทรมาณ หมิ่นประมาทหรือเหยียดหยาม ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมตามความมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยให้ความช่วยเหลือตามความจำเป็นและเหมาะสม

ข้อ 2 พิจารณาเจตนาในการกระทำ ในส่วนของการทำร้ายหรือทรมาณให้พิจารณาจากความประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำ ประกอบกับมูลเหตุหรือแรงจูงใจในการกระทำ ตลอดจนผลของการกระทำว่ามีความร้ายแรงมากน้อยเพียงใด

ในส่วนของการหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามคู่สมรสหรือบุพการีของคู่สมรส ศาลควรพิจารณาถึงเหตุของการกระทำ เจตนาของผู้กระทำ ความบ่อยครั้งของการกระทำในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ตลอดจนความร้ายแรงของกระทำ

ข้อ 3 พิจารณารูปแบบหรือวิธีการทำร้ายหรือทรมาณ ให้พิจารณาถึงการใช้อาวุธหรือประเภทของอาวุธที่ใช้ในการทำร้ายหรือทรมาณร่างกายหรือจิตใจ จำนวนครั้งหรือระยะเวลาในการกระทำที่ผ่านมาว่าสร้างความเสียหายแก่ร่างกายหรือจิตใจของคู่สมรสหรือบุพการีของคู่สมรสผู้ถูกกระทำมากน้อยเพียงใด

ในส่วนของการหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามให้พิจารณาความรุนแรงของการกระทำหรือคำพูดหรือการข่มขู่หรือความไม่เคารพยำเกรง โดยคำนึงถึงการปฏิบัติตนและความสัมพันธ์ที่ผ่านมาของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายหรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสฝ่ายหนึ่งกับบุพการีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อคำนึงถึงการอยู่ร่วมกันในฐานคู่สมรส

ข้อ 4 พิจารณาผลกระทบที่ได้รับ ตำแหน่งบาดแผลจากการทำร้ายหรือทรมานร่างกายว่ามีความรุนแรงที่เป็นอันตรายหรืออันตรายสาหัส ทั้งตำแหน่งบาดแผลว่าเกิดในอวัยวะสำคัญมากน้อยเพียงใด ตลอดจนจำนวนบาดแผล โดยอาศัยผลตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา

ในส่วนของการหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอาจพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของผลกระทบมากกว่าการใช้คำหรือภาษาที่ไม่เหมาะสม โดยคำนึงถึงผลกระทบในทางส่วนตัว ผลกระทบภายในครอบครัวและผลกระทบจากสภาพแวดล้อมหรือสังคม นอกจากนี้ ศาลควรให้มีผู้เชี่ยวชาญติดตามวิเคราะห์ผลกระทบทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการทำร้าย ทรมาน หมิ่นประมาทหรือเหยียดหยาม

ข้อ 5 พิจารณาแนวโน้มการกระทำซ้ำ โดยพิจารณาจำนวนหรือความบ่อยครั้งของการกระทำผิดที่ผ่านมา ก่อนฟ้องหย่า ตลอดจนปฏิสัมพันธ์ในระหว่างพิจารณาคดี ทั้งนี้ ศาลอาจพิจารณาความสามารถในการปรับความเข้าใจหรือการเยียวยาความสัมพันธ์ หากศาลเห็นว่ายังไม่ควรให้หย่า ศาลอาจมีคำสั่งให้รายงานพฤติกรรมเป็นระยะพร้อมบันทึกข้อมูล เพื่อประเมินแนวโน้มการกระทำผิดซ้ำในอนาคต แต่หากศาลเห็นว่า การอยู่ร่วมกันต่อไปเป็นไปด้วยความยากลำบาก ศาลอาจพิจารณาให้หย่า

ข้อ 6 พิจารณากรณีศาลมีคำสั่งยกฟ้องเพราะยังไม่มีเหตุอันควรให้หย่า ศาลควรให้ทำประกันทัณฑ์บนว่า เมื่อกลับไปอยู่กันด้วยกันฉันคู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะมีความประพฤติที่ดีต่อกันและมีข้อตกลงไม่กระทำซ้ำในพฤติการณ์อันเป็นเหตุฟ้องหย่า โดยศาลอาจกำหนดระยะเวลาที่ประกันทัณฑ์บนมีผลบังคับใช้โดยพิจารณาตามความเหมาะสมในแต่ละกรณี หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนให้คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องหย่า โดยศาลอาจนำเหตุฟ้องหย่าที่เคยยกขึ้นในคดีฟ้องหย่าครั้งก่อนมาพิจารณาประกอบในคดีฟ้องหย่าครั้งหลัง

3. มาตรา 1516 (5)

ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขโดยตัดคำว่า “สาบสูญ” ออกจากมาตรา 1516 (5) และให้ศาลใช้หลักทั่วไปในการตีความคำว่า “ตาย” ตามมาตรา 1501 ว่าหมายถึง การตายโดยธรรมชาติหรือการตายโดยผลของกฎหมายอย่างการสาบสูญ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายครอบครัวและหลักกฎหมายทั่วไปที่ตีความแตกต่างกัน และเมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ ไม่ว่าในพฤติการณ์ทั่วไปห้าปีหรือในพฤติการณ์พิเศษสองปี ตามมาตรา 61 ให้ถือว่าคู่สมรสนั้นถึงแก่ความตายตามมาตรา 62 และให้ถือเป็นการสมรสสิ้นสุด ตามมาตรา 1501 โดยคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่จำเป็นต้องนำคำสั่งศาลในคดีสาบสูญมาฟ้องหย่าอีกครั้ง เพื่อไม่ให้เกิดความยุ่งยากให้แก่คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ในการดำเนินคดีฟ้องหย่า โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 1516 (5) ว่า “คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีโดยไม่มีใครทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” เมื่อมีการฟ้องหย่าให้คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าตนได้พยายามตามหาคู่สมรสฝ่ายที่หายไปแล้ว แต่หาไม่พบและไม่ทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไรเป็นระยะเวลาเกินสามปี จึงได้ขอใช้สิทธิฟ้องหย่าตามกฎหมาย เพราะการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งหายไปจากถิ่นที่อยู่หรือภูมิลำเนาย่อมส่งผลให้คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ได้รับความเดือดร้อนเกินควรจากการไม่ได้รับการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอันเป็นหน้าที่ของคู่สมรสตามกฎหมาย เพราะลำพังการหายไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของคู่สมรสที่ไม่ทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไรก็เป็นความทรมานอย่างยิ่งของคู่สมรสฝ่าย

ที่ยังอยู่ก็ทั้งเสียโอกาสในการมีครอบครัวใหม่ที่สมบูรณ์ ข้อเสนอแก้ไขบทบัญญัตินี้ แม้มีได้ผลเปลี่ยนแปลงในการรับมรดก เพราะตราบิตที่ศาลมีได้มีคำสั่งให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นคนสาบสูญ คู่สมรสฝ่ายที่ยังอยู่ก็ไม่อาจรับมรดกในฐานะทายาทได้อยู่ดี แต่อย่างน้อยเป็นการภาระในการฟ้องหย่าของคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย และเพื่อเป็นประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายในทำนองเดียวกันที่ให้การสาบสูญเป็นการตายภายใต้บังคับมาตรา 1501 ซึ่งจะสอดคล้องกับสิทธิในการรับมรดก ทั้งจากบุคคลที่ตายโดยธรรมชาติและตายโดยผลของกฎหมายตามหลักกฎหมายทั่วไป

4. มาตรา 1516 (6)

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะให้แก้ไขมาตรา 1516 (6) โดยคงไว้เพียง “คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” โดยศาลมีอำนาจในการพิจารณาถึงความเดือดร้อนเกินควรจากการไม่ได้รับการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูจากคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้โดยตรงในอนุมาตราว่าต้องนำพฤติการณ์แวดล้อมใดมาคำนึงประกอบ แต่ศาลไม่อาจพิจารณาเพียงการกระทำว่าเข้าองค์ประกอบของเหตุฟ้องหย่าหรือไม่เท่านั้น เพราะโดยปกติการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลในคดีฟ้องหย่า ศาลจะนำความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมคำนึงประกอบอยู่แล้ว และขอเสนอให้แยกบทบัญญัติในส่วนของการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสอย่างร้ายแรงออก โดยบัญญัติให้เป็นบทบังคับทั่วไปนอกเหนือจากเหตุฟ้องหย่าอื่นตามมาตรา 1516 ที่กำหนดพฤติการณ์เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอให้เพิ่มเติมพฤติการณ์มี “เหตุสำคัญ” ที่กระทบกระเทือนถึงการสมรสอันก่อให้เกิดความไม่ปกติสุขในชีวิตสมรสหรืออยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสอย่างยากลำบาก โดยให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสมในแต่ละกรณี เพราะความไม่ปกติสุขระหว่างคู่สมรสบางกรณีก็มิได้ร้ายแรงถึงขนาดเป็นปฏิปักษ์ แต่ถ้าต้องอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสต่อไปก็จะเป็นไปอย่างยากลำบากหรือไม่อาจทนได้ เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งล้มละลายไม่สามารถจัดการทรัพย์สินของตนเองจึงใช้จ่ายจากทรัพย์สินของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจนส่งผลให้การอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสเป็นไปอย่างยากลำบาก หรือกรณีคู่สมรสไม่ยอมร่วมประเวณีที่มีได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาโดยตรง แต่มาจากการตีความว่าอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสอย่างร้ายแรง ซึ่งถ้าพิสูจน์ถึงความร้ายแรงไม่ได้ก็อาจพิสูจน์ว่าส่งผลต่อการอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสอย่างยากลำบาก เพราะถ้าคงไว้เพียงการฟ้องหย่าด้วยเหตุทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสกันอย่างร้ายแรงอาจมีประเด็นที่ศาลต้องตีความถึง “อย่างร้ายแรง” แห่งกรณี ซึ่งอาจไม่เป็นคุณแก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเท่าใดนัก เพราะปฏิปักษ์สื่อไปในทางความขัดแย้งหรือฝ่ายตรงข้าม⁴⁴ หรืออาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ สุขภาพหรืออนามัยของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งด้วย⁴⁵ แต่เหตุสำคัญสื่อถึงปัญหาที่ทำให้ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสได้โดยปกติสุขและเป็นไปอย่างยากลำบาก

วิจัยนี้ขอเสนอให้บัญญัติเป็นมาตรา 1516/1 ว่า “นอกเหนือจากบทบัญญัติในมาตราก่อน

⁴⁴ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 นิยามคำว่า “ปฏิปักษ์” หมายถึง ฝ่ายตรงกันข้าม, ศัตรู

⁴⁵ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, หน้า 451.

กรณีมีพฤติการณ์ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสกันอย่างร้ายแรงหรือเหตุสำคัญซึ่งทำให้การอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสเป็นไปอย่างยากลำบาก ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสมาค่านึงประกอบฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสมาค่านึงประกอบ ศาลอาจพิพากษาให้หย่าก็ได้” ส่วนกรณีจะมีเหตุสำคัญถึงขนาดควรพิพากษาให้หย่าหรือไม่ ให้คู่สมรสพิสูจน์ถึงความร้ายแรงและเหตุสำคัญที่ทำให้ไม่อาจอยู่กินด้วยกันได้อีกต่อไป โดยศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาทั้งพฤติการณ์แวดล้อม ความสัมพันธ์ของคู่สมรส ตลอดจนการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์อย่างร้ายแรงหรือเหตุสำคัญประกอบ การบัญญัติเป็นบททั่วไปเช่นนี้น่าจะเป็นประโยชน์แก่ศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีอย่างเหมาะสมและเป็นประโยชน์กับคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อกฎหมายให้สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวก็ควรให้สิทธิในการตัดสินใจยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่สมรสตราบเท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หากการอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสนั้นจะก่อให้เกิดความยากลำบากมากเกินไป

5. มาตรา 1516 (7)

มาตรา 1516 (7) มีเงื่อนไขหนึ่งที่สร้างความยากลำบากให้คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย คือ การที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาถึงสามปี จึงจะให้สิทธิฟ้องหย่าแก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งถือเป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างนานเพราะนอกจากคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะไม่ได้รับการดูแลจากคู่สมรสฝ่ายวิกลจริตแล้ว ยังยากลำบากในการอยู่ร่วมกับคนวิกลจริตที่อาจมีพฤติกรรมที่สร้างความเสียหายแต่ก็ไม่อาจฟ้องหย่าได้ เพราะติดเงื่อนไขเรื่องระยะเวลา ยิ่งเป็นการสร้างความเดือดร้อนเสียหายให้แก่คู่สมรสฝ่ายในการดูแลผู้ป่วยโดยเฉพาะผู้มีอาการวิกลจริตและจากการศึกษาพบว่าในปัจจุบันมีคนวิกลจริตหรือมีอาการทางจิตเวชจากยาเสพติดจำนวนมากอันนำไปสู่ความรุนแรงในครอบครัว⁴⁶ ยิ่งเป็นอันตรายต่อคู่สมรสอีกฝ่ายที่อาจได้รับอันตรายต่อร่างกาย จิตใจหรือถึงแก่ชีวิต จึงควรแก้ไขมาตรา 1516 (7) โดยตัดระยะเวลาเกินสามปีออก เพราะวิวัฒนาการทางการแพทย์ในปัจจุบันก้าวหน้าอย่างมาก การพิสูจน์ถึงความเป็นไปได้ในการรักษาคคนวิกลจริตให้หายไม่ยากอย่างในอดีตที่กฎหมายจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาเพื่อความแน่นอนว่าการรักษายากที่จะหายขาดประกอบกับระยะเวลาในการได้รับความลำบากในการอยู่กินด้วยกันถึงขนาดไม่อาจทนอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสต่อไป

เมื่อได้ความว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งวิกลจริต ศาลจะพิพากษาให้หย่าขาดจากกันหรือไม่ ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาอีก 2 ส่วน ได้แก่ **ส่วนแรกความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายขาดหรือไม่** โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานการเข้ารับการรักษาและอาศัยการรับรองจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการตรวจพิสูจน์ถึงความเป็นไปได้ในการรักษา ตลอดจนแนวโน้มการรักษาว่ามีโอกาสหายเพียงใด หากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่า “ยากที่จะหาย” ก็น่าจะเพียงพอ โดยไม่จำเป็นต้องมีเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาเกินสามปี เพราะอย่างไรกฎหมายก็ได้ต้องการการพิสูจน์ถึงขนาดคู่สมรสฝ่ายวิกลจริต “ไม่มีทางรักษาหาย” และ**ส่วนที่สอง ความวิกลจริตของคู่สมรสนั้นถึงขนาดจะทนอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสต่อไปไม่ได้หรือไม่** โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานด้าน

⁴⁶ ป.ป.ส., เปิดข้อมูล คนไทย 1.6 ล้านใช้สารเสพติด มีปัญหาสุขภาพจิต 2.2 แสนคน, [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/news/news-update/1183216>

พฤติกรรมหรือการอยู่ร่วมกันว่ามีเหตุการณ์ที่ไม่ปกติสุขถึงขนาดไม่อาจอยู่ด้วยกันได้หรือไม่ โดยคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีหน้าที่พิสูจน์ถึงความยากลำบากในการอยู่กันด้วยกันฉันคู่สมรสที่วิกลจริตว่าเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจเกินสมควร หากศาลเห็นว่าคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้รับความเสียหายในลักษณะร้ายแรง ศาลอาจสั่งให้หย่า แต่ถ้าศาลเห็นว่ามิได้มีลักษณะเป็นอันตรายหรือเป็นอันตรายแต่ไม่ร้ายแรง เป็นเพียงอาการของคนวิกลจริตทั่วไป ศาลอาจไม่พิพากษาให้หย่าก็ได้ เพราะโดยหลักคู่สมรสมีหน้าที่ในการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูไม่ว่ายามสุขหรือทุกข์ การวิกลจริตของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งย่อมเป็นความทุกข์ของผู้มีอาการที่อาจส่งผลกระทบต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง การทอดทิ้งกันด้วยเหตุของความวิกลจริตก็มีใช้สิ่งที่สมควร อย่างไรก็ตาม ถ้าการอยู่กันด้วยกันเป็นอันตรายร้ายแรงหรือเป็นความรุนแรงในครอบครัวก็ไม่ควรต้องรอให้ระยะเวลาเกินสามปี เพราะบางพฤติการณ์อาจเป็นอันตรายมากจนเกินไป เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีอาการวิกลจริตที่เกิดจากยาเสพติด เมื่ออาการวิกลจริตกำเริบชอบทุบตีหรือเอามีดไล่ฟันคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีเช่นนี้หากต้องรอให้เกินระยะเวลาสามปีอาจเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตของคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย เป็นต้น

ดังนั้น หากคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายพิสูจน์โดยอาศัยวิวัฒนาการทางการแพทย์และมีการรับรองของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการพิสูจน์ว่าความวิกลจริตนั้นยากที่จะหาย และการอยู่กันด้วยกันกับคู่สมรสที่วิกลจริตส่งผลกระทบร้ายแรงต่อร่างกาย จิตใจหรืออาจถึงแก่ชีวิต ถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันต่อไปไม่ได้และอาจเป็นอันตรายในอนาคต เพียงเท่านั้นน่าจะเป็นเหตุผลเพียงพอและควรให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน

6. มาตรา 1516 (10)

ปัจจุบัน ท่ามกลางความตื่นรู้ถึงสิทธิความเท่าเทียมทางเพศของผู้คนในสังคม ทำให้เห็นลักษณะความสัมพันธ์ที่หลากหลาย ส่งผลต่อแนวคิดในการก่อตั้งครอบครัวเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หลายคู่สมรสมุ่งประสงค์ในการเป็นคู่ชีวิตที่มีได้ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ทางเพศ แต่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างเข้าใจและที่พึงพิงทางจิตใจแก่กัน และแท้จริงแล้วความสัมพันธ์ทางเพศมิได้สัมพันธ์กับสถานะคู่สมรสและไม่มี ความเกี่ยวพันกับการก่อตั้งครอบครัวโดยตรง⁴⁷ ดังนั้น เมื่อกฎหมายรับรองและให้สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว การกำหนดขอบเขตความสัมพันธ์ทางเพศหรือการมีบุตรของคู่สมรสควรเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้เช่นกัน ความสัมพันธ์ทางเพศไม่ควรเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายจะนำมากำหนดเป็นเหตุฟ้องหย่า เพราะเสมือนเป็นการก้าวล่วงสิทธิในครอบครัวทางอ้อม การบังคับให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศที่ไม่สมัครใจหรือในกรณีสภาพร่างกายไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาลที่โดยลักษณะเป็นความทุกข์ทรมานของคู่สมรสที่มีความบกพร่อง แต่กฎหมายตอกย้ำให้เห็นถึงความบกพร่องที่หนักยิ่งกว่าในการถูกฟ้องหย่า ซึ่งการกำหนดให้ ความสัมพันธ์ทางเพศเป็นหน้าที่ของคู่สมรสโดยอ้อมผ่านเหตุฟ้องหย่า ย่อมเป็นการแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ในการจัดการขอบเขตความสัมพันธ์ของคู่สมรส ถึงขนาดส่งผลกระทบต่อสถานะสมรสตามกฎหมาย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า กฎหมายไม่ควรให้น้ำหนักกับความสัมพันธ์ทางเพศถึงขนาดนำมากำหนดเป็นเหตุฟ้องหย่าเป็นการเฉพาะ

มีข้อเสนอให้ตัดมาตรา 1516 (10) ออก เพราะมีผลเป็นการทำลายความสัมพันธ์ของคู่สมรส

⁴⁷ ประสิทธิ์ สวาสดีญาติ, ระบบเครือญาติและการจัดระเบียบสังคม, หน้า 5.

ทางหนึ่ง ทั้งที่การเป็นครอบครัวที่สมบูรณ์ยังมีปัจจัยอื่นอีกมากมายประกอบกัน ไม่ควรนำความสามารถในการร่วมประเวณี การกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่มาเป็นส่วนหนึ่งของเหตุสิ้นสุดการสมรส อย่างไรก็ตาม แม้แต่เหตุฟ้องหย่ามาตรา 1516 (10) ออก แต่ไม่ตัดสิทธิฟ้องหย่าของคู่สมรสฝ่ายที่เห็นว่าการร่วมประเวณีหรือการกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่เป็นสาระสำคัญในการอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรส โดยอาศัยสิทธิฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516/1 ด้วยเหตุที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีสภาพร่างกายไม่อาจร่วมประเวณีหรือการกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ได้ตลอดกาลเป็นพฤติการณ์อันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสอย่างร้ายแรงหรือเป็นเหตุสำคัญซึ่งทำให้การอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสเป็นไปอย่างยากลำบาก โดยศาลมีอำนาจในการพิจารณาความเดือดร้อนเกินควรเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสมาค่านึงประกอบ ส่วนคู่สมรสฝ่ายฟ้องหย่ามีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการร่วมประเวณีหรือการกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่เป็นสาระสำคัญของการอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสสำหรับตน แต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสภาพร่างกายไม่อาจร่วมประเวณีหรือการกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ได้ตลอดกาล ถ้าศาลเห็นควรก็อาจพิพากษาให้หย่าตามมาตรา 1516/1 อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายถูกฟ้องมีสภาพร่างกายเป็นปกติแต่ขาดความต้องการมีความสัมพันธ์ทางเพศ ซึ่งเกิดจากจิตใจอาจเป็นปัญหาในการฟ้องหย่าว่าถึงขนาดเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสอย่างร้ายแรงหรือเหตุสำคัญซึ่งทำให้การอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสเป็นไปอย่างยากลำบากหรือไม่ เพราะพิสูจน์ยากกว่าความบกพร่องทางร่างกายที่เป็นประจักษ์ แต่เหตุดังกล่าวก็สร้างความเสียหายแก่คู่สมรสที่เห็นเรื่องนี้เป็นสาระสำคัญของการอยู่กินด้วยกัน จึงอาจใช้สิทธิฟ้องหย่าโดยอาศัย มาตรา 1516/1 ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม การให้สิทธิฟ้องหย่าเช่นนี้จะก่อให้เกิดความยุติธรรมกับคู่สมรสทุกกลุ่ม เพราะปฏิเสธไม่ได้ว่าความต้องการทางเพศเป็นเรื่องธรรมชาติ เพียงแต่ความต้องการของแต่ละบุคคลหรือแต่ละอัตลักษณ์มีความแตกต่างกัน เมื่อใดที่ความสัมพันธ์ทางเพศของคู่สมรสไม่สอดคล้องกันก็ควรให้สิทธิฟ้องหย่าแก่คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากพฤติการณ์นั้น และให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาคดีตามแต่ละกรณี

5.2 ร่างแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเหตุฟ้องหย่า ดังนี้

มาตรา 1516 บัญญัติว่า

“เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดประเวณี อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(2) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติชั่ว ไม่ว่าความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญา

หรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับการดูถูกเกลียดชัง

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินสมควร เมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่

ร่วมกันฉันทุสมรสมาค้ำนึ่งประกอบ

(3) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำร้ายหรือทรมานร่างกายหรือจิตใจหรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4/1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีในความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นคู่สมรสกันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4/2) คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันทุสมรสได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(5) กรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหายไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นระยะเวลาเกินสามปี โดยไม่มีใครทราบแน่ว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(6) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(7) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งวิกลจริตและความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายได้ โดยพิสูจน์ว่าความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันทุสมรสต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(8) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดพันบนที่ทำไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(9) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคมียุทธลักษณะเรื้อรังไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้”

นอกจากนี้ มีข้อเสนอแนะให้กำหนดขอบเขตอย่างกว้างในลักษณะบทบัญญัติทั่วไป เพื่อให้คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีโอกาสในการฟ้องคดี หากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นไม่เข้ากรณีตามบทเฉพาะในมาตรา 1516 แต่ปรากฏพฤติการณ์ที่ทำให้อยู่กินด้วยกันฉันทุสมรสโดยไม่ปกติสุขหรือเป็นไปอย่างยากลำบาก เพื่อให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาความเสียหาย ประกอบกับความร้ายแรงและความเหมาะสมเป็นรายกรณี

มาตรา 1516/1 บัญญัติว่า

“นอกเหนือจากบทบัญญัติมาตราก่อน กรณีมีพฤติการณ์ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่สมรสกันอย่างร้ายแรงหรือเหตุสำคัญซึ่งทำให้การอยู่กินด้วยกันฉันทุสมรสเป็นไปอย่างยากลำบาก ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันทุสมรสมาค้ำนึ่งประกอบ ศาลอาจพิพากษาให้หย่าก็ได้”

รายการอ้างอิง

- ชลชญา วงศ์ชญาอังกุลและอารัมภา ไวยมุกข์, **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส**, วารสารการเมือง บริหารและกฎหมาย ปีที่ 11 ฉบับที่ 1, 2562.
- จงจิตต์ ฤทธิรงค์, **จำนวนเด็กไทยเกิดต่ำสุดเป็นประวัติการณ์** สวททนโยบายมีลูกเพื่อชาติ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.theprachakorn.com/newsDetail.php?id=1002>
- ประสพสุข บุญเดช, **คำอธิบายกฎหมายครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 27 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2568).
- ประสิทธิ์ สวาสดีญาติ, **ระบบเครือญาติและการจัดระเบียบสังคม**, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำรา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533).
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2568).
- โรงพยาบาลศิริราช ปิยมหาราชการุณย์, **กินยาครบวันโรคหายขาด** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.siphphospital.com/th/news/article/share/475#:~:text=แม้วันโรคจะสามารถรักษา,การดื้อยาของเชื้อวันโรค>
- วารี นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์, **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2554).
- วรภัทร รัตนพาณิชย์, **เหตุหย่า: ศึกษากรณีความเสมอภาคของชายและหญิงในการเรียกค่าทดแทน**, วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ 34(1), 2551
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดเกี่ยวกับเพศ**, (เชียงใหม่: โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2564).
- ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, **คำอธิบายนิติกรรม สัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).
- ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, **คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566).
- เสกฐพงษ์ ทบอาจ, **สมรสเท่าเทียม**, (กรุงเทพมหานคร: The Justice Group, 2567).
- สมยศ เชื้อไทย, **ความรู้กฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 30 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566).
- หยุต แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2565).
- อธิเจต มงคลโสฬศ, **LGBT+ โลกนี้มีความหลากหลายมากกว่าชาย-หญิง** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.thaipbs.or.th/now/content/1233>

- รพีพันธ์ภัทร์ ยอดหล่อชัย, **ความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.psy.chula.ac.th/th/feature-articles/gender-identity/>
- Allwellhealthcare, **อาการเอดส์กับอาการ HIV ต่างกันอย่างไร?** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://allwellhealthcare.com/hiv-aids-symptom/?srsltid=AfmBOoo-L2jxzbEwk4DwzWm6bj5hSBjJ07AT8Qx yCuMuV3uPk0DBt_B6
- Encyclopaedia Britannica Online, Adultery, sexual relations between a married person and someone other than the spouse., [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.britannica.com/topic/adultery>

บทความวิจัย (Research Article)

ปัญหาการดำเนินอธิกรณ์ตามพระธรรมวินัยและการดำเนินกระบวนการพิจารณาทาง อาญากับพระสงฆ์: กรณีศึกษาเปรียบเทียบคณะสงฆ์นิคายเถรวาท ประเทศไทยกับประเทศศรีลังกา*

A Problem of the Buddhist Monk on Dispute Resolution under the Buddha's Dhamma
Vinaya (Doctrine and Discipline) and the Criminal Procedure: A Comparative Study of
Theravada Sangha between Thailand and Sri Lanka

ติณเมธ วงศ์ใหญ่**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

อีเมล: thinnamedh.won@mfu.ac.th

Thinnamedh Wongyai

Assistance Professor School of Law, Mae Fah Luang University

333 Moo 1, Thasudh, Chinag-Rai, Thailand, 57100

Email: thinnamedh.won@mfu.ac.th

วันที่รับบทความ 11 สิงหาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 17 พฤศจิกายน 2568; วันที่ตอบรับบทความ 24 พฤศจิกายน 2568

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง “ปัญหาการดำเนินอธิกรณ์ตามพระธรรมวินัยและการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญากับพระสงฆ์: กรณีศึกษาเปรียบเทียบคณะสงฆ์นิคายเถรวาทประเทศไทยกับประเทศศรีลังกา” ซึ่งได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

บทคัดย่อ

กรณีที่พระภิกษุได้กระทำความผิดทางอาญาขึ้นย่อมมีวิธีในการจัดการดังกล่าวคือ บังคับไปตามพระธรรมวินัย และบังคับตามกฎหมายบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของพระภิกษุในประเทศไทยนั้น เมื่อพระภิกษุตกเป็นผู้ต้องหา จะต้องบังคับให้พระภิกษุได้สละสมณเพศขาดจากความเป็นพระภิกษุก่อนที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป แม้พระภิกษุจะไม่ยินยอมในการสละสมณเพศก็ตาม ซึ่งเป็นผลเสียต่อตัวพระภิกษุเป็นอย่างมาก เนื่องจากได้เสียสิทธิไปซึ่งการสละสมณเพศหรือสมณศักดิ์ที่ได้รับในขณะที่ยังเป็นพระภิกษุ ทั้งที่พระภิกษุเหล่านั้นอาจไม่ได้กระทำความผิดก็ได้

ส่วนในประเทศศรีลังกา ที่มีประวัติศาสตร์พระพุทธศาสนาอย่างยาวนานร่วมกับพระพุทธศาสนาในประเทศไทย ปรากฏว่าพระภิกษุในประเทศศรีลังกานั้นไม่จำเป็นต้องสละสมณเพศก่อนเข้ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา สามารถมีสถานะความเป็นภิกษุได้ตลอดจนมีคำพิพากษาถึงที่สุด แสดงให้เห็นว่าประเทศศรีลังกาให้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแก่พระภิกษุเป็นอย่างมาก พระภิกษุจะสละสมณเพศได้แต่โดยความยินยอมของพระภิกษุรูปนั้นเท่านั้น

ดังนั้น จึงเห็นควรศึกษาเปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระธรรมวินัยในส่วนที่เกี่ยวกับพระภิกษุของประเทศไทยกับประเทศศรีลังกา เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นความเหมือนและความแตกต่าง เพื่อหามาตรการทางกฎหมายและรูปแบบที่เหมาะสมกับพระภิกษุในพระพุทธศาสนาในกายเถรวาท ในปัจจุบันและอนาคตข้างหน้าให้ถูกต้องเหมาะสม และมีความชัดเจนและเป็นธรรมกับพระภิกษุมากยิ่งขึ้น

หลังจากทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับการสัมภาษณ์นักวิชาการและพระภิกษุทั้งในไทยและศรีลังกา ผู้วิจัยพบว่าปัญหาหลักที่เกิดขึ้นในประเทศไทยวางอยู่บนการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจซึ่งกฎหมายไม่ได้ให้การรับรองไว้ในการบังคับให้พระภิกษุต้องสละสมณเพศโดยปราศจากความยินยอมของพระภิกษุนั้นหรือโดยที่คณะสงฆ์ไม่ได้มีส่วนร่วมด้วย ดังนั้น งานวิจัยนี้จึงศึกษาเปรียบเทียบหลักพระธรรมวินัยและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยเปรียบเทียบกับประเทศศรีลังกาโดย กฎหมาย ตำรา บทความและการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อเสนอให้มีการปรับแก้กฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยกำหนดให้ในกรณีที่พระภิกษุเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา เจ้าหน้าที่ของรัฐควรที่จะได้รับอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาตีอาญากับพระภิกษุนั้นได้เลยโดยไม่ต้องให้สละสมณเพศก่อน อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้สละสมณเพศพระภิกษุนั้นก่อนที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาใด ๆ การสละสมณเพศนั้นต้องกระทำลงโดยได้รับความยินยอมและภายใต้การมีส่วนร่วมของคณะสงฆ์ ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะเหล่านี้ทำขึ้นโดยมีเป้าหมายประสงค์เพื่อให้สิทธิและศักดิ์ศรีของพระภิกษุได้รับความคุ้มครองในลักษณะที่สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความยุติธรรมและความเป็นธรรมภายใต้บริบทของศาสนาพุทธนิกายเถรวาท การมีส่วนร่วมของคณะสงฆ์ในกระบวนการที่กล่าวมานี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในการรักษาไว้ซึ่งความเคารพต่อสิทธิที่เหล่าพระภิกษุพึงมี

คำสำคัญ: กระบวนการพิจารณาทางอาญา; พระธรรมวินัย; พระภิกษุในกายเถรวาท

Abstract

In cases where a Buddhist monk has committed a criminal offence, there are methods to handle such matters, namely, enforcing them according to the Buddhist monastic discipline (Vinaya) and enforcing them according to the laws of the land. Particularly in the criminal justice process for Buddhist monks in Thailand, when a monk becomes a suspect, they are compelled to disrobe and relinquish their monkhood before proceeding with the criminal justice process. This is done even if the monk does not consent to disrobe, which is highly detrimental to the monk as they lose the right to disrobe or the monastic title received while still a monk, even though they might be innocent.

In contrast, in Sri Lanka, which shares a long history of Buddhism with Thailand, it appears that monks in Sri Lanka are not required to disrobe before entering the criminal justice process. They can maintain their monkhood status until a final verdict is reached. This demonstrates that Sri Lanka grants significant rights in the criminal justice process to monks, and they can only disrobe with their consent. This practice, which respects the individual rights and dignity of the monks, is a testament to the principles of justice and fairness within the context of Theravada Buddhism.

Therefore, it is deemed necessary to study and compare the Criminal Code, the Criminal Procedure Code, and the Vinaya concerning monks in Thailand and Sri Lanka. This comparison aims to highlight similarities and differences to identify appropriate legal measures and models for monks in Theravada Buddhism, both in the present and future, ensuring accuracy, fairness, and clarity for monks.

After reviewing relevant literature and conducting interviews with academic scholars and Buddhist monks in both Thailand and Sri Lanka, the researchers concluded that the fundamental problem in Thailand lies in government officials using non-authoritative power to disrobe monks without their consent or the involvement of relevant Buddhist monastic organizations. The research suggests amending the law to address this issue. In essence, if a Buddhist monk in Thailand commits a wrongful act, authorities should be allowed to initiate criminal proceedings without disrobing the monk first. However, if authorities wish to disrobe the monk before any legal procedures, the process must be conducted with the consent and active participation of the Sangha (Buddhist monastic community). This suggestion is made to ensure that the rights and dignity of monks are protected, aligning with the principles of justice

and fairness within the context of Theravada Buddhism. The active involvement of the Sangha in this process is crucial to maintaining the integrity and respect for the individual rights of the monks.

Keywords: Criminal Procedure; Vinaya; Theravada Monks; Comparative Law; Religious Justice

1. ที่มาและความสำคัญ

ศาสนา หมายถึง ลัทธิความเชื่อถือของมนุษย์มีหลักคือ แสดงกำเนิดและความสิ้นสุดของโลก เป็นต้น อันเป็นไปในฝ่ายปรมาตมประการหนึ่ง แสดงหลักธรรมเกี่ยวกับบุญบาปอันเป็นไปในฝ่ายศีลธรรมประการหนึ่ง พร้อมทั้งลัทธิพิธีที่กระทำตามความเห็นหรือตามคำสั่งสอนในความเชื่อถือนั้น ๆ¹ ซึ่งศาสนาได้สอนให้ทุกคนทำความดี จึงได้เกิดผู้สืบทอด หรือผู้เผยแผ่ศาสนาขึ้นมาอย่างมากมาย

ในประเทศไทย ศาสนาที่ประชาชนนับถือเป็นส่วนใหญ่ของประเทศ คือ พระพุทธศาสนา หรือศาสนาพุทธ ซึ่งมีพระพุทธเจ้าเป็นพระบรมศาสดา โดยมีพระภิกษุเป็นสาวกสืบทอดหลักธรรมคำสอนและเผยแผ่ศาสนาให้ดำรงอยู่สืบต่อไป พระภิกษุจึงเป็นผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่งสอน เป็นที่เคารพเลื่อมใสศรัทธาของผู้นับถือศาสนา

ซึ่งตามรูปแบบการปกครองของรัฐและกฎหมายแล้ว พระภิกษุก็ต้องเป็นสมาชิกของรัฐ ฐานะประชากรหรืออยู่ภายใต้กฎหมายเปรียบดังเช่นบุคคลทั่วไป และยังมีกฎหมายที่พระภิกษุพึงต้องปฏิบัติ ที่เรียกว่า พระธรรมวินัย โดยพระภิกษุต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และพระธรรมวินัยควบคู่ไปด้วยกัน

พระภิกษุอาจเป็นผู้กระทำความผิดทั้งกฎหมายบ้านเมือง และกระทำความผิดทางพระธรรมวินัย อาจส่งผลให้องค์กรสงฆ์ และพระภิกษุมีความน่าเลื่อมใสลดลง หรืออาจบางรายอาจกระทำความผิดทางพระธรรมวินัยขาดจากความเป็นพระภิกษุ โดยกระทำความผิดพระธรรมวินัยในส่วนปาราชิก 4 ประการ และไม่สามารถกลับเข้ามาอุปสมบทได้อีก โดยอาจเป็นการกระทำความผิดในส่วนกฎหมายอาญาบ้านเมืองด้วย พระภิกษุอาจแบ่งการกระทำความผิดได้ 3 ประการ คือ

ประการแรก การกระทำของพระภิกษุเป็นทั้งความผิดทางอาญาและเป็นความผิดทางพระธรรมวินัย

ประการที่สอง การกระทำความผิดของพระภิกษุผิดกฎหมายอาญา แต่ไม่ผิดพระธรรมวินัย

และประการสุดท้าย การกระทำความผิดของพระภิกษุผิดพระธรรมวินัย แต่ไม่มีความผิดทางอาญา

ปกติแล้วหากพระภิกษุตกเป็นผู้ต้องหา โดยถูกกล่าวหาจากคนหนึ่งคนใดว่าได้กระทำความผิด ประชาชนในสังคมจะประมาณว่าพระภิกษุ โดยไม่สนใจข้อเท็จจริงว่าเป็นเช่นใดก่อน แม้ว่าพระภิกษุรูปนั้น ไม่ได้กระทำความผิดจริง อาจส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงถึงพระภิกษุรวมถึงพระพุทธศาสนาอีกด้วย

ดังตัวอย่างเช่น มีบุคคลหนึ่งไปกล่าวหาว่าพระภิกษุกระทำการอนาจารต่อสีกา ทั้งที่ข้อเท็จจริงมิได้เป็นเช่นนั้น และยังมิได้เข้าสู่กระบวนการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าพระภิกษุรูปดังกล่าวได้กระทำความผิดที่เป็นอันละเมิดต่อกฎหมายอาญาหรือพระธรรมวินัยหรือไม่ ทว่าพระภิกษุกลับโดนประมาณจากสังคมไปแล้ว โดยที่ท่านไม่ได้กระทำความผิดแต่อย่างใด และไม่มีโอกาสโต้แย้งแก้ไขข้อกล่าวหาดังกล่าว อาจส่งผลให้คนเคารพนับถือในตัวท่านน้อยลง เสื่อมเสียชื่อเสียง หรืออาจถึงขั้นโดนกดดันจากประชาชนให้ลาสิกขาก็อ้อมได้ อันเป็นการทำลายความศรัทธา

¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 14 สิงหาคม 2568
แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>

เห็นได้ว่าประเทศไทยในปัจจุบัน มีกระบวนการและขั้นตอนในการปฏิบัติตามกฎหมายอยู่แล้ว แต่ยังขาดความรู้ ความเข้าใจในการปฏิบัติตาม กรณีที่พระภิกษุในพระพุทธศาสนาได้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือพระธรรมวินัย ว่ามีหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินการ ลำดับ ขั้นตอนอย่างไร รวมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบ อีกทั้งกระบวนการในการพิจารณาและตัดสินจนถึงวินิจฉัยชี้ขาด เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะบุคคลใดจึงจะยุติธรรมและสมควรแก่การปฏิบัติต่อพระภิกษุ อันมีสมณะสาธูปที่ไม่เหมือนบุคคลธรรมดาทั่วไป

ประเทศศรีลังกา มีประวัติศาสตร์พระพุทธศาสนาอย่างยาวนานร่วมกับพระพุทธศาสนาในประเทศไทย ด้วยประเทศไทยได้รับพระพุทธศานานิกายเถรวาทมาจากประเทศศรีลังกามาโดยตรง ครั้นแต่สมัยสุโขทัยเป็นราชธานี ต่อมาเมื่อปี พ.ศ.2282 พระภิกษุในลังกาสืบวงศ์เหลือแต่สามเณรเท่านั้น² ครั้งนั้น พระเจ้ากัรติศรียราชสิงหะมีรับสั่งให้สามเณรสรณังกรแต่งพระราชสาส์นเป็นภาษามคธ ถวายสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวบรมโกศ และสมเด็จพระสังฆราชกรุงศรีอยุธยา แล้วแต่งราชทูตชาวสิงหลเป็นทูตานุทูต 5 นายออกจากเมืองแคนดี เมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ.2293 สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวบรมโกศพระราชทานพระไตรปิฎก กับพระภิกษุ 25 รูปมีพระอุบาสิกาเป็นประธาน ออกไปฟื้นฟูพระพุทธศาสนายังลังกาทวีป โดยไปถึงยังลังกาทวีป พำนัก ณ วัดบุปผาราม และเริ่มฟื้นฟูพระพุทธศาสนาโดยอุปสมบท สามเณรสรณังกรเป็นพระภิกษุรูปแรกในปีพ.ศ. 2295³ พระพุทธศานิกายเถรวาทในประเทศศรีลังกา ก็ยังคงสืบทอดควบคู่กับประเทศไทยจนถึงปัจจุบัน จึงสมควรที่จะได้ศึกษาเปรียบเทียบทั้งกระบวนการพิจารณาคดีอาญาและพระธรรมวินัย ในกรณีที่พระภิกษุถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในกระบวนการพิจารณาของพระภิกษุในประเทศไทยศรีลังกา ว่ามีความเหมือนและแตกต่างกันอย่างไร เพื่อเสนอแนวทางต่อประเทศไทยมีความชัดเจนในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระธรรมวินัยมาเป็นแนวทางให้ให้ประชาชนมีความรู้ ความเข้าใจในทิศทางเดียวกัน ในกรณีที่พระภิกษุถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดทั้งทางอาญาและพระธรรมวินัยได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมทั่วไป

2. หลักพระธรรมวินัย กรณีพระภิกษุในพระพุทธศาสนาที่ประพฤติผิดพระธรรมวินัยของประเทศไทย

พระสัมมาสัมพุทธเจ้าได้ทรงประกาศพระสัจธรรม คำสอน และประกาศพระพุทธศาสนาขึ้นในโลกเมื่อ 2566 ปีล่วงมาแล้ว พระพุทธศาสนามีลักษณะเป็นสังคมของบรรพชิตที่เรียกว่า “สังฆะ” ในทางพระพุทธศาสนา “สังฆะ” หมายถึง พระสงฆ์จำนวน 4 รูป⁴ ตามพุทธบัญญัติซึ่งเป็นจำนวนที่เพียงพอแก่การทำ

² สมเด็จพระญาณสังวรสาธุการุณฺณ, เรื่องประวัติศาสตร์พระสงฆ์สยามวงศ์ในลังกาทวีป, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 454.

³ ดนัย ปรีชาเพิ่มประสิทธิ์, ประวัติศาสตร์พระพุทธศาสนาในประเทศไทยศรีลังกา, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) หน้า 459.

⁴ พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต), พจนานุกรมพุทธศาสน์: ฉบับประมวลศัพท์, (กรุงเทพมหานคร: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2538), หน้า 295.

สังขกรรมบางอย่างและพิธีกรรมของคณะได้ ยังหมายความว่ารวมถึง พระสงฆ์ที่รวมกันอยู่เป็นสังคม (society) การอยู่ร่วมกันเป็นสังคมน้อยเป็นเหตุให้เกิดปัญหาขึ้น อันเนื่องจากปฏิสัมพันธ์ของพระสงฆ์ในสังคมนั้น ๆ

ในยุคแรกของการตั้ง “สังฆะ” ของพระพุทธองค์นั้น สมาชิกส่วนมากเป็นพระอรหันต์จึงเกิดปัญหาได้น้อยหรือในเรื่องของการกระทบกระทั่ง เพราะสมาชิกรู้หน้าที่ สำรวมในอินทริย์ และหมดสิ้นอาสวกิเลส ต่อมาเมื่อสังคมของพระพุทธศาสนาได้ขยายกว้างมากขึ้นสืบเนื่องจากมี กุลบุตร-กุลธิดา ที่ศรัทธาเลื่อมใสในพระศาสนา จึงได้พากันเข้ามาบวชมากขึ้น ที่เรียกว่า “สังฆพหุลตา” ทำให้ยากต่อการสอดส่องดูแล เพราะผู้ที่เข้ามาบวชเหล่านั้นต่างเป็น “เสขบุคคล” คือผู้จำเป็นต้องศึกษาและมีกิเลสเป็นพื้นฐานอยู่ ดังนั้นการจะหลีกเลี่ยงปัญหาจากคนหมู่มาก ซึ่งเป็นผู้เต็มไปด้วยกิเลสจึงเป็นไปได้ยากที่จะไม่ให้มีปัญหาเกิดขึ้นในสังฆะ⁵

เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น พระพุทธองค์ทรงหามาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งมาเป็นกฎเกณฑ์ในการแก้ปัญหา ในระยะเริ่มแรกทรงนำ “วินัย” หรือ “ศีล” มาใช้เป็นกฎเกณฑ์สำหรับการลงโทษแก่ผู้ละเมิดกฎหรือระเบียบของสังฆะ หรือสังคมที่ทรงตั้งขึ้น เพราะทรงเห็นว่าพระวินัยนั้นเป็นเสมือนกรอบหรือวิถีทางที่จะทำให้สังฆะมีแต่ความผาสุก จุดมุ่งหมายสำคัญของการใช้วินัยหรือศีล คือ เพื่อความสงบสุขของสังคม ป้องกันการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น อันจะส่งผลให้เกิดการทะเลาะเบาะแว้งในสังคม ได้แก่ ข้อห้ามเกี่ยวกับการฆ่า หรือการเบียดเบียนผู้อื่น (ปาณาติบาต สำหรับศีล 5-8-10 และฆ่ามนุษย์ให้ถึงชีวิต สำหรับศีล 227 และ 311) เพื่อป้องกันความลวงโลกเลี้ยวซีก ป้องกันความดูร้าย ประพฤติเลวทราม เป็นต้น ในการบัญญัติพระวินัยนั้น พระพุทธองค์ทรงเล็งเห็นประโยชน์ ดังนี้

- 1) เพื่อรับว่าดีของสงฆ์
- 2) เพื่อความสำราญของสงฆ์
- 3) เพื่อกำจัดบุคคลผู้สอนยาก (ดื้อด้าน)
- 4) เพื่อความเป็นอยู่อย่างผาสุกของภิกษุผู้มีศีลเป็นที่รัก
- 5) เพื่อระงับอาสวะที่จะเกิดขึ้นในปัจจุบัน
- 6) เพื่อกำจัดอาสวะที่จะเกิดขึ้นต่อไปข้างหน้า
- 7) เพื่อความเลื่อมใสของผู้ที่ยังไม่เลื่อมใส
- 8) เพื่อความเจริญยิ่ง ๆ ของผู้ที่เลื่อมใสแล้ว
- 9) เพื่อความตั้งมั่นของพระสัทธรรม
- 10) เพื่อสนับสนุนพระวินัย⁶

จากทั้ง 10 ข้อ พบว่าพระวินัยมุ่งประโยชน์ 3 ระดับ คือ

1) มุ่งประโยชน์แก่สังคม (สังฆะ) หมายถึง การกำจัดปัญหา แก้ไขปัญหาอันเนื่องมาจากข้อพิพาทของสมาชิกในสังคมให้หมดไป

⁵ พระราชปรีดี (สฤชดี สิริธโร), กระบวนการแก้ไขปัญหาในพระพุทธศาสนาตามหลักอริกถสมถะ, (กรุงเทพมหานคร: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2552), หน้า 1.

⁶ วิ.มหา. 1/39 24-25 ฉบับมหาจุฬาฯ เทป 2550

2) มุ่งประโยชน์แก่บุคคล หมายถึง ตัวพระวินัยทำให้บุคคลสามารถที่กำจัดกิเลส หรือพัฒนาตนเอง เพื่อให้หลุดพ้นจากกิเลสเครื่องร้อยรัดได้

3) มุ่งประโยชน์แก่พระธรรมอันเป็นธรรมชาติของโลกและชีวิตที่อยู่ภายในโลกนี้ กล่าวคือ พระวินัย ก่อให้เกิดการพิจารณาเห็นธรรมหรือปฏิบัติตามธรรมได้ง่ายขึ้น โดยเฉพาะผู้ปฏิบัติตามพระธรรมวินัยย่อมจะเอื้อเพื่อและเคารพต่อธรรมได้ง่ายกว่าคนที่ไร้วินัย⁷

พระพุทธองค์ทรงมีพระพุทธานุญาตให้ปรับโทษแก่พระภิกษุผู้ทำผิดตามสมควรแก่ความผิดที่ตนมี ตั้งแต่อาบัติเบาถึงอาบัติหนัก จึงอาจกล่าวได้ว่าอาบัตินั้นเป็นมาตรการแรกที่พระพุทธองค์ทรงให้เพิ่มเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น⁸

นอกจากปัญหาด้านการล่วงละเมิดพระธรรมวินัยแล้ว สังคมชาวพุทธก็ยังมีปัญหาอื่น ๆ อีกด้วย เช่น เรื่องกิจกรรมการทำงานร่วมกัน หรือด้านพิธีกรรม การทะเลาะ การโจทก์ของสงฆ์ เป็นต้น ปัญหาต่าง ๆ นั้น พระพุทธองค์ทรงเรียกว่า “อริกถัม” หมายถึง เหตุ โทษ คดี เรืองราว⁹ เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นแล้ว จะต้องจัด ต้องทำ มีอยู่ 4 อย่าง คือ

- 1) วิวาทาธิกถัม หมายถึง ปัญหาที่เกิดจากการโต้เถียงกันเกี่ยวกับพระธรรมวินัย
- 2) อนูวาทาธิกถัม หมายถึง ปัญหาที่เกิดจากการโจทก์หรือกล่าวหากันด้วยอาบัติต่าง ๆ ทั้งหนักและเบา เมื่อเกิดปัญหาและยังหาข้อสรุปไม่ได้จึงจัดเป็นอนุวาทะ
- 3) อาปัตตาธิกถัม หมายถึง ปัญหาอันเกิดจากการวินิจฉัยตัดสินความผิดฐานล่วงละเมิดข้อบัญญัติด้วยศีลหรือวินัย การต้องอาบัติ การปรับอาบัติ และการแก้ไขตัวเองให้พ้นจากอาบัติ เช่น การเข้าปริวาสอยู่กรรมประพฤตินานต์เพื่อออกจากอาบัติ เป็นต้น
- 4) กิจจาธิกถัม หมายถึง ปัญหาหรือกิจธุระที่เนื่องด้วยสงฆ์ที่พึงจะต้องทำให้เสร็จร่วมกัน เช่น การให้อุปสมบท การให้ผ้ากฐิน เป็นต้น¹⁰

ในบรรดาอริกถัมทั้งหมดนั้น พระพุทธองค์ทรงแก้ปัญหาเองบ้าง ทรงอธิบายวิธีแก้ปัญหาผ่านทางคณะสงฆ์บ้าง ซึ่งก็เป็นไปตามลำดับขั้นตอนของการแก้ปัญหา เพราะการแก้ปัญหาของพระพุทธองค์ทรงอาศัยเหตุปัจจัย และวิธีการที่เหมาะสมในการหาทางออก เพื่อที่จะทำให้สังคมสงฆ์เป็นสังคมที่มีความผาสุกอยู่ร่วมกันโดยปราศจากการเบียดเบียนหรือการก่อความวุ่นวาย

อนึ่ง ในบรรดาอริกถัมทั้ง 4 ประการนั้น พระพุทธองค์ได้ทรงแสดงแนวทางแก้ปัญหาเอาไว้ 7 ประการ อันถือว่าเป็นขั้นตอนหรือกระบวนการที่สำคัญสำหรับการแก้ปัญหาให้แก่สงฆ์ ขั้นตอนหรือกระบวนการดังกล่าวมี 7 ประการ ดังนี้

⁷ วิ.อ. 1/39/236-237 ฉบับมหาจุฬารามราชวิทยาลัย 2530

⁸ พระราชปริยัติ (สฤทธ์ สิริธโร), กระบวนการแก้ปัญหาในพระพุทธศาสนาตามหลักอริกถัมสมณะ, หน้า 2-3.

⁹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 16 สิงหาคม 2568. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>

¹⁰ วิ.จ. 6/215/245-246 ฉบับมหาจุฬารามราชวิทยาลัย 2550

1) สัมมุขานินัย หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาที่จะต้องพร้อมด้วยองค์ประกอบหลัก 4 ประการ คือ สงฆ์ บุคคล เรื่องราว และพร้อมหน้า พระธรรมวินัย หมายความว่าเรื่องที่เกิดขึ้นจะต้องอาศัยการแก้ปัญหาโดยการนำมาตัดสินต้ององค์ประกอบหลัก 4 ประการดังกล่าว

2) สติวินัย หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาโดยให้ยึดเอาการให้สติเป็นหลัก ได้แก่ การที่คณะสงฆ์ได้สวดประกาศสมมติ ให้รู้ทั่วกัน ให้แก่พระอรหันต์ว่าท่านเป็นผู้มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ใคร จะกล่าวให้โทษท่านด้วยเรื่องที่ต้องอาบัติอย่างใดไม่ได้

3) อมูพหุวินัย หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหา โดยวิธีการสวดประกาศให้สงฆ์รับทราบ โดยทั่วกันว่าภิกษุผู้เป็นบ้ำแม่ทำความผิด แต่กระทำในขณะที่เป็นบ้ำไม่ถือว่ามีความผิดเนื่องจากท่าน ขาดสติ แต่เมื่อท่านหายเป็นบ้ำแล้ว คณะสงฆ์ก็ได้ประกาศรับรองให้คณะรับทราบทั่วกัน เพื่อจะได้ ไม่มีใครโทษท่านด้วยเรื่องอาบัติต่าง ๆ ได้อีก

4) ปญฺญญาตรณะ หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาในเรื่องของการฟ้องร้องอาบัติ หรือ โทษกันด้วยเรื่องอาบัติ เมื่อมีการฟ้องร้องและนำเหตุการณ์นั้นไปไต่สวนสอบสวนต่อหน้าคณะสงฆ์ ถ้าภิกษุผู้ถูกกล่าวหา ยอมรับ (ปญฺญญา) ว่าตนเองต้องอาบัติอะไรด้วยความสัตย์จริงก็ให้ปรับอาบัติตามฐานา นุโทษที่ท่านต้องอาบัตินั้น ๆ เรื่องนี้สงฆ์ต้องพิจารณาว่า การสารภาพของภิกษุนั้นเป็นธรรมหรือไม่

5) เยภุยยสิกา หมายถึง กระบวนการตัดสินปัญหาด้วยการถือเอาเสียงข้างมากเป็นสำคัญ กล่าวคือ ถ้าหากมีอธิกรณ์บางอย่างเกิดขึ้น สงฆ์จะตัดสินคดีความหรือหาข้อยุติในเรื่องราวต่าง ๆ ที่ เกิดขึ้นจะต้องอาศัยการลงมติในที่ประชุม ถ้ามติในที่ประชุมออกมาเช่นไร สงฆ์ก็ต้องตัดสินไปตาม นั้น กระบวนการเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นกระบวนการที่ใกล้เคียงกับประชาธิปไตยมากที่สุด

6) ตัสสปาปิยสิกา หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาโดยการลงโทษแก่ผู้ที่ทำผิด โดยการลงโทษนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 นัย คือ

(1) ตัดสินเพิ่มโทษให้แก่ภิกษุผู้ประพฤติผิดซ้ำอีก

(2) เมื่อพิจารณาเห็นผลของการกระทำตามข้อมูลหลักฐานแล้ว เห็นว่าภิกษุผู้ถูกโทษต้องอาบัติจริง แม้จะไม่รับ ก็ถือว่าผิด ดังนั้น จึงปรับโทษตามสมควรแก่ความผิดนั้นได้

7) ตินวตถารกวินัย หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาเรื่องพระภิกษุทะเลาะกันด้วยการทำการประนีประนอมกันทั้งสองฝ่าย เช่น พระ ก. ทะเลาะกับพระ ข. ตกลงกันไม่ได้ คนกลางผู้ไกล่เกลี่ย จะต้องใช้วิธีประนีประนอมให้ทั้งสองฝ่ายตกลงและยอมรับข้อตัดสินอันเป็นธรรมได้¹¹

3. การบังคับตามหลักพระธรรมวินัย

สมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้าทรงมีวิธีการหรือกระบวนการแก้ปัญหาเป็นรูปแบบเฉพาะของพระองค์ กล่าวคือ เมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นในคณะสงฆ์ พระพุทธองค์ทรงแก้ไขด้วยวิธีที่เรียกว่า “อธิกรณ์สมณะ” หมายถึง วิธีการระงับอธิกรณ์เอาไว้ วิธีการหรือกระบวนการดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์สำคัญสำหรับการแก้ปัญหา

¹¹ วิ.จ.6/228-242/254-272 ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย 2550

ทางพระพุทธ ศาสนาเลยที่เดียวโดยเฉพาะเรื่องการบรรเทาการทะเลาะวิวาท แตกสามัคคีของเหล่าพระภิกษุ สามเณร ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปในพระพุทธศาสนา ซึ่งนำมาบังคับใช้ในพระภิกษุในพระพุทธศาสนา ไม่ว่าจะ ประเทศใด ๆ ก็ตาม

เรื่องอริกณสมณะกับอริกณเป็น เรื่องที่เกี่ยวเนื่องกัน เพราะอริกณ คือ ข้อโต้แย้ง หรือปัญหา หรือสิ่งที่จำเป็นต้องแก้ไข เพราะเป็นกิจที่ต้องทำให้บรรลุหรือทำให้เสร็จลง ส่วนอริกณสมณะ คือ มรรค (means) หรือกระบวนการ กฎเกณฑ์ วิธีการในการที่จะเข้าไปแก้ปัญหานั้น ดังนั้นการที่จะกล่าวถึง อริกณสมณะ จึงจำเป็นต้องอธิบายถึงอริกณซึ่งเป็นเหตุด้วย

(1) ความหมายของอริกณ คำว่า อริกณ ตามความหมายของพจนานุกรมศัพท์พุทธศาสน์ หมายถึง เรื่องที่เกิดขึ้นแล้วสงฆ์จะต้องจัดต้องทำ เรื่องที่สงฆ์จะต้องดำเนินการ¹² ซึ่งมีทั้งที่เป็นปัญหาด้านการ ทะเลาะวิวาท การโจทปรับอาบัติกัน การพิจารณาโทษหรือการประกอบ พิธีกรรมบางอย่าง เช่น การทอดกฐิน การอุปสมบท เป็นต้น หากพิจารณาจากข้อความข้างต้น ก็จะพบว่า คำว่าอริกณนั้นไม่ใช่เรื่องราวเหตุการณ์ เฉพาะที่เป็นปัญหาเท่านั้น สิ่งที่ไม่เป็นปัญหา เช่น การอุปสมบท การทอดกฐิน ก็ถือว่าเป็นอริกณเช่นกัน แต่หากมองตามความหมายของภาษาไทยตามบทนิยามในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน จะเห็นว่าคำว่า อริกณนั้นมุ่งหมายเฉพาะ เรื่องเหตุการณ์ที่เป็นคดีความ เป็นโทษ เช่น การทะเลาะวิวาทชกต่อยกัน เป็นต้น¹³ ดังนั้น ความหมายในภาษาไทยจึงแคบกว่าความหมายในทางพระพุทธศาสนา

(2) ความหมายของอริกณสมณะ คำว่า อริกณสมณะ หมายถึง วิธีการดำเนินการเพื่อระงับ อริกณ¹⁴ หรือกระบวนการในการแก้ปัญห หรือวิธีการที่จะดำเนินการเพื่อทำกิจกรรมที่เกิดขึ้นในสงฆ์ให้ สำเร็จลุล่วงไปตามความประสงค์ หากมุ่งอธิบายถึงคำที่เป็นองค์ประกอบของอริกณสมณะ คือ สมณะ ซึ่ง หมายถึง ธรรมเป็นเครื่องสงบระงับ หรือกระบวนการในการแก้ปัญหทำให้ปัญหาสงบหรือจบสิ้นลง เช่นเดียวกับคำอื่น ๆ ที่นำคำนี้ไปประกอบ ก็จะมี ความหมายว่าสงบระงับเหมือนกัน เช่น สมถภาวนา หมายถึง อุปายในการบำเพ็ญความดีด้วยการทำให้ใจให้สงบระงับ หรือการทำใจที่ว่านุ้ยให้สงบ ก็เช่นเดียวกันกับการ นำมาใช้กับอริกณ สมณะ จึงหมายถึงวิธีการ หรือกระบวนการในการแก้ปัญหที่เกิดขึ้นให้สงบระงับลงไป

4. การบังคับตามหลักกฎหมาย

4.1 พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แบ่งเนื้อหาออกเป็น 8 หมวด มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 56 มาตรา โดยหลักแล้วจะมีเรื่องที่เกี่ยวข้องคือ หมวด 4 นิคหกรรมและการสละสมณเพศของพระภิกษุ มีสาระสำคัญดังนี้

¹² พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต), พจนานุกรมพุทธศาสน์: ฉบับประมวลศัพท์, หน้า 362-363.

¹³ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 16 สิงหาคม 2568. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>

¹⁴ พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต), พจนานุกรมพุทธศาสน์: ฉบับประมวลศัพท์, หน้า 363.

- (1) กำหนดให้พระภิกษุจะต้องรับนิคหกรรมก็ต่อเมื่อกระทำการล่วงละเมิดพระธรรมวินัยและนิคหกรรมที่จะลงแก่พระภิกษุก็ต้องเป็นนิคหกรรมตามพระธรรมวินัย (มาตรา 24)
- (2) กำหนดให้มหาเถรสมาคมมีอำนาจตรากฎหมายมหาเถรสมาคมกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติ เพื่อให้การลงนิคหกรรมเป็นไปโดยถูกต้อง สะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม (มาตรา 25)
- (3) กำหนดให้พระภิกษุที่ล่วงละเมิดพระธรรมวินัยและได้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดให้ได้รับนิคหกรรมให้สึก ต้องสละสมณเพศภายในยี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ได้ทราบคำวินิจฉัยนั้น (มาตรา 26)
- (4) กำหนดให้พระภิกษุที่ต้องคำวินิจฉัยให้รับนิคหกรรมไม่ถึงให้สละสมณเพศ แต่ไม่ยอมรับนิคหกรรมนั้นหรือประพฤติก่อล่วงละเมิดพระธรรมวินัยเป็นอาจिन หรือไม่สังกัดอยู่ในวัดใด ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง มหาเถรสมาคมมีอำนาจวินิจฉัยและมีคำสั่งให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศ ต้องสละสมณเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้ทราบคำวินิจฉัยนั้น (มาตรา 27)
- (5) กำหนดให้พระภิกษุที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้เป็นบุคคลล้มละลาย ต้องสละสมณเพศภายในสามวันนับแต่วันที่คดีถึงที่สุด (มาตรา 28)
- (6) กำหนดให้พระภิกษุที่ถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับ มอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุมหรือภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้ (มาตรา 29)
- (7) กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีอำนาจดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้และให้รายงานให้ศาลทราบถึง (มาตรา 30)

4.2 กฎมหาเถรสมาคมฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม

ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ได้ให้อำนาจ มหาเถรสมาคมตรากฎหมายมหาเถรสมาคม โดยได้เกิด “กฎหมายมหาเถรสมาคมฉบับที่ 11 ว่าด้วยการลงนิคหกรรม” ขึ้น โดยคำว่า “นิคหกรรม” นั้น หมายถึงการลงโทษตามพระธรรมวินัย ซึ่งจะต้องมีความผิด คือการล่วงละเมิดพระธรรมวินัยของพระสงฆ์โดยจะต้องมีผู้เสียหาย คือ ผู้ที่ได้รับความเสียหายเฉพาะตัวเนื่องจากการกระทำความผิดของพระภิกษุผู้เป็นจำเลย และให้หมายรวมถึง ผู้จัดการแทนผู้เสียหาย โดยตามกฎหมายมหาเถรสมาคมฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรมนี้ ได้กำหนดการลงโทษและการวินิจฉัยข้อเท็จจริงซึ่งกระทำโดยคณะสงฆ์ทั้งหมดทั้งสิ้น เพื่อให้วินัยได้สอดคล้องกับพระธรรมวินัยมากที่สุด

4.3 หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางพระธรรมวินัย พระภิกษุในนิกายเถรวาทของประเทศศรีลังกา

เมื่อพระภิกษุในประเทศศรีลังกาได้สังกัดอยู่ในศาสนาพุทธ จึงต้องใช้หลักพระธรรมวินัยที่ พระสัมมาสัมพุทธเจ้าทรงมีวิธีการหรือกระบวนการแก้ปัญหาเป็นรูปแบบเฉพาะของพระองค์ นั่นก็คือ “อธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะ” เฉกเช่นเดียวกันกับประเทศไทย

หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา พระภิกษุในนิกายเถรวาท ของประเทศไทยกับเปรียบเทียบประเทศศรีลังกา

ประเทศไทย	ประเทศศรีลังกา
1. การบังคับตามหลักพระธรรมวินัย ใช้หลักพระธรรมวินัยที่พระสัมมาสัมพุทธเจ้าทรงมีวิธีการหรือกระบวนการแก้ปัญหาเป็นรูปแบบเฉพาะของพระองค์ นั่นก็คือ “อธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะ”	1. การบังคับตามหลักพระธรรมวินัย ใช้หลักพระธรรมวินัยที่พระสัมมาสัมพุทธเจ้าทรงมีวิธีการหรือกระบวนการแก้ปัญหาเป็นรูปแบบเฉพาะของพระองค์ นั่นก็คือ “อธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะ”
2) การบังคับตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพระธรรมวินัย ประเทศไทยต้องใช้หลักกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และกฎหมายเถรสมาคมฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม มาบังคับใช้แก่พระภิกษุด้วย	2) การบังคับตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพระธรรมวินัย ประเทศศรีลังกาไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพระธรรมวินัยมาบังคับแก่พระภิกษุ ซึ่งต้องบังคับไปตามพระธรรมวินัย

5. หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา พระภิกษุในนิกายเถรวาทของประเทศไทย

หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา พระภิกษุในนิกายเถรวาทในประเทศไทยนั้นสามารถสรุปขั้นตอนได้ ดังต่อไปนี้

1) หลักทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทย

พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 บัญญัติว่า “พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้”

ดังนั้น เมื่อพระภิกษุได้สละสมณเพศแล้วจะถือว่าเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดกฎหมายอาญาจึงถือว่ามิใช่ฐานะเป็น “ผู้ต้องหา” ซึ่งต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

บังคับใช้กับบุคคลดังกล่าว โดยยังได้รับการคุ้มครองว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาจนถึงที่สุด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 29 วรรคสอง

2) กระบวนพิจารณาทางอาญาต่ออริษย์ของประเทศไทย

การดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาต่ออริษย์ของประเทศไทยนั้นไม่มีความแตกต่างกับการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อบุคคลทั่วไปผู้กระทำความผิดทางอาญา เนื่องจากพระภิกษุต้องสละสมณเพศให้เป็นบุคคลธรรมดาเสียก่อน ดังนั้นการอธิบายถึงการดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาต่อพระภิกษุจึงสามารถใช้คำอธิบายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาโดยทั่วไปมาใช้เป็นกรอบในการทำคำอธิบายได้ การดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาต่ออริษย์ของประเทศไทยประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

(1) การดำเนินการก่อนการพิจารณาคดีโดยศาลของประเทศไทย

เมื่อพระภิกษุได้กระทำความผิดทางอาญาขึ้น ผู้เสียหายสามารถร้องทุกข์กล่าวหาพระภิกษุว่าได้กระทำความผิดอาญาขึ้น ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7)¹⁵ โดยผู้เสียหายจะต้องกล่าวหาโดยมีเจตนาจะให้พระภิกษุผู้กระทำความผิดได้รับโทษในทางอาญาด้วย¹⁶

ผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4)¹⁷ หมายถึง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางอาญาของผู้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งถือเป็นผู้เสียหายโดยตรง อันมีองค์ประกอบ 4 ประการ ดังนี้

- (1) ต้องมีความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเกิดขึ้น
- (2) ผู้เสียหายต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล
- (3) บุคคลนั้นต้องได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานนั้น และ
- (4) บุคคลนั้นต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย¹⁸

ดังนั้นเมื่อครบองค์ประกอบหลักเกณฑ์ของการเป็นผู้เสียหายแล้ว ผู้เสียหายนั้นย่อมชอบที่จะร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนตามหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ผู้เสียหายที่ได้ร้องทุกข์ว่าพระภิกษุได้กระทำความผิด (พระภิกษุ) จะแก้ไขหรือถอนคำร้องทุกข์ในเวลาใดหรือเมื่อใดก็ได้ เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์แล้ว สิทธิที่ผู้เสียหายหรือพนักงานอัยการที่จะนำความผิดอันยอมความได้นั้นมาฟ้องผู้กระทำผิดย่อมเป็นอันระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)¹⁹

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7)

¹⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) บัญญัติว่า “ผู้เสียหาย หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 4, 5 และ 6”

¹⁸ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 11.

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1505/2542

โดยการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดเป็นสิทธิของผู้เสียหาย อันเป็นสิทธิเฉพาะตัว ไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ อย่างไรก็ตามในบางกรณีที่ผู้เสียหายเป็นภริยา หรือผู้เยาว์ หรือบุคคลไร้ความสามารถ บกพร่องจนไม่สามารถจัดการเองได้ หรือโดนทำร้ายถึงตาย หรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้ หรือเป็นนิติบุคคลต้องมีผู้จัดการแทน หรือผู้ไร้ความสามารถไม่มีผู้จัดการแทน ได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- (1) สามी²⁰
- (2) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล²¹
- (3) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา ในความผิดอาญาซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายจนตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้²²
- (4) ผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคล²³ และ
- (5) ผู้แทนเฉพาะคดี²⁴

ในส่วนของการกล่าวโทษนั้น การกล่าวโทษ หมายถึง การที่บุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้เสียหายในคดีอาญา ได้กล่าวหาต่อเจ้าหน้าที่ว่ามีพระภิกษุได้กระทำความผิดทางอาญาอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น²⁵

การกล่าวโทษพระภิกษุที่ได้กระทำความผิดทางอาญาให้มีรายละเอียดเหมือนการร้องทุกข์ทุกประการ เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รับคำกล่าวโทษจะไม่บันทึกคำกล่าวโทษในสองกรณี กรณีที่หนึ่ง เมื่อผู้กล่าวโทษไม่ยอมแจ้งว่าเขาชื่อใคร และกรณีที่สอง เมื่อคำกล่าวโทษเป็นบัตรสนเท่ห์

คำกล่าวโทษพระภิกษุว่าได้กระทำความผิดทางอาญาซึ่งบันทึกแล้ว แต่ผู้กล่าวโทษไม่ยอมลงลายมือชื่อ เจ้าพนักงานผู้รับคำกล่าวโทษจะไม่ดำเนินกระบวนการแก่คำกล่าวโทษนั้นก็ได้²⁶

ในกรณีเจ้าพนักงานได้พบพระภิกษุได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ความผิดซึ่งหน้า ได้แก่ความผิดซึ่งเห็นกำลังกระทำ หรือพบในอาการใดซึ่งแทบจะไม่มีเวลาสงสัยเลยว่าเขาได้กระทำความผิดมาแล้วสด ๆ แต่ความผิดนั้น ต้องเป็นความผิดทางอาญาดังบัญญัติไว้ในบัญชีแนบท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁷ และในกรณีนี้ให้ถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดซึ่งหน้า ได้แก่ เมื่อพระภิกษุถูกไล่จับ ดังผู้กระทำความผิด

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4 วรรคสอง

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (1)

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2)

²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (3)

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (8)

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 126

²⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 97 และ 99, ขบถภายในพระราชอาณาจักร มาตรา 101 ถึง 104, ขบถภายนอกพระราชอาณาจักร มาตรา 105 ถึง 111, ความผิดต่อทางพระราชไมตรีกับต่างประเทศ มาตรา 112, ทำอันตรายแก่ธง หรือเครื่องหมายของต่างประเทศ มาตรา 115, ความผิดต่อเจ้าพนักงาน มาตรา 119 ถึง 122 และ 127, หลบหนีจากที่คุมขัง มาตรา 163 ถึง 166, ความผิดต่อศาสนา มาตรา 172 และ 173, ก่อการจลาจล มาตรา 183 และ 184, กระทำให้เกิดภัยอันตรายแก่สาธารณชน กระทำให้อาสาสมัครปราศจากความสะดวกในการไปมาและการส่งข่าวและของถึงกัน และกระทำให้อาสาสมัครปราศจากความสุขสบาย มาตรา 185 ถึง 194, 196, 197 และ 199, ปลอมแปลงเงินตรา มาตรา 202 ถึง 205

ร้องเอะอะ และเมื่อพบพระภิกษุแทบจะทันทีทันใดหลังจากการกระทำผิดในถิ่นแกล้งเคียงกับที่เกิดเหตุ นั้น และมีสิ่งของที่ได้อาจจากการกระทำความผิดหรือมีเครื่องมือ อาวุธหรือวัตถุอย่างอื่นอันสันนิษฐานได้ว่า พระภิกษุได้ใช้ในการกระทำความผิด หรือมีร่องรอยพิรุณเห็นประจักษ์ที่จัวร์ สบง อังสะหรือนิ้วตัวของพระภิกษุนั้น²⁸

เมื่อพระภิกษุถูกจับกุมแล้ว พระภิกษุจะเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดกฎหมายอาญา ถูกจับกุม และเป็นที่ยสงสัยว่าได้กระทำความผิดกฎหมายอาญาจริงหรือไม่ ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 โดยให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้²⁹

หากพระภิกษุหลบหนีการจับกุม ให้เจ้าพนักงานสอบสวนดำเนินการออกหมายค้น เพื่อพบ พระภิกษุซึ่งได้กระทำความผิดอาญาและมีหมายให้จับตัวพระภิกษุนั้นแล้ว³⁰ หรือให้เจ้าพนักงานสอบสวน ดำเนินการออกหมายจับ เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าพระภิกษุรูปใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญา ซึ่งมีอัตรา โทษอย่างสูงตั้งแต่สามปี และมีเหตุอันควรเชื่อว่าพระภิกษุนั้นจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น³¹

ในส่วนการสอบสวนจะต้องมีการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนที่มีเขตอำนาจ ตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 18, 19, 20 และ 21

เมื่อสอบสวนเสร็จสิ้น พนักงานสอบสวนต้องสรุปสำนวนและทำความเข้าใจว่าควรส่งฟ้องหรือ ส่งไม่ฟ้องส่งไปยังพนักงานอัยการโดยพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ

ในกรณีที่เสนอความเห็นควรส่งไม่ฟ้อง ให้ส่งแต่สำนวนพร้อมด้วยความเห็นไปยังพนักงาน อัยการ ส่วนตัวผู้ต้องหาให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจปล่อย หรือปล่อยชั่วคราวถ้าผู้ต้องหาถูกขังอยู่ให้ขอเอง หรือขอให้พนักงานอัยการขอต่อศาลให้ปล่อย

ในกรณีที่เสนอความเห็นควรส่งฟ้อง ให้พนักงานสอบสวนส่งสำนวนพร้อมกับผู้ต้องหาไปยัง พนักงานอัยการ เว้นแต่ผู้ต้องหานั้นถูกขังอยู่แล้ว หรือผู้ต้องหาซึ่งถูกแจ้งข้อหาได้หลบหนีไป

แต่ถ้าเป็นความผิดซึ่งพนักงานสอบสวนเปรียบเทียบได้และผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตาม เปรียบเทียบนั้นแล้ว ให้บันทึกการเปรียบเทียบนั้นไว้ แล้วส่งไปให้พนักงานอัยการพร้อมด้วยสำนวน³²

(2) การดำเนินคดีในชั้นพิจารณาคดีของประเทศไทย

การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย

และ 210, ข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 243 ถึง 246, ประทุษร้ายแก่ชีวิต มาตรา 249 ถึง 251, ประทุษร้ายแก่ร่างกาย มาตรา 254 ถึง 257, ความผิดฐานกระทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพ มาตรา 268, 270 และ 276, ลักทรัพย์ มาตรา 288 ถึง 296, ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ และโจรสลัด, มาตรา 297 ถึง 302, กรรโชก มาตรา 303

²⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 80

²⁹ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

³⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 (4)

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 (1) และ (2)

³² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 142

เมื่อโจทก์หรือทนายโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้วและศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริงให้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟังและถามว่าได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้างคำให้การของจำเลยให้จดไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การก็ให้ศาลจดรายงานไว้และดำเนินการพิจารณาต่อไป

ในการสืบพยาน เมื่อได้พิเคราะห์ถึงเพศ อายุ ฐานะ สุขภาพอนามัย ภาวะแห่งจิตของพยานหรือความเกรงกลัวที่พยานมีต่อจำเลยแล้ว จะดำเนินการโดยไม่ให้พยานเผชิญหน้าโดยตรงกับจำเลยก็ได้ ซึ่งอาจกระทำโดยการใช้อุปกรณ์วงจรปิด สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีอื่นตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา และจะให้สอบถามผ่านนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ หรือบุคคลอื่นที่พยานไว้วางใจด้วยก็ได้

ในการสืบพยาน ให้มีการบันทึกคำเบิกความพยานโดยใช้วิธีการบันทึกลงในวัสดุ ซึ่งสามารถถ่ายทอดออกเป็นภาพและเสียงซึ่งสามารถตรวจสอบถึงความถูกต้องของการบันทึกได้ และให้ศาลอุทธรณ์ศาลฎีกาใช้การบันทึกดังกล่าวประกอบการพิจารณาคดีด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

การพิพากษา ถ้าศาลพิจารณาคดีแล้วเห็นว่า 1) จำเลยมิได้กระทำความผิด 2) การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด 3) คดีขาดอายุความแล้ว 4) มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรถูกต้องรับโทษ ให้ศาลมีอำนาจพิพากษายกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป แต่ศาลจะสั่งชั่งจำเลยไว้หรือปล่อยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้ เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิด และไม่มีการยกเว้นโทษตามกฎหมาย ให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด แต่เมื่อเห็นสมควรศาลจะปล่อย จำเลยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้³³

ห้ามมิให้พิพากษา หรือสั่งเกินคำขอหรือที่มีได้กล่าวในฟ้องถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในการพิจารณาแตกต่างกับข้อเท็จจริงดังที่กล่าวในฟ้อง ให้ศาลยกฟ้องคดีนั้น เว้นแต่ข้อแตกต่างนั้นมีใช้ในข้อสาระสำคัญและทั้งจำเลยมิได้หลงต่อสู้ศาลจะลงโทษจำเลยตามข้อเท็จจริงที่ได้ความนั้นก็ได้อีก

การอุทธรณ์และฎีกา เป็นสิทธิของคู่ความ เมื่อศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ได้มีคำพิพากษาไปแล้ว โจทก์หรือจำเลยมีสิทธิจะอุทธรณ์หรือฎีกา โดยสามารถอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์

บททั่วไปของข้อจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ เป็นเรื่องห้ามมิให้อุทธรณ์เป็นเรื่องห้ามมิให้อุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 ทวิ โดยกฎหมายกำหนด 193 ทวิ นั้นจะจำกัดสิทธิอุทธรณ์ในปัญหา ข้อเท็จจริงเฉพาะในคดีที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกิน สามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับไม่เกินกำหนดดังกล่าว แต่ถ้าหากคดีใดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี แม้โทษไม่เกินหกหมื่นบาทหรือมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี แต่โทษปรับเกินหกหมื่นบาท คดีนั้นก็ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง กล่าวคือ หากโทษจำคุกหรือโทษปรับอย่างหนึ่ง

³³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185

อย่างไรเกินกว่าที่กำหนดไว้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 ทวิ คดีนั้นก็ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง³⁴

หากเป็นการอุทธรณ์ปัญหาข้อกฎหมายก็จะต้องห้ามอุทธรณ์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 ทวิ

โดยได้มีข้อยกเว้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 ตริ แม้อุทธรณ์ของโจทก์หรือจำเลยที่ต้องห้ามอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 ทวิ หากมีการอนุญาตหรือรับรองให้อุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง ก็สามารถอุทธรณ์นั้นต่อไปได้ ซึ่งเปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิยื่นคำร้องขออนุญาตหรือรับรองให้ อุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงได้³⁵ โดยผู้มีอำนาจอนุญาตหรือรับรองให้อุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงนั้น ได้แก่ ผู้พิพากษาคนใดซึ่งพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาที่ลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้น และผู้พิพากษาที่ทำความเห็นแย้งในศาลชั้นต้น

ส่วนการจำกัดสิทธิในการฎีกากฎหมายได้พิจารณาจากคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มาเปรียบเทียบกับว่าผลคำพิพากษาของทั้งสองศาลมีความแตกต่างกันหรือไม่ โดยมี 3 กรณี ดังนี้

- (1) ห้ามมิให้คู่ความฎีกาในคดีที่ยกฟ้องโจทก์ทั้งสองศาล
- (2) ห้ามมิให้คู่ความฎีกาในคดีที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น หรือเพียงแต่แก้ไขเล็กน้อยหรือแก้ไขมาก
- (3) ห้ามมิให้คู่ความฎีกาในคดีที่ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษกักขัง

6. หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา พระกฤษฎีกาในนิกายเถรวาทของประเทศศรีลังกา

1) หลักการพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาคู่ต่อสู้ของประเทศศรีลังกา

ในประเทศศรีลังกานั้นไม่มีกฎหมายหรือหลักการใดที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาคู่ต่อสู้ผู้กระทำความผิด (รวมถึงนักบวชในศาสนาอื่น) แยกออกจากกรณีของบุคคลธรรมดา เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศศรีลังกากำหนดให้บุคคลทั้งหลายซึ่งกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาจะต้องได้รับโทษ ไม่ว่าคนผู้นั้นจะเป็นคนธรรมดาเป็นนักบวชในศาสนาใด หรือแม้แต่จะเป็นเยาวชนก็ตาม³⁶ ดังนั้น เมื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดกระทำความผิดย่อมต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาเสมอเหมือนกัน และด้วยเหตุนี้เอง เมื่อภิกษุใดกระทำความผิด ภิกษุนั้นก็ต้องได้รับโทษตามฐานความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และกระบวนการพิจารณาโทษย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Code of Criminal Procedure) และกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (Evidence Ordinance)

³⁴ ธาณี สิงหนาท, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น ภาค 4 อุทธรณ์ฎีกา, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2563), หน้า 249.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 257-258.

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญาของศรีลังกา มาตรา 2 (1) บัญญัติว่า “Every person shall be liable to punishment under this Code, and not otherwise, for every act or omission committed....”

นอกจากนี้ ในเมื่อบุคคลทั้งหลายต้องได้รับโทษภายใต้กระบวนการพิจารณาความอาญาแบบเดียวกัน ดังนั้นในประเทศศรีลังกาจึงไม่มีกฎหมายใดระบุว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญากับภิกษุนั้นจะต้องให้ภิกษุขาดจากความเป็นพระก่อน

ในกรณีที่ภิกษุกระทำความผิดและต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางอาญาในประเทศศรีลังกา ไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หนึ่งผู้ใดมีอำนาจที่จะให้ภิกษุนั้นต้องถอดจีวรและคืนสถานะสู่ความเป็นบุคคลธรรมดา (บุคคลซึ่งไม่ใช่ภิกษุ) ก่อน จึงจะดำเนินกระบวนการพิจารณา มีประเด็นที่ต้องพิจารณาแยกเป็นสามส่วน ได้แก่

(1) เมื่อภิกษุถูกดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาแล้ว ภิกษุนั้นมีสิทธิทุกประการที่จะสวมจีวรต่อไปตลอดกระบวนการพิจารณา แสดงให้เห็นว่าผู้ที่เป็นจำเลยในคดีอาญานั้นมีสิทธิทุกประการที่จะสวมใส่เครื่องแต่งกายตามธรรมดาที่เคยใส่อยู่ (ในกรณีของภิกษุคือจีวร) จนกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาจะแล้วเสร็จและจำเลยนั้นต้องคำพิพากษาให้จำคุก³⁷

โดยมีกรณีเดียวที่ภิกษุผู้กระทำความผิดทางอาญาจะถูกบังคับโดยผลแห่งกฎหมายให้ต้องถอดจีวรเป็นการชั่วคราว (ไม่ได้ขาดจากความเป็นภิกษุ) นั่นคือเมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก³⁸

(2) เนื่องจากการให้ภิกษุพ้นจากจีวรในกรณีนี้เป็นการปฏิบัติตามข้อกำหนดของ Department of Prisons ดังนั้น เมื่อภิกษุนั้นพ้นโทษ ภิกษุย่อมสามารถสวมจีวรได้ตามเดิม โดยไม่มีขั้นตอนใดที่ต้องกระทำเป็นพิเศษ³⁹

(3) ผู้วิจัยพบว่าภายใต้ระบบกฎหมายของศรีลังกานั้น ไม่มีผู้ใดมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะบังคับให้ภิกษุต้องขาดจากความเป็นพระภิกษุไม่ว่ากรณีใดก็ตาม⁴⁰ ซึ่งสอดคล้องกับข้อมูลที่นำเสนอโดยสื่อว่าในศรีลังกานั้นไม่มีเครื่องมือใดที่จะสามารถใช้เพื่อบังคับให้สงฆ์ต้องขาดจากความเป็นพระภิกษุได้⁴¹ แม้แต่มหาเถรสมาคมเองยังไม่มีอำนาจในลักษณะดังกล่าว หากมหาเถรสมาคมบังคับให้ภิกษุต้องสึกจากความเป็นพระจะถือเป็นการละเมิดสิทธิในการนับถือและปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา⁴² ให้ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิจึงอาจ

³⁷ โปรดดูแบบของเสื้อผ้าดังกล่าวได้จาก Statistics Division, Prison Headquarters Colombo-09, Sri Lanka, **Prison Statistics of Sri Lanka**, (Colombo: Statistics Division, Prison Headquarters Colombo-09, 2023), pp. XII-XIII. ทั้งนี้ โปรดสังเกตว่าไม่มีการกำหนดการแต่งกายของสงฆ์ที่ต้องรับโทษให้แตกต่างจากกรณีอื่น

³⁸ Deshabandu Prof. MADSSJ Niriella และ Mahawela Rathanapala และโปรดดูแบบของเสื้อผ้าดังกล่าวได้จาก Statistics Division, Prison Headquarters Colombo-09, Sri Lanka, **Prison Statistics of Sri Lanka**, pp. XII-XIII.

³⁹ สัมภาษณ์ Mahawela Rathanapala, รองเลขาธิการวัด Malwatta Chapter of Siyam Maha Nikaya และคณะกรรมการบริหาร (Executive Member) แห่งมหาเถรสมาคม ประเทศศรีลังกา (Malwatta Chapter of Siyam Maha Nikaya, 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2567)

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน

⁴¹ Sri Lanka Brief, **It is President Sirisena Who is Behind Gnanasara Antics Says the Editor of Gota's War** [Online], 16 สิงหาคม 2568 Source: <https://srilankabrief.org/it-is-president-sirisena-who-is-behind-gnanasara-antics-says-the-editor-of-gotas-war/>

⁴² ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิทางศาสนาโดยเฉพาะการประกอบกิจความเชื่อทางศาสนานั้น The Constitution of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 14 (1) (e) ความว่า “Every citizen is entitled to

ฟ้องร้องมหาเถรสมาคมต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งศรีลังกา (Human Rights Commission of Sri Lanka) เพื่อให้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิได้

ทั้งนี้ ภายใต้ระบบกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน อำนาจสูงสุดที่มหาเถรสมาคมพอจะทำได้คือการขับออกจากวัดและถอนหรือยึดเอกสารรับรองความเป็นสงฆ์ อย่างไรก็ตาม ความเป็นพระภิกษุของผู้นั้นยังไม่ขาดไป ยังมีสิทธิสวมจีวรและยังมีสิทธิที่จะเป็นพระภิกษุในพระพุทธศาสนาทุกประการ กรณีเดียวที่จะทำให้สงฆ์นั้นสึกได้คือผู้ที่สึกต้องให้ความยินยอมที่จะสึกเองเท่านั้น⁴³

2) กระบวนพิจารณาทางอาญาต่อภิกษุของประเทศศรีลังกา

การดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาต่อภิกษุของประเทศศรีลังกานั้นไม่มีความแตกต่างกับการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อบุคคลทั่วไปที่ได้กระทำความผิดทางอาญา ดังนั้น การอธิบายถึงการดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาต่อภิกษุจึงสามารถใช้คำอธิบายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาโดยทั่วไปมาใช้เป็นกรอบในการทำคำอธิบายได้ ทั้งนี้ หากอ้างอิงตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของศรีลังกา ประกอบกับคำอธิบายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาของศรีลังกาจะพบว่า ภาพรวมในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาต่อภิกษุของประเทศศรีลังกาประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

(1) การดำเนินการก่อนการพิจารณาคดีโดยศาล

ก่อนการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยศาล การสืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวมข้อมูลการกระทำ ความผิดและจับกุมตัวผู้กระทำความผิดเป็นหน้าที่ของตำรวจ ภายหลังจากที่มีการแจ้งเหตุหรือภายหลังจากที่มีการพบเห็นการกระทำความผิด ตำรวจจะดำเนินการสืบสวนเพื่อรวบรวมข้อมูลในการกระทำความผิดเพื่อเตรียมส่งฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น ในขั้นนี้ มีความเป็นไปได้ที่ผู้ต้องหาจะถูกนำตัวมาฝากขังต่อศาล บรรดาการทั้งหลายที่ต้องกระทำลงโดยใช้หมายหรือคำสั่งของศาลในขั้นนี้จะเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวง (Magistrates' Court)⁴⁴

ภายหลังจากที่กระบวนกรสืบสวนเสร็จสิ้น ตำรวจและศาลแขวงที่เกี่ยวข้องอาจมีคำสั่งดังต่อไปนี้

ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะสั่งฟ้องผู้ต้องหา ศาลแขวงจะมีการสั่งจำหน่ายคดี หากผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวอยู่ ผู้ต้องหาจะถูกปล่อยตัว

the freedom, either by himself or in association with others, and either in public or in private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching;"

⁴³ สัมภาษณ์ Mahawela Rathanapala, รองเลขาธิการวัด Malwatta Chapter of Siyam Maha Nikaya และคณะกรรมการบริหาร (Executive Member) แห่งมหาเถรสมาคม ประเทศศรีลังกา (Malwatta Chapter of Siyam Maha Nikaya, 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2567)

⁴⁴ USAID, *Induction Handbook for Junior Lawyers* [Online], 3 March 2024. Source: https://basl.lk/wp-content/uploads/2023/10/Induction-Handbook-for-Junior-Lawyers_compressed-1.pdf

ส่วนในกรณีที่มีหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องผู้ต้องหาเป็นจำเลยในคดี ผู้ต้องหาจะถูกฟ้องเป็นจำเลยในศาลที่เกี่ยวข้องต่อไป

2) การดำเนินการในชั้นพิจารณาคดี

ในกรณีที่คดีเป็นคดีที่มีโทษปรับไม่เกิน 1,500 ศรีลังการูป หรือมีโทษจำคุกไม่เกินสองปี คดีประเภทนี้อยู่ในอำนาจศาลแขวงที่จะพิจารณาคดีได้⁴⁵ และในกรณีที่ศาลแขวงเห็นว่าคดีดังกล่าวมีความจำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้อง ก็สามารถสั่งให้มีการดำเนินการเช่นนั้นก่อนพิจารณาคดีก็ได้⁴⁶

หากคู่ความในคดีไม่พอใจผลคำวินิจฉัยของศาลแขวงก็อาจอุทธรณ์คดีต่อศาลสูง (High Court) ได้ภายในระยะเวลา 14 วันนับแต่วันที่ศาลแขวงมีคำวินิจฉัย

ในกรณีที่คดีเป็นคดีที่มีอัตราโทษปรับสูงกว่า 1,500 ศรีลังการูป หรือมีโทษจำคุกสูงกว่าสองปี คดีจะต้องถูกส่งไปยังศาลสูงเพื่อให้ศาลสูงพิจารณาในฐานศาลชั้นต้นโดยจะมีอัยการเป็นผู้สั่งฟ้อง อย่างไรก็ตาม ก่อนส่งเรื่องไปยังศาลสูง ศาลแขวงอาจทำการไต่สวนมูลฟ้องเพื่อพิจารณาว่าคดีนั้นมีมูลเพียงพอที่จะฟ้องต่อศาลสูงได้หรือไม่⁴⁷ หลังจากการไต่สวนมูลฟ้อง สำนวนจะต้องถูกส่งไปยังศาลสูงและพนักงานอัยการเพื่อให้ทำการตัดสินใจว่าจะดำเนินการส่งฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ในกรณีนี้ แม้ศาลแขวงจะมีความเห็นว่าจะไม่ควรส่งฟ้อง แต่พนักงานอัยการอาจสั่งฟ้องคดีต่อศาลสูงได้⁴⁸

หากศาลสูงมีคำพิพากษาแล้วคู่ความในคดีประสงค์จะอุทธรณ์ คู่ความสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงต่อศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้ภายในระยะเวลา 14 วัน นับแต่วันที่ศาลสูงมีคำวินิจฉัย⁴⁹ นอกจากนี้ หากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่พอใจผลการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ก็อาจยื่นฎีกาคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา (Supreme Court) ได้ภายในระยะเวลาหกสัปดาห์นับแต่วันที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษา⁵⁰ โดยคำวินิจฉัยของศาลฎีกาถือเป็นที่สุด

ดังที่ได้กล่าวไปตั้งแต่ตอนต้นของความในหัวข้อนี้ว่า ไม่มีความแตกต่างในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นภิกษุ ภาพรวมของการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่กล่าวมานี้จึงใช้กับกรณีที่ภิกษุกระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ จะพบว่า การบังคับถอดจีวรของภิกษุนั้นจะเกิดขึ้นเฉพาะภายหลังจากที่ศาลซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาคดีได้พิพากษาว่าจำเลยซึ่งเป็นภิกษุมี

⁴⁵ Criminal Procedure Act No. 15 of 1979, article 11 and 182

⁴⁶ Criminal Procedure Act No. 15 of 1979, and 145

⁴⁷ Criminal Procedure Act No. 15 of 1979, 145-159

⁴⁸ Criminal Procedure Act No. 15 of 1979, article 396 and 399

⁴⁹ Criminal Procedure Act No. 15 of 1979, article 331

⁵⁰ The Constitution of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, article 128; USAID, **Induction Handbook for Junior Lawyers** [Online], 3 March 2024. Source: https://basl.lk/wp-content/uploads/2023/10/Induction-Handbook-for-Junior-Lawyers_compressed-1.pdf

ความผิดจริง และต้องได้รับโทษจำคุกแล้วเท่านั้น ในกรณีที่การคุมขังเกิดขึ้นในชั้นของการสืบสวน ผู้ต้องหา ยังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องถอดจิว⁵¹

ประเทศไทย	ประเทศศรีลังกา
(1) หลักการพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาต่อพระภิกษุของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 บัญญัติว่า “พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว และเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้” บทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนดำเนินการสละสมณเพศแก่พระภิกษุได้ตั้งแต่กระบวนการสืบสวนสอบสวนในชั้นจับกุม แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 วรรคสอง จะกำหนดว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ซึ่งเป็นบทสันนิษฐานตามกฎหมาย เมื่อพระภิกษุได้สละสมณเพศแล้วจะถือว่าเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดกฎหมายอาญาจึงถือว่ามีฐานะเป็น “ผู้ต้องหา” ซึ่งต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาบังคับใช้กับบุคคลดังกล่าว	(1) หลักการพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาต่อพระภิกษุของประเทศศรีลังกา ในประเทศศรีลังกาเมื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดกระทำความผิดย่อมต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาเสมอเหมือนกัน และด้วยเหตุนี้เองเมื่อพระภิกษุใดกระทำความผิด พระภิกษุนั้นก็ต้องได้รับโทษตามฐานความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และกระบวนการพิจารณาโทษย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Code of Criminal Procedure) และกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (Evidence Ordinance) นอกจากนี้ ในเมื่อบุคคลทั้งหลายต้องได้รับโทษภายใต้กระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาแบบเดียวกัน ดังนั้นในประเทศศรีลังกาจึงไม่มีกฎหมายใดระบุว่ากระบวนพิจารณาทางอาญากับพระภิกษุนั้นจะต้องให้ภิกษุขาดจากความเป็นพระก่อน เมื่อพระภิกษุถูกดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาแล้ว พระภิกษุนั้นมีสิทธิทุกประการที่จะสวมจิวต่อไปตลอดกระบวนการพิจารณา แสดงให้เห็นว่าผู้ที่เป็นจำเลยในคดีอาญานั้นมีสิทธิทุกประการที่จะสวมใส่เครื่องแต่งกายตามธรรมดาที่เคยใส่อยู่ (ในกรณีของพระภิกษุคือจิว) จนกว่าการดำเนิน

⁵¹ Statistics Division, Prison Headquarters Colombo-09, Sri Lanka, **Prison Statistics of Sri Lanka**, pp. XII-XIII.

ประเทศไทย	ประเทศศรีลังกา
แสดงให้เห็นว่าอย่างไรก็ตามพระภิกษุก็จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมายทุกกรณี ก่อนเข้ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา แม้พระภิกษุนั้นจะไม่มีคามยินยอมที่จะสึกก็ตาม สถานะของพระภิกษุจึงได้เสียไปตั้งแต่ในชั้นถูกจับกุม	กระบวนการพิจารณาทางอาญาจะแล้วเสร็จและจำเลยนั้นต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยมีกรณีเดียวที่ภิกษุผู้กระทำความผิดทางอาญาจะถูกบังคับโดยผลแห่งกฎหมายให้ต้องถอดจีวรเป็นการชั่วคราว (ไม่ได้ขาดจากความเป็นพระภิกษุ) นั่นคือเมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก ทั้งนี้ ภายใต้ระบบกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน อำนาจสูงสุดที่มหาเถรสมาคมพอจะทำได้คือการขับออกจากวัดและถอนคือเอกสารรับรองความเป็นสงฆ์ อย่างไรก็ตาม ความเป็นสงฆ์ของคณุนั้นยังไม่ขาดไป ยังมีสิทธิสวมจีวรและยังมีสิทธิที่จะเป็นพระสงฆ์ในพระพุทธศาสนาทุกประการ กรณีเดียวที่จะทำให้สงฆ์นั้นสึกได้คือผู้ที่สึกต้องให้คามยินยอมที่จะสึกเองเท่านั้น
(2) กระบวนการพิจารณาทางอาญาต่อภิกษุของประเทศไทย ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยมาบังคับใช้ ซึ่งเมื่อพระภิกษุได้ดำเนินการลงโทษแล้วก็จะเป็บุคคลธรรมดา ไม่มีความแตกต่างกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อบุคคลทั่วไปผู้กระทำความผิดทางอาญา	(2) กระบวนการพิจารณาทางอาญาต่อภิกษุของประเทศศรีลังกา ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศศรีลังกามาบังคับใช้ ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาต่อภิกษุของประเทศศรีลังกานั้นไม่มีความแตกต่างกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อบุคคลทั่วไปผู้กระทำความผิดทางอาญา
(3) การดำเนินการก่อนการพิจารณาคดีโดยศาลของประเทศไทย เมื่อพระภิกษุได้กระทำความผิดทางอาญาขึ้น ผู้เสียหายสามารถร้องทุกข์กล่าวหาพระภิกษุว่าได้กระทำความผิดอาญาขึ้น ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7)⁵² โดยผู้เสียหายเช่นนั้นจะต้องกล่าวหาโดยมีเจตนาจะให้พระภิกษุผู้กระทำความผิดได้รับโทษในทางอาญาด้วย	(3) การดำเนินการก่อนการพิจารณาคดีโดยศาลของประเทศศรีลังกา ก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาล การสืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวมข้อมูลการกระทำความผิดและจับกุมตัวผู้กระทำความผิดเป็นหน้าที่ของตำรวจ ภายหลังจากที่มีการแจ้งเหตุหรือภายหลังจากที่มีการพบเห็นการกระทำความผิด ตำรวจจะดำเนินการสืบสวนเพื่อรวบรวมข้อมูลในการกระทำความผิดเพื่อเตรียมส่งฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจ

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7)

ประเทศไทย	ประเทศศรีลังกา
เมื่อพระภิกษุถูกจับกุมแล้ว พระภิกษุจะเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดกฎหมายอาญา ถูกจับกุม และเป็นที่สงสัยว่าได้กระทำความผิดกฎหมายอาญาจริงหรือไม่ ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 โดยให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้ เมื่อสอบสวนเสร็จสิ้น พนักงานสอบสวนต้องสรุปสำนวนและทำความเข้าใจว่าควรสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องส่งไปยังพนักงานอัยการโดยพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ในกรณีที่เสนอความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องให้ส่งแต่สำนวนพร้อมด้วยความเห็นไปยังพนักงานอัยการ ส่วนตัวผู้ต้องหาให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจปล่อย หรือปล่อยชั่วคราวถ้าผู้ต้องหาถูกขังอยู่ให้ขอเองหรือร้องขอให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งปล่อย ในกรณีที่เสนอความเห็นควรสั่งฟ้องให้พนักงานสอบสวนส่งสำนวนพร้อมกับผู้ต้องหาไปยังพนักงานอัยการ เว้นแต่ผู้ต้องหานั้นถูกขังอยู่แล้ว หรือผู้ต้องหาซึ่งถูกแจ้งข้อหาได้หลบหนีไป	เหนือคตินั้น ในชั้นนี้ มีความเป็นไปได้ที่ผู้ต้องหาจะถูกนำตัวมาฝากขังต่อศาล บรรดาการทั้งหลายที่ต้องกระทำลงโดยใช้หมายหรือคำสั่งของศาลในชั้นนี้จะ เป็นเรื่องที่ อยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวง (Magistrates' Court) ภายหลังจากที่กระบวนการสืบสวนเสร็จสิ้น ตำรวจและศาลแขวงที่เกี่ยวข้องอาจมีคำสั่งดังต่อไปนี้ ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะสั่งฟ้องผู้ต้องหา ศาลแขวงจะมีการสั่งจำหน่ายคดี หากผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวอยู่ ผู้ต้องหาจะถูกสั่งปล่อยตัว ในกรณีที่มีหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องผู้ต้องหาเป็นจำเลยในคดี ผู้ต้องหาจะถูกฟ้องเป็นจำเลยในศาลที่เกี่ยวข้องต่อไป
(4) การดำเนินการในชั้นพิจารณาคดีของประเทศไทย การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย ถ้าศาลพิจารณาคดีแล้วเห็นว่า 1) จำเลยมิได้กระทำความผิด 2) การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด 3) คดีขาดอายุความแล้ว 4) มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรถูกปรับโทษ ให้ศาลมีอำนาจพิพากษายกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป แต่ศาลจะสั่งขังจำเลยไว้หรือปล่อยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึง	(4) การดำเนินการในชั้นพิจารณาคดีของประเทศไทยศรีลังกา ในกรณีที่คดีเป็นคดีที่มีโทษปรับไม่เกิน 1,500 ศรีลังการูป หรือมีโทษจำคุกไม่เกินสองปี คดีประเภทนี้อยู่ในอำนาจศาลแขวงที่จะพิจารณาคดีได้ และในกรณีที่ศาลแขวงเห็นว่าคดีดังกล่าวมีความจำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้อง ก็สามารถสั่งให้มีการดำเนินการเช่นนั้นก่อนพิจารณาคดีก็ได้ หากคู่ความในคดีไม่พอใจผลคำพิพากษาของศาลแขวงก็อาจอุทธรณ์คดีต่อศาลสูง (High

ประเทศไทย	ประเทศศรีลังกา
ที่สุดก็ได้ เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิด และไม่มีการยกเว้นโทษตามกฎหมาย ให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด แต่เมื่อเห็นสมควรศาลจะปล่อยจำเลยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้ การอุทธรณ์และฎีกา เป็นสิทธิของคู่ความเมื่อศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ได้มีคำพิพากษาไปแล้ว โจทก์หรือจำเลยมีสิทธิจะอุทธรณ์หรือฎีกา โดยสามารถอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์	Court) ได้ภายในระยะเวลา 14 วันนับแต่วันที่ศาลแขวงมีคำวินิจฉัย ในกรณีที่คดีเป็นคดีที่มีอัตราโทษปรับสูงกว่า 1,500 ศรีลังการูป หรือมีโทษจำคุกสูงกว่าสองปี คดีจะต้องถูกส่งไปยังศาลสูงเพื่อให้ศาลสูงพิจารณาในฐานะศาลชั้นต้นโดยจะมีอัยการเป็นผู้ส่งฟ้อง อย่างไรก็ตาม ก่อนส่งเรื่องไปยังศาลสูงศาลแขวงอาจทำการไต่สวนมูลฟ้องเพื่อพิจารณาว่าคดีนั้นมีมูลเพียงพอที่จะฟ้องต่อศาลสูงได้หรือไม่ หลังจากการไต่สวนมูลฟ้อง สำนวนจะต้องถูกส่งไปยังศาลสูงและพนักงานอัยการเพื่อให้ทำการตัดสินใจว่าจะดำเนินการส่งฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ในการนี้แม้ศาลแขวงจะมีความเห็นว่าจะไม่ควรส่งฟ้อง แต่พนักงานอัยการอาจส่งฟ้องคดีต่อศาลสูงได้ หากศาลสูงมีคำพิพากษาแล้วคู่ความในคดีประสงค์จะอุทธรณ์ คู่ความสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงต่อศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้ภายในระยะเวลา 14 วัน นับแต่วันที่ศาลสูงมีคำวินิจฉัย นอกจากนี้ หากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่พอใจผลการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ก็อาจยื่นฎีกาคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา (Supreme Court) ได้ภายในระยะเวลาหกสัปดาห์นับแต่วันที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษา โดยคำวินิจฉัยของศาลฎีกาถือเป็นที่สุด

7. ปัญหาที่พบในการศึกษาวิจัยและข้อเสนอแนะ

ปัญหาที่พบในการศึกษาวิจัย

1) ด้านพระธรรมวินัย

กรณีที่พระภิกษุถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดทางพระธรรมวินัยนั้น โดยปกติพระบรมศาสดาได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะสงฆ์ให้ดำเนินการตามหลักอธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะในพระธรรมวินัย อีกทั้งคณะสงฆ์ในภิกษุเถรวาทในประเทศไทย ยังมี พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 25 ได้ให้อำนาจ

มหาเถรสมาคมตรากฎมหาเถรสมาคม กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติ เพื่อให้การลงนิคหกรรมเป็นไปโดยถูกต้อง สะดวกรวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งต่อมามหาเถรสมาคมได้ตรา กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม เพื่อบังคับการลงนิคหกรรมแก่พระภิกษุที่ได้ละเมิดต่อพระธรรมวินัย โดยผู้จะต้องให้ผู้ที่มิอำนาจลงนิคหกรรมเป็นผู้ที่ดำเนินการไต่สวนพระภิกษุรูปนั้น ๆ และได้ดำเนินการไต่สวนมูลฟ้องพิจารณาวินิจฉัยการลงนิคหกรรมในขั้นต่อไป ซึ่งต้องปฏิบัติตาม กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ทุกกรณี แต่ในปัจจุบันเห็นว่า คณะสงฆ์มีการดำเนินการตามพระธรรมวินัย พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และกฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม เฉพาะบางกรณีเท่านั้น โดยส่วนใหญ่ยังไม่พบการดำเนินการของคณะสงฆ์ในกรณีดังกล่าว ส่วนมากจะเห็นได้ว่า เมื่อมีกรณีพระภิกษุกระทำความผิดตามพระธรรมวินัยเกิดขึ้น เช่น พบพระภิกษุดื่มสุรา มีอาการมึนเมา ก็มักจะเรียกเจ้าหน้าที่ตำรวจให้จับกุมพระภิกษุให้ไปดำเนินการให้พระสังฆาธิการสละสมณเพศพระภิกษุรูปนั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ได้ดำเนินการตามพระธรรมวินัย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด อีกทั้งเจ้าพนักงานตำรวจไม่ได้มีกฎหมายใดที่ให้อำนาจหน้าที่ในการจับกุมพระภิกษุที่ละเมิดต่อพระธรรมวินัย หากแต่มีอำนาจตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น

2) ด้านกระบวนการพิจารณาทางอาญา

(1) ปัญหาการให้อำนาจพนักงานสอบสวนสละสมณเพศพระภิกษุ ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 ได้กำหนดให้ พระภิกษุที่ถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศ ซึ่งถือว่าเป็นการดำเนินการสละสมณเพศโดยให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนแต่ฝ่ายเดียว โดยไม่ได้ทำการสละสมณเพศอย่างถูกต้องตามพระธรรมวินัยและผ่านคณะสงฆ์แต่อย่างใด และเป็น การสละสมณเพศโดยไม่ได้สมัครใจของพระภิกษุรูปนั้น จึงไม่มีความเป็นธรรมต่อพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาเป็นอย่างมาก พระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาจะต้องถูกบังคับให้สละสมณเพศไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่มีกฎหมายใดที่ให้สิทธิแก่พระภิกษุต่อสู้ดำเนินคดีให้ถึงที่สุดก่อนจะสละสมณเพศ เป็นการไม่คำนึงและไม่คุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ของพระภิกษุ ทั้งนี้ การที่พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 และ 30 บังคับให้พระภิกษุรูปใดสละสมณเพศโดยปราศจากความยินยอมของพระภิกษุรูปนั้น อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

(2) การตีความคำว่า “เจ้าพนักงาน” ของพระภิกษุ และการใช้อำนาจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ

ตามที่พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 45 กำหนดให้ถือว่าพระภิกษุซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในการปกครองคณะสงฆ์และไวยาวัจกร เป็นเจ้าพนักงานตามความในประมวล

กฎหมายอาญา จึงถือว่าเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16) หากพระภิกษุที่มีตำแหน่งในการปกครองคณะสงฆ์เมื่อได้กระทำความผิดตามบทบัญญัติใน ลักษณะ 2 หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องถูกบังคับตามบทบัญญัติดังกล่าว

พระภิกษุมีฐานะและความเป็นอยู่ที่ต่างออกไปจากเจ้าพนักงานทั่วไปเป็นอย่างมาก เมื่อเจ้าพนักงานได้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตราการและโทษจึงเหมาะสมเพียงพอแล้ว ส่วนพระภิกษุซึ่งเป็นผู้เผยแผ่ศาสนาไม่ได้มีหน้าที่ในตำแหน่งราชการใด ๆ แม้จะได้รับเพียงเงินนิตยภัต (เงินเดือน) เพื่อสนับสนุนเป็นค่าภัตตาหาร อีกทั้งยังเป็นการทำนุบำรุงส่งเสริมพระพุทธศาสนาให้มีความเจริญมั่นคงสืบไปแล้วก็ถือว่าเป็นพระสงฆ์ธรรมิกการ เมื่อเป็นพระสงฆ์ธรรมิกการก็มีสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา เมื่อเปรียบเทียบแล้วพระภิกษุซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในการปกครองคณะสงฆ์ไม่สมควรจะมีสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะไม่ได้มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการ รักษาทรัพย์สิน หรือใช้อำนาจในตำแหน่งโดยมิชอบ ช่มชู้ใจหรือจูงใจเพื่อให้บุคคลใดมอบให้หรือหามาให้ซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด แก่ตนเองหรือผู้อื่น หรือมีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใด เข้ามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือมีหน้าที่กำหนดราคาทรัพย์สินหรือสินค้าใด ๆ เพื่อเรียกเก็บภาษี ซึ่งที่กล่าวมาข้างต้นเป็นองค์ประกอบในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 2 หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ไม่มีความสอดคล้องกับสถานะของพระภิกษุ แม้จะได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในการปกครองคณะสงฆ์ก็ตาม

(3) ปัญหาการดำเนินกระบวนการยุติธรรมต่อพระภิกษุโดยไม่มีคณะสงฆ์เข้ามามีส่วนร่วม

ด้วยการกระทำความผิดของพระภิกษุในกรณีที่เป็นกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายอื่นที่มีโทษในทางอาญาและเป็นความผิดตามพระธรรมวินัย สมควรที่คณะสงฆ์ควรเข้าไปมีส่วนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม เพราะพระภิกษุแม้จะมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาแต่ก็มีสถานะเป็นนักบวชในพระพุทธศาสนา มีการดำเนินชีวิตและแนวปฏิบัติภายใต้หลักพระธรรมวินัย ควรมีกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างกันออกไปจากปกติ ในการดำเนินคดีอาญากับพระภิกษุในปัจจุบันมุ่งเน้นดำเนินการในลักษณะที่ใช้กฎหมายบ้านเมืองอย่างเคร่งครัดกับประชาชนซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาเป็นหลัก มิได้คำนึงถึงพระภิกษุที่แม้จะมีสถานะเป็นบุคคล แต่ไม่ได้มีวิถีชีวิตอย่างประชาชนบุคคลธรรมดา โดยพระภิกษุจะต้องถูกบังคับในกระบวนการทางพนักงานสอบสวนและทางศาล ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีขั้นตอนใด ๆ ที่ให้พระสงฆ์เข้าไปมีส่วนร่วมในการพิจารณาตามพระธรรมวินัย ซึ่งส่วนใหญ่มักให้พระภิกษุดำเนินการสละสมณเพศอย่างเด็ดขาดเพื่อที่จะได้ไม่ต้องมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำความผิดพระธรรมวินัยอีก มีแนวความคิด 2 ประการ 1. จัดตั้งศาลสงฆ์ 2. ให้คณะสงฆ์เข้าเป็นองค์คณะหรืออนุญาโตตุลาการในศาลชั้นต้นเดิม ความเป็นไปได้ในลักษณะข้อที่ 2. มากกว่าข้อที่ 1. อันเป็นหลักการให้พระภิกษุได้รับความคุ้มครองตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) โดยยึดมั่นว่าทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน เสมอภาค ยุติธรรม และเท่าเทียม

(4) การชดเชยเยียวยาแก่พระภิกษุที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าได้กระทำความผิด

พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ได้วางหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายไว้ใน มาตรา 20 ซึ่งเมื่อเป็นผู้มีสิทธิ

ได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแล้ว จะได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ มาตรา 21 จะเห็นได้ว่าก่อนที่พระภิกษุจะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องดำเนินการสละสมณเพศเสียก่อน ซึ่งจะส่งผลให้ตำแหน่งและสมณศักดิ์ที่พระภิกษุมีอยู่สิ้นสุดลง กลายเป็นเพียงบุคคลธรรมดา เมื่อในกรณีที่ดีที่พระภิกษุมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าไม่ได้กระทำความผิดจริง จะได้รับค่าทดแทนเป็นเพียงจำนวนเงินเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถเยียวยาความเสียหายถึงสมณศักดิ์ของพระภิกษุหรือสิทธิต่าง ๆ ที่เสียไปก่อนหน้านี้ได้

(5) เจ้าคณะปกครองสงฆ์ที่ได้มาโดยตำแหน่ง มีหน้าที่เข้าช้อนในการวินิจฉัยอธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะตามพระธรรมวินัย

อำนาจตุลาการที่เจ้าคณะปกครองได้มาโดยตำแหน่งนั้น อาจส่งผลต่อกระบวนการยุติธรรม คณะสงฆ์ ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการ เนื่องจากภาระงานของเจ้าคณะปกครองมีภาระที่มาก ประกอบกับกับอายุที่เพิ่มขึ้นตามตำแหน่งทางการปกครอง ขาดความเชี่ยวชาญทางเทคนิคการใช้การวิเคราะห์กฎหมาย และเวลาในการทบทวนตัวบทกฎหมายที่ควรรู้อย่างสม่ำเสมอ ทำให้พระภิกษุที่ถูกดำเนินคดีทางอาญาต้องถูกสละสมณเพศ และไม่สามารถปฏิบัติกิจของสงฆ์ได้ดังเดิม ทั้งที่มีช่องทางหรือข้อกฎหมายที่สามารถช่วยให้พระภิกษุไม่ต้องสละสมณเพศ และสามารถกลับมาปฏิบัติกิจของสงฆ์ได้ จึงเห็นสมควรแยกอำนาจตุลาการ ออกจากอำนาจฝ่ายบริหาร เพื่อความสะดวก รวดเร็ว ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม และการจะได้มาซึ่งตุลาการที่มีคุณสมบัติตรงตามภาระหน้าที่ต่อไปในอนาคต ให้พระภิกษุผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในด้านพระธรรมวินัยมาเป็นผู้มีหน้าที่ในการวินิจฉัยอธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะตามพระธรรมวินัย

ข้อเสนอแนะ

ด้านพระธรรมวินัย

ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 25 ได้ให้อำนาจมหาเถรสมาคมตรากฎหมายมหาเถรสมาคม กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติ เพื่อให้การลงนิคหกรรมเป็นไปโดยถูกต้อง สะดวกรวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งต่อมามหาเถรสมาคมได้ตรา กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ต้องให้คณะสงฆ์ปฏิบัติพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และกฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม อย่างเคร่งครัด ไม่ข้ามขั้นตอนใด ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อพระภิกษุที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดตามพระธรรมวินัยและกฎหมายอาญา

ด้านกระบวนการพิจารณาทางอาญา

1) พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 จากเดิมบัญญัติว่า “พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้”

ให้แก้ไขเป็น “พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้คณะสงฆ์มีมติตามพระธรรมวินัยให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศก่อนที่เจ้าพนักงานสอบสวนจะดำเนินกระบวนการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต่อไป” อันเป็นการบังคับให้สละสมณเพศ โดยไม่มีโอกาสต่อสู้คดีจนถึงที่สุด สะท้อนถึงการละเมิด สิทธิในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) และสิทธิในการนับถือและปฏิบัติศาสนา (freedom of religion) ตามมาตรฐานสากล (ICCPR, UDHR)

2) ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 45 บัญญัติว่า “ให้ถือว่าพระภิกษุซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในการปกครองคณะสงฆ์และไวยาวัจกร เป็นเจ้าพนักงานตามความในประมวลกฎหมายอาญา” จึงถือว่าเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16) บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานหมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าเป็นประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่”

ด้วยสถานะของพระภิกษุในพระพุทธศาสนา แม้จะมีตำแหน่งในการปกครองคณะสงฆ์ก็ไม่สมควรจะมีสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกันกับเจ้าพนักงานอื่นของรัฐ ซึ่งทำให้ต้องรับผิดชอบที่หนักขึ้นและยังต้องอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษา ของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ดังนั้นจึงควรยกเลิกพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 45

3) การใช้อำนาจดุลพินิจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบในคำสั่งอนุญาตให้ประกันตัวของผู้ต้องหา กรณีผู้ต้องหาเป็นพระภิกษุที่มีสถานะเป็นเจ้าพนักงาน ตามกรณีตัวอย่าง ซึ่งพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการมิได้คำนึงการประกันตัวแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นคดีทุจริตทั่วไป ไม่ถึงขั้นขนาดที่เป็นคดีอุกฉกรรจ์ แต่ศาลใช้ดุลพินิจแล้วเห็นว่าไม่ให้พระภิกษุหลบหนีประกันตัว ซึ่งส่งผลให้พระภิกษุหลบหนีคดี ไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาต่อสู้คดีได้อย่างแท้จริง เป็นการละเมิดสิทธิของผู้ต้องหา

ในกรณีที่พระภิกษุตกเป็นจำเลยในคดีอาญา คดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ศาลควรใช้ดุลพินิจพิจารณารูปคดีของจำเลยให้เป็นกลางว่าจำเลยจะเป็นผู้ที่ทะเลบหนี เป็นผู้ที่ไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน และเป็นผู้ที่จะไปก่อเหตุอันตรายอื่นจริงหรือไม่ อีกประการเมื่อจำเลยนำหลักทรัพย์มาวางเป็นหลักประกันที่สูงกว่าความเสียหายในคดีหลายเท่า ศาลก็ควรใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้ประกันตัวได้ ดังนั้นศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบจึงควรปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด

4) การใช้อำนาจดุลพินิจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบในคำสั่งการฝากขังและผิดฟ้องของผู้ต้องหา ตามกรณีตัวอย่าง ถูกต้องหาว่ามีความผิดต่อพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกิน 10 ปีขึ้นไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคหก กำหนดให้ศาลสามารถมีอำนาจสั่งขังผู้ต้องหาหลายครั้งติดกันก็ได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกิน 12 วัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกิน 84 วัน กล่าวคือ พนักงานสอบสวน

สามารถขอต่อศาล และศาลอนุญาตให้ผิดฟ้องได้ทั้งหมด 7 ผิด ผิดละไม่เกิน 12 วัน แต่ในคดีนี้ปรากฏว่า เมื่อถึงการผิดฟ้องครั้งที่ 7 แล้ว พนักงานสอบสวนยังไม่สามารถนำหลักฐานมาฟ้องผู้ต้องหาได้ ศาลจึงอนุญาตให้ผิดฟ้องได้เป็นครั้งที่ 8 ซึ่งถือว่าเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งที่ควรต้องมีคำสั่งปล่อยตัวผู้ต้องหาให้ออกจากการควบคุมตัวของพนักงานสอบสวน ดังนั้นศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบจึงควรปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด

5) การใช้อำนาจดุลพินิจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบในการตีความกฎหมายตามกรณีตัวอย่าง การพิพากษาลงโทษพระพรหมติลกในฐานะผู้สนับสนุนเจ้าพนักงานในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 ประกอบมาตรา 86 ในข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า พระพรหมติลกไม่มีเจตนาร่วมกันในการกระทำความผิดกับเจ้าพนักงานแต่อย่างใด แต่พระพรหมติลกถูกเจ้าพนักงานของรัฐหลอกให้ส่งมอบเงินทอง (ผู้กระทำที่เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด innocent agent) เพื่อจะได้้นำเงินไปให้กับวัดอื่น ๆ ที่ยังคงต้องใช้งบประมาณต่อไป ซึ่งการเป็นผู้สนับสนุน ตามมาตรา 86 นั้น ผู้สนับสนุนต้องไม่มีเจตนาร่วมกับผู้กระทำความผิด จึงจะมีฐานะเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด พระพรหมติลกจึงไม่มีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนเจ้าพนักงานกระทำความผิด แต่คำพิพากษาของศาลชั้นต้นในคดีดังกล่าวก็ยังวินิจฉัยให้พระพรหมติลกเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้นด้วยความเคารพผู้วิจัยเห็นว่าศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบในคดีนี้ ควรตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดตามหลักกฎหมายอาญา

6) การใช้อำนาจดุลพินิจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบในการรับนโยบายของรัฐ ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ในรัฐบาลของ พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา มีนโยบายหลักที่ต้องการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จึงได้มีการจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบนั้นขึ้นมา ศาลเป็นที่สถิตความยุติธรรม ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาพิพากษาให้เกิดความเป็นธรรมกับพระภิกษุที่ตกเป็นจำเลยให้มากที่สุด หากมีข้อสงสัยประการใด ศาลจึงควรยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลย ไม่ควรที่จะนำข้อสนับสนุนต่าง ๆ มาลงโทษจำเลย เพียงเพราะให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐที่มุ่งการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ดังนั้นศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบควรใช้อำนาจดุลพินิจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

7) การใช้อำนาจดุลพินิจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ตามกรณีตัวอย่าง คดีหมายเลขดำที่ อท.251/2561 ระหว่างพนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด โจทก์ นายพนม ศรศิลป์ นายชยพล พงษ์สีดา นายณรงค์เดช ชัยเนตร นายพัฒนา สุอำมาตย์มนตรี พระพรหมสิทธิ หรือพระธงชัย สุขโข (นายธงชัย สุขโข) จำเลยที่ 1-5 ในความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สินใด ร่วมกันเบียดบังทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือเป็นของผู้อื่นโดยทุจริตหรือโดยทุจริตยอมให้ผู้อื่นเอาทรัพย์สินนั้นเสีย เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต เป็นผู้สนับสนุนเจ้าพนักงานกระทำความผิดดังกล่าว ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147, 157 ประกอบมาตรา 83, 86 และ 91 ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบกลาง มีข้อสังเกตว่า คดีดังกล่าวพนักงานอัยการได้นำเช็คซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคดีมา

ฟ้องเป็นความผิดต่อพระพรหมพระสิทธิและพวก โดยปกติศาลเมื่อไม่พยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดจำเลย ได้หรือมีพยานหลักฐานนั้นแต่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าว ศาลต้องพิพากษายกฟ้องและปล่อยตัวจำเลย ซึ่งปรากฏตามข้อเท็จจริงในคดีว่า ในระหว่างนำสืบพยานจำเลยพบว่า เชื้อที่พนักงานอัยการประกอบกับคำฟ้อง และเข้าสืบนั้น เป็นเชื้อคนละฉบับที่เป็นพยานหลักฐานแห่งคดี แต่ศาลกลับอนุญาตให้พนักงานอัยการไปแก้ไข คำฟ้องมาให้อีกต้องในระหว่างที่การสืบพยานกำลังดำเนินอยู่ ดังนั้นศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบควรใช้อำนาจดุลพินิจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

8) ปัญหาการดำเนินกระบวนการยุติธรรมต่อพระภิกษุโดยไม่มีคณะสงฆ์เข้ามามีส่วนร่วม ด้วยการกระทำความผิดของพระภิกษุในกรณีที่เป็นกรกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายอื่นที่มีโทษในทางอาญาและเป็นความผิดตามพระธรรมวินัย สมควรที่คณะสงฆ์ควรเข้าไปมีส่วนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม เพราะพระภิกษุแม้จะมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาแต่ก็มีสถานะเป็นนักบวชในพระพุทธศาสนา มีการดำเนินชีวิตและแนวปฏิบัติภายใต้หลักพระธรรมวินัย ควรมีกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างกันออกไปจากปกติ ในการดำเนินคดีอาญากับพระภิกษุในปัจจุบันมุ่งเน้นดำเนินการกระบวนการในลักษณะที่ใช้กฎหมายบ้านเมืองอย่างเคร่งครัดกับประชาชนซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาเป็นหลัก มิได้คำนึงถึงพระภิกษุที่แม้จะมีสถานะเป็นบุคคล แต่ไม่ได้มีวิถีชีวิตอย่างประชาชนบุคคลธรรมดา โดยพระภิกษุจะต้องถูกบังคับในกระบวนการทางพนักงานสอบสวนและทางศาล ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีขั้นตอนใด ๆ ที่ให้พระสงฆ์เข้าไปมีส่วนร่วมในการพิจารณาตามพระธรรมวินัย ซึ่งส่วนใหญ่มักให้พระภิกษุดำเนินการสละสมณเพศอย่างเด็ดขาดเพื่อที่จะได้ไม่ต้องมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำความผิดพระธรรมวินัยอีก มีแนวความคิด 2 ประการ 1. จัดตั้งศาลสงฆ์ 2. ให้คณะสงฆ์เข้าเป็นองค์คณะหรืออนุญาตตุลาการในศาล ซึ่งเป็นการขยับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงกระบวนการ (due process) ที่สมบูรณ์ขึ้น เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพระภิกษุ

จากการศึกษาวิจัยจึงเห็นควรให้คณะสงฆ์ที่มีความรู้ด้านพระธรรมวินัยเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทุกขั้นตอน การให้คณะสงฆ์เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมจึงเท่ากับการเคารพการปกครองตนเองของศาสนา (Religious Autonomy) ในเชิงทฤษฎีงานวิจัยนี้ สะท้อนให้เห็นประเด็นของศาสนา ว่าเมื่อพระภิกษุเป็นส่วนหนึ่งของสถาบันสงฆ์ รัฐไม่ควรใช้กฎหมายบ้านเมืองเข้ามากำหนดชะตากรรมของพระภิกษุโดยปราศจากกลไกทางศาสนา

9) การชดเชยเยียวยาแก่พระภิกษุที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าไม่ได้กระทำความผิด ตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ได้วางหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายไว้ใน มาตรา 20 ซึ่งเมื่อเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแล้ว จะได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ มาตรา 21 จะเห็นได้วก่อนที่พระภิกษุจะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องดำเนินการสละสมณเพศเสียก่อน ซึ่งจะส่งผลให้ตำแหน่งและสมณศักดิ์ที่พระภิกษุมียุสสิ้นสุดลง กลายเป็นเพียงบุคคลธรรมดา เมื่อในกรณีที่อดีตพระภิกษุมิคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าไม่ได้กระทำความผิดจริง จะได้รับค่าทดแทนเป็นเพียงจำนวนเงินเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถ

เยียวยาความเสียหายถึงสมณศักดิ์ของพระภิกษุหรือสิทธิต่าง ๆ ที่เสียไปก่อนหน้านี้ได้สถานะสมณเพศมิใช่เป็นเพียงตำแหน่งส่วนบุคคล แต่เป็นทุนทางวัฒนธรรม-สังคมของพุทธศาสนา การที่รัฐมองการเยียวยาเชิงตัวเงิน การที่รัฐมองการเยียวยาเชิงตัวเงิน จึงเป็นการละเลยมิติทางวัฒนธรรม

จากการศึกษาวิจัยจึงเห็นควรมีกฎหมายเพื่อชดเชยเยียวยาสมณศักดิ์ ซึ่งเป็นรากฐานทางความคิดบนสิทธิทางวัฒนธรรม(Cultural Rights) ที่ต้องได้รับการปกป้องและสิทธิอื่น ๆ ของพระภิกษุที่มีคำพิพากษาจนถึงที่สุดว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

10) เจ้าคณะปกครองสงฆ์ที่ได้มาโดยตำแหน่ง มีหน้าที่เข้าซ้อนในการวินิจฉัยอธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะตามพระธรรมวินัย อำนาจตุลาการที่เจ้าคณะปกครองได้มาโดยตำแหน่งนั้น อาจส่งผลต่อกระบวนการยุติธรรมคณะสงฆ์ ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการ เนื่องจากภาระงานของเจ้าคณะปกครองมีภาระที่มาก ประกอบกับกับอายุที่เพิ่มขึ้นตามตำแหน่งทางการปกครอง ขาดความเชี่ยวชาญทางเทคนิคการใช้การวิเคราะห์กฎหมาย และเวลาในการทบทวนตัวบทกฎหมายที่ควรรู้อย่างสม่ำเสมอ ทำให้พระภิกษุที่ถูกดำเนินคดีทางอาญาต้องถูกสละสมณะเพศ และไม่สามารถปฏิบัติกิจของสงฆ์ได้ดั้งเดิม ทั้งที่มีช่องทางหรือข้อกฎหมายที่สามารถช่วยให้พระภิกษุไม่ต้องสละสมณะเพศ และสามารถกลับมาปฏิบัติกิจของสงฆ์ได้ จึงเห็นสมควรแยกอำนาจตุลาการสงฆ์ ออกจากอำนาจฝ่ายบริหารคณะสงฆ์ เพื่อความสะดวก รวดเร็ว ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม และการจะได้มาซึ่งตุลาการที่มีคุณสมบัติตรงตามภาระหน้าที่ต่อไปในอนาคต

จากการศึกษาวิจัยจึงเห็นควรให้พระภิกษุผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในด้านพระธรรมวินัยมาเป็นผู้มีหน้าที่ในการวินิจฉัยอธิกรณ์และอธิกรณ์สมณะตามพระธรรมวินัยร่วมกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญที่บ้านเมืองทุก
ขั้นตอน

รายการอ้างอิง

- คณิ่ง ภาไชย, **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530).
- ธาณี สิงหนาท, **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น ภาค 4 อุทธรณ์ฎีกา**, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2563).
- พระครูกิตติ วรานุวัตร พระฉัตรชัย อธิปญโญ และพระอุดม สิทธินายก, **บทบาทพระสงฆ์ในการสืบสานวัฒนธรรมไทย**, วารสารวิจัยวิชาการ, ปีที่ 5 ฉบับที่ 5 (กันยายน-ตุลาคม 2565).
- พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต), **พจนานุกรมพุทธศาสตร์: ฉบับประมวลศัพท์**, (กรุงเทพมหานคร: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2538).
- พระราชปรียัติ (สฤชดี สิริธโร), **กระบวนการแก้ไขปัญหามหาในพระพุทธศาสนาตามหลักอริยมรรค**, (กรุงเทพมหานคร: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2552).
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, **พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th>
- สมเด็จพระมหาธีรราชูปถัมภ์, **เรื่องประดิษฐานพระสงฆ์สยามวงศ์ในลังกาทวีป**, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 454.
- ดนัย ปรีชาเพิ่มประสิทธิ์, **ประวัติศาสตร์พระพุทธศาสนาในประเทศไทยศรีลังกา**, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 459.
- Srilanka Brief, **It is President Sirisena Who is Behind Gnanasara Antics Says the Editor of Gota's War** [Online], Source: <https://srilankabrief.org/it-is-president-sirisena-who-is-behind-gnanasara-antics-says-the-editor-of-gotas-war/>
- Statistics Division, Prison Headquarters Colombo-09, Sri Lanka, **Prison Statistics of Sri Lanka**, (Colombo: Statistics Division, Prison Headquarters Colombo-09, 2023).
- USAID, **Induction Handbook for Junior Lawyers** [Online], Source: https://basl.lk/wp-content/uploads/2023/10/Induction-Handbook-for-Junior-Lawyers_compressed-1.pdf

ปกิณกะกฎหมาย (Legal Miscellaneous)

การแสวงหาผลประโยชน์ในอุตสาหกรรมการพิมพ์วารสารวิชาการ: กรณี นักวิชาการฟ้องสำนักพิมพ์รายใหญ่ฐานฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด

Exploitation in the Academic Publishing Industry: The Case of a Scholar Suing
Major Publishers for Violating Antitrust Laws

สุวลักษณ์ ชันธิ์ปริक्षा*

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายแพ่งและธุรกิจ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

อีเมล: suwalak.kha@mfu.ac.th

Suwalak Khanpruksa

Lecturer in Civil and Business Law

School of Law, Mae Fah Luang University

333 Moo 1, Thasudh, Chinag-Rai, Thailand, 57100

Email: suwalak.kha@mfu.ac.th

วันที่รับบทความ 6 ตุลาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 9 พฤศจิกายน 2568; วันที่ตอบรับบทความ 10 พฤศจิกายน 2568

* นิติศาสตรบัณฑิต สาขากฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขา
กฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยนาโกย่า ประเทศ
ญี่ปุ่น; อยู่ในระหว่างเขียนวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยนาโกย่า
ประเทศญี่ปุ่น

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาการเอารัดเอาเปรียบในอุตสาหกรรมการพิมพ์วารสารวิชาการระดับนานาชาติ โดยเฉพาะพฤติกรรมของสำนักพิมพ์รายใหญ่ที่เก็บค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์และค่าสมาชิกราคาแพงจนเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงองค์ความรู้ทางวิชาการ กรณีที่ศึกษาคือคดี Uddin v. Elsevier, B.V. et al. ซึ่งนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนียได้ยื่นฟ้องสำนักพิมพ์ยักษ์ใหญ่ 6 ราย ฐานฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยมีข้อกล่าวหาสำคัญเกี่ยวกับ “การใช้แรงงานตรวจสอบบทความโดยไม่จ่ายค่าตอบแทน” (Unpaid Peer Review Rule) “การส่งต้นฉบับได้เพียงครั้งเดียว” (Single Submission Rule) และ “การปิดกั้นการเผยแพร่ผลงานก่อนตีพิมพ์” (Gag Rule) ซึ่งถือเป็นการจำกัดการแข่งขันและสร้างผลประโยชน์ให้แก่สำนักพิมพ์เพียงฝ่ายเดียว เมื่อเปรียบเทียบกับบริบทของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ของประเทศไทย พฤติกรรมดังกล่าวเข้าข่ายการตกลงร่วมกันผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ที่ถือว่าผิดกฎหมายโดยตัวมันเอง (*illegal per se*) ผลของคดีนี้จึงมีนัยสำคัญอย่างยิ่งต่อการปฏิรูปอุตสาหกรรมการพิมพ์วิชาการระดับโลกและอาจส่งผลต่อการลดภาระค่าใช้จ่ายในการตีพิมพ์ผลงานของนักวิชาการในอนาคต

คำสำคัญ: กฎหมายป้องกันการผูกขาด; กฎหมายการแข่งขันทางการค้า; การตกลงร่วมกันผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขัน; คดี Uddin v. Elsevier, B.V. et al.

Abstract

This article examines the problem of exploitation in the international academic publishing industry, focusing on the practices of major publishers who impose high publication fees and subscription charges, thereby restricting access to scholarly knowledge. A key case study in this paper is *Uddin v. Elsevier, B.V. et al.*, in which a scholar from the University of California filed a lawsuit against six leading publishers for violating antitrust laws. The central allegations incorporate the “Unpaid Peer Review Rule,” whereby reviewers receive no compensation; the “Single Submission Rule,” allowing only one submission at a time; and the “Gag Rule,” which prevents academic authors from sharing or disseminating their work before publication. Those giant publishers have been criticized for disproportionately benefiting from these practices, which may restrict competition. When considering a comparative aspect under Thailand’s Trade Competition Act B.E. 2560 (2017), such conduct may constitute cartel agreements that restrain competition under Section 54, which are deemed *illegal per se*. The outcome of this case holds important implications for reforming the global academic publishing industry and may lead to reducing the financial burden of publication on scholars in the future.

Keywords: Antitrust Law; Competition Law; Cartel; *Uddin v. Elsevier, B.V. et al.*

1. บทนำ

การตีพิมพ์บทความวิชาการในวารสารวิชาการระดับนานาชาติอาจเป็นเงื่อนไขสำหรับการจบการศึกษาระดับมหาบัณฑิตหรือดุษฎีบัณฑิต เป็นเงื่อนไขในการขอรับทุนวิจัย หรือเป็นเงื่อนไขในการขอตำแหน่งทางวิชาการ แต่การจะตีพิมพ์ในวารสารวิชาการระดับนานาชาตินั้น นอกจากกระบวนการพิจารณาที่ยาวนานแล้ว ยังมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก โดยเฉพาะการตีพิมพ์ในรูปแบบที่สามารถเข้าถึงได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (Open Access) ที่ผู้เขียนบทความต้องเป็นผู้จ่ายค่าตีพิมพ์ (Article Processing Charge: APC) ส่วนผู้อ่านสามารถเข้าถึงบทความได้ฟรีโดยไม่ต้องจ่ายค่าบริการสมาชิก (Subscription Fee) มีรายงานการศึกษาพบว่า ค่าใช้จ่ายในการตีพิมพ์บทความ (APC) ที่เรียกเก็บจากผู้เขียนโดยสำนักพิมพ์วารสารวิชาการขนาดใหญ่ของโลกระหว่างปี ค.ศ. 2019-2023 เป็นเงินรวมกันถึง 8,968 พันล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ¹ ซึ่งขาดความโปร่งใสในการเรียกเก็บและการตรวจสอบ

¹ มีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าในกระบวนการการตีพิมพ์บทความวิชาการ สำนักพิมพ์เป็นผู้ได้รับผลประโยชน์สูงสุด ในขณะที่นักวิชาการทำงานแทบทุกอย่างในการผลิตบทความให้นักพิมพ์ ทั้งทำการวิจัย เขียนบทความ แก้ไขบทความ ตรวจสอบคุณภาพบทความ โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ เลย นอกจากสำนักพิมพ์พิมพ์จะไม่จ่ายค่าตอบแทนแก่นักวิชาการแล้ว ยังได้ประโยชน์จากการนำวารสารหรือบทความเหล่านั้นไปขายให้กับมหาวิทยาลัยหรือสถาบันที่อาจเป็นผู้ให้ทุนสนับสนุนการวิจัยที่ได้ตีพิมพ์นั้น ๆ ในขณะเดียวกัน มหาวิทยาลัยก็จำเป็นต้องเข้าถึงวารสารวิชาการเพราะนั่นคือช่องทางหลักในการเข้าถึงงานวิจัยหรือองค์ความรู้ใหม่ ๆ แต่ค่าใช้จ่ายในการสมัครสมาชิกวารสารเหล่านี้แพงจนบางมหาวิทยาลัยแทบไม่สามารถแบกรับได้ ผลที่ตามมาคือ นักวิชาการจำนวนมากถูกปิดกั้นด้วยกำแพงการชำระเงิน ทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่ต้องการ หากมหาวิทยาลัยไม่ได้สมัครสมาชิกวารสารหลัก ๆ การดาวน์โหลดบทความด้านปรัชญาหรือการเมืองหนึ่งบทความอาจต้องจ่ายเงินเริ่มต้นที่ประมาณ 1,300-1,700 บาท² ในขณะที่ผู้เขียนบทความต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตีพิมพ์สำหรับวารสารแบบที่สามารถเข้าถึงได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (Open Access) ประมาณ 49,000-97,000 บาท แต่สำหรับวารสารแบบดั้งเดิมที่อิงระบบการบอกรับเป็นสมาชิก ค่าใช้จ่ายอาจสูงถึง 194,000 บาท³ ในมุมมองของนักวิชาการและมหาวิทยาลัย การผูกขาดเชิงพาณิชย์ในวงการการพิมพ์วารสารวิชาการกำลังสร้างความเสียหายอย่างมากเพราะงานวิชาการถูกปิดกั้นเนื่องมาจากการมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินเอื้อม และการลงทุนลงแรงเพื่อผลิตบทความวิชาการถูกเอารัดเอาเปรียบจาก

¹ Eric Schares and others, **Estimating Global Article Processing Charges Paid to Six Publishers for Open Access 2019-2023** [Online], 30 September 2025. Source: <https://opusproject.eu/openscience-news/estimating-global-article-processing-charges-paid-to-six-publishers-for-open-access-2019-2023/>

² Arash Abizadeh, **Academic Journals Are a Lucrative Scam – And We’re Determined to Change That** [Online], 30 September 2025. Source: <https://www.theguardian.com/commentisfree/article/2024/jul/16/academic-journal-publishers-universities-price-subscriptions>

³ Martin Hagve, **The Money behind Academic Publishing** [Online], 1 October 2025. Source: <https://tidsskriftet.no/en/2020/08/kronikk/money-behind-academic-publishing>

สำนักพิมพ์เสมอมา จนมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า นักวิจัยในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ฟ้องร้องทนายพิมพ์วิชาการยักษ์ใหญ่ว่าได้กระทำการร่วมกันอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด (หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า) ซึ่งจะได้อธิบายรายละเอียดต่อไปในบทความนี้

วารสารวิชาการฉบับแรกของโลกเป็นวารสารวิทยาศาสตร์ที่มีชื่อว่า “Philosophical Transactions of the Royal Society” ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1665 ในฐานะสิ่งพิมพ์ที่เปิดโอกาสให้นักวิทยาศาสตร์แบ่งปันผลงานของตนกับนักวิทยาศาสตร์คนอื่น ๆ⁴ “วารสารวิชาการ” ถือเป็นตลาดเฉพาะกลุ่ม (Niche Market) ของวงการสิ่งพิมพ์ ซึ่งบริหารโดยและจัดทำขึ้นเพื่อชุมชนนักวิจัย แต่แนวทางการบริหารและวัตถุประสงค์แรกเริ่มนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อมีการขยายตัวของงานวิจัยควบคู่ไปกับการเข้ามาของผู้เล่นในตลาดอุตสาหกรรมพิมพ์เชิงพาณิชย์ ผสมกับการเติบโตของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในทศวรรษ 1990 ซึ่งได้เปลี่ยนภูมิทัศน์การตีพิมพ์วารสารวิชาการให้กลายเป็นตลาดที่มีความกระจุกตัวสูงและมีการแข่งขันอย่างรุนแรง “เอลส์เวียร์ (Elsevier)” เป็นสำนักพิมพ์วารสารวิชาการที่เป็นผู้เล่นที่ใหญ่ที่สุดในธุรกิจนี้ โดยสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์เผยแพร่วารสารวิชาการจำนวนประมาณ 3,000 ฉบับ และในปี ค.ศ. 2023 บริษัทแม่ของเอลส์เวียร์ คือ รีเล็กซ์ (Relx) อันมีที่ตั้งอยู่ที่เมืองลอนดอน ประเทศอังกฤษ มีกำไรประมาณ 1.8 พันล้านปอนด์สเตอร์ลิง อัตรากำไรของบริษัทรีเล็กซ์คิดเป็นประมาณ 40% ซึ่งเทียบได้กับบริษัทยักษ์ใหญ่อื่นๆด้านเทคโนโลยีอย่างไมโครซอฟต์ (Microsoft) หรือกูเกิล (Google) ทั้งนี้ เอลส์เวียร์ และอีก 4 สำนักพิมพ์ ได้แก่ สปริงเกอร์ เนเจอร์ (Springer Nature) ไวลีย์ (Wiley) เสจ (SAGE) และเทย์เลอร์ แอนด์ ฟรานซิส (Taylor & Francis) เป็นห้าสำนักพิมพ์วิชาการระดับโลกที่เป็นที่รู้จักในนาม “Big Five” และทั้งห้าบริษัทนี้ตีพิมพ์ผลงานวิจัยรวมกันเป็นจำนวนทั้งหมดประมาณ 50% ของวารสารวิชาการระดับนานาชาติ⁵ การที่สำนักพิมพ์เหล่านี้ดูเหมือนจะมีบทบาทเพียงเล็กน้อยในกระบวนการตีพิมพ์ เช่น การจัดการกองบรรณาธิการ การจัดรูปแบบต้นฉบับ และการเผยแพร่บทความ เป็นต้น แต่กลับได้รับผลกำไรมหาศาล ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่มาที่นักวิชาการกังวลเกี่ยวกับการถูกสำนักพิมพ์เอาเปรียบ และความไม่พอใจนี้บานปลายกลายเป็นความโกรธที่แสดงออกในรูปแบบของการประท้วง การไม่ต่อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสำนักพิมพ์ หรือแม้แต่การลาออกจากกองบรรณาธิการ⁶ โดยในบทความนี้จะกล่าวถึงความไม่พอใจต่อการเอาเปรียบในอุตสาหกรรมการพิมพ์วารสารวิชาการระดับ

⁴The Royal Society, **History of Scientific Journals** [Online], 9 November 2025. Source: <https://royalsociety.org/journals/publishing-activities/publishing350/>

⁵ Emilia C. Bell, Karl Huang and Lucy Montgomery, **Academic Publishing Is a Multibillion - Dollar Industry. It's Not Always Good for Science** [Online], 30 September 2025. Source: <https://theconversation.com/academic-publishing-is-a-multibillion-dollar-industry-its-not-always-good-for-science-250056>

⁶ Michael Williams, Mo Xiao, and Yonghong An, **High Prices and Market Power of Academic Publishing Reduce Article Citations** [Online], 1 October 2025. Source: <https://www.promarket.org/2024/04/24/high-prices-and-market-power-of-academic-publishing-reduce-article-citations/>

นานาชาติ คดี Uddin v. Elsevier, B.V. et al. และการตกลงร่วมกันผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขันในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

2. ความไม่พอใจต่อการเอารัดเอาเปรียบในอุตสาหกรรมการพิมพ์วารสารวิชาการระดับนานาชาติ

เนื่องจากมหาวิทยาลัยต้องจ่ายเงินเป็นจำนวนมากเพื่อเสียค่าสมาชิกรายปีเพื่อการเข้าถึงวารสารที่เก็บค่าบอกรับสมาชิก มหาวิทยาลัยที่มีข้อจำกัดด้านงบประมาณจึงต้องเลือกเพียงบางวารสารเท่านั้น ส่งผลให้นักศึกษาและนักวิชาการในสถาบันเหล่านั้นมีข้อจำกัดในการเข้าถึงข้อมูลทางวิชาการหรืองานวิจัยใหม่ ๆ เป็นที่มาให้เกิดช่องทางการเข้าถึงบทความอย่างผิดกฎหมาย ช่องทางที่นักศึกษาและนักวิชาการรู้จักอย่างแพร่หลายคือเว็บไซต์ Sci-Hub ซึ่งผู้ก่อตั้งริเริ่มทำขึ้นด้วยความรู้สึกละเมิดจริยธรรมจากระบบที่ถูกเอารัดเอาเปรียบโดยสำนักพิมพ์ เว็บไซต์ Sci-Hub ก่อตั้งในปี ค.ศ. 2011 โดยนักประสาทวิทยาชาวคาซัคสถานชื่อ Alexandra Elbakyan เว็บไซต์มีหลักการทำงานโดยการหาช่องทางเข้าถึงฐานข้อมูลบทความของมหาวิทยาลัยทั่วโลกที่สมัครสมาชิกกับสำนักพิมพ์วารสารต่าง ๆ ไว้ แล้วดึงเอาเอกสารเหล่านั้นมาจัดเก็บรวบรวมไว้ที่เซิร์ฟเวอร์ของ Sci-Hub เป็นจำนวนนับล้านเรื่อง เพื่อให้บริการแก่ผู้ร้องขอบทความแบบไม่มีค่าใช้จ่ายใด ๆ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทความวิชาการจำนวนมากที่เผยแพร่โดย Sci-Hub ผ่าฝืนกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้สำนักพิมพ์เจ้าของลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า อาทิ สำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ และ American Chemical Society (ACS) ดำเนินคดีฟ้องร้อง Sci-Hub ฐานละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าจากการเผยแพร่บทความวิชาการของสำนักพิมพ์สู่สาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาต และเรียกร้องค่าเสียหายรวมถึงร้องขอต่อศาลให้สั่งเสิร์ฟเวอร์ (Search Engine) เว็บไซต์ (Web Hosting) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) ผู้ให้บริการรับจดโดเมนเนม (Domain Name Registrar) และผู้ใช้บริการจดโดเมนเนม (Domain Name Registry) หยุดอำนวยความสะดวกใด ๆ ในการเข้าถึงเว็บไซต์ Sci-Hub ที่ให้บริการการเข้าถึงบทความโดยผิดกฎหมาย⁷ แม้ Sci-Hub จะแพ้คดี แต่ได้รับความนิยมและการสนับสนุนจากนักศึกษาและนักวิชาการในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยและไม่พอใจรูปแบบการเผยแพร่องค์ความรู้ในรูปแบบเดิม ๆ ที่เป็นอยู่ ที่สำนักพิมพ์เป็นผู้ได้ประโยชน์และควบคุมระบบการตีพิมพ์บทความวิชาการอย่างเบ็ดเสร็จมาเป็นเวลานาน ถึงขั้นที่วารสารเนเจอร์ (Nature) ฉบับปลายเดือนธันวาคม ค.ศ. 2016 ได้ยกย่อง Alexandra Elbakyan ให้เป็น 1 ใน 10 นักวิทยาศาสตร์ที่มีบทบาทและสร้างผลงานที่สำคัญต่อโลกในปี ค.ศ. 2016⁸

⁷ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.), ศาลสั่งเสิร์ฟเวอร์และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตขวาง Sci-Hub [ออนไลน์], 9 พฤศจิกายน 2568. แหล่งที่มา: https://www.nstda.or.th/home/knowledge_post/search-engines-block-scihub/

⁸ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.), สำนักพิมพ์ Elsevier: ศาลตัดสินให้ชนะคดีละเมิดลิขสิทธิ์จาก Sci-Hub จำนวน 15 ล้านเหรียญสหรัฐ [ออนไลน์], 1 ตุลาคม 2568. แหล่งที่มา: https://www.nstda.or.th/home/knowledge_post/sci-hub/

การแสดงความไม่พอใจต่อการเอาเปรียบของสำนักพิมพ์ยังทำให้เกิดการต่อต้านและประท้วงสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ในกรณีการรณรงค์ “ต้นทุนแห่งความรู้” (“the Cost of Knowledge” Campaign) ซึ่งเริ่มต้นใน ค.ศ. 2012 โดยนักคณิตศาสตร์ชื่อดังชาวอังกฤษ Timothy Gowers ที่ประณามเอลส์เวียร์ว่ามีการพยายามจำกัดการแลกเปลี่ยนข้อมูลอย่างเสรี ตั้งราคาค่าสมาชิกราคาสูงเกินควร และขายวารสารแบบรวมมาเป็นแพ็คเกจ (Bundle) ซึ่งอาจมีวารสารหลายฉบับที่ผู้สมัครสมาชิกไม่ต้องการ ผู้ร่วมลงนามในการรณรงค์ครั้งนี้ร่วมกันคว่ำบาตรสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ด้วยการไม่ทำหน้าที่ผู้ประเมินบทความ ไม่ตีพิมพ์ผลงานวิชาการ และยกเลิกหรือปฏิเสธไม่ทำงานในกองบรรณาธิการให้กับวารสารของสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์⁹ นอกจากนี้สมาคมมหาวิทยาลัยแห่งประเทศไทยเนเธอร์แลนด์ (The Association of Universities in the Netherlands: VSNU) ได้ร่วมกันคว่ำบาตรเอลส์เวียร์ในปี ค.ศ. 2015 โดยการขอให้บรรณาธิการวารสารในเครือเอลส์เวียร์ที่เป็นชาวต่างชาติลาออก ไม่นานหลังจากนั้น VSNU ก็สามารถบรรลุข้อตกลงกับสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ในการอนุญาตให้มหาวิทยาลัยในประเทศเนเธอร์แลนด์สามารถเข้าถึงบทความของนักวิชาการชาวต่างชาติที่ตีพิมพ์ในรูปแบบที่สามารถเข้าถึงได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (Open Access) การรณรงค์ “ต้นทุนแห่งความรู้” ถือเป็นจุดเริ่มต้นในการทำให้งานวิจัยเข้าถึงได้และโปร่งใส¹⁰ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ช่วงปลายปี ค.ศ. 2018 มหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย (University of California) ที่มีวิทยาเขตถึง 10 แห่ง ตัดสินใจยกเลิกการบอกรับสมาชิกรายปีกับสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ โดยมหาวิทยาลัยมองว่าสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ ที่เป็นผู้เผยแพร่ผลงานวิชาการกว่า 18% ของงานวิจัยทั้งหมดจากมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยที่ผลิตงานวิจัยทางวิชาการจำนวนเกือบ 10% ของประเทศสหรัฐอเมริกา กำลังกอบโกยผลประโยชน์จากการผูกขาดองค์ความรู้ทางวิชาการ และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์บทความสูงเกินควร ผู้บริหารของมหาวิทยาลัยไม่ประสงค์ให้องค์ความรู้ทางวิชาการถูกจำกัดอยู่ภายใต้ระบบการเสียค่าใช้จ่าย แต่ในปี ค.ศ. 2021 มหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนียและสำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ได้บรรลุข้อตกลงร่วมกันและทำสัญญาฉบับใหม่ระยะเวลา 4 ปี ที่จะสนับสนุนให้งานวิจัยของมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนียที่ตีพิมพ์กับเอลส์เวียร์สามารถเข้าถึงได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย โดยมหาวิทยาลัยประหยัดค่าใช้จ่ายประมาณ 7% จากสัญญาเดิม¹¹ อย่างไรก็ตามในวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2024 ศาสตราจารย์ท่านหนึ่งจากมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย ลอสแอนเจลิส (the University of California, Los Angeles: UCLA) ได้ยื่นคำร้องแบบกลุ่ม (Class-Action Complaint) ต่อสำนักพิมพ์รายใหญ่ 6 แห่ง โดยกล่าวหาว่านโยบายหลายประการของสำนักพิมพ์เหล่านั้นละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (Antitrust Law) และเป็นอุปสรรคต่อการวิจัยทางวิชาการ

⁹ Gert Storms, Pieter Moors and Tom Heyman, **On the Cost of Knowledge: Evaluating the Boycott against Elsevier**, *Frontiers in Research Metrics and Analytics*, Volume 1 Article 7 (October 2016), p. 1.

¹⁰ Ibid., pp. 2-3.

¹¹ Michael Hiltzik, **UC Achieves Another Big Win in Its Long Battle with Major Scientific Publishers** [Online], 1 October 2025. Source: <https://www.latimes.com/business/story/2021-03-16/uc-wins-battle-with-elsevier>

3. คดี Uddin v. Elsevier, B.V. et al.¹²

เมื่อวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2024 บริษัทกฎหมายแห่งหนึ่งในซานฟรานซิสโกได้ยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในนามของศาสตราจารย์ ดร.ลูซินา อุดดิน (Lucina Uddin) นักวิชาการจากมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย ลอสแอนเจลิส ต่อสำนักพิมพ์วิชาการรายใหญ่ 6 แห่ง และสมาคมการค้าที่เป็นตัวแทนของสำนักพิมพ์ ได้แก่ สำนักพิมพ์เอลส์เวียร์ (Elsevier) ไวลีย์ (Wiley) เสจ (Sage) สปริงเกอร์ เนเจอร์ (Springer Nature) เทย์เลอร์ แอนด์ ฟรานซิส (Taylor & Francis) วอลเตอร์ส คลูเวอร์ (Wolters Kluwer) และสมาคมนานาชาติว่าด้วยผู้จัดพิมพ์ด้านวิทยาศาสตร์ เทคนิค และการแพทย์ (International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers: STM) คดีนี้เป็นการยื่นดำเนินคดีแบบกลุ่มแทนกลุ่มบุคคลซึ่งถูกนิยามว่า “บุคคลธรรมดาทุกคนที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ทำการประเมินคุณภาพบทความในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิ หรือได้ส่งต้นฉบับเพื่อการตีพิมพ์ไปยังวารสารที่มีการประเมินคุณภาพบทความโดยผู้ทรงคุณวุฒิของสำนักพิมพ์จำเลย ตั้งแต่วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2020 จนถึงปัจจุบัน”¹³ โจทก์ได้กล่าวหาสำนักพิมพ์จำเลยว่าสมคบคิดกันเพื่อไม่จ่ายเงินจำนวนหลายพันล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐฯ โดยมีขอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการละเมิดมาตรา 1 แห่งกฎหมาย The Sherman Act¹⁴ ข้อกล่าวหาที่สำคัญ 3 ประการ¹⁵ ได้แก่

1) “กฎการประเมินคุณภาพบทความในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิโดยไม่จ่ายค่าตอบแทน” (Unpaid Peer Review Rule) ซึ่งวารสารจำเลยมีนโยบายที่จะไม่ให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำการตรวจสอบบทความ กล่าวอีกนัยหนึ่ง สำนักพิมพ์จำเลยได้ตกลงกันที่จะกำหนดราคาการให้บริการประเมินตรวจสอบบทความโดยผู้ทรงคุณวุฒิให้เป็นศูนย์เหรียญดอลลาร์สหรัฐฯ นอกจากนี้ จำเลยยังตกลงร่วมกันที่จะบังคับให้นักวิชาการทำงานโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน โดยเชื่อมโยงการทำงานฟรีของนักวิชาการเข้ากับความสามารถในการตีพิมพ์ต้นฉบับในวารสารของจำเลย อาทิ การให้ค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิเป็นส่วนลดค่าตีพิมพ์ ในโลกแห่งวิชาการมีคำกล่าวว่า “เผยแพร่หรือสูญสลาย” (Publish or Perish) สำนักพิมพ์จำเลยจึงอาศัยความประมาทนี้ถือเอา

¹² ดูรายละเอียดและความคืบหน้าของคดีได้ที่ <https://www.courtlistener.com/docket/69156717/uddin-v-elsevier-bv/>

¹³ Uddin v. Elsevier, B.V. (1:24-cv-06409), p. 34.

¹⁴ มาตรา 1 แห่งกฎหมาย The Sherman Act บัญญัติว่า “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

¹⁵ Uddin v. Elsevier, B.V. (1:24-cv-06409), pp. 1-2.

อาชีพของนักวิชาการเป็นตัวประกัน เพื่อบังคับให้นักวิชาการใช้แรงงานทางสติปัญญาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายอะไรเลย

2) “กฎการส่งเพียงครั้งเดียว” (Single Submission Rule) ซึ่งนักวิจัยจะได้รับอนุญาตให้ส่งต้นฉบับไปยังวารสารเพียงฉบับเดียวเท่านั้นในระหว่างกระบวนการพิจารณา เว้นแต่วารสารนั้นจะปฏิเสธต้นฉบับดังกล่าว กฎการส่งเพียงครั้งเดียวนี้นำมาซึ่งการลดการแข่งขันระหว่างสำนักพิมพ์จำเลยเป็นอย่างมาก และทำให้แรงจูงใจของจำเลยที่จะทำการตรวจสอบต้นฉบับอย่างรวดเร็วและตีพิมพ์งานวิจัยภายในกรอบเวลาที่ชัดเจนลดลงมากด้วยเช่นกัน กฎนี้ยังทำให้นักวิชาการเสียเปรียบในการเจรจาต่อรอง เพราะนักวิชาการจะไม่มีทางเลือกอื่นจากการที่มีเพียงวารสารเดียวที่เสนอโอกาสให้ตีพิมพ์บทความหนึ่งเรื่อง บริบทนี้ยังทำให้สำนักพิมพ์จำเลยสามารถกำหนดเงื่อนไขการตีพิมพ์ได้ตามอำเภอใจ

3) “กฎการปิดปาก” (Gag Rule) ซึ่งนักวิจัยจะไม่ได้ได้รับอนุญาตให้เผยแพร่หรือหารือเกี่ยวกับต้นฉบับของตนหลังจากที่ได้ส่งไปยังวารสารในระหว่างกระบวนการพิจารณา จนกว่าวารสารจะตีพิมพ์ต้นฉบับนั้น ตั้งแต่ช่วงเวลาที่นักวิชาการส่งต้นฉบับเพื่อขอตีพิมพ์ สำนักพิมพ์จำเลยปฏิบัติราวกับว่างานวิจัยและความก้าวหน้าทางความรู้ที่ปรากฏในต้นฉบับเป็นทรัพย์สินของตน และจะเผยแพร่ได้ก็ต่อเมื่อสำนักพิมพ์จำเลยอนุญาตเท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อจำเลยได้ตีพิมพ์บทความแล้ว มักจะบังคับให้นักวิชาการลงนามสละสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมดโดยไม่ให้ค่าตอบแทนใด ๆ ต้นฉบับเหล่านี้จึงกลายเป็นทรัพย์สินของสำนักพิมพ์แต่เพียงผู้เดียว และสำนักพิมพ์จำเลยยังสามารถเรียกเก็บค่าบริการเพื่อการเข้าถึงบทความนั้นในราคาสูงที่สุดเท่าที่ตลาดจะยอมรับได้

โจทก์ขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการร่วมกันทำข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการจำกัดการค้า อันเป็นการละเมิดมาตรา 1 แห่งกฎหมาย The Sherman Act ขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยยกเลิกข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นข้อพิพาทในคดีนี้ และมีคำสั่งให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายเป็นสามเท่า อันเป็นค่าตอบแทนสำหรับการประเมินคุณภาพบทความในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิให้แก่สำนักพิมพ์จำเลยในอัตราค่าจ้างที่ถูกกดต่ำอย่างไม่เป็นธรรม¹⁶ ซึ่งมาตรา 1 แห่งกฎหมาย The Sherman Act กำหนดห้ามสัญญาข้อตกลง หรือการสมคบคิดใด ๆ ที่ส่งผลเป็นการจำกัดการค้า โดยการพิสูจน์การฝ่าฝืนมาตรา 1 ต้องมีการพิสูจน์สองประเด็นหลัก คือ หนึ่ง มีการตกลงร่วมกันทางธุรกิจบางอย่างเกิดขึ้นจริง และสอง ข้อตกลงร่วมกันนั้นเป็น “การจำกัดการค้า” (restraint of trade or commerce) ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควร การพิสูจน์ประเด็นที่สองว่าข้อตกลงใดเป็นการจำกัดการค้าหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการ

¹⁶ Ibid., p. 39.

แข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควรหรือไม่นั้น ศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการวิเคราะห์ไว้ 3 ประการ¹⁷ ดังนี้

1) การพิจารณาตาม "หลักการผิดกฎหมายโดยตัวมันเอง" (*illegal per se*) ใช้สำหรับข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันอย่างชัดแจ้ง เช่น ข้อตกลงกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ การฮั้วประมูล หรือข้อตกลงแบ่งตลาด เป็นต้น ซึ่งในคดีนี้มีการกล่าวหาเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันไม่จ่ายค่าตอบแทนสำหรับการประเมินคุณภาพบทความในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิ อันเป็นการร่วมกันตกลงกำหนดราคาบริการให้เป็นศูนย์ ซึ่งหมายความว่าผู้ให้บริการไม่ได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานเลย

2) การพิจารณาตาม "หลักแห่งเหตุผล" (The Rule of Reason) ซึ่งใช้กับคดีส่วนใหญ่ที่ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยประเมินผลกระทบเชิงส่งเสริมการแข่งขันของข้อตกลงเทียบกับผลกระทบที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน โดยศาลจะห้ามการตกลงร่วมกันเฉพาะกรณีที่ผลเสียต่อการแข่งขันมีมากกว่าผลประโยชน์

3) การพิจารณาระดับกลาง (Intermediate) หรือ การพิจารณาแบบรวดเร็ว (Quick-Look) ซึ่งใช้กับคดีจำนวนน้อยที่ข้อตกลงดูน่าสงสัยชัดเจน แต่ไม่ชัดเจนจนถึงขนาดเข้าข่ายกฎ "*illegal per se*"

ปัจจุบันคดีนี้ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแขวงแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาประจำเขตตะวันออกของมลรัฐนิวยอร์ก (The U.S. District Court for the Eastern District of New York) นักวิชาการด้านกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนมากให้ความเห็นว่าผลลัพธ์ของคดีและหลักการวิเคราะห์ที่ศาลจะปรับใช้กับคดีนี้คาดเดาได้ยาก ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีแสดงถึงแนวปฏิบัติที่เป็นปัญหาและยังไม่ได้รับการแก้ไขในอุตสาหกรรมการตีพิมพ์วารสารวิชาการ ความซับซ้อนของคดีนี้เป็นการชี้ให้เห็นถึงกระบวนการทบทวนการวิจัยเพื่อสร้างองค์ความรู้และการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานวิชาการที่มุ่งก่อประโยชน์สาธารณะ กับแรงจูงใจทางการค้าที่จะแสวงหาผลกำไรสูงสุดของสำนักพิมพ์เชิงพาณิชย์ตามกลไกตลาดเสรี อย่างไรก็ตาม การแสวงหากำไรจนถึงขั้นมีพฤติกรรมทางธุรกิจที่ต่อต้านหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมย่อมขัดแย้งกับความรับผิดชอบขั้นพื้นฐานต่อสังคม

4. การตกลงร่วมกันผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขันในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มุ่งควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจ (Conduct Control) โดยการกำกับดูแลการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การตกลงร่วมกันผูกขาด ลด และ

¹⁷ Dave Hansen, *Antitrust Lawsuit Filed against Large Academic Publishers* [Online], 1 October 2025. Source: <https://www.authorsalliance.org/2024/09/17/antitrust-lawsuit-filed-against-large-academic-publishers/>

จำกัดการแข่งขัน การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และการตกลงร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจต่างประเทศโดยไม่มีเหตุสมควร นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยฉบับปัจจุบันยังมุ่งควบคุมโครงสร้างตลาด (Structure Control) โดยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ จากข้อเท็จจริงในคดี Uddin v. Elsevier, B.V. et al. หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายไทยถือเป็นกรณีการตกลงร่วมกันผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขัน ซึ่งกฎหมายไทยแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบร้ายแรง (Hardcore Cartel) ตามมาตรา 54 และการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบไม่ร้ายแรง (Non-Hardcore Cartel) ตามมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบร้ายแรงตามมาตรา 54¹⁸ มุ่งใช้บังคับกับการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในแนวราบที่อยู่ในตลาดเดียวกัน (Horizontal Agreement)¹⁹ และเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายโดยไม่ต้องพิสูจน์ (per se Infringement) หมายถึง ผู้ประกอบการรายใดฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 54 อันได้แก่ การร่วมกันกำหนดราคา (Price Fixing) การร่วมกันจำกัดปริมาณ (Quantity Limitation) การอ้วประมูล (Bid Rigging) และการร่วมกันแบ่งท้องที่ (Market Allocation) ถือว่ามีความผิดตามกฎหมายมาตรานี้โดยไม่คำนึงถึงค่าเสียหายตามที่เป็นจริง (Actual Damage) อำนาจตลาด (Market Power) หรือประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น (Efficiency Gain)²⁰ ส่วนการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบไม่ร้ายแรงตามมาตรา 55²¹ อาทิ การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีคู่แข่ง

¹⁸ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการ

(2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน

(3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือ ประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้า หรือบริการ

(4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือ ซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น...”

¹⁹ วิษณุ วงศ์สินศิริกุล, พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า มาตรา 54 vs 55...ความเหมือนที่ต่าง [ออนไลน์], 1 ตุลาคม 2568. แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/business/business/1126810>

²⁰ พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล, ปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2565), หน้า 111.

²¹ มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็น การผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่ง ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54 (1) (2) หรือ (4) ระหว่างผู้ประกอบการที่มีคู่แข่งในตลาดเดียวกัน

(2) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ

ชั้นในตลาดเดียวกัน การลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการ การให้บุคคลเดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการประเภทเดียวกัน พฤติกรรมความผิดภายใต้มาตรา 55 เหล่านี้ ต้องพิจารณาโดยใช้หลักแห่งเหตุผล (The Rule of Reason) โดยให้ผู้ต้องสงสัยในคดีชี้แจงและพิสูจน์ว่าไม่มีการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้น²² สิ่งที่เกิดขึ้นในคดีฟ้องร้องระหว่างนักวิชาการกับสำนักพิมพ์วารสารวิชาการรายใหญ่และทรงอิทธิพล 6 ราย ซึ่งโดยปกติย่อมเป็นคู่แข่งในตลาดเดียวกัน และมีการตีพิมพ์ผลงานวิชาการรวมกันเป็นจำนวนมากกว่า 50% ของวารสารวิชาการระดับนานาชาติ แต่กลับมีพฤติกรรมตกลงร่วมกันกำหนดราคาโดยการไม่จ่ายค่าบริการอันเป็นค่าตอบแทนการประเมินคุณภาพบทความให้แก่ผู้ทรงคุณวุฒิ พฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันด้วยการกำหนดให้ส่งต้นฉบับไปยังวารสารได้เพียงฉบับเดียวเท่านั้นในระหว่างกระบวนการพิจารณา และพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันด้วยการห้ามไม่ให้เผยแพร่หรือหารือเกี่ยวกับต้นฉบับหลังจากที่ได้ส่งไปยังวารสารและอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณา หากพิจารณาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยย่อมเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างคู่แข่งในตลาดเดียวกันที่ส่งผลกระทบต่อภัยแรงตามมาตรา 54 ที่ต้องอาศัย "หลักการผิดกฎหมายโดยตัวมันเอง" (*illegal per se*) อันเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายโดยไม่ต้องพิสูจน์ ดังนั้น หากบังคับตามกฎหมายไทย การตกลงร่วมกันของสำนักพิมพ์รายใหญ่ทั้ง 6 ราย ย่อมเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

อย่างไรก็ตาม ความผิดเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ในทางปฏิบัติมักเกิดประเด็นปัญหาในเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิด ทั้งในชั้นสืบสวนสอบสวนและชั้นพิจารณา เนื่องจากพยานหลักฐานโดยตรง (Direct Evidence) มักจะอยู่ในความครอบครองหรือความรู้เห็นของผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นหลัก อีกทั้งความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่มีโทษอาญา ดังนั้น มาตรฐานการพิสูจน์จึงถูกกำหนดไว้สูงที่สุด กล่าวคือให้พิสูจน์จนปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Proof Beyond Reasonable Doubt) ตามหลักกฎหมายมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²³ ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายรวมถึงแนวคำตัดสินของศาลฎีกาไทยนั้นวางหลักให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวด้วยความระมัดระวัง และไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย เว้นแต่จะมีเหตุผลอันหนักแน่น มีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดี หรือมีพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุน ตามหลักกฎหมายมาตรา 227/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

(3) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกัน

(4) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน

(5) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

²² พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล, ปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560, หน้า 112.

²³ มาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อยู่ยพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

อาญา²⁴ อีกทั้งประเทศไทยขาดมาตรการลดหย่อนโทษ (Leniency Program) ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญที่จะช่วยในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยตรงในความผิดเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันตามมาตรา 54²⁵

5. บทส่งท้าย

วารสารวิชาการในประเทศไทยมักจัดทำโดยสถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานของรัฐ ไม่ได้มีสำนักพิมพ์วารสารวิชาการเชิงพาณิชย์ดังเช่นกรณีวารสารวิชาการนานาชาติ ซึ่งกระบวนการในการตีพิมพ์ในประเทศไทยมีทั้งส่วนที่เหมือนและส่วนที่ต่างกับการตีพิมพ์ในวารสารวิชาการนานาชาติ ส่วนที่เหมือนกันคือการกำหนดให้ส่งต้นฉบับไปยังวารสารได้เพียงฉบับเดียวเท่านั้นในระหว่างกระบวนการพิจารณา และการห้ามไม่ให้เผยแพร่ต้นฉบับหลังจากที่ได้ส่งไปยังวารสารและอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณา ส่วนที่ต่างกันคือวารสารวิชาการในประเทศไทยส่วนมากมีค่าตอบแทนการประเมินคุณภาพบทความให้แก่ผู้ทรงคุณวุฒิ และไม่มีค่าใช้จ่ายในการเข้าถึงบทความวิชาการ ส่วนประเด็นค่าใช้จ่ายในการตีพิมพ์นั้นมีทั้งแบบที่มีและไม่มีค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์ อย่างไรก็ตาม ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์ในวารสารวิชาการในประเทศไทยไม่ได้สูงเกินควรดังเช่นกรณีการตีพิมพ์ในวารสารวิชาการนานาชาติ ผลของคดี Uddin v. Elsevier, B.V. et al. เป็นประเด็นที่น่าติดตามอย่างยิ่งเนื่องจากคำพิพากษาในคดีนี้จะเป็นบรรทัดฐานต่อการปฏิรูปอุตสาหกรรมการพิมพ์วิชาการระดับโลก โดยเฉพาะในประเด็นค่าใช้จ่ายในการตีพิมพ์ในวารสารวิชาการนานาชาติ ซึ่งหากสำนักพิมพ์รายใหญ่ทั้ง 6 รายแพ้คดี อาจส่งผลดีให้นักวิชาการทั่วโลกเสียค่าใช้จ่ายในการตีพิมพ์น้อยลง

²⁴ มาตรา 227/1 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยชี้ขาดโทษ พยานบอกเล่า พยานชัดทอด พยานที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้าน หรือพยานหลักฐานที่มีข้อบกพร่องประการอื่นอันอาจกระทบถึงความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น ศาลจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง และไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย เว้นแต่จะมีเหตุผลอันหนักแน่น มีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดี หรือมีพยานหลักฐานประกอบอื่นมาสนับสนุน...”

²⁵ เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์, สัมผัสคดีต่างประเทศ: การรับฟังพยานแวดล้อมในความผิดการตกลงร่วมกัน (Hardcore Cartels) ในบริบทของประเทศญี่ปุ่น อินโดนีเซีย และเกาหลีใต้, ดุลพาห, ปีที่ 67 เล่มที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2563), หน้า 164.

รายการอ้างอิง

- เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์, สัมผัสคดีต่างประเทศ: การรับฟังพยานแวดล้อมในความผิดการตกลงร่วมกัน (Hardcore Cartels) ในบริบทของประเทศญี่ปุ่น อินโดนีเซีย และเกาหลีใต้, ดุลพาห, ปีที่ 67 เล่มที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2563).
- ไพรพัฒน์ โชคสุวัฒนสกุล, ปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2565).
- วิษณุ วงศ์สินศิริกุล, พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า มาตรา 54 vs 55...ความเหมือนที่ต่าง [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/business/business/1126810>
- สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.), ศาลสั่งเลิखเอนจินและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตขวาง Sci-Hub [ออนไลน์], 9 พฤศจิกายน 2568. แหล่งที่มา: https://www.nstda.or.th/home/knowledge_post/search-engines-block-scihub/
- สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.), สำนักพิมพ์ Elsevier: ศาลตัดสินให้ชนะคดีละเมิดลิขสิทธิ์จาก Sci-Hub จำนวน 15 ล้านเหรียญสหรัฐ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.nstda.or.th/home/knowledge_post/sci-hub/
- Arash Abizadeh, **Academic Journals Are a Lucrative Scam – And We’re Determined to Change That** [Online], Source: <https://www.theguardian.com/commentisfree/article/2024/jul/16/academic-journal-publishers-universities-price-subscriptions>
- Dave Hansen, **Antitrust Lawsuit Filed against Large Academic Publishers** [Online], Source: <https://www.authorsalliance.org/2024/09/17/antitrust-lawsuit-filed-against-large-academic-publishers/>
- Emilia C. Bell, Karl Huang and Lucy Montgomery, **Academic Publishing Is a Multibillion - Dollar Industry. It’s Not Always Good for Science** [Online], Source: <https://theconversation.com/academic-publishing-is-a-multibillion-dollar-industry-its-not-always-good-for-science-250056>
- Eric Schares and others, **Estimating Global Article Processing Charges Paid to Six Publishers for Open Access 2019-2023** [Online], Source: <https://opusproject.eu/openscience-news/estimating-global-article-processing-charges-paid-to-six-publishers-for-open-access-2019-2023/>

- Gert Storms, Pieter Moors and Tom Heyman, **On the Cost of Knowledge: Evaluating the Boycott against Elsevier**, *Frontiers in Research Metrics and Analytics*, Volume 1 Article 7 (October 2016).

- Martin Hagve, **The Money behind Academic Publishing** [Online], Source: <https://tidsskriftet.no/en/2020/08/kronikk/money-behind-academic-publishing>

- Michael Hiltzik, **UC Achieves Another Big Win in Its Long Battle with Major Scientific Publishers** [Online], Source: <https://www.latimes.com/business/story/2021-03-16/uc-wins-battle-with-elsevier>.

- Michael Williams, Mo Xiao and Yonghong An, **High Prices and Market Power of Academic Publishing Reduce Article Citations** [Online], Source: <https://www.promarket.org/2024/04/24/high-prices-and-market-power-of-academic-publishing-reduce-article-citations/>

- The Royal Society, **History of Scientific Journals** [Online], 9 November 2025. Source: <https://royalsociety.org/journals/publishing-activities/publishing350/>

๒ กระบวนการตีพิมพ์บทความ

วารสารมีกระบวนการตีพิมพ์บทความดังต่อไปนี้

(1) ผู้นิพนธ์ส่งบทความเข้าสู่ระบบ

(2) บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ได้รับบทความแล้ว”

(3) ตรวจสอบรายการอ้างอิงของบทความ (ทั้งรายการอ้างอิงในรูปแบบเชิงบรรณานุกรมและรายการอ้างอิงท้ายบทความ) ว่าถูกต้องตามรูปแบบที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์” หรือไม่

(3.1) หากถูกต้อง ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป

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

(4) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาบทความ และบรรณาธิการแจ้งผลการพิจารณาบทความให้ผู้นิพนธ์ทราบตามแต่กรณีดังต่อไปนี้

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

(4.2) กรณีไม่รับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา” พร้อมทั้งระบุเหตุผลที่ไม่รับบทความไว้พิจารณาให้ผู้นิพนธ์ทราบ

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

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

(6) ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความประเมินคุณภาพบทความแบ่งออกเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้

(6.1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ โดยไม่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติม

(6.2) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติมก่อน

(6.3) เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

หมายเหตุ กรณี “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” หากผลการประเมินคุณภาพบทความไม่เป็นเอกฉันท์ ให้ถือตามเสียงข้างมากของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ ส่วนกรณี “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นหากผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความอีก

ท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์ คณะผู้จัดทำวารสารจะพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยึด

(7) บรรณาธิการแจ้งผลการประเมินคุณภาพบทความตามข้อ (6) ให้ผู้นิพนธ์ทราบ

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

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

(8) พิสูจน์อักษรและจัดหน้ากระดาษ

(9) ตีพิมพ์บทความ

๙ จริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ ๙

บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์

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

บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

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

บทบาทและหน้าที่ของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

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

คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์

โปรดดูรายละเอียดในเว็บไซต์ของวารสาร





วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

เว็บไซต์ <https://so08.tci-thaijo.org/index.php/MFULJ>

อีเมล journal.law@mfu.ac.th

เฟซบุ๊ก www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th

