



Mae Fah Luang University

Law Journal

Volume 9 Issue 2

(July - December 2026)





วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 • กรกฎาคม - ธันวาคม 2569

Mae Fah Luang University Law Journal

Volume 9 Issue 2 • July - December 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

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จัดทำวารสารฉบับนี้ขึ้น โดยมีเป้าหมายหลักคือทำหน้าที่เป็นพื้นที่ในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งเขียนขึ้นโดยมุ่งสร้างองค์ความรู้ต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบกฎหมายไทย ตลอดจนปฏิสัมพันธ์หรือการศึกษาระบบกฎหมายไทยผ่านการเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอื่น ที่จะต้องผ่านการตรวจสอบอย่างเข้มงวดจากผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งสอดคล้องกับเป้าหมายของสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ที่จะสร้างความเป็นเลิศทางวิชาการนิติศาสตร์ และปฏิบัติตามพันธกิจในการส่งเสริมและพัฒนาระบบกฎหมายไทยโดยอาศัยองค์ความรู้ทางวิชาการที่ทันสมัย

นโยบายและขอบเขตเนื้อหาของบทความที่รับตีพิมพ์

วารสารมีเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัย บทความวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาล บทความแนะนำหนังสือ และบทความแสดงความคิดเห็นทางกฎหมาย ที่มุ่งศึกษาถึงระบบกฎหมายของประเทศไทยในทุกมิติ ทั้งในด้านประวัติศาสตร์ ทฤษฎี สถาบันทางกฎหมาย รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคม นอกจากนี้ วารสารยังรับพิจารณาบทความที่เขียนขึ้นในเชิงศึกษาเปรียบเทียบและสหวิชาการ ซึ่งศึกษาระบบกฎหมายของประเทศไทยในบริบทของการพัฒนากฎหมายใน

ขอบเขตต่าง ๆ เช่น อาเซียน หรือบริบทสากล ทั้งนี้ วารสารเปิดรับบทความทางกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายสิ่งแวดล้อม ประวัติศาสตร์กฎหมาย รวมถึงสาขาอื่นที่มีกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นฐาน โดยวารสารมุ่งหวังให้ได้รับการสนับสนุนจากนักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้กำหนดนโยบาย และนิสิตนักศึกษา ในการส่งบทความเข้ารับการตีพิมพ์เพื่อส่งเสริมและเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมาย สนับสนุนการพัฒนากฎหมาย และเพื่อให้วารสารกลายเป็นแหล่งอ้างอิงที่เชื่อถือได้สำหรับการวิจัยและการศึกษาด้านกฎหมายต่อไป

ประเภทของบทความที่รับตีพิมพ์

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

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

2. **บทความวิชาการ** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์กฎหมายทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านองค์ความรู้หรือการนำไปประยุกต์ใช้ต่อไป

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

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

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

6. **ปกิณกะกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยซึ่งเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจ

7. **แนะนำหนังสือกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่แนะนำหนังสือกฎหมายที่น่าสนใจ

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

กำหนดเวลาเปิดรับพิจารณาบทความ

วารสารเปิดรับพิจารณาบทความตลอดทั้งปี

ลักษณะของการประเมินคุณภาพบทความ

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

ในกรณีที่บทความใดนิพนธ์โดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่ว่าผู้นิพนธ์จะอยู่ในสถานะอาจารย์ประจำ อาจารย์อาวุโส เจ้าหน้าที่ หรือนักศึกษา ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความที่ประเมินคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงกรณีที่บทความซึ่งมีผู้นิพนธ์ร่วมกันตั้งแต่ 2 ท่านขึ้นไปและผู้นิพนธ์ท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ภาษาที่รับตีพิมพ์

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

กำหนดเวลาตีพิมพ์

วารสารมีกำหนดเวลาตีพิมพ์บทความปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังต่อไปนี้

ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม

คุณภาพของวารสาร

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

ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนผู้พิมพ์

วารสารไม่มีนโยบายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้พิมพ์ในทุกขั้นตอนและไม่มีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้พิมพ์

ค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

วารสารมีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความเป็นจำนวนเงินท่านละ 2,000 บาท (สองพันบาทถ้วน) ทั้งนี้ ไม่ว่าผลสุดท้ายบทความที่ประเมินคุณภาพนั้น จะได้รับการตีพิมพ์หรือไม่ก็ตาม

เลขมาตรฐานสากลของวารสาร

ISSN [Online] : 2774-020X

ISSN [Print] : 2774-0765

เจ้าของ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ทำเนียบบรรณาธิการ

พ.ศ. 2567 เป็นต้นไป อาจารย์ ดร. ณัฐดนัย นาจันทร์

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

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

บรรณาธิการ

Editor

อาจารย์ ดร. ณัฐดนัย นาจันทร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Dr. Natdanai Nachan

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

Assistant Editors

อาจารย์รัชฎ์ฐ มะโนแสน

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Ajarn Rachanatt Manosan

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์อาภาเพ็ญ ปันตวง

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.วิวรรณ ดำรงกุลนันท์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Dr. Wiwat Damrongkulnan

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 Dr. Wimpat Rajpradit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Dr. Archariya Wongburanavart

Faculty of Law, Chiang Mai university

อาจารย์ ดร.นิตี จันจิระสกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

Dr. Niti Janjirasakul

Faculty of Law, University of the Thai Chamber of Commerce

อาจารย์ ดร.ริญญภัทร์ ณ สงขลา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

Dr. Rinyapath N. Songkhla

Faculty of Law, Prince of Songkhla University

อาจารย์ ดร.พิมลกร แปงฟู

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Dr. Pimonkorn Pangfoo

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์ ดร.นวลจันทร์ แจ้งจิตร

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

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

- ศาลปกครองกับความเป็นภาวะวิสัยเชิงระบบ: พื้นฐานแนวคิด
ปัญหาเชิงปฏิบัติ และหลักเกณฑ์เพื่อประสิทธิภาพและความเป็นกลาง 16

Systemic Objectivity in Administrative Courts: Conceptual Foundations,
Practical Challenges, and Rules for Efficient, Impartial Review

ปภาณณ ปังกรภูรินทร์

Paphanphon Paphangkornphurin

- กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบกับ
การขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบที่ยั่งยืนของอาเซียน: วิเคราะห์ความเชื่อมโยง
ระหว่างการประสานกฎหมายและประสิทธิภาพโลจิสติกส์ 53

ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT) and
ASEAN's Sustainable Multimodal Transport: Exploring Correlations between
Legal Harmonisation and Logistics Performance

นวลจันทร์ แจ้งจิตร

Nuanchan Changchit

บทความวิจัย

- หลักการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราว
ก่อนการพิพากษาคดีปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน 85

The Principle of Protecting the Party's Rights on Provisional Measures Judicial in
Administrative Cases: A Comparative Study of Thai, French, and German Laws

ศุภวุฒิ โมกข์เมธากุล | สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล

Suphawut Mokmethakul | Supaporn Pituckphaosakul

บทความวิจัย

- ข้อจำกัดทางกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการ
ชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนในกรณีการลงทุนข้ามพรมแดนของประเทศไทย 117

Legal Limitations of Thailand in Implementing the UN Guiding Principles
on Business and Human Rights in Thailand Cross-Border Investment Cases

นฤตล พิมพันธ์

Naruedon Phimnon

- ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย 149

Legal Considerations for the Protection of Personal Data
in Private Higher Education Institutions in Thailand

นิตาวรรณ เพระสุนทร

Nidawan Pawcsuntorn

- แนวทางและมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนกิจการอวกาศ:
ศึกษากรณีจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศไทย 181

Guidelines and Measures for the Promotion and Support of Space Activities:
A Case Study the Establishment of the Thai Space Activities Promotion Fund

ชูเกียรติ น้อยฉิม | อรัชมน พิเชฐวรกุล | สุวิจักขณ์ จันทาพันธ์ | นภวัฒน์ สืบนุสรณ์

Chukeat Noichim | Arachamon Pichetworakoon |
Suwijak Chandaphan | Napawat Suebnusorn

บทความวิจัย

- การพัฒนากฎหมายและแผนปฏิบัติการเพื่อสร้างสรรค์เด็กไทย

ปลอดภัยจากการคุกคาม

212

Law and Action Plan for “Bullying-Free School”

เกวลิน ต่อปัญญาชาญ | วลัยวรรณ มธุรสปรีชากุล | สฤทธิเทพ สุขแก้ว

Keovalin Torpanyacharn | Walaiwan Mathurotpreechakun | Sarithep Sukkaew

- พัฒนาการของข้อบทการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ

236

Evolution of a Denial of Benefits Clause in International Investment Agreements

โชติกา วิทยาวารกุล

Chotika Wittayawarakul

- สิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก

และแม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก) สำหรับการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม:

ศึกษาความเป็นไปได้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดน

287

Individual Rights and Community Rights in the Mekong River Basin, Kok River,
and Sai River (Including the Ruak River) for Environmental Justice Claims:

A Legal Feasibility Study on Transboundary Pollution Litigation

ชูเกียรติ น้อยฉิม | พรณภัส สุวลักษณ์ วอห์น

Chukeat Noichim | Pornnapat Suwaluck Vaughan

บทความวิชาการ (Academic Article)

ศาลปกครองกับความเป็นภาวะวิสัยเชิงระบบ: พื้นฐานแนวคิด ปัญหาเชิงปฏิบัติ และหลักเกณฑ์เพื่อประสิทธิภาพและความเป็นกลาง Systemic Objectivity in Administrative Courts: Conceptual Foundations, Practical Challenges, and Rules for Efficient, Impartial Review

ปภาณภณ ปรางกรภูรินท์*

ผู้อำนวยการกองบริหารงาน

คณะนิติศาสตร์และนวัตกรรมการจัดการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

อีเมล: tonnida4@gmail.com

Paphanphon Paphangkornphurin

Director

Graduate School of Communication Arts and Management Innovation,

National Institute of Development Administration

148 Serithai Road, Klong-Chan, Bangkok, 10240

E-mail: tonnida4@gmail.com

วันที่รับบทความ 25 ตุลาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 27 กุมภาพันธ์ 2569 ;

วันที่ตอบรับบทความ 2 มีนาคม 2569

*นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (เกียรตินิยม) สาขาการพัฒนาศาสตร์มนุษยและองค์การ
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์; อยู่ระหว่างศึกษาต่อ
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์; อีเมลติดต่อ tonnida4@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสภาพปัญหาทางกฎหมายที่ศาลปกครองเผชิญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งฝ่ายปกครองมีภารกิจ อำนาจดุลพินิจ และความซับซ้อนทางเทคนิคเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยใช้แนวคิด “ความเป็นภาวะวิสัยเชิงระบบ” เป็นกรอบวิเคราะห์เพื่อชี้ว่า ความเป็นภาวะวิสัยมิใช่เพียงคุณลักษณะส่วนบุคคลของตุลาการ หากเป็นสถาปัตยกรรมของกระบวนการพิจารณาที่ทำให้การชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริง มาตรฐานกฎหมาย และเหตุผลของฝ่ายปกครองตรวจสอบได้ สม่าเสมอ และคาดหมายได้ ผลการศึกษาพบว่า ความเปราะบางสำคัญของความเป็นภาวะวิสัยในคดีปกครองปรากฏเด่นชัดในสามมิติ ได้แก่ (1) เส้นแบ่งที่ไม่ชัดเจนระหว่างการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายกับการเข้าไปแทนที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (2) ภาวะไม่สมมาตรด้านข้อมูลและความเชี่ยวชาญ โดยเฉพาะคดีที่มีความซับซ้อนเชิงเทคนิค ซึ่งจำกัดความสามารถของศาลในการทดสอบเหตุผลของฝ่ายปกครอง และ (3) แรงกดดันจากคตินโยบายสาธารณะ ความมั่นคง และภาวะฉุกเฉิน รวมถึงปัจจัยเชิงสถาบันภายในองค์กรตุลาการ เช่น ระบบแต่งตั้ง โยกย้าย ประเมินผล และวัฒนธรรมองค์กร อันอาจทำให้มาตรฐานการตรวจสอบคลาดเคลื่อนหรือไม่เสมอต้นเสมอปลาย บทความเสนอให้ทำให้ความเป็นภาวะวิสัยเกิดขึ้นได้จริงผ่านมาตรการเชิงระบบและเชิงกระบวนการ ได้แก่ การจัดให้มีผู้เชี่ยวชาญเป็น “ผู้ช่วยศาล” ผ่านทะเบียนกลางที่โปร่งใสและตรวจสอบได้ การพัฒนาระบบบริหารจัดการคดีและกำหนดกรอบเวลามาตรฐานตามประเภทคดีเพื่อสนับสนุนการแสวงหาความจริงอย่างมีข้อมูล การธำรงความเป็นภาวะวิสัยในคดีความมั่นคงและสถานการณ์ฉุกเฉินโดยกำหนดเกณฑ์ความสามารถตรวจสอบได้โดยศาลแบบแยกประเด็นแทนการปฏิเสธการพิจารณาแบบเหมารวม และสร้างมาตรการวิธีพิจารณาเพื่อจัดการข้อมูลลับโดยยังคงแก่นของการพิจารณาที่เป็นธรรม และการพัฒนาองค์ความรู้เฉพาะด้านของตุลาการอย่างเชิงรุกโดยร่วมมือกับสถาบันภายนอก ทั้งนี้ โดยคงบทบาทศาลในระบบได้ส่วนเชิงรุกและการใช้หลักกฎหมายปกครองทั่วไป เช่น หลักความได้สัดส่วนและหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ควบคู่กับการอ้างอิงแนวคำพิพากษาเพื่อความสม่าเสมอและความคาดหมายได้ อันนำไปสู่การถ่วงดุลอำนาจรัฐอย่างเที่ยงธรรมและมีประสิทธิผลตามหลักนิติรัฐในระบอบประชาธิปไตยร่วมสมัย

คำสำคัญ: ความเป็นภาวะวิสัยเชิงระบบ, ศาลปกครอง, การตรวจสอบดุลพินิจ, หลักความได้สัดส่วน, การบริหารจัดการคดี

Abstract

This article examines the legal challenges confronting administrative courts in reviewing the lawfulness of administrative action within the modern state, where the executive's mandates, discretionary powers, and technical complexity have continuously expanded. Employing the concept of systemic objectivity as an analytical framework, the article argues that objectivity is not merely a personal virtue of judges. It is a procedural architecture that renders the weighing of facts, legal standards, and administrative reasoning reviewable, consistent, and predictable. The study finds that the principal vulnerabilities of objectivity in administrative adjudication manifest in three dimensions. First, the boundary is often blurred between judicial review of legality and impermissible substitution of administrative discretion. Second, informational and expertise asymmetries, particularly in technically complex cases, constrain the court's capacity to effectively test administrative reasons. Third, external pressures arising from public policy, national security, and emergency cases, together with internal institutional factors within the judiciary, including appointment, transfer, evaluation systems, and organizational culture, may produce deviations or inconsistencies in standards of review. The article proposes operationalizing systemic objectivity through systemic and procedural reforms. These include establishing a transparent and accountable centralized roster of experts to serve as court appointed assistants, developing case management mechanisms and standardized timeframes by case type to support informed fact finding, safeguarding objectivity in security and emergency cases through issue specific justiciability criteria rather than categorical non justiciability, and designing procedural safeguards for handling classified information while preserving the core of a fair hearing. The proposals also include proactively strengthening judicial specialized knowledge through collaboration with external institutions. These reforms are advanced while maintaining the court's active inquisitorial role and applying general principles of administrative law, such as proportionality and legitimate expectations, together with consistent reliance on precedent to enhance coherence and foreseeability. In doing so, the article aims to promote effective and impartial checks on state power under the rule of law in contemporary democratic governance.

Keywords: Systemic Objectivity, Administrative Courts, Review of Discretion, Proportionality, Case Management

1. บทนำ

ในบริบทของรัฐสมัยใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐสวัสดิการ (Welfare State) บทบาทและภารกิจของฝ่ายปกครองได้ขยายขอบเขตกว้างขวางไปอย่างมีนัยสำคัญ ภารกิจของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน แต่ได้พัฒนาไปสู่การจัดทำบริการสาธารณะเชิงรุก เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในมิติต่าง ๆ ตั้งแต่การวางโครงสร้างพื้นฐาน การกำกับดูแลระบบเศรษฐกิจ การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ไปจนถึงการจัดสวัสดิการสังคม การศึกษา และการสาธารณสุข อำนาจที่แผ่ไพศาลนี้ย่อมนำมาซึ่งความสามารถในการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างกว้างขวางและลึกซึ้ง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป การออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อเอกชน เป็นรายกรณี หรือการกระทำทางกายภาพอื่น ๆ สถานะการณ์เช่นนี้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างรัฐกับประชาชน และยิ่งรัฐพยายามจัดทำบริการสาธารณะเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนมากเพียงใด ก็ยิ่งสร้างโอกาสในการล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นเพียงนั้น ด้วยเหตุนี้กลไกการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงมีใช้เพียงทางเลือก แต่เป็นองค์ประกอบที่จำเป็นอย่างยิ่งยวดสำหรับรัฐสมัยใหม่ที่ยึดมั่นในระบอบประชาธิปไตย¹

หลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่ โดยมีสาระสำคัญว่าการใช้อำนาจของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หลักการนี้ทำหน้าที่เป็นกลไกคุ้มครองไม่ให้อำนาจรัฐถูกใช้ตามอำเภอใจ² และเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ ภายใต้แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ (Montesquieu) ฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ศาล” ได้รับการยอมรับว่ามีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เพื่อให้การกระทำของรัฐเป็นไปตามกรอบของกฎหมายและหลักความยุติธรรม³ การจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถือเป็นพัฒนาการที่สำคัญในการทำให้หลักนิติรัฐเกิดผลเป็นรูปธรรม โดยสร้างกลไกพิเศษให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้โดยตรง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง แต่การตรวจสอบดังกล่าวมิได้ไร้ขีดจำกัด ประเด็นปัญหาสำคัญที่ทำทลายวงการกฎหมายมหาชนทั่วโลกและในประเทศไทยคือ ศาลจะธำรงรักษาความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) ในการตรวจสอบของตนไว้ได้อย่างไร โดยเฉพาะเมื่อต้องเผชิญกับการกระทำทางปกครองที่ต้องอาศัยความรู้ทางเทคนิคหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (Technically

¹Kathleen G Noonan, Charles F Sabel, and William H. Simon, ‘Legal Accountability in the Service-Based Welfare State: Lessons from Child Welfare Reform’ (2009) 34 Law & Social Inquiry 523, 560–561.

²บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ (พิมพ์ครั้งที่ 2, วิญญูชน 2561) 26.

³วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 3, อานกฎหมาย 2564) 270–272.

Complex Acts)⁴ เช่น การอนุมัติรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม การกำกับดูแลเสถียรภาพของสถาบันการเงิน หรือการอนุญาตให้ใช้ผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์ ซึ่งศาลอาจไม่มีองค์ความรู้ที่ลึกซึ้งเพียงพอที่จะประเมินความถูกต้องของข้อเท็จจริงเชิงวิทยาศาสตร์หรือเศรษฐศาสตร์ได้อย่างถ่องแท้ หรือกรณีที่กฎหมายมอบอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ให้แก่ฝ่ายปกครองในการตัดสินใจเลือกมาตรการที่เหมาะสมกับสถานการณ์⁵ หากศาลก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของดุลพินิจจนถึงขนาดที่นำความเห็นของตนเข้าไปแทนที่ความเห็นของฝ่ายปกครอง ก็อาจกลายเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหารและกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินได้ ในทางกลับกัน หากศาลใช้ความระมัดระวังมากเกินไปจนไม่กล้าตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่ชอบ ก็จะทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนบกพร่องไป ดังนั้น การแสวงหาจุดดุลยภาพ เส้นแบ่งนี้ คือหัวใจสำคัญของการตรวจสอบอย่างเป็นภาวะวิสัย และเป็นโจทย์ที่ท้าทายที่สุดสำหรับศาลปกครองในปัจจุบัน

จากความท้าทายที่กล่าวมาข้างต้น บทความนี้จึงมุ่งเน้นการศึกษาใน 3 ประเด็นหลัก ประการแรก คือ การสำรวจและทำความเข้าใจแนวคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความเป็นภาวะวิสัยในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของศาล ประการที่สอง คือการวิเคราะห์ปัญหาและข้อจำกัดในทางปฏิบัติที่ศาลต้องเผชิญเมื่อตรวจสอบการกระทำที่ซับซ้อนทางเทคนิคและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และประการสุดท้าย คือการแสวงหาและนำเสนอแนวทางตลอดจนหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจน ซึ่งจะช่วยให้ศาลสามารถดำเนินการกิจการตรวจสอบได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นกลาง เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ อันจะนำไปสู่การเสริมสร้างความน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและหลักนิติรัฐให้มั่นคงยิ่งขึ้น

2. ความเป็นภาวะวิสัยในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของศาล

ในการตั้งคำถามและท้าทายโมทัศน์ว่าด้วยการตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลภายใต้เงื่อนไขของสังคมร่วมสมัยที่มีความซับซ้อนสูง ประเด็นสำคัญประการหนึ่งคือการออกแบบกลไกเชิงสถาบันและเชิงระเบียบวิธี เพื่อจำกัดและลดทอนความเป็นอัตวิสัยในการใช้ดุลพินิจของผู้ใช้อำนาจวินิจฉัย กรอบคิดเรื่องความเป็นภาวะวิสัยเชิงระบบ (Systemic Objectivity) สามารถอธิบายให้เห็นเด่นชัดผ่านความพยายามของโรนัลด์ ดเวิร์กคิน (Ronald Dworkin) โดยเฉพาะที่ปรากฏในงานเขียนอมตะอย่าง Law's Empire (1986) และ Taking Rights Seriously (1977) ซึ่งมุ่งวางข้อจำกัดต่อการพึ่งพาความพึงพอใจส่วนบุคคลในการสร้างผลทางกฎหมาย ด้วยการยึดโยงการตัดสินใจกับเหตุผลเชิงหลักการและความสอดคล้องของระบบกฎหมายใน

⁴Filippo Borriello, 'The Judicial Review of Technical Discretion in the Activity of the Independent Administrative Authorities' (2021) 12 Federalismi.it 1, 11–13.

⁵Ronald M Levin, 'Administrative Discretion, Judicial Review, and the Gloomy World of Judge Smith' (1986) Duke Law Journal 258, 264–266.

ภาพรวม ภายใต้แนวคิดดังกล่าว ดเวิร์กคินอาศัยกรอบทฤษฎีเชิงสถาบัน (Institutional Theory) และ หลักบูรณภาพของกฎหมาย (Integrity) เพื่อกำหนดให้การวินิจฉัยต้องตั้งอยู่บนเหตุผลที่ให้คำอธิบายได้และ อยู่ภายใต้เกณฑ์ความสอดคล้องเหมาะสม (Criterion of Fit) กล่าวคือ การให้ความหมายแก่กฎหมายและการ ตัดสินคดีต้องสอดคล้องกับโครงสร้างของแนวปฏิบัติทางกฎหมายที่มีอยู่ และคงไว้ซึ่งความต่อเนื่องเป็นเอกภาพ ของหลักการที่รองรับระบบกฎหมาย แนวทางนี้จึงมีนัยสำคัญในเชิงระเบียบวิธี เพราะเป็นการเลื่อนจุดเน้นจาก การยึดถือ “คุณลักษณะส่วนบุคคล” ของผู้ตัดสิน ไปสู่การทำให้ “โครงสร้างเชิงระบบ” ทำหน้าที่เป็นกลไก ตรวจสอบและควบคุมความเป็นอัตวิสัยให้อยู่ภายในขอบเขตที่สามารถรับรู้ ตรวจสอบ และจำกัดได้อย่างเป็น เหตุเป็นผล⁶

2.1 ความเป็นภาวะวิสัยในทางนิติศาสตร์: รากฐานแห่งความชอบธรรมของอำนาจตุลาการ

2.1.1 ความเป็นภาวะวิสัยในฐานะการอ้างความมีเหตุผลและข้อกำหนดเชิงญาณวิทยา

ในทางปรัชญากฎหมายสากล ความเป็นภาวะวิสัยคือคุณลักษณะสำคัญที่จำแนกระบบ กฎหมายออกจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Sheer Domination)⁷ การตัดสินคดีของศาลทุกครั้งจึงมี การอ้างถึงความเป็นภาวะวิสัยอยู่โดยนัยเสมอ เพราะเป็นที่ประจักษ์ว่าไม่มีประชาชนใดจะยอมรับระบบ กฎหมายที่ประกาศอย่างเปิดเผยว่าตั้งอยู่บนความลำเอียงหรืออคติของผู้มีอำนาจวินิจฉัยได้⁸ แนวคิดนี้เชื่อมโยง อย่างแนบแน่นกับความชอบธรรมของกฎหมาย กล่าวคือ อำนาจของกฎหมายในสังคมสมัยใหม่ตั้งอยู่บน พื้นฐานของการอ้างความมีเหตุผล (Claim to Rationality) และเนื่องจากการมีเหตุผลย่อมหมายถึงการมี ความเป็นภาวะวิสัยด้วย⁹ ดังนั้น การอ้างความเป็นภาวะวิสัยจึงเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบังคับแห่งกฎหมายที่ ได้รับการยอมรับในทุกกระบวนกฎหมายร่วมสมัย อาจกล่าวได้ว่า ความเป็นภาวะวิสัยคือคุณค่าที่ประกอบสร้าง กฎหมายขึ้นมา ทั้งในมิติของความชอบธรรม การให้เหตุผลสนับสนุน และอำนาจบังคับ¹⁰

⁶F Whyte, 'Bias and the Special Place of the Supreme Court' (Bachelor of Laws (with Honours) dissertation, University of Otago 2008) 4–5, 8.

⁷Jorge Luis Fabra-Zamora and Gonzalo Villa-Rosas, eds., *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning* (Edward Elgar 2022) cited in Jorge Luis Fabra-Zamora, 'Probing the Meaning of Objectivity in the Law' (University at Buffalo School of Law) <<https://www.law.buffalo.edu/links/2023-January/fabra-zamora.html>> accessed 10 October 2025

⁸Gonzalo Villa-Rosas and Jorge Luis Fabra-Zamora, 'Introduction: The Meanings of 'Objectivity'' in Gonzalo Villa-Rosas and Jorge Luis Fabra-Zamora (eds) *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning* (Edward Elgar 2023) 11.

⁹Christopher F Zurn, 'Habermas's Discourse Theory of Law' in Barbara Fultner (ed) *Jürgen Habermas: Key Concepts* (Acumen 2011) 199–201.

¹⁰Matthew H. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2007) xi–xiii; Jeremy Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (2010) NYU School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper No. 10-73.

นอกจากนี้ ความเป็นภาวะวิสัยยังถูกพิจารณาในฐานะข้อกำหนดเชิงญาณวิทยา (Epistemic Requirement) ของคำพิพากษา¹¹ ซึ่งหมายความว่า คำพิพากษาที่ชอบด้วยเหตุผลจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขสองประการ คือ ประการแรก ต้องตั้งอยู่บนการนำเสนอข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในอดีต¹² และประการที่สอง ต้องมีการประเมินข้อโต้แย้งทางกฎหมายของคู่กรณีอย่างเป็นระบบและมีหลักเกณฑ์¹³ แนวคิดนี้สะท้อนให้เห็นว่าความเป็นภาวะวิสัยไม่ใช่การที่ผู้พิพากษาละวางอัตวิสัยของตนเองจนสิ้นเชิง ซึ่งเป็นสภาวะที่เป็นไปไม่ได้ หากแต่คือการยึดถือระเบียบวิธีทางปัญญานักกฎหมายใช้ร่วมกัน (Shared Cognitive Methods)¹⁴ ของนักกฎหมาย ซึ่งเป็นกรอบความคิด หลักการ และวิธีวิทยาที่ได้รับการหล่อหลอมผ่านกระบวนการศึกษาและฝึกฝนทางวิชาชีพกฎหมาย¹⁵ ระเบียบวิธีดังกล่าวทำหน้าที่แทนที่มุมมองส่วนบุคคลด้วยมุมมองเชิงวิชาชีพที่เป็นที่ยอมรับร่วมกัน ทำให้คำพิพากษามีความเป็นกลางและสามารถตรวจสอบได้ตามหลักวิชา

2.1.2 องค์ประกอบหลัก: การปราศจากอคติ การใช้เหตุผล และการยึดถือข้อเท็จจริง

จากกรอบแนวคิดเชิงปรัชญาข้างต้น สามารถจำแนกองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมของความเป็นภาวะวิสัยได้สามประการหลัก ดังนี้

ประการแรก การพิจารณาโดยปราศจากอคติส่วนตน ถือเป็นองค์ประกอบที่ชัดเจนที่สุดของความเป็นภาวะวิสัย หลักการนี้ปรากฏอยู่ในหลักความเป็นกลาง (Impartiality) ซึ่งเป็นหัวใจของหลักกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law)¹⁶ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่าการมีผู้ชี้ขาดที่เป็นกลางเป็นหลักประกันว่าการตัดสินใจจะไม่ตั้งอยู่บนอคติที่บิดเบือนต่อข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย¹⁷ และเพื่อรักษาไว้ซึ่งภาพลักษณ์และความเป็นจริงของความเป็นธรรม¹⁸ การวินิจฉัยจะต้อง

¹¹Amalia Amaya, 'Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding' (2008) 5 Episteme 306, 307; Amalia Amaya, 'Legal Justification by Optimal Coherence' (2011) 24 Ratio Juris 304, 304-316.

¹²Michele Taruffo, 'Inferences in Judicial Decisions about Facts' (2018) 1 Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal 187, 188-189; Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2013) 91.

¹³European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a Fair Trial (civil limb)* (Council of Europe 2020) 236-243; European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice* (Publications Office of the EU 2016) 45; Farrah Ahmed and Adam Perry, 'Expertise, Deference, and Giving Reasons' (2012) Public Law 1, 1-3.

¹⁴Vito Breda, *The Objectivity of Judicial Decisions: A Comparative Analysis of Nine Jurisdictions* (Peter Lang 2017) 12.

¹⁵Owen M. Fiss, 'Objectivity and Interpretation' (1982) 34 Stanford Law Review 739, 744-745; Mark Van Hoecke, 'Objectivity in Law and Jurisprudence' in Jaakko Husa and Mark Van Hoecke (eds.), *Objectivity in Law and Legal Reasoning* (Hart 2013) 12.

¹⁶*In re Murchison*, 349 US 133, 136 (1955).

¹⁷*Ward v. Monroeville*, 409 US 57, 61-62 (1972); *Williams v. Pennsylvania*, 579 US 1 (2016)

¹⁸*Offutt v. United States*, 348 US 11, 14 (1954).

กระทำโดยปราศจากอคติ ความรู้สึกส่วนตัว หรือผลประโยชน์ทับซ้อนใด ๆ ดังที่ประมวลจริยธรรมของผู้พิพากษาแห่งสหรัฐอเมริกา (Code of Conduct for United States Judges) ได้เน้นย้ำให้ผู้พิพากษาต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นธรรมและไม่ลำเอียง เพื่อสร้างความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความซื่อสัตย์สุจริตและความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ¹⁹ แนวคิดนี้ยังได้รับการยืนยันในงานวิชาการร่วมสมัยว่า ระบบกฎหมายใดก็ตามที่อ้างว่าตนเองเคารพหลักนิติธรรม จำเป็นต้องรับประกันให้มีการวินิจฉัยข้อพิพาทภายใต้กฎหมายอย่างเป็นธรรมและปราศจากอคติ²⁰

ประการที่สอง การใช้เหตุผลที่ตรวจสอบได้และสม่ำเสมอ ความเป็นภาวะวิสัยมิใช่เป็นเพียงสภาวะทางจิตใจของผู้พิพากษา แต่เป็นมาตรฐานภาวะวิสัยที่สามารถตรวจสอบได้จากภายนอกผ่านการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย²¹ และที่สำคัญคือ ในกรณีที่ข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันก็ต้องมีการดำเนินการแบบเดียวกัน จะดำเนินการให้แตกต่างตามอำเภอใจมิได้²² คำอธิบายดังกล่าวได้ยกระดับความเป็นภาวะวิสัยจากการเป็นเพียงคุณสมบัติส่วนบุคคลของผู้พิพากษาให้กลายเป็นคุณลักษณะเชิงระบบของกระบวนการยุติธรรม²³ กล่าวคือ คำวินิจฉัยที่มีความเป็นภาวะวิสัยต้องตั้งอยู่บนฐานของเหตุผลที่สมเหตุสมผล สามารถอธิบายและตรวจสอบความเชื่อมโยงระหว่างข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และผลลัพธ์ของคดีได้ ทั้งยังต้องมีความสม่ำเสมอในการปรับใช้กฎหมายเพื่อประกันว่ากรณีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน อันเป็นการป้องกันการวินิจฉัยคดีตามอำเภอใจ

ประการที่สาม การให้น้ำหนักกับพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง องค์ประกอบสุดท้ายของความเป็นภาวะวิสัยคือการยึดมั่นต่อข้อเท็จจริงอย่างเคร่งครัด ศาลมีหน้าที่ต้องแสวงหาความจริงแท้ในเนื้อหาของแต่ละคดีให้ปรากฏชัด (Principle of Substantive Truth) ซึ่งหมายความว่า การวินิจฉัยของศาลต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนและถูกต้อง โดยให้น้ำหนักแก่พยานหลักฐานทั้งปวงตามความเป็นจริง²⁴ หน้าที่ดังกล่าวนี้มีมิใช่เป็นเพียงการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนออย่างเฉยเมย แต่ยังรวมถึงการที่ศาลต้องมีบทบาทเชิงรุกในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อให้ได้

¹⁹Judicial Conference of the United States, *Code of Conduct for United States Judges* (Administrative Office of the US Courts 2019), Canon 2A, Canon 3.

²⁰Thomas W. Merrill, 'Fair and Impartial Adjudication' (2019) 26 *George Mason Law Review* 897, 897.

²¹*SEC v Chenery Corp (Chenery II)*, 332 US 194 (1947)

²²Elise Muir, 'The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins' (2019) 20 *German Law Journal* 817, 818.

²³Paul Craig, *EU Administrative Law – The Acquis* (European Parliament 2010) 5–6, PE 432.745.

²⁴Robert S Summers, 'Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases' (1999) 18 *Law and Philosophy* 497, 497–498, reprinted in *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 1186.

ภาพรวมของคดีที่สมบูรณ์ที่สุด²⁵ ซึ่งแนวคิดนี้เชื่อมโยงโดยตรงกับอำนาจเชิงกระบวนการของศาลที่จะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป

2.2 ความเป็นภาวะวิสัยในการพิจารณาตีปกรอง: หลักประกันเชิงกระบวนการและเนื้อหา

2.2.1 ความเป็นภาวะวิสัยเชิงกระบวนการ

ความเป็นภาวะวิสัยเชิงกระบวนการ คือการรับประกันว่ากระบวนการพิจารณาของศาลได้ดำเนินไปอย่างยุติธรรมและเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน²⁶ เสาหลักของความเป็นภาวะวิสัยในมิตินี้คือ หลักการฟังความสองฝ่าย (Audi Alteram Partem) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้นำเสนอข้อเท็จจริง พยานหลักฐาน และข้อโต้แย้งของตนอย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน²⁷ หลักการนี้สอดคล้องกับหลักประกันสิทธิตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process) ที่วางหลักไว้ว่า จะต้องไม่มีบุคคลใดถูกลิดรอนสิทธิโดยปราศจากกระบวนการพิจารณาที่เขาสามารถนำเสนอคดีของตนด้วยความมั่นใจว่าผู้ชี้ขาดมิได้มีใจเอนเอียงไปในทางที่จะพิพากษาให้เขาแพ้คดี²⁸ กระบวนการพิจารณาที่เปิดกว้างและเป็นกลางจึงเป็นกลไกที่ทำให้ศาลได้รับข้อมูลอย่างรอบด้านและเป็นภาวะวิสัย ก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดในเนื้อหาแห่งคดีต่อไป

ยิ่งไปกว่านั้น ความเป็นภาวะวิสัยเชิงกระบวนการในคดีปกรองยังมีลักษณะที่ซับซ้อนกว่าคดีแพ่งทั่วไป เนื่องจากผลของคำพิพากษาอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือประโยชน์สาธารณะในวงกว้าง ด้วยเหตุนี้ กระบวนการพิจารณาตีปกรองจึงเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่กรณี แต่อาจมีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบจากคำพิพากษา สามารถเข้ามาในคดีได้ด้วยการร้องสอด²⁹ กลไกดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าความเป็นภาวะวิสัยของศาลมิได้จำกัดอยู่เพียงการให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีเริ่มต้นเท่านั้น แต่ยังขยายไปถึงการรับฟังและพิจารณาผลประโยชน์ของผู้ที่อาจได้รับผลกระทบทั้งหมด เพื่อให้ศาลสามารถมีข้อมูลที่รอบด้านและวินิจฉัยคดีบนพื้นฐานของภาพรวมแห่งผลประโยชน์สาธารณะและสิทธิของเอกชนที่เกี่ยวข้องได้อย่างแท้จริง

²⁵R R Verkerk, *Fact-Finding in Civil Litigation: A Comparative Perspective* (Intersentia 2010) 270, cited in Franz Klein, 'Aufgabe des Richters ist es, nach Wahrheit zu forschen, Wahrheit zu verkünden, denn ein wahres, richtiges Bild der Tatsachen ist die Hauptbedingung eines gerechten Spruches' (1901) *Vorträge über Zivilprozessrecht* 1, 122.

²⁶United Nations Human Rights Committee, *General Comment No 32: Article 14 – Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, CCPR/C/GC/32 (23 August 2007), paras. 8–15.

²⁷Frederick Schauer, 'English Natural Justice and American Due Process' (1976) 18 *William and Mary Law Review* 47, 56–58.

²⁸Henry J. Friendly, 'Some Kind of Hearing' (1975) 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1267, 1279–1280.

²⁹*Code de justice administrative* (France), art R.632-1, version consolidée au 24 septembre 2025, *Legifrance*; *Verwaltungsgerichtsordnung* (Germany), §65 *Beiladung*, as amended by Gesetz vom 24. Oktober 2024 (BGBl. I Nr 328); พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 44.

2.2.2 ความเป็นภาวะวิสัยเชิงเนื้อหา

ความเป็นภาวะวิสัยเชิงเนื้อหา คือ การที่ศาลเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการกระทำทางปกครองว่ามีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง³⁰ ซึ่งถือเป็นสนามทดสอบความเป็นภาวะวิสัยเชิงเนื้อหาที่สำคัญที่สุด การตรวจสอบในมิตินี้ไม่ได้หมายความว่าศาลจะเข้าไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครอง³¹ อันจะเป็นการก้าวล่วงหลักการแบ่งแยกอำนาจ หากแต่เป็นการตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นมีข้อบกพร่อง (Ermessensfehler) หรือไม่ เช่น การใช้ดุลพินิจโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่สอดคล้องกับที่กฎหมายให้อำนาจ การใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริต หรือการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักกฎหมายปกครองทั่วไป³²

การเกิดขึ้นของรัฐปกครอง (Administrative State) ในยุคปัจจุบัน ซึ่งมีหน่วยงานทางปกครองที่มีความเชี่ยวชาญและมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวาง และมักจะอยู่นอกเหนือการควบคุมทางการเมืองโดยตรง³³ ได้เปลี่ยนแปลงพลวัตของหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบดั้งเดิมไปอย่างสิ้นเชิง หากศาลยังคงยึดมั่นในแนวทางการตรวจสอบที่จำกัดอยู่เพียงความผิดพลาดอย่างชัดเจน (Manifest Error) ก็เท่ากับเป็นการละเลยความรับผิดชอบในทางตุลาการและปล่อยให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองปราศจากการตรวจสอบถ่วงดุลที่มีประสิทธิภาพ³⁴ ดังนั้น การที่ศาลปกครองเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความเป็นภาวะวิสัยเชิงเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ จึงไม่ถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจ แต่เป็นวิวัฒนาการที่จำเป็นของอำนาจตุลาการเพื่อตอบสนองต่อโครงสร้างของรัฐสมัยใหม่ และเพื่อเป็นหลักประกันสุดท้ายของหลักนิติรัฐ

2.3 เครื่องมือที่ส่งเสริมความเป็นภาวะวิสัย: กลไกเชิงสถาบันและหลักการ

2.3.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองแบบไต่สวน: กลไกเชิงรุกเพื่อการค้นหาความจริง

ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยและอีกหลายประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นระบบไต่สวน ซึ่งศาลมีบทบาทเชิงรุก (Active Role) ในการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดี แตกต่างจากระบบกล่าวหาที่ศาลเป็น

³⁰Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), § 114 Satz 1, Bundesgesetzblatt I S 686 (as amended 24 October 2024, BGBl I Nr 328); Conseil d'État (France), *Gomel*, 4 avril 1914, *Recueil Lebon*, p 308.

³¹*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA) at 229–233 (Lord Greene M.R.).

³²Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), § 114, Bundesgesetzblatt I S 686 (as amended 24 October 2024, BGBl. I Nr. 328).

³³Jerry L. Mashaw, 'Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age' (2010) 119, 8 *The Yale Law Journal* 1362, 1362–1367.

³⁴Joana Mendes, *Law and Administrative Discretion in the EU: Value of a Comparative Perspective* (Yale Comparative Administrative Conference 2016) 5–7.

เพียงกรรมการ (Referee) ที่คอยควบคุมการแข่งขันระหว่างคู่กรณี³⁵ ระบบไต่สวนถูกออกแบบมาเพื่อแก้ไข ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของคู่กรณีโดยเนื้อแท้ โดยเฉพาะในคดีปกครองซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งคือรัฐที่มี ทรัพยากรและข้อมูลเหนือกว่าเอกชน การที่ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้เองไม่ว่าคู่กรณีจะร้อง ขอหรือไม่ก็ตาม³⁶ จึงเป็นหลักประกันสำคัญที่ทำให้ศาลสามารถค้นพบความจริงได้อย่างเป็นภาวะวิสัยและ อำนวยความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง

ในระบบศาลปกครองไทย กลไกนี้ปรากฏอย่างชัดเจนผ่านบทบาทของตุลาการเจ้าของสำนวน ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานให้ครบถ้วนเพื่อประโยชน์ของคู่กรณีทั้งสอง ฝ่าย นอกจากนี้ ยังมีกลไกตรวจสอบและถ่วงดุลภายใน คือ ตุลาการผู้แถลงคดี ซึ่งเป็นตุลาการนอกองค์คณะ ทำหน้าที่ตรวจสอบสำนวนคดีและให้ความเห็นทางคดีอย่างเป็นอิสระต่อองค์คณะก่อนการลงมติวินิจฉัย³⁷ ระบบดังกล่าวช่วยให้การตัดสินใจมีความรอบคอบและเป็นกลางมากยิ่งขึ้น

2.3.2 หลักกฎหมายปกครองทั่วไป: มาตรฐานกลางในการควบคุมดุลพินิจ

หลักกฎหมายปกครองทั่วไปเป็นเครื่องมือเชิงหลักการที่ศาลนำมาใช้เพื่อสร้างความเป็นภาวะ วิสัยเชิงเนื้อหา หลักการเหล่านี้เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรง แต่ เป็นหลักการที่ศาลสกัดออกมาจากแนวคิดพื้นฐานของหลักนิติรัฐและความยุติธรรม เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการ อุดช่องว่างของกฎหมายและควบคุมการกระทำทางปกครองให้เป็นไปโดยชอบ หลักการสำคัญที่ศาลปกครอง นำมาใช้อยู่เสมอ เช่น หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) เป็นหลักการที่ศาลใช้เป็นกรอบในการ ตรวจสอบมาตรการทางปกครองที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ว่ามาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรระหว่างประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่ต้อง สูญเสียไปหรือไม่³⁸ และหลักความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectations) เป็นหลักประกันว่า ฝ่ายปกครองจะไม่เปลี่ยนแปลงนโยบายหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมแก่ประชาชน โดยพลการ³⁹

³⁵Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives (AIHJA), 'Thailand – Supreme Administrative Court' AIHJA Official Website <<https://www.aihja.org/en/membre/thailand-supreme-administrative-court/>> accessed 8 October 2025.

³⁶ชลธิชา สุรัตน์สัญญา, 'บทบาทของตุลาการผู้แถลงคดีในกระบวนการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทย: เปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาคดีของระบบศาลอื่นที่ใช้วิธีพิจารณาในระบบไต่สวน' (2566) 16 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 1, 5.

³⁷พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁸วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 3) 294-300.

³⁹Robert Thomas, *The Relationship Between English and European Community Administrative Law: The Principles of Legitimate Expectations and Proportionality* (PhD dissertation, University of Nottingham 1998) 113.

2.3.3 การอ้างอิงแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด: การสร้างความสม่ำเสมอและความสามารถในการคาดการณ์

แม้ระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) จะไม่มีหลักการยึดถือคำพิพากษาของศาลสูงอย่างเคร่งครัด (Doctrine of Stare Decisis) เช่นเดียวกับระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) แต่ในทางปฏิบัติ แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการที่ดีให้แก่ฝ่ายปกครอง และเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองชั้นต้น⁴⁰ การปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาที่วางไว้ช่วยส่งเสริมความเป็นภาวะวิสัยในเชิงระบบ (Systemic Objectivity) โดยทำให้การปรับใช้กฎหมายมีความสม่ำเสมอและสามารถคาดการณ์ได้⁴¹ ซึ่งช่วยลดทอนความเป็นอัตวิสัยหรือการวินิจฉัยตามอำเภอใจของผู้พิพากษาแต่ละคน และบรรเทาภาพลักษณ์ของการใช้อำนาจตุลาการตามอำเภอใจได้เป็นอย่างดี

โดยสรุป เครื่องมือทั้งสามประการนี้ทำงานประสานกันเป็นโครงสร้างแห่งความเป็นภาวะวิสัย กล่าวคือ ระบบได้ส่วนทำหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงความจริงที่สุด หลักกฎหมายปกครองทั่วไปทำหน้าที่เป็นเครื่องมือวิเคราะห์ที่เป็นมาตรฐานสากล และแนวคำพิพากษาทำหน้าที่เป็นคู่มือที่สร้างความสม่ำเสมอในการใช้เครื่องมือวิเคราะห์เหล่านั้น เมื่อพิจารณาอย่างเป็นระบบ จะเห็นได้ว่าเป็นความพยายามเชิงสถาบันในการสร้างกระบวนการตัดสินใจที่มีเหตุผลและตรวจสอบได้ ซึ่งเป็นแก่นแท้ของความเป็นภาวะวิสัยในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของศาล

3. ความท้าทายและปัญหาในทางปฏิบัติที่กระทบต่อความเป็นภาวะวิสัย

3.1 ความท้าทายเชิงหลักการในการกำหนดขอบเขตการตรวจสอบดุลพินิจ

3.1.1 ปัญหาเส้นแบ่งระหว่างการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายกับการก้าวล่วงอำนาจฝ่ายปกครอง

หัวใจของความตึงเครียดในกฎหมายปกครองไทยมิได้อยู่ที่ข้ออ้างว่า ศาลปกครองไม่อาจควบคุมหรือตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างเด็ดขาด หากแต่อยู่ที่การวางเส้นแบ่งเชิงสถาบันระหว่าง (ก) บทบาทของศาลในฐานะผู้พิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจทางปกครอง กับ (ข) การก้าวล่วงเข้าไปตัดสินใจแทนฝ่ายบริหารในมิติความเหมาะสม ซึ่งจะทำให้ศาลมีสถานะเสมือนองค์กรบังคับบัญชาฝ่ายปกครอง อันขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจภายใต้หลักนิติรัฐ⁴² กล่าวคือ ศาลปกครองไทย

⁴⁰โสภณ รัตนกร, ‘ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์’ (2558) 2 วารสารตุลพาห 1, 3.

⁴¹ American Bar Association, ‘Understanding Stare Decisis’ (Public Education Division) <https://www.americanbar.org/groups/public_education/publications/preview_home/understand-stare-decisis/> accessed 9 October 2025.

⁴²อานนท์ กระบวนศรี, ‘การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส’ (2566) 12 วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ 132, 134-135.

ตรวจสอบดุลพินิจได้ในฐานะการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจ โดยเฉพาะเมื่อปรากฏ เหตุการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามกรอบอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แต่ในขณะเดียวกัน ศาลจะจำกัดตนเองไม่เข้าไป วินิจฉัยแทนฝ่ายปกครอง โดยให้เหตุผลเชิงโครงสร้างรองรับ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ การตัดสินใจทาง บริหาร การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยมีลักษณะเป็นดุลพินิจความเชี่ยวชาญ และการใช้อำนาจดุลพินิจอันเป็นการ บริหารงานภายในองค์กร⁴³ ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองกับการ ควบคุมดุลพินิจจึงมิใช่คนละเรื่องที่แยกขาด หากแต่เป็นความสัมพันธ์แบบตรวจสอบได้แต่ไม่แทนที่ ซึ่งต้อง อธิบายให้ชัดเพื่อหลีกเลี่ยงความเข้าใจว่าดุลพินิจเป็นเขตปลอดการตรวจสอบของศาล

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งในเชิงประวัติศาสตร์มักถูกอธิบายว่า เป็นหนึ่งในต้นแบบสำคัญของกฎหมายมหาชนไทย จะเห็นแนวโน้มการพัฒนาบทบาทของศาลปกครองในอีก ทิศทางหนึ่ง กล่าวคือ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้พัฒนาหลักการตรวจสอบอย่างต่อเนื่อง โดยมองว่าการ ใช้ดุลพินิจเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง และความชอบด้วยกฎหมายของการ ใช้ดุลพินิจเป็นองค์ประกอบภายในของความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง⁴⁴ ศาลปกครอง ฝรั่งเศสจึงสามารถพัฒนาการตรวจสอบจากระดับความถูกต้องภายนอกหรือรูปแบบ ไปสู่การตรวจสอบเนื้อหา ของเหตุผลและข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองใช้ประกอบการตัดสินใจอย่างเข้มข้นยิ่งขึ้น⁴⁵ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครอง ฝรั่งเศสจึงมีอำนาจเต็มในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว⁴⁶

3.1.2 หลักความได้สัดส่วนในฐานะเครื่องมือและข้อจำกัด

ท่ามกลางความไม่แน่นอนเชิงหลักการดังกล่าว ศาลปกครองไทยได้น้อมรับเอาหลักความได้ สัดส่วนมาใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หลักการนี้เรียกร้องให้ มาตรการทางปกครองต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนกันระหว่างวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุกับผลกระทบที่ เกิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยศาลจะพิจารณาใน 3 องค์ประกอบย่อย ได้แก่ ความเหมาะสม (Suitability) ความจำเป็น (Necessity) และความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionality in

⁴³ คณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 'ความ เบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ' (ม.ป.ป.) 9.

⁴⁴ Agnès Bizard et Quirec de Kersaüson, 'Le Conseil d'État bâtit sa jurisprudence en matière d'arbitrage' (2016) 2 Cahiers de l'arbitrage 429, 429–431.

⁴⁵ วรพี แกน, 'การควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ หรือโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2558) 150–152; Charles H. Koch Jr., 'Administrative Law: Confining and Controlling Administrative Discretion Within the Seventh Circuit' (1977) 54, 2 Chicago-Kent Law Review 275, 275–277.

⁴⁶ อานันท์ กระบวนศรี, (เชิงอรรถ 41) 133–134.

the Strict Sense)⁴⁷ แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ.301/2564 สะท้อนให้เห็นว่า หลักความได้สัดส่วนทำหน้าที่เป็นกลไกสำคัญในการกำกับและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยผลักดันให้ศาลต้องตรวจสอบในเชิงเนื้อหาว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น (1) มีความเหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์สาธารณะ (2) มีความจำเป็นในความหมายของการเป็นทางเลือกที่กระทบสิทธิน้อยกว่าเท่าที่พึงทำได้ และ (3) ไม่ก่อให้เกิดภาระหรือการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเกินสมควรเมื่อชั่งน้ำหนักเทียบกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง ในคดีดังกล่าว ศาลยังข้อสังเกตสำคัญว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้อง “ไม่ปรากฏมีข้อห้ามเกี่ยวกับสถานภาพโสดไว้แต่อย่างใด” อีกทั้งชี้ให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเพื่อสร้างครอบครัวและมีบุตรได้ จึงทำให้การกำหนดเงื่อนไข “โสด” มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิที่ฝ่ายปกครองต้องแสดงเหตุแห่งความจำเป็นอย่างเคร่งครัดตามหลักนิติรัฐและหลักคุ้มครองสิทธิ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ยังสะท้อนข้อจำกัดเชิงโครงสร้างของหลักความได้สัดส่วนอย่างเด่นชัด กล่าวคือ การวินิจฉัยว่า “จำเป็นหรือไม่” และ “เกินสมควรหรือไม่” มิได้เป็นเรื่องข้อเท็จจริงล้วน หากเป็นการประเมินเชิงคุณค่า (Value Judgment) ที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ อันอาจทำให้มาตรฐานการพิจารณาแปรผันได้ หากศาลมิได้แสดงเหตุผลในแต่ละขั้นให้มีความโปร่งใส ตรวจสอบย้อนกลับได้ และสามารถเปรียบเทียบข้ามคดี (Cross-case Comparability) ได้ในระดับระบบ นอกจากนี้ ความเข้มข้นของหลักความได้สัดส่วนยังมีศักยภาพในการผลักดันให้ศาลต้องเข้าไปประเมินความสมเหตุสมผลของทางเลือกเชิงนโยบายที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจในระดับลึก ซึ่งอาจถูกโต้แย้งได้ว่าเป็นการก้าวล่วงไปสู่การแทนที่ดุลพินิจเชิงนโยบายของฝ่ายบริหาร ประเด็นดังกล่าวปรากฏชัดในคดีนี้ เมื่อฝ่ายปกครองยกเหตุผลเชิงนโยบายเกี่ยวกับภาระการฝึกอบรมและความเสี่ยงเพื่ออธิบายความเหมาะสมของการกำหนดเงื่อนไขสถานภาพ แต่ศาลเห็นว่าเหตุเช่นนั้นควรได้รับการจัดการด้วยมาตรการด้านการฝึกอบรมหรือมาตรการความปลอดภัย มากกว่าการตัดโอกาสของบุคคลโดยอาศัยสถานภาพส่วนบุคคล ผลเช่นนี้ชี้ว่า บทบาทของศาลในการชั่งน้ำหนักตามหลักความได้สัดส่วนจำต้องตั้งอยู่บนการให้เหตุผลที่มีโครงสร้าง เป็นระบบ และมีความสม่ำเสมอ เพื่อคงไว้ซึ่งความชอบธรรมของการตรวจสอบและหลีกเลี่ยงข้อครหาว่าการใช้หลักความได้สัดส่วนกลายเป็นการกำหนดนโยบายแทนฝ่ายปกครองในทางปฏิบัติ⁴⁸

นอกจากนี้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.162/2555 ยังเป็นอีกตัวอย่างสำคัญของการประยุกต์ใช้หลักความได้สัดส่วน โดยศาลวินิจฉัยว่าการที่เทศบาลเลือกใช้มาตรการก่อสร้างถนนแอสฟัลต์ติกคอนกรีตเลียนคลองมหาสวัสดิ์ พร้อมวางท่อลอดคูและฝังบกคลองซอยจนปิดกั้นทางสัญจรทางน้ำของประชาชน แทนการใช้บล็อกคอนเวิร์สซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบน้อยกว่า ถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ก่อให้เกิด

⁴⁷ปรานี สุขศรี, หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด: ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) (สำนักงานศาลปกครอง มปป.) 12.

⁴⁸คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ.301/2564

ภาระแก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควรและไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน⁴⁹ กล่าวได้ว่า การใช้หลักความได้สัดส่วน ผลักดันให้ศาลต้องทำการตรวจสอบในเชิงเนื้อหาที่เข้มข้นขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ศาลไม่ได้เพียงแค่ตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการหรือไม่ แต่ต้องก้าวไปไกลถึงขั้นชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้างกับภาระหรือความเดือดร้อนที่ประชาชนได้รับ กระบวนการนี้จึงเป็นการตรวจสอบเหตุผลและความสมเหตุสมผลของทางเลือกที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างลึกซึ้ง

ทว่าในขณะเดียวกัน หลักความได้สัดส่วนก็ได้สร้างความท้าทายใหม่ต่อความเป็นภาวะวิสัย แม้หลักการนี้จะมอบกรอบการวิเคราะห์ที่มีโครงสร้างชัดเจนและดูเป็นกลาง แต่ขั้นตอนสุดท้ายของการชั่งน้ำหนักประโยชน์ (ความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) นั้น เป็นกระบวนการที่ต้องอาศัยการประเมินคุณค่า (Value Judgment) อย่างเข้มข้น ซึ่งเปิดช่องให้มุมมองหรือนโยบายส่วนตัวของตุลาการสามารถเข้ามามีอิทธิพลต่อคำวินิจฉัยได้โดยง่าย สิ่งนี้สะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งในตัวเองของกฎหมายปกครองไทย กล่าวคือ ในขณะที่ระบบยังคงยึดมั่นในแนวคิดดั้งเดิมที่ปฏิเสธการตรวจสอบดุลพินิจเพื่อเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่กลับนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นเครื่องมือที่เรียกร้องการตรวจสอบเชิงเนื้อหาอย่างที่สุดมาใช้ ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นคือ หลักความได้สัดส่วนอาจกลายเป็นเพียงเปลือกนอกแห่งภาวะวิสัย (Veneer of Objectivity) ที่บดบังความไม่แน่นอนเชิงหลักการที่ยังคงดำรงอยู่ภายใน การที่ไม่มิฉันทามติที่ชัดเจนในระดับรัฐธรรมนูญว่าศาลสามารถตรวจสอบฝ่ายปกครองได้ลึกซึ้งเพียงใด ทำให้การนำเครื่องมือที่ดูเป็นกลางอย่างหลักความได้สัดส่วนมาใช้ กลับต้องขึ้นอยู่กับการตีความเชิงอัตวิสัยของศาลเองเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจและบทบาทของตนในแต่ละคดี หลักการนี้จึงไม่ได้เป็นหลักประกันของความเป็นภาวะวิสัยเสมอไป แต่กลับกลายเป็นสมรภูมิใหม่ที่สะท้อนถึงความลังเลและความขัดแย้งภายในของฝ่ายตุลาการเอง

3.2 ข้อจำกัดเชิงองค์ความรู้ในการประเมินข้อเท็จจริงที่ซับซ้อน

3.2.1 ภาวะความไม่สมมาตรแห่งความเชี่ยวชาญระหว่างศาลกับฝ่ายปกครอง

ปัญหาใจกลางของกฎหมายปกครองสมัยใหม่คือสถานะที่เรียกว่า ความไม่สมมาตรแห่งความเชี่ยวชาญ (Asymmetry of Expertise)⁵⁰ กล่าวคือ หน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบภารกิจเฉพาะด้าน เช่น การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การสาธารณสุข หรือการกำกับดูแลภาคพลังงาน ย่อมสั่งสมองค์ความรู้ ความเชี่ยวชาญ และข้อมูลเชิงลึกที่ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการทั่วไปไม่มีทางทัดเทียมได้⁵¹ ปัญหานี้ปรากฏชัดเจนในคดีปกครองสิ่งแวดล้อม เช่น คดีที่เกี่ยวกับการอนุมัติรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) ซึ่งศาลถูกร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ตั้งอยู่บนฐานข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ซับซ้อนและแบบจำลองทางเทคนิคที่ศาลไม่มีศักยภาพพอที่จะประเมินความถูกต้องได้ด้วยตนเอง เช่น ในคดีมาบตาพุด ศาลต้องเผชิญ

⁴⁹คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.162/2555

⁵⁰Vincent Martenet, 'Judicial Deference to Administrative Interpretation of Statutes from a Comparative Perspective' (2021) 54, 1 Vanderbilt Journal of Transnational Law 83, 134.

⁵¹D Hiep Truong, 'Daubert and Judicial Review: How Does an Administrative Agency Distinguish Valid Science from Junk Science?' (2000) 33 Akron Law Review 1, 4.

กับการชั่งน้ำหนักระหว่างข้อมูลลพิษกับผลกระทบทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นประเด็นที่ต้องอาศัยความเข้าใจเชิงเทคนิคอย่างลึกซึ้ง⁵²

3.2.2 หลักการยอมตนต่อความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง

เพื่อรับมือกับภาวะความไม่สมมาตรแห่งความเชี่ยวชาญ ระบบกฎหมายทั่วโลกได้พัฒนาหลักการการยอมตนของศาลต่อความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง (Judicial Deference to Administrative Expertise) ขึ้นมา โดยมีหลักการ Chevron Deference ของสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบที่ทรงอิทธิพลที่สุด หลักการนี้ซึ่งถูกใช้อยู่ราว 40 ปี วางกรอบการตรวจสอบสองขั้นตอน คือ (1) ศาลจะตรวจสอบก่อนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความชัดเจนในประเด็นที่เป็นข้อพิพาทหรือไม่ หากชัดเจน ศาลและหน่วยงานต้องปฏิบัติตามเจตนารมณ์นั้น (2) แต่หากกฎหมายมีความคลุมเครือ ศาลจะยอมตน (Defer) ต่อการตีความของหน่วยงานทางปกครอง ตราบใดที่การตีความนั้นสมเหตุสมผล (Reasonable)⁵³ เหตุผลเบื้องหลังหลักการนี้อยู่ที่การยอมรับว่า หน่วยงานทางปกครองย่อมมีความรู้และความเชี่ยวชาญเชิงเทคนิคในการกิจที่ตนกำกับดูแล เหนือกว่าศาล อีกทั้งยังมีฐานความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในฐานะองค์ประกอบของฝ่ายบริหารซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประมุขฝ่ายบริหาร และต้องรับผิดชอบต่อสาธารณะผ่านกลไกความรับผิดชอบและการตรวจสอบของประชาชนและสภาผู้แทนราษฎรโดยตรงหรือโดยอ้อม⁵⁴ อย่างไรก็ตาม กระแสความคิดในทางกฎหมายปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ เมื่อศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี Loper Bright Enterprises v. Raimondo ในปี 2024 กลับหลักการ Chevron ดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure Act) กำหนดให้ศาลต้องใช้วิจารณ์อย่างอิสระในการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายทั้งหมด และความคลุมเครือของกฎหมายไม่ได้หมายความว่า รัฐสภาได้มอบอำนาจในการตีความกฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองโดยปริยาย⁵⁵ การล่มสลายของหลักการ Chevron นี้ได้ส่งสัญญาณที่ทรงพลังไปทั่วโลกว่าแนวโน้มของศาลกำลังมุ่งไปสู่การตรวจสอบที่เข้มข้นและยืนยันทันทีในบทบาทการตีความกฎหมายของตนเองมากขึ้น

สำหรับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ การจัดการความไม่สมมาตรแห่งความเชี่ยวชาญระหว่างศาลกับฝ่ายปกครองมักทำผ่าน การไต่ระดับความเข้มของการตรวจสอบ (Intensity of Review) มากกว่าการวางหลักการยอมตนต่อการตีความกฎหมายของหน่วยงานแบบทั่วไป ดังเห็นได้จากฝรั่งเศสที่พัฒนาเทคนิคการตรวจสอบแบบจำกัด (Contrôle Restreint) ในประเด็นเทคนิคหรือการประเมินเชิงผู้เชี่ยวชาญ โดยศาลเพ่ง

⁵²คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.884/2564

⁵³Chevron USA Inc v. Natural Resources Defense Council, Inc 467 US 837, 842-843 (1984).

⁵⁴Stuart M Gerson and Robert E Wanerman, 'Striking a Balance: The Supreme Court and the Future of Chevron Deference' (Epstein Becker & Green, 9 February 2024) <<https://www.ebglaw.com/insights/publications/striking-a-balance-the-supreme-court-and-the-future-of-chevron-deference>> accessed 9 October 2025.

⁵⁵Loper Bright Enterprises v Raimondo 603 US 290 (2024).

ตรวจเพียงว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการประเมินหรือไม่ มิได้เข้าไปแทนที่ดุลพินิจหรือการประเมินเชิงเทคนิคทั้งหมดของฝ่ายปกครอง ขณะที่บางบริบทศาลอาจยกระดับเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยลงไปถึงเหตุผลและฐานข้อเท็จจริง (Contrôle Normal) มากขึ้น เมื่อกฎหมายหรือสิทธิ/ผลกระทบสาธารณะเรียกร้องการคุ้มครองที่เข้มข้นกว่า⁵⁶ กลไกดังกล่าวจึงเป็นกลไกที่แม้แตกต่างกันทางรูปแบบหรือหลักการ แต่ให้ผลหรือทำหน้าที่ใกล้เคียงกันในการแก้ปัญหาทางกฎหมายเดียวกัน กล่าวคือ ศาลมิได้ละอำนาจวินิจฉัยข้อกฎหมาย หากแต่เลือกไม่แทนที่การประเมินเชิงเทคนิคทั้งหมดด้วยดุลพินิจของศาลเอง และหันไปกำกับให้การตัดสินใจของฝ่ายปกครองมีเหตุผลที่ตรวจสอบได้ตามกรอบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ในทำนองเดียวกัน ในกฎหมายปกครองเยอรมัน ขอบเขตการตรวจสอบของศาลตั้งอยู่บนหลักกว่าศาลทำหน้าที่ตรวจสอบได้เพียงความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) มิใช่พิจารณาแทนฝ่ายปกครองว่า ทางเลือกใดเหมาะสมที่สุดในเชิงนโยบายหรือเชิงความเหมาะสมของผลลัพธ์ โดยศาลไม่ถูกผูกพันด้วยการตีความกฎหมายของหน่วยงานเป็นการทั่วไป อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การตัดสินใจพิพากษาการประเมินเชิงเทคนิคที่ซับซ้อน ความเข้มของการตรวจสอบอาจถูกลดระดับลงตามข้อจำกัดด้านองค์ความรู้เฉพาะทางของศาล ภายใต้กรอบดังกล่าว กฎหมายเยอรมันจึงจำแนกดุลพินิจ (Ermessen) อันเป็นอำนาจเลือกได้ระหว่างทางเลือกหลายประการที่กฎหมายเปิดไว้ ออกจากขอบเขตการประเมินของฝ่ายปกครอง (Beurteilungsspielraum) ซึ่งพื้นที่การวินิจฉัยเชิงเทคนิคหรือเชิงวิชาชีพบางประเภท เพื่อรักษาดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของเอกชนกับการยอมรับพื้นที่การประเมินของฝ่ายปกครอง โดยศาลยังคงควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความสมเหตุสมผลของการตัดสินใจได้ภายใต้ระดับการตรวจสอบที่เหมาะสม⁵⁷

เมื่อพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบ ความสัมพันธ์ระหว่างโจทย์ของหลักการ Chevron กับศาลปกครองในระบบซีวิลลอว์อยู่ที่ปัญหาเชิงสถาบันร่วมกัน ว่าศาลควรวางบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจทางปกครองอย่างไร เมื่อการตัดสินใจพิพากษาความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและข้อมูลเชิงเทคนิคจำนวนมาก ทั้งนี้ แม้โดยหลักระบบซีวิลลอว์มักยืนยันอำนาจของศาลในการวินิจฉัยคำถามข้อกฎหมายด้วยวิธีแทนที่ดุลพินิจการตีความ (Substitution of Judgment) มากกว่าการยอมตนต่อการตีความของหน่วยงาน⁵⁸ แต่แบบจำลองของหลักการ Chevron แสดงให้เห็นเทคนิคอีกแบบหนึ่งของการจัดสรรบทบาท กล่าวคือ เมื่อพบบัญญัติแห่งกฎหมายคลุมเครือ ศาลอาจไม่แทนที่การตีความของหน่วยงาน หากการตีความนั้นยังอยู่ในขอบเขตที่

⁵⁶John Bell and François Lichère, *Contemporary French Administrative Law* (Cambridge University Press 2022) 191-193, 201-203 <<https://www.cambridge.org/core/books/contemporary-french-administrative-law/maintaining-legality/0395213FD7AEE279231EF46CFC24DC54>> accessed 26 February 2026.

⁵⁷Marion Eckertz-Höfer, 'The Judicial Review of Administrative Decisions in Germany' (paper presented at Australian National Conference, Administrative Review: Learning from Different Perspectives, Hunter Valley, 4 March 2010) 10.

⁵⁸Paul Craig, 'Law, Fact and Discretion in the UK, EU and the USA' (Sciences Po, Chair Mutations de l'Action Publique et du Droit Public (MADP), PDF) 3-4 <https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/paul_craig.pdf?utm_source=chatgpt.com> accessed 26 February 2026.

ยอมรับได้และสมเหตุสมผล⁵⁹ แต่ระบบชีวิลลอว์มักตอบโจทย์เดียวกันผ่านการไล่ระดับความเข้มของการตรวจสอบ (Intensity of Review) และการกำกับเหตุผลหรือฐานพยานหลักฐาน โดยศาลเพิ่มความเข้มของการควบคุมได้ผ่านการเรียกร้องให้หน่วยงานให้เหตุผลมากขึ้นและตรวจเหตุผลนั้นอย่างใกล้ชิด ตลอดจนพิจารณาฐานหลักฐานรองรับการตัดสินใจเพื่อเสริมความรับผิดชอบและความชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰

3.2.3 การรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานจากผู้เชี่ยวชาญ

เพื่อแก้ไขข้อจำกัดเชิงองค์ความรู้ ระบบวิธีพิจารณาดีปครองของไทยซึ่งใช้ระบบไต่สวนได้ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม⁶¹ ซึ่งรวมถึงการมีคำสั่งเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อช่วยให้ศาลเข้าใจประเด็นที่ซับซ้อนได้⁶² ในทางทฤษฎี นี่คือเครื่องมือสำคัญที่จะช่วยลดช่องว่างทางความรู้และเสริมสร้างความเป็นภาวะวิสัยในการวินิจฉัยของศาล แต่ในทางปฏิบัติ กลไกนี้กลับเผชิญกับปัญหาที่บั่นทอนประสิทธิภาพของมันเอง ประการแรก การสรรหาผู้เชี่ยวชาญที่มีความเป็นกลางอย่างแท้จริงเป็นเรื่องยากยิ่ง ผู้เชี่ยวชาญมักมีความเชื่อมโยงกับภาครัฐหรือภาคเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีในคดี ทำให้ความเห็นที่ได้อาจไม่ปลอดจากอคติ ประการที่สอง เมื่อคู่กรณีต่างนำผู้เชี่ยวชาญของตนมาเสนอความเห็นที่ขัดแย้งกัน ศาลซึ่งขาดความรู้พื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ ก็ยังคงประสบปัญหาในการประเมินและชั่งน้ำหนักว่าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญฝ่ายใดมีความน่าเชื่อถือมากกว่ากัน⁶³ สถานการณ์นี้อาจนำไปสู่สภาวะสงครามของผู้เชี่ยวชาญที่ทำให้ข้อเท็จจริงยิ่งคลุมเครือแทนที่จะกระจ่างชัด ประการสุดท้าย กระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล โดยเฉพาะการดำเนินการที่ไม่มีกรอบระยะเวลาชัดเจน เช่น การแต่งตั้งและรอรับรายงานจากผู้เชี่ยวชาญ อาจเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้การพิจารณาดีปครองเกิดความล่าช้า ซึ่งส่งผลให้ความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือความไม่ยุติธรรมตามหลักภาษิตกฎหมาย⁶⁴

ดังนั้น แม้ว่าเครื่องมือทางกระบวนการยุติธรรมอย่างการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจะถูกออกแบบมาเพื่อเสริมสร้างความเป็นภาวะวิสัย แต่กลับสามารถสร้างปัญหาเชิงอัตวิสัยในรูปแบบใหม่ขึ้นมาได้ การที่ศาลพยายามแก้ไขปัญหาลักษณะองค์ความรู้ กลับกลายเป็นการสร้างปัญหาเชิงกระบวนการขึ้นมาแทน การคัดเลือกผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกลางนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจของตุลาการ ซึ่งอาจได้รับอิทธิพลจากความเข้าใจหรืออคติส่วนตัวได้ รายงานของผู้เชี่ยวชาญแม้จะถูกนำเสนอในฐานะความเห็นที่เป็นกลาง ก็ยังประกอบด้วยสมมติฐานและระเบียบวิธีวิจัยที่ศาลอาจไม่มีศักยภาพพอที่จะตั้งคำถามได้ การพึ่งพาผู้เชี่ยวชาญจึงเปรียบเสมือน

⁵⁹Craig (n 57) 4-5.

⁶⁰Craig (n 57) 28-29.

⁶¹Lasse Schuldt and Supakorn Wilatratsami, 'The Jurisprudence of the Supreme Administrative Court 2021' (2022) 2 Thai Legal Studies 138, 139

⁶²พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁶³ฐิติมา จันทน์, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญในดีปครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2559) 29-30, 83.

⁶⁴เชมจิรา รัตนรังษี, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความล่าช้าในการดำเนินคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 2-3, 137.

การมอบหมายกระบวนการให้เหตุผลส่วนหนึ่งของศาลออกไปให้บุคคลภายนอก ซึ่งไม่ได้จัดความเป็นอัตวิสัยออกไปทั้งหมด เพียงแต่ย้ายที่จากตุลาการไปสู่ผู้เชี่ยวชาญ⁶⁵ และอาจนำไปสู่สภาวะกล่องดำ (Black Box) ที่ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญกลายเป็นปัจจัยชี้ขาดในคดีโดยที่ศาลไม่ได้ตรวจสอบอย่างถี่ถ้วน ซึ่งเป็นการบั่นทอนความเป็นภาวะวิสัยที่กระบวนการนี้มุ่งหวังจะบรรลุตั้งแต่แรก

3.3 แรงกดดันทางการเมืองและสังคมในการตรวจสอบการกระทำที่มีผลกระทบสูง

3.3.1 การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลและนโยบายสาธารณะ

ระบบกฎหมายปกครองไทยยอมรับหลักการที่ว่าการกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) นั้น อยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง⁶⁶ การกระทำเหล่านี้มักเป็นการตัดสินใจเชิงนโยบายในระดับสูง เช่น การดำเนินนโยบายต่างประเทศ (เช่น การทำสัญญาสันติภาพ หรือการทำสนธิสัญญา) หรือการตัดสินใจทางการเมืองที่สำคัญ (เช่น การยุบสภาผู้แทนราษฎร) ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่ต้องใช้กลไกความรับผิดชอบทางการเมือง (เช่น การตรวจสอบโดยรัฐสภา) ไม่ใช่ความรับผิดชอบทางกฎหมาย⁶⁷

ความท้าทายที่สำคัญคือการขีดเส้นแบ่งระหว่าง “การกระทำทางรัฐบาล” ที่ไม่อาจตรวจสอบได้กับ “การกระทำทางปกครอง” ที่ออกมาเพื่อปฏิบัติตามนโยบายนั้น ซึ่งศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ เส้นแบ่งนี้มีความเลื่อนรางอย่างยิ่ง ตัวอย่างเช่น มติคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติโครงการก่อสร้างเขื่อนขนาดใหญ่อาจถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่กระบวนการเวนคืนที่ดินหรือการออกใบอนุญาตก่อสร้างที่ตามมา ย่อมเป็นการกระทำทางปกครองที่กระทบสิทธิของประชาชนและต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ศาลจึงต้องเผชิญกับภาวะกลืนไม่เข้าคายไม่ออกในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยไม่ก้าวล่วงไปวิพากษ์วิจารณ์ความเหมาะสมของตัวนโยบายที่เป็นต้นทาง หลักการนี้เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักปัญหาการเมือง (Political Question Doctrine) ของสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าแม้แต่ในระบบที่มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการจำแนกคดีที่ศาลควรละเว้นการพิจารณาอย่างละเอียด⁶⁸ ก็ยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงและมีความซับซ้อนสูง⁶⁹

3.3.2 ความมั่นคงแห่งชาติและสถานการณ์ฉุกเฉิน

ประเด็นด้านความมั่นคงแห่งชาติเป็นพื้นที่อ่อนไหวที่ศาลในหลายระบบกฎหมายมีแนวโน้มแสดงความยอมตน (Judicial Deference) ต่อฝ่ายบริหารในระดับสูง ศาลมักลังเลที่จะเข้าไปตรวจสอบหรือ

⁶⁵วนิดา มัชรินทร์, ‘สรุปคำพิพากษาคดี Fields v. Treasurer of Missouri’ (2566) 16, 23 วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี 28, 33–34.

⁶⁶สุชาติา เรื่องแสงทองกุล, *การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2560) 156.

⁶⁷วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 3) 270–272.

⁶⁸*Baker v Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962).

⁶⁹Louis Henkin, ‘Is There a ‘Political Question’ Doctrine?’ (1976) 85 The Yale Law Journal 597, 597–600.

ท้าทายการประเมินภัยคุกคามของฝ่ายบริหาร โดยให้เหตุผลว่าฝ่ายบริหารมีข้อมูล ข่าวกอง และศักยภาพเชิงสถาบันในการตัดสินใจที่เหนือกว่าเมื่อเทียบกับองค์กรตุลาการ⁷⁰ ในบริบทของประเทศไทย การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นตัวอย่างที่สะท้อนโครงสร้างอำนาจพิเศษ ซึ่งเปิดช่องให้รัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเข้มข้น โดยเฉพาะมาตรา 9 ที่ให้นายกรัฐมนตรีออกข้อกำหนดเพื่อยุติสถานการณ์ฉุกเฉินหรือป้องกันมิให้สถานการณ์ร้ายแรงมากขึ้น อำนาจดังกล่าวครอบคลุมมาตรการที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานหลายมิติ เช่น การจำกัดการเดินทาง การชุมนุม การใช้เส้นทางคมนาคม ตลอดจนการจำกัดการสื่อสารบางประเภท อีกทั้งเมื่อมีการประกาศ “สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง” กลไกอำนาจยังถูกยกระดับผ่านมาตรา 11 ซึ่งรองรับมาตรการที่เข้มข้นยิ่งขึ้น และในมิติการควบคุมตัว มาตรา 12 กำหนดเงื่อนไขเชิงหลักประกันว่าการควบคุมตัวต้องอยู่ภายใต้กรอบระยะเวลา และต้องอาศัยการอนุญาตของศาล องค์ประกอบเหล่านี้ทำให้เห็นภาพเชิงระบบว่า เหตุผลด้านความมั่นคงและภาวะฉุกเฉินสามารถผลักดันให้มาตรฐานการตรวจสอบทางตุลาการอ่อนตัวลงได้อย่างไร ทั้งในเชิงระดับความเข้มของการพิจารณาและในเชิงการกำหนดขอบเขตอำนาจของศาล

อย่างไรก็ดี จุดชี้ขาดต่อปัญหาความเป็นภาวะวิสัยเชิงระบบในบริบทนี้ปรากฏชัดในผลของมาตรา 16 ซึ่งบัญญัติให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดดังกล่าว ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในขอบเขตที่กำหนดไว้ ผลทางนิติระบบคือ กลไกตรวจสอบถ่วงดุลโดยศาลปกครองถูกจำกัดลงในเชิงโครงสร้าง (Structural Constraint) เพราะข้อพิพาทจำนวนมากถูกบังคับให้เคลื่อนออกจากกรอบการตรวจสอบเนื้อหา (Substantive Review) ไปสู่การถกเถียงในชั้นต้นเรื่องเขตอำนาจศาล (Jurisdictional Review) เป็นสำคัญ ในขณะเดียวกัน มาตรา 17 วางกรอบความคุ้มกันความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่เมื่อปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ซึ่งในด้านหนึ่งสะท้อนความพยายามจัดสมดุลระหว่างประสิทธิภาพของการบริหารภาวะวิกฤตกับหลักความรับผิดชอบของรัฐและเจ้าหน้าที่ แต่อีกด้านหนึ่งกลับทำให้ภาระของระบบตรวจสอบต้องพัฒนามาตรฐานการให้เหตุผลที่เข้มแข็งยิ่งขึ้น เพื่อทำให้ “ความจำเป็น” และ “ความไม่เกินสมควร” เป็นข้ออ้างที่ต้องพิสูจน์ได้ด้วยเหตุผลที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ และทดสอบได้ตามหลักนิติรัฐ หากไม่สามารถทำให้เกณฑ์ดังกล่าวมีความชัดเจนในทางปฏิบัติได้ ความเป็นภาวะวิสัยในคดีประเภทนี้ย่อมถูกนิยามใหม่ไปในทิศทางที่ลดทอนบทบาทศาลให้ทำหน้าที่ชี้ขาดเพียง “ประเด็นเชิงอำนาจ” มากกว่าการตรวจสอบ “สาระของการจำกัดสิทธิ” และท้ายที่สุดอาจกลายเป็นช่องทางหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ (Escape Hatch) ให้แก่เหตุผลเชิงการเมืองในห้วงเวลาที่ใช้อำนาจรัฐมีความเข้มข้นสูงสุด

หลักการการกระทำทางรัฐบาลและการยอมตนในประเด็นความมั่นคง จึงไม่ได้เป็นเพียงกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย แต่ยังทำหน้าที่เป็นกลไกในการรับมือ (Coping Mechanism) ของฝ่ายตุลาการ ซึ่งเผยให้เห็นถึง

⁷⁰Sheerin N S Haubenreich, ‘Sometimes You Have to Go Backwards to Go Forwards: Judicial Review and the New National Security Exception’ (2008) 8 Connecticut Public Interest Law Journal 1, 2–4.

ข้อจำกัดของอำนาจตุลาการในการควบคุมอำนาจทางการเมืองอย่างแท้จริง การที่ศาลปฏิเสธที่จะตรวจสอบการกระทำเหล่านี้ไม่ได้เป็นผลมาจากการตีความตัวบทกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่เกิดจากปัจจัยเชิงสถาบันที่ซับซ้อน ทั้งความเชื่อมั่นในความเชี่ยวชาญของฝ่ายบริหาร ความกังวลต่อความชอบธรรมและประสิทธิภาพของคำพิพากษา (หากศาลสั่งการในเรื่องนโยบายแล้วฝ่ายบริหารไม่ปฏิบัติตาม ย่อมทำลายอำนาจของศาลเอง) และสัญญาตณฺณในการหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าโดยตรงกับฝ่ายการเมืองในประเด็นที่เป็นหัวใจของอำนาจรัฐ ดังนั้น ความเป็นภาวะวิสัยในคดีประเภทนี้จึงถูกนิยามใหม่ มันไม่ได้หมายถึงการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงอย่างเป็นกลางอีกต่อไป แต่หมายถึงการกำหนดขอบเขตอำนาจของศาลเองอย่างเป็นภาวะวิสัย การประกาศว่าเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นปัญหาการเมืองที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณา (Non-justiciable) จึงเป็นการตัดสินใจเชิงกฎหมายและการเมืองที่ลึกซึ้ง แต่มันคือการตัดสินใจเกี่ยวกับเขตอำนาจ ไม่ใช่เนื้อหาของคดี ความท้าทายที่ใหญ่หลวงที่สุดต่อความเป็นภาวะวิสัยในขอบเขตนี้จึงอยู่ที่ตัวระบบกฎหมายเองได้สร้างช่องทางหลีกเลี่ยง (Escape Hatch) ซึ่งในห้วงเวลาที่สำคัญที่สุดของการใช้อำนาจรัฐ ข้อกำหนดในการตรวจสอบอย่างเป็นกลางตามหลักกฎหมายกลับต้องระงับไปเพื่อเปิดทางให้แก่ความจำเป็นทางการเมืองและการดำรงอยู่ของสถาบันตุลาการเอง

3.4 ปัญหาเชิงโครงสร้างและสถาบันที่กระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการ

3.4.1 คุณภาพระหว่างความเป็นอิสระกับความรับผิดชอบ

ความเป็นอิสระของตุลาการเป็นเงื่อนไขที่ขาดไม่ได้สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นธรรม เพราะเป็นกลไกสำคัญในการคุ้มครองตุลาการจากแรงกดดันภายนอก ไม่ว่าจะเป็นจากฝ่ายการเมืองหรือกลุ่มผู้มีอิทธิพล รัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองของไทยได้บัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ศาลสามารถทำหน้าที่พิทักษ์ความยุติธรรมได้โดยปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจอื่น⁷¹ อย่างไรก็ตาม ความเป็นอิสระที่ปราศจากความรับผิดชอบต่อสังคม อาจกลายเป็นดาบสองคมที่อันตราย ดังที่มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า “แม้ว่าความเป็นอิสระของตุลาการจะเป็นหลักประกันที่สำคัญ ขณะเดียวกันก็มีโอกาสที่จะกลายเป็นเกราะป้องกันที่ช่วยปกป้องผู้พิพากษาจากการกระทำที่ผิดจรรยาบรรณได้ด้วย”⁷² ในบริบทเช่นนี้ การสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการกับการสร้างกลไกให้ตุลาการต้องรับผิดชอบต่อการปฏิบัติหน้าที่จึงเป็นหัวใจสำคัญของการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม เพราะความเป็นอิสระและความรับผิดชอบมิใช่จุดหมายในตัวของมันเอง หากแต่เป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าหมายเดียวกัน นั่นคือ ความยุติธรรมที่เป็นธรรม ไม่ลำเอียง และมีประสิทธิภาพ ความเป็นอิสระช่วยเสริมสร้างความกล้าหาญทางตุลาการของผู้พิพากษาในการตัดสินคดีอย่างซื่อตรง ส่วนความรับผิดชอบช่วยหล่อหลอมความซื่อสัตย์ที่ผู้พิพากษาแสดงออกผ่านการปฏิบัติหน้าที่บนบัลลังก์⁷³ ทั้งนี้ ความเป็นอิสระที่แท้จริงยังหมายรวมถึงการปลอดจากอิทธิพลภายในองค์กรเอง ไม่ว่า

⁷¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคสอง และมาตรา 198

⁷²สมชาย ปรีชาศิลปกุล, ‘คืนความเป็นอิสระให้ผู้พิพากษา คืนอำนาจตุลาการให้สังคม’ (The 101 World, 15 ตุลาคม 2562) <<https://www.the101.world/judicial-independence/>> สืบค้นเมื่อ 9 ตุลาคม 2568.

⁷³David Pimentel, ‘Balancing Judicial Independence and Accountability in a Transitional State: The Case of Thailand’ (2016) 33 UCLA Pacific Basin Law Journal 155, 155–157.

จะเป็นการครอบงำจากตุลาการอาวุโสหรือฝ่ายบริหารศาลด้วย เพื่อให้การตัดสินใจเป็นผลของดุลพินิจทางกฎหมายที่บริสุทธิ์อย่างแท้จริง

3.4.2 ผลกระทบของระบบการแต่งตั้ง โยกย้าย และประเมินผลตุลาการ

กลไกการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครอง ซึ่งมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) เป็นองค์กรหลัก⁷⁴ มีผลโดยตรงต่อการสร้างเสริมหรือบั่นทอนความเป็นภาวะวิสัยองค์ประกอบของ ก.ศป. และกระบวนการในการคัดเลือก แต่งตั้ง เลื่อนตำแหน่ง และโยกย้ายตุลาการ ล้วนเป็นปัจจัยกำหนดวัฒนธรรมองค์กรและพฤติกรรมของตุลาการ แม้จะไม่มีมาตรการแทรกแซงโดยตรงจากภายนอก แต่ระบบการบริหารงานบุคคลภายในศาลเองอาจก่อให้เกิดแรงกดดันในเชิงโครงสร้างที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ดุลพินิจของตุลาการได้อย่างแนบเนียน กลไกต่าง ๆ เช่น ระบบการโยกย้ายตามวาระ หรือกระบวนการประเมินผลการปฏิบัติงาน แม้จะมีความจำเป็นเพื่อประสิทธิภาพในการบริหารองค์กร แต่ก็อาจกลายเป็นแรงจูงใจให้ตุลาการหลีกเลี่ยงการมีคำพิพากษาที่แตกต่างจากแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดเคยวางไว้ หรือไม่กล้าแสดงความคิดเห็นที่ท้าทายหลักคำวินิจฉัยเดิม เนื่องจากเกรงว่าจะกระทบต่อความก้าวหน้าในวิชาชีพของตน ผลที่ตามมาคือการเกิดวัฒนธรรมแบบความคิดกลุ่ม (Groupthink) ซึ่งบั่นทอนบรรยากาศของการใช้เหตุผลอย่างอิสระ อันเป็นหัวใจสำคัญของความเป็นภาวะวิสัยในกระบวนการยุติธรรม⁷⁵

ปรากฏการณ์นี้สะท้อนถึงกลไกการควบคุมอย่างอ่อน (Soft Control) ที่แฝงอยู่ในระบบราชการตุลาการ แม้ตุลาการจะมีหลักประกันความเป็นอิสระอย่างเป็นทางการ แต่ในฐานะมนุษย์ที่มีความปรารถนาในความก้าวหน้าทางอาชีพ การตัดสินใจของตุลาการย่อมได้รับอิทธิพลจากความเข้าใจที่ว่าความก้าวหน้าของตนนั้นขึ้นอยู่กับประเมินผลจากตุลาการอาวุโสและ ก.ศป. สิ่งนี้สร้างแรงจูงใจที่ทรงพลังให้ตุลาการมีแนวโน้มที่จะปรับแนวทางการให้เหตุผลของตนให้สอดคล้องกับแนวทางที่เป็นที่ยอมรับของฝ่ายบริหารศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลสูง นี่ไม่ใช่การทุจริตหรือการถูกแทรกแซงโดยตรง แต่เป็นกระแสน้ำเชิงสถาบันที่ส่งเสริมความสอดคล้องมากกว่าความกล้าหาญทางความคิด ภัยคุกคามต่อความเป็นภาวะวิสัยที่ร้ายแรงที่สุดจึงอาจไม่ใช่โทรศัพท์จากนักการเมือง แต่เป็นความปรารถนาที่ฝังลึกอยู่ในจิตใต้สำนึกที่จะปรับแนวคิดของตนให้เข้ากับความคาดหวังของลำดับชั้นในองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นความท้าทายที่ตรวจจับและแก้ไขได้ยากกว่าการแทรกแซงที่โจ่งแจ้งอย่างยิ่ง

3.4.3 วัฒนธรรมองค์กรและประสิทธิภาพกระบวนการพิจารณา

ท้ายที่สุด ความเป็นภาวะวิสัยมิได้ขึ้นอยู่กับหลักวิชาทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว หากยังขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมองค์กรและประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาอีกด้วย กล่าวคือ ปัญหาความล่าช้าใน

⁷⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198

⁷⁵ J Mark Ramseyer and Eric B Rasmusen, 'Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?' (2001) 95 American Political Science Review 331; Christopher R Drahozal, 'Judicial Incentives and the Appeals Process' (1998) 51 SMU Law Review 469, 476-477.

การพิจารณาคดีของศาลปกครองไทยเป็นประเด็นที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง คำพิพากษาที่ถูกต้องตามกฎหมายทุกประการ แต่ล่าช้าไปหลายปี ย่อมไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่กรณีได้อย่างแท้จริง⁷⁶ และถือเป็นความล้มเหลวในเชิงปฏิบัติของความเป็นภาวะวิสัยในทางกระบวนการ นอกจากนี้ วัฒนธรรมภายในองค์กรศาลยังเป็นปัจจัยที่แม้จะจับต้องได้ยากแต่ทรงอิทธิพลอย่างยิ่ง⁷⁷ วัฒนธรรมที่ส่งเสริมความกล้าหาญทางตุลาการ ความใฝ่รู้ทางปัญญา และการยอมรับความเห็นต่าง จะเป็นรากฐานสำคัญของการสร้างความเป็นภาวะวิสัยภายในศาล⁷⁸ บทบาทของตุลาการผู้แถลงคดี ซึ่งมีหน้าที่เสนอความเห็นทางกฎหมายอย่างอิสระต่อองค์คณะ ก็เป็นกลไกหนึ่งที่ย่อออกมาเพื่อส่งเสริมการพิจารณาคดีอย่างรอบด้านและสร้างกลไกถ่วงดุลภายในองค์คณะเอง อย่างไรก็ตาม หากวัฒนธรรมองค์กรของศาลมีลักษณะเป็นแบบลำดับชั้นสูง ปิดกั้นความคิดเห็นที่แตกต่าง หรือไม่ส่งเสริมการอภิปรายอย่างเสรี ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการคิดเชิงวิพากษ์⁷⁹ ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการตรวจสอบอย่างเป็นภาวะวิสัย

4. ข้อเสนอแนะเพื่อเสริมสร้างความเป็นภาวะวิสัยในการตรวจสอบของศาล

4.1 ด้านกระบวนการและวิธีพิจารณา

4.1.1 การยกระดับบทบาทพยานผู้เชี่ยวชาญสู่การเป็นผู้ช่วยศาลอย่างแท้จริง

ในคดีปกครองสมัยใหม่ที่มีประเด็นเชิงเทคนิคหรือวิทยาการเฉพาะด้าน เช่น คดีสิ่งแวดล้อม โทรคมนาคม หรือผังเมือง ศาลย่อมไม่อาจมีความเชี่ยวชาญในทุกสาขาได้โดยสมบูรณ์ การมีกลไกสนับสนุนเพื่อช่วยให้ศาลเข้าถึงข้อเท็จจริงทางเทคนิคอย่างถูกต้องและเป็นกลางจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะบทบาทของพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness) ซึ่งเป็นกลไกที่ให้อำนาจศาลได้สวนข้อเท็จจริงและแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ความเห็นหรือจัดทำรายงานในประเด็นที่มีข้อกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติกลไกดังกล่าวยังเผชิญข้อจำกัดหลายประการที่อาจกระทบต่อความเป็นภาวะวิสัยของกระบวนการพิจารณา ศาลจึงจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบในการประเมินน้ำหนักของความเห็นผู้เชี่ยวชาญ โดยคำนึงถึงความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ และความเป็นกลางของบุคคลนั้น โดยเฉพาะในกรณีที่คู่ความแต่ละฝ่ายเสนอผู้เชี่ยวชาญของตน ซึ่งมักมีแนวโน้มจะสนับสนุนฝ่ายตนเอง ทำให้ภาระในการกลั่นกรองและแสวงหาความจริงตกอยู่ที่ศาลเป็นสำคัญ ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

⁷⁶ เขมจิรา รัตนะรังษี (เชิงอรรถ 56) 1–3.

⁷⁷ Jakub J Brdulak and Przemysław Banasik, 'Organisational Culture and Change Management in Courts, Based on the Examples of the Gdańsk Area Courts' (2015) 14 International Journal of Contemporary Management 33, 37–38; Brian J Ostrom and Roger A Hanson, 'Understanding and Diagnosing Court Culture' (2009) 45 Court Review 104, 104–105.

⁷⁸ David Pimentel, 'Reframing the Independence v. Accountability Debate: Defining Judicial Structure in Light of Judges' Courage and Integrity' (2009) 57 Cleveland State Law Review 1, 19–21.

⁷⁹ Thanyanuch Tantikul, 'Cultural Differences in Control: How Thailand's Order-Centric Legal Mentality Shapes Its Constraining Lower-Court Practices' (2023) 25 Punishment & Society 1254, 1257–1258.

(1) จัดตั้งกลไกในการจัดทำและเผยแพร่บัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นทะเบียนกับศาลในสาขาวิชาต่าง ๆ เช่น วิศวกรรมสิ่งแวดล้อม การประเมินผลกระทบทางสุขภาพ เศรษฐศาสตร์สาธารณะ การวางผังเมือง และเทคโนโลยีสารสนเทศ เป็นต้น กระบวนการคัดเลือกและขึ้นทะเบียนผู้เชี่ยวชาญจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวด โปร่งใส และตรวจสอบได้ โดยพิจารณาทั้งคุณวุฒิ ประสบการณ์ และที่สำคัญที่สุดคือการตรวจสอบประวัติเพื่อให้มั่นใจในความเป็นกลางและปราศจากผลประโยชน์ทับซ้อน แนวทางนี้สอดคล้องกับระบบของฝรั่งเศสที่มีการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญของศาล เช่น สิ่งแวดล้อม การผังเมือง และสาธารณสุขเป็นประจำทุกปีทั้งในระดับศาลปกครองอุทธรณ์และศาลปกครองชั้นต้น โดยมีประธานศาลปกครองอุทธรณ์เป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนและต่ออายุรายชื่อผู้เชี่ยวชาญหลังจากได้รับความเห็นจากคณะกรรมการที่ประกอบด้วยประธานศาลปกครองชั้นต้นและผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีอยู่ในบัญชีเดิม โดยรองประธานสภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดหมวดหมู่สาขาความเชี่ยวชาญเพื่อใช้เป็นมาตรฐานร่วมกันในระดับประเทศ⁸⁰

(2) กำหนดสถานะทางกระบวนการของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งให้เป็น “ผู้ช่วยศาล” โดยวางหลักเกณฑ์ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ให้ชัดเจนว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อของศาล มีสถานะเป็นผู้ช่วยศาล (auxiliary to the court) มีหน้าที่เสนอข้อเท็จจริงและความเห็นเชิงวิชาการแก่ศาลอย่างเป็นกลางเพื่อประโยชน์แห่งการค้นหาคำความจริงมิใช่ดำเนินการในฐานะพยานของคู่ความฝ่ายใด แนวทางดังกล่าวสอดคล้องกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งถือว่าผู้เชี่ยวชาญศาล (Expert Judiciaire) เป็นผู้ช่วยของผู้พิพากษา (Auxiliaire Du Juge) หรือผู้ร่วมงานชั่วคราวของผู้พิพากษาในการค้นหาคำความจริง (Collaborateur Occasionnel Du Juge)⁸¹ และระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งมองผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ช่วยของผู้พิพากษา (Richtergehilfe)⁸² โดยให้ศาลเป็นผู้คัดเลือกผู้เชี่ยวชาญและเปิดโอกาสให้คู่ความคัดค้านได้ด้วยเหตุเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา เช่น การมีส่วนได้เสีย ความเป็นญาติ หรือความเป็นปฏิปักษ์⁸³ ทั้งนี้ย่อมช่วยปรับพลวัตจากการต่อสู้ของผู้เชี่ยวชาญไปสู่การชี้แจงเชิงเทคนิคต่อ

⁸⁰ Cour administrative d'appel de Paris, *Je suis un expert* (Conseil d'État) <<https://www.conseil-etat.fr/cour-administrative-d-appel-de-paris/vos-demarches/je-suis-un-expert>>; Cour administrative d'appel de Nancy, *Je suis un expert* (Conseil d'État), <<https://nancy.cour-administrative-appel.fr/vos-demarches/je-suis-un-expert>>; Conseil national des compagnies d'experts de justice (CNCEJ), *Guide administratif des experts auprès des juridictions administratives* (2020) 6 <https://www.cncej.org/uploads/document/file/21/GUIDE_ADMINISTRATIF_VD.pdf>

⁸¹ Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice, *Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice* (CNCEJ 2023) 75–76; *L'EXPERTISE : La Synthèse en Questions(s)*, table ronde du 6 mars 2015 (CNCEJ, 2015) 29.

⁸² Peter Gottwald, 'Die Stellung des Sachverständigen und seines Gutachtens im deutschen Zivilprozess' (2018) 36 *Ritsumeikan Law Review* 121, 122–124.

⁸³ Germany, *Zivilprozessordnung* (ZPO), §§ 404 "Sachverständigenauswahl," 406 "Ablehnung eines Sachverständigen," 41 "Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes," und 42 "Ablehnung eines Richters," konsolidierter Text, buzer.de, accessed October 10, 2025.

ศาล อันสอดคล้องกับปรัชญาของระบบไต่สวนและยกระดับความเป็นภาวะวิสัย ตลอดจนเพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาในคดีที่มีความซับซ้อน

4.1.2 การเพิ่มประสิทธิภาพการแสวงหาข้อเท็จจริงเชิงรุกด้วยระบบบริหารจัดการคดี

หัวใจของระบบไต่สวนคือการมอบบทบาทเชิงรุกให้แก่ศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อให้มั่นใจว่าศาลจะมีข้อมูลที่สมบูรณ์เพียงพอต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีอย่างเป็นธรรม โดยไม่ต้องผูกมัดอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอแต่เพียงฝ่ายเดียว ในทางปฏิบัติ การแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองไทยยังคงประสบปัญหาความล่าช้าและขาดประสิทธิภาพเชิงระบบ ซึ่งส่วนหนึ่งเกิดจากการพึ่งพาพยานเอกสารเป็นหลัก และขาดเครื่องมือในการกำกับติดตามกระบวนการอย่างเป็นรูปธรรม ประสบการณ์ของศาลในยุโรปสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของแนวคิดการบริหารจัดการคดีเชิงรุก ซึ่งหมายถึงการที่ศาลมีบทบาทในการควบคุมและกำกับความคืบหน้าของคดีอย่างเป็นระบบตั้งแต่เริ่มรับฟ้องจนถึงการมีคำพิพากษา⁸⁴ แนวทางนี้ไม่ใช่เพียงเรื่องทางธุรการ หากแต่เป็นปรัชญาการทำงานที่เปลี่ยนบทบาทของศาลจากผู้รับเอกสารและคำให้การไปสู่ผู้จัดการกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้การแสวงหาความจริงดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วถึง ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) นำระบบบริหารจัดการคดี (Case Management System - CMS) มาปรับใช้อย่างเต็มรูปแบบ แม้ว่าศาลปกครองไทยจะได้พัฒนาระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์ (e-Litigation Portal) เพื่อให้บริการประชาชนและบริหารจัดการคดีในระดับหนึ่งแล้ว แต่ควรมีการพัฒนาต่อยอดให้เป็นระบบ CMS ที่สมบูรณ์และครอบคลุมทุกมิติของการบริหารจัดการคดีภายในองค์กร โดยมีฟังก์ชันที่สามารถติดตามระยะเวลาในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงได้อย่างละเอียด เช่น ระยะเวลาที่ใช้ในการรวบรวมพยานเอกสารจากหน่วยงานภายนอก ระยะเวลาในการรอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือระยะเวลาที่คดีค้างอยู่ระหว่างการนั่งพิจารณาแต่ละครั้ง⁸⁵ ที่สำคัญ ระบบควรมีกลไกการแจ้งเตือนอัตโนมัติ (Alert System)⁸⁶ ไปยังตุลาการเจ้าของสำนวนและผู้บริหารศาลเมื่อกระบวนการในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งเกิดความล่าช้าเกินกว่ากรอบเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งจะช่วยเปลี่ยนการบริหารจัดการคดีจากการใช้ความรู้สึกหรือการตรวจสอบเป็นรายกรณี ไปสู่การบริหารจัดการที่ตั้งอยู่บนฐานของข้อมูล (Data-driven Management) ทำให้สามารถระบุและแก้ไขปัญหาคอขวดในกระบวนการพิจารณาได้อย่างตรงจุด

⁸⁴Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *SATURN Guidelines on Judicial Time Management* (CEPEJ 2021)13 (Strasbourg, 9 December 2021), sec “A. Active case management”.

⁸⁵David C Steelman, John A Goerdt and James E McMillan, *Caseflow Management: The Heart of Court Management in the New Millennium* (National Center for State Courts 2004) xi-xii, 74-75.

⁸⁶Florida Supreme Court, *Florida Courts Technology Standards*, Version 3.0 (adopted May 2023), §5.6.1–§5.6.6, 30–31.

(2) กำหนดกรอบเวลามาตรฐานสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยอาจอ้างอิงจากโมเดลของศาลในยุโรปที่จำแนกรอบเวลาตามระดับความซับซ้อนของคดี เช่น คดีทั่วไป (Normal Cases) คดีที่มีความซับซ้อน (Complex Cases) และคดีเร่งด่วน (Priority Cases) การกำหนดกรอบเวลามาตรฐานนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างแรงกดดันที่ไม่สมเหตุสมผลต่อตุลาการ แต่เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลและบริหารจัดการคดีภายในองค์กร เป็นเกณฑ์มาตรฐานในการประเมินประสิทธิภาพ และที่สำคัญคือเป็นการสร้างความแน่นอนที่คาดหมายได้ให้แก่คู่ความและประชาชนเกี่ยวกับระยะเวลาที่คาดว่าจะได้รับความยุติธรรม การบังคับใช้กรอบเวลาดังกล่าวจะต้องควบคู่ไปกับกลไกกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพ เช่น การที่ผู้บริหารศาลหรือศาลปกครองสูงสุดเข้ามาตรวจสอบหรือให้การสนับสนุนเมื่อพบว่าคดีในศาลชั้นต้นมีความล่าช้าเกินกว่ากรอบเวลามาตรฐานอย่างมีนัยสำคัญ⁸⁷

4.1.3 การอ้างความเป็นภาวะวิสัยในคดีความมั่นคงและสถานการณ์ฉุกเฉิน

แรงกดดันทางการเมืองและความมั่นคงอาจผลักดันให้ศาลนิยามความเป็นภาวะวิสัยใหม่เป็นเพียงการจำกัดเขตอำนาจของตนผ่านการประกาศความไม่อยู่ในอำนาจพิจารณา (Non-justiciability) และกฎหมายบางประเภททำหน้าที่เป็นช่องทางหลักหนึ่ง ซึ่งทำให้ข้อกำหนดการตรวจสอบอย่างเป็นทางการต้องระงับไปในช่วงเวลาของรัฐใช้อำนาจเข้มข้นที่สุด ในเชิงหลักนิติรัฐ ปัญหาจึงมิใช่เพียงว่าศาลควรกล้าหาญมากขึ้น แต่คือการออกแบบเกณฑ์ และกระบวนการที่ทำให้ศาลสามารถตรวจสอบได้โดยไม่ถูกบังคับให้เลือกสุดโต่งระหว่างยอมตนทั้งหมดกับก้าวล่วงนโยบาย

(1) กำหนดเกณฑ์ความสามารถตรวจสอบได้โดยศาล (Justiciability) แบบแยกประเด็นแทนการปฏิเสธการพิจารณาแบบเหมารวม กล่าวคือ ข้ออ้างเรื่องความมั่นคงหรือสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ควรถูกทำให้พ้นการตรวจสอบโดยอัตโนมัติ ศาลควรประกาศเกณฑ์ขั้นต่ำที่ตรวจสอบได้ว่า (ก) ประเด็นใดเป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ศาลตรวจได้ เช่น ฐานอำนาจตามกฎหมาย ขั้นตอน เหตุผล ความจำเป็น และความได้สัดส่วนของมาตรการ และ (ข) ประเด็นใดเป็นการประเมินเชิงนโยบายที่ศาลอาจให้ความเคารพตามสมควร ทั้งนี้ เมื่อศาลจำกัดขอบเขตการตรวจสอบโดยอาศัยเหตุความเป็นประเด็นทางการเมืองหรือเหตุที่เกี่ยวข้อง ศาลควรให้เหตุผลเชิงโครงสร้างอย่างโปร่งใสทุกครั้ง เพื่อให้ความเป็นภาวะวิสัยไม่กลายเป็นการหลีกเลี่ยงการตรวจสอบ หากแต่เป็นความเป็นภาวะวิสัยแบบให้เหตุผลและตรวจสอบได้⁸⁸

(2) สร้างมาตรการวิธีพิจารณาเพื่อจัดการข้อมูลลับโดยยังคงแก่นของการพิจารณาที่เป็นธรรม กล่าวคือ ความท้าทายสำคัญของคดีความมั่นคงคือข้อเท็จจริงจำนวนหนึ่งถูกปกปิดด้วยเหตุความลับของทางราชการ หากศาลรับข้อมูลฝ่ายเดียวโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้ง ความเป็นภาวะวิสัยเชิงกระบวนการย่อม

⁸⁷Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), 'Towards European Timeframes for Judicial Proceedings: Implementation Guide, CEPEJ(2016)5PROV' <<https://rm.coe.int/16807481f2>> accessed October 22, 2025.

⁸⁸Baker v. Carr 369 US 186 (1962) 217; Jamal Greene, 'Foreword: Rights as Trumps?' (2018) 132 Harvard Law Review 28, 35, 119; Cornell Law School, Legal Information Institute, 'Political Question Doctrine' (Wex) <https://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine> accessed 26 February 2026.

สั้นคลอน ศาลจึงควรพัฒนาเครื่องมือที่กระทบสิทธิน้อยที่สุด เช่น (ก) การพิจารณาลับเฉพาะส่วน (In Camera) เท่าที่จำเป็น (ข) การจัดทำสรุปสาระสำคัญที่เปิดเผยได้ให้คู่กรณีตอบโต้ (Gist/Summarized Disclosure) และ (ค) ในกรณีที่การพิจารณาโดยใช้พยานหลักฐานลับเป็นสิ่งจำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้ ศาลควรแต่งตั้งผู้แทนพิเศษที่ผ่านการตรวจสอบความมั่นคง (Special Advocate) เพื่อทำหน้าที่แทนคู่กรณีในการตรวจสอบและโต้แย้งพยานหลักฐานลับ อันเป็นการค้ำยันหลักการฟังความสองฝ่ายและความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณา⁸⁹ ทั้งนี้ ศาลต้องย้ำหลักว่าการจำกัดการเปิดเผยเป็นข้อยกเว้น และต้องจำกัดเท่าที่จำเป็น โดยต้องไม่กระทบความเป็นธรรมโดยรวมของการพิจารณาคดี⁹⁰

4.2 ด้านการพัฒนาบุคลากร

4.2.1 การจัดทำแผนพัฒนาองค์ความรู้เฉพาะด้านเชิงรุกสำหรับตุลาการ

ข้อพิพาททางปกครองในปัจจุบันได้ก้าวข้ามขอบเขตของข้อกฎหมายแบบดั้งเดิมไปสู่ประเด็นที่มีความซับซ้อนทางเทคนิคและสหวิทยาการสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไม่ได้มีเพียงประเด็นเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ แต่ยังเกี่ยวข้องกับแบบจำลองทางวิทยาศาสตร์ในการประเมินผลกระทบ คดีเกี่ยวกับการกำกับดูแลเศรษฐกิจดิจิทัลเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีบล็อกเชนและปัญญาประดิษฐ์ คดีด้านสาธารณสุขเกี่ยวข้องกับความรู้ทางระบาดวิทยาและเภสัชศาสตร์ การที่ตุลาการจะสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในเรื่องเหล่านี้ได้อย่างเป็นภาวะวิสัยและมีความหมายตุลาการจำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจในศาสตร์เฉพาะทางเหล่านั้นอย่างเพียงพอที่จะประเมินความเป็นเหตุเป็นผล (Rationality) ของการตัดสินใจทางปกครองได้ การขาดความเข้าใจในเนื้อหาเชิงเทคนิคอาจทำให้การตรวจสอบของศาลเป็นไปอย่างผิวเผินและขาดความลึกซึ้ง ดังนั้น เพื่อให้การพัฒนาองค์ความรู้เป็นไปอย่างยั่งยืนและทันต่อสถานการณ์ จำเป็นต้องยกระดับจากการดำเนินการเป็นรายกรณีไปสู่การวางแผนเชิงกลยุทธ์ในระยะยาว โดยอาจพิจารณาจากแนวปฏิบัติของสถาบันฝึกอบรมตุลาการชั้นนำในต่างประเทศ เช่น The National Judicial College (NJC) ของสหรัฐอเมริกา ที่มีการจัดทำหลักสูตรอบรมที่หลากหลายและทันสมัยครอบคลุมหัวข้อเฉพาะทางมากมาย เช่น การนำสืบพยานหลักฐานดิจิทัล และหลักฐานทางพันธุกรรมในการฟ้องคดีละเมิด และการยื่นพยานหลักฐานที่ถูกปรับแต่งด้วย AI ในคดี⁹¹ แนวทางเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงกระบวนการทัศน์ในการพัฒนาตุลาการที่ต้องเปลี่ยนจากการเรียนรู้ตามหลัง (Reactive Learning) ไปสู่การเรียนรู้เพื่ออนาคต (Anticipatory Learning) กล่าวคือ การรอให้เกิดคดีประเภทใหม่ ๆ ขึ้นก่อนแล้วจึงเริ่มจัดการอบรมนั้นอาจไม่ทันการณ์อีกต่อไป ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

⁸⁹European Court of Human Rights (Fourth Section), Gulamhussein v The United Kingdom and Tariq v The United Kingdom (Applications nos 46538/11 and 3960/12), ‘Statement of Facts and Questions’ (19 March 2015) 2.

⁹⁰James Carruthers, ‘Closed Material Procedures in Civil Trials’ (unpublished paper, no publication date) 6.

⁹¹The National Judicial College, ‘Courses’ <<https://www.judges.org/courses/>> accessed October 10, 2025.

(1) จัดตั้งคณะทำงานพัฒนาหลักสูตรเชิงรุกที่ประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการจากหลากหลายสาขา และผู้เชี่ยวชาญจากภาคปฏิบัติในหน่วยงานกำกับดูแลต่าง ๆ เพื่อทำหน้าที่ สแกนภาพอนาคต (Horizon Scanning) โดยการวิเคราะห์และคาดการณ์แนวโน้มของข้อพิพาททางปกครองที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้และไกล และนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการออกแบบและพัฒนาหลักสูตรการอบรม ที่ทันสมัยและตอบโจทย์ความต้องการล่วงหน้า

(2) สร้างเครือข่ายความร่วมมือเชิงสถาบันในระยะยาวกับคณะวิศวกรรมศาสตร์ คณะวิทยาศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ คณะเทคโนโลยีสารสนเทศ และสถาบันวิจัยชั้นนำอื่น ๆ ทั่วประเทศ เพื่อร่วมกันพัฒนาหลักสูตรอบรมแบบสหวิทยาการที่มีความลึกซึ้งและเป็นปัจจุบันอย่างแท้จริง การลงทุนในการพัฒนาองค์ความรู้เชิงรุกเช่นนี้ไม่เพียงแต่จะเพิ่มขีดความสามารถของตุลาการในการวินิจฉัยคดีที่ซับซ้อน เท่านั้น แต่ยังส่งผลโดยตรงต่อความน่าเชื่อถือ (Legitimacy) ของศาลในสายตาของฝ่ายปกครองและ สาธารณชนอีกด้วย เมื่อศาลแสดงให้เห็นว่ามีความเข้าใจในประเด็นทางเทคนิคอย่างถ่องแท้ คำพิพากษาของ ศาลก็จะมีน้ำหนักและได้รับการยอมรับมากขึ้น ซึ่งจะช่วยลดการโต้แย้งว่าศาลไม่เข้าใจข้อเท็จจริง และ เสริมสร้างบทบาทของศาลในฐานะผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างแท้จริง

4.2.2 การปลูกฝังวัฒนธรรมองค์กรแห่งความกล้าหาญทางจริยธรรม

ในวงการนิติศาสตร์สากล แนวคิดเรื่องความกล้าหาญทางจริยธรรม (Judicial Courage) ได้รับการยอมรับว่าเป็นคุณสมบัติที่สำคัญอย่างยิ่งของตุลาการ⁹² ซึ่งมีความหมายลึกซึ้งไปกว่าความกล้าหาญทั่วไป โดยหมายถึงความกล้าที่จะตัดสินใจคดีไปตามตัวบทกฎหมายและหลักการแห่งความยุติธรรมอย่างซื่อตรง โดยไม่หวั่นไหวต่อแรงกดดัน ไม่ว่าแรงกดดันนั้นจะมาจากฝ่ายการเมือง สื่อมวลชน หรือกระแสสังคม⁹³ ความกล้าหาญนี้คือการยึดมั่นในคำปฏิญาณตนของตุลาการที่จะ “*อำนวยความยุติธรรมแก่ปวงชนตามกฎหมาย โดยปราศจากอคติใด ๆ*”⁹⁴ สิ่งสำคัญที่ต้องทำความเข้าใจคือ ความกล้าหาญทางจริยธรรมมิได้หมายถึงการ แสดงออกซึ่งความท้าทายหรือการเคลื่อนไหวทางการเมือง (Judicial Activism) ในทางกลับกัน มันคือ คุณธรรมที่ต้องมาพร้อมกับความซื่อตรงและความเป็นกลางเสมอ ตุลาการที่ยอมจำนนต่อแรงกดดันและตัดสินใจ คดีอย่างไม่เป็นธรรม ย่อมไม่ถือว่ามี ความกล้าหาญ เช่นเดียวกับตุลาการที่ตัดสินใจคดีโดยมีเป้าหมายทางการเมืองแอบแฝง ก็ไม่ถือว่ามี ความกล้าหาญทางจริยธรรมเช่นกัน ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) ผนวกแนวคิดเรื่องความกล้าหาญทางจริยธรรมเข้าไปในหลักสูตรการอบรมด้านจริยธรรม ตุลาการ โดยอาจใช้วิธีการวิเคราะห์กรณีศึกษา ทั้งจากประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและต่างประเทศ เกี่ยวกับ

⁹²The Honourable Luc Martineau, ‘Does Judicial Courage Exist, and If So, Is It Necessary in a Democracy?’ (2018) 8 Western Journal of Legal Studies 1, 1–20.

⁹³Josh Blackman, ‘Judicial Courage’ (2022) 26 Texas Review of Law & Politics in 354, 356–381.

⁹⁴Judicial Office of England and Wales, *Guide to Judicial Conduct* (Judicial Office of England and Wales 2023); Part 2 (“Guiding Principles”) and Annex A (“Statement of Expected Behaviour”), esp. the judicial oath: “do right to all manner of people ... without fear or favour, affection or ill-will.” (Official PDF).

สถานการณ์ที่ตุลาการต้องเผชิญกับแรงกดดันมหาศาล และเปิดโอกาสให้มีการอภิปรายแลกเปลี่ยนถึงแนวทางการตัดสินใจที่ตั้งอยู่บนความกล้าหาญทางจริยธรรม เพื่อให้ตุลาการโดยเฉพาะตุลาการที่เพิ่งเข้ารับตำแหน่ง ได้มีการรอบความคิดและต้นแบบในการรับมือกับความท้าทายในอนาคต

(2) ส่งเสริมให้ผู้บริหารระดับสูงของศาลเป็นแบบอย่างและสื่อสารคุณค่านี้อย่างสม่ำเสมอ กล่าวคือ วัฒนธรรมองค์กรที่เข้มแข็งมักเกิดจากการนำของผู้บริหาร ประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการอาวุโสจึงมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการเป็นแบบอย่างและสื่อสารคุณค่าของความกล้าหาญทางจริยธรรมให้ปรากฏอย่างชัดเจนและสม่ำเสมอ ทั้งผ่านคำวินิจฉัยในคดีสำคัญ และการแสดงทัศนะในเวทีต่าง ๆ เพื่อสร้างบรรยากาศและวัฒนธรรมองค์กรที่สนับสนุนให้ตุลาการทุกระดับชั้นมีความมั่นใจที่จะตัดสินใจอย่างตรงไปตรงมาตามหลักกฎหมาย โดยไม่ต้องกังวลต่อผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์หรือแรงเสียดทานจากภายนอก

4.3 ด้านหลักการและบรรทัดฐาน

4.3.1 การวางบรรทัดฐานการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ชัดเจนและสมบูรณ์ จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) วางหลักที่อธิบายและประยุกต์ใช้หลักความได้สัดส่วนทั้ง 3 องค์ประกอบอย่างเป็นระบบ และชัดเจน และแสดงกระบวนการให้เหตุผลและวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วนครบทั้งสามขั้นตอนอย่างละเอียด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนการชี้แจงน้ำหนักประโยชน์สาธารณะ เพื่อเป็นต้นแบบและแนวทางที่ชัดเจนสำหรับศาลปกครองชั้นต้นและหน่วยงานทางปกครองในการทำความเข้าใจและปฏิบัติตาม

(2) ส่งเสริมการให้เหตุผลในคำพิพากษาที่สะท้อนการชี้แจงน้ำหนักอย่างโปร่งใส โดยแสดงให้เห็นในเหตุผลแห่งคำพิพากษาอย่างชัดเจนว่า ศาลได้ทำการชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้างกับสิทธิเสรีภาพหรือภาระของเอกชนที่ได้รับผลกระทบอย่างไร มีการพิจารณาปัจจัยอะไรบ้าง และด้วยเหตุผลใดศาลจึงเห็นว่ามาตรการของฝ่ายปกครองนั้น “ได้สัดส่วน” หรือ “ไม่ได้สัดส่วน” ในความหมายอย่างแคบ การวางบรรทัดฐานเรื่องนี้ให้ชัดเจนไม่เพียงแต่จะยกระดับคุณภาพของคำพิพากษาเท่านั้น แต่ยังเป็นการยกระดับมาตรฐานการให้เหตุผลของฝ่ายปกครองอีกด้วย

4.3.2 การส่งเสริมวงจรการพัฒนาหลักกฎหมายผ่านการวิพากษ์วิจารณ์ทางวิชาการ

การพัฒนากฎหมายปกครองให้ทันสมัยและสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม ไม่อาจเกิดขึ้นจากฝ่ายตุลาการเพียงลำพัง หากต้องอาศัยระบบนิเวศทางปัญญา (Intellectual Ecosystem) ที่มีการแลกเปลี่ยน ถกเถียง และวิพากษ์ระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายวิชาการอย่างต่อเนื่อง ในประเทศที่มีกฎหมายก้าวหน้า บทวิจารณ์คำพิพากษาในวารสารกฎหมายมีบทบาทสำคัญในการสะท้อนผลกระทบและนัยทางสังคม

ของคำวินิจฉัย ช่วยให้ศาลทบทวนและพัฒนาหลักการให้เฉียบคมและทันสมัยอยู่เสมอ⁹⁵ การที่ศาลปฏิเสธข้อมูลป้อนกลับจากสังคมและแวดวงวิชาการ อาจทำให้เกิดภาวะหลักกฎหมายแข็งตัว (Doctrinal Sclerosis) ซึ่งขัดต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน ดังนั้น ศาลจึงควรมีบทบาทในฐานะผู้มีส่วนร่วมในระบบนิเวศทางปัญญาในการเปิดรับคำวิจารณ์อย่างสร้างสรรค์ไม่ใช่การลดทอนอำนาจศาล แต่เป็นการเสริมสร้างความชอบธรรมและพลังทางปัญญาขององค์กร เพื่อให้เกิดวงจรการพัฒนากฎหมายที่ต่อเนื่องและยั่งยืน จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) ส่งเสริมนโยบายการเข้าถึงคำพิพากษาอย่างเปิดกว้าง เนื่องจากการศึกษาวิจัยและวิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาจะเกิดขึ้นได้อย่างกว้างขวางและมีคุณภาพก็ต่อเมื่อนักวิชาการและสาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลคำพิพากษฉบับเต็มได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว สำนักงานศาลปกครองจึงควรพัฒนาระบบฐานข้อมูลคำพิพากษาออนไลน์ให้มีความสมบูรณ์และเป็นมิตรต่อผู้ใช้งาน (User-Friendly) โดยให้สามารถสืบค้นคำพิพากษฉบับเต็มได้โดยไม่มีค่าใช้จ่าย การเปิดกว้างทางข้อมูลนี้เป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในการกระตุ้นให้เกิดการวิเคราะห์วิจารณ์ทางวิชาการ

(2) จัดเวทีเสวนาทางวิชาการระหว่างศาลกับนักวิชาการอย่างสม่ำเสมอ อาจเป็นรายไตรมาสหรือรายครึ่งปี เพื่อหยิบยกประเด็นทางกฎหมายที่น่าสนใจจากคำพิพากษาที่สำคัญมาอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็น เวทีดังกล่าวจะเป็นการสร้างพื้นที่ปลอดภัยสำหรับการแลกเปลี่ยนความเห็นเชิงวิพากษ์อย่างสร้างสรรค์ ทำให้นักวิชาการได้รับทราบถึงเหตุผลเบื้องหลังคำวินิจฉัยของศาลอย่างลึกซึ้งขึ้น ในขณะเดียวกันตุลาการก็จะได้รับฟังมุมมองและข้อวิจารณ์จากภายนอก ซึ่งอาจนำไปสู่การทบทวนความคิดและเปิดรับประโยชน์ต่อการพัฒนาแนวคำพิพากษาในอนาคต การสร้างกลไกที่เอื้อให้นักวิชาการเข้าถึงข้อมูลและมีเวทีในการแสดงความคิดเห็นได้ง่ายขึ้น จะก่อให้เกิดวงจรเชิงบวก คือ คำพิพากษาที่มีคุณภาพ ย่อมนำไปสู่บทวิจารณ์ที่ลึกซึ้ง และบทวิจารณ์ที่ลึกซึ้งก็จะช่วยชี้นำการพัฒนาแนวคำพิพากษาในอนาคตให้ดียิ่งขึ้นไปอีก ซึ่งเป็นหัวใจของการรักษาความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในระยะยาว

5. สรุป

การตรวจสอบการกระทำทางปกครองอย่างเป็นภาวะวิสัยคือกลไกสำคัญในการธำรงหลักนิติรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในระบอบประชาธิปไตย ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการเฉพาะด้านจึงมีบทบาทสำคัญในการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและปราศจากอคติ การตรวจสอบที่มีความเป็นภาวะวิสัยหมายถึงการวินิจฉัยที่ตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เหตุผลที่ตรวจสอบได้ และความเป็นกลางทางวิชาชีพ ซึ่งสะท้อนผ่านทั้งหลักการฟังความสองฝ่าย ระบบไต่สวนเชิงรุก และการปรับใช้หลักกฎหมายปกครองทั่วไป เช่น หลักความได้สัดส่วนและหลักความคาดหวังอันชอบธรรม อย่างไรก็ตาม ศาลยังเผชิญความท้าทายหลายประการ ทั้งข้อจำกัดเชิงองค์ความรู้ในคดีที่ซับซ้อนทางเทคนิค

⁹⁵Diane P Wood, 'Legal Scholarship for Judges' (2015) 124 The Yale Law Journal 2592, 2592-2607; Daphne Barak-Erez, 'Writing Law: Reflections on Judicial Decisions and Academic Scholarship' (2015) 41 Queen's Law Journal 255, 255-274.

เส้นแบ่งระหว่างการตรวจสอบกับการก้าวล่วงอำนาจฝ่ายบริหาร ตลอดจนแรงกดดันทางการเมืองและวัฒนธรรมองค์กรภายในศาลเอง ปัญหาเหล่านี้ชี้ว่าความเป็นภาวะวิสัยมิได้เกิดจากความซื่อสัตย์ของตุลาการเพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องอาศัยโครงสร้างเชิงสถาบัน กระบวนการ และวัฒนธรรมองค์กรที่สนับสนุนการใช้เหตุผลอย่างอิสระ

การเสริมสร้างความเป็นภาวะวิสัยจึงควรมุ่งไปที่สามมิติหลัก ได้แก่ (1) การพัฒนากระบวนการพิจารณาให้มีระบบบริหารจัดการคดีที่มีประสิทธิภาพและใช้ผู้เชี่ยวชาญศาลเป็น “ผู้ช่วยศาล” เพื่อเพิ่มความเที่ยงตรงทางเทคนิค (2) การยกระดับความรู้เฉพาะทางของตุลาการผ่านการฝึกอบรมเชิงรุกในประเด็นสมัยใหม่ และ (3) การปลูกฝังวัฒนธรรมองค์กรที่เปิดกว้างและส่งเสริมความกล้าหาญทางวิชาชีพ เพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยคดีได้อย่างอิสระ เป็นกลาง และโปร่งใส ท้ายที่สุด การตรวจสอบอย่างเป็นภาวะวิสัยไม่เพียงสะท้อนความยุติธรรมในเชิงกระบวนการ แต่ยังเป็นหลักประกันของความเชื่อมั่นในตุลาการและเสถียรภาพของระบอบนิติรัฐ การศึกษาต่อไปควรมุ่งวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรฐานการตรวจสอบดุลพินิจระหว่างประเทศ และพัฒนาแนวทางการประยุกต์เทคโนโลยีเพื่อยกระดับประสิทธิภาพและความโปร่งใสของศาลปกครองไทยในอนาคต

รายการอ้างอิง

- เชมจิรา รัตนะรังษี, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความล่าช้าในการดำเนินคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561).
- คณะกรรมการศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ’ (ม.ป.ป.).
- ชลธิชา สุรัตน์สัญญา, ‘บทบาทของตุลาการผู้แถลงคดีในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองไทย: เปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาคดีของระบบศาลอื่นที่ใช้วิธีพิจารณาในระบบไต่สวน’ (2566) 16 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 1.
- ฐิติมา จันทนุ, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2559).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ (พิมพ์ครั้งที่ 2, วิญญูชน 2561).
- ปรานี สุขศรี, หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด: ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) (สำนักงานศาลปกครอง มปป.).
- วนิดา มัชรินทร์, ‘สรุปคำพิพากษาคดี Fields v. Treasurer of Missouri’ (2566) 16 วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชยนาวิ 28.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 3, อ่านกฎหมาย 2564) 270–272.
- วันรพี แกน, ‘การควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ หรือโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2558).
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล, ‘คืนความเป็นอิสระให้ผู้พิพากษา คืบอำนาจตุลาการให้สังคม’ (The 101 World, 15 ตุลาคม 2562) <<https://www.the101.world/judicial-independence/>> สืบค้นเมื่อ 9 ตุลาคม 2568.
- สุชาดา เรืองแสงทองกุล, การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2560).
- โสภณ รัตนกร, ‘ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์’ (2558) 2 วารสารดุลพาห 1.
- อานันท์ กระบวนศรี, ‘การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส’ (2566) 12 วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ 132.

- Agnès Bizard et Quirec de Kersaüson, 'Le Conseil d'État bâtit sa jurisprudence en matière d'arbitrage' (2016) 2 Cahiers de l'arbitrage 429.
- Amalia Amaya, 'Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding' (2008) 5 Episteme 306.
- Amalia Amaya, 'Legal Justification by Optimal Coherence' (2011) 24 Ratio Juris 304.
- American Bar Association, 'Understanding Stare Decisis' (Public Education Division) <https://www.americanbar.org/groups/public_education/publications/preview_home/understand-stare-decisis/> accessed 9 October 2025.
- Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives (AIHJA), 'Thailand – Supreme Administrative Court' AIHJA Official Website <<https://www.aihja.org/en/membre/thailand-supreme-administrative-court/>> accessed 8 October 2025.
- Brian J Ostrom and Roger A Hanson, 'Understanding and Diagnosing Court Culture' (2009) 45 Court Review 104.
- Charles H. Koch Jr., 'Administrative Law: Confining and Controlling Administrative Discretion Within the Seventh Circuit' (1977) 54 Chicago-Kent Law Review 275, 275–277.
- Christopher F Zurn, 'Habermas's Discourse Theory of Law' in Barbara Fultner (ed) *Jürgen Habermas: Key Concepts* (Acumen 2011) 194.
- Christopher R Drahozal, 'Judicial Incentives and the Appeals Process' (1998) 51 SMU Law Review 469.
- Conseil national des compagnies d'experts de justice (CNCEJ), *Guide administratif des experts auprès des juridictions administratives* (2020) 6 <https://www.cncej.org/uploads/document/file/21/GUIDE_ADMINISTRATIF_VD.pdf>
- Cornell Law School, Legal Information Institute, 'Political Question Doctrine' (Wex) https://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine
- Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *SATURN Guidelines on Judicial Time Management* (CEPEJ 2021).
- Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), 'Towards European Timeframes for Judicial Proceedings: Implementation Guide, CEPEJ(2016)5PROV' (Strasbourg: Council of Europe 2016) <<https://rm.coe.int/16807481f2>> accessed 22 October 2025.

- Cour administrative d'appel de Nancy, *Je suis un expert* (Conseil d'État) <<https://nancy.cour-administrative-appel.fr/vos-demarches/je-suis-un-expert>>
- Cour administrative d'appel de Paris, *Je suis un expert* (Conseil d'État) <<https://www.conseil-etat.fr/cour-administrative-d-appel-de-paris/vos-demarches/je-suis-un-expert>>
- D Hiep Truong, 'Daubert and Judicial Review: How Does an Administrative Agency Distinguish Valid Science from Junk Science?' (2000) 33 Akron Law Review 1.
- Daphne Barak-Erez, 'Writing Law: Reflections on Judicial Decisions and Academic Scholarship' (2015) 41 Queen's Law Journal 255.
- David C Steelman, John A Goerdts and James E McMillan, *Caseflow Management: The Heart of Court Management in the New Millennium* (National Center for State Courts 2004).
- David Pimentel, 'Balancing Judicial Independence and Accountability in a Transitional State: The Case of Thailand' (2016) 33 UCLA Pacific Basin Law Journal 155.
- David Pimentel, 'Reframing the Independence v. Accountability Debate: Defining Judicial Structure in Light of Judges' Courage and Integrity' (2009) 57 Cleveland State Law Review 1.
- Diane P Wood, 'Legal Scholarship for Judges' (2015) 124 The Yale Law Journal 2592.
- Elise Muir, 'The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins' (2019) 20 German Law Journal 817.
- European Court of Human Rights (Fourth Section), *Gulamhussein v The United Kingdom and Tariq v The United Kingdom* (Applications nos 46538/11 and 3960/12), 'Statement of Facts and Questions' (19 March 2015).
- European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a Fair Trial (civil limb)* (Council of Europe 2020).
- European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice* (Publications Office of the EU 2016).
- F Whyte, 'Bias and the Special Place of the Supreme Court' (Bachelor of Laws (with Honours) dissertation, University of Otago 2008).
- Farrah Ahmed and Adam Perry, 'Expertise, Deference, and Giving Reasons' (2012) Public Law 1.
- Filippo Borriello, 'The Judicial Review of Technical Discretion in the Activity of the Independent Administrative Authorities' (2021) 12 Federalismi.it 1.

- Frederick Schauer, 'English Natural Justice and American Due Process' (1976) 18 William and Mary Law Review 47.
- Gonzalo Villa-Rosas and Jorge Luis Fabra-Zamora, 'Introduction: The Meanings of 'Objectivity'' in Gonzalo Villa-Rosas and Jorge Luis Fabra-Zamora (eds) *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning* (Edward Elgar 2023) 11.
- Henry J Friendly, 'Some Kind of Hearing' (1975) 123, 3 University of Pennsylvania Law Review 1267.
- J Mark Ramseyer and Eric B Rasmusen, 'Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?' (2001) 95 American Political Science Review 331.
- Jakub J Brdulak and Przemysław Banasik, 'Organisational Culture and Change Management in Courts, Based on the Examples of the Gdańsk Area Courts' (2015) 14 International Journal of Contemporary Management 33.
- Jamal Greene, 'Foreword: Rights as Trumps?' (2018) 132 Harvard Law Review 28.
- James Carruthers, 'Closed Material Procedures in Civil Trials' (unpublished paper, no publication date).
- Jerry L. Mashaw, 'Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age' (2010) 119, 8 The Yale Law Journal 1362.
- Joana Mendes, *Law and Administrative Discretion in the EU: Value of a Comparative Perspective* (Yale Comparative Administrative Conference 2016).
- John Bell and François Lichère, *Contemporary French Administrative Law* (Cambridge University Press 2022) <https://www.cambridge.org/core/books/contemporary-french-administrative-law/maintaining-legality/0395213FD7AEE279231EF46CFC24DC54>
- Jorge Luis Fabra-Zamora and Gonzalo Villa-Rosas, eds., *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning* (Edward Elgar 2022), cited in Jorge Luis Fabra-Zamora, 'Probing the Meaning of Objectivity in the Law' (University at Buffalo School of Law) <<https://www.law.buffalo.edu/links/2023-January/fabra-zamora.html>> accessed 10 October 2025
- Josh Blackman, 'Judicial Courage' (2022) 26 Texas Review of Law & Politics in 354.
- Judicial Conference of the United States, *Code of Conduct for United States Judges* (Administrative Office of the U.S. Courts 2019).

- Judicial Office of England and Wales, *Guide to Judicial Conduct* (Judicial Office of England and Wales 2023)
- Kathleen G Noonan, Charles F Sabel, and William H. Simon, 'Legal Accountability in the Service-Based Welfare State: Lessons from Child Welfare Reform' (2009) 34 *Law & Social Inquiry* 523.
- Lasse Schuldt and Supakorn Wilatratsami, 'The Jurisprudence of the Supreme Administrative Court 2021' (2022) 2 *Thai Legal Studies* 138.
- Louis Henkin, 'Is There a 'Political Question' Doctrine?' (1976) 85, 5 *The Yale Law Journal* 597.
- Marion Eckertz-Höfer, 'The Judicial Review of Administrative Decisions in Germany' (paper presented at Australian National Conference, Administrative Review: Learning from Different Perspectives, Hunter Valley, 4 March 2010).
- Mark Van Hoecke, 'Objectivity in Law and Jurisprudence' in Jaakko Husa and Mark Van Hoecke (eds.), *Objectivity in Law and Legal Reasoning* (Hart 2013).
- Matthew H. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2007) xi–xiii;
- Jeremy Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (2010) NYU School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper No. 10-73.
- Michele Taruffo, 'Inferences in Judicial Decisions about Facts' (2018) 1 *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* 187.
- Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2013).
- Owen M. Fiss, 'Objectivity and Interpretation' (1982) 34 *Stanford Law Review* 739.
- Paul Craig, 'Law, Fact and Discretion in the UK, EU and the USA' (Sciences Po, Chair Mutations de l'Action Publique et du Droit Public (MADP), PDF) https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf?utm_source=chatgpt.com
- Paul Craig, *EU Administrative Law – The Acquis* (European Parliament 2010).
- Peter Gottwald, 'Die Stellung des Sachverständigen und seines Gutachtens im deutschen Zivilprozess' (2018) 36 *Ritsumeikan Law Review* 121.
- R R Verkerk, *Fact-Finding in Civil Litigation: A Comparative Perspective* (Intersentia 2010) 270, cited in Franz Klein, 'Aufgabe des Richters ist es, nach Wahrheit zu forschen, Wahrheit zu verkünden, denn ein wahres, richtiges Bild der Tatsachen ist die Hauptbedingung eines gerechten Spruches' (1901) *Vorträge über Zivilprozessrecht* 1.

- Robert S Summers, 'Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases' (1999) 18 *Law and Philosophy* 497.
- Robert Thomas, *The Relationship Between English and European Community Administrative Law: The Principles of Legitimate Expectations and Proportionality* (PhD dissertation, University of Nottingham 1998).
- Ronald M Levin, 'Administrative Discretion, Judicial Review, and the Gloomy World of Judge Smith' (1986) *Duke Law Journal* 258.
- Sheerin N S Haubenreich, 'Sometimes You Have to Go Backwards to Go Forwards: Judicial Review and the New National Security Exception' (2008) 8 *Connecticut Public Interest Law Journal* 1.
- Stuart M Gerson and Robert E Wanerman, 'Striking a Balance: The Supreme Court and the Future of Chevron Deference' (Epstein Becker & Green, 9 February 2024) <<https://www.ebglaw.com/insights/publications/striking-a-balance-the-supreme-court-and-the-future-of-chevron-deference>> accessed 9 October 2025.
- Thanyanuch Tantikul, 'Cultural Differences in Control: How Thailand's Order-Centric Legal Mentality Shapes Its Constraining Lower-Court Practices' (2023) 25 *Punishment & Society* 1254.
- The Honourable Luc Martineau, 'Does Judicial Courage Exist, and If So, Is It Necessary in a Democracy?' (2018) 8 *Western Journal of Legal Studies* 1.
- The National Judicial College, 'Courses' <<https://www.judges.org/courses/>> accessed 10 October 2025.
- Thomas W. Merrill, 'Fair and Impartial Adjudication' (2019) 26 *George Mason Law Review* 897.
- United Nations Human Rights Committee, *General Comment No 32: Article 14 – Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, CCPR/C/GC/32 (23 August 2007), paras. 8–15.
- Vincent Martenet, 'Judicial Deference to Administrative Interpretation of Statutes from a Comparative Perspective' (2021) 54 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 83.
- Vito Breda, *The Objectivity of Judicial Decisions: A Comparative Analysis of Nine Jurisdictions* (Peter Lang 2017).

บทความวิชาการ (Academic Article)

กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบกับ การขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบที่ยั่งยืนของอาเซียน: วิเคราะห์ความเชื่อมโยง ระหว่างการประสานกฎหมายและประสิทธิภาพโลจิสติกส์

ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT) and
ASEAN's Sustainable Multimodal Transport: Exploring Correlations between
Legal Harmonisation and Logistics Performance

นวลจันทร์ แจ่มจิตร*

อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ และนักวิจัยของศูนย์วิจัยเพื่อผู้ประกอบการและความยั่งยืน
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เลขที่ 333 หมู่ที่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100
อีเมล: nuanchan.cha@mfu.ac.th

Nuanchan Changchit

Lecturer in Law at School of Law and

Researcher of Sustainability and Entrepreneurship Research Centre (SERC),
Mae Fah Luang University, 333 Moo 1, Tasud Sub-district, Mueang District, Chiang Rai
Province 57100

Email: nuanchan.cha@mfu.ac.th

วันที่รับบทความ 14 ธันวาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 6 เมษายน 2569;

วันที่ตอบรับบทความ 6 เมษายน 2569

*PhD in Commercial Law, Queen Mary University of London; LL.M. in International Business Law, Queen Mary University of London; นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง เหรียญทอง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มุ่งวิเคราะห์ความเชื่อมโยงระหว่างความก้าวหน้าในการดำเนินการตามกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ (ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport: AFAMT) กับพัฒนาการด้านประสิทธิภาพโลจิสติกส์ และศักยภาพในการปรับใช้ความตกลงดังกล่าวในการส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจที่ยั่งยืนภายในภูมิภาคอาเซียน โดยอาศัยการวิเคราะห์หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของกรอบความตกลงดังกล่าว ร่วมกับการวิเคราะห์ข้อมูลดัชนีผลการดำเนินงานด้านโลจิสติกส์ (Logistics Performance Index: LPI) ซึ่งผลการศึกษาแสดงให้เห็นถึงรูปแบบความเชื่อมโยงกันระหว่างระดับความคืบหน้าในการดำเนินการประสานกฎหมายตามกรอบความตกลง AFAMT กับการลดลงของต้นทุนธุรกรรมทางการค้า รวมถึงการยกระดับประสิทธิภาพด้านโลจิสติกส์ แม้ว่าการศึกษาชิ้นนี้จะไม่อาจอ้างถึงความสัมพันธ์ในลักษณะสาเหตุโดยตรง แต่ข้อมูลเชิงประจักษ์บ่งชี้ว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีระดับการพัฒนาทางกฎหมายให้เป็นไปตามกรอบความตกลง AFAMT ที่ดี มีระดับการพัฒนาประสิทธิภาพโลจิสติกส์ที่ดีขึ้นควบคู่กันไป ทั้งยังส่งผลโดยนัยต่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของภูมิภาคอาเซียนในภาพรวมอีกด้วย

การศึกษานี้สะท้อนให้เห็นว่า ความสอดคล้องของกฎหมายเป็นปัจจัยพื้นฐานหลักที่เอื้อต่อการเสริมสร้างการบูรณาการทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค รวมถึงการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขัน และการพัฒนาเศรษฐกิจสีเขียวของอาเซียน จากผลการศึกษานี้ จึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการเร่งรัดให้มีการดำเนินการตามกรอบความตกลง AFAMT อย่างเต็มรูปแบบ ควบคู่ไปกับการปฏิรูปกฎหมายและนโยบายแบบมุ่งเป้า เพื่อที่จะสามารถเสริมความแข็งแกร่งให้แก่การบูรณาการด้านโลจิสติกส์ของอาเซียน และสนับสนุนเป้าหมายด้านความยั่งยืนของภูมิภาคได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ (AFAMT), การประสานกฎหมาย, ประสิทธิภาพโลจิสติกส์, การพัฒนาที่ยั่งยืน

Abstract

This study examines the correlations between the implementation progress of the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT) and improvements in logistics performance, including potential contributions to sustainable economic development within ASEAN. By employing doctrinal legal analysis of the AFAMT's provisions and a descriptive review of the World Bank's Logistics Performance Index (LPI) data, this study highlights associative patterns between the degree of the AFAMT implementation and reductions in trade transaction costs and improved logistics efficiency. Although no causal relationship is asserted, the findings suggest that ASEAN member states (AMSs) implementing the AFAMT experienced concurrent improvements in logistics performance, while also promoting ASEAN's broader sustainable objectives.

The study demonstrates that legal coherence creates conditions conducive to regional economic integration, competitiveness, and green economy. It proposes that accelerating full-scale implementation of the AFAMT, alongside targeted legal and policy reforms, could strengthen ASEAN's logistics integration and sustainability objectives.

Keywords: ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT), Legal Harmonisation, Logistics Performance, Sustainable Development.

1. Introduction

The establishment of seamless, integrated, efficient, predictable, and sustainable logistics systems is essential for regional economic integration and competitiveness. In the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), the complex and fragmented frameworks governing cross-border multimodal transport operations, which have governed by disparate national laws of its member states, has presented significant legal and operational barriers to trade growth. Given the importance of legal coherence, the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT) was adopted in 2005 to harmonise legal frameworks across member states. As emphasised in the 2019 Implementation Framework for the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (2019 Implementation Framework), the AFAMT aims to reduce transaction costs, enhance logistics performance, and support sustainable economic growth.

This study examines the correlation between the implementation progress of the AFAMT and improvements in logistics performance indicators within ASEAN member states (AMSs). It employs a qualitative research approach with the combination of doctrinal legal analysis with descriptive empirical review of the World Bank's Logistics Performance Index (LPI) data. While cause-and-effect relationship is not asserted, the study highlights observable associative patterns suggesting that legal harmonisation efforts under the AFAMT may coincide with improvements in logistics efficiency and the establishment of conditions conducive to sustainable multimodal transport development. The significance of logistics performance as a key measure of regional integration is explicitly recognised in ASEAN's Regional Action Plan for the Implementation of the AFAMT 2020-2025. The aim of this particular measure is to encourage AMSs to conduct benchmarking exercises using indicators such as the LPI. These indicators provide valuable insights into the practical effects of multimodal transport efficiencies on trade and logistics performance across ASEAN and its member states.

In addition, the study situates the analysis of the AFAMT within the broader discourse on how harmonised legal frameworks interact with regional economic integration and sustainability objectives. It argues that a harmonised multimodal transport regime, by fostering more seamless, efficient, and lower-emission logistics practices, aligns with ASEAN's ambitious aspirations for a green economy and sustainable infrastructure development.

By applying this interdisciplinary inquiry, the study contributes to a nuanced understanding of the relationship between multimodal transport harmonisation, logistics performance, and sustainable economic development in ASEAN. It proposes that effective and full-scale implementation of the AFAMT could significantly strengthen ASEAN's transport connectivity, regional competitiveness, and environmental resilience in a fast-changing and increasingly integrated global economy.

2. Literature Review

This section situates the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT) within the broader theory of regional legal harmonisation and its intended effects on economic and environmental consequences.

2.1 Legal Harmonisation, Transaction Costs, and Logistics Performance

In regional economic integration theory, legal harmonisation is widely recognised as a strategic legal approach for advancing regional economic integration, particularly in sectors requiring cross-border operations, such as trade, transport, and logistics.¹ By aligning national laws under a commonly accepted framework, harmonisation enables member states to create a more predictable legal environment for cross-border operations.² This predictability, in turn, correlates with improved efficiency in the movement of goods within the regional common market. Such harmonisation contributes to the removal of non-tariff barriers (NTBs) and the reduction of legal difficulties associated with disparities between national laws, thereby lowering trade transaction costs, delays, and uncertainty in cross-border trade and transport within the market.³

From a theoretical perspective, the linkage between legal harmonisation and trade facilitation can be further demonstrated through the lens of transaction cost economics,

¹ Jose Angelo Estrella Faria, *Legal Harmonisation through Model Laws: The Experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* (UN Working Group on Electronic Commerce 2002).

² Michael G. Faure, 'Defining Harmonisation, Codification and Integration' (2000) 9 *European Environmental Law Review* 6.

³ Eva Julia Lohse, 'The Meaning of Harmonisation in the Context of European Union Law – A Process in Need of Definition' in Mads Andenas and Camilla Baasch Andersen (eds), *Theory and Practice of Harmonisation* (Edward Elgar Publishing 2012); Dewan Mohammad Zahurul Islam, 'International Freight Transport Multimodal Development in Developing Countries: The Case of Bangladesh' (PhD thesis Plymouth Business School, University of Plymouth 2005).

particularly as developed by scholars such as Coase (1937) and Williamson (2009).⁴ These scholars noted that transaction costs are not limited only to the prices paid in market exchanges, but also include the costs of negotiating, monitoring, honouring contractual commitments, complying with laws and regulations, and managing legal uncertainty and regulatory fragmentation.⁵ Thus, where national legal systems are divergent and unpredictable, these transaction costs rise accordingly, discouraging cross-border operations and reducing overall market efficiency.

In cross-border trade, efficient logistics is therefore deeply influenced by the legal frameworks governing transport. As elaborated by North, laws and regulations, as a form of formal institutions for capturing the gains from trade, are devised to “create order and reduce uncertainty in exchange” in the market.⁶ Inconsistent laws across countries can cause unnecessary transaction costs for businesses by increasing legal uncertainty, duplicating compliance efforts, and elevating legal and operational risks. In this respect, Efrat suggests that harmonising commercial laws across jurisdictions can facilitate trade and transport by reducing these costs.⁷

Within the logistics sector specifically, when relevant laws and regulations are harmonised across the agreed territory of a regional grouping, service providers and cargo interests can operate with lower transaction costs and fewer legal frictions.⁸ Accordingly, legal harmonisation serves as a vital measure for trade facilitation. By aligning national rules under a common framework, member states aim to create a more predictable legal environment for logistics operations, which, in theory, correlates with improved efficiency in the movement

⁴ R. H. Coase, ‘The Nature of the Firm’ (1937) 4 *Economica* 16; Oliver E. Williamson, ‘Transaction Cost Economics: The Natural Progression’ (Prize Lecture, The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2009).

⁵ Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance* (Oxford University Press 1996) 379; Paul Milgrom and John Roberts, *Economics, Organization and Management* (Prentice Hall 1992).

⁶ Douglass C. North, ‘Institutions’ (1991) 5 *Journal of Economic Perspectives* 1, 97.

⁷ Asif Efrat, ‘Promoting Trade through Private Law: Explaining International Legal Harmonization’ (2016) 11 *The Review of International Organizations* 3.

⁸ UNESCAP, ‘Selected legal issues affecting multimodal transport operations in Asia and the Pacific’ (2020) *Background note by the Secretariat in the Virtual Expert Meeting on Legal Frameworks for Multimodal Transport Operations in Asia and the Pacific* (Bangkok, August 2020) <https://www.unescap.org/sites/default/files/Background%20note%20by%20ESCAP_multimodal%20legal%20frameworks%20for%20VEGM%20August%202020.pdf> accessed 18 May 2025.

of goods. This theoretical linkage between legal harmonisation and transaction costs underpins many regional integration efforts in trade and transport facilitation initiatives, including ASEAN.

Specifically, a sector where these dynamics are particularly evident is multimodal transport. Since the advent of containerisation, multimodal transport has played an increasingly important role in cross-border trade and logistics. It involves the carriage of goods via multiple transport modes under a single contract with one single responsible party, namely, the multimodal transport operator (MTO). Generally, the carriage of goods by sea, road, rail, and air is governed by separate unimodal transport conventions and national laws.⁹ This has led to a patchwork of legal regimes for through-transit shipments. Due to the absence of a unified legal framework for multimodal transport, a single shipment may be governed by different unimodal transport regimes, including those governing liability, documentation, and jurisdictional clauses for each leg of transit. This legal and operational fragmentation raises significant transaction costs, as parties must navigate multimodal transport operations by negotiating complex and multiple contracts to bridge legal gaps, securing multiple transport documents, and encountering uncertainty over applicable legal regimes in the case of loss or delay of goods.¹⁰ Consequently, such fragmentation is regarded as a non-tariff barrier (NTB) to efficient trade in transport services, which are a crucial part of logistics.

In the ASEAN context, this practical impact was well recognised. Before the adoption of the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT), the legal environment for cross-border multimodal transport operations in ASEAN was significantly fragmented. Disparities in national laws governing multimodal transport across AMSs caused legal uncertainty and increased both the legal and operational risks for transport services providers. Goods often had to be unloaded and reloaded at borders because carriers lacked cross-border operating rights or were not mutually recognised in the host state. These inconsistencies imposed additional transaction costs on multimodal transport operations, including costs

⁹ Marian Hoeks, *Multimodal Transport Law: The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods* (Kluwer Law international BV. 2010).

¹⁰ Theodora Nikaki, 'Bringing Multimodal Transport Law into the New Century – Is the Uniform Liability System the Way Forward' (2013) 78 *Journal of Air Law and Commerce* 1.

arising from legal compliance, risk management, litigation, and insurance.¹¹ Essentially, they made transportation “inefficient, unreliable and high cost,” thereby discouraging trade and increasing the market prices of goods supplied in the region.¹² Empirical observations in ASEAN underscore that, without harmonised laws, traders faced not only higher insurance premiums, but also less efficient routing and operational management, reflecting the hidden costs of legal uncertainty in supply chains.¹³ Therefore, reducing these unnecessary costs through legal harmonisation became a strategic priority for ASEAN to improve logistics performance within the region.

The harmonisation of laws under the AFAMT seeks to address these concerns by providing a common legal framework that reduce disparities in national laws across the ASEAN region. As outline in the 2019 Implementation Framework, a “well-integrated and sustainable multimodal transport framework is imperative” for AMSs to fully leverage economic integration opportunities. This emphasis suggests that a coherent legal framework for multimodal transport is viewed as foundational to achieving the ASEAN Economic Community’s single market goals.

2.2 ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT)

In 2005, as part of the ASEAN Economic Community blueprint, all AMSs agreed to adopt the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT) as a legal harmonisation measure to tackle legal fragmentation in cross-border trade and support door-to-door transport across the region. The AFAMT was built in consistent with international standards, especially the United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods (the 1980 MT Convention), the UNCTAD/ICC Rules on Multimodal Transport Documents (the 1992 UNCTAD/ICC Rules) and the FIATA Multimodal Transport Bill of Lading (FBL).

¹¹ Michael J. Ferrantino, ‘Policies to Improve the Supply chain: what Needs to be Done?’ in Deborah K. Elms & Patrick Low (eds), *Global Value Chains in a Changing World* (Fung Global Institute (FGI), Nanyang Technological University (NTU), and World Trade Organization 2013) 263-265.

¹² Chackrit Duangphastra, ‘Comparative Study of Transport Facilitation Issues in ASEAN Transport Facilitation Agreements and Greater Mekong Subregion Cross Border Transport Agreement’ (2024) 11 Asian Crime and Society Review 1, 2.

¹³ UNCTAD, ‘Multimodal Transport: The Feasibility of an international legal instrument’ (2003) *Report by the UNCTAD secretariat UNCTAD/SDTE/TLB/2003/1* <https://unctad.org/system/files/official-document/sdtetlb20031_en.pdf> accessed 18 May 2025.

According to its preamble, the AFAMT's objectives are doctrinally grounded in: (a) promoting smooth, economic and efficient multimodal transport services; (b) adopting rules relating to the carriage of goods by multimodal transport, including common provisions on carrier liability; and (c) creating a fair balance of interests between MTOs and shippers. It establishes uniform rules on key aspects of multimodal transport, including the definition of multimodal transport, the rights and liabilities of parties, the use of standardised transport documents, and the mutual recognition of MTO certificates. This legal uniformity is considered a means to facilitate trade and logistics in the region. Much like the removal of tariffs, harmonising multimodal transport laws under the AFAMT seeks to eliminate legal incompatibilities, the NTBs that previously caused costly workarounds.¹⁴ This is to reduce transaction costs and facilitate more efficient movement of goods across the ASEAN region.

A harmonised legal framework under the AFAMT enables goods to move continuously by the most efficient and cost-effective means across borders. From a legal-economic perspective, the AFAMT operationalises such legal harmonisation by establishing a uniform set of multimodal transport rules across the AMSs. The theoretical expectation is that consistent liability regimes, documentation standards, and streamlined procedures can reduce legal fragmentation and coincide with gains in logistics performance, e.g. faster transit times, lower costs.¹⁵ This is due to traders no longer need to navigate divergent national laws for a single door-to-door shipment.¹⁶ It is important to note that this study treats such improvements as correlative rather than strictly causative. This means while legal harmonisation provides an enabling environment, actual efficiency gains also depend on other factors, e.g., infrastructure quality, technological adoption, and private sector responsiveness.

The AFAMT also addresses specific legal difficulties that previously hindered multimodal transport operations. It introduces important procedural safeguards to reduce conflict of laws in multimodal transport contracts. By lowering legal and operational

¹⁴ Ben Shepherd and John S. Wilson, 'Trade Facilitation in ASEAN Member Countries: Measuring Progress and Assessing Priorities' (2009) 20 *Journal of Asian Economics* 4, 370.

¹⁵ UNECE, 'Possibilities for reconciliation and harmonization of civil liability regimes governing combined transport' (2000) *UNECE Inland Transport Committee: Working Party on Combined Transport - Results of two expert group meetings ("hearings") on civil liability regimes for multimodal transport, Thirty-fourth session, Agenda item 8* (UNECE Ad Hoc Expert Group on Civil Liability in Multimodal Transport, Geneva, September 2000) 5.

¹⁶ David A. Glass, *Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts* (Informa 2012) para 1.7.

complexity, the AFAMT minimises legal risks and promotes smoother dispute resolution. This aligns with the World Bank's Logistics Performance Index (LPI), which highlights the importance of regulatory environment and institutional quality as key determinants of logistics performance.¹⁷ Accordingly, when legal frameworks are harmonised and effectively implemented, logistics performance tends to improve, thereby facilitating trade and deepening economic integration.¹⁸

Importantly, the AFAMT also integrates, albeit impliedly, sustainability concerns. Legal harmonisation in transport can support the shift toward a greener economy. As outlined in the 2019 Implementation Framework, the AFAMT, by streamlining multimodal transport operations, may encourage shifts to more environmentally friendly modes and reduces inefficiencies like prolonged border delays. In theory, smoother logistics chains can reduce fuel consumption and greenhouse gas emissions per unit of cargo.¹⁹ Furthermore, uniform laws can incorporate environmental safeguards, for instance, through the promotion of electronic documentation, thus aligning legal harmonisation with sustainability objectives. This interdisciplinary approach, which bridges legal reform with economic and environmental analysis, frames the study. The AFAMT's implementation is examined not just as a legal development in isolation, but as a factor correlated with tangible developments in logistics efficiency and progress toward sustainable transport within ASEAN. By clarifying these theoretical linkages at the outset, the study sets the stage for an empirical inquiry into how legal harmonisation and multimodal transport integration are associated with observed outcomes, without presumptions of direct causation.

This study, therefore, suggests that the reduction in transaction costs resulting from legal harmonisation under the AFAMT is associated with improvements in logistics

¹⁷ Lauri Ojala and Dilay Celebi, 'The World Bank's Logistics Performance Index (LPI) and drivers of logistics performance' (2015) *OECD Roundtable on Logistics Development Strategies and their Performance Measurements (Queretaro, March 2015)* 6 <<https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/ojala.pdf>> accessed 2 June 2025.

¹⁸ Zhanarys S. Raimbekov, Bakyt U. Syzdykbayeva, Kamshat P. Mussina, Luiza P. Moldashbayeva, Bakytzhamal A. Zhumataeva, 'The Study of the Logistics Development Effectiveness in the Eurasian Economic Union Countries and Measures to Improve it' (2017) *XX European Research Studies Journal* 4B, 273.

¹⁹ ResearchAndMarkets, 'Global Multimodal Freight Transportation Market (2020 to 2025) – Featuring FedEx, Dascher & Sinotrans Among Others' *GlobeNewswire* (10 June 2020) <<https://www.globenewswire.com/news-release/2020/06/10/2046176/0/en/Global-Multimodal-Freight-Transportation-Market-2020-to-2025-Featuring-FedEx-Dascher-Sinotrans-Among-Others.html>> accessed 25 May 2025.

performance among AMSs. In this respect, the AFAMT functions as both a legal and economic instrument, designed not only to facilitate the movement of goods but also to contribute to the broader objectives of regional economic integration and sustainable development. The study also argues that although significant challenges remain, the AFAMT, if effectively implemented across the region, provides a unified legal framework with considerable potential to enhance logistics performance and sustainability. In doing so, this study contributes to a broader understanding of the connection between legal frameworks, logistics efficiency, and sustainable economic development in the ASEAN multimodal transport context. Precisely, it provides a comprehensive basis for asserting the practical relevance of the AFAMT in advancing ASEAN regional economic integration and sustainability objectives.

3. Research Method

This study employs a qualitative research approach combining doctrinal legal analysis with descriptive empirical review. This mixed methodology is designed to examine the correlations between the AFAMT's implementation progress and improvements in logistics performance and sustainable economic development in ASEAN.

A doctrinal legal analysis is employed to examine AFAMT's key provisions and their intended legal effects. This includes an in-depth analysis of key legal mechanisms established by the AFAMT, particularly regarding the harmonisation of multimodal transport regimes, liability frameworks, the standardisation of multimodal transport documentation, and the mutual recognition of MTO certificates. The analysis mainly focuses on demonstrating the intended legal effects of the AFAMT in addressing legal disparities within ASEAN's multimodal transport regime, thereby reducing trade transaction costs and enhancing legal predictability for cross-border logistics and transport operations.

The study also conducts a descriptive empirical review of the World Bank's Logistics Performance Index (LPI) data between 2007 and 2018. It analyses changes in LPI scores across AMSs, with particular focus on indicators related significantly to multimodal transport operations, such as infrastructure quality, customs efficiency, logistics competence, shipment reliability, and timeliness. The period of 2007 to 2018 is selected because it covers the earliest available LPI dataset and broadly corresponds with the initial implementation phase of the AFAMT among AMSs following its entry into force. The analysis reveals associative patterns

between the AFAMT's implementation progress and improvements in logistics performance indicators.

Notably, the study does not seek to establish causality between AFAMT implementation and logistics performance improvements. Rather, it aims to highlight observable correlations between legal harmonisation efforts in multimodal transport and logistics outcomes. This study fully recognises that such improvements are attributes to several factors, including infrastructure development, technological advancement, and national economic policies. Accordingly, the integrated methodological approach of this study allows for a nuanced understanding of how the AFAMT's uniform legal framework could contribute to creating regulatory conditions conducive to improving logistics efficiency and sustainable economic development within ASEAN. In other words, it allows for the presumption that legal harmonisation efforts may coincide with improved logistics efficiency and reduced trade transaction costs, while potentially contributing to ASEAN's broader goals of promoting sustainable transportation, green economy development, and deeper regional economic integration.

4. Analysis of Results

This section examines whether the legal harmonisation under AFAMT correlates with measurable improvements in logistics performance across AMSs. It begins with a doctrinal analysis of key AFAMT's provisions to assess their intended harmonising effects, followed by an empirical exploration using the World Bank's Logistics Performance Index (LPI) and related indicators. The analysis highlights associative patterns that emerge alongside the AFAMT implementation progress. The goal is to explore correlations between the degree of multimodal transport harmonisation, as proxied by AFAMT ratification and implementation progress, and improvements in logistics efficiency outcomes, while carefully avoiding any unwarranted attribution of causation.

4.1 AFAMT as a Harmonisation Measure for Trade Facilitation

The AFAMT attempts to harmonise both the substantive law of carriage and certain procedural aspects across AMSs. A number of legal difficulties would be resolved through this

harmonisation.²⁰ One key issue is, for instance, the lack of a globally accepted definition of multimodal transport within the region. Similar terms, such as “intermodal transport”, “combined transport”, “door-to-door transport”, and “multimodal transport” are often used interchangeably and arbitrarily to describe transport operations involving more than one mode of transport.²¹ Legal instruments at various levels reflect this confusion, providing different definitions and contributing to ambiguity in legal interpretation.²² Article 1 of the AFAMT introduces a uniform definition of multimodal transport, aiming to reduce such inconsistencies. This common definition could minimise misunderstandings and interpretative divergence.²³ It would also address the practical challenges associated with applying these terms in the ASEAN transport context.

Multimodal transport documentation is another critical substantive area harmonised by the AFAMT. Article 4 requires that when an MTO takes goods in his custody, he must issue a multimodal transport document (MTD), either in a negotiable or non-negotiable form at the consignor’s request. Following that, Article 5 provides a standardised set of particulars that should appear on the MTD, such as description of goods, the consignee’s name, the MTO’s name and principal place of business, the place and date of taking goods in charge, the designated place of delivery, etc. Additionally, Article 6 prescribe a uniform legal status for the MTD to serve as the prima facie evidence of the contract covering all transport legs of the journey. This could facilitate customs clearance and cargo handling without the need for separate transport documents containing differing legal clauses, thereby streamlining cross-border procedures. This uniformity aligns ASEAN’s multimodal transport documentation with international standards, notably the 1992 UNCTAD/ICC Rules. It also facilitates digitalisation, allowing parties to adopt electronic alternatives equivalent to standard documents more easily. This helps reduce paperwork and procedural delays, which, in turn, improve timeliness,

²⁰ A detailed comparative examination of definitional disparities in the domestic laws of AMSs is provided in the author’s earlier doctoral research. See, Nuanchan Changchit, ‘Towards Harmonisation of Multimodal Transport Law in ASEAN’ (PhD Thesis Queen Mary University of London 2025) 83-116.

²¹ Ralph de Wit, *Multimodal Transport: Carrier Liability and Documentation* (LLP 1995) para 1.2.

²² Marian Hoeks, ‘Multimodal Carriage with a Pinch of Sea Salt: Door to Door under the UNCITRAL Draft Instrument’ (2008) 53 *European Transport Law* 3, 259.

²³ UNESCAP (n 8) 2.

an essential element of logistics performance reflected in stronger outcomes on relevant efficiency indicators.²⁴

More importantly, the liability regime represents the most important substantive harmonisation under the AFAMT. Before the AFAMT's adoption, cross-border multimodal transport operations in ASEAN faced considerable legal uncertainty. Due to disparities among national laws, the applicable liability rules and the extent of a MTO's liability varied considerably across AMSs. This legal fragmentation raised transaction costs and weakened the efficiency of cross-border logistics and trade facilitation. The AFAMT addresses this by introducing a uniform default liability regime for the MTO, alongside standardised liability limits, replacing the myriads of possible national laws with one regional standard. In general, the MTO is responsible from the time the goods are taken in charge until delivery (Article 7). If a multimodal transport contract includes a sea leg, the MTO's liability limit is set under Article 14 of the AFAMT at 666.67 Special Drawing Rights (SDR) per package or 2 SDR per kilogramme, whichever is higher. If the contract excludes sea or inland waterway carriage, Article 16 applies a uniform limit of 8.33 SDR per kilogramme. Crucially, Article 17 adopts a modified liability system to address overlapping unimodal transport conventions. If the stage of loss or damage of goods is localised and an international convention or mandatory law applies to that leg, the MTO's liability limit is determined by reference to that regime. In effect, this system ensures that the MTO's liability limit under the AFAMT aligns with the relevant unimodal transport rules. Meanwhile, in case where the stage of loss or damage cannot be localised, the AFAMT's uniform limits under Articles 14 and 16 serves as a fallback. This compromise can reduce legal uncertainty by defining the applicable rules from the outset, thereby minimising disputes over the choice of law and the risk premium for MTOs.²⁵

In addition to liability limits, the AFAMT harmonises other liability aspects. For instance, while Article 24 extends the MTO's liability and limitations to servants, agents, and subcontractors, Article 12 provides a set of exemptions for MTOs similar to those in unimodal transport conventions. Stakeholders can therefore legitimately expect a broadly consistent risk allocation across AMSs that have ratified the AFAMT. This legal predictability encourages greater participation in ASEAN logistics services sector. From a trade transaction cost

²⁴ Dewan Mohammad Zahurul Islam (n 3).

²⁵ UNCTAD (n 13); Marian Hoeks (n 9).

perspective, the reduced legal risk would reduce the need for costly insurance and litigation to resolve cross-border claims, leading to a direct contribution to more efficient logistics performance.²⁶

Moreover, the AFAMT establishes a standard definition of a ‘multimodal transport operator’ (Article 1). All ASEAN MTOs must meet minimum qualification requirements outlined in Article 30 before being certified. This provision outlines the registration requirements covering aspects on legal capacity, financial security, and insurance coverage. It is coupled with a mutual recognition mechanism set in Article 32, in which any MTO registered in one AMS is entitled to be authorised for operating in any of the AMSs on a reciprocal basis. In other words, once an MTO is duly registered in Thailand, for instance, all other AMSs are agreed to accept that MTO’s registration status and allow them to provide services in their territory without requiring another registration certificate. This mutual recognition of MTO certificates can remove duplicative regulatory barriers to trade in transport services and foster regional market integration. Theoretically, it supplements the legal harmonisation approach by ensuring that there is one standardised set of market entry requirements applicable region-wide, rather than ten different national registration regimes. To support the application of mutual recognition, Article 32(3) mandates transparency and information-sharing by obligating all AMSs to lodge their registers of authorised MTOs with the ASEAN Secretariat. This harmonisation of MTO registration requirements and their mutual recognition across the region would reduce transaction costs by simplifying the legal due diligence and encouraging competition in the logistics market. Consequently, ASEAN-registered MTOs can expand their service networks across the region since they can perform the operations in many AMSs under one registration.

Regarding procedural aspects, the AFAMT addresses jurisdictional and institutional coordination challenges within ASEAN. Article 34 requires AMSs to designate competent national bodies (CNBs) to register MTOs and oversee the AFAMT’s implementation. To support this, Article 35 mandates these CNBs to coordinate “all aspects of multimodal transport” with stakeholders and other AMSs’ CNBs. This coordination can promote administrative harmonisation between the CNBs, enabling alignment of customs procedures and technical standards affecting multimodal transport operations. Moreover, Article 33 requires AMSs to

²⁶ UNCTAD (n 13) para 54.

“organise and regulate... all matters necessary to facilitate the efficacious carriage of goods” by multimodal transport. This encourages AMSs to amend their domestic laws and strengthen coordination among relevant agencies to support effective implementation of the AFAMT.

Notably, the AFAMT is designed to coexist with other international and national legal frameworks. Article 33(2)-(3) clarifies that the AFAMT does not restrict or derogate from any rights or obligations under existing or future international initiatives, including national laws relating to international carriage of goods. Similarly, Article 36 reaffirms that the AFAMT shall not affect the rights and obligations of AMSs under any applicable international conventions or national laws implementing those conventions. These provisions reflect ASEAN’s recognition of legal coexistence. They reassure AMSs that implementing the AFAMT will not result in breaches of obligations under other transport regimes. In this way, the AFAMT can reduce potential legal conflicts, one of the most common challenges in harmonisation.²⁷ It reflects that the AFAMT was designed to complement, not contradict, the patchwork of unimodal transport regimes, thereby limiting legal uncertainty in ASEAN’s transport sector. All these provisions allow the AFAMT to establish a coherent regional multimodal transport regime that fills legal gaps between unimodal transport regimes, while respecting their continued mode-specific application. As such, the AFAMT can promote legal harmonisation in both substantive and procedural dimensions, thereby supporting the broader goal of the ASEAN Economic Community (AEC) to create an integrated ASEAN single market.

Clearly, the harmonisation under the AFAMT directly addresses the challenges of a fragmented legal environment in ASEAN. By requiring all AMSs to adopt the same standardised multimodal transport framework in their national laws, legal disparities that previously complicated cross-border logistics and transportation are expected to be eliminated.²⁸ Shippers can confidently conclude a contract with an ASEAN-registered MTO with the

²⁷ Irwin U.j. Ooi, ‘Closing the Pandora’s Box of Unimodal Regimes with the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport 2005?: A Critique of the “Scope of Application” Provisions’ (2007) *A compilation of papers of the 1st National Maritime Conference, Kuala Lumpur, Malaysia*, 120 <https://www.malaysianbar.org.my/cms/upload_files/document/Dr%20Irwin%20U%20J%20Ooi.pdf> accessed 24 May 2025.

²⁸ Several potential challenges may affect the effective implementation of the AFAMT, including differences in socio-economic development among AMSs and the institutional characteristics of ASEAN, the so-called “ASEAN Way”, where commitments are often implemented through flexible and non-binding mechanisms. A more detailed discussion of these challenges is provided in Nuanchan Changchit, ‘Towards Harmonisation of Multimodal Transport Law in ASEAN’ (PhD Thesis Queen Mary University of London 2025) 152-251.

understanding that a uniform liability regime and standardised MTD will apply throughout the journey. This could reduce transaction costs associated with negotiating separate contracts for each transport leg or procuring additional insurance for uncertain legal exposures.²⁹ Dispute resolution is also streamlined, as the AFAMT regime applies uniformly through national implementing laws. In theory, these legal improvements could translate into practical logistics performance gains.³⁰ The harmonisation under the AFAMT could eliminate documentation or regulatory issues at border points, leading to fewer delays in transferring goods, faster claims processing and cargo release, and more reliable multimodal supply chain planning. Article 33(1) emphasises this, requiring AMSs to exercise due diligence to “facilitate the efficacious carriage of goods”, which has prompted measures like single-stop inspection, single submission, and electronic data interchange under the ASEAN Single Window initiative, as well as coordinated border clearance for multimodal shipments in some AMSs. For example, Thailand has implemented electronic customs clearance and data exchange mechanisms through its National Single Window (NSW) system connected to the ASEAN Single Window platform.³¹ These mechanisms facilitate faster documentation processing for cross-border shipments. Such measures are reflected in greater LPI scores, especially in customs efficiency and timeliness, in countries that implement them.³²

At this point, it can be noted that, based on the doctrinal analysis above, there is a clear conceptual and observable link between legal harmonisation and logistics performance in ASEAN. The AFAMT provides a concrete example of how a unified legal framework could reduce trade transaction costs in supply chains and facilitate cross-border logistics. As a harmonisation measure, the AFAMT approximates substantive rules and procedures governing multimodal transport to create a coherent legal pathway for multimodal shipments. It addresses the legal fragmentation of unimodal transport regimes and offers compromised

²⁹ UNCTAD (n 13).

³⁰ UNECE (n 15) 5.

³¹ Somnuk Keretho, ‘Single Window (SW) and Paperless Trade Implementation: Success Factors, Lessons Learned & Emerging Trends’ (ESCAP-ARTNET/ITD Trade Facilitation for Sustainable Development Regional Workshop 2019, United Nations Conference Centre, Bangkok, 23-26 September 2019) 10 < <https://www.itd.or.th/wp-content/uploads/2019/09/Session-10-SW-Paperless-Trade-Imp-1.pdf>> accessed 10 March 2026.

³² Prawpan Oruangke, ‘The Impact of International Logistics Performance on ASEAN Trade’ (2021) 25 Chiang Mai University Journal of Economics 1.

solutions, such as the modified liability system under Article 17 and mutual recognition of MTO certificates under Article 32, to bridge legal and procedural gaps among national laws. In other words, the doctrinal legal expectation of adopting the AFAMT is that such harmonised rules can lower legal uncertainty, enabling the freer movement of goods and multimodal transport services across ASEAN. Fully operationalising the AFAMT across all AMSs is thus regarded as crucial for ASEAN to achieve seamless logistics under the AEC's initiative.³³

Regarding this, empirical data on ASEAN logistics performance provides complementary evidence. Therefore, the following section moves beyond doctrinal analysis to explore how these legal developments correlate with logistics performance in practice. Using empirical data from AMSs, it examines whether improvements in LPI and its key indicators, such as customs efficiency, infrastructure quality, and shipment timelines, have emerged alongside the AFAMT's implementation. This provides a more comprehensive understanding of the AFAMT's operational significance in enhancing ASEAN's logistics and trade capabilities.

4.2 Correlations between AFAMT Implementation Progress and Logistics Performance

In addition to the theoretical rationale for legal harmonisation, insights into the practical impact of the AFAMT can be drawn from an empirical analysis of logistics performance trends among AMSs. This section explores observable correlations between AFAMT implementation and logistics performance, using the World Bank's Logistics Performance Index (LPI) as the empirical reference.

The LPI is an international benchmarking tool that assesses the logistics performance across six key indicators: (1) efficiency of customs clearance; (2) quality of trade and transport-related infrastructure; (3) ease of arranging competitively priced shipments; (4) competence and quality of logistics services; (5) ability to track and trace consignments; and (6) timeliness of shipments. Each indicator is scored on a five-point scale and widely recognised as a proxy for trade facilitation and a determinant of a country's competitiveness and attractiveness to foreign direct investments.³⁴

³³ So Umezaki, 'Chapter2: Transport Facilitation in the Era of ASEAN Economic Community' in Masami Ishida (ed), *Cross-Border Transport Facilitation in Inland ASEAN and the ASEAN Economic Community* (ERIA 2019) 35.

³⁴ Lauri Ojala and Dilay Celebi (n 17) 7; Burmaoglu Serhat and Sesen Harun, 'Analyzing the Dependency Between National Logistics Performance and Competitiveness: Which Logistics Competence is Core for National Strategy?' (2011) *Journal of Competitiveness* 4, 8.

Table 1 below presents LPI data from 2007 and 2018. It should be noted that by the end of 2015, six AMSs, namely Thailand, Vietnam, the Philippines, Lao PDR, Myanmar, and Cambodia, had ratified the AFAMT. Some had successfully implemented it domestically, while others were still in progress of doing so. By 2018, only Indonesia, Thailand, Vietnam, Lao PDR, and Myanmar, had implemented the AFAMT into their national laws. Singapore implemented it in 2021, while other remaining AMSs had not yet completed implementation. While several factors substantially influence logistics performance, the timing of the AFAMT implementation in certain AMSs coincides with positive trends in their LPI scores.³⁵

Table 1. LPI Scores of ASEAN Member States between 2007 and 2018

Country	LPI Rank		LPI Score		LPI Indicators											
					Custom		Infrastructure		International Shipments		Logistics Competence		Tracking and Tracing		Timeliness	
	2018	2007	2018	2007	2018	2007	2018	2007	2018	2007	2018	2007	2018	2007	2018	2007
Indonesia	46	43	3.15	3.01	2.67	2.73	2.89	2.83	3.23	3.05	3.10	2.90	3.30	3.30	3.67	3.28
Malaysia	41	27	3.22	3.48	2.90	3.36	3.15	3.33	3.35	3.36	3.30	3.40	3.15	3.51	3.46	3.95
Philippines	60	65	2.90	2.69	2.53	2.64	2.73	2.26	3.29	2.77	2.78	2.65	3.06	2.65	2.98	3.14
Singapore	7	1	4.00	4.19	3.89	3.90	4.06	4.27	3.58	4.04	4.10	4.21	4.08	4.25	4.32	4.53
Thailand	32	31	3.41	3.31	3.14	3.03	3.14	3.16	3.46	3.24	3.41	3.31	3.47	3.25	3.81	3.91
Brunei	80	-	2.71	-	2.62	-	2.46	-	2.51	-	2.71	-	2.75	-	3.17	-
Vietnam	39	53	3.27	2.89	2.95	2.89	3.01	2.50	3.16	3.00	3.40	2.80	3.45	2.90	3.67	3.22
Lao PDR	82	117	2.70	2.25	2.61	2.08	2.44	2.00	2.72	2.40	2.65	2.29	2.91	1.89	2.84	2.83
Myanmar	137	147	2.30	1.86	2.17	2.07	1.99	1.69	2.20	1.73	2.28	2.00	2.20	1.57	2.91	2.08
Cambodia	98	81	2.58	2.50	2.37	2.19	2.14	2.30	2.79	2.47	2.41	2.47	2.52	2.53	3.16	3.05

(Source: Author's compilation from the World Bank LPI Database)

Notably, the LPI data in the table above indicate that the AMSs which had implemented the AFAMT by 2018 saw consistent improvements in their overall LPI scores. Between 2007 and 2018, the LPI scores of these AMSs generally improved. Gains were

³⁵ Variations in the timing of AFAMT implementation among AMS may reflect differences in domestic legal structures, legislative procedures, institutional arrangements, and national policy priorities. See, Nuanchan Changchit (n 20) 152-251.

particularly evident in logistics competence, international shipments, and infrastructure indicators, which are critical dimensions for multimodal transport operations. For instance, after implementing the AFAMT, alongside other related facilitation agreements such as the ASEAN Framework Agreement on Facilitation of Goods in Transit (AFAFGIT) and the ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Inter-State Transport (AFAFIST), Thailand introduced legal and institutional reforms in customs procedures and multimodal transport law, particularly through the enactment of the Thai Multimodal Transport Act in 2005. Thailand's overall LPI score increased from 3.31 in 2007 to 3.41 in 2018, with specific improvements in customs, international shipments, and logistics competence. Vietnam's LPI performance, following its implementation of the AFAMT through Decree No.87/2009/ND-CP, was similarly notable. Its overall score rose from 2.89 in 2007 to 3.27 in 2018, supported by advancements in all indicators, especially in infrastructure, logistics competence, and tracking and tracing. Similarly, Lao PDR, which implemented the AFAMT through the enactment of Multimodal Transport Law (Multiple Transport Law) No.28/NA in 2012, experienced considerable improvements in both overall LPI score and all six indicators, with an outstanding rise in tracking and tracing from 1.89 in 2007 to 2.91 in 2018. Indonesia also exhibited gradual improvement, particularly in international shipments and logistics competence. Although Myanmar's scores remained relatively low compared to other AMSs, it still registered improvements across several indicators, reflecting a general trend of progress following the AFAMT's implementation through the enactment of Multimodal Transport Law (Pydaungsu Hluttaw Law No.3 of 2014). In contrast, AMSs that had not yet implemented the AFAMT by 2018, including Malaysia and Brunei, experienced either stagnation or slight declines in their LPI scores over the same period. While Singapore continued to maintain a high LPI ranking globally, its score marginally declined from 4.19 to 4.00 between 2007 and 2018. Malaysia's overall LPI score also fell from 3.48 to 3.22.

At this point, it can be noted that the AFAMT's harmonisation framework likely contributed to these improvements by reducing NTBs and legal uncertainty. Supporting this presumption, the ASEAN Secretariat and World Bank (2013) reported strong positive correlations between trade facilitation reforms and trade flows in ASEAN.³⁶ This supports the

³⁶ Jean-Francois Arvis, Yann Duval, Ben Shepherd, and Chorthip Utoktham, 'Trade Costs in the Developing World 1995-2010' (2013) *The World Bank Policy Research Working Paper No.6309*.

proposition that improvements in the regulatory environment, including in multimodal transport, are closely associated with enhanced logistics performance. Thailand's experience offers a particularly illustrative case. Following the AFAMT implementation, Thailand's total logistics costs declined from 15.2% of GDP in 2010 to 13.4% in 2018, despite steady growth in logistics value-added and volume.³⁷ Transportation costs, which comprise the largest component of logistics costs, accounted for 50.4% of total logistics expenses in 2018, while logistics administration costs remained stable at 7.4%.³⁸ This decline aligned with improved LPI scores, indicating a potential link between legal harmonisation efforts under the AFAMT and logistics efficiency. By contrast, AMSs that had not yet implemented the AFAMT, such as Brunei and Cambodia, continued to experience relatively high logistics costs, with ratios reaching up to 20% of GDP, almost double the global average of 10.7%.³⁹ This suggests that the absence of harmonised multimodal transport rules contributes to persistent inefficiencies and higher transaction costs.

In this respect, Santoso et al. argue that high logistics costs present a significant obstacle to the development of a country's logistics sector.⁴⁰ They highlight that, apart from improvements in physical infrastructure, institutional and regulatory reforms are essential for reducing trade transaction costs and enhancing logistics performance.⁴¹ In this regard, the AFAMT implementation can be seen as an important component of the broader strategy to improve ASEAN's logistics efficiency and competitiveness.

Despite the methodological difficulties in isolating the effect of AFAMT implementation from other physical reforms, the associative pattern between legal harmonisation under the AFAMT and logistics performance can be observed. These movements may result from a

³⁷ Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand, *Thailand's Logistics Report 2019* (Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand 2020); Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand, *Thailand's Logistics Report 2020* (Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand 2021).

³⁸ Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand, *Thailand's Logistics Report 2019* (n 37).

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ Sugeng Santoso, R. Nurhidayat, Gustofan Mahmud, and Abdul Mujib Arijuddin, 'Measuring the Total Logistics Costs at the Macro Level: A Study of Indonesia' (2021) 5 *Logistics* 4 (68), 18.

⁴¹ *ibid* 10.

variety of factors. However, the observed patterns align with the hypothesis that legal harmonisation and regulatory certainty, as promoted by the AFAMT, may be associated with improvements in logistics performance. AMSs which actively pursued legal harmonisation in multimodal transport through the implementation of the AFAMT tended to gain notable improvements in logistics performance indicators, particularly in areas of law-driven facilitation, such as customs, logistics competence, and international shipments. This pattern supports the doctrinal argument that legal harmonisation can facilitate better logistics outcomes.

All the empirical analyses above reveal a strong correlation between enhanced trade facilitation, including laws and regulations, and logistics performance. Oruangke (2021) finds that in ASEAN, improvements in logistics performance, particularly in customs, infrastructure, and timeliness components of the LPI are statistically associated with higher trade flows.⁴² Specifically, she highlights that the greatest gains were linked to improved logistics services competence, followed by customs and infrastructure.⁴³ This is consistent with the findings of Raimbekov et al, who concluded that improvements in legal and regulatory frameworks through harmonisation processes can positively impact logistics performance and, by extension, regional economic integration.⁴⁴ Similarly, Arvis et al. suggest that enhancements in logistics competence and infrastructure quality reflect the strength of a country's institutional and regulatory environment.⁴⁵ Their earlier study demonstrated that ASEAN trade costs are significantly responsive to logistics performance improvements, and that legal harmonisation plays a critical role in reducing such costs.⁴⁶

Overall, while multiple factors undoubtedly influence logistics performance, the correlation between AFAMT implementation and improvements in LPI scores among AMSs provides suggestive evidence that legal harmonisation efforts in the field of multimodal transport are associated with positive outcomes in trade facilitation and logistics efficiency.

⁴² Prawpan Oruangke (n 32).

⁴³ *ibid* 11.

⁴⁴ Zhanarys S. Raimbekov, Bakyt U. Syzdykbayeva, Kamshat P. Mussina, Luiza P. Moldashbayeva, Bakytzhamal A. Zhumataeva, (n 18) 273.

⁴⁵ Jean-Francois Arvis, Lauri Ojala, Ben Shepherd, Anasuya Raj, Karlygash Dairabayeva, and Tuomas Kiiski, *Connecting to compete 2018: Trade Logistics in the Global Economy* (World Bank 2018) 4.

⁴⁶ Jean-Francios Arvis, Yann Duval, Ben Shepherd, and Chorthip Utoktham (n 36) 4.

The AFAMT's operational impact thus appears to extend beyond legal certainty to tangible improvements in regional trade logistics, supporting the broader objectives of ASEAN economic integration.

4.3 Multimodal Transport and Sustainability Outcomes

The development of a harmonised multimodal transport regime under the AFAMT is not only crucial for enhancing logistics efficiency and reducing trade transaction costs. Strategically, it also supports ASEAN's broader objectives of sustainable economic development within the region.⁴⁷ This section examines how multimodal transport harmonisation under the AFAMT is correlated with ASEAN's efforts toward promoting sustainability and advancing a green economy.

Several studies underscore the economic and environmental advantages of shifting from unimodal transport systems, particularly road-based system, toward seamlessly integrated multimodal transport systems. In ASEAN, cross-border road freight transport has traditionally dominated the regional logistics landscape. However, it is also recognised as the highest energy-consuming and most carbon-intensive mode of transport.⁴⁸ A study conducted by Mordor Intelligence in 2022 reaffirmed that cross-border road freight remains prevalent in ASEAN but is associated with substantial energy consumption and greenhouse gas (GHG) emissions.⁴⁹ In contrast, multimodal transport, which optimises the combination of various transport modes, has the potential to significantly reduce these negative externalities. By facilitating the seamless movement of goods through more energy-efficient modes such as rail and maritime transport, multimodal transport can lead to substantial environmental benefits.⁵⁰ As reported by ResearchAndMarkets in 2020, the use of multimodal transport can promote energy savings and emission reductions by more than one third compared to unimodal road transport operations.⁵¹ Moreover, it can improve transport efficiency by

⁴⁷ ASEAN Secretariat, *ASEAN Regional Strategy on Sustainable Land Transport* (ASEAN Secretariat 2019) 36.

⁴⁸ ASEAN Secretariat, *Guidelines on Sustainable Land Transport Indicators on Energy Efficiency and Greenhouse Gas Emissions in ASEAN* (ASEAN Secretariat 2019) 15.

⁴⁹ Mordor Intelligence, 'ASEAN Cross-Border Road Transport Market – Growth, Trends, Covid-19 Impact, and Forecasts (2022-2027)' *Mordor Intelligence* (2022) <<https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/ASEAN-cross-border-road-transport-market>> accessed 7 May 2025.

⁵⁰ Lauri Ojala and Dilay Celebi (n 17) 20.

⁵¹ ResearchAndMarkets (n 19).

approximately 10 per cent and reduce transportation costs within supply chains by around 20 per cent.⁵² Thus, multimodal transport has emerged as both a cost-saving and a green logistics solution. These figures also suggest that enhancing the legal and operational frameworks for multimodal transport can be aligned with ASEAN's broader sustainable development goals.

The AFAMT contributes to this transition by providing a legal framework that supports the integration of more sustainable transport modes into regional logistics networks. Harmonised multimodal transport operations facilitated under the AFAMT enable the optimisation of routes and modes based on efficiency and environmental impact, promoting a shift away from carbon-intensive practices.⁵³ This connection between multimodal transport and sustainable development is increasingly recognised in ASEAN policy documents. The ASEAN Transport Strategic Plan (Kuala Lumpur Transport Strategic Plan (KLTSPP) 2016-2025), for instance, explicitly identifies the promotion of sustainable transport as a key priority. One of its strategic goals is to enhance transport connectivity while reducing environmental impacts.⁵⁴ Similarly, the ASEAN Economic Community (AEC) Blueprint 2025 emphasises the importance of environmentally sustainable growth and the promotion of green transport infrastructure and logistics.⁵⁵ More recently, the ASEAN Transport Sectoral Plan 2026-2030 further reinforces these priorities by promoting deeper multimodal transport integration, strengthening regional supply chain connectivity, and accelerating the development of low-carbon and smart transport system across ASEAN.⁵⁶ Moreover, in the broader international context, the Sustainable Development Goals (SDGs) adopted by the United Nations highlight the role of sustainable transport systems in achieving targets related to economic growth (Goal 8), infrastructure and innovation (Goal 9), sustainable cities and communities (Goal 11), responsible consumption and production (Goal 12), and climate action (Goal 13). Multimodal transport systems, by enhancing resource efficiency and reducing environmental degradation, directly contribute to these goals.

Therefore, the AFAMT can be viewed not only as a trade facilitation measure but also as a legal and economic instrument for promoting greener transportation and supply chains

⁵² *ibid.*

⁵³ ASEAN Secretariat (n 47) 36.

⁵⁴ KLTSPP, para 37.

⁵⁵ AEC Blueprint 2025, paras 47-48.

⁵⁶ ASEAN Transport Sectoral Plan 2026-2030, paras 3-5, 19, 45, and 48.

within ASEAN. By promoting a seamless, efficient, and integrated multimodal transport system, the AFAMT aligns closely with the aforementioned sustainability objectives at both regional and international levels. Although the AFAMT was not originally drafted with explicit environmental provisions, its facilitation of efficient multimodal transport operations indirectly supports ASEAN's commitments to sustainable economic development and environmental protection. By enabling more effective use of rail, inland waterways, and maritime transport, the AFAMT helps establish the legal conditions necessary for fostering a greener logistics sector.

Furthermore, reducing trade transaction costs associated with multimodal transport operations, as facilitated by the AFAMT, can incentivise greater private sector investment in sustainable logistics infrastructure. As discussed in the previous section, when transaction costs decline and legal certainty increases, logistics service providers, including MTOs, may be more willing to invest in multimodal transport hubs, intermodal transfer facilities, and environmentally friendly transport technologies.⁵⁷ This, in turn, can support the development of integrated green corridors and sustainable logistics chains across ASEAN. The private sector also increasingly views environmental performance as a competitive advantage in global supply chains.⁵⁸ Major multinational corporations are implementing supply chain decarbonisation strategies, seeking logistics partners who can demonstrate commitments to lower emissions and sustainable operations.⁵⁹ In this context, ASEAN's efforts to harmonise its multimodal transport framework through the AFAMT could enhance the region's attractiveness to global investors and trading partners who prioritise sustainability.

However, realising the full potential of multimodal transport for promoting sustainability requires effective and comprehensive implementation of the AFAMT across all AMSs. Legal harmonisation alone is not sufficient. It must be complemented by sufficient investment in multimodal transport infrastructure, adoption of green logistics technologies, and policy measures that support modal shifts toward more sustainable, integrated, and effective

⁵⁷ OECD, *Growth, Technology Transfer and Foreign Direct Investment* (OECD Global Forum on International Investment 2001) 2 <<http://www.oecd.org/industry/inv/investmentstatisticsandanalysis/2422334.pdf>> accessed 10 May 2025.

⁵⁸ VCI Legal, 'Healthy competition is necessary for e-commerce logistics' *VCI Legal* (15 February 2022) <<https://vci-legal.com/news/healthy-competition-is-necessary-for-e-commerce-logistics>> accessed 30 May 2025.

⁵⁹ World Economic Forum, *Supply Chain Decarbonization: The Role of Logistics and Transport in Reducing Supply Chain Carbon Emissions* (World Economic Forum 2009) 19.

transport.⁶⁰ Challenges such as inadequate infrastructure, gaps in regulatory enforcement and interpretation, and lack of technical capacity must be addressed to fully leverage the environmental and economic benefits of multimodal transport.⁶¹ In this respect, continued efforts to integrate environmental considerations into ASEAN's transport policies and regulatory frameworks are necessary. Future revisions or supplementary agreements to the AFAMT could incorporate explicit environmental objectives. This would further strengthen the link between multimodal transport harmonisation and sustainable development.

Overall, while the AFAMT primarily focuses on legal harmonisation to facilitate trade and logistics efficiency, it also indirectly supports ASEAN's transition toward a green economy. By reducing legal and operational barriers to efficient multimodal transport operations, the AFAMT contributes to shifting logistics practices toward integrated transport modes that are not only economically advantageous but also environmentally sustainable. As ASEAN continues to pursue deeper economic integration alongside commitments to sustainable growth, the full-scale and effective implementation of the AFAMT remains a crucial element in achieving these interconnected objectives.

5. Conclusions

This article examines the correlation between the implementation progress of the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport (AFAMT) and improvements in logistics performance, as well as the potential contribution of a harmonised multimodal transport framework to sustainable economic development within ASEAN. Through a combination of doctrinal legal analysis and empirical review of Logistics Performance Index (LPI) data, the study highlights that while causality cannot be definitively established, there are observable associative patterns linking AFAMT implementation to enhancements in logistics efficiency and reductions in trade transaction costs.

⁶⁰ ASEAN Secretariat (n 47) 36.

⁶¹ Nuanchan Changchit (n 20) 117-251.

The analysis demonstrates that the AFAMT provides a comprehensive legal framework addressing substantive and procedural aspects of multimodal transport operations, including the standardisation of definitions, liability regimes, and mutual recognition of Multimodal Transport Operators (MTOs). By reducing legal uncertainty, harmonising regulatory approaches, and facilitating mutual recognition, the AFAMT creates conditions conducive to more efficient and integrated logistics systems across ASEAN member states.

Empirical observations from the LPI data indicate that ASEAN member states which implemented the AFAMT prior to 2018, namely Indonesia, Thailand, Vietnam, Lao PDR, and Myanmar, experienced concurrent improvements in logistics performance indicators. In contrast, member states that had not implemented the AFAMT during the same period generally exhibited stagnation or slight declines. While multiple factors undoubtedly influence logistics performance, these patterns suggest a positive association between legal harmonisation under the AFAMT and improvements in logistics capabilities.

Furthermore, the study has illustrated that the AFAMT's facilitation of multimodal transport aligns closely with ASEAN's broader objectives for sustainable development and green economic growth. By promoting modal shifts toward more energy-efficient and environmentally friendly transport systems, the AFAMT indirectly contributes to ASEAN's commitments under the ASEAN Transport Strategic Plan, the ASCC Blueprint 2025, and the UN's Sustainable Development Goals (SDGs).

Nonetheless, significant challenges remain. The incomplete and uneven implementation of the AFAMT across ASEAN, variations in national legal frameworks, persistent conflicts of laws, limited private sector awareness, and insufficient integration of sustainability objectives all constrain the full realisation of the AFAMT's potential benefits. Addressing these challenges requires coordinated regional action, including accelerated implementation efforts, legal refinement, strengthened institutional capacity, enhanced private sector engagement, and greater alignment with environmental sustainability goals.

Looking ahead, the AFAMT has the potential to serve not only as a vehicle for facilitating cross-border trade and logistics efficiency but also as a cornerstone for building a more integrated, competitive, and sustainable ASEAN economy. Achieving these ambitions will depend on ASEAN's collective commitment to advancing legal harmonisation, fostering regulatory coherence, and promoting a modern, green, and inclusive multimodal transport

network. In this respect, the continued evolution and effective implementation of the AFAMT will remain essential to realising ASEAN’s aspirations for regional connectivity, sustainable development, and economic resilience.

Acknowledgement

This article forms part of the broader research project titled “*Legal Harmonisation of Multimodal Transport in ASEAN: Economic Impact Assessment through FDI, Logistics Performance, and the Imperative of Data Collection under the AFAMT.*” It was developed from the paper titled “*The AFAMT and ASEAN’s Sustainable Multimodal Transport: Exploring Correlations between Legal Harmonisation and Logistics Performance*”, which was orally presented at the 2025 Feng Chia - ASEAN International Conference on Business and Management (2025ICBM), held at Feng Chia University, Taichung, Taiwan, on 19-20 June 2025, but was not published in the conference proceedings or in any other outlet.

AI Use Declaration

The author declares that artificial intelligence (AI) tools, namely Grammarly and OpenAI’s ChatGPT, were used exclusively to improve grammar and linguistic clarity. These tools did not contribute to the development, analysis, or interpretation of the article’s substantive content. The author retains full responsibility for the academic content and originality of the work.

References

- ASEAN Secretariat, ASEAN Regional Strategy on Sustainable Land Transport (ASEAN Secretariat 2019).
- ASEAN Secretariat, Guidelines on Sustainable Land Transport Indicators on Energy Efficiency and Greenhouse Gas Emissions in ASEAN (ASEAN Secretariat 2019).
- ASEAN Secretariat, ASEAN Transport Sectoral Plan 2026-2030 (ASEAN Secretariat 2025).
- Asif Efrat, 'Promoting Trade through Private Law: Explaining International Legal Harmonization' (2016) 11 The Review of International Organizations 3.
- Ben Shepherd and John S. Wilson, 'Trade Facilitation in ASEAN Member Countries: Measuring Progress and Assessing Priorities' (2009) 20 Journal of Asian Economics 4.
- Burmaoglu Serhat and Sesen Harun, (2011), 'Analyzing the Dependency Between National Logistics Performance and Competitiveness: Which Logistics Competence is Core for National Strategy?' (2011) Journal of Competitiveness 4.
- Chackrit Duangphastra, 'Comparative Study of Transport Facilitation Issues in ASEAN Transport Facilitation Agreements and Greater Mekong Subregion Cross Border Transport Agreement' (2024) 11 Asian Crime and Society Review 1.
- David A. Glass, Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts (Informa 2012).
- Dewan Mohammad Zahurul Islam, 'International Freight Transport Multimodal Development in Developing Countries: The Case of Bangladesh' (PhD thesis Plymouth Business School, University of Plymouth 2005).
- Douglass C. North, 'Institutions' (1991) 5 Journal of Economic Perspectives 1.
- Eva Julia Lohse, 'The Meaning of Harmonisation in the Context of European Union Law – A Process in Need of Definition' in Mads Andenas and Camilla Baasch Andersen (eds), Theory and Practice of Harmonisation (Edward Elgar Publishing 2012).
- Irwin U.j. Ooi, 'Closing the Pandora's Box of Unimodal Regimes with the ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport 2005?: A Critique of the "Scope of Application" Provisions' (2007) A compilation of papers of the 1st National Maritime Conference, Kuala Lumpur, Malaysia, <https://www.malaysianbar.org.my/cms/upload_files/document/Dr%20Irwin%20U%20J%20Ooi.pdf> accessed 24 May 2025.

- Jean-Francios Arvis, Yann Duval, Ben Shepherd, and Chorthip Utoktham, 'Trade Costs in the Developing World 1995-2010' (2013) The World Bank Policy Research Working Paper No.6309.
- Jean-Francois Arvis, Lauri Ojala, Ben Shepherd, Anasuya Raj, Karlygash Dairabayeva, and Tuomas Kiiski, Connecting to compete 2018: Trade Logistics in the Global Economy (World Bank 2018).
- Jose Angelo Estrella Faria, Legal Harmonisation through Model Laws: The Experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (UN Working Group on Electronic Commerce 2002).
- Lauri Ojala and Dilay Celebi, 'The World Bank's Logistics Performance Index (LPI) and drivers of logistics performance' (2015) OECD Roundtable on Logistics Development Strategies and their Performance Measurements (Queretaro, March 2015) <<https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/ojala.pdf>> accessed 2 June 2025.
- Marian Hoeks, 'Multimodal Carriage with a Pinch of Sea Salt: Door to Door under the UNCITRAL Draft Instrument' (2008) 53 European Transport Law 3.
- Marian Hoeks, Multimodal Transport Law: The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods (Kluwer Law international BV. 2010).
- Michael G. Faure, 'Defining Harmonisation, Codification and Integration' (2000) 9 European Environmental Law Review 6.
- Michael J. Ferrantino, 'Policies to Improve the Supply chain: what Needs to be Done?' in Deborah K. Elms & Patrick Low (eds), Global Value Chains in a Changing World (Fung Global Institute (FGI), Nanyang Technological University (NTU), and World Trade Organization 2013).
- Mordor Intelligence, 'ASEAN Cross-Border Road Transport Market – Growth, Trends, Covid-19 Impact, and Forecasts (2022-2027)' *Mordor Intelligence* (2022) <<https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/ASEAN-cross-border-road-transport-market>> accessed 7 May 2025.
- Nuanchan Changchit, 'Towards Harmonisation of Multimodal Transport Law in ASEAN' (PhD Thesis Queen Mary University of London 2025).

- OECD, Growth, Technology Transfer and Foreign Direct Investment (OECD Global Forum on International Investment 2001) <<http://www.oecd.org/industry/inv/investmentstatisticsandanalysis/2422334.pdf>> accessed 10 May 2025.
- Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand, Thailand's Logistics Report 2019 (Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand 2020).
- Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand, Thailand's Logistics Report 2020 (Office of the National Economic and Social Development Council of Thailand 2021).
- Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance* (Oxford University Press 1996).
- Oliver E. Williamson, 'Transaction Cost Economics: The Natural Progression' (Prize Lecture, The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2009).
- Paul Milgrom and John Roberts, *Economics, Organization and Management* (Prentice Hall 1992).
- Prawpan Oruangke, 'The Impact of International Logistics Performance on ASEAN Trade' (2021) 25 Chiang Mai University Journal of Economics 1.
- R. H. Coase, 'The Nature of the Firm' (1937) 4 *Economica* 16.
- Ralph de Wit, *Multimodal Transport: Carrier Liability and Documentation* (LLP 1995).
- ResearchAndMarkets, 'Global Multimodal Freight Transportation Market (2020 to 2025) – Featuring FedEx, Dascher & Sinotrans Among Others' *GlobeNewswire* (10 June 2020) <<https://www.globenewswire.com/news-release/2020/06/10/2046176/0/en/Global-Multimodal-Freight-Transportation-Market-2020-to-2025-Featuring-FedEx-Dascher-Sinotrans-Among-Others.html>> accessed 25 May 2025.
- So Umezaki, 'Chapter2: Transport Facilitation in the Era of ASEAN Economic Community' in Masami Ishida (ed), *Cross-Border Transport Facilitation in Inland ASEAN and the ASEAN Economic Community* (ERIA 2019).
- Somnuk Keretho, 'Single Window (SW) and Paperless Trade Implementation: Success Factors, Lessons Learned & Emerging Trends' (ESCAP-ARTNET/ITD Trade Facilitation for Sustainable Development Regional Workshop 2019, United Nations Conference Centre, Bangkok, 23-26 September 2019) <<https://www.itd.or.th/wp-content/uploads/2019/09/Session-10-SW-Paperless-Trade-Imp-1.pdf>> accessed 10 March 2026.

- Sugeng Santoso, R. Nurhidayat, Gustofan Mahmud, and Abdul Mujib Arijuddin, 'Measuring the Total Logistics Costs at the Macro Level: A Study of Indonesia' (2021) 5 Logistics 4 (68).
- Theodora Nikaki, 'Bringing Multimodal Transport Law into the New Century - Is the Uniform Liability System the Way Forward' (2013) 78 Journal of Air Law and Commerce 1.
- UNCTAD, 'Multimodal Transport: The Feasibility of an international legal instrument' (2003) Report by the UNCTAD secretariat UNCTAD/SDTE/TLB/2003/1 <https://unctad.org/system/files/official-document/sdtetlb20031_en.pdf> accessed 18 May 2025.
- UNECE, 'Possibilities for reconciliation and harmonization of civil liability regimes governing combined transport' (2000) UNECE Inland Transport Committee: Working Party on Combined Transport - Results of two expert group meetings ("hearings") on civil liability regimes for multimodal transport, Thirty-fourth session, Agenda item 8 (UNECE Ad Hoc Expert Group on Civil Liability in Multimodal Transport, Geneva, September 2000).
- UNESCAP, 'Selected legal issues affecting multimodal transport operations in Asia and the Pacific' (2020) Background note by the Secretariat in the Virtual Expert Meeting on Legal Frameworks for Multimodal Transport Operations in Asia and the Pacific (Bangkok, August 2020) <https://www.unescap.org/sites/default/files/Background%20note%20by%20ESCAP_multimodal%20legal%20frameworks%20for%20VEGM%20August%202020.pdf> accessed 18 May 2025.
- VCI Legal, 'Healthy competition is necessary for e-commerce logistics' *VCI Legal* (15 February 2022) <<https://vci-legal.com/news/healthy-competition-is-necessary-for-e-commerce-logistics>> accessed 30 May 2025.
- World Economic Forum, Supply Chain Decarbonization: The Role of Logistics and Transport in Reducing Supply Chain Carbon Emissions (World Economic Forum 2009).
- Zhanarys S. Raimbekov, Bakyt U. Syzdykbayeva, Kamshat P. Mussina, Luiza P. Moldashbayeva, Bakytzhamal A. Zhumataeva, 'The Study of the Logistics Development Effectiveness in the Eurasian Economic Union Countries and Measures to Improve it' (2017) XX European Research Studies Journal 4B.

บทความวิจัย (Research Article)

หลักการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการ พิพากษาคดีปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน The Principle of Protecting the Party's Rights on Provisional Measures Judicial in Administrative Cases: A Comparative Study of Thai, French, and German Laws*

ศุภวุฒิ โมกข์เมธากุล**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

ที่อยู่: มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ตำบลขามเรียง อำเภอกันทรวิชัย จังหวัดมหาสารคาม 44150

อีเมล: suphawut.m@msu.ac.th

Suphawut Mokmethakul

Assistant Professor

Faculty of Law, Maha Sarakham University

Address: Mahasarakham University, Khamriang Sub-District,

Khantaratwichai, Mahasarakham 44150

Email: suphawut.m@msu.ac.th

* บทความวิจัยนี้สรุปจากรายงานวิจัยที่ได้รับทุนสนับสนุนจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

** นิติศาสตรบัณฑิต (รามคำแหง), นิติศาสตรมหาบัณฑิต (ธุรกิจบัณฑิตย์), กำลังศึกษาปริญญาเอก นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (Université d'Aix-Marseille)

สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล***

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

ที่อยู่: มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ตำบลขามเรียง อำเภอกันทรวิชัย จังหวัดมหาสารคาม 44150

อีเมล: supaporn.pi@msu.ac.th

Supaporn Pituckphaosakul

Assistant Professor

Faculty of Law, Maha Sarakham University

Address: Mahasarakham University, Khamriang Sub-District,

Khantarawichai, Mahasarakham 44150

Email: supaporn.pi@msu.ac.th

วันที่รับบทความ 21 มกราคม 2569; วันที่แก้ไขบทความ 2 มีนาคม 2569 ;

วันที่ตอบรับบทความ 31 มีนาคม 2569

***นิติศาสตรบัณฑิต (รามคำแหง), นิติศาสตรมหาบัณฑิต (ธุรกิจบัณฑิตย์), นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมาย
มหาชน Docteur en Droit Public (Université de Montpellier)

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเปรียบเทียบระบบกฎหมายของไทย ฝรั่งเศสและเยอรมนี ซึ่งเป็นสองประเทศต้นแบบที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายปกครองของไทยอย่างมีนัยสำคัญ การศึกษานี้มุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครอง ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายปกครองในปัจจุบัน

การศึกษาพบว่าประเทศไทยได้พัฒนาการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง ระบบนี้แบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว แม้ว่าบทบัญญัติเหล่านี้จะมีรูปแบบและลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในหลายเขตอำนาจศาล แต่ระบบกฎหมายของฝรั่งเศสและเยอรมนีได้พัฒนารูปแบบการคุ้มครองเฉพาะทางมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของสหภาพยุโรป

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป แต่ก็ได้พัฒนาระบบการคุ้มครองการพิจารณาคดีชั่วคราวของตนเองแบบค่อยเป็นค่อยไป โดยอาศัยประสบการณ์ทางกฎหมายของฝรั่งเศสและเยอรมนีเป็นหลัก และนำมาปรับให้เข้ากับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของไทย ดังนั้น การศึกษานี้จึงได้ระบุถึงข้อบกพร่องทางกฎหมายที่เป็นโอกาสในการพัฒนาระบบของไทยในการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครอง โดยต่อยอดจากแนวปฏิบัติและการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยที่มีมากกว่าสองทศวรรษ

คำสำคัญ: วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา; การทุเลาคำสั่งการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง; การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

Abstract

This research aims to compare the Thai, French, and German legal systems, two traditions that have significantly shaped Thai administrative law. The study specifically focuses on protecting the party's rights on provisional measures judicial in administrative cases, a principle now widely recognized in administrative law.

The study found that Thailand has developed a system for protecting the party's rights on provisional judicial measures in administrative cases. This system is divided into two types: the suspension of enforcement of administrative rules or orders and the granting of interim measures. While these provisions are similar in form and nature to those in many jurisdictions, the French and German legal systems have developed more specialized forms of protection to align with the European Union legal system.

Although not an EU member, Thailand has gradually developed its own provisional judicial protection system, drawing primarily on French and German legal experience and adapting it to the Thai social and cultural context. Therefore, the study identifies legal shortcomings that present an opportunity to further develop the Thai system for protecting the party's rights to provisional judicial measures in administrative cases, building on over two decades of Thailand's practice and enforcement.

Keywords: Provisional Measures Before Judgment; Suspension; Interim relief

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในประเทศไทย เช่นเดียวกับประเทศอื่น สิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการประชาธิปไตยที่สำคัญยิ่ง ซึ่งมีอำนาจทางกฎหมายอย่างมากในการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้¹ วัตถุประสงค์ของหลักการนี้ คือ การคืนความยุติธรรมให้ทันทีเพื่อหลีกเลี่ยงทั้งความยุติธรรมที่รวดเร็วและความล่าช้าที่มากเกินไป อย่างไรก็ตาม ความล่าช้าของกระบวนการยุติธรรมทางปกครองไทยเกิดจากปัจจัยหลายประการ อาทิเช่น ความซับซ้อนในการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา ในส่วนที่เกี่ยวกับรูปแบบของการพิจารณาเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาโดยองค์คณะฯ ทำให้จำนวนตุลาการที่ไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับปริมาณคดีที่ต้องพิจารณา อีกทั้งยังสร้างความล่าช้าในการพิจารณา และการจำกัดอำนาจของตุลาการคนเดียว เป็นต้น ข้อสังเกตนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์และเป็นประเด็นสำคัญในปัจจุบันของประเทศไทย ก่อให้เกิดคำถามต่าง ๆ เช่น จะลดระยะเวลาการตัดสินและเร่งรัดกระบวนการฉุกเฉินเพื่อรับรองสิทธิของคู่กรณีได้อย่างไร สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ต้องทำให้แน่ใจว่าความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาล่าช้าของกระบวนการยุติธรรมจะไม่ทำให้ความน่าเชื่อถือของสถาบันตุลาการลดลง

ดังนั้น การกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา จึงถือเป็นเครื่องมือสำคัญที่ศาลจะนำมาใช้เพื่อคุ้มครองประชาชน เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดีจนกระทั่งศาลมีคำพิพากษา ในขณะที่อีกด้านหนึ่ง ถือเป็นเครื่องมือที่จะระงับหรือยับยั้งผลของคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไว้เป็นการชั่วคราวก่อน ซึ่งคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองอาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา หรืออาจมีผลกระทบต่อความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ ด้วยเหตุผลนี้ ทำให้การพิจารณาเพื่อให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน หรือพิจารณาเพื่อให้บรรเทาทุกข์ชั่วคราวหรือไม่ นั้น จะต้องดำเนินการด้วยความรอบคอบ เหมาะสมและรวดเร็ว แต่ต้องไม่ถึงขนาดเคร่งครัดเกินไป จนไม่อาจใช้บังคับมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาให้เกิดประโยชน์ได้ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายไทย ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน ต่างมีการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามายกบังคับใช้ในลักษณะที่แตกต่าง

¹ มาตรา 25 วรรค 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก, 6 เมษายน 2560.

กัน จึงควรมีการศึกษาแนวทางการให้ความคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองโดยเปรียบเทียบกฎหมายไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน เพื่อนำมาปรับใช้ที่เหมาะสมมาปรับใช้กับระบบวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน

1.2.2 เพื่อศึกษาแนวทางการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองเสรีภาพขั้นพื้นฐานของคู่กรณีในกระบวนการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครองในกรอบของกฎหมายไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน

1.2.3 เพื่อศึกษาแนวทางการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองของประเทศไทย ยังคงประสบปัญหาในการให้ความคุ้มครองประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครอง เช่น การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย การกระทำละเมิดทางปกครอง การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ และสัญญาทางปกครอง ทำให้ประชาชนที่เป็นคู่กรณีไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องรูปแบบ และขั้นตอนในการพิจารณาเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองการพิจารณาชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครองไทย ซึ่งต่างจากแนวทางในการให้คุ้มครองการพิจารณาชั่วคราวก่อนพิพากษาของฝรั่งเศสและเยอรมัน ที่มีวิธีการคุ้มครองการพิจารณาชั่วคราวก่อนการพิพากษาลากหลาย ดังนั้น จึงควรมีการศึกษากฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน โดยเฉพาะ เพื่อนำมาปรับใช้กับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย

1.4 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ ตำรา บทความ รายงานการวิจัย บทบัญญัติของกฎหมาย และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง เพื่อรวบรวมและเรียบเรียง ในการดำเนินการวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรค พร้อมทั้งเสนอความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ได้ทราบหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน

1.5.2 ได้ทราบแนวทางการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองเสรีภาพขั้นพื้นฐานของคู่กรณีในกระบวนการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครองในรอบของกฎหมายไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน

1.5.3 ได้ทราบแนวทางการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย

2. การปรับใช้หลักการให้คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย

การให้คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองได้ถูกกำหนดขึ้นทั้งในระบบกฎหมายปกครองไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน จากการศึกษาเปรียบเทียบการปรับใช้หลักกฎหมายในการให้คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย ดังนี้

2.1 หลักการฟ้องคดีปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (*sursis à exécution*)² ถือเป็นข้อยกเว้นหลักกฎหมายที่ว่า “การฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง” (*règle du caractère non suspensif des recours devant la juridiction administrative*) ปัจจุบันมาตรา L.521-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (CJA) ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2543 ฉบับใหม่ ได้เปลี่ยนกระบวนการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (*sursis à exécution*) เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองใหม่ (*référé-suspension*) การปฏิรูประบอบการปกครองแบบเดิมโดยพื้นฐาน กล่าวได้ว่า กฎหมายฉบับใหม่กระทบต่อการรอบการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแบบเดิมโดยพื้นฐาน กล่าวได้ว่า กฎหมายฉบับใหม่

² ปัจจุบัน มาตรการการทุเลาคำสั่งทางปกครอง *référé-suspension* เป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดขึ้นภายหลังมีการปฏิรูปวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ 30 มิถุนายน 2543 เพื่อนำมาใช้แทนวิธีการการทุเลาคำสั่งทางปกครองแบบเดิมที่เรียกว่า *sursis à exécution*

สอดคล้องกับกฎหมายฉบับเดิม แต่ได้ผ่อนปรนข้อจำกัดบางประการเพื่อส่งเสริมให้ศาลใช้ข้อจำกัดเหล่านั้นได้อย่างยืดหยุ่นมากขึ้น

การปฏิรูปนี้จึงไม่ได้แก้ไขมาตรา L.4 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งระบุว่า “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง หากศาลปกครองมิได้มีคำสั่งเป็นอย่างอื่น” ในบริบทนี้ ศาลปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายได้ กระบวนการพิจารณาคดีทางปกครองที่เป็นข้อโต้แย้งกันนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของการไม่มีผลที่เป็นการระงับคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่อยู่คู่ขนานกับการบังคับใช้คำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง ถือเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชน³

ในระบบกฎหมายเยอรมันโดยหลักแล้ว การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยปริยาย เว้นแต่ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดไม่ให้มีการทุเลาการบังคับเพื่อที่จะใช้บังคับในเรื่องนั้นได้โดยทันที⁴ ดังนั้น การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง จะทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ หรือมีคำสั่งทางปกครอง รวมถึงเมื่อผู้ยื่นคำร้องต้องการได้รับสิทธิประโยชน์หรือการรับรองสิทธิ เป็นต้น โดยกฎหมายกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ 2 ประเภท ประเภทแรกเรียกว่า “คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว” ซึ่งมีเป้าหมายเพื่อ “หยุดสถานการณ์” ในขณะที่อีกประเภทเรียกว่า “คำสั่งควบคุม” ซึ่งมีผลเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความล่าช้าของคำพิพากษาในคดีหลัก⁵ กรณีนี้จึงแตกต่างจากระบบกฎหมายไทย ในแง่ที่การ

³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐคดี Huglo et a ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1982; C Lavialle, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français* (LGDJ 1974) 345; G Porcell, 'Le sursis à exécution au cœur du débat' (1984) AJDA 149, 149-150; Bernard Pacteau, *Manuel de contentieux administratif* (3 éd, PUF 2014) 210.

⁴ ข้อ 80 วรรคหนึ่ง 1^{er} รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO)); B Peter, *Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand* (RDP 1994) 185; Jean-Claude Beguin, 'L'effet suspensif des recours en annulation en droit administratif allemand' (1973) 4 IRAS 398, 399.

⁵ Sénat, 'Le référé administratif: Étude de législation comparée n° 45 - octobre 1998' (Sénat, octobre 1998) <<https://www.senat.fr/lc/lc45/lc45.html>> สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2568.

อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น⁶ เท่านั้น

สำหรับ ในส่วนของระบบกฎหมายปกครองไทย ข้อ 69 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น” ดังนั้น การยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองจะไม่เป็นการระงับการดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งหลักการนี้มีพื้นฐานอยู่บนหลักการแยกอำนาจฝ่ายปกครองและอำนาจศาล ตุลาการไม่สามารถแทรกแซงในคดีที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครอง⁷ และข้อสันนิษฐานความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งนำไปสู่ความสามารถในการบังคับใช้คำสั่งได้ทันที (*décision exécution*) หมายความว่า นับตั้งแต่ที่คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับใช้ ประชาชนสามารถโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวได้เฉพาะกับฝ่ายปกครอง หากไม่พอใจผลการอุทธรณ์คำสั่งจึงจะมีสิทธิภาคีขึ้นสู่ศาลปกครองในลำดับต่อไป ด้วยเหตุผลเชิงปฏิบัติ หากปล่อยให้การยื่นคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองเหล่านั้นมีผลกระทบแบบในลักษณะที่ทำให้เกิดการระงับคำสั่งทางปกครองได้ทันที ย่อมเป็นสิ่งที่กระทบต่อหลักคำสั่งทางปกครองต้องให้มีผลใช้บังคับได้ทันที (*caractère exécutoire*) ในทางกฎหมายมหาชน

ด้วยเหตุนี้ ในระหว่างที่รอคำตัดสินของศาลปกครอง คู่กรณีจึงควรได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายทั้งจากการกระทำหรือคำสั่งที่อาจผิดกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเกิดขึ้นหลังจากความเสียหายผ่านไปหลายปี จะไม่สามารถรับประกันการคุ้มครองพลเมืองที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเพียงพอ และเหยื่ออาจได้รับผลกระทบร้ายแรงทั้งทางร่างกายและทรัพย์สิน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการชั่วคราวที่เหมาะสมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่ถูกโต้แย้งก่อให้เกิดผลร้ายต่อคู่กรณี จนกว่าจะมีการตัดสินจากศาลว่า การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองไทยสามารถพัฒนาขั้นตอนพิเศษ ผ่านการแก้ไขบทบัญญัติในข้อ 69 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพื่อให้การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองง่ายขึ้น โดยกำหนดกฎหมายเฉพาะในกรณีการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง จะมีผลเป็นการทุเลาคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัติ เมื่อมีกฎหมายกำหนด

⁶ ข้อ 69 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁷ มาตรา 44 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁸ มาตรา 9 (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ไว้เป็นกรณีพิเศษ ในคดีบางประเภทที่มีผลกระทบต่อความอ่อนไหวของสังคม และการยกเลิกเงื่อนไขในการพิสูจน์ความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง โดยกำหนดให้การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเป็นสิทธิ เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งหมดแล้ว เช่น การขอให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในคดีด้านสิ่งแวดล้อม (*référés-suspension en matière d'environnement*) ในกรณีไม่มีการศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม (*référé-étude d'impact*)⁹ ไม่มีการทำประชาพิจารณ์ (*référé-enquête publique*)¹⁰ ไม่มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (*référé-évaluation environnementale*)¹¹ และการวางผังเมือง (*urbanise*)¹² ฯลฯ ตามแนวทางของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ ซึ่งกระบวนการที่ถูกควบคุมประเภทอย่างเข้มงวดตามที่กล่าวไปนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้คำสั่งทางปกครองที่อาจจะมีข้อขัดแย้งกฎหมายดำเนินการได้ในส่วนพื้นที่ที่ละเอียดอ่อนต่อการวางผังเมืองและสิ่งแวดล้อม

สำหรับระบบกฎหมายเยอรมัน กำหนดว่าหากมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือการฟ้องคดี ต่อศาลแล้ว จะมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นโดยปริยาย เว้นแต่ในกรณีตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ (1) กรณีโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีอากรและค่าธรรมเนียม (2) กรณีคำสั่งหรือมาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่อาจจะลบล้างการบังคับไว้ได้ (3) กรณีที่มีกฎหมายในระดับสหพันธรัฐหรือมลรัฐกำหนดให้ไม่มีการทุเลาการบังคับไว้ และ (4) กรณีที่เจ้าหน้าที่ได้มีการบังคับตามคำสั่งนั้นโดยเร่งด่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งหรือการอุทธรณ์

ทั้งนี้ ตามข้อ 80 วรรคสอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งการฟ้องคดีจะมีผลให้คำสั่งทางปกครองข้างต้นนี้ต้องบังคับใช้โดยทันที อย่างไรก็ตามก็ดี กรณีที่กำหนดไว้ในข้อ 80 วรรคสอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนี้ ก็มีข้อยกเว้นให้ถูกเลื่อนออกไป ไม่อาจบังคับใช้ในทันทีได้ด้วย กล่าวคือ ตามข้อ 80 วรรคห้า รัฐบัญญัติเดียวกัน โดยกำหนดให้เมื่อมีศาลสามารถมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามข้อ 80 วรรคสอง ข้อ 1 ถึงข้อ 3 ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ ในกรณีตามข้อ 80 วรรคสอง ข้อ 4 ศาลอาจออกคำสั่งให้ทุเลาการบังคับทั้งหมดหรือแต่บางส่วนใหม่อีกครั้งก็ได้¹³ จากการศึกษาพบว่า ระบบกฎหมายปกครองไทยใช้หลักการฟ้องคดีไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแนวทางเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่ในกรณีของการอุทธรณ์คำสั่งอนุญาตให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง

⁹ มาตรา L. 122-1 ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม

¹⁰ มาตรา L. 123-16 ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม

¹¹ มาตรา L. 122-11 ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม

¹² มาตรา L. 2131-6 ประมวลกฎหมายทั่วไปของหน่วยงานท้องถิ่น

¹³ นฤมล ชณะรัตน์, 'การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยอรมัน: ศึกษากรณีคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม' (2565) 1 วารสารวิชาการศาลปกครอง 104, 121.

ในทางปฏิบัติของระบบกฎหมายปกครองไทย จะมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้นได้ หากศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นทำให้หรือจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อสิทธิของผู้อุทธรณ์ ภายหลังจากที่ผู้อุทธรณ์มีคำขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งระงับคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราว¹⁴ ในขณะที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น ส่วนระบบกฎหมายเยอรมันการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นมีผลเป็นการทุเลาการบังคับ ทำให้ผู้อุทธรณ์มีผลทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาเช่นเดียวกับของประเทศไทย¹⁵ แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองสามารถยื่นคำขอตามมาตรา 80 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) เพื่อให้คำพิพากษาไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับและสามารถบังคับคดีชั่วคราวไปพลางก่อนในคำสั่งดังกล่าวต่อไปได้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับของไทยแล้วกรณีที่จะมีการบังคับคดีชั่วคราวไปพลางก่อนได้ก็เฉพาะแต่กรณีที่ศาลพิพากษายกฟ้อง กล่าวคือ กรณีที่ศาลพิพากษาว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ละเลยหรือล่าช้าตามที่ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างในคำฟ้อง

2.2 การปรับใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองไทย

จากการศึกษาพบว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเอาไว้ 3 กรณีหลัก¹⁶ คือ

กรณีที่หนึ่ง การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง¹⁷

กรณีที่สอง การคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการตรวจสอบกฎหมาย¹⁸ และ

¹⁴ ข้อ 73 และข้อ 115 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

¹⁵ โดยในส่วนการพิจารณาอุทธรณ์นั้นให้ประธานศาลปกครองสูงสุดส่งคำร้องให้องค์คณะในศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณาคำร้อง โดยให้น้ำความในข้อ 71 วรรคหนึ่ง และข้อ 72 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่องค์กรคณะจะไม่นัดไต่สวนก็ได้

¹⁶ นฤมล ชณะรัตน์ (เชิงอรธ 13) 107.

¹⁷ ข้อ 80 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

¹⁸ ข้อ 47 วรรคหก รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

กรณีที่สาม มาตรการบรรเทาทุกข์¹⁹ ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณามาตรการในการรักษาสีติ เพื่อป้องกันสิทธิของผู้ยื่นคำขอจากอันตรายที่จะเกิดขึ้น และมาตรการในการสร้างกฎเกณฑ์ เพื่อป้องกันผลเสียที่จะเกิดจากการเปลี่ยนแปลงในเรื่องที่พิพาท

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (CJA) กำหนดให้มีมาตรการก่อนการพิพาทตามระบบใหม่ ดังนี้

กรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉิน (*référés d'urgence*) แบ่งออกเป็น 3 กรณี

1) มาตรการการทุเลาคำสั่งทางปกครอง²⁰ (*référé-suspension*)

2) มาตรการก่อนการพิพาทในเรื่องเสรีภาพ²¹ (*référé-liberté*)

3) มาตรการก่อนการพิพาทเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความ²² (*référé-conservatoire*) หรือ มาตรการที่เป็นประโยชน์ (*référé-mesures utiles*) (มาตรการนี้เทียบได้กับมาตรการบรรเทาทุกข์ของประเทศไทย)

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันรัฐบัญญัติหมายเลข 2000 - 597 ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินออกเป็น 2 กลุ่ม คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉิน (*référés d'urgence*) และมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกรณีพิเศษ (*référés particulier*) กฎหมายฉบับนี้ ถือเป็นการปฏิรูประบบวิธีการคุ้มครองการพิจารณาคดีชั่วคราวก่อนพิพาทของฝรั่งเศส ซึ่งเกิดระหว่างการที่ประเทศไทยได้ยกร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและร่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทำให้ประเทศไทยได้รับแนวทางในการยกร่างกฎหมายปกครองมาจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในช่วงก่อนมีการปฏิรูปเป็นหลัก โดยต่อมาได้มีการบังคับใช้กฎหมายในประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ในระบบกฎหมายไทย ได้แบ่งแยกวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาท ออกเป็น 2 ประเภท คือ

กรณีที่หนึ่ง การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง²³

กรณีที่สอง การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว²⁴

¹⁹ ข้อ 123 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

²⁰ มาตรา L. 521-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (CJA)

²¹ มาตรา L. 521-2 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

²² มาตรา L. 521-3 และ L. 521-3-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

²³ มาตรา 69-74 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

²⁴ มาตรา 75-77 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ในบทความนี้ เราจะวิเคราะห์เฉพาะในส่วนวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ทั้งในส่วนของการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองและการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ที่สำคัญ 3 กรณี ดังนี้

2.2.1 การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

ในประเทศไทยตามข้อ 72 วรรคสาม ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง ทั้งการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ ศาลมีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองได้ตามที่เห็นสมควร” ดังนั้น การขอให้ศาลสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองจะมีขึ้นได้เฉพาะกรณีที่มีการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเท่านั้น²⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากไม่มีการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะมาขอให้ศาลสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไม่ได้

สำหรับในประเทศฝรั่งเศส การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (*référé-suspension*) ได้รับการกำหนดไว้ในมาตรา L. 521-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง บัญญัติว่า “กรณีที่มีการฟ้องเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง แม้จะเป็นคำสั่งปฏิเสธก็ตาม หากมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งดังกล่าว ศาลมีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน หากปรากฏว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน และมีเหตุอันควรเชื่อว่าคำสั่งนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย อนึ่ง เมื่อศาลได้สั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้ว ศาลต้องมีคำพิพากษาโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และให้คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดเมื่อศาลมีคำพิพากษา”²⁶

²⁵ ในประเทศฝรั่งเศส การสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองสามารถกระทำได้ทั้งกรณีที่ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกรณีที่ฟ้องขอให้ศาลเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองใช้บังคับได้ทั้งคดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอน (*le contentieux de l'annulation*) และคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (*le contentieux de pleine juridiction ou plein contentieux*) ส่วนในประเทศไทย การสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองใช้บังคับได้ทั้งคดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอน (*le contentieux de l'annulation*) ตามมาตรา 9 (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁶ มาตรา L. 521-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

กล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลจะมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันควรเชื่อว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง จึงประกอบด้วยเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1) มีเหตุจำเป็นเร่งด่วน

จากการศึกษาพบว่า ก่อนมีการปฏิรูปวิธีพิจารณาให้ความคุ้มครองการพิจารณาชั่วคราวทางปกครองก่อนการพิพากษาโดยกฎหมายลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2543 กฎหมายเดิม ไม่ได้ใช้คำว่า “เร่งด่วน” (urgence) แต่ใช้คำว่า “ความเสียหายที่ยากต่อการแก้ไข” (*préjudice difficile*) อย่างไรก็ตาม คำว่า “เร่งด่วน” มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “ความเสียหายที่ยากต่อการแก้ไข” แต่ในทางปฏิบัติการใช้และการตีความมีความแตกต่างกัน แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติไทยจะได้กำหนดเงื่อนไขในการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่ “ต้องเกิดความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้หรือยากแก่การเยียวยาได้ในภายหลัง”²⁷ (*préjudice difficilement réparable*) ในการตีความความหมาย ถือว่าไม่แตกต่างกัน กล่าวคืออยู่ในความหมายเดิมของฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไทยได้ตีความเงื่อนไขของผลกระทบที่ยากต่อการแก้ไขนี้ อย่างจำกัด ในทางปฏิบัติศาลปกครองไทยมองว่าต้องเป็นผลกระทบที่ไม่อาจกลับคืนได้ หรืออย่างน้อยก็เป็นผลกระทบที่ยากต่อการแก้ไข ดังนั้น คำสั่งศาลปกครองไทยในปัจจุบันจะถูกตีความอย่างเข้มงวดในลักษณะเดียวกันนี้ ให้ความเสียหายใดๆ ก็ตามที่สามารถชดเชยได้ด้วยเงินในภายหลัง เช่น กรณีข้าราชการถูกไล่ออกจากราชการโดยไม่เป็นธรรม จะถูกตีความว่าไม่ใช่ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง²⁸ เนื่องจากสามารถชดเชยได้ด้วยเงินในภายหลังจากศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งไล่ออกจากราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ส่งผลให้ผู้ร้องขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งไล่ออกจากราชการในคดีดังกล่าว มักไม่ได้รับอนุญาตให้ทุเลาคำสั่งทางปกครองเสมอ ผลลักษณะนี้ได้ถูกนำมาปรับใช้ในฝรั่งเศสในช่วงก่อนการปฏิรูปกระบวนการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา แต่หลักการดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นอุปสรรคต่อการพิจารณาและการให้ความคุ้มครองคู่กรณีที่เกิดจากสภาพของการตีความที่มีผลจากตัวบทกฎหมายกำหนดไว้

²⁷ ข้อ 72 วรรคสาม ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543.

²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 974/2568

ปัจจุบันปัญหานี้ ในประเทศฝรั่งเศสได้ถูกแก้ไขแล้วด้วยการปฏิรูปดังกล่าว โดยกฎหมายลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2543 การตีความนี้ได้รับการแก้ไขโดยการกำหนดเงื่อนไข “ความเร่งด่วน” (*urgence*) เข้ามาแทนที่เงื่อนไขเรื่องความเสียหายที่ยากจะเยียวยาได้ในภายหลัง (*préjudice difficilement réparable*) เพื่ออำนวยความสะดวก ทั้งในการพิจารณาคดีชั่วคราวและคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ได้รับการกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ได้โต้แย้ง ปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศสอนุญาตให้ตีความสถานการณ์ฉุกเฉินต่างไปจากความเสียหายที่ยากจะเยียวยาได้ ดังนั้น เงื่อนไขความเร่งด่วนที่ต้องปฏิบัติตามในการออกมาตรการทุเลาคำสั่งทางปกครองจะต้องได้รับการพิจารณาให้บรรลุผลเมื่อ “คำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงและเป็นสถานการณ์เร่งด่วนของผู้ยื่นคำร้องต่อประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ที่ผู้ร้องตั้งใจจะปกป้อง” แม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้โต้แย้งนี้จะมีวัตถุประสงค์ทางการเงินหรือผลกระทบอื่นโดยตรงก็ตาม ดังนั้น ในคดีขอคุ้มครองชั่วคราวในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จึงไม่สามารถจำกัดการพิจารณาความเร่งด่วน โดยพิจารณาเฉพาะผลประโยชน์ของผู้ยื่นคำร้องเท่านั้น แต่ต้องรวมถึงการรักษาผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ของบุคคลที่สามที่ “โต้แย้ง” ด้วย

นอกจากนี้ยังพบว่า สิ่งนี้แตกต่างจากกฎหมายไทย กล่าวคือ เงื่อนไข “ความเร่งด่วน” ไม่ใช่เงื่อนไขในการอนุญาตให้ทุเลาคำสั่งทางปกครอง และจะอนุมานว่า กรณีการขอทุเลาเร่งด่วนตามข้อ ข้อ 72/1 วรรคหนึ่ง ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2559 เป็นเงื่อนไขเร่งด่วนแบบเดียวกันกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมัน บรรดาคำขอคุ้มครองระหว่างการพิจารณาคดี เช่น การขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง โดยสภาพเป็นเรื่องที่ศาลจะกระทำโดยเร่งด่วนอยู่แล้ว จึงไม่มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ ในลักษณะเช่นเดียวกับระบบการขอคุ้มครองระหว่างการพิจารณาคดีชั่วคราวของฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดี พบว่าในประเด็นการพิจารณาเกี่ยวกับผลประโยชน์ ศาลปกครองไทยได้จำกัดการพิจารณาความเสียหายไว้เพียงการพิจารณาผลประโยชน์ของผู้ร้องเท่านั้น นอกจากความร้ายแรงของความเสียหายและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ใกล้จะเกิดขึ้นของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถือเป็นการเบี่ยงเบนจากความเรียบง่าย เร่งด่วน และประสิทธิภาพของคำสั่งทุเลาการบังคับชั่วคราวแบบใหม่ที่เป็นหัวใจของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาที่ใช้อยู่ในฝรั่งเศสอย่างมาก

ดังนั้น ในเงื่อนไขภายใต้ “ความฉุกเฉิน” ที่เป็นเงื่อนไขใหม่ ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ตุลาการฝรั่งเศสต้องพิจารณาสถานการณ์ “ที่เป็นรูปธรรม” ของผู้ที่ได้รับความเสียหายโดย

การตรวจสอบคำร้องว่า หากคำสั่งทางปกครองส่งผลกระทบต่อสถานการณ์ของผู้ยื่นคำร้องหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง จะถือเป็นเรื่องเร่งด่วนและต้องประเมินความเร่งด่วนนั้น และพิจารณาว่าเงื่อนไขความเร่งด่วนเป็นไปตามที่กำหนดหรือไม่ กล่าวได้ว่า บทบาทใหม่ของตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศส ต้องใช้ “ดุลยภาพแห่งผลประโยชน์” โดยพิจารณาถึงประเด็นของคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการโต้แย้งและเอกสารในคดี (รวมถึงในขั้นตอนการพิจารณา) ทำให้ตุลาการฝรั่งเศสจะต้องเปรียบเทียบผลประโยชน์ของผู้ยื่นคำร้องกับผลประโยชน์อย่างอื่นที่สวนกัน ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นผลประโยชน์สาธารณะหรือการบริหารงานของรัฐ ดังนั้น การใช้ดุลยภาพแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว จึงมีความสำคัญในบริบทปัจจุบัน

2) มีข้อสงสัยอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส หลังจากการปฏิรูปวิธีพิจารณาให้ความคุ้มครองชั่วคราวทางปกครองก่อนการพิพากษา วิธีการประเมินดังกล่าวไม่ใช่เงื่อนไข “มูลเหตุอย่างชัดเจน” (*moyen sérieux*)²⁹ อีกต่อไป แต่เป็นวิธีการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความสงสัยอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับความถูกต้องตามกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแทน (*doute sérieux*) ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ยกเลิกการตีความเงื่อนไขข้อสงสัยการเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายแบบเดิม ซึ่งแยกความแตกต่างระหว่างข้อสงสัยอย่างร้ายแรงและข้อสงสัยที่ถึงมีมูลเหตุอันสมควร ปัจจุบันการขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในฝรั่งเศสได้นั้น จะต้องมิเหตุเพียงพอที่จะมีข้อสงสัยอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่โต้แย้งนั้น

กล่าวได้ว่า เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อสงสัยอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย (*doute sérieux*) ในกฎหมายปกครองไทย ได้พัฒนาจากเงื่อนไขการขอทุเลาคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ปัญหาของคำสั่งศาลปกครองที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้นเป็นสิ่งสำคัญตามเงื่อนไขนี้ อันที่จริง ตุลาการชาวฝรั่งเศสอาจยังคงอยู่ในขอบเขตของ “ความน่าจะเป็น” และ “ความสงสัยร้ายแรงเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย” หรือ “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้ง” อย่างแท้จริง แต่ในทางตรงกันข้ามแล้ว ตุลาการไทยจะยอมรับได้เฉพาะข้อกล่าวหาที่มีมูลความ “อย่างชัดเจน”³⁰ ของผู้ยื่นคำร้องเท่านั้น

หลักกฎหมายปกครองไทยกำหนดว่าแนวคิดเรื่องมูลความแห่งคดี ถูกจำกัดอย่างชัดเจนโดยการตรวจสอบมูลความแห่งคดีของคำร้องขอทุเลาอย่างละเอียดถี่ถ้วนก่อน มูลคดีเหล่านี้ต้องได้รับ

²⁹ ปัจจุบันมาตรการการทุเลาคำสั่งทางปกครอง *référé-suspension* ใช้คำว่า *doute sérieux* มาใช้แทนเงื่อนไขที่เรียกว่า *moyen sérieux* ของวิธีการการทุเลาคำสั่งทางปกครองแบบเดิม

³⁰ ข้อ 70 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

การพิจารณาว่ามีมูลคดี หรืออย่างน้อยที่สุดก็มีแนวโน้มว่าจะมีมูลคดีอยู่³¹ ดังนั้น คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองจึงมักตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ว่าความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นนั้นไม่ใช่สิ่งที่พิสูจน์ข้อเรียกร้องได้มากกว่าที่จะตั้งอยู่บนความร้ายแรงของมูลคดีที่ยกมาอ้าง ซึ่งหมายความว่า การอนุญาตให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองถือเงื่อนไขความเสียหายอย่างร้ายแรง และเงื่อนไขที่มีมูลเหตุอันสมควรจะกลายเป็นเงื่อนไขของมูลเหตุคดีในคดีหลัก ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งมูลคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายภายนอกหรือมูลคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายภายใน ทำให้ปัจจุบันประเทศไทย มีแนวโน้มไปที่ข้อกล่าวหาที่มีมูลความ “อย่างชัดเจน” ของผู้ยื่นคำร้องเท่านั้น คล้ายกับกฎหมายแบบเดิมของฝรั่งเศสในเงื่อนไขของการทุเลาคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเข้มงวดกว่าการมีข้อสงสัยอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับความถูกต้องตามกฎหมายของคำสั่งอย่างแท้จริงที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ทำให้คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองของประเทศไทย มักถูกวิเคราะห์ลงไปถึงเนื้อหาของคดีหลักได้ ส่งผลให้เกิดการคาดเดาผลของคำพิพากษาในคดีหลักได้ค่อนข้างแน่นอน สิ่งนี้ไม่ใช่เป้าหมายของการให้ความคุ้มครองการพิจารณาในคดีชั่วคราวที่ไปกระทบต่อผลของการพิจารณาคดีหลัก เงื่อนไขใหม่ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงมีความยืดหยุ่น และมีประสิทธิภาพมากกว่าเดิมอย่างมาก

2.2.2 ข้อจำกัดของวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพของไทย

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพ (référé-liberté) ถือเป็นมาตรการที่มีขึ้นใหม่ของมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถออกคำสั่งกำหนดมาตรการทุกอย่างที่จำเป็น เพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรงจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการประกอบการค้าหรือการอุตสาหกรรม ฯลฯ มาตรการดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 521-2 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอมาตรการฉุกเฉินต่อศาลให้ตุลาการที่มีอำนาจออกมาตรการฉุกเฉินมีอำนาจสั่งกำหนดมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นต่อการคุ้มครองเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงและไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากการปฏิบัติหน้าที่หรือจากการใช้อำนาจของนิติบุคคลที่ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงและไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากการปฏิบัติหน้าที่ หรือจากการใช้อำนาจของนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชน หรือหน่วยงานเอกชนที่จัดทำ

³¹ ข้อ 69 วรรคสาม ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.

บริการสาธารณะ ทั้งนี้ ศาลจะต้องมีคำสั่งกำหนดมาตรการฉุกเฉินภายในระยะเวลา 48 ชั่วโมงนับแต่มีคำขอ”³²

จากการศึกษาพบว่าในระบบกฎหมายปกครองไทย ไม่มีวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพโดยเฉพาะแบบระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ในทางปฏิบัติศาลปกครองไทยจะปรับใช้เรื่องเสรีภาพกับการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง หรือการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ขึ้นอยู่กับสภาพของคดีที่จะปรับใช้กับสถานการณ์นั้นๆ ได้ ทำให้กระบวนการขั้นตอนและระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการยื่นคำขอให้คุ้มครองเสรีภาพในระหว่างรอการพิจารณาคดีหลักเป็นไปได้อย่างล่าช้าและไม่ชัดเจน เช่น กรณีคำสั่งเนรเทศบุคคลให้ออกจากราชอาณาจักร หรือกรณีคำสั่งลงโทษกักขัง³³ แม้จะได้รับคำสั่งอนุญาตให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวไว้ แต่รูปแบบการพิจารณาแบบทั่วไป กล่าวคือ รูปแบบการขอทุเลาคำสั่งตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของประเทศไทย จะใช้ระยะเวลานานเนื่องจากไม่มีกรอบระยะเวลาในการกำหนดไว้ เมื่อเทียบกับกรณีประเทศฝรั่งเศสที่มีมาตรการก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพโดยเฉพาะซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสจะต้องมีคำสั่งกำหนดมาตรการฉุกเฉินภายในระยะเวลา 48 ชั่วโมงนับแต่มีคำขอ แต่ระยะเวลานี้ไม่มีผูกพันต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งศาลปกครอง ในกรณีที่ศาลปกครองไม่สามารถมีคำสั่งได้ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว³⁴

นอกจากนี้ ยังพบว่าในระบบกฎหมายปกครองไทย กำหนด “ให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอโดยไม่ชักช้า”³⁵ ซึ่งไม่มีกรอบระยะเวลาที่แน่นอนเป็นตัวกำหนด ทำให้ศาลปกครองไทยไม่เกิดการกระตุ้นให้มีคำสั่งภายในระยะอันสั้นเพื่อเป้าหมายในการคุ้มครองประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาตรการนี้ถือเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมากและสอดคล้องกับเจตนาของการให้ความคุ้มครองเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560

2.2.3 การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

³² มาตรา L. 521-2 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 273/2557

³⁴ Geneviève Gondouin, ‘L’oralité dans la procédure de référé’ in Zéhina Ait-El-Kadi and Erwan Royer (eds), *Réforme du référé administratif: 20 ans après* (1 éd, Dalloz 2020) 91.

³⁵ ข้อ 71 วรรคหนึ่ง ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ในระบบกฎหมายปกครองไทย กรณีที่เป็นการฟ้องคดีพิพาทอื่น ๆ นอกจากการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพาท หรือคู่กรณีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาเพื่อบังคับตามคำพิพากษาได้³⁶

อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส มาตรการก่อนการพิพาทเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความ (*référé-conservatoire*) หรือที่เรียกอีกชื่อว่า “มาตรการที่เป็นประโยชน์” (*référé-mesures utiles*) เป็นมาตรการที่อนุญาตให้ร้องขอต่อศาลในกรณีฉุกเฉินเพื่อให้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิของคู่ความ โดยที่มาตรการที่ขอใช้นั้นจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งเป็นคดีกันอยู่ มาตรการดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา L.521-3 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

จากการศึกษาพบว่า มาตรการบรรเทาทุกข์ หรือมาตรการที่เป็นประโยชน์ของประเทศไทย มีการปรับใช้ในลักษณะยื่นหยุ่นทั้งลักษณะในเชิงป้องกัน แต่ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันมีการปรับใช้ทั้งในเชิงป้องกันและเชิงบังคับ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเงื่อนไขการปรับใช้มาตรการดังกล่าวของประเทศไทย ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติและทฤษฎีทางกฎหมายน้อยกว่าเมื่อเทียบกับการขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง โดยปัจจุบัน ประเทศไทยมีรูปแบบการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว สามารถแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวทั่วไป

ในกรณีนี้ ผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว³⁷

2) การขอคุ้มครองประโยชน์ในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา

ในกรณีนี้ คู่กรณีจะเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาได้³⁸

³⁶ ข้อ 75 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

³⁷ ตามมาตรา 66 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับข้อ 75 และข้อ 77 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

³⁸ ตามมาตรา 66 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับข้อ 75 และข้อ 77 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ให้นำความในลักษณะ 1 ของภาค 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 253 ถึงมาตรา 270) มาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้โดยไม่ขัดต่อระเบียบนี้ และหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง³⁹ จากการศึกษาพบว่า หลายประเทศส่วนใหญ่ที่กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไว้ มักนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้ร่วมด้วยในฐานะที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้เกิดขึ้นและใช้บังคับมาก่อน จึงมีการนำมาใช้บังคับโดยอนุโลม

3. อำนาจของตุลาการในการออกคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา

อำนาจของตุลาการในการออกคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครองไทย ถือเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้การพิจารณาคดีข้อคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครอง สามารถบรรลุเป้าหมายได้ด้วยความรวดเร็ว และลดอัตราการค้างของคดีสะสมในแต่ละปีได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ยังคงมีปัญหาอันควรได้รับการพิจารณา ดังนี้

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการออกคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาของตุลาการคนเดียวและองค์คณะ

ในประเด็นนี้ จากการศึกษาพบว่า อำนาจในการพิจารณาวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครองไทย มีส่วนที่ต้องพิจารณาถึงอำนาจของตุลาการคนเดียวกับองค์คณะ และบทบาทของตุลาการผู้แถลงคดี ดังนี้

ในประเทศไทย การมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษามี ดังนี้

กรณีแรก การพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองให้กระทำโดยองค์คณะ⁴⁰ ทั้งในกรณีของคำร้องขอทั่วไป⁴¹ และกรณีฉุกเฉิน⁴²

³⁹ ข้อ 77 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁴⁰ มาตรา 54 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ศาลปกครองสูงสุดต้องมีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอย่างน้อยห้าคน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา ศาลปกครองชั้นต้นต้องมีตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอย่างน้อยสามคน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา”

⁴¹ ข้อ 72 วรรคหนึ่ง ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁴² ข้อ 72/1 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

กรณีที่สอง การพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาให้กระทำโดยองค์คณะ⁴³ ทั้งในกรณีของคำร้องขอทั่วไปและกรณีฉุกเฉิน⁴⁴ เช่นกัน

จากการศึกษาพบว่า ระบบกฎหมายปกครองไทย ในขั้นตอนของการทำคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ทั้งในส่วนของกรณียื่นคำขอและกระบวนการทำคำสั่งเกี่ยวกับคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ต้องกระทำโดยองค์คณะ (*collégialité*) ประกอบด้วยคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลง เว้นแต่ กรณีที่มีความฉุกเฉินเร่งด่วน ไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้ ในประเด็นนี้เห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายปกครองไทย ยังคงจำกัดอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของตุลาการคนเดียว ซึ่งแตกต่างจากอำนาจของผู้พิพากษาคนเดียวในคดีแพ่งและคดีอาญาที่ได้ให้ไว้ ทำให้เกิดปัญหาความล่าช้าและเกิดขึ้นตอนที่ยุ่งยากของในกระบวนการพิจารณาก่อนมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง

ในขณะที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ตุลาการคนเดียว⁴⁵ (*juge unique*) หรือที่เรียกว่า ตุลาการในคดีขอคุ้มครองชั่วคราว (*juge des référés*) มีอำนาจในการพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอคุ้มครองชั่วคราว ส่วนในระบบเยอรมัน โดยหลักการแล้ว ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีหลักมีอำนาจออกคำสั่งชั่วคราว (*einstweilige Anordnung*) หรือสั่งให้ทุเลาการบังคับในกรณีที่การฟ้องไม่มีผลเป็นการระงับดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลปกครองอุทธรณ์ ประธานศาลปกครองกลาง ประธานศาลปกครองและประธานแผนกคดีต่างๆ หรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายสามารถมีคำสั่งในคดีเร่งด่วนได้⁴⁶ ทั้งในกรณีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวและในกระบวนการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้น การขยายความสามารถของตุลาการในคดีปกครอง ที่เรียกว่า “ตุลาการคนเดียว” ให้มีอำนาจในการพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา จะทำให้เกิดความคล่องตัว

⁴³ ข้อ 76 วรรคหนึ่ง ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁴⁴ ข้อ 76/1 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁴⁵ มาตรา L. 511-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

⁴⁶ ข้อ 80 วรรค 8 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติให้มีความเป็นไปได้ในเรื่องการระงับการดำเนินการนั้น ใช้ได้โดยการเปรียบเทียบกับกรณีตามข้อ 123

รวดเร็ว และสอดคล้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นแก่ผู้ยื่นคำร้องขอเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาได้

นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่าในฝรั่งเศส แม้จะมีการถ่ายโอนอำนาจมาให้ตุลาการคนเดียว มีอำนาจพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาแล้ว แต่ยังคงรักษาหลักการรับประกันสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง ด้วยวิธีที่ไม่ตัดขาดจากการพิจารณาขององค์คณะโดยแท้ กล่าวคือ มีการกำหนดวิธีการส่งคืนคดีให้กับองค์คณะเพื่อพิจารณาต่อไปได้⁴⁷ ดังนั้น การส่งคดีคืนองค์คณะจึงถือเป็น การรับประกันความยุติธรรมที่มีคุณภาพ เนื่องจากเชื่อมโยงกับความซับซ้อนของคดีที่ตุลาการคนเดียวพิจารณาเพียงลำพัง เป็นที่เข้าใจได้ว่าโดยปกติแล้ว ตุลาการไม่ต้องการตัดสินใจโดยพิจารณาประเด็นทางกฎหมายที่เป็นนามธรรมหรือเพียงลำพัง ดังนั้น ความซับซ้อนของคดี⁴⁸สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท⁴⁹ ดังนี้

ประเภทแรก เมื่อคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญที่อาจนำไปสู่การอภิปรายอย่างจริงจัง และ

ประเภทที่สอง หากคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อให้เกิดปัญหา “เบื้องต้น” แต่มีความซับซ้อนซึ่งเชื่อมโยงกับคดีหลักที่ศาลจะพิจารณาในระหว่างพิจารณา⁵⁰

ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ตุลาการคนเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีขอคุ้มครองชั่วคราว อาจส่งคดีคืนไปยังองค์คณะตุลาการได้ ซึ่งจะช่วยเหลือถึงความเข้าใจผิดหรือข้อบกพร่องในประเด็นทางกฎหมายที่ละเอียดอ่อน ทำให้หากคดีมีปัญหาร้ายแรงตุลาการคนเดียวอาจขอให้องค์คณะตุลาการร่วมตรวจสอบได้ การส่งต่อไปยังองค์คณะตุลาการจะดำเนินการโดยอาศัยข้อสรุปของตุลาการผู้แถลงคดี⁵¹

ดังนั้น “ประธานศาลหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายให้วินิจฉัยคดี อาจตัดสินใจนำคดีเข้าสู่บัญชีรายชื่อขององค์คณะตุลาการ หรือองค์คณะพิจารณาคดี โดยการตัดสินใจของตนเองหรือตามข้อเสนอของตุลาการ

⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาคดี S. ลงวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 1834 โปรดทราบว่าหลักการนี้ยังคงใช้ตามบทบัญญัติของมาตรา 802 และ 804 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส, คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐคดี *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement c./ Consorts Piéton- Guibout* ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1956 ในคำพิพากษานี้ ศาลแห่งรัฐได้ยืนยันคำสั่งของประธานศาลปกครองของเมือง Caen ซึ่งไปในทิศทางเดียวกัน ดู คำพิพากษาศาลปกครองเมือง Caen คดี *Piéton - Guibout c. / ASR de Flers* ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1956

⁴⁸ René Chapus, *Droit du contentieux administratif* (6 éd, Montchrestien 1996) 49.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองเมือง Nante คดี *M. Dufetel* ลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1992

⁵⁰ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี *Piéton-Guibout c. / ASR de Flers* ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1956

⁵¹ Benjamin Huglo and Madeleine Babes, *Guide pratique des référés administratifs* (Berger-Levrault 2021) 64.

ผู้แถลงคดี...”⁵² หมายถึง องค์คณะตุลาการเต็มคณะหรือคณะตุลาการที่ประกอบด้วยตุลาการผู้แถลงคดีและรองประธานศาล ในขณะที่เดียวกัน วรรคสามของมาตรา L. 522-1 ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ได้ระบุอย่างชัดเจนถึงความเป็นไปได้ในการส่งคดีขึ้นไปยังองค์คณะตุลาการโดยตุลาการคนเดียวที่รับผิดชอบคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว⁵³

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทของตุลาการผู้แถลงคดีไทย

จากการศึกษาพบว่า บทบาทของตุลาการผู้แถลงคดีไทย ในกรณีขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาปัจจุบันแยกได้ 2 กรณี ดังนี้

3.2.1 การขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

1) ในกรณีทั่วไป

คำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองให้กระทำโดยองค์คณะ⁵⁴หลังจากตุลาการผู้แถลงคดีได้เสนอคำแถลงการณ์แล้ว แต่ในกรณีที่องค์คณะเห็นว่ามีความจำเป็นต้องมีคำสั่งเกี่ยวกับการขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการด่วน องค์คณะจะมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอโดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ให้องค์คณะบันทึกเหตุจำเป็นดังกล่าวไว้ด้วย⁵⁵

2) ในกรณีฉุกเฉิน

แต่หากเป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน ให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วน ถ้าเป็นที่พอใจจากคำขอและพยานหลักฐานประกอบคำขอ หรือจากคำแถลงของผู้ขอ หรือจากพยานหลักฐานที่ผู้ขอนำมาสืบ หรือที่ศาลแสวงหามาเอง ว่าคำขอนั้นเป็นคำขอที่ต้องมีคำสั่งโดยเร่งด่วน และมีข้อเท็จจริงเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอได้แล้ว ให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองหรือยกคำขอตามแต่จะเห็นสมควร โดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้⁵⁶

⁵² มาตรา R. 222-19 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

⁵³ คำพิพากษาฎีกาแห่งรัฐ คดี Kanouté ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000; Anne Weber, ‘Le juge administratif unique, nécessaire à l’efficacité de la justice ?’ (2008) 1 RFAP 179, 189-190.

⁵⁴ มาตรา 54 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ศาลปกครองสูงสุดต้องมีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอย่างน้อยห้าคน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา

ศาลปกครองชั้นต้นต้องมีตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอย่างน้อยสามคน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา”

⁵⁵ ข้อ 72 วรรคหนึ่ง ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁵⁶ ข้อ 72/1 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

3.2.2 การขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

1) ในกรณีทั่วไป

กรณีบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา ให้กระทำโดยองค์คณะ โดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี เว้นแต่องค์คณะจะเห็นสมควรให้มีคำแถลงการณ์ ในกรณีดังกล่าวคำแถลงการณ์นั้นจะกระทำด้วยวาจาก็ได้⁵⁷

2) ในกรณีฉุกเฉิน

หากเป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน ให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วน ถ้าเป็นที่พอใจจากคำขอและพยานหลักฐานประกอบคำขอ หรือจากคำแถลงของผู้ขอ หรือจากพยานหลักฐานที่ผู้ขอนำมาสืบหรือที่ศาลแสวงหามาเอง ว่าคำขอนั้นเป็นคำขอที่ต้องมีคำสั่งโดยเร่งด่วน และมีข้อเท็จจริงเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอได้แล้ว ให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา หรือยกคำขอ ตามแต่จะเห็นสมควร โดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้⁵⁸

จากการศึกษาพบว่า ในฝรั่งเศสกฎหมายฉบับลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2543 กำหนดขั้นตอนที่อนุญาตให้ตุลาการคนเดียวสามารถตัดสินคดีได้อย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ยังกำหนดว่าตุลาการคนเดียวสามารถตัดสินคดีได้โดยไม่ต้องมีการแทรกแซงจากตุลาการผู้แถลงคดี ในกรณีของการขอคุ้มครองชั่วคราวเร่งด่วนโดยเฉพาะตามมาตรา L. 522-1 ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ระบุว่า “การพิจารณาคดีจะต้องกระทำโดยไม่ต้องมีคำแถลงจากตุลาการผู้แถลงคดี” เหตุผลประการหนึ่งคือ ตุลาการคนเดียวสามารถตัดสินคดีได้โดยไม่ต้องมีคำแถลงจากตุลาการผู้แถลงคดี และอีกประการหนึ่ง การแทรกแซงจากตุลาการผู้แถลงคดีจะมีผลบังคับเฉพาะในกรณีที่มีการส่งคดีต่อไปยังองค์คณะเพื่อพิจารณาคดีเท่านั้น หลักเกณฑ์เดียวกันนี้ ตุลาการคนเดียวจะตัดสินคดีหลังจากการไต่สวนอย่างเปิดเผย แต่ไม่ต้องได้รับคำแถลงจากตุลาการผู้แถลงคดี⁵⁹ อย่างไรก็ตาม สังเกตได้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีด้วยวาจาสามารถขดเชยการขาด

⁵⁷ ข้อ 76 วรรคหนึ่ง ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁵⁸ ข้อ 76/7 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁵⁹ มาตรา R. 776-2 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

หายไปของตุลาการผู้แถลงคดีได้ ในกรณีที่ไม่มีกรแลกเปลี่ยนความเห็นระหว่างตุลาการองค์คณะ ก็สามารถจัดให้มีการเจรจาโดยตรงระหว่างตุลาการและคู่กรณีในระหว่างการไต่สวนได้⁶⁰

ดังนั้น ในทางปฏิบัติกระบวนการพิจารณาคดีชั่วคราวของกฎหมายฝรั่งเศส แสดงให้เห็นว่า ตุลาการผู้แถลงคดีไม่มีพันธะผูกพันที่จะต้องเข้าแทรกแซงคดีขอคุ้มครองชั่วคราว ทำให้ตุลาการคนเดียวตัดสินโดยปราศจากการแทรกแซงของตุลาการผู้แถลงคดี โดยอาศัยหลักการทั่วไปของกระบวนการทางปกครองที่มีลักษณะต้องโต้แย้งกัน ตุลาการคนเดียวจึงมีอำนาจในการส่งการพิจารณาคดีไปยังองค์คณะได้เสมอ⁶¹ สิ่งนี้อธิบายถึงความปรารถนาที่จะให้การตัดสินของตุลาการคนเดียวมีความยืดหยุ่นมากที่สุด⁶²

3.3 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้คำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครองไทย

ปัจจุบันระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁶³ ยอมรับให้มีการสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธได้⁶⁴ ซึ่งต่างจากเดิมที่สภาแห่งรัฐ (*Conseil d'État*) ไม่ยอมรับที่จะสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธ เนื่องจากเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ (*injonction*) ซึ่งโดยหลักแล้วไม่ใช่อำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบันได้ยอมรับอำนาจของศาลปกครองที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ เพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา (*mesure d'exécution*) ทั้งนี้ ตามมาตรา L. 911-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (*Code de justice administrative*)⁶⁵ นอกจากนี้ มาตรา L. 911-2 ประมวลกฎหมายเดียวกันยังกำหนดให้ศาลสามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใหม่ได้ หลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงใหม่แล้ว⁶⁶

จากการศึกษาพบว่า อำนาจของตุลาการคนเดียวในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ฉบับวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2543 และประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการ

⁶⁰ Anne Weber (เชิงอรรถ 53) 190-191.

⁶¹ Xavier Matharan, *Référé - sursis à exécution: Les procédures d'urgence devant le juge administratif* (La Lettre du Cadre Territorial 2000) 7.

⁶² Gabriel Eckert, 'Du sursis à exécution au référé-suspension' in Patrick Wachsmann (ed) *Le nouveau juge administratif des référés: Réflexion sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000* (PUS 2002) 125.

⁶³ อุทัยรัตน์ ปทุมานนท์, 'ศาลปกครองกับการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการควบคุมอาคารและผังเมือง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย' (2559) 1 วารสารวิชาการศาลปกครอง 51.

⁶⁴ มาตรา L. 521-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

⁶⁵ มาตรา L. 911-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

⁶⁶ มาตรา L. 911-2 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

ยุติธรรมทางปกครอง (CJA) ตุลาการอาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวใด ๆ ที่ตุลาการสามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย มาตรา L. 911-1 ตามประมวลกฎหมายดังกล่าว การที่ตุลาการจะกำหนดคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเหล่านี้ โดยปกติแล้วจะเป็นการตอบสนองต่อการสั่งให้ทุเลาคำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาจากเหตุผลของการทุเลาคำสั่งทางปกครองโดยถือเป็นการคุ้มครองชั่วคราวนั้น

จากการศึกษาพบว่า แนวคิดของ “คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนี้” แสดงให้เห็นว่าไม่อาจเทียบเท่ากับคำสั่งคุ้มครองที่เป็นผลมาจากการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ (*injonction*) เพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา (*mesure d'exécution*) โดยพิจารณาว่า “เป็นเพียงคำสั่งชั่วคราว” เท่านั้น⁶⁷ จึงไม่ขัดต่อหลักทฤษฎีการแยกอำนาจศาลกับฝ่ายปกครองแต่อย่างใด

จากการศึกษาพบว่า ตุลาการไทยยังคงพิจารณาเรื่องนี้อย่างเคร่งครัด ส่งผลให้ศาลปกครองไม่ใช้อำนาจในลักษณะเดียวกับระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับใช้คำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครอง

นอกจากนี้ ยังพบว่าระบบกฎหมายไทยต่างจากระบบของฝรั่งเศส ตรงที่ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้มีการทุเลาคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ⁶⁸ เนื่องจากพิจารณาว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามที่กล่าวมาข้างต้น หลักการนี้ระบุว่าผู้ตุลาการศาลปกครองไม่สามารถล่วงล้ำหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ พบว่าการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองปฏิเสธของไทย แบ่งออกได้เป็นสองกรณี ดังนี้

ประการแรก กรณีที่เป็นไปไม่ได้ที่จะมีคำสั่งให้ทุเลาคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ

ศาลปกครองเพชรบุรีปฏิเสธคำร้องขอทุเลาคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการยื่นขอใบอนุญาตทำการประมงพาณิชย์⁶⁹ ศาลปกครองสงขลาปฏิเสธคำร้องขอทุเลาคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการออกหนังสือรับรองเพื่อใช้ในการขออนุญาตใช้เรือประมง⁷⁰ ทั้งนี้ ในกรณีเหล่านี้ ผู้ยื่นคำขอทุเลาคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับใบอนุญาตต่าง ๆ ไม่เคยได้รับอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ เช่น การขอใบอนุญาตประกอบกิจการเรือประมง การขอใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือการขอใบอนุญาตประกอบกิจการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เป็นต้น

⁶⁷ มาตรา L. 511-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

⁶⁸ การทุเลาคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ คือ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ

⁶⁹ คำสั่งศาลปกครองเพชรบุรี หมายเลขแดงที่ 197/2563; ชาญพร พึ่งพุ่มแก้ว, ‘การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 132.

⁷⁰ คำสั่งศาลปกครองสงขลา หมายเลขแดงที่ 108/2560

กล่าวคือ เป็นครั้งแรกที่มีการยื่นขอใบอนุญาตและถูกปฏิเสธคำขอใบอนุญาต ไม่ได้เป็นคำสั่งปฏิเสธการต่ออายุใบอนุญาต ดังนั้น ตุลาการศาลปกครองไทยจึงไม่มีอำนาจออกคำสั่งให้ทุเลาและบังคับให้ออกใบอนุญาตชั่วคราวต่อฝ่ายปกครองได้ ระบบนี้ยังคงแตกต่างจากระบบใหม่ของฝรั่งเศส

ประการที่สอง กรณีที่เป็นไปได้ที่จะมีคำสั่งให้ทุเลาคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ

ตุลาการศาลปกครองไทยยอมรับการให้มีคำสั่งทุเลาที่ปฏิเสธคำขอต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างเนื่องจากคำสั่งให้ทุเลาคำสั่งดังกล่าวไม่ทำให้ไม่เสื่อมเสียต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ⁷¹ นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังย้ำว่าผู้ยื่นคำร้องมีสิทธิได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย เนื่องจากมีสิทธิได้รับใบอนุญาตก่อสร้างก่อนหมดอายุ การทุเลาคำสั่งที่ปฏิเสธคำขอต่ออายุลักษณะเป็นการทุเลาคำสั่งทางปกครองปฏิเสธในด้านหนึ่ง คำสั่งทางปกครองปฏิเสธดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิด “ความเสียหายที่ยากจะแก้ไข” และในอีกด้านหนึ่ง “เหตุที่ยกมานั้นมีเหตุผลอันสมควร” หากเป็นไปตามเงื่อนไขเหล่านี้ ศาลมีหน้าที่ต้องมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ พร้อมกับข้อบ่งชี้ถึงภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นต่อฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจใช้มาตรการใดๆ ที่เหมาะสมตามที่ตุลาการกำหนดเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งของศาล⁷² เช่น คำแนะนำโดยคำนึงถึงประเด็นข้อพิพาท เหตุที่ใช้และความเร่งด่วน

จากการศึกษาพบว่า การปฏิเสธอำนาจของศาลปกครองไทยนี้มีเหตุผลหลายประการ ในแง่หนึ่งการที่ศาลมีคำสั่งให้ทุเลาคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ หมายความว่า ศาลกำลังขอให้ฝ่ายปกครองดำเนินการบางอย่าง ซึ่งถูกมองว่าขัดต่อหลักการ “การแยกอำนาจศาลกับฝ่ายปกครอง” อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วถือว่าการทุเลาคำสั่งทางปกครองในประเทศไทยนั้น ยังคงแตกต่างกับระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งแนวคิดนี้ได้ถูกเปลี่ยนแปลงแล้ว โดยระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมองว่า คำสั่งทุเลาการบังคับคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ สามารถมีการบังคับฝ่ายปกครองเป็นการชั่วคราวได้ ไม่ถือว่าศาลปกครองได้เข้าแทรกอำนาจของฝ่ายปกครอง ตามหลักการที่ว่าคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง “มีผลเพียงชั่วคราว” จนกว่าจะมีคำพิพากษาเปลี่ยนแปลง⁷³ จึงไม่ขัดหลักการขัดต่อหลักการ การแยกอำนาจศาลกับฝ่ายปกครอง ในกรณีนี้ศาลต้องแจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบถึงภาระผูกพันชั่วคราวที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองปฏิเสธมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ คำสั่งบังคับที่มีผลตามมากับคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทาง

⁷¹ คำสั่งศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 1172/2548, คำสั่งศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 512/2547, คำสั่งศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 548/2547

⁷² ข้อ 125 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁷³ มาตรา L.511-1 ประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

ปกครองนี้ ไม่สามารถเทียบเท่ากับคำสั่งที่เป็นผลมาจากการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งในคดีหลัก

4. บทสรุป

ผลจากการศึกษาวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาของไทย ฝรั่งเศสและเยอรมัน เนื่องจากเป็นกลุ่มประเทศที่มีอิทธิพลทางแนวคิดต่อการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองไทย สามารถสรุปได้ ดังนี้

เรื่องการขู่ว่าการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง มีข้อแตกต่างประการสำคัญ คือ ในระบบกฎหมายไทย การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ไม่เป็นเหตุให้ขู่ว่าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ใกล้เคียงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่กำหนดให้ การขู่ว่าการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง แบ่งเป็นสองกรณี กล่าวคือ กรณีทั่วไปและการขู่ว่าการบังคับโดยอัตโนมัติ โดยใช้หลักการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่เป็นเหตุให้ขู่ว่าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การควบคุมอาคารและผังเมือง หรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมัน กำหนดให้การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น มีผลเป็นการขู่ว่าการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดไม่ให้มีการขู่ว่าการบังคับ โดยการซึ่งน้ำหนักกว่าจะให้มีการขู่ว่าการบังคับหรือไม่

อย่างไรก็ดี อำนาจในการพิจารณาวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครองไทย ในส่วนของการมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอขู่ว่าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ให้กระทำโดยมีองค์คณะ โดยมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี เว้นแต่กรณีเร่งด่วน แต่ในส่วนของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ให้กระทำโดยองค์คณะ โดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี ในประเด็นนี้ ประเทศไทยยังคงมีส่วนที่ต้องพิจารณาถึงอำนาจของตุลาการคนเดียวและบทบาทของตุลาการผู้แถลงคดีในวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครอง เนื่องจากในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน ที่ได้พัฒนาขยายอำนาจของตุลาการคนเดียว ในการมีคำสั่งในวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครองได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ตุลาการคนเดียวสามารถสั่งคดีเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้โดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี เช่น ในประเทศฝรั่งเศส คำแถลงการณ์จากตุลาการผู้แถลงคดีจะมีผลบังคับเฉพาะในกรณีที่เป็คดีที่ยุ่งยากซับซ้อน ที่ได้มีการส่งคดีดังกล่าวกลับไปยังองค์คณะเพื่อพิจารณาสั่งคดีเท่านั้น สิ่งนี้ถือเป็นการหลักประกันในการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีปกครอง ที่ไม่ได้ตัดขาดจากความเป็นองค์คณะ และบทบาทของตุลาการผู้แถลงคดีที่มีในคดีปกครอง

นอกจากนี้ ยังพบว่าวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพของไทย ยังคงมีความไม่ชัดเจนในการปรับใช้ กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าว อาจนำคดีมาร้องขอต่อศาลได้โดยอาศัยเหตุผลของการขอละเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง หรือการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ผู้ร้องได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ในขณะที่วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาทั้งสองกรณี ยังไม่มีกรอบเวลาที่ใช้สำหรับการพิจารณาคดีที่ชัดเจน แตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่กำหนดให้มีการขอละเลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพโดยตรงภายใน 48 ชั่วโมง

5. ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะ เป็นเพียงแนวทางสำหรับการพัฒนากฎหมายปกครองไทยให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ดังนี้

5.1 การขยายกลไกการขอละเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

จากบทบัญญัติในข้อ 69 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เราพบว่า สามารถแก้ไขเพิ่มเติมกรณีอนุญาตให้ขอละเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองได้โดยใช้บทบัญญัติพิเศษ หมายความว่า ในกรณีการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง จะมีผลเป็นการขอละเลคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัติ เมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษ ในคดีบางประเภทที่มีผลกระทบต่อความอ่อนไหวของสังคม อาทิเช่น คดีสิ่งแวดล้อม กรณีที่ไม่มีการทำประชาพิจารณ์ ไม่มีการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม หรือคดีเกี่ยวกับผังเมือง เป็นต้น นอกเหนือจากการขอละเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง โดยคำสั่งศาลปกครองไทยที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น

5.2 การผ่อนปรนเงื่อนไขสำหรับขอละเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

การเปลี่ยนแปลงรูปแบบเงื่อนไขสำหรับขอละเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองคดีใหม่ เพื่อยุติแนวปฏิบัติเดิม โดยยกเลิกเงื่อนไขที่กล่าวถึงเรื่อง “ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง” ซึ่งทำให้การพิจารณามีความเข้มงวดมาก โดยกำหนดเงื่อนไข “มีความฉุกเฉิน” แทนที่จะทำให้ศาลมีอำนาจในการปรับใช้ดุลพินิจที่ง่ายขึ้น อีกทั้งทำให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้รับความคุ้มครองมากขึ้น และยังคงช่วยรักษาสมดุลของผลประโยชน์สาธารณะที่สำคัญมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว

5.3 ขยายการให้ความคุ้มครองให้ชัดเจนเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพ

ควรมีการศึกษาในเชิงลึกถึงรูปแบบ วิธีการ ในการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพ เพื่อนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายปกครองไทยให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

5.4 ขยายอำนาจพิจารณาคำสั่งของตุลาการคนเดียว

จากการศึกษาพบว่า ตุลาการคนเดียวสามารถพิจารณาคำร้องบางอย่างจากคู่กรณีได้ เช่น คำร้องขอในคดีขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาประเภทต่าง ๆ แม้จะมีหลักประกันจากความเป็นองค์คณะตุลาการแบบดั้งเดิมอยู่แล้วก็ตาม กล่าวคือ “ตุลาการคนเดียว” อาจเป็นประธานศาลปกครองหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายจากประธานศาลปกครอง หรือตุลาการที่มีประสบการณ์ในระดับหนึ่ง เช่น มีประสบการณ์ในการพิจารณาแล้วอย่างน้อยสองปี สามารถเป็นผู้รับผิดชอบในบทบาทนี้ได้ ดังนั้น ตุลาการคนเดียว จึงไม่ใช่ผู้ที่ไม่มีความสามารถในการพิจารณาคดีปกครองแต่อย่างใด ในขณะเดียวกันการขยายอำนาจของตุลาการคนเดียวในลักษณะนี้ ถือเป็นการส่งเสริมและเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล นอกจากนี้ ยังช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาทำได้รวดเร็วมากยิ่งขึ้น

รายการอ้างอิง

- ฉันทพร พึ่งพุ่มแก้ว, ‘การทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).
- นฤมล ชนะรัตน์, ‘การทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน: ศึกษากรณีคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม’ (2565) 1 วารสารวิชาการศาลปกครอง 104.
- ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์, ‘ศาลปกครองกับการทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการควบคุม อาคารและผังเมือง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย’ (2559) 1 วารสารวิชาการศาลปกครอง 51.
- Anne Weber, ‘Le juge administratif unique, nécessaire à l’efficacité de la justice ?’ (2008) 1 RFAP 179.
- B Peter, *Spécificités au regard du droit français des procédures d’urgence en droit allemand* (RDP 1994).
- Benjamin Huglo and Madeleine Babes, *Guide pratique des référés administratifs* (Berger-Levrault 2021).
- Bernard Pacteau, *Manuel de contentieux administratif* (3 éd, PUF 2014).
- C Laviolle, *L’évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français* (LGDJ 1974).
- G Porcell, ‘Le sursis à exécution au cœur du débat’ (1984) AJDA 149.
- Gabriel Eckert, ‘Du sursis à exécution au référé-suspension’ in Patrick Wachsmann (ed) *Le nouveau juge administratif des référés: Réflexion sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000* (PUS 2002).
- Geneviève Gondouin, ‘L’oralité dans la procédure de référé’ in Zéhina Ait-El-Kadi and Erwan Royer (eds), *Réforme du référé administratif: 20 ans après* (1 éd, Dalloz 2020).
- Jean-Claude Béguin, ‘L’effet suspensif des recours en annulation en droit administratif allemand’ (1973) 4 IRAS 398.
- Jean-Marc Février, ‘Remarques sur la procédure du sursis à exécution (L’exemple du contentieux de l’urbanisme)’ (1998) 1 Droit et Ville 7.
- René Chapus, *Droit du contentieux administratif* (6 éd, Montchrestien 1996).

Sénat, 'Le référé administratif: Étude de législation comparée n° 45 - octobre 1998' (Sénat, octobre 1998) <<https://www.senat.fr/lc/lc45/lc45.html>> สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2568.
Xavier Matharan, Référé - sursis à exécution: Les procédures d'urgence devant le juge administratif (2000) 1 (La Lettre du Cadre Territorial 2000)

ข้อจำกัดทางกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการชี้แนะว่า
ด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนในกรณีการลงทุนข้ามพรมแดน
ของประเทศไทย*

Legal Limitations of Thailand in Implementing the UN Guiding Principles on
Business and Human Rights in Thailand Cross-Border Investment Cases

นฤดล พิมพันธ์**

นักศึกษาปริญญาโทสาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

อีเมล: Naruedon.phil@dome.tu.ac.th

Naruedon Phimnon

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

2 Phra Chan Alley, Phra Borom Maha Ratchawang, Phra Nakhon, Bangkok 10200

Email: Naruedon.phil@dome.tu.ac.th

วันที่รับบทความ 13 พฤศจิกายน 2568; วันที่แก้ไขบทความ 17 กุมภาพันธ์ 2569 ;

วันที่ตอบรับบทความ 18 กุมภาพันธ์ 2569

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง “ปัญหาการปรับใช้มาตรฐานทางกฎหมายว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน : ศึกษากรณีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจากการลงทุนข้ามพรมแดนของประเทศไทย” โดยมีศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, อีเมลติดต่อ Naruedon.phil@dome.tu.ac.th

บทคัดย่อ

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs) เป็นหลักการทางกฎหมายที่มุ่งกำหนดความรับผิดชอบของรัฐและภาคธุรกิจในการคุ้มครอง การเคารพ การเยียวยา จากการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากกิจกรรมของภาคธุรกิจ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรง (Soft Law) ส่งผลให้การนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัติโดยรัฐผู้รับรองหลักการ โดยเฉพาะประเทศไทยยังคงเผชิญข้อจำกัดทางกฎหมายในหลายประการ

บทความนี้มุ่งศึกษาข้อจำกัดของระบบกฎหมายไทยในการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนต่อการถือการลงทุนข้ามพรมแดนของบริษัทข้ามชาติ โดยอาศัยการวิเคราะห์บทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งศึกษากรณีจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลและความรับผิดชอบของบริษัทข้ามชาติ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า กฎหมายของประเทศไทยยังไม่สามารถรองรับการขยายเขตอำนาจศาลนอกดินแดน (Extraterritorial Jurisdiction) เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการลงทุนข้ามพรมแดนได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังขาดกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหน้าที่ในการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน (Human Rights Due Diligence) สำหรับภาคธุรกิจอย่างมีประสิทธิภาพทางกฎหมาย โดยเสนอให้ประเทศไทยตรากฎหมายเฉพาะว่าด้วยการดำเนินธุรกิจและสิทธิมนุษยชน เพื่อจัดตั้งกลไกการกำกับดูแล ความรับผิดชอบ และการเยียวยาที่มีผลบังคับตามมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนสากล

คำสำคัญ: ข้อจำกัดทางกฎหมาย, ธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน, การลงทุนข้ามพรมแดน, บริษัทข้ามชาติ, การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2569)

Abstract

The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) establish a legal framework defining the responsibilities of states and business enterprises to protect, respect, and remedy human rights violations arising from business activities. However, as non-binding international soft law, their implementation by states particularly Thailand continues to face significant legal constraints.

This article examines the limitations of the Thai legal system in implementing the UNGPs in the context of cross-border investments by multinational corporations. The analysis focuses on relevant domestic legislation, including the Conflict of Laws Act B.E. 2481, the Foreign Business Act B.E. 2542, and the Civil and Commercial Code, alongside selected foreign court decisions concerning jurisdiction and corporate liability. The study finds that Thai law remains ill-equipped to exercise effective extraterritorial jurisdiction and lacks binding legislation on mandatory human rights due diligence. Accordingly, the article proposes the enactment of specific legislation on business and human rights to establish enforceable mechanisms for regulation, accountability, and remedies in line with international human rights standards

Keywords: Legal Limitations, Business and Human Rights, Cross-Border Investment, Transnational Corporations (TNCs), Human Rights Due Diligence

1. บทนำ

การลงทุนข้ามพรมแดน (Cross-border Investment) มีบทบาทในการพัฒนาทางโครงสร้างพื้นฐานของภูมิภาคอาเซียน ผ่านการก่อตั้งบริษัทข้ามชาติ หรือนิติบุคคลข้ามชาติ (Transnational Corporation: TNCs)¹ ซึ่งการลงทุนระหว่างประเทศมักเป็นการลงทุนที่ไม่คำนึงถึงผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชน มักก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนทั้งทางตรงและทางอ้อม เช่น แรงงานบังคับการเลือกปฏิบัติ หรือปัญหาสิทธิชุมชนและสิ่งแวดล้อมในรัฐผู้รับการลงทุน² จากปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นจากการลงทุนข้ามพรมแดนจากบริษัทข้ามชาติ สังคมระหว่างประเทศจึงมีความต้องการให้บริษัทข้ามชาติดำเนินธุรกิจที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้น ประกอบกับการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนผ่านสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งรัฐมีพันธกรณีอยู่แล้ว³ และการกำหนดหลักการทางกฎหมายที่สำคัญอย่าง หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (UN Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs) โดยกำหนดหลักการที่สำคัญ 3 เสาหลักที่สำคัญ ได้แก่ หลักการคุ้มครอง (Protect) หลักการเคารพ (Respect) และหลักการเยียวยา (Remedy)⁴ โดยเป็นการกำหนดหน้าที่ของรัฐ และภาคธุรกิจในการดำเนินกิจกรรมให้คำนึงถึงผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน

สำหรับประเทศไทย ในประเด็นการลงทุนระหว่างประเทศผ่านบริษัทข้ามชาติในหลายประเทศช่วงหลายสิบปีที่ผ่านมา ทั้งการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน การให้สินเชื่อระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนในกลุ่มประเทศ CLMV (กัมพูชา ลาว เมียนมา และเวียดนาม) จนก่อให้เกิดผลกระทบทางสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ เช่น ผลกระทบทางที่เกิดขึ้นจากโครงการผลิตไฟฟ้าในประเทศลาวที่ประชาชนได้รับผลกระทบจากการสร้างเขื่อนพลังงานน้ำในหลายโครงการ⁵ โครงการร่วมทุนเพื่อพัฒนา

¹ UNCTAD, Development and Globalization, UNCTAD/GDS/CSIR/2004/1 UNITED NATIONS PUBLICATION Sales No. E.04.II.D.16, 48

² UN High Commissioner for Human Rights, 'Corporations and Human Rights: A Survey of the Scope and Patterns of Alleged Corporate-Related Human Rights Abuse' (23 May 2008) UN Doc A/HRC/8/5/Add. 2; The Amoral of Profit: Transnational Corporations and Human Rights', 20 Berkeley Journal of International Law (2002) 45, 46.

³ พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐ (State Obligations) ภายใต้ตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศประกอบด้วยหน้าที่ 3 ระดับ คือ (1) พันธกรณีในการเคารพ (Obligation to respect) (2) พันธกรณีในการคุ้มครอง (Obligation to protect) (3) พันธกรณีในการทำให้บรรลุผล (Obligation to fulfill) ซึ่งครอบคลุมทั้งสิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ตลอดจนการจัดให้มีกลไกการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพเมื่อเกิดการละเมิดสิทธิ

⁴ John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, Introduction to the Guiding Principles UN Doc A/HRC/17/31

⁵ คณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, รายงานการติดตามการลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ : ผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อม และการละเมิดสิทธิมนุษยชน (Volume 2) (กรุงเทพมหานคร : คณะทำงานติดตามการลงทุน

โครงการเศรษฐกิจในเมียนมา⁶ หรือโครงการสัมปทานในประเทศกัมพูชา⁷ ที่สุดแล้วประเทศไทยได้มีการรับรองหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน และได้จัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human Rights: NAP) ระยะที่ 1 พ.ศ. 2562 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของปัญหาผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนจากการลงทุนข้ามพรมแดนของประเทศ

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันแผนปฏิบัติการระดับชาติด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนกำลังดำเนินอยู่ในระยะที่ 2 เกี่ยวกับการจัดการปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนและการพัฒนาหลักการทางกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยยังคงเผชิญกับช่องว่างแห่งการรับผิดชอบ (Accountability Gap) ในการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยโครงสร้างทางกฎหมายในปัจจุบัน⁸ โดยบทความนี้มุ่งศึกษาข้อจำกัดทางกฎหมายในการปรับใช้หลักการชี้แนะในบริบทของการลงทุนข้ามพรมแดนของประเทศไทย ได้แก่ (1) ข้อจำกัดด้านสถานะทางกฎหมายของหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะการปรับใช้กับธุรกิจไทยในต่างประเทศ (2) ข้อจำกัดด้านสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลจากกระบวนการจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายและความซับซ้อนของโครงสร้างบริษัทข้ามชาติในห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chains) และ (3) ข้อจำกัดด้านการประกันสิทธิทางกฎหมายในกระบวนการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ

2. แนวความคิดการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา: รากฐานของข้อจำกัดทางกฎหมายในการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนในการนิรโทษกรรมข้ามพรมแดนของประเทศไทย

จากแนวคิดพื้นฐานทางสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ในกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง สิทธิที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติที่ทุกคนนั้นมีมาแต่กำเนิดและเท่าเทียมกัน ซึ่งไม่จำกัดว่าจะมีเผ่าพันธุ์ เพศ สัญชาติ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา หรือสถานภาพอื่น ซึ่งสิทธิมนุษยชนยังรวมถึงสิทธิที่จะมีชีวิตและเสรีภาพ ทั้งการมีอิสระจากการตกเป็นทาสและการถูกทรมาน รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับการศึกษาและการทำงาน อันสิทธิเหล่านั้นไม่อาจถูก

ข้ามพรมแดน, 2566) ตามรายงานผลกระทบจากการสร้างเขื่อนพลังน้ำในลาว เช่น ปัญหาผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในเหตุการณ์โศกนาฏกรรมเขื่อนเซเปียน-เซินน้อยแตก เกิดขึ้น มีผู้เสียชีวิตมากกว่า 26 ราย และสูญหาย 131 ราย ตลอดจนผู้ได้รับผลกระทบมากถึง 6,631 คน นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบทั้งในประเทศลาวและประเทศเพื่อนบ้าน

⁶ เพิ่งอ้าง, ตามรายงานผลกระทบในโครงการพัฒนาเศรษฐกิจในเมียนมาร์ เช่น ผลกระทบจากการยึดที่ดิน บังคับไล่ออกจากบ้านเรือนของประชาชนตามแนวของการส่งท่อก๊าซ การบังคับใช้แรงงานของคนในพื้นที่ ของโครงการขุดเจาะก๊าซธรรมชาติและท่อส่งก๊าซในอ่าวมะตะมะ บริษัทไทยได้ลงทุนและร่วมทุนในกลุ่มบริษัทพลังงาน ผ่านกระบวนการถือหุ้นในสัดส่วนที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเข้าเป็นเจ้าของกิจการ

⁷ เพิ่งอ้าง, ตามรายงานผลกระทบในโครงการสัมปทานในการปลูกอ้อย และการตั้งโรงงานน้ำตาลในประเทศกัมพูชา เช่น การบังคับไล่ออกจากบ้านเรือนของประชาชนในพื้นที่กว่า 254 หลังคาเรือน โดยเกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ผู้รับการลงทุน) หรือการจับกุมดำเนินคดีกับประชาชนผู้คัดค้านโครงการมากถึง 2 ปี

⁸ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพร่วมกับสถาบันพัฒนาบริหารศาสตร์, แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ระยะที่ 2 (พ.ศ. 2566-2570) 138-143.

พรากไปและปราศจากการเลือกปฏิบัติ⁹ ทั้งยังเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐและตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰

ซึ่งใน ปี ค.ศ. 2011 ได้มีการออกเอกสารฉบับหนึ่งที่ถูกรับรองโดยองค์การสหประชาชาติซึ่งเรียกว่า “หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน” หากเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้นองค์กรธุรกิจต้องมีความรับผิดชอบกับกิจกรรมใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบ และรัฐต้องก่อให้เกิดการเยียวยาเมื่อเกิดการละเมิดสิทธิจากองค์กรธุรกิจ ซึ่งการเคารพสิทธิมนุษยชนของบริษัทนั้นมีความหมายรวมไปถึงหลักสิทธิมนุษยชนในขั้นพื้นฐานที่ถูกระบุไว้ในตราสารระหว่างประเทศ¹¹ โดยหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนแบ่งออกเป็น 3 เสาหลักได้แก่

2.1 เสาหลักที่ 1 การคุ้มครอง (Protect)

หลักแห่งการคุ้มครองตามหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Duty to Protect) ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศภายในเขตอำนาจของตน โดยรัฐต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งทางกฎหมาย นโยบาย และการบังคับใช้ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลหรือภาคธุรกิจละเมิดสิทธิมนุษยชน และเพื่อให้การคุ้มครองดังกล่าวมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ¹² โดยที่รัฐต้องดำเนินการผ่านขั้นตอนที่เหมาะสมในการป้องกัน การสืบสวน และการสอบสวนการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมถึงการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยอาศัยการกำหนดและบังคับใช้นโยบาย กฎหมาย และข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง ควบคู่กับการใช้กระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ¹³

ทั้งนี้ แนวคิดของเสาหลักที่ 1 การคุ้มครอง เป็นแนวคิดที่กำหนดความรับผิดชอบของรัฐไว้โดยตรงที่พันธกรณีผูกพันโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกรณีภาคธุรกิจที่มีอยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน หรือภายใต้หลักแห่งดินแดนของตน เพียงแต่ว่ารัฐอาจละเมิดพันธกรณีในด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน เมื่อรัฐไม่สามารถกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ หรือล้มเหลวในการดำเนินการสอบสวน ลงโทษ ทั้งการจัดให้มีการเยียวยาที่เหมาะสมและการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้น

⁹ Office of the High Commissioner for Human Rights, HUMAN RIGHTS: A Basic Handbook for UN Staff, (Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations, 2016), 2; คำนิยามปรากฏในเอกสารสำคัญเช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)

¹⁰ Institute of Research and Development for Public Enterprises, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่องพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของประชาคมอาเซียน 2559, แนวความคิดสิทธิมนุษยชน, 10.

¹¹ วรชัย จินดากุล, ‘การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน กรณีศึกษาแรงงานเคลื่อนย้ายถิ่นฐานในอุตสาหกรรมก่อสร้างในจังหวัดสงขลา’, ปีที่ 48 ฉบับที่ 3 (2562) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 562

¹² U.N. Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework; UN Guiding Principles on Business and Human Rights art 2.

¹³ เฟิงอ้าง.

ทั้งทางตรงและทางอ้อม¹⁴ เช่น กรณีที่รัฐมีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทข้ามชาติ หรือเป็นตัวแทนองค์กรธุรกิจที่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน

2.2 เสาหลักที่ 2 การเคารพ (Respect)

รัฐและองค์กรธุรกิจนั้นต้องให้ความเคารพและมีความรับผิดชอบต่อสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน¹⁵ แนวคิดนี้มุ่งหมายถึงความรับผิดชอบขององค์กรธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ องค์กรธุรกิจไม่ควรร่วมก่อให้เกิดการละเมิด การสนับสนุน หรือแม้แต่การมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน ซึ่งองค์กรธุรกิจจะต้องมีความพยายามที่ลดหรือป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยที่ธุรกิจของตนนั้นจะไม่ได้มีส่วนที่ทำให้เกิดผลกระทบโดยตรงก็ตาม¹⁶ อีกทั้งหลักการเคารพอาศัยความสัมพันธ์ทางธุรกิจ (Business relationship) โดยครอบคลุมไปยังความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากหุ้นส่วนในองค์กรหรือธุรกิจที่เป็นห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) ทั้งที่เป็นหน่วยงานของรัฐหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ รวมไปถึงหน่วยงานองค์กรธุรกิจอื่นๆ ที่มีความสัมพันธ์ในมิติที่เชื่อมโยงกันในผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการขององค์กรธุรกิจโดยผ่านกลไกของการเฝ้าระวังและการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน (Human Rights Due Diligence)¹⁷

โดยสาระสำคัญ เสาหลักที่ 2 การเคารพ (Respect) เป็นการนำบรรทัดฐานทางสังคม (norm) ที่ถูกรับยอมรับในทางระหว่างประเทศมาปรับใช้¹⁸ เพื่อความคาดหวังให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ และบรรทัดฐานนี้อาจถูกบังคับใช้ด้วยมาตรการคว่ำบาตรทางธุรกิจหรือทางสังคมในหลายวิธี เพื่อบังคับให้บริษัทปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำทางสิทธิมนุษยชน¹⁹

2.3 เสาหลักที่ 3 การเยียวยา (Remedy)

แนวคิดหลักการเยียวยาภายใต้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน กำหนดให้รัฐและองค์กรธุรกิจมีหน้าที่ในการประกันว่าหากเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาผ่านกลไกในทางกฎหมายทั้งในทางศาล (Judicial mechanisms) และทางอื่นที่ไม่ใช่ทางศาลไว้ (Non-Judicial mechanisms) โดยรัฐต้องมีหน้าที่ในการเยียวยากระบวนการในทางศาลอย่างเป็นระบบ ทั้งกระบวนการ

¹⁴ Peter T. Muchlinski, *Advance introduction to Business and Human Rights* (1st edition, Edward Elgar Publishing Limited 2022), 76-78

¹⁵ เพิ่งอ้าง.

¹⁶ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 19.

¹⁷ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 17.

¹⁸ Peter T. Muchlinski, (เชิงอรรถ 14) 53-56.

¹⁹ พิชัยศักดิ์ หริยางกูร, *หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน: ตามกรอบงานขององค์กรสหประชาชาติในการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา* พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ) 35.

ยุติธรรม หรือการบังคับให้خذใช้ในการเยียวยา²⁰ เมื่อเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้นรัฐและองค์กรธุรกิจมีหน้าที่ทำให้เกิดการเยียวยาอย่างเหมาะสม ตลอดจนการเยียวยาในกระบวนการยุติธรรม ทั้งรูปแบบวิธีและกระบวนการ²¹ เช่น ในกรณีที่ต้องพิจารณาถึงภาระว่าก่อให้เกิดหรือมีส่วนร่วมในการละเมิดสิทธิมนุษยชน องค์กรธุรกิจเหล่านั้นควรจัดให้มีหรือร่วมมือในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยใช้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย²² หรือในกรณีที่รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองไม่ให้องค์กรธุรกิจละเมิดสิทธิมนุษยชน รัฐต้องใช้ขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อประกันว่าผู้ได้รับผลกระทบต้องมีช่องทางที่สามารถเข้าถึงการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ โดยอาศัยวิธีการทางศาลและกระบวนการยุติธรรม การบริหาร นิติบัญญัติ หรือวิธีการที่เหมาะสมอื่น ๆ เพื่อดำเนินการเมื่อเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนภายในดินแดนหรืออำนาจของรัฐ²³ รวมไปถึงการที่รัฐควรใช้ขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อประกันประสิทธิภาพของกลไกยุติธรรมในประเทศ ในการดูแลสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ รวมทั้งพิจารณาวิธีการลดอุปสรรคทางกฎหมาย ในทางปฏิบัติ และอุปสรรคอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจนำไปสู่การปฏิเสธการเข้าถึงการเยียวยา”²⁴

อย่างไรก็ตาม หลักการเยียวยาในหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ทำให้เกิดการเรียกร้องไปยังกลุ่มขององค์กรธุรกิจต้องจัดให้มีช่องทางการเยียวยาในรูปแบบของการร้องเรียนหรือการเยียวยา ผ่านองค์กรที่เกิดขึ้นจากการรวมกลุ่มทางธุรกิจ หรือด้วยตัวขององค์กรธุรกิจเอง²⁵ ซึ่งการเยียวยาควรเกิดขึ้นด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเพื่อเป็นการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้อย่างแท้จริง โดยเป็นสิ่งสำคัญต่อผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน²⁶

²⁰ เฟ็งอ้าง, 56-59.

²¹ UN Guiding Principles on Business and Human Rights art 30; ICESCR Committee, General Comment 24, para 49.

²² UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 22

²³ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 25

²⁴ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 26

“States should take appropriate steps to ensure the effectiveness of domestic judicial mechanisms when addressing business-related human rights abuses, including considering ways to reduce legal, practical and other relevant barriers that could lead to a denial of access to remedy.”

ทั้งนี้ เป็นคำแปลอย่างเป็นทางการ

²⁵ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 30

²⁶ European Court of Human Rights, JUDGMENT AIREY v. IRELAND, 9 October 1979, 6289/73, p.33

3. การลงทุนข้ามพรมแดนของประเทศไทย และผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน

3.1 ความหมายของการลงทุนข้ามพรมแดน

การลงทุนข้ามพรมแดน (Cross-border Investment) หรือการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment) หมายถึง การเคลื่อนย้ายเงินทุนข้ามพรมแดนของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งความหมายดังกล่าวครอบคลุมรูปแบบ ทั้งการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ (Foreign Direct Investment: FDI) หรือการลงทุนในลักษณะอื่น²⁷ อีกทั้ง ความหมายของการลงทุนข้ามพรมแดนถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้การลงทุนระหว่างประเทศ โดยหมายถึงการลงทุนที่ผู้ลงทุนมีอำนาจควบคุมหรือมีส่วนสำคัญในการจัดการกิจการในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีถิ่นฐานอยู่ในอีกระบบเศรษฐกิจหนึ่ง จากการควบคุมหรือมีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อการจัดการบริษัทที่อยู่ในอีกระบบของเศรษฐกิจหนึ่ง²⁸ และต้องเป็นการลงทุนข้ามรัฐระหว่างระบบเศรษฐกิจซึ่งมีถิ่นฐานในต่างประเทศนอกเหนือที่เกิดขึ้นภายในรัฐของนักลงทุน โดยที่ถือหุ้นในกิจการโดยตรงตั้งแต่ร้อยละ 10 ขึ้นไป

นอกจากนี้ การลงทุนข้ามพรมแดนมักดำเนินการในรูปแบบของการจัดตั้งบริษัทข้ามชาติ ที่สามารถจัดตั้งในได้หลายประเภท²⁹ เช่น การเป็นเจ้าของบริษัทลูก หรือการมีบริษัทลูกในต่างประเทศ (wholly-owned subsidiary)³⁰ หรือการร่วมทุน (Joint venture)³¹ โดยการลงทุนข้ามพรมแดนโดยการจัดตั้งบริษัท

²⁷ OECD, *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* (4th ed. 2008), 17.

“a category of cross-border investment made by a resident in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The motivation of the direct investor is a strategic long-term relationship with the direct investment enterprise to ensure a significant degree of influence by the direct investor in the management of the direct investment enterprise.,

²⁸ นานิรินทร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ*, (พิมพ์ครั้งที่ 1, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 7.

²⁹ United Nation, ‘Multinational Corporation in world development, Concept and Dimension “definition”’ (1973) ST/ECA/190, 4-10; Alex Newton, *The Business of Human Rights: Best Practice and the UN Guiding Principles*, (Routledge) 14-15.

³⁰ การเป็นเจ้าของบริษัทลูก หรือว่าการมีบริษัทลูกในต่างประเทศ (wholly-owned subsidiary) หมายถึง บริษัทซึ่งเป็นเจ้าของบริษัทในต่างประเทศ โดยการเป็นเจ้าของบริษัทลูกเช่นสามารถทำได้หลายรูปแบบแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นกรณีการสร้างหรือตั้งโรงงานนั้นขึ้นมาใหม่ การเข้าซื้อบริษัทท้องถิ่นที่ดำเนินธุรกิจอยู่แล้ว หรือการเข้าซื้อกิจการของตัวแทนจำหน่าย ซึ่งได้ครอบครองซึ่งเครือข่ายไปในตัวและความสามารถควบคุมกิจการและบริหารงานของบริษัทนั้นๆได้

³¹ การร่วมทุน (Joint venture) หมายถึง การรวมตัวของบริษัทตั้งแต่ 2 กิจการขึ้นไปเพื่อที่จะดำเนินธุรกรรมร่วมกัน และร่วมกันปันผลประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นการรวมตัวของบริษัทในต่างประเทศและบริษัทในประเทศที่มีถิ่นตั้งอยู่ การรวมตัวของบริษัทต่างประเทศสองบริษัท เพื่อดำเนินธุรกรรมในอีกประเทศหนึ่ง

หรือนิติบุคคลในประเทศที่แหล่งทุนต้องการผลิตทั้งจากสินค้าและบริการเพื่อทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำที่สุดเพื่อ บรรลุถึงกำไรที่คาดหวังจากการลงทุนในแหล่งการผลิตนั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเป็นการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศ แต่การลงทุนข้ามพรมแดนจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบทางสิทธิมนุษยชนเพื่อ เป้าหมายของความยั่งยืน โดยผลกระทบดังกล่าวเกิดขึ้นในการลงทุนที่เกิดอย่างมีนัยสำคัญ มักเกิดขึ้นกับการ ลงทุนในรูปแบบการจัดตั้งบริษัทข้ามชาติ (Transnational Corporation) ซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดผลกระทบอย่าง รุนแรงต่อปัจเจกบุคคลและในชุมชนท้องถิ่น เช่น การไม่ปฏิบัติตามสิทธิแรงงานจากการจ่ายค่าตอบแทนไม่เป็น ธรรม การไม่จัดให้มีสภาพการทำงานที่มีความปลอดภัย การห้ามรวมกลุ่มเพื่อเจรจาต่อรอง และการถูกบังคับ ให้โยกย้ายถิ่นฐานโดยไม่สมัครใจ³² และการดำเนินธุรกิจของบริษัทข้ามชาติ ซึ่งมีศักยภาพทางเศรษฐกิจเป็น อย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อบริษัทเข้าไปยังลงทุนในประเทศที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจไม่มากนัก ในบางครั้งอาจ มีอิทธิพลทางการเมืองต่อรัฐ ทำให้บริษัทข้ามชาติเหล่านี้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการ ลงทุน ในทางกลับกันการลงทุนของบริษัทอาจนำมาซึ่งผลกระทบทางสิทธิมนุษยชนได้เช่นกัน หากการดำเนิน ธุรกิจในภูมิภาคมีการกำกับดูแล

3.2 ผลกระทบต่อสิทธิแรงงาน

เมื่อบริษัทข้ามชาติมุ่งแสวงหาประสิทธิภาพในการผลิต มักเคลื่อนย้ายฐานทุนไปยังประเทศที่มี มาตรการคุ้มครองแรงงานไม่เข้มงวดหรือมีต้นทุนแรงงานต่ำกว่ามาตรฐาน ซึ่งส่งผลให้เกิดการละเมิดสิทธิ แรงงานในหลายมิติ เช่น การจ้างงานที่ไม่เป็นธรรม โดยการกำหนดค่าจ้างต่ำกว่ามาตรฐาน การไม่จ่ายค่า ล่วงเวลา การลดสวัสดิการ หรือการตั้งเป้าหมายการผลิตที่สูงเกินศักยภาพ³³ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิแรงงาน ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ที่รับรองสิทธิในการทำงานภายใต้ สภาพที่เป็นธรรมและเอื้ออำนวยต่อการดำรงชีวิตที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³⁴

³² เฉลิมศรี ประเสริฐศรี, กลุ่มจับตาการลงทุนข้ามพรมแดนในภูมิภาค (Cross-border Investment Watch), ‘เงื่อนไขขบขู่: เมื่อการลงทุนไทยสร้างผลกระทบต่อชีวิตผู้คนและสิ่งแวดล้อมแม่น้ำโขง’, โครงการเสริมสร้างความเข้มแข็งให้ ภาวประชาสังคมไทยในการจับตาการลงทุนข้ามพรมแดน (CRC), (มูลนิธิศูนย์ข้อมูลชุมชน, 5 สิงหาคม 2564) <<https://crcthai.org/archives/4352>> สืบค้นเมื่อ 4 มีนาคม 2568; อีริช สันเจริญกิจ, “ทนาย: การลงทุนที่ไร้จริยธรรม ของนักลงทุนไทยในเมียนมา,” (Fair Finance Thailand, 2564 <<https://fairfinancethailand.org/article/2021/dawei-teerachai-sanjaroenkij>> สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2568; ประชาไท, สถานการณ์ชายแดนไทย-เมียนมาเปลี่ยน คกก. ปฏิรูป การโยกย้ายถิ่นฐานฯ ชี้แก๊งอาชญากรรมเฟื่อง-ชี้ไทยต้องเตรียมรับมือผู้อพยพ,” (ประชาไท, 21 มีนาคม 2567) <<https://prachatai.com/journal/2024/03/108515>> สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2568

³³ Barbara A. Frey, The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protection of International Human Rights, 6 MINN. J. GLOBAL TRADE 153 (1997). at 155.

³⁴ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art 7

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:

อีกทั้ง ยังมีการปฏิเสธสิทธิในการรวมตัวและเจรจาต่อรอง โดยบริษัทข้ามชาติบางแห่งใช้วิธีข่มขู่คุกคาม หรือเลิกจ้างเพื่อขัดขวางการจัดตั้งสหภาพแรงงาน เช่น ในอุตสาหกรรมเสื้อผ้าเอเชียใต้ที่แบรนด์แฟชั่นระดับโลกใช้สหภาพเออร์กดันคนงานผ่านการขู่ปิดโรงงานหรือฟ้องร้อง ส่งผลให้แรงงานถูกตัดสิทธิในการปกป้องผลประโยชน์ของตนเองซึ่งขัดต่ออนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO No. 87 และ 98) และทำให้แรงงานตกอยู่ในสถานะเปราะบางต่อการเอารัดเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ อีกทั้งการใช้แรงงานบังคับและแรงงานเด็ก โดยพบทั้งการกักเอกสารสำคัญ การผูกมัดหนี้ (debt bondage) การบังคับทำงานโดยไม่สมัครใจ และการใช้แรงงานในสภาพอันตราย³⁵ เช่น ในเหมืองโคบอลต์แอฟริกาที่เด็กอายุต่ำกว่า 14 ทำงานหนักในเหมือง³⁶ ซึ่งการละเมิดนี้ไม่เพียงลดทอนเสรีภาพขั้นพื้นฐาน แต่ยังทำลายโอกาสทางการศึกษาและการพัฒนาของเด็กอย่างถาวรยังมีปัญหาสภาพการทำงานที่ไม่ปลอดภัย และอีกตัวอย่างชัดเจนคือ โศกนาฏกรรม Rana Plaza ในบังกลาเทศ ค.ศ. 2013 ที่อาคารถล่มจนมีผู้เสียชีวิตกว่าพันคน เหตุการณ์ดังกล่าวสะท้อนการละเลยหน้าที่ของบริษัทในการคุ้มครองสิทธิแรงงานต่อสภาพการทำงานที่ปลอดภัยมั่นคง³⁷

3.3 ผลกระทบต่อสิทธิชุมชนและสิ่งแวดล้อม

ด้านผลกระทบต่อสิทธิทางสิ่งแวดล้อมจากการลงทุนของบริษัทข้ามชาติมักปรากฏในหลายรูปแบบที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในสุขภาพและสิทธิชุมชน เช่น โครงการพลังงาน การขุดเจาะน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ หรือแร่

(a) Remuneration which provides all workers, as a minimum, with:

(i) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work.

(ii) A decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant.

(b) Safe and healthy working conditions.

(c) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence.

(d) Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays

³⁵ Winrock International, *Cambodia–Thailand Seasonal Migration Research*, (USAID Asia Counter Trafficking in Persons Project 2023), 33-34.

³⁶ Amnesty International. *This is what we die for: Human rights abuses in the Democratic Republic of the Congo power the global trade in cobalt*. (2016). 28.

³⁷ Foreign & Commonwealth Office and Department for International Development. Case study The Rana Plaza disaster. (2014) <<https://www.gov.uk/government/case-studies/the-rana-plaza-disaster#:~:text=Human%20rights%20internationally-,Case%20study,address%20key%20human%20rights%20risks.>> สืบค้นเมื่อ 5 สิงหาคม 2568

ชนิดต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดการปนเปื้อนของสารพิษในสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ³⁸ หรือกรณีของการใช้ทรัพยากรเกินขอบเขตที่รัฐผู้รับการลงทุนรับรอง โดยเฉพาะเมื่อบริษัทตั้งฐานการผลิตซึ่งเป็นต้นน้ำของห่วงโซ่อุปทาน ส่งผลให้เกิดการใช้ทรัพยากรจำนวนมาก เช่น การทำเหมืองที่ทำลายป่าไม้ หรือการใช้น้ำและพลังงานอย่างไม่สมดุล อันนำไปสู่การสูญเสียสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการเข้าถึงทรัพยากรตามวิถีชีวิตดั้งเดิม³⁹

อีกทั้ง การลงทุนข้ามพรมแดนยังอาจก่อให้เกิดภัยพิบัติทางสิ่งแวดล้อมจากโครงการขนาดใหญ่ เช่น เหมืองเปิดหรือโรงงานอุตสาหกรรมหนัก ซึ่งสร้างความเสียหายแก่ระบบนิเวศและละเมิดทั้งสิทธิด้านสุขภาพของประชาชนและข้อกำหนดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ⁴⁰ อีกทั้งยังปรากฏปัญหาเชิงกระบวนการ เนื่องจากรัฐผู้รับการลงทุนบางแห่งไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ขาดการจัดทำรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment: EIA) และขาดการเปิดเผยข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม (Lack of Environmental Transparency) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของการคุ้มครองสิทธิทางสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง⁴¹

4. ข้อจำกัดการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน

ตามหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน เป็นลักษณะทางกฎหมายที่มีผลบังคับอย่างอ่อน (Soft Law หรือ Lex Ferenda) ซึ่งแม้ไม่ใช่กฎหมายที่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายโดยตรง แต่กลับมีอิทธิพลทางอ้อมผ่านกลไกทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจ ทั้งยังสามารถพัฒนาไปสู่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ หากรัฐต่าง ๆ ยึดถือและปฏิบัติตามอย่างต่อเนื่อง เช่น การใช้แรงงานบังคับในกรณีฝ่ายชินเจียง ที่นำไปสู่การคว่ำบาตรทางการเมืองโดยสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป

³⁸ Knox, J. H., Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. (2018). UN Doc A/HRC/37/59.

³⁹ Anaya, J., Extractive industries and indigenous peoples: Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples (2013). UN Doc A/HRC/24/41

⁴⁰ Sands, P., & Peel, J. (2018). *Principles of International Environmental Law* (4th ed.). Cambridge University Press 570-572

⁴¹ United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/39/17, 2018, 40–46; World Bank, Environmental and Social Framework (ESF), 2017, ESS1–ESS10, Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, 1998, art. 6–7.; *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, art 18–21; United Nations, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966, art 15.

สหราชอาณาจักร และแคนาดาในปี ค.ศ. 2020⁴² หรือกรณีการละเมิดสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพจากโครงการสร้างเขื่อนในประเทศลาว ทั้งสองกรณีสะท้อนให้เห็นว่า แม้หลักการชี้แนะจะไม่ใช้กฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรง แต่สามารถก่อให้เกิดแรงกดดันและผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรมได้

4.1 ความสัมพันธ์ของหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนกับตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

การกำหนดให้รัฐต้องกำหนดกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล เพื่อบรรลุลัทธิประสงค์ “คุ้มครอง เคารพ และเยียวยา” ภายใต้หลักการ *pacta sunt servanda* ที่มุ่งให้รัฐปฏิบัติตามพันธกรณีโดยสุจริต ทำให้ข้อผูกพันจะจำกัดเฉพาะรัฐที่ยินยอม ทั้งนี้ ขอบเขตของหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงภายในเขตอำนาจรัฐ (territorial jurisdiction) แต่ยังครอบคลุมถึงกรณีข้ามพรมแดน (Extraterritorial Jurisdiction) โดยเฉพาะเมื่อเกี่ยวข้องกับบริษัทข้ามชาติ⁴³ อย่างไรก็ตาม การขาดสถานะทางกฎหมายโดยตรงไม่ได้หมายความว่าหลักการดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ใดๆ รัฐยังคงผูกพันตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่แต่เดิมจากสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนต่างๆ ที่เป็นภาคี⁴⁴

นอกจากนี้ ยังสามารถอาศัยร่างบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: ARSIWA) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ โดยข้อ 16 กำหนดว่ารัฐย่อมต้องรับผิดชอบ ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนรัฐอื่นในการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐผู้ให้ความช่วยเหลือต้องมีความรู้ถึงพฤติการณ์และลักษณะที่มีขอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว⁴⁵ โดย

⁴² OHCHR, OHCHR Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China (2022). 3 ;ไทยรัฐออนไลน์, “จีนเตือนชาติตะวันตกทำ ‘ฝ่ายจีนเจียง’ แปรเป็น ‘ไคตอลจิ้น’ ฝึกสัญญาแบรนด์ดัง” (ไทยรัฐออนไลน์, 30 มีนาคม 2664) <<https://www.thairath.co.th/news/foreign/2059759>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2566

⁴³ Robert McCorquodale, *Business and human rights* (1st edition, Oxford University Press 2024) 68-70; Committee on the Rights of the Child, General Comment 16, 39; Committee on the Rights of the Child, General Comment 24, 39-42.

⁴⁴ HRC John Reggie Principle general of business and human rights 2022, UNGP BHR and U.N.G.P., Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework, Commentary to, Principle 7, art 8-9.

⁴⁵ International Law Commission, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, art 16 Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act

“A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

(a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and

หลักเกณฑ์นี้สามารถนำมาปรับใช้โดยอนุโลมกับกรณีที่รัฐมีบทบาทในการสนับสนุนกิจกรรมของบริษัทข้ามชาติ ซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนในต่างประเทศ โดยเฉพาะเมื่อรัฐให้การส่งเสริมการลงทุนผ่านกลไกของรัฐ เช่น การให้สินเชื่อเพื่อการส่งออก การประกันการลงทุน หรือการสนับสนุนผ่านสถาบันการเงินของรัฐ ซึ่งอาจถือเป็นการเอื้ออำนวยต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน หากรัฐเพิกเฉยต่อความเสี่ยงในการละเมิดสิทธิมนุษยชน ในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาตามข้อที่ 17 ซึ่งกำหนดความรับผิดชอบในกรณีที่รัฐใช้อำนาจสั่งการหรือควบคุมรัฐอื่นในการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐผู้สั่งการหรือควบคุมต้องมีความรู้ถึงพฤติการณ์ของการกระทำดังกล่าว⁴⁶ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีความสำคัญต่อการวิเคราะห์การลงทุนข้ามพรมแดนในกรณีที่มีบทบาทเชิงกำกับหรือชี้นำอย่างมีนัยสำคัญต่อการดำเนินโครงการของบริษัทข้ามชาติ เช่น การลงทุนผ่านโครงการระหว่างรัฐ การลงทุนโดยรัฐวิสาหกิจ หรือกรณีที่รัฐกำหนดเงื่อนไขหรือโครงสร้างของโครงการในลักษณะที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจและการดำเนินกิจกรรมของรัฐผู้รับการลงทุน ที่อาจนำไปสู่การละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ในที่สุด

เพราะฉะนั้น เพื่อให้รัฐสามารถปฏิบัติตามหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน และหลีกเลี่ยงความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ การปรับใช้หลักการดังกล่าวในทางปฏิบัติจึงจำเป็นต้องอาศัยกลไกของกฎหมายภายในควบคู่กัน โดยเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายกำกับดูแลกิจการ ซึ่งอาจกำหนดหน้าที่และความรับผิดของบริษัทข้ามชาติโดยอาศัยหลักสัญญาของบริษัท เงื่อนไขการจดทะเบียน หรือขนาดของกิจการเป็นหลักเกณฑ์สำคัญ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ความระมัดระวังขององค์กรธุรกิจในช่วงโซ่อุปทานของประเทศเยอรมนี (German Supply Chain Due Diligence Act) ที่กำหนดให้บริษัทที่มีจำนวนพนักงานเกินเกณฑ์ต้องดำเนินการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน ครอบคลุมตลอดทั้งห่วงโซ่อุปทาน⁴⁷

(b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.”

⁴⁶ International Law Commission, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, art 17 Direction and control exercised over the commission of an internationally wrongful act

“A State which directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for that act if:

- (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.”

⁴⁷ Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Article 1 Division 1 section 1 scope of application

(1) This Act applies to enterprises regardless of their legal form that

1. have their central administration, their principal place of business, their administrative headquarters or their statutory seat in Germany and

4.2 ข้อจำกัดการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยได้กำหนดแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562–2565) ไว้ โดยครอบคลุมประเด็นสำคัญ ได้แก่ สิทธิแรงงาน สิทธิชุมชนและทรัพยากรธรรมชาติ การคุ้มครองนักปกป้องสิทธิ การลงทุนระหว่างประเทศ และบริษัทข้ามชาติ⁴⁸ โดยมีมาตรการทั้งด้านการรับข้อร้องเรียน การส่งเสริมความตระหนักรู้ และการตรวจสอบสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม ด้วยสถานการณ์การแพร่ระบาด COVID-19 ส่งผลให้การดำเนินการหลายส่วนไม่เป็นไปตามเป้าหมายที่วางไว้ ซึ่งต่อมารัฐบาลได้กำหนดแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนระยะที่ 2 (พ.ศ. 2566–2570) โดยขยายกรอบไปสู่การปรับปรุงกฎหมายและนโยบาย⁴⁹ นอกจากนี้ การปรับใช้แผนปฏิบัติการระดับชาติด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ของประเทศไทยยังเผชิญข้อจำกัดหลายประการ โดยเฉพาะการบังคับใช้กับบริษัทข้ามชาติซึ่งไม่สามารถทำได้โดยตรง เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่สอดคล้องกับหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ทำให้มาตรการต่าง ๆ โดยเฉพาะในเชิงการป้องกัน เช่น กระบวนการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านที่ไม่สามารถบังคับให้บริษัทในห่วงโซ่อุปทานต้องปฏิบัติตามเป็นรูปธรรมจากกรณีศึกษาของประเทศไทย เช่น การลงทุนในโครงการเขื่อนไซยะบุรีซึ่งส่งผลกระทบต่อชุมชนลุ่มน้ำโขง การเวนคืนที่ดินในโครงการทวายที่ละเมิดสิทธิชุมชน หรือกรณีสัมปทานอ้อยในกัมพูชา สะท้อนให้เห็นว่าการลงทุนข้ามพรมแดนของบริษัทไทยและบริษัทข้ามชาติยังคงก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิอย่างต่อเนื่อง ทั้งสิทธิแรงงาน สิทธิชุมชน และสิทธิสิ่งแวดล้อม⁵⁰ ขณะเดียวกัน กลไกการเยียวยาของประเทศไทยยังไม่สามารถรองรับผู้เสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วถึง⁵¹

เพราะฉะนั้น แม้การจัดทำแผนปฏิบัติการทั้งสองระยะสะท้อนถึงความก้าวหน้าในการบูรณาการหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนเข้ากับนโยบายของรัฐ แต่การดำเนินงานยังคงอยู่ในระดับเชิง

2. that normally have at least 3,000 employees in Germany; employees posted abroad are included.

Notwithstanding sentence 1 no. 1, this Act also applies to enterprises regardless of their legal form that

1. have a domestic branch office pursuant to section 13d of the Commercial Code (Handelsgesetzbuch – HGB) and

2. that normally have at least 3,000 employees in Germany.

ทั้งนี้ เป็นคำแปลอย่างเป็นทางการ

⁴⁸ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม, แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562-2565) (ครั้งที่พิมพ์ 1, 2562), 22.

⁴⁹ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม, (เชิงอรรถ 8) 160-161.

⁵⁰ คณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, (เชิงอรรถ 5) 138-145.

⁵¹ เฟื่องอ้าง, 127, 130-133.

นโยบายมากกว่าการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเฉพาะ ทำให้ปัญหาด้านเขตอำนาจศาลนอกดินแดน (Extraterritorial Jurisdiction) และข้อจำกัดของกลไกเยียวยายังคงเป็นอุปสรรคสำคัญ⁵² เพื่อให้ประเทศไทยสามารถปรับใช้หลักการชี้แนะได้อย่างมีประสิทธิภาพและตอบสนองต่อความท้าทายของการลงทุนข้ามพรมแดน ด้านสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม โดยเป็นปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “Race to Bottom”⁵³

5. ข้อจำกัดทางกฎหมายในการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน

5.1 ข้อจำกัดเขตอำนาจศาลและสถานะทางกฎหมายของบริษัทข้ามชาติ

ข้อจำกัดในการขยายอำนาจนอกอาณาเขต (Extraterritorial Jurisdiction) ภายใต้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับหลักอธิปไตยของรัฐ (State Sovereignty) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ หลักอธิปไตยของรัฐกำหนดให้รัฐมีอำนาจสูงสุดในการใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนของตน และมีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงของรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการดังกล่าวจึงเป็นกรอบจำกัดสำคัญต่อการที่รัฐจะขยายการใช้อำนาจทางกฎหมายไปควบคุมหรือกำกับการกระทำของบุคคลหรือกิจกรรมที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตของตน⁵⁴ โดยข้อจำกัดเขตอำนาจศาลและสถานะทางกฎหมายของบริษัทข้ามชาติ ผู้เขียนแบ่งประเด็นการวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

5.1.1 ข้อจำกัดด้านเขตอำนาจศาล

โดยมาตรา 4 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง⁵⁵ และมาตรา 15 พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁵⁶ เป็นประเด็นสำคัญในเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล โดยเฉพาะคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศที่

⁵² กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม, (เชิงอรรถ 8) 8.

⁵³ Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, “Access to Justice in Cross-Border Corporate Violations” Routledge, 2012, 81; Olivier De Schutter et al., ‘Commentary to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights’, (2016) 1 Business and Human Rights Journal; 1, 1–19

⁵⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law*, (8th Edition, Cambridge University Press, 2017), 348-350.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4

“เว้นแต่จะมีบัญญัติเป็นอย่างอื่น

(1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่”

(2) คำร้องขอ ให้เสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล”

⁵⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15

“หนึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดได้เกิดขึ้น

สามารถกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาคดีได้ โดยเฉพาะคดีที่เกิดขึ้นจากผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนจากบริษัทข้ามชาติ หรือในมาตรา 4 ตี ที่สามารถขยายขอบเขตที่จำกัดอยู่เฉพาะคดีตามหลักการมูลแห่งคดีที่สามารถยื่นฟ้องได้ต้องเกิดขึ้นภายในประเทศไทยได้เช่นเดียวกัน⁵⁷ อีกทั้งกรณีข้อจำกัดของเขตอำนาจศาลเฉพาะกรณีตามพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 15 ได้กำหนดหลักการสำคัญอย่างจุดเกาะเกี่ยวแบบ Double Actionability ไว้⁵⁸ โดยประเด็นแห่งคดีอย่างการกำหนดให้คดีที่ขึ้นสู่ศาลได้ต้องเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามการหลักแห่งละเมิดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น และต้องเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นตามกฎหมายของประเทศที่มีการทำละเมิด และเป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย จึงทำให้ผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนต้องครอบคลุมประกอบตามหลักแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และหลักแห่งละเมิดตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย⁵⁹

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเขตอำนาจศาลนำไปสู่การใช้กลไกทางกฎหมายของประเทศไทยเพื่อเรียกร้องความรับผิดชอบจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนข้ามพรมแดนนั้น ที่ยังคงมีข้อจำกัดที่สำคัญสองประการ ได้แก่ ข้อจำกัดจากหลัก Double Actionability ที่กำหนดให้การกระทำนั้นต้องเป็นละเมิดตามกฎหมายของรัฐที่เกิดเหตุและกฎหมายไทยควบคู่กัน ส่งผลให้บริษัทสัญชาติไทยอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบหากเข้าไปลงทุนในประเทศที่มีมาตรฐานการคุ้มครองต่ำกว่าได้ แม้การกระทำนั้นจะขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนก็ตาม อีกทั้งข้อจำกัดด้านขอบเขตการเยียวยา ที่การเรียกค่าสินไหมทดแทนถูกจำกัดไว้เพียงตามกรอบของกฎหมายไทยเท่านั้น ทำให้เกิดความเสียหาย และผลกระทบต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อม ที่ไม่สามารถได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพโดยเฉพาะกรณีค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งของประเทศไทยปัจจุบัน

ความในวรรคก่อนไม่ใช่แค่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม ...”

⁵⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ตี

“คำฟ้องอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ทวิ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ถ้าโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลแพ่งหรือต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล

คำฟ้องตามวรรคหนึ่ง ถ้าจำเลยมีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร โจทก์จะเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเขตศาลก็ได้”

⁵⁸ จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก Double Actionability หมายถึง หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ โดยการกระทำอันเป็นละเมิดจะต้องเข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบทั้งสองประการ ได้แก่ (1) การกระทำนั้นต้องเป็นละเมิดตามกฎหมายไทย และ (2) การกระทำนั้นต้องเป็นละเมิดตามกฎหมายแห่งประเทศที่มูลคดีเกิดขึ้น หรือประเทศที่การละเมิดได้เกิดขึ้น; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล Private International Law* พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 264-265.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, 38.

และเมื่อพิจารณาบริบทการลงทุนข้ามพรมแดนและผลกระทบทางสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า บริษัทข้ามชาติมีความซับซ้อนทั้งทางโครงสร้าง ประเภท และการจดทะเบียน ที่กำหนดว่าบริษัทข้ามชาติเหล่านั้นอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายไทยด้วย ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายที่บริษัทข้ามชาติอาจปฏิเสธเขตอำนาจศาลไทยได้ไม่ว่าทางในทางหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในคดีเกี่ยวกับหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนปรากฏคดีที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล เช่น คำพิพากษาคดี Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others (2019) เมื่อชาวแซมเบีย 1,826 คนฟ้องร้องบริษัท Vedanta (บริษัทแม่ในอังกฤษ) และบริษัท Konkola Copper Mines (บริษัทลูกในแซมเบีย) จากการปล่อยมลพิษจากเหมืองทองแดงที่ปนเปื้อนแหล่งน้ำและพื้นที่เกษตรกรรม ซึ่งศาลวินิจฉัยให้ศาลอังกฤษมีเขตอำนาจพิจารณาคดี โดยพิจารณาจากระดับการควบคุมและการกำหนดนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของบริษัทแม่ โดยที่ศาลได้วางหลักการสำคัญว่าบริษัทแม่อาจมีหน้าที่ดูแล (duty of care) ต่อผู้เสียหายจากการดำเนินงานของบริษัทลูกในต่างประเทศ⁶⁰ หรือ คำพิพากษาคดี Okpabi v Royal Dutch Shell Plc (2021) เป็นคดีที่สำคัญของศาลสูงสุดของสหราชอาณาจักรตัดสินในปี 2021 โดยชาวไนจีเรียกว่า 42,500 คนจากชุมชน Ogale และ Bille ฟ้องร้องบริษัท Royal Dutch Shell Plc (บริษัทแม่ในอังกฤษ) พร้อมบริษัทลูกของ Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC) จากการปนเปื้อนน้ำมันที่ส่งผลกระทบต่อชุมชนในเดลต้าแม่น้ำไนเจอร์ ศาลสูงสุดสหราชอาณาจักรมีคำวินิจฉัยเป็นเอกฉันท์ว่าศาลอังกฤษมีเขตอำนาจพิจารณาคดีนี้โดยวางหลักการสำคัญว่าบริษัทแม่อาจมีหน้าที่ดูแลต่อผู้ได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานของบริษัทลูกในต่างประเทศ หากบริษัทแม่มีระดับการควบคุมที่มีนัยสำคัญหรือมีอิทธิพลต่อนโยบายของบริษัทลูก โดยเฉพาะในประเด็นการป้องกันความเสียหายและมาตรฐานสิ่งแวดล้อม⁶¹

5.1.2 ข้อจำกัดด้านสถานะทางกฎหมายของบริษัทข้ามชาติ

การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 กำหนดว่านิติบุคคลใดจะเป็น “คนต่างด้าว” หรือไม่ขึ้นอยู่กับสัดส่วนการถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ของต่างชาติและสถานที่จดทะเบียนบริษัท⁶² หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับทฤษฎี

⁶⁰ Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others [2019] UKSC 20, <https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2017_0185_judgment_ee7cbbdb9f.pdf> สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2568

⁶¹ Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another [2021] UKSC 3 <https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2018_0068_judgment_fd7f555f07.pdf> สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2568

⁶² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

“ในพระราชบัญญัตินี้ คนต่างด้าว หมายความว่า ...

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

ก. ทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลถือโดยบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือ

การได้สัญชาติของนิติบุคคลที่สถานที่จดทะเบียน แต่ในทางปฏิบัติยังเป็นช่องว่าง เพราะบริษัทข้ามชาติสามารถสร้างโครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อน โดยใช้บริษัทแม่ในต่างประเทศหรือบริษัทลูกในหลายประเทศเพื่อกำหนดสัญชาติที่เป็นประโยชน์ต่อการประกอบกิจการ ข้อจำกัดนี้ส่งผลให้การบังคับใช้แผนปฏิบัติการระดับชาติด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยไม่สามารถครอบคลุมบริษัทข้ามชาติที่เข้ามาลงทุนได้ เพราะค่านิยม “นิติบุคคลสัญชาติไทย” หรือ “นิติบุคคลต่างด้าว” ถูกตีความอย่างแคบเกินไปจนบริษัทสามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดได้โดยอาศัยช่องโครงสร้างทางกฎหมาย

อีกทั้ง ในทฤษฎีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลได้เสนอหลักการไว้หลายแนวทาง ได้แก่ (1) หลักสถานที่จดทะเบียน (Place of Incorporation Theory) ที่กำหนดว่านิติบุคคลมีสัญชาติของรัฐที่ตนได้จดทะเบียนจัดตั้ง ซึ่งเป็นหลักที่กฎหมายไทยในปัจจุบันใช้อยู่เป็นหลัก (2) หลักสถานที่ตั้งจริง (Real Seat Theory) ซึ่งให้ความสำคัญกับสถานที่ที่บริษัทบริหารหรือประกอบธุรกิจจริงมากกว่าที่ตั้งทะเบียน (3) หลักการควบคุม (Control Test) ที่มุ่งไปยังผู้ถือหุ้นหรือผู้มีอำนาจควบคุมกิจการว่าเป็นคนสัญชาติใด⁶³ และ (4) แนวทางผสม (Mixed Approach) ที่ใช้เกณฑ์หลายอย่างประกอบกัน ทั้งที่ตั้งทุน และการควบคุม ผ่านการกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างชาติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่วิธีการนี้กลับสร้างช่องว่างทางกฎหมายอย่างมาก⁶⁴ โดยเฉพาะในกรณีที่บริษัทแม่อยู่ต่างประเทศและถือหุ้นผ่านนิติบุคคลหลายชั้น บริษัทสามารถใช้โครงสร้างเช่นนี้หลีกเลี่ยงสถานะ “นิติบุคคลต่างด้าว” ตามกฎหมายไทยได้โดยง่าย

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ความระมัดระวังขององค์กรธุรกิจในช่วงโซ่อุปทานของประเทศเยอรมนีจะเห็นความแตกต่างที่ชัดเจนว่า กฎหมายเยอรมันมิได้เน้นที่สัญชาติของนิติบุคคล แต่เน้นว่าบริษัทใดก็ตามที่ประกอบกิจการอยู่ในเยอรมนีและมีจำนวนพนักงานตามเกณฑ์ที่กำหนดจะต้องปฏิบัติตามการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างครบถ้วนโดยครอบคลุมทั้งบริษัท

ข. นิติบุคคลซึ่งมีบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยลงทุนมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

ค. ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือการเป็นคนต่างด้าว”

⁶³ นราฤทธิ์ กาแก้ว. การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554) 45.

⁶⁴ แนวทางการได้มาซึ่งสัญชาติของนิติบุคคลจะเห็นได้จากมาตรา 4 และการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้น มาตรา 4 (3) และมาตรา 4 (4) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

แม้ บริษัทลูก และห่วงโซ่อุปทาน⁶⁵ วิธีการเช่นนี้สะท้อนแนวคิดการยึดหลักหลักสถานที่ตั้งจริง (Real Seat) และยังขยายอำนาจบังคับใช้ให้กว้างกว่าหลักเกณฑ์ของไทยอย่างมาก

ในด้านประเพณีของนิติบุคคล กฎหมายไทยยังคงประสบปัญหาความทับซ้อนระหว่างพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งต่างก็มีบทบัญญัติที่กำหนดคุณสมบัติและความรับผิดชอบของนิติบุคคลในลักษณะที่แตกต่างกัน⁶⁶ เช่น บริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์อาจอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายทั้งสองฉบับแรก (พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535) ขณะที่บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นต่างชาติเป็นส่วนใหญ่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จึงทำให้เกิดช่องว่างและความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้ได้ และยิ่งไปกว่านั้น การจำแนกประเภทนิติบุคคลตามกฎหมายไทยยังไม่เชื่อมโยงกับการประเมินผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนที่เป็นหัวใจสำคัญของหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน โดยประเด็นดังกล่าวส่งผลต่อการตีความและการบังคับใช้มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดให้กิจการบางประเภทต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย เช่น กิจการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงหรือศิลปวัฒนธรรมท้องถิ่น⁶⁷ อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ยังไม่สามารถเชื่อมโยงกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างครอบคลุม เนื่องจากเน้นที่การรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของรัฐ มากกว่าการสร้างกลไกรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยตรง

สำหรับข้อจำกัดทางกฎหมายข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาจัดทำกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับบริษัทข้ามชาติ โดยกำหนดให้ทุกบริษัทที่ดำเนินกิจการในไทยหรือมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในไทยต้องมีหน้าที่ตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน นอกจากนี้ ในกระบวนการพิจารณาคดีควรเปิดโอกาสให้

⁶⁵ Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Article 1 Division 1 section 1 scope of application

⁶⁶ นิติบุคคลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 (และแก้ไขเพิ่มเติม) ซึ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ความในมาตรา 4 ได้กำหนดนิยามของ "บริษัทหลักทรัพย์" ที่หมายความว่า บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์, นิติบุคคลตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ในมาตรา 4 โดยเป็นบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนแปรสภาพให้เป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย โดยในคุณสมบัติของนิติบุคคลประเภทนี้ ได้มีการกำหนดให้ต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 15 คน และมีการจำกัดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อป้องกันการรวมอำนาจระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน อีกทั้งบริษัทมหาชนสามารถเสนอขายหุ้นต่อประชาชนและจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดเฉพาะคุณสมบัติในผู้ถือหุ้นต้องเกิน 50 เปอร์เซ็นต์ขึ้นไปจากจำนวนหุ้นทั้งหมดในบริษัทและหุ้นส่วน ซึ่งพระราชบัญญัตินี้บังคับใช้ในกรณีการขออนุญาตในการประกอบกิจการในประเทศไทย

⁶⁷ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 15

ศาลนำหลักการเจาะม่านนิติบุคคล (Piercing the corporate veil) มาใช้⁶⁸ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นหรือผู้บริหารใช้สถานะนิติบุคคลเป็นเกราะกำบังในการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ การบังคับใช้หลักการดังกล่าวจะช่วยสร้างความรับผิดชอบโดยตรงและทำให้กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายในลักษณะเดียวกับกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายสหภาพยุโรปย่อมต้องคำนึงถึงบริบทของประเทศไทย โดยเฉพาะการคุ้มครองธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ที่อาจประสบปัญหาการระดมทุนในการปฏิบัติตามกฎหมาย หากกฎหมายใหม่กำหนดหน้าที่ที่กว้างและซับซ้อนเกินไปอาจทำให้ธุรกิจขนาดย่อมสูญเสียขีดความสามารถในการแข่งขัน

5.2 ข้อจำกัดด้านหลักความรับผิดชอบทางแพ่งของบริษัทข้ามชาติ

ในระบบกฎหมายไทยได้วางหลักเกณฑ์ความรับผิดเกี่ยวกับมูลละเมิดไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งกำหนดให้ผู้ใดที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิของบุคคลอื่นต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน ซึ่งความรับผิดดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปที่สามารถนำมาใช้เป็นฐานกฎหมายในการเรียกร้องค่าเสียหายจากบริษัทข้ามชาติได้ แต่ปัญหาก็เกิดขึ้นทันทีเมื่อการละเมิดมิได้เกิดขึ้นภายในราชอาณาจักร เนื่องจากต้องนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาบังคับใช้ โดยได้วางเงื่อนไขของการรับผิดไว้ว่า “หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิดให้บังคับไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดได้เกิดขึ้น” และได้กำหนดข้อจำกัดเพิ่มเติมไว้ว่าหากข้อเท็จจริงนั้นไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยแล้ว ก็จะไม่อาจนำมาฟ้องร้องต่อศาลไทยได้ หลักเกณฑ์เช่นนี้สะท้อนถึงแนวคิดที่ต้องการป้องกันมิให้ศาลไทยใช้อำนาจเกินขอบเขตที่อาจกระทบต่ออธิปไตยของรัฐอื่น แต่ในอีกด้านหนึ่งกลายเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนในต่างประเทศไม่สามารถเข้าถึงกลไกการเยียวยาของศาลไทยได้เช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้นการกำหนดความรับผิดของบริษัทแม่ในประเทศไทยจากการกระทำละเมิดของบริษัทลูกในต่างประเทศ เนื่องจากหลักกฎหมายโดยทั่วไปแล้วบริษัทลูกถือเป็นนิติบุคคลที่มีสถานะอิสระแยกจากบริษัทแม่ ทำให้การกระทำหรือความผิดที่เกิดขึ้นกับบริษัทลูกไม่ผูกพันโดยตรงกับบริษัทแม่ เว้นแต่จะมีข้อพิสูจน์ได้ว่าบริษัทแม่มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การมีส่วนร่วมในเชิงนโยบาย การออกคำสั่งควบคุมการดำเนินกิจการ หรือการละเลยหน้าที่ในการกำกับดูแลอย่างร้ายแรง โดยกรณีเช่นนี้ศาลไทยอาจพิจารณาให้บริษัทแม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทลูกได้⁶⁹

⁶⁸ หลักการเจาะม่านนิติบุคคล (Piercing the Corporate Veil) เป็นหลักทางกฎหมายสำหรับการพิจารณาคดี เพื่อยกเลิกความคุ้มครองของความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น หรือผู้บริหารของบริษัท สำหรับกรณีที่มีการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิด

⁶⁹ ในความรับผิดทางกฎหมายที่อาจขยายขอบเขตไปจากบริษัทแม่ไปยังบริษัทลูกด้วย ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 273/2529 ที่ศาลได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดของบริษัท ให้บริษัทต้องร่วมรับผิดกับบริษัทใหม่ซึ่งมีกิจการลักษณะเดียวกัน โดยมีอาจถือว่าเป็นบุคคลที่ต่างกัน โดยที่จำเลยจะอ้างว่าบริษัทเดิมและ

ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติการพิสูจน์เช่นนี้เป็นเรื่องที่ยากอย่างยิ่ง เพราะผู้เสียหายต้องเผชิญกับการนำสืบซึ่งตกอยู่ในความรับผิดชอบโดยตรงของโจทก์ อันเป็นลักษณะของระบบกล่าวหาตามกฎหมายแพ่งไทย การเข้าถึงเอกสารภายใน การพิสูจน์ความสัมพันธ์เชิงนโยบายระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก ตลอดจนการเชื่อมโยงระหว่างสาเหตุแห่งความเสียหายกับการกระทำของบริษัทแม่ โดยเฉพาะเมื่อการละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศที่อาจขาดกลไกการเปิดเผยข้อมูลที่โปร่งใส เมื่อเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศ เช่น คดี *Vedanta Resources PLC v. Lungowe* (UK, 2019) และคดี *Okpabi v. Royal Dutch Shell Plc* (UK, 2021) ศาลสหราชอาณาจักรได้วางแนวทางที่ก้าวหน้ากว่า โดยยอมรับว่าบริษัทแม่อาจมี “หน้าที่ในการดูแล” (duty of care) ต่อบริษัทลูกในต่างประเทศ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทแม่มีบทบาทอย่างชัดเจนในการกำหนดนโยบายหรือควบคุมการดำเนินงานของบริษัทลูก⁷⁰ ซึ่งแนวคิดนี้มีความสอดคล้องโดยตรงกับหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ที่วางหลักกว่าบริษัทมิใช่เพียงต้องรับผิดชอบเมื่อมีส่วนร่วมโดยตรงเท่านั้น แต่ยังต้องมีความรับผิดชอบต่อเชิงป้องกัน (Preventive Responsibility) เพื่อไม่ให้กิจการของตนหรือห่วงโซ่อุปทานก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน

สำหรับประเทศไทย แม้ว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 กำหนดความรับผิดในลักษณะ “ความรับผิดอย่างเคร่งครัด” (strict liability) สำหรับกรณีที่เกิดกิจกรรมทางธุรกิจสร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม แต่เมื่อการละเมิดสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นนอกเขตแดนไทย เช่น กรณีเขื่อนไซยะบุรีในลาว หรือการปล่อยฝุ่นพิษจากการเผาในกัมพูชา ก็ยังไม่อาจนำมาฟ้องร้องต่อศาลไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะติดข้อจำกัดตามกฎหมายขัดกันแห่งกฎหมายและปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ทำให้การคุ้มครองผู้เสียหายในทางปฏิบัติจึงยังไม่เกิดขึ้นจริง และความแตกต่างทางกฎหมาย เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ความระมัดระวังขององค์กรธุรกิจในช่วงห่วงโซ่อุปทานของประเทศเยอรมนี ซึ่งใช้แนวทางเชิงป้องกัน กำหนดให้องค์กรธุรกิจต้องดำเนินการตรวจสอบสิทธิมนุษยชน อย่างเป็นระบบ การประเมินความเสี่ยงล่วงหน้า และการจัดวางมาตรการป้องกัน พร้อมทั้งกำหนดโทษทางปกครองและทางแพ่งสำหรับการละเมิดหน้าที่ดังกล่าวไว้ ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยยังคงเป็นไปในลักษณะเชิงตอบสนอง (Reactive Approach) กล่าวคือ จะเกิดความรับผิดได้ต่อเมื่อมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นแล้วและมีผู้เสียหายนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม สะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นที่ประเทศไทยควรพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับแนวโน้มสากล ซึ่งมุ่งสร้างระบบการกำกับดูแลเชิงป้องกันที่มีประสิทธิภาพมากกว่า

บริษัทใหม่มีความเป็นนิติบุคคลแตกต่างกันเพื่อปฏิเสธความรับผิดตามกฎหมายแรงงานที่จำเลยมีความรับผิดต่อโจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้างไม่ได้

⁷⁰ *Vedanta Resources Plc and another v. Lungowe and others* [2019] UKSC 49-61; *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3.

5.3 ข้อจำกัดด้านกระบวนการได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ

การเยียวยาที่มีประสิทธิภาพตามหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ถูกแบ่งออกเป็นสองลักษณะสำคัญ ได้แก่ การเยียวยาทางกฎหมาย (Judicial mechanism)⁷¹ และการเยียวยาที่ไม่ใช่ทางกฎหมาย (Non-Judicial mechanism)⁷² โดยผู้เขียนแบ่งประเด็นการวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

5.3.1 ข้อจำกัดด้านกระบวนการเยียวยาทางกฎหมาย

ข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลไทยยังคงเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเยียวยาในคดีข้ามพรมแดน แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะกำหนดให้ศาลไทยมีอำนาจพิจารณาคดีได้ในกรณีที่จำเลยมีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรือเมื่อการกระทำบางส่วนเกิดขึ้นในราชอาณาจักร แต่ในทางปฏิบัติ ศาลมักตีความหลัก “ความเชื่อมโยงที่เพียงพอ” (Sufficient Connection) อย่างเคร่งครัด ทำให้ผู้เสียหายจากประเทศเพื่อนบ้านไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในไทยได้อย่างแท้จริง โดยกรณีศึกษา “เขื่อนไชยะบุรี” เป็นตัวอย่างสำคัญที่สะท้อนถึงปัญหาดังกล่าว กลุ่มชาวบ้านในลุ่มน้ำโขงได้ยื่นฟ้องบริษัทไทยผู้รับสัมปทานในโครงการผลิตไฟฟ้าพลังน้ำในประเทศลาวต่อศาลปกครอง โดยอ้างว่าการดำเนินโครงการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศและสิทธิในการดำรงชีวิตของชุมชนไทยในพื้นที่ชายแดน แม้ว่าศาลจะรับคดีไว้พิจารณาในภายหลังแต่ต้องใช้เวลาอันยาวนานกว่าเจ็ดปีเพื่อตัดสินประเด็นเขตอำนาจศาล ขณะที่โครงการได้ดำเนินการไปแล้วและก่อให้เกิดผลกระทบอย่างต่อเนื่องต่อสิ่งแวดล้อม⁷³ ความล่าช้าและการตีความอย่างเคร่งครัดนี้สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดเชิงโครงสร้างของระบบยุติธรรมไทยที่ไม่สอดคล้องกับหลักการเข้าถึงการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพตามที่หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนกำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม ในระบบยุติธรรมไทยได้เริ่มแสดงพัฒนาการเชิงบวกมากขึ้น โดยเฉพาะคดีของบริษัทน้ำตาลมิตรผล (Mitr Phol Sugar Corporation) ซึ่งเป็นคดีที่กลุ่มชาวบ้านชาวกัมพูชากว่า 300 ครอบครัวยื่นฟ้องบริษัทไทยในปี พ.ศ. 2561 ต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้ โดยอ้างว่าบริษัทถูกในเครือของมิตรผลได้กระทำการขับไล่และทำลายที่ดินทำกินในจังหวัดอุดรธานี ประเทศกัมพูชาโดยไม่มีการเยียวยาอย่างเป็นธรรม

⁷¹ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 25

"As part of their duty to protect against business-related human rights abuse, States must take appropriate steps to ensure that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction, those affected have access to effective remedy through judicial, administrative, legislative or other appropriate means."

⁷² UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 27

"States should provide effective and appropriate non-judicial grievance mechanisms, alongside judicial mechanisms, as part of a comprehensive State-based system for the remedy of business-related human rights abuse."

⁷³ คณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, (เชิงอรรถ 5) 78-87.

คดีดังกล่าวถือเป็นกรณีตัวอย่างสำคัญของการเรียกร้องความรับผิดชอบของบริษัทไทยต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร แม้ในเวลานั้นประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะรองรับหลักการความรับผิดชอบข้ามพรมแดน ซึ่งในชั้นการพิจารณาคดีของศาลฎีกาในปี พ.ศ. 2565 ได้มีการตกลงกันระหว่างบริษัทกับผู้ได้รับผลกระทบ ทำให้บริษัทต้องเยียวยาแก่ผู้เสียหาย⁷⁴ จากกรณีดังกล่าวจึงถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าระบบศาลไทยเปิดรับแนวคิดเรื่อง “Extraterritorial Liability” ของบริษัทข้ามชาติที่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของศาลต่างประเทศ เช่น คดี Vedanta Resources PLC v. Lungowe (2019) และ Okpabi v. Royal Dutch Shell Plc (2021) ของสหราชอาณาจักรแม้ว่าคดีจะยังไม่ถึงที่สิ้นสุดก็ตาม

5.3.2 ข้อจำกัดด้านการเยียวยาที่ไม่ใช่ทางกฎหมาย

ตามหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ข้อที่ 27 ได้กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีกลไกการร้องทุกข์ที่ไม่ใช่ทางศาลซึ่งมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และยึดตามหลักสิทธิมนุษยชน โดยกลไกดังกล่าวของประเทศไทยที่มีบทบาทสำคัญ เช่น

(1) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

แม้จะเป็นองค์กรอิสระที่มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบและเสนอแนะแนวทางการเยียวยา แต่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจบังคับตามข้อเสนอแนะของตนได้ ทำให้ข้อวินิจฉัยหรือคำแนะนำของคณะกรรมการมักถูกมองว่าเป็นเพียงข้อเสนอในเชิงนโยบายมากกว่าการบังคับใช้จริง ตัวอย่างชัดเจนคือคำวินิจฉัยที่ 1220/2558 เกี่ยวกับโครงการทำเรือในเขตเศรษฐกิจพิเศษทวาย ซึ่งชี้ให้เห็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของชุมชนท้องถิ่น แต่ทั้งรัฐบาลผู้รับการลงทุนและบริษัทที่เกี่ยวข้องมิได้ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการในเรื่องการชดเชยและการฟื้นฟูวิถีชีวิตของผู้ได้รับผลกระทบ⁷⁵

(2) ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของกระทรวงยุติธรรม

แม้จะเป็นช่องทางที่ช่วยลดภาระของศาลและส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจ แต่ยังมีข้อจำกัดในด้านเขตอำนาจและผลทางกฎหมายของข้อตกลง⁷⁶ โดยการไกล่เกลี่ยจะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับการรับรองจากศาล นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจำนวนมากยังขาดความรู้ความเข้าใจด้านสิทธิมนุษยชนและคดีข้ามพรมแดน ทำให้ผู้ได้รับผลกระทบมักมองว่ากลไกนี้ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอและเลือกใช้ช่องทางศาลแทน⁷⁷

⁷⁴ Inclusive Development International, “Mitr Phol Sugar Corporation: Land Conflict and Human Rights Violations in Cambodia” <<https://www.inclusivedevelopment.net/cases/mitr-phol/>> สืบค้นเมื่อ 18 เมษายน 2568

⁷⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. รายงานผลการตรวจสอบที่ 1220/2558 เรื่อง สิทธิชุมชน กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลึกและเขตเศรษฐกิจพิเศษทวาย, 23 พฤศจิกายน 2558

⁷⁶ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้บัญญัติให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยมีเขตอำนาจในการดำเนินการกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไว้เป็นกาลเฉพาะ

⁷⁷ ในทางปฏิบัติผู้เสียหายมักเลือกใช้ช่องทางศาลเป็นกลไกหลักในการเรียกร้องสิทธิ เนื่องจากสามารถก่อให้เกิดผลการเยียวยาที่ชัดเจนและมีผลในทางกฎหมาย แม้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีจะใช้เวลาอันยาวนานกว่าช่องทางอื่นก็ตาม

(3) กลไกการร้องทุกข์ระดับปฏิบัติการของภาคธุรกิจ

เป็นกลไกที่บริษัทข้ามชาติต้องจัดตั้งขึ้นเพื่อรับข้อร้องเรียนจากผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงที่ยังคงเป็นประเด็นท้าทายสำหรับประเทศไทย เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายบังคับให้บริษัทต้องจัดตั้งกลไกดังกล่าว ส่งผลให้ยังเกิดช่องว่างเกี่ยวกับมาตรฐานกลางของการจัดตั้งเพื่อรองรับผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นจากบริษัท ความเป็นอิสระ รวมไปถึงการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสีย⁷⁸

เมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่าข้อจำกัดของกลไกเยียวยาทางศาล และการเยียวยาที่ไม่ใช่ทางศาลของประเทศไทยยังขาดการบูรณาการ และหน่วยงานกลางที่มีอำนาจบังคับใช้และตรวจสอบให้เกิดผลในทางปฏิบัติ โดยการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพจำเป็นต้องอาศัยหลักการสำคัญ ได้แก่ ความเป็นอิสระ ความโปร่งใส การเข้าถึงได้ของผู้เสียหาย อีกทั้งการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียและการรับผิดชอบของบริษัท โดย ประเทศไทยควรพิจารณาจัดตั้ง “ศูนย์ประสานงานด้านการเยียวยา” หรือหน่วยงานกลางที่มีอำนาจตรวจสอบและบังคับให้การเยียวยาเป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งอาจจัดตั้งศูนย์ประสานงานระดับชาติ (National Contact Point: NCP) ภายใต้กรอบขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ที่ทำหน้าที่ติดตาม ตรวจสอบ และรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

แม้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนจะมีสถานะเป็นกฎหมายอย่างอ่อน (Soft Law) ที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรง แต่มีบทบาทสำคัญในการยกระดับมาตรฐานความรับผิดชอบต่อของบริษัทข้ามชาติในระดับสากล อย่างไรก็ตาม การขับเคลื่อนหลักการดังกล่าวในบริบทของประเทศไทยยังเผชิญข้อจำกัดเชิงโครงสร้างทางกฎหมาย โดยเฉพาะความไม่ชัดเจนในการใช้อำนาจอศาลนอกอาณาเขต (Extraterritorial Jurisdiction) และการยึดถือหลักความเป็นอิสระของนิติบุคคลที่แยกความรับผิดชอบระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก ซึ่งในทางปฏิบัติได้กลายเป็นเกราะกำบังความรับผิด (Corporate Veil) เมื่อเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการลงทุนในต่างประเทศ นอกจากนี้ กลไกการเยียวยาที่ไม่ใช่ทางศาล เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ยังคงมีข้อจำกัดด้านอำนาจบังคับใช้ ในขณะที่กลไกกำกับดูแลภาคธุรกิจในระดับปฏิบัติการส่วนใหญ่ยังอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ ตลอดจนขาดมาตรฐานกลางและความเป็นอิสระ ส่งผลให้ผู้เสียหายจากการลงทุนข้ามพรมแดนไม่สามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บทความฉบับนี้มุ่งวิเคราะห์ข้อจำกัดของกฎหมายไทยในการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน โดยชี้ให้เห็นว่าอุปสรรคสำคัญเกิดจากโครงสร้างทางกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกำกับดูแลการลงทุนข้ามพรมแดน ทั้งในด้านการขาดกฎหมายเฉพาะรองรับการใช้อำนาจนอกอาณาเขต และข้อจำกัดของ

⁷⁸ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, art 31 (e)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15 ซึ่งทำให้การดำเนินคดีแพ่งข้ามพรมแดนเป็นไปได้ยาก และเสนอว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจำเป็นต้องพัฒนากรอบกฎหมายภายในให้รองรับการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน อีกทั้งการส่งเสริมให้บริษัทข้ามชาติมีความรับผิดชอบที่เชื่อมโยงตลอดห่วงโซ่อุปทาน เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามมาตรฐานสากล

ทั้งนี้ บทความฉบับนี้ยังมีข้อจำกัดบางประการโดยเฉพาะในด้านการศึกษาเชิงเปรียบเทียบ แม้จะมีการกล่าวถึงแนวโน้มการปรับใช้หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ในต่างประเทศเพื่อประกอบการวิเคราะห์ แต่ยังมีได้วิเคราะห์เปรียบเทียบการดำเนินการของประเทศไทยกับประเทศอื่น ๆ เชิงลึกเท่าที่ควร จึงทำให้บทความมุ่งเน้นการวิเคราะห์เชิงโครงสร้างของกฎหมายไทยเป็นหลัก

6.2 ข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยควรพิจารณาจัดทำ “พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน” หรือ “กฎหมายว่าด้วยการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทาน” (Human Rights Due Diligence Act) เป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาลักษณะต่อสิทธิมนุษยชนในหลายมิติ โดยกำหนดหน้าที่ของบริษัทในการประเมินและป้องกันความเสี่ยงด้านสิทธิมนุษยชนตลอดห่วงโซ่อุปทาน ทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ควรครอบคลุมทั้งหน้าที่ของรัฐและภาคธุรกิจในการเคารพและป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมถึงการกำหนดให้ภาคธุรกิจต้องจัดทำกระบวนการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน ซึ่งครอบคลุมตลอดห่วงโซ่อุปทาน ตั้งแต่การประเมินความเสี่ยง การป้องกัน บรรเทา ติดตามผล ตลอดจนการเปิดเผยข้อมูลและกลไกเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ

อีกทั้ง เสนอให้มีการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะด้านในการกำกับดูแลที่สามารถดำเนินการได้อย่างอิสระจากอิทธิพลของรัฐหรือบริษัท เพื่อป้องกันการแทรกแซงที่อาจกระทบต่อความเป็นกลางและความน่าเชื่อถือของกระบวนการ ดังนี้

1. การกำหนดอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและจัดให้มีเครื่องมือในการปฏิบัติงานอย่างครบถ้วนและเพียงพอ ครอบคลุมถึงอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของบริษัทไทยในต่างประเทศ ทั้งเอกสารภายใน รายงานการดำเนินงาน และข้อมูลเชิงเทคนิคที่จำเป็นต่อการประเมินและตรวจสอบความเสี่ยงและผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชน
2. การจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง อาทิ ชุมชนท้องถิ่น พนักงาน และองค์กรภาคประชาสังคม เพื่อให้การพิจารณาความเสียหายเป็นไปอย่างรอบด้านและสะท้อนความต้องการของผู้ได้รับผลกระทบ
3. กลไกดังกล่าวควรมีอำนาจในการจัดทำรายงานเชิงนโยบายและเผยแพร่ต่อสาธารณะอย่างโปร่งใส รวมถึงมีบทบาทในการติดตามผลและให้ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อหน่วยงานของรัฐและหน่วยงานกำกับดูแลที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ควรกำหนดกลไกความรับผิดชอบทั้งทางปกครองและทางแพ่ง เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเกิดผลในทางปฏิบัติ ได้แก่

1. การมีคำสั่งให้แก้ไขหรือระงับการดำเนินธุรกิจที่ละเมิดสิทธิ การเปรียบเทียบปรับ หรือบทลงโทษในกรณีการละเมิดอย่างร้ายแรง

2. มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานไม่ให้ถูกข่มขู่หรือกลั่นแกล้งทางกฎหมาย อีกทั้ง การบัญญัติให้ศาลไทยมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่เกิดจากการลงทุนข้ามพรมแดน แม้ว่าผลกระทบจะเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีในศาลไทยได้ รวมทั้งรองรับการฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

3. เพื่อให้การบังคับใช้เกิดขึ้นอย่างเป็นขั้นตอน ควรกำหนดบทเฉพาะกาลให้เริ่มบังคับใช้กับธุรกิจขนาดใหญ่หรือกิจการที่มีความเสี่ยงสูงก่อน โดยกำหนดเกณฑ์ เช่น มีลูกจ้างตั้งแต่ 3,000 คนขึ้นไป หรือมีรายได้เกิน 100 ล้านบาทต่อปี พร้อมทั้งให้มีการทบทวนประสิทธิผลของพระราชบัญญัติภายในระยะเวลา 2-5 ปีอย่างต่อเนื่อง เพื่อปรับปรุงให้เหมาะสมกับบริบททางเศรษฐกิจของประเทศ

และปัจจุบันได้มีความพยายามผลักดันกลไกทางกฎหมาย โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม โดยริเริ่มจัดทำ “ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการดำเนินธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบ พ.ศ. ...” เพื่อรองรับการดำเนินธุรกิจตามหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน

รายการอ้างอิง

- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562-2565) (ครั้งที่พิมพ์ 1, 2562).
- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ร่วมกับสถาบันพัฒนาบริหารศาสตร์, แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ระยะที่ 2 (พ.ศ. 2566-2570).
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. รายงานผลการตรวจสอบที่ 1220/2558 เรื่อง สิทธิชุมชน กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลึกและเขตเศรษฐกิจพิเศษทวาย, 23 พฤศจิกายน 2558
- คณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, รายงานการติดตามการลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ: ผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อม และการละเมิดสิทธิมนุษยชน (เล่ม 2) (กรุงเทพฯ: คณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, 2566).
- เฉลิมศรี ประเสริฐศรี, กลุ่มจับตาการลงทุนข้ามพรมแดนในภูมิภาค (Cross-border Investment Watch), ‘เชื่อนไชยะบุรี: เมื่อการลงทุนไทยสร้างผลกระทบต่อชีวิตผู้คนและสิ่งแวดล้อมแม่น้ำโขง’, โครงการเสริมสร้างความเข้มแข็งให้ภาคประชาสังคมไทยในการจับตาการลงทุนข้ามพรมแดน (CRC), (มูลนิธิศูนย์ข้อมูลชุมชน, 5 สิงหาคม 2564) <<https://crcthai.org/archives/4352>> สืบค้นเมื่อ 4 มีนาคม 2568
- ไทยรัฐออนไลน์, “จีนเดือดชาติตะวันตกทำ ‘ฝ่ายจีนเจียง’ แปรเปลี่ยน ‘ไคตอลจีน’ ฝึกสัญญาแบรนด์ดัง” (ไทยรัฐออนไลน์, 30 มีนาคม 2664) <<https://www.thairath.co.th/news/foreign/2059759>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2566
- ธีรชัย สันเจริญกิจ, “ทวาย: การลงทุนที่ไร้จริยธรรมของนักลงทุนไทยในเมียนมา,” (Fair Finance Thailand, 2564 <<https://fairfinancethailand.org/article/2021/dawei-teerachai-sanjaroenkij>> สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2568
- นราฤทธิ์ กาแก้ว, ‘การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).
- นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, (พิมพ์ครั้งที่ 1, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563). ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล (Private International Law) (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).
- ประชาไท, สถานการณ์ชายแดนไทย-เมียนมาเปลี่ยน คกก. ปฏิรูปการโยกย้ายถิ่นฐานฯ ชี้แก๊งอาชญากรรมเพื่อ ่อง-ชี ไทยต้องเตรียมรับมือผู้อพยพ,” (ประชาไท, 21 มีนาคม 2567) <<https://prachatai.com/journal/2024/03/108515>> สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2568

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน: ตามกรอบงานขององค์การสหประชาชาติในการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา*, (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ).

วัชรชัย จินดากุล, การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน กรณีศึกษาแรงงานเคลื่อนย้ายถิ่นฐานในอุตสาหกรรมก่อสร้างในจังหวัดสงขลา, ปีที่ 48 ฉบับที่ 3 (2562) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Institute of Research and Development for Public Enterprises, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของประชาคมอาเซียน 2559

Alex Newton, *The Business of Human Rights: Best Practice and the UN Guiding Principles* (Routledge).

Chip Pitts, The United Nations ‘Protect, Respect, Remedy’ Framework and Guiding Principles, in *BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: FROM PRINCIPLES TO PRACTICE* (Dorothee Baumann-Pauly, Justine Nolan eds., 1st ed. 2016).

Christian Scheper, From naming and shaming to knowing and showing’: human rights and the power of corporate practice *The International Journal of Human Rights*, 2015 Vol. 19, No. 6,

Foreign & Commonwealth Office and Department for International Development. Case study The Rana Plaza disaster. (2014) <<https://www.gov.uk/government/case-studies/the-rana-plaza-disaster#:~:text=Human%20rights%20internationally-,Case%20study,address%20key%20human%20rights%20risks.>> สืบค้นเมื่อ 5 สิงหาคม 2568

General Comment 16, 39; Committee on the Rights of the Child, General Comment 24

HRC John Reggie Principle general of business and human rights 2022, UNGP BHR and U.N.G.P., Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework, Commentary to, Principle 7

Inclusive Development International, “Mitr Phol Sugar Corporation: Land Conflict and Human Rights Violations in Cambodia,” <<https://www.inclusivedevelopment.net/cases/mitr-phol/>> สืบค้นเมื่อ 18 เมษายน 2568

John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Doc A/HRC/17/31.

Malcolm N. Shaw, *International Law*, (8th Edition. Cambridge University Press).

- OECD, *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* (4th ed. 2008),
- Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff* (United Nations, 2016).
- Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another [2021] UKSC 3
<https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2018_0068_judgment_fd7f555f07.pdf>
สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2568
- Olivier De Schutter et al., Commentary to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, (2016) 1 Business and Human Rights Journal; 1
- Peter T. Muchlinski, *Advance Introduction to Business and Human Rights*, (1st Edition, Edward Elgar Publishing Limited, 2022).
- Robert McCorquodale, *Business and Human Rights*, (1st Edition, Oxford University Press, 2024).
- Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, (Routledge, 2012).
- UNCTAD, Development and Globalization, UNCTAD/GDS/CSIR/2004/1, United Nations Publication, Sales No. E.04.II.D.16.
- UNGA, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, Introduction to the Guiding Principles, 2011 UN Doc A/HRC/17/31
- United Nation, Multinational Corporation in world development, Concept and Dimension “definition” 1973 ST/ECA/190
- United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/39/17, 2018
- Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others [2019] UKSC 20,<https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2017_0185_judgment_ee7cbbdb9f.pdf>
สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2568
- World Bank, Environmental and Social Framework (ESF), 2017, ESS1–ESS10, Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, 1998

บทความวิจัย (Research Article)

ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ
สถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย*

Legal Considerations for the Protection of Personal Data
in Private Higher Education Institutions in Thailand

นิตาวรรณ เพราะสุนทร*

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต เลขที่ 52/347 ถ.พหลโยธิน ต.หลักหก อ.เมือง จ.ปทุมธานี 12000

อีเมล: nidawan@yahoo.com

Nidawan Pawcsuntorn

Lecturer

Faculty of Law, Rangsit University, 52/347, Paholyothin Road, Lak-Hok, Pathumthani 12000

Email: nidawan@yahoo.com

วันที่รับบทความ 6 พฤศจิกายน 2568; วันที่แก้ไขบทความ 24 กุมภาพันธ์ 2569 ;

วันที่ตอบรับบทความ 25 กุมภาพันธ์ 2569

*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของรายงานฉบับสมบูรณ์จากโครงการการวิจัยเรื่อง “ปัญหากฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย” ได้รับงบประมาณสนับสนุนจากสถาบันวิจัย มหาวิทยาลัยรังสิต

* นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาข้อพิจารณาทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย ซึ่งดำเนินงานภายใต้พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยกฎหมายทั้งสองมีฐานคิดและโครงสร้างที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายจัดตั้งมิได้กำหนดมาตรการเฉพาะด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ขณะที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับทุกภาคส่วนโดยมิได้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของภาคการศึกษา

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสารทางกฎหมาย (legal documentary research) โดยศึกษาวิเคราะห์กฎหมายไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ รวมถึงหลักการตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation: GDPR) ผลการศึกษาพบว่า ปัญหาหลักของการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทย มิได้อยู่ที่ความไม่เพียงพอของตัวบทกฎหมาย หากแต่อยู่ที่การขาดแนวปฏิบัติเฉพาะและกลไกกำกับดูแลเชิงโครงสร้างที่เชื่อมโยงกฎหมายกลางเข้ากับบริบทของสถาบันอุดมศึกษา ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมายและช่องว่างในการบังคับใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทางปฏิบัติ

เมื่อเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ พบว่าทั้งสองประเทศได้พัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาควบคู่กับกฎหมายกลางด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเป็นระบบ งานวิจัยนี้จึงเสนอให้ประเทศไทยพัฒนาแนวปฏิบัติหรือกฎหมายลำดับรองเฉพาะสำหรับภาคอุดมศึกษาเอกชน เพื่อยกระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและลดความไม่แน่นอนทางกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม

คำสำคัญ: สถาบันอุดมศึกษาเอกชน; การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล; แนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษา

Abstract

This article examines the legal considerations governing the protection of personal data in private higher education institutions in Thailand, which operate under the Private Higher Education Institutions Act B.E. 2546 (2003) and the Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019). While the former establishes the legal status and regulatory framework of private higher education institutions, it does not provide sector-specific provisions on personal data protection. By contrast, the Personal Data Protection Act functions as a general data protection law applicable across all sectors, without explicit regard to the distinctive characteristics of higher education.

Employing legal documentary research, this study analyzes Thai law in comparison with the legal frameworks and regulatory practices of the United Kingdom and Singapore, together with the principles of the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR). The findings indicate that the principal challenges in applying the Personal Data Protection Act to private higher education institutions in Thailand do not stem from deficiencies in the statutory text itself, but rather from the absence of sector-specific guidance and an integrated governance mechanism linking the general data protection regime to the educational context. This gap gives rise to legal uncertainty and practical difficulties in the effective exercise and enforcement of data subject rights.

By contrast, both the United Kingdom and Singapore have developed education-specific guidelines that complement their general data protection laws and facilitate more coherent and predictable enforcement. Accordingly, this article argues that Thailand should develop subordinate legislation or national sector-specific guidelines for private higher education institutions in order to enhance the protection of personal data and to reduce legal uncertainty in a systematic and practical manner.

Keywords: Private higher education institutions; personal data protection; sector-specific guidance

1. บทนำ

สถาบันอุดมศึกษาเอกชนมีบทบาทสำคัญในการจัดการศึกษาและพัฒนากำลังคนระดับอุดมศึกษา โดยจัดตั้งและดำเนินงานภายใต้พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ในฐานะนิติบุคคลไม่แสวงหากำไร และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม การดำเนินงานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนโดยสภาพ ย่อมเกี่ยวข้องกับการรวบรวม การเก็บ ใช้ และเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริหาร คณาจารย์ นักศึกษา บุคลากร และบุคคลภายนอกจำนวนมาก ซึ่งล้วนเป็น “ข้อมูลส่วนบุคคล” ตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

¹ ปัญหาดังกล่าวมิใช่เพียงปัญหาการปฏิบัติตามกฎหมาย หากแต่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างของการออกแบบระบบกำกับดูแลด้านข้อมูลส่วนบุคคลที่ยังไม่สอดคล้องกับสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในเชิงรูปธรรม

เนื่องด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็น “กฎหมายกลาง” ที่กำหนดหลักทั่วไปในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยมีได้บัญญัติเงื่อนไขเฉพาะสำหรับบริบทของภาคการศึกษา ส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความและการปรับใช้ในหลายประเด็นที่มีลักษณะเฉพาะของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ตัวอย่างเช่น ปัญหาการตีความฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลตามมาตรา 24 ในกรณีกิจกรรมทางการศึกษา ปัญหาขอบเขตและรูปแบบของความยินยอมตามมาตรา 19 และ ในกรณีข้อมูลนักศึกษาและข้อมูลอ่อนไหว มาตรา 26 ปัญหาการโอนข้อมูลข้ามพรมแดนตามมาตรา 28 ในบริบทความร่วมมือทางการศึกษาระหว่างประเทศ ตลอดจนปัญหาบทบาทและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) ตามมาตรา 39 ในการดำเนินการของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนตามกฎหมาย

ปัญหาดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะมีสถานะเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับทุกภาคส่วนอย่างเสมอภาค แต่การขาดกลไกเฉพาะสำหรับสถาบันอุดมศึกษาเอกชนได้ก่อให้เกิด “ปัญหาเชิงโครงสร้างในการบังคับใช้” ซึ่งเป็นรากฐานของคำถามวิจัยในงานศึกษานี้

ในบริบทต่างประเทศ ทั้งสาธารณรัฐสิงคโปร์และสหราชอาณาจักรต่างมีแนวทางเฉพาะสำหรับภาคการศึกษาอย่างเป็นระบบ โดยสิงคโปร์มี Advisory Guidelines for the Education Sector ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (PDPA) และสหราชอาณาจักรมี Sector-Specific Guidance for Education ภายใต้กรอบของ UK GDPR ซึ่งกำหนดกลไกและมาตรฐานทางปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน ตรงกันข้ามประเทศไทยยังไม่มีแนวทางเฉพาะในลักษณะเดียวกัน การศึกษาประเด็นดังกล่าวจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อ

¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 6.

การวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทย และเพื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศ อันจะนำไปสู่ข้อเสนอเชิงนโยบายและแนวปฏิบัติที่เหมาะสมกับบริบทไทย

ยิ่งไปกว่านั้น ยังไม่ปรากฏงานวิจัยที่วิเคราะห์เชิงลึกในประเด็นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศอย่างเป็นระบบ งานวิจัยนี้จึงมุ่งตอบคำถามวิจัยว่า “ประเทศไทยควรมีแนวทางเฉพาะสำหรับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากปัญหาการบังคับใช้และการตีความพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยเฉพาะในประเด็นการจำแนกประเภทข้อมูล การขอความยินยอมและสิทธิของเจ้าของข้อมูล การโอนข้อมูลข้ามพรมแดน ฐานทางกฎหมายที่ยกเว้นความยินยอมในการเก็บรวบรวม การใช้ การเปิดเผย หรือโอนข้อมูลส่วนบุคคล เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) และการกำกับดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และแนวทางในรูปแบบใดที่เหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์”

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาสถานะทางกฎหมายและแนวคิดพื้นฐานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่จัดตั้งตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 และวิเคราะห์ผลกระทบของสถานะดังกล่าวต่อการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

2.2 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักการและมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ที่เกี่ยวข้องกับสถาบันอุดมศึกษาเอกชน และเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของ สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐสิงคโปร์ และกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation: GDPR)

2.3 เพื่อวิเคราะห์ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทย โดยมุ่งเน้นประเด็นความชัดเจนของการจำแนกประเภทข้อมูล การขอความยินยอมและสิทธิของเจ้าของข้อมูล การโอนข้อมูลข้ามพรมแดน ฐานทางกฎหมายที่ยกเว้นความยินยอมในการเก็บรวบรวม การใช้ การเปิดเผย หรือโอนข้อมูลส่วนบุคคล เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) และการกำกับดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

2.4 เพื่อเสนอแนวทางเชิงนโยบาย กฎหมายลำดับรอง หรือแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ที่สามารถเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายจัดตั้งกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับบริบทไทย

3. ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งเน้นศึกษาสถานะทางกฎหมายและข้อพิจารณาทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม โดยมุ่งวิเคราะห์เฉพาะกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กฎหมายและแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักร สาธารณรัฐสิงคโปร์ และหลัก GDPR ในมิติด้านโครงสร้างทางกฎหมายและแนวทางเชิงนโยบาย

การวิจัยนี้ไม่ครอบคลุมการวิเคราะห์เชิงเทคนิคด้านความมั่นคงปลอดภัยสารสนเทศ (Cybersecurity) และไม่ศึกษาการบังคับใช้ในระดับรายสถาบันเชิงกรณีศึกษา (Case Study) แต่เน้นการวิเคราะห์เชิงเอกสารและการเปรียบเทียบกฎหมายเป็นหลัก

4. กรอบแนวคิดวิจัย

งานวิจัยนี้ใช้กรอบแนวคิดทางทฤษฎี 2 ประการในการวิเคราะห์ ดังนี้

4.1 แนวคิดสิทธิข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งมองการคุ้มครองข้อมูลเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนที่รัฐและสถาบันต้องเคารพ คุ้มครอง และสนับสนุน โดยมีรากฐานมาจากหลักสิทธิมนุษยชนสากลและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 32 และ 25 ที่รับรองสิทธิความเป็นส่วนตัวและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และ

4.2 แนวคิดการกำกับดูแลแบบเฉพาะภาคส่วน (Sectoral Regulation) ซึ่งมุ่งเน้นการสร้างกลไกกำกับดูแลที่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของภาคการศึกษา โดยเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายกลางด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กับบริบทการดำเนินงานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับสภาพการปฏิบัติจริง

การบูรณาการกรอบแนวคิดทั้งสองนี้ช่วยให้การวิเคราะห์สามารถชี้ให้เห็น ช่องว่างทางกฎหมาย (Legal Gap) ได้อย่างเป็นระบบ และสามารถเชื่อมโยงกับแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนของต่างประเทศ เช่น สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งมีแนวทางกำกับดูแลเฉพาะภาคการศึกษาและหน่วยงานกำกับที่เข้มแข็ง กรอบแนวคิดดังกล่าวจะถูกใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ผลการศึกษาในบทที่ 7 และอภิปรายผลในบทที่ 8 เพื่อชี้ให้เห็นความจำเป็นของการพัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาในประเทศไทย

5.วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Legal Documentary Research) เพื่อทบทวนแนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมาย และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง โดยจำแนกแหล่งข้อมูลออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

5.1 มาตรฐานสากล ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation หรือ GDPR) เพื่อใช้เป็นกรอบอ้างอิงด้านหลักการและมาตรการทางกฎหมาย

5.2 กฎหมายต่างประเทศ การวิจัยนี้มุ่งเน้นศึกษากฎหมายและแนวปฏิบัติของ สหราชอาณาจักร และ สาธารณรัฐสิงคโปร์ โดยผู้วิจัยได้ศึกษากฎหมายและเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นรายฉบับ ดังนี้

(1) ในส่วนของ สหราชอาณาจักร ได้แก่ United Kingdom General Data Protection Regulation (UK GDPR), Data Protection Act 2018, แนวทางของ Information Commissioner's Office (ICO) โดยเฉพาะเอกสาร Schools, Universities and Colleges, Education Data, Data Protection Officers และ How should we obtain, record and manage consent รวมถึง Sharing personal data in an emergency – a guide for universities and colleges และ Education-data

(2) ในส่วนของ สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้แก่ Personal Data Protection Act 2012 (PDPA), เอกสารแนวปฏิบัติของ Personal Data Protection Commission (PDPC) ที่เป็นหลักคือ Advisory Guidelines for the Education Sector (2024)

การเลือกศึกษากฎหมายของทั้งสองประเทศนี้ มิได้เป็นเพียงการเลือกประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากลเท่านั้น หากยังตั้งอยู่บนเกณฑ์เชิงวิวิธีวิทยาที่สำคัญสองประการ ได้แก่

(1) ทั้งสองประเทศมีระบบกฎหมายที่จัดทำแนวทางเฉพาะภาคการศึกษา (Sector-Specific Guidance) อย่างเป็นระบบภายใต้กรอบกฎหมายกลาง ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ยังไม่มีแนวทางในลักษณะเดียวกัน และ

(2) บริบทเชิงโครงสร้างของสถาบันอุดมศึกษาในทั้งสองประเทศมีความใกล้เคียงบางประการกับไทย เช่น การมีสถาบันอุดมศึกษาเอกชนจำนวนมาก การดำเนินงานในลักษณะนิติบุคคลไม่แสวงหากำไรควบคู่กับสถาบันเชิงพาณิชย์ และการอยู่ภายใต้การกำกับของหน่วยงานเฉพาะด้านการอุดมศึกษา ทำให้สามารถใช้เป็นกรณีศึกษาเปรียบเทียบกับระบบกับประเทศไทย ซึ่งแม้จะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่ยังไม่มีความเฉพาะในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้านการศึกษาอย่างเป็นระบบ

5.3 กฎหมายไทย ได้แก่ ได้แก่ (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งใช้เป็นฐานทางทฤษฎีด้านสิทธิในความเป็นส่วนตัวและสิทธิในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน (2)

พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ซึ่งใช้วิเคราะห์สถานะทางกฎหมาย โครงสร้างการกำกับดูแล และลักษณะความเป็นนิติบุคคลไม่แสวงหากำไรของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน และ (3) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งใช้วิเคราะห์หลักเกณฑ์การเก็บรวบรวม ใช้เปิดเผย และโอนข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงสิทธิของเจ้าของข้อมูล หน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูล และบทบาทของเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) ทั้งนี้ การวิเคราะห์กฎหมายไทยทั้งสามฉบับจะถูกนำไปเชื่อมโยงกันในหัวข้อผลการศึกษาเพื่อแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่าง “ฐานสิทธิ รวมถึงสถานะสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ตลอดจนกลไกการคุ้มครองข้อมูล” อันเป็นรากฐานของประเด็นปัญหาวิจัยในงานศึกษานี้

5.4 เอกสารทางวิชาการ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เช่น หนังสือ ตำรา บทความทางวิชาการ รายงาน หน่วยงานรัฐ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ข้อมูลทั้งหมดถูกวิเคราะห์โดยใช้การวิจัยเชิงคุณภาพในรูปแบบการพรรณนาวิเคราะห์ (Descriptive Analysis) โดยผู้วิจัยได้ จัดทำตารางเปรียบเทียบและตารางวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมาย เพื่อใช้เป็นเครื่องมือช่วยในการจำแนก วิเคราะห์ และสังเคราะห์ข้อแตกต่าง ข้อจำกัด และช่องว่างทางกฎหมายอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้อ่านเห็นกระบวนการวิจัยและการวิเคราะห์อย่างเป็นขั้นตอนและโปร่งใส ตามขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการวิจัย

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ระดับสถาบันอุดมศึกษาเอกชน: สามารถนำข้อเสนอแนะไปใช้กำหนดนโยบายและแนวทางการดำเนินงานด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลให้สอดคล้องกับกฎหมายไทยและมาตรฐานสากล

6.2 ระดับหน่วยงานกำกับดูแล: หน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถใช้ผลการวิจัยเป็นแนวทางในการจัดทำมาตรฐาน แนวปฏิบัติกลาง หรือประกาศ/กฎหมายลำดับรองสำหรับภาคการศึกษาเอกชน

6.3 ระดับนโยบายและกฎหมาย: ผู้ร่างกฎหมายสามารถใช้ข้อเสนอเชิงนโยบายเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่หรือออกกฎหมายเฉพาะด้านการคุ้มครองข้อมูลในสถาบันการศึกษาเอกชน เพื่อให้เกิดความชัดเจนและบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

7. ผลการศึกษา

ผลการศึกษาครั้งนี้มุ่งวิเคราะห์ข้อจำกัดเชิงโครงสร้างและปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชนของประเทศไทย โดยใช้การวิเคราะห์เชิงโครงสร้างทางกฎหมายควบคู่กับการเปรียบเทียบเชิงกฎหมายกับระบบของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์

เพื่อให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างสถานะทางกฎหมายของสถาบัน กลไกการกำกับดูแล และผลกระทบต่อ การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในทางปฏิบัติอย่างเป็นระบบ

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้กรอบหลักการตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและการคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล² ขณะที่พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ทำหน้าที่กำหนดสถานะและภารกิจของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในลักษณะองค์กรที่ดำเนินกิจการ เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ไม่ได้บัญญัติมาตรการเฉพาะด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยตรง ในทาง กลับกัน พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับผู้ควบคุมข้อมูล ส่วนบุคคลทุกภาคส่วน โดยไม่แยกบริบทของภาคการศึกษา ส่งผลให้การนำหลักกฎหมายไปปรับใช้กับ สถาบันอุดมศึกษาเอกชนในทางปฏิบัติเกิดความคลุมเครือและความไม่แน่นอนทางกฎหมายในหลายประเด็น ซึ่งอาจกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามเจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญ

เพื่อให้การนำเสนอผลการศึกษามีความชัดเจนและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการวิจัย และ สะท้อนปัญหาดังกล่าวอย่างเป็นระบบ ผู้วิจัยได้จัดกลุ่มผลการศึกษาออกเป็น 4 ประเด็นหลัก ตามลำดับตรรกะ ของการวิเคราะห์เชิงโครงสร้างทางกฎหมาย ตั้งแต่สถานะทางกฎหมายของสถาบัน กลไกการกำกับดูแล ไป จนถึงผลกระทบต่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในทางปฏิบัติ และนำเสนอผลการวิเคราะห์ในรูปแบบตารางที่ 1-4 ตามลำดับ ดังนี้

- (1) สถานะทางกฎหมายและแนวคิดพื้นฐานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน
- (2) โครงสร้างกฎหมายและหน่วยงานกำกับดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษา เอกชน
- (3) ลักษณะและประเภทข้อมูลส่วนบุคคล และกลุ่มเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในบริบท สถาบันอุดมศึกษาเอกชน
- (4) ปัญหาเชิงโครงสร้างในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของ สถาบันอุดมศึกษาเอกชน

ในแต่ละประเด็น ผู้วิจัยนำเสนอผลการศึกษาโดยเริ่มจากการอธิบายเชิงวิเคราะห์เชื่อมโยงหลัก กฎหมายและบริบทสถาบัน ก่อนสรุปผลในรูปแบบตารางเปรียบเทียบ เพื่อสะท้อนช่องว่างทางกฎหมาย (legal gap) และประเด็นวิเคราะห์ที่นำไปสู่การอภิปรายผลในบทถัดไป

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32.

7.1 สถานะทางกฎหมายและแนวคิดพื้นฐานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

การวิเคราะห์ผลกระทบของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชน จำเป็นต้องเริ่มจากการพิจารณา “สถานะทางกฎหมาย” และ “แนวคิดพื้นฐานในการจัดตั้ง” ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เนื่องจากรูปแบบองค์กร วัตถุประสงค์ในการดำเนินงาน และกลไกการกำกับดูแลของรัฐ ล้วนเป็นปัจจัยที่กำหนดขอบเขตของภาระหน้าที่และระดับความเข้มข้นของการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในทางปฏิบัติ

เพื่อวิเคราะห์ผลของ “สถานะทางกฎหมายและแนวคิดพื้นฐานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน” ต่อการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ผู้วิจัยจึงจัดทำตารางที่ 1 เพื่อแสดงภาพรวมเชิงโครงสร้างทางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับระบบของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้เห็นความแตกต่างด้านสถานะนิติบุคคล รูปแบบการกำกับดูแล และแนวคิดเชิงนโยบายที่อาจส่งผลต่อการออกแบบกลไกคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาคการศึกษาเอกชน

ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบสถานะทางกฎหมายและแนวคิดพื้นฐานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐสิงคโปร์

ประเด็น	ไทย	สหราชอาณาจักร	สิงคโปร์
กฎหมายหลัก	พ.ร.บ. สถาบันอุดมศึกษาเอกชน 2546 ³	Higher Education and Research Act 2017 ⁴	Private Education Act 2009 ⁵
นิติบุคคล	นิติบุคคลไม่แสวงกำไร	หลากหลายประเภท เช่น charity, company limited by guarantee ⁶ , company limited by shares	นิติบุคคล ส่วนใหญ่เป็นบริษัท จำกัด (Company Limited by Shares)
การแสวงกำไร	ห้ามแบ่งผลกำไร (Non-Profit)	ไม่แสวงกำไรและแสวงกำไร	แสวงกำไรเป็นหลัก
การกำกับดูแล	ควบคุมโดยรัฐ : กระทรวงอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม	ควบคุมโดยหน่วยงาน Office for Students (Ofs) ภายใต้กระทรวงศึกษาธิการและ Quality Assurance Agency (QAA) (องค์กรไม่แสวงกำไร) แล้วแต่ประเภทของสถาบัน	ควบคุมโดยรัฐ : Committee for Private Education (CPE)

³พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546. (2546, 17 กุมภาพันธ์). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 120 ตอนที่ 11 หน้า 1-19.

⁴ United Kingdom, Higher Education and Research Act 2017 [Online], 27 October 2025. Source: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/29/pdfs/ukpga_20170029_en.pdf

⁵ Singapore Government Agency, Private Education Act 2009 [Online], 27 October 2025. Source: <https://sso.agc.gov.sg/act/pea2009>

⁶ เป็นรูปแบบนิติบุคคลไม่แสวงหากำไรในระบบคอมมอนลอว์ (ซึ่งไม่มีมูลนิธินิยามตามกฎหมายไทย) ดู กอบกุล ราชชนะนคร, การควบคุมองค์กรที่ไม่แสวงหารายได้หรือกำไรมาแบ่งปันกัน, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 50 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2564): หน้า 15.

ประเด็น	ไทย	สหราชอาณาจักร	สิงคโปร์
ตัวอย่างสถาบันฯ แสวงหากำไร	ไม่มี	BPP University, University of Law	Kaplan, PSB Academy, James Cook University Singapore

จากตารางที่ 1 พบว่า ประเทศไทยกำหนดให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนมีสถานะเป็น “นิติบุคคลไม่แสวงหากำไร” ตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 โดยห้ามแบ่งผลกำไรแก่ผู้ก่อตั้งหรือผู้มีส่วนได้เสีย และมุ่งจัดการศึกษาเป็นภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ⁷ จึงอาจจัดอยู่ในกลุ่มองค์กรเอกชนที่ปฏิบัติภารกิจเชิงสาธารณะ (public-oriented institution).⁸

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับ “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” ทุกประเภทโดยไม่จำแนกสถานะการแสวงหากำไร จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติมาตรการหรือกลไกเฉพาะที่คำนึงถึงลักษณะและภารกิจของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนเป็นการเฉพาะ ส่งผลให้สถาบันต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับเดียวกับนิติบุคคลเชิงพาณิชย์ทั่วไป เช่น การจัดโครงสร้างการกำกับดูแลข้อมูล การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) และการจัดทำเอกสารแสดงความสอดคล้องกับกฎหมาย (compliance documentation)

แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะมีได้แยกมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลตามสถานะ “แสวงหากำไร” หรือ “ไม่แสวงหากำไร” โดยตรง แต่การบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติกลับได้รับอิทธิพลจากบริบทเชิงโครงสร้างขององค์กรอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ นิติบุคคลเชิงพาณิชย์โดยทั่วไปมีโครงสร้างองค์กร งบประมาณ และระบบบริหารความเสี่ยงที่ออกแบบมาเพื่อรองรับภาระการปฏิบัติตามกฎหมาย ในขณะที่สถาบันอุดมศึกษาเอกชนซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไม่แสวงหากำไรอยู่ภายใต้ข้อจำกัดด้านงบประมาณ บุคลากร และโครงสร้างพื้นฐานทางเทคโนโลยี อีกทั้งต้องดำเนินการกิจด้านการศึกษา การวิจัย และการบริการสังคมควบคู่กันไปในฐานะกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในเชิงเปรียบเทียบ ระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักร แม้จะเปิดให้สถาบันอุดมศึกษาดำเนินงานได้ในหลากหลายรูปแบบนิติบุคคล ทั้งที่แสวงหากำไรและไม่แสวงหากำไร แต่รัฐได้พัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาโดยหน่วยงานกำกับดูแลด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อปรับการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลให้สอดคล้องกับบริบทของกิจกรรมทางการศึกษา ขณะที่สาธารณรัฐสิงคโปร์ แม้สถาบันอุดมศึกษา

⁷ พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 มาตรา 4,7,9,52 และ 65.

⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายปกครอง* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2563), หน้า 87-89.

เอกชนส่วนใหญ่จะมีสถานะเป็นบริษัทจำกัด แต่มีการจัดทำแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาเพื่อรองรับการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลให้เหมาะสมกับลักษณะของสถานศึกษาโดยตรง

จากการเปรียบเทียบดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่า ปัญหาหลักของประเทศไทยมิได้อยู่ที่การขาดกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หากแต่อยู่ที่การขาดการเชื่อมโยงเชิงระบบระหว่างสถานะทางกฎหมายและแนวคิดพื้นฐานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนกับกลไกการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย (legal gap) ในการกำกับดูแลสถาบันอุดมศึกษาเอกชนอย่างเหมาะสม

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ปรากฏจากผลการศึกษานี้จึงมีใช้คำถามว่า “สถาบันอุดมศึกษาเอกชนควรได้รับการยกเว้นจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่” หากแต่เป็นคำถามว่า สถานะทางกฎหมายและภารกิจเชิงสาธารณะของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนควรถูกนำมาใช้เป็นปัจจัยในการออกแบบหรือพัฒนาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับใด เพื่อให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างสอดคล้องกับลักษณะองค์กร

สมมติฐานเชิงวิเคราะห์ของผู้วิจัยคือ ความไม่ชัดเจนในการเชื่อมโยงสถานะทางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนเข้ากับกรอบการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมายและความเสี่ยงเชิงปฏิบัติในการดำเนินงานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทย

7.2 โครงสร้างกฎหมายและหน่วยงานกำกับดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

การศึกษาหัวข้อนี้มุ่งวิเคราะห์ โครงสร้างของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หลักการพื้นฐานและบทบาทของหน่วยงานกำกับดูแล ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประเมินว่า โครงสร้างกฎหมายดังกล่าวเอื้อต่อการนำหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ในบริบทของภาคการศึกษาเพียงใด

ในบริบทของประเทศไทย พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ถูกออกแบบเป็นกฎหมายกลาง ที่ใช้บังคับกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทุกภาคส่วน โดยมีได้กำหนดหมวดหรือแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับภาคการศึกษา ส่งผลให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนต้องตีความและประยุกต์ใช้หลักการของกฎหมายที่พัฒนาขึ้นโดยมีภาครัฐกิจทั่วไปเป็นฐาน ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับลักษณะกิจกรรมทางการศึกษาและโครงสร้างองค์กรที่แตกต่างจากองค์กรเชิงพาณิชย์ ดังที่สะท้อนจากผลการศึกษาในตารางที่ 1

เพื่อให้เห็นความแตกต่างเชิงโครงสร้างและกลไกการกำกับดูแลอย่างเป็นระบบ ผู้วิจัยจึงจัดทำตารางที่ 2 เพื่อเปรียบเทียบ โครงสร้างกฎหมาย และหน่วยงานกำกับดูแล ของประเทศไทย กับระบบของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะกฎหมายกลางเช่นเดียวกัน แต่มีการพัฒนาแนวปฏิบัติและกลไกกำกับดูแลที่ต่างกันไป โดยเฉพาะการจัดทำแนวทางเฉพาะสำหรับภาคการศึกษา

การเปรียบเทียบดังกล่าวมีเป้าหมายเพื่อชี้ให้เห็นว่า ช่องว่างทางกฎหมาย (legal gap) ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทย มิได้เกิดจากการขาดหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หากแต่เกิดจากโครงสร้างการกำกับดูแลและระดับของแนวปฏิบัติเฉพาะภาคส่วนที่ยังไม่สามารถแปลงหลักกฎหมายทั่วไปให้สอดคล้องกับบริบทของภาคการศึกษาได้อย่างเป็นรูปธรรม

ตารางที่ 2 การเปรียบเทียบโครงสร้างกฎหมาย และการกำกับดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
ของประเทศไทย สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐสิงคโปร์

ประเด็น	ไทย (พระราชบัญญัติคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562) ⁹	EU (GDPR) ¹⁰	สหราชอาณาจักร (UK GDPR ¹¹ + DPA 2018 ¹²)	สิงคโปร์ (PDPA 2012) ¹³
กฎหมายหลัก	พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562	Regulation (EU) 2016/679 (GDPR)	UK GDPR + Data Protection Act 2018	Personal Data Protection Act 2012
หน่วยงานกำกับดูแลข้อมูล	คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (คกส.) (PDPC Thailand) (มาตรา 16)	European Data Protection Board (EDPB) และ Supervisory Authorities ของแต่ละประเทศ (มาตรา 51–59, 68–76)	Information Commissioner’s Office (ICO) (มาตรา 115–119)	Personal Data Protection Commission (PDPC) (มาตรา 48-52)
สถานะในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน	เป็นนิติบุคคล ทำหน้าที่เป็น “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” (มาตรา 37)	เป็น “ผู้ควบคุมข้อมูล” (Data Controller) (มาตรา 4(7))	Non-Profit และ For-Profit Universities ในฐานะผู้ควบคุมข้อมูล (มาตรา 205(1))	สถาบันอุดมศึกษาเอกชนถือเป็น “Organization” ต้องคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (ไม่มีคำว่า “ผู้ควบคุมข้อมูล” (Data Controller) (มาตรา 2(1))
มาตรการลงโทษ	ปรับทางปกครองสูงสุดไม่เกิน 5,000,000 บาท (หมวด 6) และโทษทางอาญา จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 500,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 79)	ปรับทางปกครองได้สูงสุด €20 ล้าน หรือ 4% ของรายได้ทั่วโลก (แล้วแต่จำนวนใดสูงกว่า) (มาตรา 83(5))	ปรับสูงสุด £17.5 ล้าน หรือ 4% ของ global turnover (มาตรา 155)	ปรับสูงสุด 1 ล้าน SGD หรือ 10% ของรายได้ต่อปี (มาตรา 48J)

⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, (2562,27 พฤษภาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 136 ตอนที่ 69 ก หน้า 52-95.

¹⁰ European Parliament and Council. (2016). *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*, *Official Journal of the European Union*, L 119, 1–88. 15 October 2025. Source: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

¹¹ Information Commissioner’s Office, The UK GDPR [Online], 15 October 2025. Source: <https://ico.org.uk/for-organisations/data-protection-and-the-eu/data-protection-and-the-eu-in-detail/the-uk-gdpr/>

¹² United Kingdom, Data Protection Act 2018 [Online], 15 October 2025. Source: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>.

¹³ Singapore Statutes Online, Personal Data Protection Act 2012 (No. 26 of 2012) [Online], 15 October 2025. Source: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012>.

ประเด็น	ไทย (พระราชบัญญัติคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562) ⁹	EU (GDPR) ¹⁰	สหราชอาณาจักร (UK GDPR ¹¹ + DPA 2018 ¹²)	สิงคโปร์ (PDPA 2012) ¹³
ลักษณะภาพรวม	ยังไม่มีแนวทางเฉพาะสำหรับภาค การศึกษา	ไม่มีหมวดเฉพาะสำหรับภาค การศึกษา	- Sector-specific Guidance for Education¹⁴ - Sharing Personal Data in an Emergency – A Guide for Universities and Colleges¹⁵ - Education Data¹⁶	มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของ องค์กร (Organization) เป็นการ ทั่วไป และมี Advisory Guidelines for the Education Sector ¹⁷

จากตารางที่ 2 แสดงให้เห็นว่า แม้ประเทศไทย สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐสิงคโปร์ จะใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะ “กฎหมายกลาง” ที่ใช้บังคับกับทุกภาคส่วนเช่นเดียวกัน แต่มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญในด้านโครงสร้างการกำกับดูแล และระดับของแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษา ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อความชัดเจนและประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายในบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

ในกรณีของประเทศไทย พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนมีสถานะเป็น “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” และอยู่ภายใต้โครงสร้างการกำกับดูแลของคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะเดียวกับองค์กรทุกประเภท โดยมีได้แยกหรือกำหนดแนวทางเฉพาะสำหรับภาคการศึกษา ส่งผลให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนต้องตีความและประยุกต์ใช้หลักการ

¹⁴ Information Commissioner’s Office, Schools, universities and colleges [Online], 20 October 2025. Source: <https://ico.org.uk/for-organisations/schools-universities-and-colleges/>.

¹⁵ Information Commissioner’s Office, Sharing personal data in an emergency – a guide for universities and colleges [Online], 20 October 2025. Source: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/data-sharing/sharing-personal-data-in-an-emergency-a-guide-for-universities-and-colleges/>.

¹⁶ Information Commissioner’s Office, Education-data [Online], 20 October 2025. Source: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/right-of-access/education-data/>.

¹⁷ Personal Data Protection Commission, Advisory Guidelines for the Education Sector [Online], 15 October 2025. Source: <https://www.pdpc.gov.sg/guidelines-and-consultation/2018/09/advisory-guidelines-for-the-education-sector>.

ของกฎหมายกลาง ซึ่งออกแบบโดยมีภาคธุรกิจทั่วไปเป็นฐาน ในกิจกรรมทางการศึกษาที่มีลักษณะเฉพาะและซับซ้อน และหากไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้จะเห็นได้ว่า ต้องรับโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง

เมื่อเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักร แม้จะใช้ UK GDPR และ Data Protection Act 2018 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเช่นเดียวกัน แต่ Information Commissioner's Office (ICO) ได้พัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับภาคการศึกษาอย่างเป็นระบบ ทั้งในประเด็นการใช้ฐานกฎหมาย การแบ่งปันข้อมูล การจัดการเหตุฉุกเฉิน และการคุ้มครองข้อมูลของผู้เรียน ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจน ลดความไม่แน่นอนในการตีความ และเอื้อต่อการปฏิบัติของสถาบันการศึกษา

ในทำนองเดียวกัน สาธารณรัฐสิงคโปร์ภายใต้ Personal Data Protection Act 2012 (PDPA) แม้จะกำหนดสถานะของสถาบันการศึกษาในฐานะ “องค์กร” ตามกฎหมายทั่วไป แต่ Personal Data Protection Commission (PDPC) ได้จัดทำ Advisory Guidelines for the Education Sector เพื่อเชื่อมโยงหลักการด้านความเป็นส่วนตัวและความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลเข้ากับบริบทของสถานศึกษาโดยตรง

ดังนั้น ตารางที่ 2 จึงสะท้อนให้เห็นว่า ความแตกต่างเชิงโครงสร้าง หากแต่อยู่ที่การออกแบบกลไกกำกับดูแลและแนวปฏิบัติเฉพาะภาคส่วน ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการแปลงหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากระดับนามธรรมให้สามารถนำไปใช้ได้จริงในบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน อันเป็นฐานสำคัญที่นำไปสู่การอธิบายถึงความจำเป็นของการพัฒนาแนวทางเฉพาะภาคการศึกษาในบทถัดไป

7.3 ลักษณะและประเภทข้อมูลส่วนบุคคล และกลุ่มเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

การดำเนินการกิจของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนเกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในกิจกรรมที่หลากหลายและต่อเนื่องตลอดวงจรการศึกษา ตั้งแต่กระบวนการรับสมัคร การขึ้นทะเบียนนักศึกษา การเรียนการสอน การประเมินผล การวิจัย การให้ทุนการศึกษา การให้บริการสวัสดิการ ตลอดจนกิจกรรมทางวิชาการและกิจกรรมเสริมหลักสูตร ตามพันธกิจด้านการจัดการศึกษา การวิจัย และการให้บริการทางวิชาการของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน¹⁸ ลักษณะดังกล่าวทำให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนต้องประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลหลายกลุ่มพร้อมกัน ภายใต้วัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันและมีระดับความเสี่ยงด้านข้อมูลไม่เท่ากัน ลักษณะเช่นนี้ทำให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในภาคการศึกษามีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญกับองค์กรธุรกิจทั่วไป ทั้งในเชิงจำนวนกลุ่มข้อมูล วงจรชีวิตของข้อมูล และระดับความเปราะบางของเจ้าของข้อมูล

¹⁸พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 มาตรา 8.

ตารางที่ 3 จัดทำเพื่อจำแนกลักษณะ ประเภทและกลุ่มเจ้าของข้อมูล ตามพระราชบัญญัติ สถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ช่องว่างทางกฎหมายและความเหมาะสมของมาตรการคุ้มครองข้อมูลในบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทยต่อไป

ตารางที่ 3 ลักษณะและประเภทข้อมูลส่วนบุคคล และกลุ่มเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในบริบท สถาบันอุดมศึกษาเอกชน

เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ลักษณะข้อมูลส่วนบุคคล	ฐานกฎหมาย พ.ร.บ. สถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546
1. บุคคลที่เกี่ยวกับการให้บริการ การศึกษา		
1.1 กรรมการสภา/ผู้บริหาร/เจ้าหน้าที่	ประวัติ คุณสมบัติ วุฒิการศึกษา การแต่งตั้ง วาระการ ดำรงตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ ฯลฯ	มาตรา 28,34,43,86
1.2 คณาจารย์	ประวัติ คุณสมบัติ วุฒิการศึกษา การแต่งตั้ง หน่วยงาน สังกัด ฯลฯ	มาตรา 45-48
1.3 นักศึกษา	ประวัติ ผลการเรียน ความประพฤติ การทำกิจกรรม บันทึกการเข้าเรียน สถานะภาพการจบการศึกษา ฯลฯ	มาตรา 5,11,34
1.4 บุคคลภายนอก ได้แก่ ผู้ปกครอง/ผู้ค้า ประกัน/คู่สัญญา	ข้อมูลประกอบการศึกษา การกู้ยืม การทำสัญญา ฯลฯ	มาตรา 35
2. ข้อมูลส่วนบุคคลอื่น ๆ (นอกเหนือจากการศึกษา)		
2.1 ผู้ร่วมวิจัยบุคคลภายนอก	ประวัติผู้ร่วมวิจัย คุณสมบัติ ฯลฯ	มาตรา 39
2.2 ผู้รับบริการวิชาการ	ประวัติผู้ขอคำปรึกษา ทางด้านกฎหมายแพทย์ ฯลฯ	มาตรา 40
2.3 ผู้ร่วมกิจกรรมทำนุบำรุง ศิลปวัฒนธรรม	ประวัติผู้ร่วมกิจกรรมทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ	มาตรา 41
2.4 คู่สัญญา	ข้อมูลสัญญา การเปิดเผยเพื่อปฏิบัติตามสัญญา	พ.ร.บ. คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 – ฐานสัญญา
2.5 บุคคลภายนอกทั่วไป/ผู้เยี่ยมชม	ผู้มาเยือน เว็บไซต์ ผู้ติดต่อทั่วไป	พ.ร.บ. คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 6

ผลการศึกษาในตารางที่ 3 แสดงให้เห็นว่า กลุ่มเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทยสามารถจำแนกได้เป็นหลายกลุ่มหลัก ได้แก่ ผู้บริหาร คณาจารย์ บุคลากร นักศึกษา ผู้ปกครอง

ผู้รับทุน ผู้ร่วมวิจัย คู่สัญญา และบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการศึกษา ซึ่งแต่ละกลุ่มเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างกันทั้งในด้านลักษณะ วัตถุประสงค์ และความอ่อนไหวของข้อมูล

ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กฎหมายไทยจำแนกข้อมูลส่วนบุคคลออกเป็นสองประเภทหลัก ได้แก่ ข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป ตามมาตรา 6 และ ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว ตามมาตรา 26 ซึ่งต้องได้รับการคุ้มครองในระดับที่เข้มงวดกว่า โดยเฉพาะข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพ ประวัติการศึกษา ความพิการ ข้อมูลชีวมิติ หรือข้อมูลที่กระทบต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเจ้าของข้อมูล การจำแนกประเภทข้อมูลดังกล่าวมิใช่เพียงประเด็นเชิงนิยามทางกฎหมาย หากแต่ส่งผลโดยตรงต่อภาระหน้าที่ของสถาบันในด้านการกำหนดฐานทางกฎหมายในการประมวลผล การออกแบบกระบวนการขอความยินยอม การจัดทำมาตรการคุ้มครองเพิ่มเติม และการบริหารจัดการความเสี่ยงทางกฎหมายในทางปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม ผลการวิเคราะห์ชี้ให้เห็นว่า กฎหมายไทยยังขาดแนวทางเชิงระบบในการเชื่อมโยงของกิจกรรมทางการศึกษา กลุ่มเจ้าของข้อมูล ประเภทข้อมูล และมาตรการคุ้มครองที่เหมาะสม โดยเฉพาะในกรณีของกลุ่มบุคคลที่กฎหมายมิได้กำหนดนิยามหรือแนวปฏิบัติเฉพาะไว้โดยตรง เช่น ผู้ปกครอง ผู้รับทุน หรือบุคคลภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการศึกษาเป็นครั้งคราว ความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนต้องอาศัยการตีความกฎหมายด้วยตนเองภายใต้กรอบทั่วไปของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งอาจนำไปสู่ความไม่สอดคล้องในการกำหนดมาตรการคุ้มครองข้อมูลและการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลในแต่ละกรณี

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ พบว่า ทั้งสองประเทศเริ่มพัฒนาแนวทางเฉพาะภาคการศึกษาที่จำแนกกลุ่มเจ้าของข้อมูลตามกิจกรรมและวัตถุประสงค์ทางการศึกษาอย่างเป็นระบบ ซึ่งช่วยให้สถาบันสามารถกำหนดฐานทางกฎหมายและมาตรการคุ้มครองข้อมูลได้อย่างเหมาะสมกับบริบทของแต่ละกลุ่มบุคคล แตกต่างจากประเทศไทยที่ยังไม่มีแนวทางในลักษณะดังกล่าวอย่างเป็นทางการ

ช่องว่างทางกฎหมาย (Legal Gap) ที่ปรากฏจากตารางที่ 3 จึงมีได้อยู่ที่การขาดบทบัญญัติว่าด้วยประเภทข้อมูลส่วนบุคคล หากแต่อยู่ที่การขาดกลไกเชิงนโยบายและแนวปฏิบัติที่ช่วยให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนสามารถประยุกต์ใช้หลักการของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ให้สอดคล้องกับความซับซ้อนของกิจกรรมทางการศึกษาได้อย่างเป็นระบบ และเกิดคำถามย่อยทางกฎหมาย ที่เกิดขึ้นจากผลการศึกษาครั้งนี้คือ การบังคับใช้หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแบบเดียวกันกับทุกกลุ่มบุคคลและทุกกิจกรรมทางการศึกษาเพียงพอและเหมาะสมต่อบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนหรือไม่ อย่างไรก็ดี สมมติฐานเชิงวิเคราะห์ ของงานวิจัยเห็นว่า ความซับซ้อนและความต่อเนื่องของการประมวลผลข้อมูลในภาคการศึกษา

จำเป็นต้องมีแนวปฏิบัติเฉพาะที่เชื่อมโยงกิจกรรม กลุ่มเจ้าของข้อมูล และประเภทข้อมูลเข้าด้วยกัน มิฉะนั้นจะเพิ่มความไม่แน่นอนทางกฎหมายและความเสี่ยงในการปฏิบัติแก่สถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทยในระยะยาว

7.4 ปัญหาเชิงโครงสร้างในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

เพื่อให้เห็นภาพเชิงเปรียบเทียบอย่างเป็นระบบเกี่ยวกับข้อจำกัดและช่องว่างในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชนของประเทศไทย โดยได้จัดทำตารางที่ 4 ขึ้นเพื่อสังเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ โดยเปรียบเทียบกับแนวทางของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งมีการพัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาอย่างเป็นรูปธรรม

ตารางที่ 4 มีได้มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อแสดงความแตกต่างของกฎหมายในเชิงพรรณนา หากแต่ใช้เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์ว่า ในประเด็นสำคัญด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ฐานทางกฎหมายในการประมวลผลข้อมูล การขอความยินยอม สิทธิของเจ้าของข้อมูล การโอนข้อมูลข้ามพรมแดน บทบาทของเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และโครงสร้างการกำกับดูแล กฎหมายไทยยังมีช่องว่างหรือความไม่ชัดเจนในประเด็นใด เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่มีระบบกำกับดูแลเฉพาะภาคการศึกษา

การวิเคราะห์ในตารางนี้จึงมุ่งชี้ให้เห็นถึงลักษณะของ “ปัญหาเชิงโครงสร้าง” (structural problem) และ “ช่องว่างเชิงการบังคับใช้” (enforcement gap) ไม่ใช่เชิงตัวบท ซึ่งเป็นฐานสำคัญสำหรับการอภิปรายผลและการเสนอแนวทางเชิงนโยบายและกฎหมายในบทถัดไป

ตารางที่ 4 ปัญหาเชิงโครงสร้างและช่องว่างทางกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน: การเปรียบเทียบประเทศไทย สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐสิงคโปร์

ประเด็น	ไทย	สหราชอาณาจักร	สิงคโปร์
1) กรอบกฎหมายและแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา	ใช้กฎหมายกลาง พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยยังไม่มีแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา ทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างสถาบัน	ใช้ UK GDPR และ Data Protection Act 2018 ควบคู่แนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษาของ ICO	ใช้ PDPA ควบคู่ Advisory Guidelines for the Education Sector ของ PDPC
2) ฐานกฎหมายในการประมวลผลข้อมูล	มักพึ่งพา “ความยินยอม” ¹⁹ เป็นหลัก ขาดแนวทางเลือกฐานกฎหมายที่เหมาะสมกับกิจกรรมการศึกษา	ICO เน้นเลือกฐานกฎหมายที่เหมาะสมกับกิจกรรม (lawful basis first) และหลีกเลี่ยงความยินยอมในความสัมพันธ์เชิงอำนาจ ²⁰	PDPC แนะนำ วัตถุประสงค์และฐานกฎหมายอย่างเป็นระบบในสถานศึกษา
3) ความยินยอมและความโปร่งใสในการเก็บข้อมูล	พบการใช้ความยินยอมรวมทุกวัตถุประสงค์ (blanket consent) และการขอความยินยอม ที่ไม่จำแนกวัตถุประสงค์ เสี่ยงไม่สอดคล้องหลักกฎหมาย	เน้นความยินยอม ที่เฉพาะเจาะจง เข้าใจง่าย และโปร่งใส โดยเฉพาะกรณีผู้เรียน/ผู้เยาว์	ย้ำการขอความยินยอมที่เหมาะสมกับนักเรียนและผู้ปกครอง ลด “ภาวะความล้าจากการให้ความยินยอม” (consent fatigue) ²¹
4) การจำแนกข้อมูลและข้อมูลอ่อนไหว	ขาดแนวทางเฉพาะในการจำแนกข้อมูลตามกิจกรรมการศึกษา ²²	มีแนวปฏิบัติช่วยเชื่อมโยงประเภทข้อมูลกับกิจกรรมของสถาบัน และมีแนวปฏิบัติด้านข้อมูลเด็กและนักศึกษา	มีคำแนะนำปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา สำหรับข้อมูลนักเรียน สุขภาพ และข้อมูลอ่อนไหว
5) สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	สิทธิได้รับรองตามกฎหมาย ²³ แต่การบริหารจัดการสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะในสถาบันยังขาดระบบรองรับ	มีแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา ในการจัดการคำขอใช้สิทธิและระบบ	มีแนวทางและตัวอย่างเชิงปฏิบัติสำหรับการจัดการคำขอใช้สิทธิใน

¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 23 และมาตรา 37 โดย “ความยินยอม” ต้องเป็นอิสระ เฉพาะเจาะจง ชัดแจ้ง และสามารถเพิกถอนได้; ต้องแจ้งวัตถุประสงค์และรายละเอียดตามกฎหมายแก่เจ้าของข้อมูลก่อนหรือขณะเก็บรวบรวม (เช่น นโยบายความเป็นส่วนตัว/Notice).

²⁰ ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันกับนักศึกษามีลักษณะไม่สมดุล ทำให้การพึ่งพา “ความยินยอม” เป็นฐานทางกฎหมายอาจไม่เหมาะสมในหลายกรณี และมีความเสี่ยงต่อการไม่เป็น “ความยินยอมโดยอิสระ” ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

²¹ แนวคิด “consent fatigue” ใช้อธิบายสถานะที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องเผชิญกับคำขอความยินยอมจำนวนมากและบ่อยครั้งจนเกิดความเหนื่อยล้า ส่งผลให้การให้ความยินยอมขาดความตระหนักรู้และไม่สะท้อนเจตจำนงที่แท้จริงของเจ้าของข้อมูล ดูเพิ่มเติมใน European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, para. 20–21; และ Information Commissioner’s Office, Consent, ซึ่งชี้ว่าการขอความยินยอมที่ซ้ำซ้อนอาจบั่นทอนคุณภาพของความยินยอมและไม่สอดคล้องกับหลักความสมัครใจตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล.

²² พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 26.

²³ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 30-36.

ประเด็น	ไทย	สหราชอาณาจักร	สิงคโปร์
		สนองตอบต่อข้อมูลการใช้สิทธิ และมีตัวอย่างแบบฟอร์มหนังสือที่เกี่ยวข้อง	ข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันการศึกษา
6) การโอนข้อมูลไปต่างประเทศ	มีกฎหมายและประกาศรองรับ ²⁴ แต่ยังคงขาดแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา	มีกลไก Chapter V (adequacy, SCCs/IDTA) และแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา	อนุญาตการโอนข้อมูลภายใต้การคุ้มครองที่เพียงพอและแนวทางเกี่ยวกับการโอนข้อมูลข้ามพรมแดน แนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา
7) บทบาทเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) และการกำกับดูแล	ขาดมาตรฐานบทบาท DPO ²⁵ แนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา	ICO กำหนดบทบาท ความเป็นอิสระ และสายการรายงาน DPO ในสถาบันการศึกษา	PDPC สนับสนุนบทบาท DPO และโครงสร้างกำกับดูแลภายในสถาบันการศึกษา
8) ความมั่นคงปลอดภัย และการแจ้งเหตุข้อมูลรั่วไหล	กำหนดหน้าที่ตามกฎหมาย ²⁶ แม้กำหนดหน้าที่ชัดเจน แต่การจัดการเชิงระบบยังเป็นความท้าทายเนื่องจากขาดแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา โดยเฉพาะในบริบทที่สถาบันอยู่ภายใต้การกำกับหลายหน่วยงาน (อว และ คกส.)	กำหนดแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา อาทิ Education data guidance และ Personal data breaches guidance (ใช้เป็นมาตรฐานสำหรับสถาบันอุดมศึกษา)	กำหนดแนวปฏิบัติเฉพาะสถาบันการศึกษา โดยเฉพาะในมาตรการความมั่นคงปลอดภัยและมีการแจ้งเหตุละเมิดข้อมูล

จากตารางที่ 4 พบว่า ปัญหาหลักในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชนของประเทศไทย มิได้เกิดจากการขาดกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หากแต่เกิดจากความไม่ชัดเจนในการตีความกฎหมายกลาง และการขาดกลไกกำกับดูแลเชิงโครงสร้างที่เชื่อมโยงกฎหมายดังกล่าวเข้ากับบริบทเฉพาะของภาคการศึกษา ซึ่งส่งผลให้การนำกฎหมายไปใช้ในทางปฏิบัติมีความไม่แน่นอนและมีความเสี่ยงเชิงระบบ

เมื่อพิจารณาในแต่ละประเด็น จะเห็นได้ว่าแม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะกำหนดหลักการสำคัญไว้ครบถ้วน เช่น หลักความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจง (มาตรา 19) สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (มาตรา 30–36) หลักเกณฑ์การโอนข้อมูลข้ามพรมแดน (มาตรา 28 และ 29) และหน้าที่ของ

²⁴ ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เรื่อง หลักเกณฑ์การอนุญาตให้เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตหรือผู้ปกครอง" และ "ประกาศ สคส. เรื่อง หลักเกณฑ์ที่หน่วยงานของรัฐหรือผู้มีอำนาจตามกฎหมายกำหนดให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปอย่างเพียงพอ" กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับการโอนข้อมูลไปต่างประเทศ (ประเทศปลายทาง) และช้อยกเว้นต่างๆ เพื่อให้เป็นไปตาม พ.ร.บ. คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยเฉพาะการโอนข้อมูลไปประเทศที่ไม่มีมาตรฐานคุ้มครองข้อมูลเพียงพอ.

²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 41 และ 42.

²⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 37.

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (มาตรา 37) แต่กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดแนวทางเฉพาะสำหรับบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ดังที่สะท้อนในตารางที่ 4 ว่า แต่ละประเด็นยังขาดแนวปฏิบัติที่แปลงหลักกฎหมายไปสู่ขั้นตอนปฏิบัติที่เหมาะสมกับกิจกรรมทางการศึกษาโดยตรง ซึ่งมีลักษณะการประมวลผลข้อมูลที่ซับซ้อนแตกต่างจากองค์กรเชิงพาณิชย์ทั่วไป

ตัวอย่างที่สะท้อนความคลุมเครือดังกล่าว ได้แก่ การขอความยินยอมจากนักศึกษาและผู้เกี่ยวข้อง ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าบางสถาบันยังใช้แบบฟอร์มความยินยอมแบบรวมทุกวัตถุประสงค์ (blanket consent) อันอาจไม่สอดคล้องกับหลัก “ความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจง” ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และมีความเสี่ยงที่ความยินยอมดังกล่าวอาจไม่สมบูรณ์ในทางกฎหมาย หากถูกท้าทายในการบังคับใช้จริง

ในประเด็นการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปต่างประเทศ แม้ประเทศไทยจะมีการออกประกาศคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 28 และมาตรา 29 แล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติยังขาดแนวทางที่เข้าใจง่ายและเหมาะสมกับสถาบันอุดมศึกษาเอกชน โดยเฉพาะในกรณีการใช้แพลตฟอร์มการเรียนการสอน การจัดเก็บข้อมูลบนระบบคลาวด์ และการร่วมวิจัยกับหน่วยงานต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่มีคู่มือและแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับภาคการศึกษาโดยตรง

การเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงสะท้อนให้เห็นว่า จุดแข็งของทั้งสองประเทศมิได้อยู่ที่การมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างจากประเทศไทย หากแต่อยู่ที่การพัฒนา “แนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษา” และกลไกกำกับดูแลแบบหลายชั้น (multi-layer governance) ที่ช่วยแปลงหลักกฎหมายทั่วไปให้สามารถนำไปใช้ได้จริงในบริบทของสถาบันการศึกษา

ดังนั้น ตารางที่ 4 จึงชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทยเป็นปัญหาเชิงโครงสร้างและเชิงการบังคับใช้ มากกว่าปัญหาเชิงตัวบทกฎหมาย โดยเกิดจากการขาดแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาและกลไกกำกับดูแลแบบหลายชั้น ซึ่งเป็นฐานสำคัญที่นำไปสู่การอภิปรายผลและข้อเสนอเชิงนโยบายและกฎหมายในบทถัดไป

8. อภิปรายผล

การวิจัยนี้มุ่งวิเคราะห์ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักร สาธารณรัฐสิงคโปร์ และหลักการของ GDPR ซึ่งผลการศึกษาที่ได้สามารถอภิปรายตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยทั้ง 4 ข้อได้ดังนี้

8.1 สถานะทางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนกับผลต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

จากผลการศึกษาในตารางที่ 1 พบว่า สถาบันอุดมศึกษาเอกชนของประเทศไทยมีสถานะเป็นนิติบุคคลไม่แสวงหากำไรและห้ามแบ่งผลกำไร ตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการจัดการศึกษาเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิใช่การดำเนินกิจการเชิงพาณิชย์ในความหมายของกฎหมายธุรกิจทั่วไป สถานะดังกล่าวสะท้อนแนวคิดของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในฐานะ “เอกชนที่ปฏิบัติภารกิจเชิงสาธารณะ” ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐในหลายมิติ ทั้งด้านนโยบาย มาตรฐานทางวิชาการ และการบริหารจัดการ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับ “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” ทุกประเภทโดยไม่แยกสถานะเชิงกำไรหรือไม่แสวงหากำไร สถาบันอุดมศึกษาเอกชนจึงต้องรับภาระหน้าที่ด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับเดียวกับองค์กรธุรกิจเอกชนทั่วไป ทั้งในด้านการจัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) การจัดทำการประเมินผลกระทบด้านการคุ้มครองข้อมูล (DPIA) และการจัดทำเอกสารการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยกฎหมายมิได้กำหนดแนวทางเฉพาะหรือกลไกผ่อนปรนที่คำนึงถึงข้อจำกัดเชิงโครงสร้างของสถาบันที่ไม่แสวงหากำไร

ผลในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นคือ สถาบันอุดมศึกษาเอกชนซึ่งมีข้อจำกัดด้านงบประมาณ บุคลากร และโครงสร้างพื้นฐานทางเทคโนโลยี ต้องแบกรับต้นทุนการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลในระดับเดียวกับองค์กรเชิงพาณิชย์ที่สามารถกระจายภาระต้นทุนไปยังผู้ให้บริการได้ ในขณะที่ผู้รับบริการด้านการศึกษาเป็นกลุ่มบุคคลที่ยังไม่มีรายได้หรือมีศักยภาพทางเศรษฐกิจจำกัด ความแตกต่างดังกล่าวก่อให้เกิด “ความไม่สอดคล้องเชิงโครงสร้าง” ระหว่างสถานะทางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนกับรูปแบบของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ออกแบบในลักษณะกฎหมายกลาง

เมื่อเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักร แม้ว่าสถาบันอุดมศึกษาจำนวนมากจะมีสถานะเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรเช่นเดียวกัน แต่รัฐได้จัดให้มี แนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษา ผ่านหน่วยงานกำกับดูแลอย่าง Information Commissioner’s Office (ICO) เพื่ออธิบายการประยุกต์ใช้หลักการของ UK GDPR ให้สอดคล้องกับบริบทของมหาวิทยาลัยและสถาบันการศึกษาโดยตรง ขณะที่สาธารณรัฐสิงคโปร์ แม้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนส่วนใหญ่จะมีสถานะเป็นบริษัทจำกัด แต่ Personal Data Protection Commission (PDPC) ได้จัดทำ Advisory Guidelines for the Education Sector เพื่อปรับใช้หลักการของกฎหมายกลางให้เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของสถานศึกษา

ดังนั้น ปัญหาหลักของประเทศไทยจึงมิได้เป็นเพียงการกำหนดสถานะของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เป็นนิติบุคคลไม่แสวงหากำไร และได้เป็นเพียงปัญหาเชิงทรัพยากรหรือเชิงการปฏิบัติของสถาบันเป็นรายแห่ง หากแต่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างของระบบกำกับดูแลที่ยังขาดกลไกเชื่อมโยงกฎหมายกลางเข้ากับบริบทภาค การศึกษา ที่สามารถแปลงหลักการของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นกฎหมายกลาง ให้สอดคล้อง กับพันธกิจ ลักษณะกิจกรรม และข้อจำกัดเชิงโครงสร้างของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนอย่างเป็นระบบ ความไม่ สอดคล้องเชิงโครงสร้างดังกล่าวเป็นฐานสำคัญที่นำไปสู่การพิจารณาเปรียบเทียบรูปแบบการกำกับดูแลของ สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ในหัวข้อถัดไป เพื่อชี้ให้เห็นบทบาทของแนวปฏิบัติเฉพาะภาค การศึกษาในการเสริมประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

8.2 การเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐ สิงคโปร์

ผลการศึกษาในตารางที่ 2 แสดงให้เห็นว่า แม้ประเทศไทย สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐสิงคโปร์ จะใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะเป็น “กฎหมายกลาง” (general data protection law) เช่นเดียวกัน ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของประเทศไทย กฎหมายคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation: GDPR) ซึ่งบังคับใช้ผ่าน UK GDPR และ Data Protection Act 2018 ในสหราชอาณาจักร และ Personal Data Protection Act 2012 (PDPA) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ แต่โครงสร้างการกำกับดูแลและระดับของมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ในภาคการศึกษากลับมีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

คำว่า “โครงสร้างการกำกับดูแล” ในที่นี้ มิได้หมายถึงเพียงการมีหน่วยงานกำกับดูแลตามกฎหมาย เท่านั้น หากแต่รวมถึง (1) บทบาทและอำนาจของหน่วยงานกำกับดูแลในการออกแนวปฏิบัติ (guidelines) (2) การเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายแม่บทกับแนวปฏิบัติเฉพาะภาคส่วน และ (3) กลไกสนับสนุนเชิงปฏิบัติที่ช่วย ให้ผู้ควบคุมข้อมูลสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างเหมาะสมกับบริบทของกิจกรรมนั้น ๆ²⁷

ในกรณีของประเทศไทย แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะกำหนดให้มี คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหน่วยงานกำกับดูแล และมีสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นฝ่ายสนับสนุน แต่บทบาทของหน่วยงานดังกล่าวยังคงมุ่งเน้นการกำกับดูแลในเชิงทั่วไป โดยยังไม่มีแนวปฏิบัติหรือมาตรฐานเฉพาะที่เชื่อมโยงหลักการของกฎหมายกับบริบทของสถาบันอุดมศึกษา อย่างเป็นระบบ ส่งผลให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนต้องตีความและนำกฎหมายไปใช้ภายใต้กรอบเดียวกับภาค ธุรกิจทั่วไป ซึ่งมีลักษณะกิจกรรมและความเสี่ยงด้านข้อมูลแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

27 ดูแนวคิดเรื่อง sector-specific governance ใน Information Commissioner's Office, Education Data: Guidance for Universities and Colleges (เชิงอรรถ 16).

ในทางเปรียบเทียบ สหราชอาณาจักรภายใต้ UK GDPR และ Data Protection Act 2018 แม้จะใช้กฎหมายกลางเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ Information Commissioner's Office (ICO) ได้พัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับภาคการศึกษาอย่างเป็นระบบ เช่น Education Data Guidance และ Sharing Personal Data in an Emergency – A Guide for Universities and Colleges ซึ่งอธิบายการประยุกต์ใช้หลัก lawful basis การขอความยินยอม (consent) หลักการลดการใช้ข้อมูลเท่าที่จำเป็น (data minimisation) และมาตรการด้านความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลในบริบทของมหาวิทยาลัยและสถาบันการศึกษาโดยตรง แนวปฏิบัติดังกล่าวช่วยลดความไม่แน่นอนในการตีความกฎหมาย และลดความเสี่ยงในการใช้ความยินยอมในความสัมพันธ์ที่มีลักษณะอำนาจไม่สมดุลระหว่างสถาบันกับนักศึกษา²⁸

ในทำนองเดียวกัน สาธารณรัฐสิงคโปร์ภายใต้ Personal Data Protection Act 2012 (PDPA) ได้พัฒนา Advisory Guidelines for the Education Sector โดย Personal Data Protection Commission (PDPC) ซึ่งครอบคลุมทั้งหลักการด้านความเป็นส่วนตัว เช่น การแจ้งวัตถุประสงค์และการขอความยินยอมจากนักเรียนและผู้ปกครอง และมาตรการด้านความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล เช่น การเก็บรักษา การทำลาย และการจัดการเหตุข้อมูลรั่วไหลในบริบทของสถานศึกษาอย่างเฉพาะเจาะจง ส่งผลให้สถาบันการศึกษามีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน และสามารถจัดการความเสี่ยงด้านข้อมูลได้อย่างเป็นระบบมากขึ้น

จากการเปรียบเทียบดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างเชิงสาระระหว่างประเทศไทยกับประเทศเปรียบเทียบ มิได้อยู่ที่การมีหรือไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หากแต่อยู่ที่ระดับของการพัฒนา “โครงสร้างการกำกับดูแลแบบหลายชั้น” (multi-layer governance) ซึ่งเชื่อมโยงกฎหมายกลางเข้ากับแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาอย่างเป็นรูปธรรม ในขณะที่ประเทศไทยยังคงอยู่ในรูปแบบการกำกับดูแลแบบ “ชั้นเดียว” (single-layer regulation) ที่พึ่งพากฎหมายแม่บทเป็นหลัก ความแตกต่างเชิงโครงสร้างดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญที่อธิบายได้ว่า เหตุใดการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทยจึงยังคงมีความไม่แน่นอนและมีความเสี่ยงในทางปฏิบัติผลการศึกษา

8.3 ปัญหาการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและช่องว่างเชิงการบังคับใช้ (Enforcement Gap)

จากตารางที่ 3 และตารางที่ 4 พบว่า สถาบันอุดมศึกษาเอกชนมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของกลุ่มบุคคลที่หลากหลายและซับซ้อน ทั้งข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปและข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว แม้

²⁸ Information Commissioner's Office, Lawful basis for processing, guidance under the UK GDPR, [Online], 15 October 2025. Source: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/lawful-basis/a-guide-to-lawful-basis/>

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลไว้อย่างครบถ้วน แต่ในทางปฏิบัติ สิทธิเหล่านี้มักประสบปัญหาในการบังคับใช้จริง

ปัญหาดังกล่าวส่วนใหญ่ไม่ได้เกิดจากความบกพร่องของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน หากแต่เป็นผลจากโครงสร้างการกำกับดูแลที่ยังไม่เอื้อต่อภาคการศึกษาโดยเฉพาะ พบว่าอุปสรรคสำคัญ ได้แก่ ข้อจำกัดด้านโครงสร้างพื้นฐานทางเทคโนโลยีและความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล การขาดมาตรฐานกลางที่เชื่อมโยง PDPA กับมาตรฐานสากล เช่น ISO/IEC 27001 หรือ 27701 รวมถึงข้อจำกัดด้านวัฒนธรรมองค์กรและความเข้าใจของบุคลากรเกี่ยวกับบทบาทของ DPO และกระบวนการบริหารจัดการสิทธิของเจ้าของข้อมูล

นอกจากนี้ การที่สถาบันอุดมศึกษาเอกชนอยู่ภายใต้การกำกับของกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม ควบคู่กับการกำกับดูแลด้านข้อมูลส่วนบุคคลโดยคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ยังทำให้เกิดภาวะเขตอำนาจทับซ้อนและขาดแนวปฏิบัติที่เป็นเอกภาพ ส่งผลให้สิทธิของเจ้าของข้อมูลกลายเป็น “สิทธิตามกฎหมายแต่ไม่เกิดผลเต็มที่ในทางปฏิบัติ”

8.4 แนวทางเชิงนโยบายและกฎหมายที่ประเทศไทยควรพัฒนา

จากผลการอภิปรายข้างต้น สามารถสังเคราะห์แนวทางเชิงนโยบายและกฎหมายที่ประเทศไทยควรพัฒนาได้ในสามระดับ ได้แก่

(1) ระดับแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษา ซึ่งเสนอให้จัดทำแนวทางกลาง (National Guidelines) ที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำด้านการคุ้มครองข้อมูลสำหรับกิจกรรมหลักของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เช่น การรับสมัคร การเรียนการสอน การวิจัย และการใช้แพลตฟอร์มดิจิทัล

(2) ระดับกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเสนอให้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในการออกประกาศหรือหลักเกณฑ์เฉพาะที่เชื่อมโยงกฎหมายกลางเข้ากับบริบทของภาคการศึกษา

(3) ระดับการกำกับดูแลเชิงสถาบัน ซึ่งเสนอให้มีการบูรณาการบทบาทของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับหน่วยงานด้านการอุดมศึกษา เพื่อให้การกำกับดูแลมีเอกภาพและลดความซ้ำซ้อน

แนวทางดังกล่าวจะช่วยเชื่อมโยงกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเข้ากับบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนอย่างเป็นระบบ และยกระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลให้เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

9. บทสรุป

จากผลการศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและการวิเคราะห์เชิงโครงสร้างของการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชนของประเทศไทย สามารถสรุปได้ว่า ข้อจำกัดสำคัญของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาคการศึกษาเอกชน มิได้เกิดจากความไม่

เพียงพอของตัวบทกฎหมาย หากแต่อยู่ที่การขาดแนวทางเฉพาะภาคการศึกษาและกลไกกำกับดูแลที่เชื่อมโยงกฎหมายกลางเข้ากับลักษณะเฉพาะของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนอย่างเป็นระบบ

สถานะของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในฐานะนิติบุคคลไม่แสวงหากำไรตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ส่งผลโดยตรงต่อโครงสร้างการบริหารจัดการ ทรัพยากร และศักยภาพในการปฏิบัติตามพันธกรณีด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แม้สถานะดังกล่าวจะเอื้อต่อการดำเนินภารกิจเชิงสาธารณะและการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เรียนเป็นสำคัญ แต่เมื่อถูกกำกับภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ออกแบบมาในลักษณะกฎหมายกลางสำหรับทุกภาคส่วน ย่อมนำไปสู่ความไม่สอดคล้องเชิงโครงสร้างและความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ พบว่า ทั้งสองประเทศสามารถลดช่องว่างดังกล่าวได้ผ่านการพัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษา (sector-specific guidance) ควบคู่กับการมีกลไกกำกับดูแลที่ชัดเจนและมีบทบาทเชิงสนับสนุนทางวิชาการอย่างเป็นระบบ แนวทางดังกล่าวมิได้เป็นการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หากแต่เป็นการปรับใช้กฎหมายกลางให้สอดคล้องกับบริบทเฉพาะของสถาบันการศึกษาอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นบทเรียนสำคัญสำหรับประเทศไทยในเชิงโครงสร้างและเชิงนโยบาย

ดังนั้น คำตอบของคำถามวิจัยที่ว่า “ประเทศไทยควรมีแนวทางเฉพาะสำหรับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนหรือไม่ และควรมีรูปแบบใด” คือ ประเทศไทยควรพัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาโดยไม่จำเป็นต้องยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่ควรเสริมกลไกกำกับดูแลเชิงระบบที่เชื่อมโยงระหว่างกฎหมายกลาง หน่วยงานกำกับดูแล และบริบทของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนอย่างเป็นรูปธรรม

การพัฒนาแนวทางกลางหรือกฎหมายลำดับรองเฉพาะสำหรับภาคการศึกษาเอกชนจึงมีความจำเป็นในเชิงโครงสร้าง เพื่อช่วยลดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย เพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และยกระดับมาตรฐานการบริหารจัดการข้อมูลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลในระยะยาว ทั้งนี้ “กรอบกำกับดูแลเชิงระบบ” ในที่นี้ หมายถึงการสร้างเชื่อมโยงอย่างเป็นเอกภาพตั้งแต่ระดับนโยบายของรัฐ ระดับหน่วยงานกำกับดูแล ไปจนถึงระดับสถาบันผู้ปฏิบัติ เพื่อให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนเกิดผลอย่างแท้จริงทั้งในเชิงกฎหมายและเชิงปฏิบัติการ

10. ข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและการอภิปรายผลข้างต้น เห็นได้ชัดว่า ปัญหาในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทยมิได้เกิดจากความไม่เพียงพอของพระราชบัญญัติ

คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หากแต่เกิดจากการขาด “แนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษา” และกลไกกำกับดูแลที่สามารถเชื่อมโยงกฎหมายกลางดังกล่าวเข้ากับลักษณะเฉพาะของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนได้
อย่างเป็นระบบ งานวิจัยนี้จึงเสนอแนวทางเชิงนโยบาย กฎหมาย และการปฏิบัติใน 2 ระดับ ดังต่อไปนี้

10.1 ระดับนโยบายของรัฐและหน่วยงานกำกับดูแล

10.1.1 การจัดทำแนวทางกลางระดับชาติสำหรับภาคการศึกษา (National Guidelines for the Education Sector)

เสนอให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ร่วมกับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม จัดทำ “แนวทางกลางด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสำหรับภาคการศึกษา” เพื่อทำหน้าที่เป็นกลไกเชื่อมโยงระหว่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กับพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546

แนวทางกลางดังกล่าว มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือยกเว้นหลักการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หากแต่เป็นการตีความและกำหนดแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับภาคการศึกษา เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายกลางสอดคล้องกับลักษณะกิจกรรม วงจรข้อมูล และกลุ่มเจ้าของข้อมูลของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนโดยเฉพาะ

สาระสำคัญของแนวทางกลางควรกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (national baseline) ครอบคลุมอย่างน้อยในประเด็นต่อไปนี้

- (1) การจำแนกกิจกรรมทางการศึกษาและประเภทข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้อง
- (2) การกำหนดฐานทางกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลในบริบทการศึกษา โดยไม่พึ่งพาความยินยอมเพียงอย่างเดียว

(3) หลักเกณฑ์การขอความยินยอม การถอนความยินยอม และการใช้ข้อมูลของผู้เยาว์

(4) แนวทางการบริหารจัดการสิทธิของเจ้าของข้อมูลในระบบสถาบันการศึกษา

(5) การโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปต่างประเทศในบริบทความร่วมมือทางการศึกษา

(6) การจัดการเหตุข้อมูลรั่วไหลในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

การมีแนวทางกลางดังกล่าวจะช่วยลดความแตกต่างในการตีความกฎหมาย เสริมความแน่นอนทางกฎหมาย และลดความเสี่ยงในการปฏิบัติของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนอย่างมีนัยสำคัญ

10.1.2 การออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายเฉพาะสำหรับภาคการศึกษา

ในระยะยาว รัฐควรพิจารณาการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในการออกกฎหมายลำดับรอง หรือกำหนดมาตรการเฉพาะสำหรับภาคการศึกษา โดยมีลักษณะเป็น

กฎหมายที่เสริมและขยายผลการบังคับใช้กฎหมายแม่บท มิใช่กฎหมายที่ยกเว้นหรือบ่อนทำลายการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของข้อมูล

กฎหมายลำดับรองดังกล่าวควรกำหนด

- (1) หน้าที่เฉพาะของผู้ควบคุมข้อมูลในภาคการศึกษา
- (2) หลักเกณฑ์ด้านความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลที่เหมาะสมกับศักยภาพของสถาบัน
- (3) บทบาทและอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) ในบริบท

สถาบันอุดมศึกษา

(4) กลไกกำกับดูแลและการประสานงานระหว่างหน่วยงานกำกับดูแลด้านการศึกษาและด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

มาตรการดังกล่าวจะช่วยเสริมความแน่นอน โปร่งใส และความสามารถในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

10.1.3 การนำแนวทางจากต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับบริบทไทย

เสนอให้รัฐศึกษาแนวทางของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ โดยเฉพาะบทบาทของหน่วยงานกำกับดูแล เช่น Information Commissioner's Office (ICO) และ Personal Data Protection Commission (PDPC) ซึ่งมีการจัดทำแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับภาคการศึกษาอย่างเป็นระบบ

อย่างไรก็ดี การนำแนวทางจากต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทยควรเป็นการประยุกต์เชิงโครงสร้างและเชิงนโยบาย มากกว่าการถ่ายโอนเชิงเทคนิคโดยตรง เช่น

- (1) การจัดทำแนวปฏิบัติเฉพาะภาคการศึกษาโดยหน่วยงานกำกับดูแล
- (2) การพัฒนาแบบฟอร์มและแนวทางมาตรฐานด้านประกาศความเป็นส่วนตัว (privacy notice) และความยินยอมสำหรับนักศึกษา
- (3) การกำหนดกลไกสนับสนุนเชิงวิชาการและเชิงเทคนิคแก่สถาบันอุดมศึกษา
- (4) การสร้างความร่วมมือระหว่างหน่วยงานกำกับดูแลด้านข้อมูลส่วนบุคคลและหน่วยงานด้านอุดมศึกษา

แนวทางดังกล่าวจะช่วยให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาคการศึกษาไทยสอดคล้องกับมาตรฐานสากล โดยไม่ขัดกับบริบททางกฎหมายและโครงสร้างของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไทย

10.2 ระดับสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

10.2.1 การกำหนดนโยบายและแนวปฏิบัติภายในที่ชัดเจน

สถาบันอุดมศึกษาเอกชนควรกำหนดนโยบายด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเชื่อมโยงกับลักษณะกิจกรรมทางการศึกษาและการบริหารจัดการภายใน เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันในองค์กรและลดความเสี่ยงจากการปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมาย

10.2.2 การพัฒนาโครงสร้างการกำกับดูแลข้อมูลส่วนบุคคลภายในสถาบัน

ควรแต่งตั้งเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (DPO) อย่างเป็นทางการ จัดตั้งคณะทำงานด้านการคุ้มครองข้อมูล และกำหนดกระบวนการประเมินความเสี่ยงด้านข้อมูล (DPIA) เพื่อสร้างระบบกำกับดูแลภายในที่เป็นเอกภาพและตรวจสอบได้

10.2.3 การปรับกระบวนการประมวลผลข้อมูลให้สอดคล้องกับกฎหมาย

สถาบันควรปรับปรุงกระบวนการเก็บ ใช้เปิดเผย และโอนข้อมูลส่วนบุคคลให้มีความโปร่งใส เข้าใจง่าย และเหมาะสมกับกลุ่มเจ้าของข้อมูล โดยเฉพาะกรณีข้อมูลของผู้เยาว์และข้อมูลอ่อนไหว รวมถึงจัดให้มีระบบจัดเก็บเอกสารและบันทึกการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเป็นระบบ

10.2.4 การยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลสู่มาตรฐานสากล

เพื่อเสริมสร้างความน่าเชื่อถือและลดความเสี่ยงเชิงสถาบัน สถาบันอุดมศึกษาเอกชนควรพิจารณานำมาตรฐานด้านความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล เช่น ISO/IEC 27001 หรือแนวทางด้าน cybersecurity มาประยุกต์ใช้ควบคู่กับการพัฒนาศักยภาพบุคลากรทุกระดับอย่างต่อเนื่อง

รายการอ้างอิง

- ดิเรก ควรสมาคม, **คำอธิบายกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาเอกชน**, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558).
- นคร เสรีรักษ์, **ความเป็นส่วนตัว: ความคิด ความรู้ ความจริง และพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย**, (กรุงเทพฯ: พีเพรส, 2557).
- นพดล ปกรณ์นิมิตติ, **ศึกษาขอบอำนาจของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546**, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2551).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักสิทธิเสรีภาพ เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2558).
- ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภและคณะ, **Thailand Data Protection Guidelines 3.0: แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล**, (กรุงเทพฯ: ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563).
- ศิริพงษ์ รักใหม่, **พัฒนาการของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย**, (วิทยานิพนธ์ครุศาสตรดุษฎีบัณฑิตคณะครุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558).
- สุมาลี วงษ์วิจิต, **การพัฒนากฎหมายการกำกับดูแลมาตรฐานการศึกษาของมหาวิทยาลัยเอกชนไทยเพื่อให้สอดคล้องกับความผูกพันในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนสาขาการศึกษา**, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 48 ฉบับที่ 3 (2562), หน้า 528-553.
- Atherton, G., Lewis, J., and Bolton, P., ‘Higher Education in the UK: Systems, Policy Approaches, and Challenges’ (Commons Library Research Briefing, 2023) [Online], 11 March 2024. Source: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9640/CBP-9640.pdf>
- Auston Institute of Management, **Private Universities in Singapore: What to Consider?** [Online], 11 March 2024. Source: <https://www.auston.edu.sg/advice/private-universities-in-singapore-what-to-consider/>
- Fary, Michael, et al., ‘Data Protection Primer for Higher Education: Environmental Considerations, Culture, and Practices’ (ECAR Working Group Paper, Louisville, CO: ECAR, 2016) [Online], 11 March 2024. Source: https://www.researchgate.net/publication/309200781_Data_Protection_Primer_for_Higher_Education.
- K12 Academics, **Legal Status of Universities in the United Kingdom** [Online], 11 March 2024. Source:

<https://www.k12academics.com/Education%20Worldwide/Education%20in%20the%20United%20Kingdom/Universities%20in%20the%20United%20Kingdom/legal-status->

บทความวิจัย (Research Article)

แนวทางและมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนกิจการอวกาศ: ศึกษากรณีจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศไทย

Guidelines and Measures for the Promotion and Support of Space Activities: A
Case Study the Establishment of the Thai Space Activities Promotion Fund

ชูเกียรติ น้อยฉิม

รองศาสตราจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง อาคาร E2 ชั้น 2 เลขที่ 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง
จังหวัดเชียงราย รหัสไปรษณีย์ 57100
อีเมล: chukeat.nio@mfu.ac.th

Chukeat Noichim

Associate Professor, School of Law, Mae Fah Luang University
School of Law, Mae Fah Luang University, Building E2 floor 2, No. 333 Moo 1, Tha-Sut Sub-
District, Muang District, Chiang-Rai Province, Zip code 57100,
E-mail: chukeat.nio@mfu.ac.th

อรชมน พิเชฐวรกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง อาคาร E2 ชั้น 2 เลขที่ 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง
จังหวัดเชียงราย รหัสไปรษณีย์ 57100
อีเมล: arachamon.pic@mfu.ac.th

Arachamon Pichetworakoon

Assistant Professor, School of Law, Mae Fah Luang University
School of Law, Mae Fah Luang University, Building E2 floor 2, No. 333 Moo 1, Tha-Sut Sub-
District, Muang District, Chiang-Rai Province, Zip code 57100,

E-mail: arachamon.pic@mfu.ac.th

สุวิจักขณ์ จันดาพันธ์

อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง อาคาร E2 ชั้น 2 เลขที่ 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง
จังหวัดเชียงราย รหัสไปรษณีย์ 57100
อีเมล: suwijak.cha@mfu.ac.th

Suwijak Chandaphan

Lecturer, School of Law, Mae Fah Luang University
School of Law, Mae Fah Luang University, Building E2 floor 2, No. 333 Moo 1, Tha-Sut Sub-District, Muang District, Chiang-Rai Province, Zip code 57100,
E-mail: suwijak.cha@mfu.ac.th

นภวัฒน์ สืบบุญธรรม

เจ้าหน้าที่โครงการ (ด้านนิติกรรมและสัญญา)
ส่วนบริหารงานวิจัย สถาบันวิจัยและนวัตกรรมมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ส่วนบริหารงานวิจัย สถาบันวิจัยและนวัตกรรมมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง อาคาร AS ชั้น 2 เลขที่ 333 หมู่ 1
ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย รหัสไปรษณีย์ 57100
อีเมล: napawat.research@mfu.ac.th

Napawat Suebnusorn

Project Coordinator (Juristic Act and Contract Law),
Research Administration Division, Mae Fah Luang University Research and Innovation Institute
Research Administration Division, Mae Fah Luang University Research and Innovation
Institute, Building AS floor 2, No. 333 Moo 1, Tha-Sut Sub-District, Muang District, Chiang-Rai
Province, Zip code 57100,
E-mail: napawat.research@mfu.ac.th

วันที่รับบทความ 21 พฤศจิกายน 2568; วันที่แก้ไขบทความ 15 กุมภาพันธ์ 2569 ;
วันที่ตอบรับบทความ 16 กุมภาพันธ์ 2569

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาแนวทางและมาตรการการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศไทย โดยได้วิเคราะห์แนวทางการดำเนินงานของประเทศต่าง ๆ ใน 3 กลุ่มหลัก ได้แก่ กลุ่มประเทศมหาอำนาจทางด้านอวกาศ กลุ่มประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านอวกาศ และกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทางด้านอวกาศ ผลการศึกษาพบว่า สหรัฐอเมริกามีระบบบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพสูงสุด โดยมีกรอบกฎหมายที่ชัดเจน กลไกการสนับสนุนทางการเงินที่หลากหลาย และความร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชน ขณะที่จีนมีการพัฒนาระบบที่ผสมผสานการควบคุมโดยรัฐและการเปิดรับภาคเอกชน โดยเน้นการพัฒนาครบวงจรในด้านการวิจัยและพัฒนา การลงทุน และโครงสร้างพื้นฐาน และญี่ปุ่นให้ความสำคัญกับนโยบายพื้นฐานของกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ โดยมุ่งเน้นกิจกรรมการขนส่ง ดาวเทียม และการสำรวจ และทั้งนี้ พบว่า ระดับการพัฒนาทางอวกาศไม่ใช่ตัวกำหนดเพียงอย่างเดียวในการมีกรอบนโยบายที่สมบูรณ์ แต่ขึ้นอยู่กับความวางแผนเชิงยุทธศาสตร์และความมุ่งมั่นในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของแต่ละประเทศ สำหรับข้อเสนอแนะต่อประเทศไทยในการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศที่มีประสิทธิภาพนั้น เห็นควรนำแนวทางสหรัฐอเมริกาและฟิลิปปินส์ มาปรับใช้ในด้านกฎหมายและระเบียบ ส่วนแนวทางของจีนมาปรับใช้ในด้านโครงสร้างการบริหารจัดการและการระดมทุน แนวทางญี่ปุ่นมาปรับใช้ในด้านนโยบายที่ยืดหยุ่น และควรมีความชัดเจนของกรอบกฎหมายเน้นการจัดทำกรอบกฎหมายและโครงสร้างพื้นฐานที่ชัดเจน การบริหารจัดการและโครงสร้างองค์กรที่เหมาะสม นอกจากนี้ ในการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศไทยควรเป็นการผสมผสานแนวทางที่ดีที่สุดจากประเทศต่าง ๆ ที่คำนึงถึงบริบทและศักยภาพของประเทศ โดยเริ่มต้นด้วยกรอบนโยบายและกฎหมายที่ชัดเจน มีโครงสร้างการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ และการใช้งบประมาณในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานทางอุตสาหกรรมอวกาศอย่างเป็นระบบสอดคล้องกับยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศในระยะยาว

คำสำคัญ: กิจการอวกาศ กองทุน การส่งเสริมและสนับสนุน โครงสร้างพื้นฐานด้านอุตสาหกรรมอวกาศ

Abstract

This research aims to identify approaches and measures for establishing Thailand's space industry promotion fund by analyzing operational approaches of various countries across three main groups: space superpowers, space-advanced countries, and space-developing countries. The research findings indicate that the United States maintains the most efficient administrative management system, characterized by a clear legal framework, diverse financial support mechanisms, and public-private partnerships. Meanwhile, China has developed a hybrid system that integrates state control with private sector engagement, emphasizing comprehensive development in research and development, investment, and infrastructure. Japan prioritizes the basic policy of the Space Strategy Fund, focusing on transportation, satellite, and exploration activities. Furthermore, the study found that the level of space development is not the sole determinant of having a comprehensive policy framework, but rather depends on strategic planning and each country's commitment to infrastructure development. Regarding recommendations for Thailand in establishing an efficient space industry promotion fund, the country should adopt: the United States' and Philippines' approaches in legal and regulatory frameworks; China's approaches in administrative management structure and fundraising; Japan's approaches in flexible policy implementation; and should establish clarity in legal frameworks with emphasis on developing clear legal frameworks and infrastructure, appropriate management and organizational structures. Moreover, the establishment of Thailand's space industry promotion fund should integrate best practices from various countries while considering the country's context and capabilities. This should commence with clear policy and legal frameworks, efficient administrative management structures, and systematic budget utilization for space industrial infrastructure development in alignment with long-term national development strategies.

Keywords: Space Activities, Fund, Promotion and Support, Space Industry Infrastructure

1. บทนำ

กองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ (Space Activities Promotion Fund) ถือว่าเป็นเครื่องมือสำคัญต่อการดำเนินกิจการอวกาศอย่างยั่งยืน อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่เคยมีการกล่าวถึงกองทุนดังกล่าวอย่างชัดเจนทั้งในมติคณะรัฐมนตรีที่รับทราบมติคณะกรรมการนโยบายอวกาศแห่งชาติตั้งแต่ปี พ.ศ. 2551 จนถึงปัจจุบัน และในมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับด้านอวกาศ ดังนั้น เห็นควรทำการศึกษาเปรียบเทียบนโยบายและมาตรการว่าด้วยการส่งเสริมสนับสนุนเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และหรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศ เพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยศึกษาจากตัวอย่างโดยใช้เกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนการจัดตั้ง การจัดการ และการใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศ (ซึ่งประกอบด้วย ฟิลิปปินส์ ญี่ปุ่น สาธารณรัฐประชาชนจีน สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และลักเซมเบิร์ก) ทั้งนี้ ได้มีการจัดกลุ่มประเทศออกเป็น 3 กลุ่มหลักในการศึกษา ดังนี้ (1) กลุ่มประเทศมหาอำนาจทางด้านอวกาศ (Space-Faring Nation) ได้แก่ สหรัฐอเมริกา จีน และญี่ปุ่น เนื่องจากการดำเนินกิจการอวกาศปัจจุบันมีความซับซ้อนและต้องการเงินลงทุนสูง โดยเฉพาะการพัฒนาเทคโนโลยีและโครงสร้างพื้นฐาน เช่น ระบบการขนส่งอวกาศ ดาวเทียม และสถานีอวกาศ ความท้าทายด้านการเงินดังกล่าวทำให้แต่ละประเทศต้องพัฒนากลไกการสนับสนุนทางการเงินที่มีประสิทธิภาพเพื่อรองรับการเติบโตของอุตสาหกรรมอวกาศ (2) กลุ่มประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านอวกาศ (Emerging Space Nation) ได้แก่ ฝรั่งเศสที่มุ่งเน้นการลงทุนทางการวิจัยขั้นสูงและการพัฒนาเทคโนโลยีที่มีความซับซ้อน และลักเซมเบิร์กที่มุ่งเน้นส่งเสริมการลงทุนในรูปแบบความร่วมมือระหว่างประเทศในภาคอวกาศ รวมทั้งส่งเสริมโครงการวิทยาศาสตร์และการพัฒนาเทคโนโลยีพื้นฐาน โครงการโทรคมนาคมและแอปพลิเคชันแบบบูรณาการที่มุ่งเน้นความสามารถในการแข่งขันหลักและแอปพลิเคชันทางธุรกิจ และ (3) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทางด้านอวกาศ (Non Space-Faring Nation) ได้แก่ ฟิลิปปินส์ที่ให้ความสำคัญกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการสร้างขีดความสามารถพื้นฐานเพื่อรองรับการเติบโตอย่างก้าวกระโดดให้ทัดเทียมกับ 2 กลุ่มประเทศดังกล่าวโดยเร็วที่สุด

ทั้งนี้ จากการศึกษา พบว่า กลไกการจัดสรรงบประมาณสำหรับกองทุนในแต่ละประเทศสะท้อนให้เห็นถึงระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยีและเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ที่แตกต่างกันตามกลุ่มประเทศ โดยมีการจัดการกองทุนในรูปแบบโครงการหรือกิจกรรมที่ให้ความสำคัญกับการสร้างแรงจูงใจในการพัฒนาที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ มีประเด็นสำคัญคือ การใช้จ่ายเงินกองทุนในบางกลุ่มประเทศมีแนวโน้มเชื่อมโยงกับระบบนิเวศนวัตกรรมมากขึ้น โดยไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการสนับสนุนทางการเงิน แต่รวมถึงการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ การให้คำปรึกษา และการสร้างเครือข่ายความร่วมมือ ซึ่งสะท้อนการมองภาพรวมของการพัฒนาอุตสาหกรรมอวกาศอย่างครบวงจร สำหรับความคาดหวังต่อประเทศไทยนั้น แนวทางและมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนกิจการอวกาศทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับประเทศจะสามารถช่วยให้ประเทศไทยมีการจัดทำแนวนโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศที่ชัดเจนและทันสมัย รวมทั้ง

ตอบสนองตรงต่อความต้องการของภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคส่วนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในอนาคต

2. นโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศในต่างประเทศ

2.1 กลุ่มประเทศมหาอำนาจทางด้านอวกาศ (spacefaring nations)

2.1.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำด้านกิจการอวกาศของโลก โดยมี National Aeronautics and Space Administration (NASA) เป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินภารกิจด้านอวกาศของประเทศ นับตั้งแต่ก่อตั้งในปี ค.ศ. 1958¹

1) นโยบายเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ สำหรับนโยบายด้านการเงินและการบริหารกองทุนของ NASA นั้น ดำเนินการภายใต้กรอบกฎหมายและระเบียบของรัฐบาลกลาง โดยมีเป้าหมายหลักในการสนับสนุนการพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีอวกาศ การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน และการรักษาความเป็นผู้นำด้านอวกาศของสหรัฐอเมริกา² ซึ่งประกอบไปด้วย (1) ด้านการจัดหาผลประโยชน์ ที่มีแหล่งรายได้หลักมาจากงบประมาณประจำปีที่ได้รับจัดสรรจากรัฐสภา (Congressional Appropriations)³ และยังมีรายได้จากการให้บริการและการอนุญาตใช้เทคโนโลยี (Technology Licensing and Service Fees)⁴ รวมทั้งยังมีการร่วมทุนกับภาคเอกชน (Public-Private Partnerships) ซึ่งเป็นอีกหนึ่งแหล่งรายได้ที่มีความสำคัญเพิ่มขึ้น⁵ (2) ด้านการจัดการกองทุน ดำเนินการโดย NASA ภายใต้การกำกับดูแลของสภาองค์กร⁶ ในการกำกับดูแลการใช้จ่ายงบประมาณ NASA มีการจัดตั้งคณะกรรมการหลายชุดที่มีบทบาทและหน้าที่แตกต่างกัน โดยคณะกรรมการหลักได้แก่ NASA Advisory Council (NAC) ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากหลากหลายสาขา ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับนโยบายและแผนงาน⁷ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน โดย

¹ National Aeronautics and Space Act 1958 (amended through 2020) 51 U.S.C. § 20101.

² National Aeronautics and Space Administration, Strategic Plan 2022–2026 2022 <https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2023/09/fy-22-strategic-plan-1.pdf?emrc=ff1a1e>

³ U.S. Government Accountability Office (GAO), Actions Needed to Improve Cost Estimation and Oversight of Space Development Programs: GAO-20-314 2020.

⁴ National Space Council, A New Era for Deep Space Exploration and Development 2020.

⁵ National Aeronautics and Space Administration, Public-Private Partnerships for Space Capability Development: Driving Economic Growth and NASA's Mission 2014 <https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2015/01/NASA_Partnership_Report_LR_20140429.pdf> accessed 22 June 2025.

⁶ National Aeronautics and Space Administration, NASA Policy Directive (NPD) 1000.0C: NASA Governance and Strategic Management Handbook 2020.

⁷ National Aeronautics and Space Administration, NASA Advisory Council (NAC), <<https://www.nasa.gov/nac/>> accessed 8 February 2025.

NASA ดำเนินการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุนภายใต้ระบบบัญชีและการตรวจสอบที่เป็นไปตามมาตรฐานของรัฐบาลกลาง โดยระบบดังกล่าวต้องสอดคล้องกับ Federal Financial Management Improvement Act (FFMIA) และ Government Performance and Results Act (GPRA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานการบริหารการเงินและการรายงานผลการดำเนินงานของหน่วยงานรัฐบาลกลาง⁸ และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน จะต้องสอดคล้องกับยุทธศาสตร์และแผนแม่บทด้านอวกาศของประเทศ (National Space Strategy) และต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและอนุมัติตามระเบียบการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาลกลาง โดยมีการติดตามและประเมินผลการใช้จ่ายอย่างเป็นระบบ เพื่อให้มั่นใจว่าการใช้จ่ายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อการพัฒนากิจการอวกาศของประเทศ⁹

2) มาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ สำหรับมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของสหรัฐอเมริกา เพื่อสนับสนุนการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีอวกาศ การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน และการรักษาความเป็นผู้นำด้านอวกาศของสหรัฐอเมริกา จึงประกอบไปด้วย (1) ด้านการจัดหาผลประโยชน์ โดยสหรัฐอเมริกามีการกำหนดมาตรการด้านการจัดหาผลประโยชน์สำหรับกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศไว้ 2 ประการ คือ (ก) การกำหนดเงื่อนไขและข้อตกลงในการร่วมทุนกับภาคเอกชน ซึ่งดำเนินการภายใต้ Space Act Agreements (SAAs) และ (ข) การวางระเบียบการจัดเก็บค่าธรรมเนียมและรายได้จากการให้บริการ เช่น การทดสอบในห้องปฏิบัติการ การใช้สิ่งอำนวยความสะดวกและอุปกรณ์ของ NASA การปล่อยดาวเทียม และการให้บริการข้อมูลดาวเทียม¹⁰ และ (2) ด้านการจัดการกองทุน สหรัฐอเมริกามีการกำหนดมาตรการ 2 ประการ ได้แก่ (ก) การกำหนดกฎระเบียบและข้อบังคับในการบริหารจัดการงบประมาณ ซึ่งดำเนินการภายใต้กรอบของ NASA Financial Management Requirements (FMR) และ (ข) การกำหนดขั้นตอนการอนุมัติและตรวจสอบโครงการ ซึ่งดำเนินการตาม NASA Project Management Requirements (NPR 7120.5)¹¹ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน โดยสหรัฐอเมริกามีการกำหนดมาตรการด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุนไว้ 2 ประการ คือ (ก) การกำหนดระเบียบการเบิกจ่ายตามระบบงบประมาณของรัฐบาลกลาง ซึ่งดำเนินการภายใต้ Federal Financial Management System Requirements และ Treasury Financial Manual¹² และ (ข) การกำหนดวิธีการติดตามและ

⁸ Federal Financial Management Improvement Act of 1996.

⁹ National Aeronautics and Space Administration, 'Appropriations' (National Aeronautics and Space Administration, 10 June 2024) <<https://www.nasa.gov/ocfo/ocfo-appropriations/>> accessed 22 June 2025.

¹⁰ U.S. Government Accountability Office, NASA Partnerships: Agency Actions to Better Manage Agreements with Commercial Partners: GAO-21-542 2021.

¹¹ U.S. Government Accountability Office, NASA: Implementing Leading Project Management Practices Could Help Achieve Mission Goals: GAO-23-105709 2023.

¹² U.S. Department of the Treasury, Treasury Financial Manual (TFM) Volume 1: Federal Agencies 2023.

ตรวจสอบการใช้จ่ายแบบเรียลไทม์ (Real-time Budget Tracking System)¹³ และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน โดยสหรัฐอเมริกามีการกำหนดมาตรการการใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศไว้ 3 ประการ คือ (ก) การกำหนดเกณฑ์การประเมินโครงการที่ครอบคลุมหลายมิติภายใต้ NASA Strategic Plan และ Annual Performance Plan (ข) การกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดในการใช้จ่ายเงินทุน (Funding Terms and Conditions และ (ค) การจัดให้มีระบบติดตามและประเมินผลการใช้จ่ายงบประมาณ (Budget Monitoring and Evaluation System) โดยใช้ระบบ NASA's Financial Management Requirements ในการติดตามการใช้จ่ายแบบเรียลไทม์¹⁴

2.1.2 สาธารณรัฐประชาชนจีน

การดำเนินกิจการอวกาศของสาธารณรัฐประชาชนจีนมีองค์การบริหารอวกาศแห่งชาติจีน (China National Space Administration: CNSA) หรือ 国家航天局 ทำหน้าที่กำหนดนโยบายและดำเนินการด้านอวกาศและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลกลาง ซึ่งในช่วงทศวรรษที่ผ่านมานโยบายด้านอวกาศได้มีการปรับเปลี่ยนจากการพึ่งพางบประมาณภาครัฐแต่เพียงอย่างเดียว มาเป็นการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนมากขึ้น¹⁵ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) นโยบายเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ นโยบายด้านกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของจีนมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องภายใต้แผนพัฒนาอวกาศแห่งชาติ (中国航天发展规) ที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันด้านเทคโนโลยีอวกาศของประเทศ และสร้างระบบนิเวศทางธุรกิจที่เอื้อต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมอวกาศ นโยบายนี้ครอบคลุมทั้งการจัดตั้งกองทุน การบริหารจัดการ และการใช้จ่ายเงินกองทุนอย่างมีประสิทธิภาพ¹⁶ (1) ด้านการจัดหาผลประโยชน์ รัฐบาลจีนมีกลไกการระดมทุนที่หลากหลาย โดยมี Government Guidance Funds เป็นเครื่องมือสำคัญ และรัฐบาลยังจัดสรรงบประมาณโดยตรงผ่านระบบงบประมาณแผ่นดิน โดยเฉพาะในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติระยะ 5 ปี¹⁷ ให้แก่หน่วยงานหลักด้านอวกาศ (2) ด้านการจัดการ

¹³ U.S. Government Accountability Office, Federal Financial Management System Requirements: GAO-21-104648 2021.

¹⁴ U.S. Government Accountability Office, NASA: Assessment of Major Projects: GAO-23-105709 2023.

¹⁵ 杨洁 [Yang Jie], ‘政策推动 商业航天高质量发展’ [Policy-Driven High-Quality Development of Commercial Aerospace] (中国证券报, 12 November 2024) <<https://www.stcn.com/article/detail/1408514.html>> accessed 22 June 2025.

¹⁶ 国防科工委 [Commission of Science, Technology and Industry for National Defense], 航天发展 ‘十一五’ 规划 [The 11th Five-Year Plan for Aerospace Development], <<https://www.ndrc.gov.cn/fggz/fzzlgh/gjjzxgh/200711/P020191104623381030510.pdf>> accessed 22 June 2025.

¹⁷ 中华人民共和国国务院 [State Council of the PRC], 国家民用空间基础设施中长期发展规划 (2015–2025年) [National Medium and Long-term Civil Space Infrastructure Development Plan (2015–2025)] accessed 26 October 2015.

กองทุน อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ CNSA โดยมีการจัดตั้ง “คณะกรรมการบริหารกองทุน” ที่มีหน้าที่หลักในการพิจารณาอนุมัติโครงการ ติดตามการใช้จ่ายเงินกองทุน และประเมินผลการดำเนินงาน ภายใต้กรอบของกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยกิจการอวกาศ และระเบียบว่าด้วยการบริหารกองทุนภาครัฐ¹⁸ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน สำหรับประเด็นนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคง จึงไม่ปรากฏข้อมูลเผยแพร่ทางสาธารณะ และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน จีนมุ่งเน้นการพัฒนาใน 3 ด้านหลัก ประกอบด้วย (ก) การสนับสนุนการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศโดยมีการจัดสรรงบประมาณให้แก่สถาบันวิจัย มหาวิทยาลัย และหน่วยงานวิจัยของรัฐ (ข) การลงทุนในบริษัท startup ด้านอวกาศ การให้เงินทุนสนับสนุน และการให้เงินกู้ดอกเบี้ยต่ำ และ (ค) การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานสำหรับอุตสาหกรรมอวกาศ¹⁹

2) มาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ สำหรับมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศจีน แม้ว่าจะมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการสนับสนุนการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีอวกาศ การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน และการรักษาความเป็นผู้นำด้านอวกาศของจีน แต่ปรากฏว่า ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาผลประโยชน์ การจัดการกองทุน การเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน และการใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศจีนนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคง จึงไม่ปรากฏข้อมูลเผยแพร่ทางสาธารณะ

2.1.3 ญี่ปุ่น

เนื่องจากการที่ประเทศญี่ปุ่นอยู่ท่ามกลางความก้าวหน้าอย่างรวดเร็วระดับโลกในการพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากอวกาศของสังคมโลก ทำให้ปัจจุบันประเทศญี่ปุ่นกำลังดำเนินความพยายามใหม่ในการกำหนดเป้าหมายที่จะเป็น “ชาติมหาอำนาจทางด้านอวกาศที่สามารถเดินทางสู่ห้วงอวกาศได้ด้วยตนเอง”²⁰ ดังนั้น การดำเนินกิจการอวกาศของประเทศญี่ปุ่นจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอวกาศพื้นฐาน ค.ศ. 2008 (Basic Space Act) ซึ่งเป็นกฎหมายเชิงนโยบายภายในของตนขึ้นมา ซึ่งปัจจุบันสำนักงานคณะรัฐมนตรี (Cabinet Office) ของประเทศญี่ปุ่นทำหน้าที่หลักในการกำหนดนโยบายด้านอวกาศและกำกับดูแลการดำเนินกิจการด้านอวกาศของประเทศ ได้ออก “นโยบายพื้นฐานของกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ”

¹⁸ Kristin Burke, ‘Understanding China’s Space Leading Small Groups—The Best Way to Determine the PLA’s Influence’ (CASI/Air University, July 2022) <<https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/CASI/documents/Research/CASI%20Articles/2022-07-25%20China%27s%20Space%20Leading%20Small%20Groups.pdf>> accessed 22 June 2025.

¹⁹ 中国国家航天局 [China National Space Administration], 中国的航天事业白皮书 [White Paper on China’s Space Activities] accessed 28 January 2021.

²⁰ The Government of Japan, ‘Making Our World Better from Space: A Japanese Astronaut’s Perspective’ (The Government of Japan, 28 July 2023) <https://www.japan.go.jp/kizuna/2023/07/making_our_world_better_from_space.html> accessed 1 June 2025.

(Space Strategy Fund Basic Policy)²¹ เพื่อจัดลำดับความสำคัญและแผนการใช้จ่ายของการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศของประเทศญี่ปุ่น โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) นโยบายเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ (1) ด้านการจัดตั้งกองทุน มีเป้าหมายเพื่อเร่งรัดให้บรรลุเป้าหมาย และ เสริมสร้างการบรรลุเป้าหมาย โดยกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศจะอยู่ภายใต้การกำกับขององค์การสำรวจอวกาศแห่งชาติญี่ปุ่น สำนักงานวิจัยและพัฒนาแห่งชาติ (The Japan Aerospace Exploration Agency, National Research and Development Agency: JAXA) ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักของประเทศญี่ปุ่นเพื่อดำเนินการกระจายทุนในภาคส่วนอวกาศ (a space-sector funding distribution)²² โดยจะมีการจัดสรร “จำนวนเงินทุน” ที่ใช้ในการจัดตั้งกองทุนฯ ประมาณ 1 ล้านล้านเยน (220,683,000,000 บาท อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่ 23 ตุลาคม 2567 เวลา 14.35 น.)²³ (2) ด้านการจัดการกองทุน กระบวนการดำเนินงาน และการจัดหาผลประโยชน์ โดยนโยบายพื้นฐานฯ ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับ (ก) การจัดการกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ ซึ่งประกอบด้วย ทิศทางในการดำเนินการกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศเพื่อพัฒนาเทคโนโลยี การจัดการกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศในการพัฒนาเทคโนโลยี โดยมีการจัดตั้งในรูปแบบคณะกรรมการชุดต่าง ๆ เพื่อทำหน้าที่ประสานงาน และเลือกหัวข้อการพัฒนาเทคโนโลยี และการกำหนดแนวทางในการดำเนินการบริหารกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศให้ JAXA²⁴ โดยมีการออก “แนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมของกองทุนการแข่งขัน” (Guidelines for the Proper Execution of Competitive Funds (December 2021)) และ “กฎระเบียบที่เป็นเอกภาพสำหรับขั้นตอนการบริหารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกองทุนวิจัยแข่งขัน” (Unified Rules for Various Administrative Procedures Concerning Competitive Research Funds (May 2023)) อีกทั้งยังมีการนำรูปแบบสัญญาที่มีความยืดหยุ่นมาปรับใช้เพื่อให้การจัดการกองทุนด้วยความโปร่งใส และสามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้²⁵ และ

²¹ 内閣府 [Cabinet Office], 宇宙戦略基金基本方針 [Space Strategy Fund Basic Policy] 2-3 accessed 26 April 2024.

²² Ibid 2.

²³ (JAXA) に 10 年間の「宇宙戦略基金」を設置し、そのために必要な関連法案を早期に国会に提出する。本基金について、まずは当面の事業開始に必要な経費を措置しつつ、速やかに、総額 1 兆円規模の支援を行うことを目指す。その際、防衛省等の宇宙分野における取組と連携し、政府全体として適切な支援とする; see, 内閣府, 宇宙開発戦略推進事務局, 宇宙戦略基金について (全体概要) 2020 1 <<https://www8.cao.go.jp/space/kikin/siryou1-1-1.pdf>>, accessed 1 Feb 2026; and, 閣議決定, 「デフレ完全脱却のための総合経済対策」について 2023 <https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/suisinkaigi/joukyou_dai3/pdf/siryou9.pdf> accessed 1 Feb 2026.

²⁴ 内閣府 [Cabinet Office], 宇宙戦略基金基本方針 [Space Strategy Fund Basic Policy] 17 accessed 26 April 2024.

²⁵ Ibid.

(ข) กระบวนการดำเนินงานพื้นฐานของกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ ซึ่งประกอบด้วย การจัดทำนโยบายพื้นฐาน และนโยบายการดำเนินการ การเปิดรับสมัครและการคัดเลือก การส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยี และการทบทวนนโยบายพื้นฐานและนโยบายการประยุกต์ใช้²⁶ และ (ค) การจัดหาผลประโยชน์ของกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ พบว่า สิ่งที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ คือ ประเด็นในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง (Handling of Conflicts of Interest)²⁷ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน พบว่า ได้มีการกำหนดถึง (ก) การพิจารณาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ²⁸ และ (ข) การรักษาความลับ²⁹ และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน พบว่า ได้มีการกำหนดถึงการใช้จ่ายกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ ประกอบด้วย ผู้มีสิทธิเข้าร่วม ค่าใช้จ่ายที่มีสิทธิ ระยะเวลาการสนับสนุนรูปแบบการสนับสนุน ประเภทของการสนับสนุน มุมมองในการเลือกความท้าทายในการพัฒนาเทคโนโลยี ระบบการดำเนินการพัฒนาเทคโนโลยี การประสานงานที่เกี่ยวข้องกับการส่งและความถี่ระหว่างประเทศ การจัดการทรัพย์สินทางปัญญา การส่งเสริมการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาล การพิจารณาสำหรับ SMEs และสตาร์ทอัพ การส่งเสริมการเข้ามาในอุตสาหกรรมอวกาศ และการใช้พื้นที่อวกาศอย่างปลอดภัยและยั่งยืน³⁰

2) มาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ สำหรับมาตรการด้านอวกาศภายในของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศนั้น ประกอบด้วย (1) ด้านการจัดตั้งกองทุน พบว่า กฎหมายอวกาศพื้นฐาน ค.ศ. 2008 ได้กำหนดถึง “มาตรการส่งเสริมภาคเอกชนในการพัฒนาและการเข้าใช้ประโยชน์จากห้วงอวกาศ” (Promoting Outer Space Development and Use by Private Providers) ไว้ในมาตรา 16³¹ ของกฎหมายฉบับนี้ ที่ส่งเสริมภาคเอกชนในการพัฒนาและการเข้าใช้ประโยชน์จากห้วงอวกาศ โดยให้ความสำคัญกับการส่งเสริมกิจการทางด้านธุรกิจ (ซึ่งรวมถึงด้านการวิจัยและพัฒนาด้วย) ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและการ

²⁶ Ibid 14-16.

²⁷ Ibid 14-15.

²⁸ Ibid 15.

²⁹ Ibid 17.

³⁰ Ibid 7-12.

³¹ The national government is to promote private sector's outer space development and use projects (including research and development), and consider utilizing the capabilities of private providers in order to systematically procure goods and services when it undertakes projects related to Japan's outer space development and use, in order to strengthen the technical capabilities and international competitiveness of Japan's outer space and other industries, while also establishing and maintaining launch sites (meaning facilities for launching rockets), experimental research facilities, and other facilities, promoting the transfer of research and development outcomes concerning outer space development and use to private providers, promoting the commercialization of private sector's research and development outcomes concerning outer space development and use, taking tax and financial measures to facilitate investment in outer space development and use by private providers, and taking other necessary measures, in view of the importance of the role played by private providers in outer space development and use.; see, Basic Space Act 2008 art 16.

เข้าใช้ประโยชน์จากห้วงอวกาศของภาคเอกชนญี่ปุ่นอย่างเต็มศักยภาพ เพื่อเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันระหว่างประเทศ เพื่อดำเนินการพัฒนาสิ่งอำนวยความสะดวกทั้งหลาย และเพื่อออกมาตรการทางการเงินและภาษี รวมถึงมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็น และกฎหมายอวกาศพื้นฐาน ค.ศ. 2008 ยังได้กำหนดถึง “มาตรการส่งเสริมการพัฒนาและการเข้าใช้ประโยชน์จากห้วงอวกาศ” (Promoting Advanced Outer Space Development and Use) ไว้ในมาตรา 18³² ของกฎหมายฉบับนี้ด้วย เป็นต้นว่า การสำรวจอวกาศและการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับทางด้านวิทยาศาสตร์อวกาศ (2) ด้านการจัดการกองทุนและการจัดหาผลประโยชน์ พบว่า พระราชบัญญัติเกี่ยวกับองค์การสำรวจอวกาศแห่งชาติญี่ปุ่น สำนักงานวิจัยและพัฒนาแห่งชาติ ค.ศ. 2022 ได้กำหนดถึง “การใช้กฎหมายว่าด้วยการดำเนินการงบประมาณที่เกี่ยวข้องกับเงินอุดหนุนอย่างเหมาะสมโดยอนุโลม” (Mutatis Mutandis Application of the Law Concerning the Optimization of Budget Execution Pertaining to Subsidies, etc.) ไว้ในมาตรา 24³³ โดยกฎหมายฉบับนี้ ทำให้ประเทศญี่ปุ่นสามารถดำเนินการจัดการกองทุนและการจัดหาผลประโยชน์กองทุนอย่างเหมาะสมโดยอนุโลมเพื่อช่วยเหลือองค์การ JAXA และเพื่อใช้เป็นเงินทุนที่จำเป็นในการวิจัยและพัฒนาดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการเอกชนและมหาวิทยาลัยหรือสถาบันวิจัยอื่น ๆ ที่ทำการวิจัยและพัฒนา นอกจากนี้ ยังได้กำหนดถึง “การยื่นขอรับเงินอุดหนุน” (Application for grant of subsidies, etc.) ไว้ในมาตรา 5³⁴ ของพระราชบัญญัติฯ ด้วย เป็นต้น (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน พบว่า ไม่ปรากฏว่ามีกรณีเกี่ยวกับเรื่องเก็บรักษาและ

³² The national government is to take necessary measures to promote advanced outer space development and use, including outer space exploration, and to promote academic research, etc., related to outer space science; see, Basic Space Act 2008 art 18.

³³ The provisions (including penal provisions) of the Law Concerning the Optimization of Budget Execution Pertaining to Subsidies, etc. (Law No. 179 of 1955) shall apply mutatis mutandis to the subsidies to be granted by the Agency pursuant to the provisions of Article 18, paragraph 7 .In this case, "each ministry and agency" in the same Act (excluding Article 2, paragraph 7) is deemed to be replaced with "the National Research and Development Agency, Japan Aerospace Exploration Agency," "the heads of each ministry and agency" is deemed to be replaced with "the President of the National Research and Development Agency, Japan Aerospace Exploration Agency," " the State" in Article 2, paragraph 1 (excluding item 2) and paragraph 4, item 1 , Article 7 , paragraph 2, Article 19 , paragraphs 1 and 2 , Article 24 , and Article 33 of the same Act is deemed to be replaced with "the National Research and Development Agency, Japan Aerospace Exploration Agency," and " the fiscal year of the State" in Article 14 of the same Act is deemed to be replaced with "the business year of the National Research and Development Agency, Japan Aerospace Exploration Agency.; see, Act on Japan Aerospace Exploration Agency, a National Research and Development Agency 2002 art 24.

³⁴ Any person who intends to apply for the grant of a subsidy, etc. (including an application for a contract; the same applies hereinafter) must, as provided for by Cabinet Order, submit to the head of each ministry or agency a written application that states the purpose and content of the subsidized project, etc., the expenses required for the subsidized project, etc., and other necessary particulars, together with documents specified by the head of each ministry or agency, by the time specified by the head of each ministry or agency.; see, Act on the Proper Execution of Budget Relating to Subsidies (Act No. 179 of 1955) art 5.

เบิกจ่ายเงินกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศเป็นที่ประจักษ์ไว้ใน (ก) พระราชบัญญัติเกี่ยวกับองค์การสำรวจอวกาศแห่งชาติญี่ปุ่น สำนักงานวิจัยและพัฒนาแห่งชาติ ค.ศ. 2022 (ข) พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการงบประมาณอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องกับเงินอุดหนุน ค.ศ. 1955 และ (ค) คำสั่งบังคับใช้ของพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการงบประมาณอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องกับเงินอุดหนุน ค.ศ. 1955 แต่อย่างใด และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน พบว่า มีการบัญญัติเกี่ยวกับ (ก) การใช้จ่ายเงินอุดหนุนเพื่อการดำเนินงาน ในมาตรา 26³⁵ ของพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการงบประมาณอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องกับเงินอุดหนุน ค.ศ. 1955 โดยกำหนดให้หัวหน้าขององค์การวิจัยและพัฒนาอวกาศ (JAXA) สามารถมอบหมายบางส่วนของงานที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายเงินอุดหนุนตามที่กำหนดในคำสั่งบังคับใช้ของพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการงบประมาณอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องกับเงินอุดหนุน ค.ศ. 1955 ให้แก่หน่วยงานขององค์การ JAXA ดำเนินการได้ และ (ข) การคืนเงินอุดหนุน ในมาตรา 18 ของพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการงบประมาณอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องกับเงินอุดหนุน ค.ศ. 1955³⁶ ได้กำหนดให้หัวหน้าขององค์การวิจัยและพัฒนาอวกาศ (JAXA) มีอำนาจยกเลิกการตัดสินใจในการจ่ายเงินอุดหนุนสำหรับบางส่วนของโครงการที่เกี่ยวข้อง มีอำนาจสั่งให้มีการคืนเงินอุดหนุนหากจำนวนเงินที่จ่ายไปแล้วเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ และมีอำนาจขยายระยะเวลาการคืนเงินหรือยกเลิกคำสั่งคืนเงินทั้งหมดหรือบางส่วน

2.2 กลุ่มประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านอวกาศ

2.2.1 ลักเซมเบิร์ก

ในปัจจุบันลักเซมเบิร์กได้มีความก้าวหน้าในการพัฒนาและขยายเศรษฐกิจอวกาศ โดยมุ่งหวังที่จะเป็นศูนย์กลางของอุตสาหกรรมอวกาศ ทั้งนี้ ลักเซมเบิร์กได้มีการกำหนดนโยบายและกรอบทางกฎหมาย

³⁵ The head of each ministry and agency may, pursuant to a Cabinet Order, delegate part of the affairs relating to the granting of subsidies, etc. to an organ of the ministry or agency.

The national government may, pursuant to a Cabinet Order, have prefectures carry out part of the administrative work relating to the granting of subsidies, etc.

The affairs to be carried out by prefectures pursuant to the provisions of the preceding paragraph shall be deemed to be Type 1 statutory entrusted affairs as provided for in Article 2, Paragraph 9, Item 1 of the Local Autonomy Law (Law No. 67 of 1947).; see, Act on the Proper Execution of Budget Relating to Subsidies art 26.

³⁶ If the head of a ministry or agency revokes a decision to grant a subsidy, etc., and if the subsidy, etc. has already been granted for the part of the subsidized project, etc. that is related to the revocation, he/she must order the return of the subsidy, etc. within a specified period.

When the head of each ministry and agency has determined the amount of subsidies, etc. to be paid to a subsidized project, etc., if more than that amount has already been paid, he/she must order the return of the subsidies, etc. within a specified period.

Where the rescission of the decision to grant the subsidies, etc. relating to the order for return under paragraph 1 is made pursuant to the provision of paragraph 2 of the preceding Article, the head of each ministry and agency may, if he/she finds that there are unavoidable circumstances, extend the deadline for return or revoke the order for return in whole or in part, as provided for by Cabinet Order; see, Act on the Proper Execution of Budget Relating to Subsidies art 18.

สำหรับการดำเนินกิจกรรมทางอวกาศ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่น ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ การศึกษาด้านอวกาศ และเสนอเครื่องมือทางการเงินเพื่อเชิญชวนให้ผู้ประกอบการด้านอวกาศเข้าร่วมดำเนินกิจกรรมอวกาศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) นโยบายเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ ลักเซมเบิร์กได้พัฒนาให้ประเทศตนอยู่ในฐานะผู้เล่นใหม่บนเวทีอวกาศนานาชาติโดยสร้างฐานสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศในภาคอวกาศกับประเทศต่าง ๆ ผ่านการแถลงการณ์ร่วม (joint declaration) การจัดทำหนังสือเพื่อแสดงความร่วมมือ (Memorandums of Cooperation) หรือหนังสือบันทึกความเข้าใจร่วมกัน (Memorandum of Understanding)³⁷ กับประเทศอื่น ๆ และในฐานะประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป และองค์การอวกาศแห่งชาติยุโรป พบว่าลักเซมเบิร์กมีการระดมทุนหลักร่วมกับสหภาพยุโรป และประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเพื่อร่วมมือกันในโครงการอวกาศ และมีส่วนสนับสนุนทางการเงินในโครงการภาคบังคับและบริการทั่วไปตามสัดส่วนของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP) ของตน³⁸ (1) ด้านการจัดหาผลประโยชน์ พบว่า ลักเซมเบิร์กได้สนับสนุนอุตสาหกรรมอวกาศเชิงพาณิชย์ด้วยการผสมผสานนโยบายและความคิดริเริ่มด้านเงินทุนที่มุ่งส่งเสริมนวัตกรรมและผู้ประกอบการภายในระบบนิเวศเทคโนโลยีขั้นสูงที่เน้นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอวกาศเป็นหัวใจสำคัญ โดยให้การสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการเฉพาะเพื่อเสริมทุนและเงินกู้ ลักเซมเบิร์กเสนอความช่วยเหลืออย่างมากแก่โครงการวิจัยในสถาบันการศึกษาและภาคเอกชนผ่านทุนวิจัยและการพัฒนา (R&D) ระดับชาติด้วย (2) ด้านการจัดการกองทุน พบว่าลักเซมเบิร์กได้มีการสนับสนุนกองทุน Orbital Ventures ซึ่งเป็นกองทุนที่ตั้งอยู่ในลักเซมเบิร์ก มุ่งเน้นไปที่เทคโนโลยีอวกาศ ทั้งทางด้านต้นน้ำ (ฮาร์ดแวร์อวกาศ วัสดุ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ หุ่นยนต์ จรวด ดาวเทียม) และด้านปลายน้ำ (การสื่อสาร การเข้าห้วง การจัดเก็บข้อมูลและการประมวลผล การระบุตำแหน่งทางภูมิศาสตร์ การสังเกตโลก) ด้วย โดยกองทุนนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาคส่วนของรัฐและเอกชน³⁹ และ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน และด้านการใช้จ่ายกองทุน พบว่า ลักเซมเบิร์กให้เงินทุนผ่าน LuxIMPULSE ซึ่งเป็นแผนระดับชาติ หรือความช่วยเหลือจากรัฐต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการวิจัย การพัฒนา และนวัตกรรม LuxIMPULSE บริหารจัดการโดยสำนักงานอวกาศลักเซมเบิร์กและดำเนินการโดย ESA

³⁷ Deloitte, 'Luxembourg, a Rising Star in the Space Industry' (Deloitte) <<https://www.deloitte.com/lu/en/Industries/technology/research/luxembourg-space-industry-companies.html>> accessed 1 June 2025.

³⁸ Luxembourg Space Agency, 'European Programmes' (Luxembourg Space Agency, 9 September 2019) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/european-programmes.html>> accessed 1 June 2025.

³⁹ Luxembourg Space Agency, 'Luxembourg Backs Space Technology Venture Capital Fund' (Luxembourg Space Agency, 16 January 2020) <https://space-agency.public.lu/en/news-media/news/2020/space_technology_venture_capital_fund.html> accessed 1 June 2025.

สามารถให้เงินทุนเพื่อช่วยเหลือบริษัทที่ก่อตั้งในลักเซมเบิร์กเพื่อนำแนวคิดใหม่ ๆ ทางด้านอวกาศออกสู่ตลาด⁴⁰

2) มาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ ลักเซมเบิร์กมีมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ เพื่อสนับสนุนอุตสาหกรรมอวกาศและการวิจัยทางด้านอวกาศของประเทศที่เติบโตอย่างต่อเนื่อง ดังนี้ (1) ด้านการจัดหาผลประโยชน์ พบว่า ลักเซมเบิร์กมีมาตรการโดยรัฐบาลจะเสนอเงินอุดหนุนสำหรับการวิจัยและพัฒนามากมายสำหรับโครงการสร้างสรรค์นวัตกรรมทุกประเภท โดยขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ ขนาดของผู้สมัคร และเกณฑ์อื่น ๆ ทั้งนี้ ธนาคารเพื่อการลงทุนแห่งชาติจะช่วยจัดหาเงินทุนอีกช่องทางหนึ่งโดยให้สินเชื่อแก่บริษัทสตาร์ทอัพและบริษัท นอกจากนี้ กองทุนวิจัยแห่งชาติลักเซมเบิร์ก (Luxembourg National Research Fund : NRF) ยังจัดหาเงินทุนเฉพาะสำหรับบริษัทด้านอวกาศผ่านโครงการวิจัยอวกาศที่เพิ่งจัดตั้งขึ้นใหม่⁴¹ และได้ดำเนินการเสนอแรงจูงใจทางภาษีขึ้น โดยให้เครดิตการลงทุนทางภาษี (สำหรับภาษีเงินได้นิติบุคคล) เพื่อช่วยให้บริษัทลดภาระทางการเงินเมื่อต้องมีการลงทุนในอุปกรณ์และเทคโนโลยีใหม่ ๆ⁴² รวมทั้ง มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติกิจกรรมอวกาศได้มีบทบัญญัติที่จูงใจให้บริษัทสามารถสมัครขอเครดิตการลงทุนทางภาษีสำหรับวัตถุในอวกาศที่ส่งขึ้นสู่อวกาศได้ (2) ด้านการจัดการกองทุน พบว่า ลักเซมเบิร์กให้เงินทุนผ่าน LuxIMPULSE โดยต้องปฏิบัติตามขั้นตอนบางประการก่อนจึงจะมีสิทธิ์เข้าร่วม และจะต้องส่งเอกสารตามขั้นตอน⁴³ ไปยังสำนักงานอวกาศลักเซมเบิร์ก (Luxembourg Space Agency : LSA) จึงจะสามารถสมัครขอรับเงินทุนได้ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน พบว่า ไม่ปรากฏข้อมูลในส่วนนี้ของประเทศลักเซมเบิร์ก และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ พบว่า กระทรวงเศรษฐกิจได้ร่วมมือกับ Luxinnovation และ Technoport, Luxembourg-City Incubator, Luxembourg Space Agency และ House of BioHealth จัดทำโปรแกรมอ้างอิงระดับชาติ Fit 4 Start เพื่อสนับสนุนธุรกิจสตาร์ทอัพที่มีนวัตกรรม และมีแนวโน้มดีที่สุด และให้บริษัทสตาร์ทอัพเหล่านั้นเข้าถึงแหล่งเงินทุนระยะเริ่มต้นและการฝึกสอนส่วนบุคคล⁴⁴

2.2.2 ฝรั่งเศส

⁴⁰ Luxembourg Space Agency, 'National Programmes' (Luxembourg Space Agency, 9 September 2019) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/funding-space.html>> accessed 1 June 2025.

⁴¹ Deloitte (n 37).

⁴² Ibid.

⁴³ Luxembourg Space Agency, 'How to Get Funding' (Luxembourg Space Agency, 9 October 2020) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/terms-of-participation.html>> accessed 1 June 2025.

⁴⁴ Luxembourg Space Agency, 'Acceleration Programme' (Luxembourg Space Agency, 6 September 2019) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/Start-up-programmes.html>> accessed 1 June 2025.

แผนด้านอวกาศ France 2030 ของประเทศฝรั่งเศสมุ่งมั่นที่จะทำให้ฝรั่งเศสและบริษัทของฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในประเทศด้านอวกาศที่สำคัญ เพื่อบรรลุเป้าหมายนี้ ฝรั่งเศสจึงทุ่มเงิน 1.55 พันล้านยูโรเพื่อสนับสนุนบริษัทที่มีนวัตกรรมโดยมุ่งการลงทุนไปสู่เทคโนโลยีที่พลิกโฉมด้วยโอกาสทางด้านอวกาศ และเพื่อยืนยันว่าฝรั่งเศสสามารถเข้าถึงอวกาศได้เป็นอย่างดี⁴⁵

1) นโยบายเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ ฝรั่งเศสมีหลักการเช่นเดียวกับหลักเคมีเบิร์กคือมีการระดมทุนหลักร่วมกับสหภาพยุโรป และประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเพื่อร่วมมือกันในโครงการอวกาศ และเพื่อสนับสนุนการเป็นผู้ประกอบการด้านอวกาศอีกด้วย⁴⁶ โดยมีรายละเอียดดังนี้ (1) ด้านการจัดหาผลประโยชน์ พบว่า ฝรั่งเศสมีการระดมทุนหลักร่วมกับสหภาพยุโรป เช่น Horizon Europe,⁴⁷ CEI Pathfinder, โครงการ Transition and Accelerator, InvestEU และโครงการริเริ่ม CASSINI เพื่อสนับสนุนการเป็นผู้ประกอบการด้านอวกาศ โดยผู้ได้รับทุนจะต้องทำข้อตกลงการให้ทุน และดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของข้อตกลง⁴⁸ (2) ด้านการจัดการกองทุน พบว่า ฝรั่งเศสได้กำหนดให้ CNES เป็นองค์กรหลักในการจัดการนโยบายที่เกี่ยวกับกิจกรรมอวกาศ โดยเฉพาะกิจกรรมการจัดหาเงินทุนสำหรับการ “สนับสนุน” ที่จัดกลุ่มภายในสำนักเลขาธิการทั่วไปของ CNES⁴⁹ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน พบว่า ไม่ปรากฏข้อมูลในส่วนนี้ของประเทศฝรั่งเศส และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน พบว่า ฝรั่งเศสมีการจัดสรรงบประมาณ มูลค่า 3.2 พันล้านยูโรให้แก่การ

⁴⁵ Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, 'Les premiers résultats du volet spatial de France 2030 dévoilés' (Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, 7 July 2023) <<https://www.economie.gouv.fr/premiers-resultats-volet-spatial-france-2030-devoiles#>> accessed 1 June 2025.

⁴⁶ Banque européenne d'investissement, 'Investissements dans l'espace : une compréhension commune des besoins d'investissement et de financement pour un secteur spatial concurrentiel en amont' (Banque européenne d'investissement, 26 September 2023) <<https://www.eib.org/fr/press/news/space-investment-a-common-understanding-of-investment-and-funding-needs-for-a-competitive-upstream-space-sector>> accessed 1 June 2025.

⁴⁷ European Commission, 'Horizon Europe' (European Commission) <https://research-and-innovation.ec.europa.eu/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe_en> accessed 1 June 2025.

⁴⁸ European Commission, Horizon Europe — Work Programme 2023–2025, https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/wp-call/2023-2024/wp-13-general-annexes_horizon-2023-2024_en.pdf accessed 1 June 2025.

⁴⁹ Sénat, 'Financement de la recherche spatiale' (Sénat, 19 June 2024) <<https://www.senat.fr/rap/r23-697/r23-697.html>> accessed 1 June 2025.

สนับสนุนหลัก 3 ด้าน⁵⁰ ได้แก่ โครงการวิจัยพื้นฐานและประยุกต์ โครงการผลิตขั้นสูง และโครงการเชิงกลยุทธ์ทางอวกาศในการรักษาอำนาจอธิปไตยในขอบเขตทางทหาร⁵¹

2) มาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ (1) ด้านการจัดหาผลประโยชน์ ไม่ปรากฏข้อมูลในส่วนนี้ของประเทศฝรั่งเศส (2) ด้านการจัดการกองทุน พบว่า กระทรวงเศรษฐกิจและการคลัง (ministre de l'économie et des finances) เป็นกระทรวงหลักในเรื่องงบประมาณรายจ่ายสำหรับนโยบายอวกาศในฝรั่งเศส และนโยบายส่วนใหญ่มักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยและพัฒนาทางด้านอวกาศ⁵² โดยมี CNES เป็นผู้ดูแลกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศสำหรับสตาร์ทอัพ โดยมีบริษัทจัดการ CapDecisif Management เป็นผู้บริหารจัดการกองทุนนวัตกรรมที่เรียกว่า “CosmiCapital” ที่จัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2561⁵³ ต่อมา ในปี พ.ศ. 2562 ประเทศฝรั่งเศสได้ก่อตั้งกองทุนเพื่อการลงทุนใหม่ภายใต้ชื่อ “French Tech Seed” ดำเนินการโดย Bpifrance โดยมีการระดมเงิน 400 ล้านยูโรเพื่อเป็นเงินทุนสำหรับสตาร์ทอัพด้านเทคโนโลยีทางด้านอวกาศ⁵⁴ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน ไม่ปรากฏข้อมูลในส่วนนี้ของประเทศฝรั่งเศส และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน พบว่าประเทศฝรั่งเศส โดย CapDecisif Management จะมีคณะกรรมการความเชี่ยวชาญและเครือข่ายที่เกี่ยวข้องให้การสนับสนุนในด้านสำคัญ หลังจากนั้นก็จะมีการให้เงินกองทุนเพื่อสนับสนุนในด้านต่าง ๆ⁵⁵

2.3 กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทางด้านอวกาศ

ประเทศฟิลิปปินส์ สำหรับเหตุผลในการศึกษาวิเคราะห์ประเทศฟิลิปปินส์ เนื่องจากประเทศฟิลิปปินส์เป็นประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ประเทศเดียวในปัจจุบันที่มีการจัดตั้งองค์การอวกาศแห่งชาติและมีการออกกฎหมายมาปรับใช้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ นอกจากนี้ กรณีที่ประเทศฟิลิปปินส์ถูกเลือกนั้น ก็เพื่อที่จะสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับการสร้างโครงสร้างพื้นฐานและขีดความสามารถพื้นฐาน เพื่อเร่งพัฒนาประเทศให้ก้าวทันสองกลุ่มแรก ทั้งนี้การเลือกประเทศในแต่ละกลุ่มมีเป้าหมายเพื่อเปรียบเทียบแนวทางกฎหมายและนโยบายด้านกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศในบริบทของระดับการพัฒนาและยุทธศาสตร์ทางอวกาศที่แตกต่างกัน

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ François Lecointre, ‘L’espace au coeur des opérations militaires modernes, in Jérôme Pellistrandi (ed), *Les opérations dans l’espace : un enjeu pour la défense* (Revue Défense Nationale 2020) 13–18.

⁵² Sénat (n 49).

⁵³ SpaceWatch.GLOBAL, ‘France’s CNES, ESA, And CapDecisif Management Kickoff CosmiCapital Fund For European New Space’ (SpaceWatch.GLOBAL, 20 November 2018) <<https://spacewatch.global/2018/11/frances-cnes-esa-and-capdecisif-management-kickoff-cosmicapital-fund-for-european-new-space/>> accessed 1 June 2025.

⁵⁴ Centre National D’études Spatiales, ‘Financement Space Ticket’ (Centre National D’études Spatiales) <<https://cnes.fr/entreprises/financement-space-ticket>> accessed 1 June 2025.

⁵⁵ KARISTA, ‘From Satellite Systems to Space-Enabled Digital Solutions’ (KARISTA) <<https://www.karista.vc/newspace>> accessed 1 June 2025.

โดยประเทศฟิลิปปินส์นั้น ได้ดำเนินกิจกรรมอวกาศของตนผ่านองค์การอวกาศฟิลิปปินส์ (A Philippines Space Agency: PhilSA) ที่ทำหน้าที่หลักทางด้านนโยบาย การวางแผน การประสานงาน การนำไปใช้ และมีฐานะเป็นองค์การบริหารของรัฐบาลประเทศฟิลิปปินส์ที่จะวางแผน พัฒนา และส่งเสริมโครงการอวกาศแห่งชาติที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับนโยบายด้านอวกาศของประเทศฟิลิปปินส์⁵⁶ โดยเฉพาะการกรอบงบประมาณและทุนสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมอวกาศ (Space Development Funding) ที่เพียงพอและเหมาะสมของประเทศฟิลิปปินส์ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) นโยบายเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ จากการศึกษา พบว่า ประเทศฟิลิปปินส์เริ่มต้นกรอบนโยบายการให้ทุนสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมอวกาศ โดยเริ่มจากกระบวนการตรากฎหมายอวกาศภายในเป็นอันดับแรกก่อน โดยได้ดำเนินการเกี่ยวกับทุนสนับสนุนกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศไว้ในกฎหมายอวกาศภายในของตน และเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายด้านอวกาศ (the Philippine Space Policy) ที่อยู่ในมาตรา 2 และมาตรา 5 ของรัฐบัญญัติอวกาศของฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2019 แต่อย่างไรก็ตาม นโยบายอวกาศของประเทศฟิลิปปินส์ไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศไว้แต่อย่างใด

2) มาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ จากการศึกษา พบว่า มาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้ง การจัดการ และ/หรือ การใช้จ่ายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศฟิลิปปินส์นั้น ได้ดำเนินการโดยผ่านมาตรการที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมอวกาศ ซึ่งประกอบด้วย (ก) รัฐบัญญัติกำหนดนโยบายการพัฒนาและการใช้ประโยชน์อวกาศของฟิลิปปินส์ และการสร้างองค์การอวกาศฟิลิปปินส์ และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ค.ศ. 2019 (An Act Establishing the Philippine Space Development and Utilization Policy and Creating The Philippine Space Agency, and for Other Purposes or The Philippine Space Act) และ (ข) กฎและข้อบังคับของประเทศฟิลิปปินส์ว่าด้วยการปรับใช้รัฐบัญญัติกำหนดนโยบายการพัฒนาและการใช้ประโยชน์อวกาศของฟิลิปปินส์ และการสร้างองค์การอวกาศฟิลิปปินส์ และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ค.ศ. 2019 (Implementing Rules and Regulations of Republic Act. No. 11363 or The Philippine Space Act) เพื่อนำมาปรับใช้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้ (1) ด้านการจัดตั้งกองทุน พบว่า “รัฐบัญญัติกำหนดนโยบายการพัฒนาและการใช้ประโยชน์อวกาศของฟิลิปปินส์ และการสร้างองค์การอวกาศฟิลิปปินส์ และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ค.ศ. 2019 หรือ รัฐบัญญัติอวกาศของฟิลิปปินส์” กำหนดให้มีการจัดตั้ง “กองทุนพัฒนาอวกาศแห่งฟิลิปปินส์” (The Philippine Space Development Fund) ขึ้น โดยได้กำหนดถึงวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุน⁵⁷ และที่มาของแหล่ง

⁵⁶ Quentin Verspieren, Giulio Coral, Budhaditya Pyne and Hiya Roy, ‘An Early History of the Philippine Space Development Program’ (2018) Acta Astronautica 151, 919–927.

⁵⁷ Rainier Allan Ronda, ‘PhilSA Ushers in Philippine Space Age’ (Philstar Global, 22 August 2019) <<https://www.philstar.com/business/science-and-environment/2019/08/22/1945447/philsa-ushers-philippinespace-age>> accessed 1 June 2025.

ทุน⁵⁸ (2) ด้านการจัดการกองทุน และการจัดหาผลประโยชน์ พบว่า “กฎและข้อบังคับของประเทศฟิลิปปินส์ว่าด้วยการปรับใช้รัฐธรรมนูญกำหนดนโยบายการพัฒนาและการใช้ประโยชน์อวกาศของฟิลิปปินส์ และการสร้างองค์การอวกาศฟิลิปปินส์ และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ค.ศ. 2019” ได้กำหนดถึงการจัดการกองทุนที่ต้องถูกบริหารจัดการโดยผู้อำนวยการ (the Director General) ขององค์การอวกาศแห่งชาติฟิลิปปินส์⁵⁹ และมีการกำหนดถึงการจัดหาผลประโยชน์ของกองทุน⁶⁰ (3) ด้านการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน พบว่า “กฎและข้อบังคับของประเทศฟิลิปปินส์ว่าด้วยการปรับใช้รัฐธรรมนูญกำหนดนโยบายการพัฒนาและการใช้ประโยชน์อวกาศของฟิลิปปินส์ และการสร้างองค์การอวกาศฟิลิปปินส์ และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ค.ศ. 2019” ได้มีการกำหนดถึงการเก็บรักษาเงินกองทุนที่จะต้องถูกจัดสรรเข้าสำนักงานคลังแห่งชาติ (Bureau of the Treasury: BTr) และยังมีการกำหนดถึงการเบิกจ่ายเงินกองทุนด้วย⁶¹ และ (4) ด้านการใช้จ่ายกองทุน พบว่า “กฎและข้อบังคับของประเทศฟิลิปปินส์ว่าด้วยการปรับใช้รัฐธรรมนูญกำหนดนโยบายการพัฒนาและการใช้ประโยชน์อวกาศของฟิลิปปินส์ และการสร้างองค์การอวกาศฟิลิปปินส์ และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ค.ศ. 2019” พบว่า การใช้จ่ายเงินของกองทุนพัฒนาอวกาศแห่งฟิลิปปินส์ ให้ดำเนินการในรูปของงบประมาณประจำปีตามการจัดสรรทั่วไปของ PhilSA⁶² เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หลักของกองทุนพัฒนาอวกาศแห่งฟิลิปปินส์⁶³ และยังได้มีการกำหนดถึงการใช้จ่ายได้ของ PhilSA ที่ได้รับมาจากเงินกองทุนด้วย⁶⁴

3. วิเคราะห์แนวนโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศไทย

3.1 วิเคราะห์นโยบายการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

การศึกษาเปรียบเทียบนโยบายการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศแสดงให้เห็นความแตกต่างที่ชัดเจนตามระดับการพัฒนาทางด้านอวกาศ

3.1.1 การจัดตั้งกองทุน กลุ่มประเทศมหาอำนาจทางด้านอวกาศ (สหรัฐอเมริกา จีน ญี่ปุ่น) และกลุ่มประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านอวกาศ (ลักเซมเบิร์ก ฝรั่งเศส) มีนโยบายการจัดตั้งกองทุนที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม ขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาทางด้านอวกาศอย่างฟิลิปปินส์ยังขาดนโยบายที่ชัดเจน สำหรับประเทศไทย จำเป็นต้องกำหนดนโยบายการจัดตั้งกองทุนที่ชัดเจนและปฏิบัติได้จริง

⁵⁸ Philippine Space Act (Republic Act No. 11363) 2019 s 22.

⁵⁹ Implementing Rules and Regulations of Republic Act No. 11363 r 31.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Implementing Rules and Regulations of Republic Act No. 11363 r 29.

⁶³ Implementing Rules and Regulations of Republic Act No. 11363 r 5.

⁶⁴ Implementing Rules and Regulations of Republic Act No. 11363 r 30.

3.1.2 การจัดหาผลประโยชน์ และการจัดการกองทุน ประเทศมหาอำนาจทางด้านอวกาศ และประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านอวกาศมีนโยบายที่ชัดเจนในการจัดหาผลประโยชน์และจัดการกองทุน ในขณะที่ฟิลิปปินส์ยังขาดความชัดเจน ประเทศไทยควรพัฒนานโยบายทั้งสองด้านให้ครบถ้วนเพื่อความโปร่งใสและประสิทธิภาพ

3.1.3 การเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน ในประเด็นนี้พบความแตกต่างแม้ในกลุ่มเดียวกัน เช่น สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นมีนโยบายชัดเจน แต่จีนไม่มี ลักเซมเบิร์กมีนโยบาย แต่ฝรั่งเศสไม่มี และฟิลิปปินส์ไม่มีนโยบายใดๆ เนื่องจากประเด็นนี้ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมและการบริหารจัดการของแต่ละประเทศมากกว่าระดับการพัฒนา ประเทศไทยควรกำหนดนโยบายที่ชัดเจนเพื่อสร้างความเชื่อมั่น

3.1.4 การใช้จ่ายกองทุน ประเทศมหาอำนาจและประเทศที่ก้าวหน้ามีนโยบายชัดเจน ขณะที่ฟิลิปปินส์ยังขาดความชัดเจน ประเทศไทยควรกำหนดนโยบายการใช้จ่ายที่ชัดเจนเพื่อความโปร่งใส

3.2 วิเคราะห์มาตรการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

3.2.1 การส่งเสริมและสนับสนุนจากเงินกองทุน แต่ละประเทศมีความแตกต่างตามระดับการพัฒนาและเป้าหมายยุทธศาสตร์ สหรัฐอเมริกามีโครงการหลากหลายที่สุด เน้นความร่วมมือกับภาคเอกชน และสนับสนุนวิสาหกิจขนาดเล็ก ญี่ปุ่นเน้นการพัฒนาด้านการขนส่ง ดาวเทียม และการสำรวจอวกาศ ฟิลิปปินส์เน้นการสนับสนุน PhilSA เป็นหลัก ฝรั่งเศสสนับสนุนผ่าน CNES และกองทุน CosmiCapital ส่วนลักเซมเบิร์กมีกองทุน Orbital Ventures และโครงการ LuxIMPULSE กลุ่มเป้าหมายแตกต่างกันโดยสหรัฐอเมริกาครอบคลุมผู้รับทุนที่หลากหลายที่สุด (บริษัทขนาดใหญ่ SMEs สตาร์ทอัพ สถาบันการศึกษา) ญี่ปุ่นเน้นภาคเอกชน มหาวิทยาลัย และสถาบันวิจัย ฟิลิปปินส์เน้นองค์การอวกาศแห่งชาติ ขณะที่ฝรั่งเศสและลักเซมเบิร์กเน้นสตาร์ทอัพและ SMEs ที่มีนวัตกรรม

3.2.2 การจัดหาผลประโยชน์ แต่ละประเทศมีรูปแบบแตกต่างกัน สหรัฐอเมริกามีการจัดหาผลประโยชน์ที่หลากหลายจากงบประมาณประจำปี รายได้จากบริการและการอนุญาต ญี่ปุ่นใช้งบประมาณรัฐบาลและการร่วมทุนกับภาคเอกชน ฟิลิปปินส์ได้รับเงินทุนจาก PAGCOR และ BCDA จำนวน 10,000 ล้านเปโซ รวมทั้งรายได้จากผลิตภัณฑ์และบริการ จีนใช้กลไก Government Guidance Funds แบบ PPP ส่วนฝรั่งเศสและลักเซมเบิร์กได้รับการสนับสนุนจากสหภาพยุโรป

3.2.3 การจัดการกองทุน ประเทศต่างๆ มีรูปแบบการจัดการตามบริบทของตน สหรัฐอเมริกามีระบบซับซ้อนภายใต้การกำกับของสภาอวกาศ โดย NASA จัดโครงสร้างเป็น Mission Directorates ญี่ปุ่นใช้ JAXA เป็นหน่วยงานหลักพร้อมคณะกรรมการขับเคลื่อน ฟิลิปปินส์จัดการผ่านผู้อำนวยการ PhilSA ฝรั่งเศสใช้ CNES สนับสนุน 5 กิจกรรมหลัก ลักเซมเบิร์กจัดการผ่าน LuxIMPULSE โดยสำนักงานอวกาศลักเซมเบิร์กและ ESA

3.2.4 การใช้จ่ายกองทุน มีประเด็นสำคัญ 5 ด้าน ประการแรก ความแตกต่างในการจัดลำดับความสำคัญ โดยประเทศพัฒนาแล้วเน้นการวิจัยขั้นสูงและเทคโนโลยีซับซ้อน ขณะที่ประเทศกำลังพัฒนานั้นโครงสร้างพื้นฐานและขีดความสามารถพื้นฐาน ประการที่สอง กลไกการจัดสรรงบประมาณสะท้อนระดับการพัฒนา เช่น ญี่ปุ่นใช้ TRL เป็นเกณฑ์ ฝรั่งเศสแบ่งการสนับสนุนเป็น 3 ด้านหลัก ประการที่สาม ความยืดหยุ่นในการใช้จ่าย โดยประเทศพัฒนาแล้วมีความยืดหยุ่นมากกว่า ประการที่สี่ การสร้างแรงจูงใจแตกต่างกัน เช่น ลักเซมเบิร์กให้เงินสนับสนุนเพิ่มสำหรับสตาร์ทอัพที่ระดมทุนเอกชนได้ ญี่ปุ่นปรับลดอัตราสนับสนุนเมื่อ TRL เพิ่มขึ้น ประการสุดท้าย การเชื่อมโยงกับระบบนิเวศนวัตกรรมครอบคลุมการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ การให้คำปรึกษา และการสร้างเครือข่าย

3.2.5 การเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุน พบประเด็นสำคัญ 5 ด้าน ประการแรก ความซับซ้อนของระบบควบคุมภายในแตกต่างกัน โดยสหรัฐอเมริกาใช้มาตรฐาน COSO Framework ฟิలిปปินส์เน้นการควบคุมผ่านหน่วยงานกลาง ประการที่สอง ระดับการกระจายอำนาจแตกต่างกัน ญี่ปุ่นมีคณะกรรมการเฉพาะ ฟิลิปปินส์ใช้ระบบรวมศูนย์ ฝรั่งเศสและลักเซมเบิร์กต้องประสานกับระบบสหภาพยุโรป ประการที่สาม ความเข้มงวดของการตรวจสอบตามระดับการพัฒนาระบบการเงินการคลัง ประการที่สี่ ความโปร่งใสและการเข้าถึงข้อมูลแตกต่างกัน โดยประเทศพัฒนาแล้วเปิดเผยข้อมูลละเอียดและสม่ำเสมอ ประการสุดท้าย ทุกประเทศให้ความสำคัญกับระบบควบคุมภายในที่เข้มแข็งและการตรวจสอบอิสระเพื่อสร้างความเชื่อมั่นและตอบสนองความคาดหวังของผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย

ทั้งนี้ การวิเคราะห์นโยบายและมาตรการกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยควรมีการพัฒนากรอบนโยบายที่ครอบคลุมทุกมิติ โดยเฉพาะการจัดตั้งกองทุน การจัดหาผลประโยชน์ การจัดการกองทุน การเก็บรักษาและเบิกจ่าย และการใช้จ่ายกองทุน เพื่อให้สอดคล้องกับระดับการพัฒนาและบริบทของประเทศ พร้อมทั้งสร้างความโปร่งใสและประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ

โดยจากการศึกษาวิเคราะห์แนวโน้มนโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศ สหรัฐอเมริกา จีน ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส ลักเซมเบิร์ก และฟิลิปปินส์ นั้น พบว่า แนวทางที่ทำการศึกษามีและสามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ คือ แนวทางของสหรัฐอเมริกา จีน ญี่ปุ่น และฟิลิปปินส์ โดยมีรายละเอียด ดังนี้ (1) แนวทางสหรัฐอเมริกา ควรนำมาปรับใช้ในด้านกฎหมายและระเบียบเฉพาะสำหรับการบริหารจัดการกองทุน พร้อมมาตรฐานการบริหารการเงินและการรายงานผลที่ชัดเจน โครงสร้างการกำกับดูแลที่มีการถ่วงดุลอำนาจ การส่งเสริมความร่วมมือกับภาคเอกชนในสาขาที่ประเทศไทยมีศักยภาพ การนำเทคโนโลยีดิจิทัลมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ การพัฒนาบุคลากรด้านการบริหารโครงการอวกาศและการบริหารการเงิน และการเริ่มต้นจากโครงการขนาดเล็กที่มีโอกาสสำเร็จสูงแล้วค่อยขยายขอบเขต รวมทั้งความร่วมมือกับต่างประเทศเพื่อการเรียนรู้และถ่ายทอดเทคโนโลยี (2) แนวทางจีน ควรปรับใช้ในด้านต่างๆ ได้แก่ โครงสร้างการบริหารจัดการกิจการอวกาศสะท้อนลักษณะการแบ่งบทบาทเชิงหน้าที่ระหว่างหน่วยงานกำหนดนโยบายในระดับส่วนกลาง หน่วยงานดำเนินการเฉพาะด้าน และหน่วยงานในระดับท้องถิ่น รวมถึงการใช้กลไก

กองทุนและโครงการเชิงอุตสาหกรรมเพื่อสนับสนุนการพัฒนาเทคโนโลยีและภาคธุรกิจอวกาศ โครงสร้างดังกล่าวช่วยให้การกำกับดูแลและการสนับสนุนสามารถครอบคลุมกิจกรรมอวกาศในหลายมิติ พร้อมทั้งลดความเอนเอียงไปสู่มิติใดมิติหนึ่งเพียงด้านเดียว โดยการระดมทุนโดยเริ่มจากงบประมาณภาครัฐเป็นทุนตั้งต้นเพื่อดึงดูดการลงทุนภาคเอกชน พัฒนามาตรการจูงใจทางภาษีและช่องทางระดมทุนหลากหลาย การสนับสนุนอุตสาหกรรมอวกาศในสาขาที่ประเทศมีศักยภาพ การพัฒนาบุคลากรและโครงสร้างพื้นฐานรวมถึงระบบนิเวศที่เอื้อต่อสตาร์ทอัพด้านอวกาศ การบูรณาการกองทุนเป็นส่วนหนึ่งของยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศระยะยาว และการติดตามประเมินผลด้วยตัวชี้วัดครอบคลุมทั้งปริมาณและคุณภาพ (3) แนวทางญี่ปุ่น ควรนำมาปรับใช้เพื่อจัดทำนโยบายอวกาศที่เกี่ยวข้องกับกองทุนที่มีความยืดหยุ่นและทันต่อเหตุการณ์ปัจจุบันและอนาคต โดยนโยบายกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศญี่ปุ่นได้มีการกำหนดดัชนีชี้วัดผลงาน (KPI) อย่างชัดเจน และ (4) แนวทางฟิลิปปินส์ เนื่องจากกฎหมายอวกาศของฟิลิปปินส์กำหนดจำนวนเงินทุนที่เหมาะสม ที่มาของรายได้ กระบวนการได้มาซึ่งเงินทุน การใช้เงินทุน และการให้อำนาจหน้าที่แก่บุคคลในการบริหารจัดการกองทุนอย่างชัดเจน

ตารางที่ 1 สรุปแนวนโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ

ประเด็นวิเคราะห์	มิติการวิเคราะห์	สหรัฐอเมริกา	จีน	ญี่ปุ่น	ฝรั่งเศส	ลักเซมเบิร์ก	ฟิลิปปินส์
1. การส่งเสริมและสนับสนุนจากเงินกองทุน	นโยบาย	กำหนดนโยบายสนับสนุนการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและความร่วมมือภาครัฐ-เอกชน โดยมุ่งเสริมสร้างขีดความสามารถเชิงพาณิชย์และนวัตกรรม	กำหนดนโยบายบูรณาการกองทุนเป็นส่วนหนึ่งของยุทธศาสตร์การพัฒนา	กำหนดนโยบายสนับสนุนการพัฒนาเทคโนโลยี การขนส่งอวกาศ และดาวเทียมภายใต้กรอบนโยบายอวกาศแห่งชาติ	กำหนดนโยบายส่งเสริมอุตสาหกรรมอวกาศผ่านหน่วยงานอวกาศแห่งชาติและโครงการสนับสนุนเชิงนวัตกรรม	กำหนดนโยบายมุ่งพัฒนาเป็นศูนย์กลางการลงทุนและสตาร์ทอัพด้านอวกาศ	กำหนดนโยบายมุ่งเสริมสร้างขีดความสามารถขององค์กรอวกาศแห่งชาติเป็นหลัก
	มาตรการ	ให้ทุนแก่บริษัทขนาดใหญ่ SMEs สตาร์ทอัพ และสถาบันการศึกษา พร้อมโครงการร่วมลงทุนและการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	จัดตั้งกองทุนและแนวภาครัฐ (Government Guidance Funds) และมาตรการจูงใจการลงทุนภาคเอกชน	จัดสรรทุนตามระดับความพร้อม เทคโนโลยี (TRL) และโครงการร่วมกับมหาวิทยาลัยและเอกชน	สนับสนุนผ่าน CNES และโครงการ/กองทุน เฉพาะ เช่น กองทุนเชิงนวัตกรรม	ดำเนินโครงการ LuxIMPULSE และกองทุน Ventures เพื่อสนับสนุนสตาร์ทอัพ	จัดสรรงบประมาณให้ PhilSA เป็นหลัก

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2569)

ประเด็น วิเคราะห์	มิติการ วิเคราะห์	สหรัฐอเมริกา	จีน	ญี่ปุ่น	ฝรั่งเศส	ลักเซมเบิร์ก	ฟิลิปปินส์
2. การจัดหา ผลประโยชน์	นโยบาย	กำหนดนโยบาย แหล่งรายได้จาก งบประมาณรัฐ รายได้บริการ และ การอนุญาตใช้สิทธิ	กำหนดนโยบาย ใช้เงินภาครัฐ เป็นทุนตั้งต้น เพื่อดึงดูดการ ลงทุนเอกชน	กำหนด นโยบายร่วม ทุนรัฐ-เอกชน	กำหนด นโยบายรับ การสนับสนุน จากรัฐและ สหภาพยุโรป	กำหนด นโยบายผสม การสนับสนุน จากรัฐและ สหภาพยุโรป	กำหนด นโยบายใช้ รายได้จาก หน่วยงานของ รัฐและแหล่ง รายได้เฉพาะ
	มาตรการ	จัดเก็บรายได้จาก สัญญา บริการ และค่าธรรมเนียม การอนุญาต	ใช้กลไก PPP และกองทุน ภาครัฐร่วม ลงทุน	จัดตั้งโครงการ ร่วมลงทุนกับ เอกชน	ขอรับการ สนับสนุนจาก โครงการ ระดับสหภาพ ยุโรป	ใช้โครงการ สนับสนุนด้าน การลงทุนจาก EU	รับเงินทุนจาก PAGCOR และ BCDA รวมถึงรายได้ จากบริการ
3. การ จัดการ กองทุน	นโยบาย	กำหนดโครงสร้าง การกำกับดูแล ภายใต้ฝ่ายนิติ บัญญัติและ หน่วยงานอวกาศ แห่งชาติ	กำหนด โครงสร้างรวม ศูนย์ภายใต้ ยุทธศาสตร์รัฐ	กำหนดให้ หน่วยงาน อวกาศแห่งชาติ เป็นแกนกลาง การบริหาร	กำหนดให้ CNES เป็น หน่วยงาน หลัก	กำหนดให้ สำนักงาน อวกาศและ หน่วยงานที่ เกี่ยวข้องร่วม บริหาร	กำหนดให้ ผู้อำนวยการ PhilSA เป็น ผู้บริหารหลัก
	มาตรการ	แบ่งโครงสร้างการ บริหารตามภารกิจ (Mission Directorates)	แต่งตั้ง คณะกรรมการ กำกับเชิง นโยบาย	จัดตั้ง คณะกรรมการ ขับเคลื่อนและ หน่วยงาน เฉพาะ	จัดโครงสร้าง การ ดำเนินงาน ตามกิจกรรม หลัก	ใช้โครงการ LuxIMPULSE ร่วมกับ ESA	ใช้ระบบรวม ศูนย์ภายใต้ หน่วยงาน เดียว
4. การใช้ จ่ายกองทุน	นโยบาย	เน้นการลงทุนด้าน วิจัยขั้นสูงและ เทคโนโลยีเชิง พาณิชย์	เชื่อมโยงการใช้ จ่ายกับ ยุทธศาสตร์ อุตสาหกรรม	กำหนดกรอบ การใช้จ่ายตาม ระดับ TRL	แบ่งการ สนับสนุนเป็น ด้าน เทคโนโลยี อุตสาหกรรม และการวิจัย	มุ่งส่งเสริมการ ลงทุนเชิง นวัตกรรม	มุ่งพัฒนา โครงสร้าง พื้นฐาน พื้นฐาน
	มาตรการ	โครงการจัดซื้อจัด จ้างภาครัฐและ Matching Fund	การอุดหนุน อุตสาหกรรม เป้าหมาย	ปรับลด/เพิ่ม อัตราสนับสนุน ตาม TRL	สนับสนุนผ่าน โครงการ เฉพาะ	เงินเพิ่มสำหรับ สตาร์ทอัพที่ ระดมทุน เอกชนได้	จัดสรร งบประมาณ แบบรวมศูนย์
5. การเก็บ รักษาและ เบิกจ่าย เงินกองทุน	นโยบาย	กำหนดมาตรฐาน ควบคุมภายในและ การตรวจสอบ อิสระ	กำหนดระบบ ควบคุมรวมศูนย์	กำหนดระบบ คณะกรรมการ กำกับ	กำหนดให้ สอดคล้องกับ ระบบ EU	กำหนดให้ สอดคล้องกับ ระบบ EU	กำหนดการ ควบคุมโดย หน่วยงานรัฐ
	มาตรการ	ใช้กรอบ COSO Framework และ รายงานสาธารณะ	ตรวจสอบผ่าน หน่วยงานรัฐ กลาง	ใช้ระบบอนุมัติ หลายชั้น	ตรวจสอบ ร่วมกับ หน่วยงาน	ตรวจสอบ ร่วมกับ ESA/EU	ใช้ระบบ อนุมัติรวม ศูนย์

ประเด็น วิเคราะห์	มิติการ วิเคราะห์	สหรัฐอเมริกา	จีน	ญี่ปุ่น	ฝรั่งเศส	ลักเซมเบิร์ก	ฟิลิปปินส์
					ระดับชาติ และ EU		

4. สรุปและเสนอแนะ

4.1 สรุป

จากการศึกษา “กองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ” ของประเทศต่างๆ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มหลัก แสดงให้เห็นความแตกต่างในการพัฒนาและการจัดการตามระดับความก้าวหน้าทางอวกาศ ดังนี้ (1) กลุ่มประเทศมหาอำนาจทางอวกาศ (ก) สหรัฐอเมริกา เป็นต้นแบบที่มีระบบบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพสูงสุด โดยมีกรอบกฎหมายและระเบียบที่ชัดเจน กลไกการสนับสนุนทางการเงินที่หลากหลาย เน้นความร่วมมือกับภาคเอกชนผ่านโครงการสำคัญ มีระบบควบคุมและตรวจสอบที่เข้มแข็งผ่านหน่วยงานหลายระดับ ใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ในการบริหารจัดการเงินเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความโปร่งใส และให้ความสำคัญกับการบริหารความเสี่ยง (ข) จีน พัฒนาระบบการสนับสนุนทางการเงินที่มีลักษณะเฉพาะโดยผสมผสานการควบคุมโดยรัฐและการเปิดรับภาคเอกชน แม้รัฐบาลยังคงบทบาทสำคัญในการกำหนดทิศทางและกำกับดูแล แต่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วม การใช้จ่ายกองทุนมุ่งเน้นการพัฒนาครบวงจรใน 3 ด้านหลัก ได้แก่ การสนับสนุนการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศ การลงทุนและให้เงินกู้ดอกเบี้ยต่ำ และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานสำหรับอุตสาหกรรมอวกาศ โดยเน้นการกระจายการพัฒนาไปยังภูมิภาคต่างๆ ของประเทศ และ (ค) ญี่ปุ่น ให้ความสำคัญกับกองทุนส่งเสริมกิจกรรมอวกาศผ่าน “นโยบายพื้นฐานของกองทุนยุทธศาสตร์อวกาศ ค.ศ. 2024” มุ่งเน้น 3 กิจกรรมหลัก คือ การขนส่ง ดาวเทียม และการสำรวจ โดยใช้กฎหมายอวกาศพื้นฐาน ค.ศ. 2008 ในการกำหนดทิศทางและพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการงบประมาณ ค.ศ. 1955 ในการจัดสรรงบประมาณ (2) กลุ่มประเทศที่มีความก้าวหน้าทางอวกาศ ได้แก่ (ก) ลักเซมเบิร์ก สนับสนุนกองทุน Orbital Ventures ที่มุ่งเน้นเทคโนโลยีอวกาศทั้งด้านต้นน้ำและปลายน้ำ โดยเน้นบริษัทในช่วงเริ่มต้นดำเนินกิจกรรมอวกาศเพื่อเสริมสร้างความมุ่งมั่นในการปลดล็อกศักยภาพทางเศรษฐกิจของอุตสาหกรรมอวกาศเชิงพาณิชย์ และ (ข) ฝรั่งเศส มีการจัดการกองทุนอวกาศโดย CNES ที่เลือกบริษัท CapDécisif Management จัดตั้งกองทุนนวัตกรรม “CosmiCapital” เพื่อให้การสนับสนุนทางเทคนิคแก่บริษัทสตาร์ทอัพเป็นหลัก และ (3) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทางอวกาศ คือ ฟิลิปปินส์ ได้วางกรอบมาตรการเกี่ยวกับกองทุนพัฒนาอวกาศผ่านรัฐบัญญัติกำหนดนโยบายการพัฒนาและการใช้ประโยชน์อวกาศ ค.ศ. 2019 โดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้จ่ายเงินเพื่อการพัฒนาอวกาศ และการศึกษาและสร้างความตระหนักรู้ด้านอวกาศ

สำหรับประเด็นนโยบายในการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศ สรุปได้ว่ากลุ่มประเทศมหาอำนาจทางอวกาศมีนโยบายการจัดตั้งกองทุนครบถ้วน ยกเว้นจีนที่ไม่มีความชัดเจนเรื่องการเก็บรักษาและเบิกจ่ายเงินกองทุนเนื่องจากเป็นเรื่องความมั่นคง กลุ่มประเทศที่ก้าวหน้าทางอวกาศมีนโยบาย

ครบถ้วน ยกเว้นฝรั่งเศสที่ขาดความชัดเจนเรื่องการเก็บรักษาและเบิกจ่าย ส่วนกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ฟิลิปปินส์ไม่มีนโยบายการสนับสนุนการให้ทุนเพื่อส่งเสริมกิจการอวกาศ และสำหรับประเด็นมาตรการในการ จัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของต่างประเทศ สรุปได้ว่า สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศเดียวที่มีมาตรการ ครบทุกประเด็น จีนไม่มีความชัดเจนในมาตรการการจัดตั้งกองทุน ญี่ปุ่นขาดเพียงประเด็นการเก็บรักษาและ เบิกจ่ายเงินกองทุน ฝรั่งเศสและลักเซมเบิร์กยังมีความไม่ชัดเจนในหลายประเด็น ขณะที่ฟิลิปปินส์มีมาตรการ ทางกฎหมายครบทุกประเด็นแม้จะเป็นประเทศกำลังพัฒนา

ทั้งนี้ การศึกษาวิจัยนี้ได้แสดงให้เห็นว่าระดับการพัฒนาทางอวกาศไม่ได้เป็นตัวกำหนดเพียงอย่างเดียว ในการมีกรอบนโยบายและมาตรการที่สมบูรณ์ แต่ขึ้นอยู่กับ การวางแผนเชิงยุทธศาสตร์และความมุ่งมั่นในการ พัฒนาโครงสร้างพื้นฐานทางด้านอุตสาหกรรมอวกาศของแต่ละประเทศ

4.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวโน้มนโยบายและมาตรการของต่างประเทศ มีข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทย ในการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนี้

4.2.1 กรอบกฎหมายและโครงสร้างพื้นฐาน โดยควรกำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนส่งเสริม กิจการอวกาศในกฎหมายหลักกว่าด้วยการดำเนินกิจกรรมอวกาศ พร้อมจัดสรรเงินแก่หน่วยงานทั้งภาครัฐและ เอกชนเพื่อสนับสนุนการพัฒนากิจการอวกาศ กำหนดแผนปฏิบัติการที่มีความยืดหยุ่นให้สอดคล้องกับนโยบาย การพัฒนาประเทศและแผนแม่บทกิจการอวกาศ

4.2.2 การบริหารจัดการและโครงสร้างองค์กร โดยควรจัดตั้งคณะกรรมการบริหารกองทุน ส่งเสริมและพัฒนากิจการอวกาศและคณะกรรมการด้านต่างๆ เพื่อกำหนดกระบวนการเชื่อมโยงการ ดำเนินงานกับสำนักงานกำกับดูแลการดำเนินกิจการอวกาศให้ชัดเจน พร้อมมาตรการทบทวนนโยบาย แผน แม่บท และแผนปฏิบัติการอย่างเป็นรูปธรรม

4.2.3 การประยุกต์แนวทางจากประเทศต่างๆ เพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย ดังนี้ (1) แนวทางสหรัฐอเมริกา เช่น การร่วมทุนกับภาคเอกชน (Public-Private Partnerships) เป็นอีกหนึ่งแหล่ง รายได้ที่มีความสำคัญเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ผ่านโครงการสำคัญ เช่น Commercial Crew Program และ Commercial Cargo Program ซึ่งเป็นการปฏิวัติรูปแบบการดำเนินงานด้านอวกาศ ของสหรัฐฯ จากเดิมที่ NASA เป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด มาเป็นการร่วมมือกับบริษัทเอกชนอย่าง SpaceX และ Boeing ในการพัฒนาและดำเนินการระบบขนส่งอวกาศ (2) แนวทางญี่ปุ่น ควรนำมาปรับใช้เพื่อจัดทำ นโยบายอวกาศที่เกี่ยวข้องกับกองทุนที่มีความยืดหยุ่นและทันต่อเหตุการณ์ปัจจุบันและอนาคต โดยกำหนด ดัชนีชี้วัดผลงาน (KPI) อย่างชัดเจน เช่น ประเทศญี่ปุ่นมีความมั่นใจว่าสามารถทำการขนส่งอวกาศ ภายในประเทศได้ สำหรับจรวดของภาครัฐ (core rockets) และจรวดเอกชน (private rockets) ซึ่งจะ สามารถส่งได้มากถึงประมาณ 30 ครั้งต่อปี และการจัดตั้งฐานทางอุตสาหกรรม (ด้านดาวเทียม ฯลฯ) ภายในประเทศญี่ปุ่นเพื่อให้เกิดความมั่นใจถึงความเป็นอิสระและการพึ่งพาตนเอง ผ่านการใช้งบประมาณจาก

กองทุนยุทธศาสตร์อวกาศเพื่อพัฒนาเทคโนโลยี และ (3) แนวทางฟิลิปปินส์ เนื่องจากกฎหมายอวกาศของฟิลิปปินส์กำหนดจำนวนเงินทุนที่เหมาะสม ที่มาของรายได้ กระบวนการได้มาซึ่งเงินทุน การใช้เงินทุน และการให้อำนาจหน้าที่แก่บุคคลในการบริหารจัดการกองทุนอย่างชัดเจน ประกอบกับเพื่อสนับสนุนวัตถุประสงค์ระยะยาวขององค์การฯ เช่น การเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดการความเสี่ยงจากภัยพิบัติ การปรับปรุงระบบโทรคมนาคม การพัฒนางานวิจัยทางเทคโนโลยีอวกาศ และการสนับสนุนความมั่นคงแห่งชาติผ่านการใช้ทรัพยากรในอวกาศ

ดังนั้น การจัดตั้งกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศของประเทศไทยเห็นควรเป็นการผสมผสานแนวทางที่ดีที่สุดจากประเทศต่าง ๆ ตามที่ได้เสนอแนะมาข้างต้น โดยคำนึงถึงบริบทและศักยภาพของประเทศ ทั้งนี้ประเทศไทยควรที่จะใช้รูปแบบกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศที่มุ่งเน้นให้การส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนากิจการอวกาศแก่ภาคเอกชนเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมกับภาครัฐในการดำเนินกิจการอวกาศ ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นที่รัฐบาลให้ทุนประเดิมในการสนับสนุนเงินกองทุน นอกจากนี้ หากประเทศไทยได้เริ่มต้นด้วยการจัดทำกรอบทางกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ เช่น โครงสร้างการบริหารจัดการกองทุนฯ ที่มีประสิทธิภาพ เพื่อใช้ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานทางด้านอุตสาหกรรมอวกาศอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และอย่างเป็นระบบที่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศในระยะยาว⁴⁰⁴ (ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. ฉบับที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งก็ได้มีการบัญญัติไว้เกี่ยวกับกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศไว้ใน หมวด 3 ว่าด้วยกองทุนส่งเสริมกิจการอวกาศ ตั้งแต่ มาตรา 56 ถึงมาตรา 60) เชื่อว่าประเทศไทยในปัจจุบันจากประเทศกำลังพัฒนาทางด้านอวกาศ (Non Space-Faring Nation) จะก้าวขึ้นไปสู่ประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านอวกาศ (Emerging Space Nation) ได้ภายใน 10 ปีข้างหน้าอย่างแน่นอน

⁴⁰⁴ บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของรายงานผลการศึกษา (Report) กฎหมายลำดับรองของร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. ซึ่งได้รับงบประมาณจากสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน)

รายการอ้างอิง

- Banque européenne d'investissement, 'Investissements dans l'espace : une compréhension commune des besoins d'investissement et de financement pour un secteur spatial concurrentiel en amont' (Banque européenne d'investissement, 26 September 2023) <<https://www.eib.org/fr/press/news/space-investment-a-common-understanding-of-investment-and-funding-needs-for-a-competitive-upstream-space-sector>> accessed 1 June 2025.
- Centre National D'études Spatiales, 'Financement Space Ticket' (Centre National D'études Spatiales) <<https://cnes.fr/entreprises/financement-space-ticket>> accessed 1 June 2025.
- Deloitte, 'Luxembourg, a Rising Star in the Space Industry' (Deloitte) <<https://www.deloitte.com/lu/en/Industries/technology/research/luxembourg-space-industry-companies.html>> accessed 1 June 2025.
- European Commission, 'Horizon Europe' (European Commission) <https://research-and-innovation.ec.europa.eu/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe_en> accessed 1 June 2025.
- European Commission, Horizon Europe — Work Programme 2023–2025, https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/wp-call/2023-2024/wp-13-general-annexes_horizon-2023-2024_en.pdf accessed 1 June 2025.
- François Lecointre, 'L'espace au coeur des opérations militaires modernes, in Jérôme Pellistrandi (ed), Les opérations dans l'espace : un enjeu pour la défense (Revue Défense Nationale 2020).
- KARISTA, 'From Satellite Systems to Space-Enabled Digital Solutions' (KARISTA) <<https://www.karista.vc/newspace>> accessed 1 June 2025.
- Kristin Burke, 'Understanding China's Space Leading Small Groups—The Best Way to Determine the PLA's Influence' (CASI/Air University, July 2022) <<https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/CASI/documents/Research/CASI%20Articles/2022-07-25%20China%27s%20Space%20Leading%20Small%20Groups.pdf>> accessed 22 June 2025.

- Luxembourg Space Agency, ‘Acceleration Programme’ (Luxembourg Space Agency, 6 September 2019) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/Start-up-programmes.html>> accessed 1 June 2025.
- ‘European Programmes’ (Luxembourg Space Agency, 9 September 2019) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/european-programmes.html>> accessed 1 June 2025.
- ‘How to Get Funding’ (Luxembourg Space Agency, 9 October 2020) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/terms-of-participation.html>> accessed 1 June 2025.
- ‘Luxembourg Backs Space Technology Venture Capital Fund’ (Luxembourg Space Agency, 16 January 2020) <https://space-agency.public.lu/en/news-media/news/2020/space_technology_venture_capital_fund.html> accessed 1 June 2025.
- ‘National Programmes’ (Luxembourg Space Agency, 9 September 2019) <<https://space-agency.public.lu/en/funding/funding-space.html>> accessed 1 June 2025.
- Ministère de l’Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, ‘Les premiers résultats du volet spatial de France 2030 dévoilés’ (Ministère de l’Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, 7 July 2023) <<https://www.economie.gouv.fr/premiers-resultats-volet-spatial-france-2030-devoiles#>> accessed 1 June 2025.
- National Aeronautics and Space Administration, ‘Appropriations’ (National Aeronautics and Space Administration, 10 June 2024) <<https://www.nasa.gov/ocfo/ocfo-appropriations/>> accessed 22 June 2025.
- ‘NASA Advisory Council’ (National Aeronautics and Space Administration) <<https://www.nasa.gov/nac/>> accessed 8 February 2025.
- NASA Policy Directive (NPD) 1000.0C: NASA Governance and Strategic Management Handbook 2020.
- Public-Private Partnerships for Space Capability Development: Driving Economic Growth and NASA’s Mission 2014 <https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2015/01/NASA_Partnership_Report_LR_20140429.pdf> accessed 22 June 2025.
- Strategic Plan 2022–2026 2022 <https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2023/09/fy-22-strategic-plan-1.pdf?emrc=ff1a1e>

- National Space Council, A New Era for Deep Space Exploration and Development 2020.
- Quentin Verspieren, Giulio Coral, Budhaditya Pyne and Hiya Roy, ‘An Early History of the Philippine Space Development Program’ (2018) *Acta Astronautica* 151, 919–927.
- Rainier Allan Ronda, ‘PhilSA Ushers in Philippine Space Age’ (Philstar Global, 22 August 2019) <<https://www.philstar.com/business/science-and-environment/2019/08/22/1945447/philsa-ushers-philippinespace-age>> accessed 1 June 2025.
- Sénat, ‘Financement de la recherche spatiale’ (Sénat, 19 June 2024) <<https://www.senat.fr/rap/r23-697/r23-697.html>> accessed 1 June 2025.
- SpaceWatch.GLOBAL, ‘France’s CNES, ESA, And CapDecisif Management Kickoff CosmiCapital Fund For European New Space’ (SpaceWatch.GLOBAL, 20 November 2018) <<https://spacewatch.global/2018/11/frances-cnes-esa-and-capdecisif-management-kickoff-cosmicapital-fund-for-european-new-space/>> accessed 1 June 2025.
- The Government of Japan, ‘Making Our World Better from Space: A Japanese Astronaut’s Perspective’ (The Government of Japan, 28 July 2023) <https://www.japan.go.jp/kizuna/2023/07/making_our_world_better_from_space.html> accessed 1 June 2025.
- U.S. Department of the Treasury, Treasury Financial Manual (TFM) Volume 1: Federal Agencies 2023.
- U.S. Government Accountability Office (GAO), Actions Needed to Improve Cost Estimation and Oversight of Space Development Programs: GAO-20-314 2020.
- Federal Financial Management System Requirements: GAO-21-104648 2021.
- NASA Partnerships: Agency Actions to Better Manage Agreements with Commercial Partners: GAO-21-542 2021.
- NASA: Assessment of Major Projects: GAO-23-105709 2023.
- NASA: Implementing Leading Project Management Practices Could Help Achieve Mission Goals: GAO-23-105709 2023.
- 中华人民共和国国务院 [State Council of the PRC], 国家民用空间基础设施中长期发展规划 (2015–2025年) [National Medium and Long-term Civil Space Infrastructure Development Plan (2015–2025)] accessed 26 October 2015.
- 中国国家航天局 [China National Space Administration], 中国的航天事业白皮书 [White Paper on China’s Space Activities] accessed 28 January 2021.

内閣府 [Cabinet Office], 宇宙戦略基金基本方針 [Space Strategy Fund Basic Policy] accessed 26 April 2024.

— 「デフレ完全脱却のための総合経済対策」について [Regarding Comprehensive Economic Measures for Complete Overcoming of Deflation] (閣議決定 2023) <https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/suisinkaigi/joukyou_dai3/pdf/siryou9.pdf> accessed 1 February 2026.

内閣府宇宙開発戦略推進事務局, 宇宙戦略基金について (全体概要) [Regarding the Space Strategy Fund (General Overview)] 2020 <<https://www8.cao.go.jp/space/kikin/siryou1-1-1.pdf>> accessed 1 February 2026.

国防科工委 [Commission of Science, Technology and Industry for National Defense], 航天发展 ‘十一五’ 规划 [The 11th Five-Year Plan for Aerospace Development], <<https://www.ndrc.gov.cn/fggz/fzzlgh/gjjzxgh/200711/P020191104623381030510.pdf>> accessed 22 June 2025.

杨洁 [Yang Jie], ‘政策推动 商业航天高质量发展’ [Policy-Driven High-Quality Development of Commercial Aerospace] (中国证券报, 12 November 2024) <<https://www.stcn.com/article/detail/1408514.html>> accessed 22 June 2025.

บทความวิจัย (Research Article)

การพัฒนากฎหมายและแผนปฏิบัติการเพื่อสร้างสรรค์เด็กไทย ปลอดภัยจากการคุกคาม

Law and Action Plan for “Bullying-Free School”*

เกวลิน ต่อบัญญาชาญ**

รองศาสตราจารย์

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

เลขที่ 9/9 หมู่ 9 ถนนแจ้งวัฒนะ ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

อีเมล: keovalin.tor@stou.ac.th

Keovalin Torpanyacharn

Associate Professor,

School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University

9/9 Moo 9, Bang Phut Sub-district, Pak Kret District, Nonthaburi 11120

Email: keovalin.tor@stou.ac.th

วัลัยวรรณ มธุรสปริชากุล***

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

เลขที่ 9/9 หมู่ 9 ถนนแจ้งวัฒนะ ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

อีเมล: walaiwan16169@gmail.com

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งจากรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “การพัฒนากฎหมายและแผนปฏิบัติการเพื่อสร้างสรรค์เด็กไทย ปลอดภัยจากการคุกคาม” งบประมาณสนับสนุนงานมูลฐาน (Fundamental Fund) ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2568 จากกองทุนส่งเสริม วิทยาศาสตร์ วิจัย และนวัตกรรม

** นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

*** นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Walaiwan Mathurotpreechakun

Assistance Professor

School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University

9/9 Moo 9, Bang Phut Sub-district, Pak Kret District, Nonthaburi 11120

Email: walaiwan16169@gmail.com

*สฤษฎ์เทพ สุขแก้ว*****

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

เลขที่ 9/9 หมู่ 9 ถนนแจ้งวัฒนะ ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

อีเมล: sarhistthep.suk@stou.ac.th

Sarithep Sukkaew

Assistance Professor

School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University

9/9 Moo 9, Bang Phut Sub-district, Pak Kret District, Nonthaburi 11120

Email: sarhistthep.suk@stou.ac.th

วันที่รับบทความ 21 พฤศจิกายน 2568; วันที่แก้ไขบทความ 2 กุมภาพันธ์ 2569 ;

วันที่ตอบรับบทความ 3 กุมภาพันธ์ 2569

**** ศึกษาศาสตรดุษฎีบัณฑิต (การวิจัยและประเมินทางการศึกษา) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หน่วยงาน และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งรังแก รวมถึงแนวทางและมาตรการของสหประชาชาติ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และฟิลิปปินส์ เพื่อนำมาวิเคราะห์และพัฒนาแนวปฏิบัติของโรงเรียนไทยในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกของนักเรียน โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยจากการวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เชิงลึก การประชุมกลุ่มย่อย และการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ โดยมุ่งศึกษาเฉพาะโรงเรียนสังกัดกรุงเทพมหานคร ผลการวิจัยพบว่า การกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนเกิดได้หลายรูปแบบ ทั้งทางกาย วาจา จิตใจ และทางไซเบอร์ ประเทศไทยยังขาดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะในการจัดการปัญหานี้ ขณะที่ต่างประเทศที่เลือกศึกษาข้างต้นมีกฎหมายและนโยบายที่ชัดเจน เช่น กฎหมายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแกและระบบช่วยเหลือนักเรียน คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้ไทยมีกฎหมายเฉพาะและแนวปฏิบัติสำหรับสถานศึกษา โดยเน้นการสร้างระบบรายงานเหตุ การอบรมครูและนักเรียน การเยียวยาผู้ถูกกลั่นแกล้ง และการใช้มาตรการฟื้นฟูแทนการลงโทษ

คำสำคัญ: กฎหมาย; การกลั่นแกล้งรังแก; นักเรียน; โรงเรียน

Abstract

This study aims to examine the concepts, theories, relevant agencies, and Thai laws related to bullying, as well as the approaches and measures implemented by the United Nations, the United States, the Republic of Korea, and the Philippines. The goal is to analyze and develop practical guidelines for Thai schools to prevent and address student bullying. The research employs documentary research, in-depth interviews, focus group discussions, and comparative analysis. The findings reveal that bullying in schools can occur in various forms physical, verbal, psychological, and cyberbullying. Thailand still lacks specific legal measures to effectively address this issue, whereas the countries studied have clear laws and policies, such as anti-bullying legislation and student support systems. Therefore, the researcher proposes that Thailand should establish specific laws and school guidelines focusing on creating reporting systems, providing training for teachers and students, offering rehabilitation for victims, and emphasizing restorative measures rather than punitive ones.

Keywords: Law; Bullying; Student; School

1. บทนำ

การกลั่นแกล้งรังแก (Bullying) เป็นปัญหาความรุนแรงในเยาวชนรูปแบบหนึ่งที่ขยายวงกว้างมากขึ้น เพราะเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อสภาพร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และคุณภาพชีวิตของนักเรียนในระยะยาว¹ ข้อมูลจากกรมสุขภาพจิตเมื่อปี 2561 พบว่าสัดส่วนของนักเรียนไทยที่ถูกกลั่นแกล้งในโรงเรียนมีสูงถึงร้อยละ 40 หรือประมาณ 6 แสนคนต่อปี ซึ่งสูงเป็นอันดับสองของโลกรองจากประเทศญี่ปุ่น² ส่วนข้อมูลจากเครือข่ายนักกฎหมายเพื่อเด็กและเยาวชน ได้เปิดเผยผลสำรวจในกลุ่มเด็กอายุ 10-15 ปี จาก 15 โรงเรียนพบว่าร้อยละ 91.79 เคยถูกกลั่นแกล้ง และควรมีมาตรการป้องกันโดยเฉพาะการกลั่นแกล้งรังแกทางไซเบอร์ที่มาจากความสัมพันธ์ในโรงเรียน เพราะโรงเรียนเป็นพื้นที่ส่วนใหญ่ที่เด็กนักเรียนมีปฏิสัมพันธ์กัน ทั้งนี้ แม้ว่า การกลั่นแกล้งรังแกเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย และเป็นที่ยอมรับกันดีในบรรดากลุ่มนักเรียน พ่อแม่ ผู้ปกครอง ครูอาจารย์ ผู้บริหาร และบุคลากรทางการศึกษาแต่ก็ถูกมองข้ามไป คนที่เห็นเหตุการณ์ก็มักจะไม่ใช่เข้าไปช่วย เพราะเห็นว่าเป็นการเล่นกันและรู้สึกไม่ใช่เรื่องของตนเอง สถานศึกษามองเรื่องการรังแกกันเป็นเรื่องเล็กน้อย และเมื่อเกิดการรังแกขึ้น ผู้ที่รังแกมักถูกทำโทษ แต่ไม่มีวิธีการทำให้ผู้รังแกได้รู้สึกเห็นอกเห็นใจ หรือเข้าใจความรู้สึกของผู้ที่ถูกรังแก ส่วนผู้ถูกกลั่นแกล้งมักไม่รู้ว่าจะต้องหาทางออกหรือขอความช่วยเหลือได้อย่างไร ผลกระทบที่เกิดขึ้น คือนักเรียนที่ถูกรังแก มักเครียด มีอาการซึมเศร้าหรือวิตกกังวล โดดเดี่ยว การกิน การนอนผิดปกติ ไม่มีความสุขในกิจกรรมที่ชื่นชอบ มีปัญหาการเข้าสังคม และปัญหานี้อาจยังคงอยู่จนถึงวัยผู้ใหญ่ หากถูกกดดันรุนแรงหรือเรื้อรัง จะนำไปสู่การทำร้ายคนอื่นเพื่อแก้แค้น หรือทำร้ายตนเอง รุนแรงถึงฆ่าตัวตาย ขณะที่นักเรียนที่กลั่นแกล้งคนอื่น เมื่อทำบ่อยครั้งจนกลายเป็นนิสัยเคยชิน จะมีปัญหาบุคลิกภาพ แบบใช้ความก้าวร้าว ความรุนแรงต่อผู้อื่น ใช้ความรุนแรงแก้ปัญหาเป็นอึดพาล อาชญากรของสังคมได้ ซึ่งปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกนี้นับเป็นความรุนแรงในโรงเรียนที่ไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะประเทศไทยเท่านั้น แต่ปัญหาดังกล่าวยังเกิดขึ้นในทุกประเทศทั่วโลก ผลการศึกษาจากสถาบันสถิติศาสตร์ (UIS) ขององค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือ UNESCO บ่งชี้ว่าเยาวชนเกือบ 1 ใน 3 ทั่วโลกเคยมีประสบการณ์ถูกล้อเลียน กลั่นแกล้งรังแก กลั่นแกล้ง หรือถูกกลั่นแกล้งรังแกมาก่อน³ ด้วยความตระหนักถึงการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกทั้งในรูปแบบดั้งเดิมและไซเบอร์ องค์การสหประชาชาติ จึงได้เสนอกรอบแนวทางในการจัดทำกฎหมาย และการสร้างระบบภายในสถานศึกษาที่มีการพัฒนาบุคลากร การสร้างความตระหนัก การป้องกัน และการแก้ไขเยียวยาประกอบกับการตรวจสอบ และประเมินผลสัมฤทธิ์ อีกทั้งแนวทางการแก้ปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกจากนานาชาติ ไม่ว่าจะเป็นประเทศญี่ปุ่น ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศ

¹ กรมสุขภาพจิต, บูลลี่ ไม่ใช่เรื่องเด็กๆ ความรุนแรงที่รอวันปะทุ!!! (10 January 2563) <<https://dmh.go.th/news-dmh/view.asp?id=30150>> สืบค้นเมื่อ 1 มีนาคม 2568.

² Thai PBS, ‘แกล้งกันโรงเรียน-รังแกผ่านสื่อออนไลน์ทวีความรุนแรง’ (ไทยพีบีเอส, 29 มกราคม 2561) <<https://www.thaipbs.or.th/news/content/275069>> สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2568.

³ คมปทิต สกฤตหวง, ‘ผลวิจัย UNESCO ชี้เด็ก 1 ใน 3 ของโลกถูก Bully หวั่นส่งผลกระทบต่อ การเรียนรู้’ (เดอะ สแตนดาร์ด, 3 ตุลาคม 2561) <<https://thestandard.co/one-third-of-teens-worldwide-suffers-bullyingunesco/>> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2568

อังกฤษหรือสหราชอาณาจักร ประเทศฟินแลนด์ และประเทศนอร์เวย์ ต่างมีการกำหนดให้โรงเรียนในชั้นประถมศึกษา และชั้นมัธยมศึกษาทุกแห่งต้องกำหนดนโยบายเพื่อป้องกันและจัดการการกลั่นแกล้งรังแกของนักเรียน และต้องมีขั้นตอนการสอบสวนที่ชัดเจน⁴ อย่างไรก็ตามสำหรับในประเทศไทยถึงแม้ว่าจะมีหลายหน่วยงานทั้งที่เกี่ยวข้องโดยตรงและหน่วยงานสนับสนุนเกี่ยวกับการป้องกันการกลั่นแกล้ง เช่น สถาบันสุขภาพจิตเด็กและวัยรุ่นราชนครินทร์ กรมสุขภาพจิต ได้จัดทำคู่มือปฏิบัติสำหรับการดำเนินการและจัดการการรังแกกันในโรงเรียน การศึกษาวิจัยของนักวิชาการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการพัฒนารูปแบบการป้องกันการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน ตลอดจนการร่วมมือระหว่างภาคเอกชน แต่ยังพบข้อจำกัดที่ประเทศไทยยังไม่มี การบัญญัติมาตรการป้องกันการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนที่ชัดเจน มีเพียงกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น มาตรา 293 ความผิดฐานยุยงให้ผู้อื่นฆ่าตัวตาย มาตรา 326 หมิ่นประมาท ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ละเมิด รวมไปถึง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นต้น เมื่อพิจารณาถึงการปฏิบัติเพื่อให้โรงเรียนเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการในการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกพบว่าข้อจำกัดจากกฎหมายการศึกษา เช่น พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2545 ประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่อง นโยบายและมาตรการป้องกันนักเรียน นักศึกษาก่อเหตุทะเลาะวิวาทและทำร้ายกัน ข้อบังคับคุรุสภาว่าด้วยจรรยาบรรณของวิชาชีพ พ.ศ. 2556 ประกาศสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เรื่อง นโยบายสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เนื่องจากไม่มีการกำหนดอำนาจหน้าที่หรือกรอบมาตรการที่สามารถปฏิบัติได้ของโรงเรียน ผู้อำนวยการสถาบันศึกษา ครู หรือบุคลากรทางการศึกษาในการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกไว้ ทำให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องไม่มีเครื่องมือบทพื้นฐานของกฎหมายรับรองในการสนับสนุนการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน ส่งผลให้ผู้เกี่ยวข้องเกิดความไม่แน่ใจในบทบาทหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงานและมีความเสี่ยงต่อการเกิดความรับผิดตามกฎหมายได้ ทั้งนี้ เมื่อรูปแบบการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน มีการขยายไปสู่การกลั่นแกล้งรังแกทางไซเบอร์ยิ่งก่อให้เกิดความกังวลในบทบาทหน้าที่ของบุคลากรทางการศึกษาถึงสิทธิในการตรวจสอบและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกมากขึ้น ดังนั้นวัตถุประสงค์ของงานวิจัยนี้จึงต้องการวิเคราะห์และเสนอแนะมาตรการของโรงเรียนไทยในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกของนักเรียนเพื่อพัฒนาแนวทางนำไปสู่การปรับแก้กฎหมายรองรับสำหรับใช้เป็นกรอบและมาตรการสำหรับโรงเรียนในการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกที่เป็นรูปธรรมได้

⁴ มานะ สินธุวานานท์, นัฐยา บุญกองแสน และกชกร หวังเดชมกลาง, 'การศึกษากับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (SDGs)' (2566) 6, วารสารนิติเวชธรรม 527, 528-544.

2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

2.1 ทฤษฎีพัฒนาการทางจิตสังคม

Erikson (1968) อธิบายว่าการพัฒนาตนเองของเด็กต้องผ่านแต่ละช่วงวัยที่มี “วิกฤตทางจิตสังคม” ซึ่งหากไม่ได้รับการสนับสนุนที่เหมาะสมจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางอารมณ์และพฤติกรรม โดยเฉพาะในวัยประถมศึกษา (6–12 ปี) เด็กจะพัฒนาความสามารถและความภาคภูมิใจในตนเอง หากได้รับการส่งเสริมอย่างเหมาะสม แต่หากถูกตำหนิหรือเปรียบเทียบในทางลบจะเกิดความรู้สึกด้อยค่าและอาจแสดงออกผ่านการกลั่นแกล้งรังแกผู้อื่น หรือกลายเป็นเหยื่อของการกลั่นแกล้งรังแกในช่วงวัยรุ่น (12–18 ปี) เด็กเริ่มค้นหาตัวตน หากได้รับการสนับสนุนจะเกิดความมั่นคงในตัวเอง แต่หากขาดการชี้นำอาจเกิดความสับสนในบทบาทและแสดงออกผ่านพฤติกรรมการกลั่นแกล้งเพื่อยืนยันตัวตน ผลกระทบของการถูกกลั่นแกล้งรังแกในวัยเด็กอาจนำไปสู่ปัญหาด้านสุขภาพจิตและความสัมพันธ์ในวัยผู้ใหญ่ ดังนั้น โรงเรียน ครอบครัว และชุมชนจึงควรมีบทบาทในการส่งเสริมความมั่นคงทางอารมณ์และสร้างสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมการยอมรับ ความหลากหลาย และการแสดงออกเชิงบวก เพื่อลดพฤติกรรมการกลั่นแกล้งรังแกและเสริมสร้างพัฒนาการทางจิตสังคมอย่างยั่งยืน⁵

2.2 แนวคิดและทฤษฎีทางสังคมวิทยา

ทฤษฎีความขัดแย้ง (Conflict Theory) ของ Karl Marx และทฤษฎีฉลาก (Labeling Theory) ของ Howard Becker และ Edwin Lemert⁶ ต่างอธิบายปรากฏการณ์การกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนจากมุมมองทางสังคม โดยทฤษฎีความขัดแย้งมองว่าการกลั่นแกล้งรังแกเป็นผลจากความไม่เท่าเทียมกันในโครงสร้างทางสังคม เช่น ความแตกต่างทางเศรษฐกิจฐานะ เพศ หรือวัฒนธรรม ที่นำไปสู่การใช้อำนาจกดขี่ผู้อื่น ส่วนทฤษฎีฉลากชี้ให้เห็นว่าการกลั่นแกล้งรังแกเกิดจากกระบวนการทางสังคมที่ตีตราบุคคลว่าเป็น “ผู้กระทำ” หรือ “เหยื่อ” ซึ่งส่งผลให้บุคคลนั้นปรับพฤติกรรมให้สอดคล้องกับฉลากที่ได้รับ (Self-Fulfilling Prophecy) การตีตรานี้ส่งผลเสียต่อทั้งผู้กระทำและเหยื่อ เช่น ทำให้ผู้กระทำมีแนวโน้มรุนแรงมากขึ้น และเหยื่อรู้สึกด้อยค่าและแยกตัวจากสังคม รวมถึงทำลายบรรยากาศในโรงเรียนให้เกิดความแบ่งแยกและขาดความร่วมมือ ดังนั้น การทำความเข้าใจทั้งสองทฤษฎีช่วยให้เห็นรากเหง้าของการกลั่นแกล้งรังแกในเชิงโครงสร้างและปฏิสัมพันธ์ทางสังคม ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการออกแบบมาตรการป้องกันและสร้างความเท่าเทียมในโรงเรียนอย่างยั่งยืน

2.3 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมาย

หลักการสิทธิมนุษยชนสากล (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)⁷ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child: CRC)⁸ เป็นกรอบสากลสำคัญที่เน้นการคุ้มครอง

⁵ B M Newman and P R Newman, *Development through life: a psychosocial approach* (13th ed. Cengage Learning 2017) 12-60.

⁶ K Marx, *The Grundrisse* (Penguin Books 1971) pp. 272–280, 463–472.

⁷ United Nations, *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)* (United Nations General Assembly 1948).

⁸ United Nations, *Convention on the Rights of the Child (CRC)* (United Nations General Assembly 1989).

ศักดิ์ศรีและสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยเฉพาะสิทธิของเด็กในการได้รับการปกป้องจากการกลั่นแกล้งรังแกทุกรูปแบบ ทั้งในโลกจริงและโลกออนไลน์ ตามมาตรา 19 ของ UDHR ซึ่งระบุถึงเสรีภาพในการแสดงออกและการคุ้มครองจากการแทรกแซงและการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล เด็กทุกคนจึงมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องจากพฤติกรรมที่คุกคามศักดิ์ศรี เช่น การกลั่นแกล้งรังแก การคุกคาม และการล่วงละเมิด องค์การยูนิเซฟ (UNICEF) ได้นำหลักการดังกล่าวมาขยายผลในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) เพื่อผลักดันให้รัฐภาคีพัฒนากฎหมายและนโยบายที่มุ่งป้องกันความรุนแรงต่อเด็กในทุกมิติ ตัวอย่างเช่น โครงการ “Safe to Learn”⁹ ที่มุ่งสร้างสภาพแวดล้อมการเรียนรู้ที่ปลอดภัยและปราศจากความรุนแรง ในขณะที่ CRC ซึ่งได้รับรองในปี พ.ศ. 2532 (1989) ได้กำหนดพันธกรณีทางกฎหมายให้รัฐภาคีดำเนินการปกป้องสิทธิเด็กจากการใช้ความรุนแรง การกลั่นแกล้งรังแก และการแสวงหาประโยชน์ สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 มีอารัมภบทว่า “รัฐภาคีแห่งอนุสัญญานี้...คำนึงว่าตามที่ได้ระบุไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น เด็กโดยเหตุที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจ จึงต้องการการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังเกิด...” ดังนั้น เด็กที่กระทำความผิดอาจไม่จำเป็นต้องได้รับโทษทางอาญาเสมอไป และมาตรการเพื่อฟื้นฟูเยียวยาสามารถถูกนำมาใช้กับเด็กที่กระทำความผิดได้¹⁰

3. หน่วยงาน กฎหมายไทย และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งรังแก

3.1 หน่วยงาน

หน่วยที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนสังกัดกรุงเทพมหานคร ได้แก่ สำนักงานการศึกษา กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) และกรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุข โดยสำนักงานการศึกษา กรุงเทพมหานคร มีบทบาทในการกำหนดนโยบาย พัฒนาโครงการ และจัดกิจกรรมส่งเสริมความเข้าใจระหว่างนักเรียน รวมถึงอบรมบุคลากรให้สามารถสังเกตและช่วยเหลือนักเรียนได้อย่างเหมาะสม¹¹ ขณะที่ สพฐ. มีหน้าที่กำหนดนโยบายระดับประเทศ จัดทำคู่มือแนวทางป้องกันการกลั่นแกล้งรังแก อบรมบุคลากร รณรงค์สร้างความตระหนัก และติดตามประเมินผลการดำเนินงาน¹² ส่วนกรมสุขภาพจิต มีบทบาทในการจัดทำแนวทางและคู่มือการป้องกันสนับสนุนสุขภาพจิตในโรงเรียน ให้บริการสายด่วน เพื่อให้คำปรึกษา รวมถึงสนับสนุนงานวิจัยและสร้าง

⁹ UNESCO, *Safe to Learn: Ending Violence in and Through Schools* (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization 2021).

¹⁰ United Nations, ‘Convention on the Rights of the Child. Treaty Series, 1577, 3 (1989) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>> สืบค้นเมื่อ 11 มกราคม 2568.

¹¹ กรุงเทพมหานคร, ‘ประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง การส่งเสริมสิทธิเด็กในโรงเรียนสังกัดกรุงเทพมหานคร’ (สำนักงานศึกษา กรุงเทพมหานคร, 26 กรกฎาคม 2565) <https://webportal.bangkok.go.th/public/user_files_editor/66/2565/07/26072565.2.pdf>.

¹² สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, นโยบายโรงเรียนปลอดการกลั่นแกล้ง 2564.; สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, คู่มือป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งในสถานศึกษา 2565.

เครือข่ายความร่วมมือกับหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมสภาพแวดล้อมการเรียนรู้ที่ปลอดภัยและเกื้อกูลต่อสุขภาพจิตของนักเรียน

3.2 กฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษหรือมาตรการเฉพาะสำหรับการกลั่นแกล้งรังแกโดยตรง แต่มีกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ได้แก่

3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

กำหนดหลักการเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเท่าเทียม ของบุคคลทุกคน (มาตรา 4, 27, 28) การกลั่นแกล้งรังแกถือเป็นการละเมิดสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐมีหน้าที่จัดมาตรการป้องกันเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยและเท่าเทียมสำหรับเด็กและเยาวชน อย่างไรก็ตามยังไม่มีบทบัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเมื่อเกิดเหตุการณ์กลั่นแกล้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 กำหนดหลักการเรื่อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง แต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ระบุถึงมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรเมื่อเกิดเหตุการณ์การกลั่นแกล้งรังแก การบังคับใช้กฎหมายจึงขึ้นอยู่กับความของเจ้าหน้าที่รัฐหรือผู้บังคับใช้กฎหมายซึ่งอาจนำไปสู่การใช้มาตรฐานที่ไม่สอดคล้องกันในแต่ละกรณี

3.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา

การกลั่นแกล้งรังแกที่มีความรุนแรงสามารถนำมาบังคับใช้ได้ตามมาตราเกี่ยวกับ ทำร้ายร่างกาย (มาตรา 295, 297), หมิ่นประมาท (มาตรา 326, 328), ช่มชู้ (มาตรา 392), กักขังหน่วงเหนี่ยว (มาตรา 310), ลักทรัพย์/กรรโชกทรัพย์ (มาตรา 334, 337), ลามกอนาจาร (มาตรา 278, 287) ทำให้ผู้อื่นอับอาย เดือดร้อน รำคาญ (มาตรา 397) จากการศึกษพบว่ากฎหมายอาญาเหมาะสมกับกรณีที่รุนแรง เช่น การทำร้ายร่างกาย การหมิ่นประมาทร้ายแรง หรือการช่มชู้ที่ก่อให้เกิดอันตราย แต่ ไม่สามารถใช้อย่างมีประสิทธิภาพกับการกลั่นแกล้งรังแกที่ไม่มียอดประกอบของความผิดทางอาญา เช่น การล้อเลียนทางวาจา การกีดกันทางสังคม การแกล้งในโรงเรียน โดยไม่มีความรุนแรง ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย เพราะผู้เสียหายอาจไม่สามารถฟ้องร้องได้ หากการกระทำไม่เข้าข่ายความผิดอาญาโดยตรง รวมถึงเป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นการเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษแต่ไม่ใช่มาตรการในการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก

3.2.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีบทบัญญัติหลายประการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกเด็ก ทั้งในบริบทของการปกป้องสวัสดิภาพเด็ก การกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงบทลงโทษสำหรับผู้ละเมิดสิทธิเด็ก จากการศึกษพบว่า การปฏิบัติต่อเด็กต้องคำนึงถึง "ประโยชน์สูงสุดของเด็ก" เป็นสำคัญ ห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เด็กทุกคนต้องได้รับการดูแลที่เหมาะสมโดยไม่มีการแบ่งแยกทางด้านเชื้อชาติ เพศ สถานภาพทางสังคม หรือปัจจัยอื่นใด การกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนหรือชุมชน เช่น การแสดงความรุนแรงทางร่างกายหรือจิตใจ การ

ล้อเลียนเรื่องเพศหรือเชื้อชาติ ล้วนขัดต่อมาตรานี้ เนื่องจากส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีและความปลอดภัยของเด็ก (มาตรา 22) และห้ามการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยผู้ปกครอง ครู หรือบุคคลอื่น การกลั่นแกล้งรังแก เช่น การทำร้ายร่างกาย การล้อเลียน การกดดันทางจิตใจ ถือเป็นการละเมิดตามมาตรา 22 ซึ่งกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือจิตใจ เช่น การเผยแพร่ภาพหรือข้อมูลของเด็กที่ถูกกลั่นแกล้งผ่าน สื่อสังคมออนไลน์ การกระทำความผิดกล่าวถือเป็นการละเมิดสิทธิเด็กและอาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย (มาตรา 27) โดยเป็นที่ชัดเจนว่าผู้ปกครองมีหน้าที่ดูแลเด็กให้อยู่ในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย โดยเฉพาะการป้องกันการกลั่นแกล้งรังแกในครอบครัวและโรงเรียน หากผู้ปกครองละเลย หรือปล่อยปละให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการกลั่นแกล้งรังแก ผู้ปกครองอาจถูกดำเนินคดีในฐานละเมิดกฎหมาย (มาตรา 23) นอกจากนี้มีการกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบและช่วยเหลือเด็กที่ถูกกลั่นแกล้งหรือรังแก เช่น การเข้าไปตรวจสอบในโรงเรียนหรือที่พักอาศัยเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าเด็กได้รับความรุนแรง การกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนมักเกิดขึ้นในลักษณะการใช้อำนาจในทางที่ผิด การบังคับหรือกดดันเด็ก เจ้าหน้าที่จึงมีบทบาทสำคัญในการป้องกันและแก้ไขปัญหาเหล่านี้ (มาตรา 30) รวมถึงครู นายจ้าง หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ต้องรายงานต่อเจ้าหน้าที่เมื่อพบเด็กถูกละเมิดหรือสงสัยว่าจะได้รับอันตราย การเพิกเฉยต่อหน้าที่นี้ อาจถือว่าเป็นการละเลยต่อสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของเด็กโดยตรง (มาตรา 33)

3.2.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

การกลั่นแกล้งรังแกในโลกออนไลน์ หรือ Cyberbullying อาจเข้าข่ายความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 14 (1) ผู้ที่นำเข้าสู่ข้อมูลเท็จเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ อันเป็นเท็จและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นหรือประชาชน และหรือตามมาตรา 16 การเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น กฎหมายนี้สามารถใช้ดำเนินคดีกับกรณีโพสต์หมิ่นประมาท แชร์ภาพตัดต่อ หรือเผยแพร่ข้อมูลส่วนตัวแต่ยังไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมการกลั่นแกล้งรังแกที่เป็นรูปแบบอื่นได้ทั้งหมด เช่น การกีดกันจากกลุ่มสังคมออนไลน์ การแสดงออกทางลบโดยไม่เข้าข่ายข้อมูลเท็จหรือการหมิ่นประมาท ประกอบกับมาตรการลงโทษมักมีโทษทางอาญา ซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับผู้กระทำที่เป็นเยาวชน

3.3 คู่มือและแนวปฏิบัติ

แนวทางการดำเนินการป้องกัน “การกลั่นแกล้งรังแกในสถานศึกษา” ของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน กระทรวงศึกษาธิการโดยมีสาระสำคัญ กล่าวคือ โรงเรียนถือเป็นสถานที่สำคัญสำหรับการเรียนรู้และพัฒนาของนักเรียน ความปลอดภัยในโรงเรียนจึงมีบทบาทสำคัญในการปกป้องนักเรียนและบุคลากรให้ปลอดภัยจากความรุนแรง อุบัติเหตุ และภัยที่เกิดขึ้นทั้งในด้านร่างกายและจิตใจ การสร้างสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยในโรงเรียนไม่เพียงช่วยให้นักเรียนสามารถเรียนรู้ได้อย่างเต็มที่ แต่ยังลดความเสี่ยงต่อปัญหาต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น เช่น การกลั่นแกล้งรังแก การละเมิดสิทธิ และอุบัติเหตุ ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า

การบริหารความปลอดภัยในโรงเรียนต้องได้รับการสนับสนุนจากทุกภาคส่วน ทั้งจากผู้บริหารโรงเรียน ครู ผู้ปกครอง และนักเรียน ดังนั้นโรงเรียนควรมีแผนงานและมาตรการที่ชัดเจนในการป้องกันและจัดการความปลอดภัย พร้อมทั้งประเมินและปรับปรุงมาตรการเหล่านี้อย่างสม่ำเสมอ

4. แนวทางการจัดการศึกษาของสหประชาชาติ และมาตรการของกฎหมายการศึกษาของต่างประเทศในการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก

4.1 แนวทางการจัดการศึกษาของสหประชาชาติ

4.1.1 คู่มือโรงเรียนเป็นมิตรสำหรับเด็ก (Child Friendly Schools Manual)

คู่มือโรงเรียนเป็นมิตรสำหรับเด็กได้รับการพัฒนาขึ้น โดยมีเจ้าหน้าที่ด้านการศึกษาของ UNICEF โดยเน้นสิทธิเด็ก การมีส่วนร่วมของนักเรียน ครู ผู้ปกครอง และชุมชน โรงเรียนเป็นสภาพแวดล้อมปลอดภัย ปราศจากความรุนแรง นอกจากนี้มีการกำหนดโครงสร้างและขั้นตอนปฏิบัติ เช่น ประเมินสภาพแวดล้อม วางแผนแก้ไข ปรับปรุงนโยบายตลอดจนการฝึกอบรมครูและบุคลากรด้านการจัดการความรุนแรง และประเมินผลอย่างต่อเนื่อง โดยสรุปคู่มือโรงเรียนเป็นมิตรสำหรับเด็กถูกออกแบบให้มีความยืดหยุ่น ซึ่งสามารถปรับเปลี่ยนให้เข้ากับบริบททางวัฒนธรรมและสังคมของแต่ละประเทศหรือท้องถิ่นได้ตามบริบทของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถถูกนำไปใช้เป็นแนวทางสำหรับโรงเรียนในการสร้างแนวทางการปฏิบัติที่ดียิ่งขึ้น¹³

4.1.2 แนวทาง Safe Schools ขององค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ

คู่มือนี้ถูกออกแบบเพื่อสร้างและรักษาสภาพแวดล้อมที่ปราศจากความรุนแรงในโรงเรียน หลักสำคัญคือการดำเนินการผ่านการกำหนดนโยบาย และกฎหมายฝึกอบรมบุคลากร และสร้างวัฒนธรรมแห่งความเคารพในสถานศึกษาของทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ โดยมีเป้าหมายเพื่อให้ทุกประเทศมีระบบการศึกษาที่ปลอดภัย ปราศจากการกลั่นแกล้งรังแกและความรุนแรงในโรงเรียน¹⁴

4.2 มาตรการของกฎหมายการศึกษาของต่างประเทศในการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก ได้แบ่งการศึกษาไว้ 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ดังนี้

4.2.1 สหรัฐอเมริกา

ปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนถือเป็นปัญหาสำคัญในสหรัฐอเมริกา ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจและร่างกายของนักเรียน อีกทั้งยังก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเรียนรู้และพัฒนาการของเยาวชน ดังนั้นรัฐบาลสหรัฐอเมริกาและหน่วยงานการศึกษาจึงได้กำหนดมาตรการควบคุมและป้องกันผ่านกฎหมายและ

¹³ คู่มือโรงเรียนเป็นมิตรสำหรับเด็ก (Child Friendly Schools Manual) (UNICEF n.d.); INSPIRE Framework: Seven Strategies for Ending Violence Against Children

¹⁴ UNESCO, School Violence and Bullying: Global Status Report 2019 12-14. <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246970?posInSet=4&queryId=N-EXPLORE-e859035c-f2a6-4563-8624-a9d11fe0f6dd>> สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2568.

นโยบายหลายระดับ ทั้งในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) และระดับรัฐ (State Law) รวมถึงแนวทางปฏิบัติของกระทรวงศึกษาธิการ (U.S. Department of Education)

4.2.1.1 กฎหมายระดับชาติ (Federal Law)

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันสหรัฐอเมริกา ยังไม่มีกฎหมายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแก โดยเฉพาะ ในระดับสหพันธรัฐ ที่ทำให้แต่ละรัฐมีอิสระในการกำหนดแนวทางและนโยบายที่เหมาะสมกับบริบทท้องถิ่น ทั้งนี้กฎหมายระดับชาติที่เกี่ยวข้องสามารถบังคับใช้ได้เฉพาะ ดังนี้

1) หมวดที่ 9 ของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมการศึกษา พ.ศ. 2515 (Title IX of the Education Amendments of 1972)

การห้ามการเลือกปฏิบัติทางเพศในสถานศึกษา หากการกลั่นแกล้งรังแกมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual Harassment) โรงเรียนจะต้องดำเนินการแก้ไข มิฉะนั้นอาจถูกลงโทษจากกระทรวงศึกษาธิการ การล้อเลียนทางเพศ การแบ่งแยกทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน เข้าข่าย Title IX

2) พระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง พ.ศ. 2507 (The Civil Rights Act of 1964)

กฎหมายสิทธิพลเมืองฉบับนี้ห้ามการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชาติพันธุ์ และเพศ การกลั่นแกล้งรังแกที่มุ่งเป้าไปยังกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น การกลั่นแกล้งรังแกทางเชื้อชาติ ศาสนา ความพิการ หรือรสนิยมทางเพศ อาจเข้าข่ายการละเมิดกฎหมาย¹⁵

3) หมวด 2 ของพระราชบัญญัติคนพิการแห่งชาติ (Title II of the Americans with Disabilities Act (ADA) และ ข้อ 504 ของพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพ พ.ศ. 2516 (Section 504 of the Rehabilitation Act of 1973)¹⁶

กฎหมายเหล่านี้คุ้มครองนักเรียนที่มีความพิการจากการถูกเลือกปฏิบัติหรือกลั่นแกล้ง โรงเรียนและหน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยและเท่าเทียม หากโรงเรียนละเลยอาจถูกฟ้องร้องได้ นักเรียนสามารถร้องเรียนต่อสำนักงานสิทธิพลเมืองของกระทรวงศึกษาธิการได้

4.2.1.2 กฎหมายระดับรัฐ (State Law)

ทุกมลรัฐมีกฎหมายเกี่ยวกับการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน แต่ความเข้มงวดและมาตรการบังคับใช้แตกต่างกัน รัฐที่มีกฎหมายเข้มงวด เช่น นิวยอร์ก แมสซาชูเซตส์ นิวเจอร์ซีย์ และแคลิฟอร์เนีย กำหนดให้โรงเรียนต้องมีแผนป้องกันและรายงานกรณีการกลั่นแกล้งรังแกต่อหน่วยงานรัฐ ในขณะที่บางรัฐ เช่น มอนทานา มีมาตรการน้อยกว่า

¹⁵ U.S. Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (codified as amended at 42 U.S.C. § 2000e et seq.)

¹⁶ Americans with Disabilities Act of 1990, Title II, 42 U.S.C. § 12132; & Rehabilitation Act of 1973, § 504, 29 U.S.C.

1) กรณีศึกษา รัฐนิวเจอร์ซีย์

รัฐนิวเจอร์ซีย์ถือเป็นตัวอย่างของการจัดตั้งกรอบนโยบายอย่างเข้มงวด เพื่อป้องกันและจัดการการกลั่นแกล้งในโรงเรียน มีกฎหมายชื่อว่า Anti-Bullying Bill of Rights Act (2011)¹⁷ จะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้มีการกำหนดให้โรงเรียนรายงานทุกกรณีการกลั่นแกล้งรังแก (Harassment, Intimidation and Bullying หรือ HIB) ต่อหน่วยงานรัฐ และดำเนินมาตรการป้องกันเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมการเรียนรู้ที่ปลอดภัย

2) กรณีศึกษา รัฐแคลิฟอร์เนีย มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายการป้องกันการกลั่นแกล้งรังแกและการเลือกปฏิบัติในโรงเรียนชื่อว่า Act California Assembly Bill No. 9¹⁸ หลังจากนั้นกฎหมายนี้ถูกเพิ่มเข้าไปใน California Education Code มาตรา 234–234.6 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมการเรียนรู้ที่ปลอดภัยและเป็นมิตรสำหรับนักเรียนทุกคน ลดการเลือกปฏิบัติ การคุกคาม การข่มขู่ ความรุนแรง และการกลั่นแกล้งรังแก โดยให้ความคุ้มครองพิเศษแก่นักเรียนที่อาจถูกเลือกปฏิบัติ เช่น นักเรียน LGBTQ+, นักเรียนที่มีเชื้อชาติ ศาสนา หรือสภาพร่างกายที่แตกต่าง นอกจากนี้ขอบเขตการบังคับใช้ครอบคลุมโรงเรียนรัฐทั้งหมด รวมถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งในและนอกโรงเรียน ตลอดจนบนโลกออนไลน์ โดยเฉพาะ Cyberbullying ซึ่งโรงเรียนสามารถลงโทษนักเรียนที่กลั่นแกล้งผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์ เช่น Facebook, Twitter หรือ TikTok ด้วย ขณะที่หน่วยงานการศึกษาท้องถิ่น (LEAs) อยู่ภายใต้การตรวจสอบของ California Department of Education (CDE) ผ่านกระบวนการ Categorical Program Monitoring (CPM) เพื่อให้กำหนดมาตรการให้โรงเรียนดำเนินนโยบายและมาตรการป้องกันการกลั่นแกล้งรังแกอย่างแท้จริง บุคลากรของโรงเรียนต้องแทรกแซงทันทีเมื่อพบการละเมิดอย่างปลอดภัย โรงเรียนต้องมีกระบวนการรับข้อร้องเรียนที่ชัดเจน มีระยะเวลาสอบสวนและแก้ไขปัญหา รวมถึงช่องทางอุทธรณ์และการแปลเอกสารให้เหมาะสม และรับประกันความคุ้มครองผู้ร้องเรียนจากการตอบโต้ กฎหมายนี้ยังกำหนดมาตรการป้องกันและสนับสนุนผู้เสียหาย รวมถึงนักเรียนพิกการ และกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความรุนแรงตาม California Education Code §48900 ซึ่งครอบคลุมการรังแกทางวาจา ร่างกาย และออนไลน์ รวมถึงโทษอาญาตาม California Penal Code §653.2 สำหรับการกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์

4.2.2 สาธารณรัฐเกาหลี

การกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนเป็นปัญหาสำคัญของสาธารณรัฐเกาหลีทำให้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและมาตรการจัดการความรุนแรงในโรงเรียน” (Act on the Prevention of and Countermeasures Against Violence in Schools) เพื่อลดและแก้ไขปัญหาดังกล่าว งานวิจัยพบว่า อัตราการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนของเกาหลีได้มีการเปลี่ยนแปลง สถิติความรุนแรงแสดงให้เห็นจากจำนวนเหตุการณ์ที่ถูกรายงานไปยังคณะกรรมการอิสระว่าด้วยมาตรการป้องกันความรุนแรงในโรงเรียน เพิ่มขึ้นจาก

¹⁷ New Jersey, P.L. 2010, c. 122 (Anti-Bullying Bill of Rights Act) (signed Jan. 5, 2011).

¹⁸ California Assembly, Assembly Bill No. 9: Pupil Rights – Bullying (“Seth’s Law”), ch. 723, 2011–2012 Reg. Sess. (Cal. 2011).

17,749 กรณี ในปี ค.ศ. 2013 เป็น 23,673 กรณี ในปี ค.ศ. 2016¹⁹ แม้ว่าโดยรวมอัตราการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนจะลดลง แต่กรณีที่ได้รับรายงานยังคงมีจำนวนมาก เนื่องจากการรับรู้และความพร้อมของนักเรียนในการแจ้งเหตุเพิ่มขึ้น อีกทั้งปัจจัยทางสังคม เช่น สื่อออนไลน์ และแรงกดดันทางการศึกษา อาจส่งผลให้รูปแบบของการกลั่นแกล้งรังแกมีการเปลี่ยนแปลง รัฐบาลเกาหลีใต้จึงต้องดำเนินมาตรการที่เข้มงวดขึ้น โดยการเพิ่มระยะเวลาการเก็บบันทึกข้อมูลของนักเรียนที่มีประวัติการกลั่นแกล้งรังแก และการออกมาตรการทางวินัยที่ครอบคลุมกว่าเดิม²⁰ กฎหมายหลักของเกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งรังแกและความรุนแรงในโรงเรียน พระราชบัญญัติป้องกันและมาตรการจัดการความรุนแรงในโรงเรียนของสาธารณรัฐเกาหลีจึงเป็นกฎหมายที่มีเป้าหมายหลักเพื่อปกป้องสิทธิของนักเรียนจากปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้นภายในและภายนอกโรงเรียน โดยกำหนดนิยามของ “ความรุนแรงในโรงเรียน” ให้ครอบคลุมทั้งการทำร้ายร่างกาย การข่มขู่ การกลั่นแกล้งรังแกทางไซเบอร์ และการเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นอันตราย กฎหมายฉบับนี้เน้นย้ำให้รัฐและรัฐบาลท้องถิ่นมีบทบาทสำคัญในการกำกับดูแล สนับสนุนองค์กรที่เกี่ยวข้อง และพัฒนานโยบายเพื่อป้องกันความรุนแรงในโรงเรียน นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้โรงเรียนทุกแห่งต้องมีคณะกรรมการอิสระสำหรับดูแลมาตรการป้องกันและรับมือกับปัญหาความรุนแรง โดยคณะกรรมการเหล่านี้ทำหน้าที่ให้คำแนะนำ กำหนดมาตรการลงโทษ และช่วยเหลือทั้งนักเรียนผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด เพื่อให้แน่ใจว่าสภาพแวดล้อมทางการศึกษานั้นปลอดภัยและเป็นธรรม

ในด้านการคุ้มครองนักเรียนผู้เสียหาย กฎหมายกำหนดให้โรงเรียนต้องจัดทำมาตรการที่เหมาะสม เช่น การให้คำปรึกษาทางจิตวิทยา การรักษาพยาบาล การคุ้มครองชั่วคราว หรือการเปลี่ยนแปลงห้องเรียนหากจำเป็น ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาหรือการฟื้นฟูจะถูกเรียกเก็บจากผู้ปกครองของนักเรียน ผู้กระทำความรุนแรง หรืออาจได้รับการสนับสนุนจากสมาคมสวัสดิการความปลอดภัยของโรงเรียน นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดโครงการให้ความรู้แก่นักเรียนเกี่ยวกับการป้องกันความรุนแรงภายในโรงเรียน และการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ โดยเน้นไปที่การให้คำปรึกษาเชิงป้องกันเพื่อแก้ไขปัญหที่อาจเกิดขึ้นล่วงหน้า อีกทั้งยังมีมาตรการเฉพาะสำหรับนักเรียนที่มีความต้องการพิเศษ เพื่อให้มั่นใจว่าพวกเขาจะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน

สำหรับนักเรียนที่กระทำความรุนแรงในโรงเรียน กฎหมายกำหนดให้มีมาตรการที่หลากหลาย ตั้งแต่การให้ข้อโทษเป็นลายลักษณ์อักษร ห้ามติดต่อหรือข่มขู่ผู้เสียหาย การให้บริการสาธารณะ การเข้ารับการอบรมพิเศษ หรือการพักการเรียน ทั้งนี้ ในกรณีที่ร้ายแรง นักเรียนอาจถูกย้ายโรงเรียนหรือถูกไล่ออกจากโรงเรียน อย่างไรก็ตาม นักเรียนที่อยู่ในหลักสูตรการศึกษาภาคบังคับจะได้รับการยกเว้นจากมาตรการไล่ออก นอกจากนี้กฎหมายยังมีระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ช่วยให้ทั้งสองฝ่ายสามารถหาทางออกที่เหมาะสม โดย

¹⁹ H. Kim, “Application of Social Big Data to Identify Trends of School Violence,” *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 16(9), 1587 (2019), citing Korean Ministry of Education statistics.

²⁰ Keumjoo Kwak, “Intervention programs in South Korea,” in P. K. Smith, K. Kwak & Y. Toda (eds.), *School Bullying in Different Cultures: Eastern and Western Perspectives*, Cambridge University Press, 2016, pp. 350–364.

คณะกรรมการอิสระจะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย และกระบวนการนี้ต้องดำเนินให้เสร็จภายในหนึ่งเดือน เพื่อลดผลกระทบด้านลบที่อาจเกิดขึ้นจากความล่าช้าในการแก้ไขปัญหา

อีกมาตรการสำคัญที่กำหนดไว้ในกฎหมายคือการใช้เทคโนโลยีในการป้องกันและแก้ไขปัญหาความรุนแรงในโรงเรียน โดยรัฐบาลต้องจัดให้มีสายด่วนฉุกเฉินสำหรับรับแจ้งเหตุและให้คำปรึกษาเกี่ยวกับความรุนแรงตลอด 24 ชั่วโมง รวมถึงสนับสนุนการติดตั้งระบบกล้องวงจรปิด (CCTV) เพื่อใช้ในการเฝ้าระวังและเก็บหลักฐาน นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและห้ามเปิดเผยข้อมูลลับของนักเรียนผู้เสียหายและนักเรียนผู้กระทำความรุนแรงโดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดนี้จะถูกปรับเป็นเงินสูงสุด 3 ล้านบาท กฎหมายยังมีมาตรการป้องกันการกลั่นแกล้งรังแกทางไซเบอร์ โดยระบุว่ารัฐและโรงเรียนต้องใช้เครือข่ายสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อให้ความรู้และป้องกันปัญหาความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในสื่อออนไลน์

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัตินี้จึงเป็นการกำหนดกรอบนโยบายที่ครอบคลุมทุกมิติของการป้องกันและจัดการความรุนแรงในโรงเรียน ตั้งแต่มาตรการป้องกัน มาตรการช่วยเหลือผู้เสียหาย มาตรการลงโทษผู้กระทำความรุนแรง ไปจนถึงกลไกการกำกับดูแลโดยรัฐ เพื่อให้มั่นใจว่านักเรียนทุกคนสามารถศึกษาได้ในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยและเอื้อต่อการเรียนรู้ นอกจากนี้กฎหมายยังให้ความสำคัญกับการศึกษาเชิงป้องกัน โดยกำหนดให้โรงเรียนต้องจัดกิจกรรมให้ความรู้เกี่ยวกับปัญหาความรุนแรงแก่นักเรียน บุคลากรทางการศึกษา และผู้ปกครองอย่างต่อเนื่อง ตลอดจนการใช้เทคโนโลยีและการประสานงานกับองค์กรภายนอกเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและรับมือกับปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้น ด้วยมาตรการที่รอบด้านเหล่านี้ พระราชบัญญัตินี้จึงถือเป็นแนวทางสำคัญในการสร้างสังคมการศึกษาที่ปลอดภัยและเป็นธรรมสำหรับนักเรียนทุกคน

4.2.3 สารานุกรมรัฐฟิลิปปินส์

กฎหมายป้องกันการกลั่นแกล้งรังแกของฟิลิปปินส์ (Republic Act No. 10627 หรือ Anti-Bullying Act of 2013)²¹ กำหนดให้โรงเรียนระดับประถมศึกษาและมัธยมศึกษาทุกแห่งต้องมีมาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก โดยระบุให้ "การกลั่นแกล้งรังแก" หมายถึง การกระทำที่รุนแรงหรือเกิดขึ้นซ้ำ ๆ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบทางร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของนักเรียน หรือทำให้เกิดสภาพแวดล้อมที่เป็นอันตรายภายในโรงเรียน รวมถึงการกลั่นแกล้งรังแกทางไซเบอร์ ที่ดำเนินผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ ตัวอย่างของการกลั่นแกล้งรังแกที่ครอบคลุมในกฎหมายนี้ ได้แก่ การใช้ความรุนแรงทางกายภาพ การทำให้เกิดผลกระทบทางจิตใจและอารมณ์ การใช้ถ้อยคำถูกเหยียดหยาม และการล้อเลียนทางออนไลน์ กฎหมายกำหนดให้โรงเรียนทุกแห่งต้องมี นโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแก ซึ่งครอบคลุมถึง การห้ามกระทำการกลั่นแกล้งรังแก การกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำผิด มาตรการคุ้มครองเหยื่อ

²¹ Republic of the Philippines. (2013). Republic Act No. 10627 ("Anti-Bullying Act of 2013"). Retrieved from https://lawphil.net/statutes/repacts/ra2013/ra_10627_2013.htm

การเปิดโอกาสให้นักเรียนสามารถแจ้งเหตุได้โดยไม่ต้องเปิดเผยตัวตน รวมถึงการให้ความรู้แก่นักเรียนและผู้ปกครองเกี่ยวกับแนวทางการป้องกันและจัดการปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก นอกจากนี้ โรงเรียนต้องดำเนินการมาตรการทางวินัยกับนักเรียนที่แจ้งข้อมูลเท็จเกี่ยวกับเหตุการณ์การกลั่นแกล้งรังแก และต้องจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องเป็นความลับ โดยอนุญาตให้เข้าถึงได้เฉพาะผู้บริหารโรงเรียน ครูที่รับผิดชอบ และผู้ปกครองของนักเรียนที่ได้รับผลกระทบ

กฎหมายยังมอบหมายให้ ผู้อำนวยการโรงเรียน หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้รับผิดชอบหลักในการกำกับดูแลนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแก โดยต้องตรวจสอบและดำเนินการตามที่เมื่อมีการรายงานเหตุการณ์ หากพบว่ามีอาการกลั่นแกล้งรังแกเกิดขึ้น ผู้อำนวยการโรงเรียนต้องดำเนินการแจ้งหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย (หากเป็นความผิดทางอาญา) ลงโทษผู้กระทำผิด และแจ้งให้ผู้ปกครองของทั้งผู้กระทำและเหยื่อทราบเกี่ยวกับมาตรการที่ดำเนินการ นอกจากนี้ หากการกลั่นแกล้งรังแกเกี่ยวข้องกับนักเรียนจากหลายโรงเรียน โรงเรียนที่ได้รับแจ้งก่อนต้องประสานงานกับโรงเรียนอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินมาตรการที่เหมาะสม กฎหมายยังระบุให้โรงเรียนต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับมาตรการต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแกส่งให้กระทรวงศึกษาธิการ (DepED) เป็นประจำทุกปี เพื่อให้ข้อมูลแก่คณะกรรมการด้านการศึกษาขั้นพื้นฐานของรัฐสภา ในกรณีที่โรงเรียนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย ผู้บริหารโรงเรียนอาจได้รับบทลงโทษทางปกครอง และโรงเรียนเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามอาจถูกระงับใบอนุญาตดำเนินการ โดยรวมแล้วพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่มีความครอบคลุมในการป้องกันและจัดการปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน เพื่อให้มั่นใจว่านักเรียนทุกคนได้รับการศึกษาในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย ปราศจากความหวาดกลัว และได้รับการคุ้มครองทั้งทางกฎหมายและมาตรการภายในสถานศึกษา

มาตรการของกฎหมายการศึกษาของในการแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก ในประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี สาธารณรัฐฟิลิปปินส์พบว่า แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ยังไม่มีกฎหมายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแกโดยเฉพาะในระดับสหพันธรัฐ เนื่องจากต้องการให้แต่ละมลรัฐมีอิสระในการกำหนดแนวทางและนโยบายที่เหมาะสมกับบริบทท้องถิ่น ทั้งนี้ได้ปรากฏกฎหมายระดับชาติที่เกี่ยวข้องและสามารถบังคับใช้ได้กรณีเฉพาะได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองและกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติ กฎหมายฉบับนี้กลายเป็นรากฐานสำคัญในการคุ้มครองนักเรียน แทนการออกกฎหมายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแกโดยเฉพาะในระดับสหพันธรัฐ ส่งผลให้การกลั่นแกล้งที่มีมิติของการเลือกปฏิบัติทางเพศ เชื้อชาติ ความพิการ หรืออัตลักษณ์อื่น สามารถเข้าสู่กระบวนการคุ้มครองทางกฎหมายที่มีบทลงโทษและกลไกบังคับใช้ที่เข้มแข็งได้ต่างตามบริบทของแต่ละมลรัฐที่มีความแตกต่างกันในด้านวัฒนธรรม เชื้อชาติ อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าข้อจำกัดของระบบดังกล่าวมีความไม่เป็นเอกภาพของมาตรการในแต่ละรัฐ เนื่องจากการปล่อยให้รัฐมีอิสระในการกำหนดนโยบาย ทำให้ระดับการคุ้มครองและประสิทธิภาพในการบังคับใช้แตกต่างกันอย่างมาก นอกจากนี้ การคุ้มครองตามกฎหมายระดับชาติยังครอบคลุมเฉพาะกรณีที่เข้าข่ายการเลือกปฏิบัติ ส่งผลให้การกลั่นแกล้งรังแกทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับฐานสิทธิที่กฎหมายรับรอง อาจไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ

ในขณะที่มาตรการของสาธารณรัฐเกาหลีมีจุดเด่นที่สำคัญ คือ การมีกฎหมายเฉพาะด้านที่ครอบคลุมการจัดการปัญหาความรุนแรงในโรงเรียนอย่างเป็นระบบ ตั้งแต่การป้องกัน การแจ้งเหตุ การคุ้มครองผู้เสียหาย การปรับพฤติกรรมผู้กระทำ ไปจนถึงกลไกกำกับดูแลโดยรัฐและองค์กรอิสระ นอกจากนี้ การกำหนดระยะเวลาดำเนินการที่ชัดเจนและการใช้มาตรการเชิงฟื้นฟูควบคู่กับมาตรการทางวินัย ช่วยลดความล่าช้าและผลกระทบเชิงลบต่อผู้เสียหาย ในด้านของมาตรการทางกฎหมายที่เป็นจุดเด่นของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์กล่าวคือได้มีการกำหนดหน้าที่ของโรงเรียนไว้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม โดยบังคับให้ทุกโรงเรียนต้องมีนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแก ระบบรับแจ้งเหตุ และมาตรการคุ้มครองผู้เสียหาย รวมถึงการรายงานผลการดำเนินงานต่อหน่วยงานของรัฐ ซึ่งช่วยสร้างความรับผิดชอบและความต่อเนื่องในการบังคับใช้กฎหมาย

5. วิเคราะห์ข้อจำกัดของกฎหมายไทย คู่มือและแนวปฏิบัติกับการป้องกันและแก้ไขปัญหการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน

จากการทบทวนวรรณกรรมประกอบข้อมูลที่ได้จาก การสัมภาษณ์เชิงลึก การประชุมกลุ่มย่อย และการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบพบว่า แม้ว่ากฎหมายไทยจะมีบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนได้ แต่ยังมีข้อจำกัดหลายประการที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร คณะผู้วิจัยได้วิเคราะห์จำแนกออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้

5.1 ปัญหาของกฎหมายในการจัดการการกลั่นแกล้งรังแก

(1) ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่นิยามและกำหนดกรอบการจัดการปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนโดยตรง ทำให้ต้องอาศัยกฎหมายทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งไม่สามารถครอบคลุมพฤติกรรมการกลั่นแกล้งรังแกในเชิงจิตใจ สังคม หรือพฤติกรรมซ้ำ ๆ ที่ไม่ใช่ความรุนแรงทางกายได้อย่างครบถ้วน ส่งผลให้เหยื่อจำนวนมากไม่สามารถเข้าถึงความคุ้มครองทางกฎหมายได้ การกลั่นแกล้งที่ไม่มีองค์ประกอบของความผิดทางอาญา เช่น การกีดกันทางจิตใจ การแกล้งกันในเชิงสังคม หรือการล้อเลียน อาจไม่สามารถใช้กฎหมายอาญาบังคับได้ เพราะไม่ได้เข้าข่ายการทำร้ายร่างกายหรือการหมิ่นประมาท

(2) ข้อจำกัดในการจัดการปัญหา Cyberbullying กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทางคอมพิวเตอร์ยังไม่สามารถรองรับพฤติกรรม Cyberbullying ที่ไม่เข้าข่ายความผิดทางอาญา เช่น การกีดกันทางสังคมออนไลน์หรือการคุกคามเชิงจิตใจ อีกทั้งการกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์มักเกิดนอกพื้นที่โรงเรียน ทำให้สถานศึกษาขาดอำนาจและกลไกในการจัดการอย่างมีประสิทธิภาพ

(3) ข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรการในสถานศึกษา ในปัจจุบันไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่โดยตรงให้โรงเรียนต้องมีระบบป้องกันและรายงานเหตุการกลั่นแกล้งรังแก ส่งผลให้บางโรงเรียนเพิกเฉยหรือหลีกเลี่ยงการเปิดเผยข้อมูลเนื่องจากเกรงผลกระทบต่อชื่อเสียง นอกจากนี้ ครูและบุคลากรจำนวนหนึ่งยังขาดความรู้และทักษะในการรับมือกับปัญหาดังกล่าวอย่างเหมาะสม

5.2 ข้อจำกัดของการบังคับใช้

(1) ข้อจำกัดด้านการบังคับใช้และดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติเฉพาะ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายจึงขึ้นอยู่กับความดีความชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นสำคัญ ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนและความเหลื่อมล้ำในการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดเข้าข่ายความผิดทางกฎหมาย อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมที่ซับซ้อนและยืดเยื้อยังไม่สอดคล้องกับลักษณะของปัญหาที่ต้องการการช่วยเหลืออย่างทันท่วงที

(2) ความไม่ชัดเจนของมาตรการจัดการผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กจะมุ่งคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิด แต่ยังไม่ชัดเจนมาตรการที่ชัดเจนในการจัดการเด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดกลับแก่งรังแก โดยเฉพาะมาตรการเชิงฟื้นฟูและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมที่เหมาะสมกับวัย ส่งผลให้การลงโทษทางอาญาอาจไม่สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

(3) คู่มือและแนวปฏิบัติกับการป้องกันและแก้ไขปัญหากลั่นแกล้งรังแกในสถานศึกษาของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.)

คู่มือและแนวปฏิบัติในการป้องกันและแก้ไขปัญหากลั่นแกล้งรังแกในสถานศึกษาของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) แม้จะมีบทบาทสำคัญในการให้กรอบแนวคิดและสร้างความตระหนักรู้แก่สถานศึกษา แต่ยังมีข้อจำกัดหลายประการที่ทำให้ไม่สามารถจัดการปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้แก่ การขาดสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายเนื่องจากเป็นเพียงแนวทางสมัครใจ การมุ่งเน้นการให้ความรู้และส่งเสริมคุณธรรมมากกว่าการแก้ไขปัญหเชิงโครงสร้าง การขาดกลไกกำกับดูแลและระบบติดตามผลจากหน่วยงานรัฐ ความไม่ครอบคลุมต่อปัญหา Cyberbullying ที่มีแนวโน้มเพิ่มขึ้น การไม่ให้ความสำคัญต่อการดูแลสุขภาพจิตและมาตรการฟื้นฟูเหยื่ออย่างเป็นระบบ ตลอดจนการขาดกลไกที่ทำให้ผู้ปกครองมีส่วนร่วมอย่างเป็นรูปธรรม ส่งผลให้การป้องกันและแก้ไขปัญหากลั่นแกล้งรังแกในสถานศึกษายังขาดความเป็นระบบ ต่อเนื่อง

6. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎี หน่วยงาน กฎหมายไทย และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งรังแก แนวทางการจัดการศึกษาของสหประชาชาติ และมาตรการของกฎหมายการศึกษาของต่างประเทศ ในการแก้ไขปัญหากลั่นแกล้งรังแก วิเคราะห์ข้อจำกัดของกฎหมายไทย คู่มือและแนวปฏิบัติกับการป้องกันและแก้ไขปัญหากลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน พบว่าการแก้ไขปัญหากลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนไม่อาจอาศัยเพียงมาตรการด้านการอบรมหรือแนวทางสมัครใจของสถานศึกษาเท่านั้น หากแต่จำเป็นต้องมีการพัฒนากลไกทางกฎหมายและแผนปฏิบัติการ ได้แก่ การพัฒนาข้อบังคับว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหากลั่นแกล้งรังแกนักเรียนในโรงเรียนสังกัดกรุงเทพมหานคร ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) เพื่อให้เกิดป้องกันและจัดการปัญหากลั่นแกล้งรังแกใน

โรงเรียนที่เป็นรูปธรรม โดยกฎหมายและการพัฒนาแผนปฏิบัติการเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกของโรงเรียนมัธยมในสังกัดกรุงเทพมหานคร มีสาระสำคัญดังนี้

6.1 มาตรการทางกฎหมาย

มาตรการทางกฎหมายควรมีการพัฒนากฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายระดับรองที่กำหนดกรอบการป้องกันและจัดการปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียนอย่างชัดเจนในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกในโรงเรียน โดยกฎหมายดังกล่าวควรมีลักษณะสำคัญ ได้แก่

(1) กำหนดนิยามของ “การกลั่นแกล้งรังแก” ให้ครอบคลุมทั้งทางกาย วาจา จิตใจ สังคม และการกลั่นแกล้งรังแกทางไซเบอร์ รวมถึงการกระทำที่เกิดขึ้นภายนอกโรงเรียนแต่ส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมการเรียนรู้

(2) กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐ หน่วยงานการศึกษา และสถานศึกษาในการป้องกัน รับแจ้งเหตุ แก้ไข และติดตามผล

(3) กำหนดหลักการจัดการที่ยึดประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยเน้นมาตรการเชิงป้องกันและฟื้นฟู มากกว่าการใช้มาตรการทางอาญา

(4) วางกลไกกำกับดูแลและติดตามผลในระดับนโยบาย เพื่อให้การบังคับใช้มีความต่อเนื่องและลดความเหลื่อมล้ำระหว่างสถานศึกษา

6.2 มาตรการต่อโรงเรียน

โรงเรียนควรกำหนดอำนาจ หน้าที่ และขั้นตอนการดำเนินงานที่ชัดเจนโรงเรียนมีหน้าที่เชิงรุกในการป้องกันและจัดการปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก โดยมีกรอบการดำเนินงานที่ชัดเจน ได้แก่

(1) การกำหนดนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งรังแกของโรงเรียนอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร และประกาศให้บุคลากร นักเรียน และผู้ปกครองรับทราบ

(2) การจัดตั้งคณะกรรมการระดับโรงเรียนที่มีองค์ประกอบหลากหลาย เช่น ผู้บริหาร ครู นักจิตวิทยา นักเรียน และผู้แทนผู้ปกครอง เพื่อทำหน้าที่กำหนดแนวทาง รับเรื่องร้องเรียน และติดตามผล

(3) การกำหนดขั้นตอนการรับแจ้งเหตุ การสอบสวน และการตัดสินใจมาตรการที่โปร่งใส รวดเร็ว และเป็นธรรม โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและสวัสดิภาพของผู้เสียหายเป็นหลัก

(4) การกำหนดหน้าที่ของครูและบุคลากรทางการศึกษาในการป้องกันและไม่เพิกเฉยต่อการกลั่นแกล้งรังแก พร้อมทั้งกำหนดความรับผิดชอบทางวินัยในกรณีละเลยหน้าที่

6.3 มาตรการต่อนักเรียน

การจัดการปัญหาการกลั่นแกล้งรังแก ควรมุ่งเน้น มาตรการฟื้นฟู เยียวยา และปรับพฤติกรรมโดยให้ความสำคัญกับนักเรียนทั้งในฐานะผู้เสียหายและผู้กระทำ โดยใช้มาตรการที่เหมาะสมกับพัฒนาการและสภาพจิตใจของเด็ก ได้แก่

(1) การจัดให้มีระบบให้คำปรึกษาและการดูแลด้านสุขภาพจิตสำหรับนักเรียนที่ถูกกลั่นแกล้งรังแกอย่างต่อเนื่อง

(2) การใช้มาตรการเชิงฟื้นฟูและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมกับนักเรียนผู้กระทำ เช่น กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ การให้ตระหนักถึงผลกระทบของการกระทำ และการเสริมสร้างทักษะทางอารมณ์และสังคม

(3) การคุ้มครองผู้เสียหายและพยานจากการตอบโต้หรือการกลั่นแกล้งซ้ำ

(4) การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของผู้ปกครองในการฟื้นฟูและติดตามพฤติกรรมของนักเรียนอย่างเป็นระบบ

การพัฒนาแผนปฏิบัติการเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งรังแกของโรงเรียนมัธยมในสังกัดกรุงเทพมหานคร พร้อมองค์ประกอบหลัก ดังนี้

วัตถุประสงค์

- (1) เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดพฤติกรรมการกลั่นแกล้งในสถานศึกษา
- (2) เพื่อให้ความช่วยเหลือและฟื้นฟูผู้ที่ได้รับผลกระทบ
- (3) เพื่อเสริมสร้างสภาพแวดล้อมการเรียนรู้ที่ปลอดภัย ยุติธรรม และเคารพสิทธิมนุษยชน

กิจกรรม

- (1) มาตรการป้องกัน

กิจกรรม	รายละเอียด
ปลูกฝังค่านิยมเคารพสิทธิและความหลากหลาย	สอดแทรกในหลักสูตรสุขศึกษา-สังคมศึกษา
การอบรมครูและบุคลากร	เรื่องการกลั่นแกล้ง จิตวิทยาเด็ก และ Restorative Justice
การพัฒนา SEL (Social Emotional Learning)	การอบรมการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ หรือ กิจกรรมเพื่อการส่งเสริมความเข้าใจในตนเอง การควบคุมอารมณ์ การเห็นอกเห็นใจ
ระบบแจ้งเหตุลับ (Anonymous Reporting)	ผ่านแอป กล่องร้องเรียน เว็บไซต์

- (2) มาตรการแก้ไข

กิจกรรม	รายละเอียด
ตั้งคณะกรรมการโรงเรียนปลอดการกลั่น แกล้ง	มีตัวแทนนักเรียน-ครู-ผู้ปกครอง
การให้คำปรึกษา/ไกล่เกลี่ย	การใช้แนวทาง Restorative Practice และการจัดการความขัดแย้ง
ประสานงานหน่วยงานภายนอก	จิตแพทย์ สังคมสงเคราะห์ ตำรวจ (กรณีรุนแรง)

(3) มาตรการฟื้นฟู

กิจกรรม	รายละเอียด
เยียวยาผู้ถูกรกระทำ	ให้คำปรึกษาเชิงลึก ฟื้นฟูความมั่นใจใน ตนเอง
ฟื้นฟูพฤติกรรมผู้กระทำ	โปรแกรมเปลี่ยนแปลงแผนพฤติกรรม (Behavioral Intervention)
ติดตามผลรายกรณี	การติดตามหลังเหตุการณ์ 3-6 เดือน

(4) ผู้รับผิดชอบ

หน่วยงาน	บทบาท
สำนักการศึกษา กทม.	ออกข้อบังคับ งบประมาณ กำกับติดตาม
โรงเรียน	ดำเนินการตามแผน จัดกิจกรรม ตั้งคณะทำงาน
สำนักงานเขต	ตรวจสอบและรายงานผล
นักจิตวิทยา / หน่วยงาน สังคม	ให้คำปรึกษา เยียวยา
ผู้ปกครอง	ร่วมมือในการพัฒนาพฤติกรรม

(5) ระยะเวลาดำเนินการ

เฟส	ระยะเวลา	รายละเอียด
เตรียมการ	3 เดือน	อบรมครู พัฒนาสื่อ ตั้ง คณะทำงาน
ดำเนินการ	7 เดือน	ดำเนินกิจกรรม ให้ คำปรึกษา ติดตามกรณี
ประเมินผล	2 เดือน	แบบสอบถาม ประเมินผลเชิงพฤติกรรมและ ความรู้สึกปลอดภัย

(6) ตัวชี้วัดความสำเร็จ

ตัวชี้วัด	เป้าหมาย
อัตราการแจ้งเหตุกลับแกล้ง	เพิ่มขึ้นใน 6 เดือนแรก (แสดงถึงความกล้าเปิดเผย)
อัตราการเกิดเหตุซ้ำ	ลดลงไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ภายใน 1 ปี
ความพึงพอใจของนักเรียน	มากกว่าร้อยละ 84 เห็นว่าสถานศึกษา “ปลอดภัย”
ครูได้รับการอบรม	ครบร้อยละ 100
นักเรียนเข้าร่วมกิจกรรม ฟื้นฟู/SEL	มากกว่าร้อยละ 90

รายการอ้างอิง

- กรมสุขภาพจิต, แนวทางการส่งเสริมสุขภาพจิตในโรงเรียน 2564.
- กรมสุขภาพจิต, รายงานสถานการณ์สุขภาพจิตเด็กและเยาวชน 2561.
- กรุงเทพมหานคร, ‘ประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง การส่งเสริมสิทธิเด็กในโรงเรียนสังกัดกรุงเทพมหานคร’
- เกษตรชัย และหิม, ‘ปัจจัยที่ส่งผลต่อพฤติกรรมการรังแกของนักเรียนโรงเรียนเอกชนสอน ศาสนาอิสลามใน จังหวัดสงขลา’ (2557) 12 วารสารศรีนครินทร์วิจัยและพัฒนา (สาขา มนุษยศาสตร์และ สังคมศาสตร์).
- คมปทิต สุกุลหวง, ‘ผลวิจัย UNESCO ชี้เด็ก 1 ใน 3 ของโลกถูก Bully หวั่นส่งผลกระทบต่อ การเรียนรู้’ (เดอะ สแตนดาร์ด, 3 ตุลาคม 2561) <<https://thestandard.co/one-third-of-teens-worldwide-suffers-bullyingunesco/>> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2568.
- มานะ สิ้นธวงษานนท์, นัฐยา บุญกองแสน และกชกร หวังเดิมกลาง, ‘การศึกษากับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (SDGs)’ (2566) 6 วารสารมณีเชษฐาราม วัดจอมมณี 527, 528-544.
- มูลนิธิยุวพัฒน์, ‘การกลั่นแกล้ง (Bullying) ความรุนแรงในสังคม’ (2562) <<https://www.yuvabadhanafoundation.org>> สืบค้นเมื่อ 11 มกราคม 2568.
- สำนักงานศึกษากรุงเทพมหานคร, แผนพัฒนาการศึกษาในโรงเรียนสังกัดกรุงเทพมหานครประจำปี 2566 2566.
- สำนักงานศึกษากรุงเทพมหานคร, รายงานการดำเนินงานด้านการป้องกันการกลั่นแกล้งในโรงเรียนสังกัด กรุงเทพมหานคร 2565.
- สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, คู่มือป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งในสถานศึกษา 2565.
- สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, นโยบายโรงเรียนปลอดการกลั่นแกล้ง 2564.
- Thai PBS, ‘เด็กไทยถูกกลั่นแกล้งใน ร.ร.สูงสุด อันดับ 2 ของโลก’ (ไทยพีบีเอส, 29 มกราคม 2561) <<https://www.thaipbs.or.th/news/content/275069>> สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2568

B M Newman and P R Newman, *Development through life: a psychosocial approach* (13th ed. Cengage Learning 2017).

INSPIRE Framework: Seven Strategies for Ending Violence Against Children.

K Marx, *The Grundrisse* (Penguin Books 1971).

UNESCO, *Safe to Learn: Ending Violence in and Through Schools* (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization 2021).

UNESCO, *School Violence and Bullying: Global Status Report* (UNESCO 2019).

UNESCO, คู่มือ Behind the Numbers: Ending School Violence and Bullying.

UNICEF, คู่มือโรงเรียนเป็นมิตรสำหรับเด็ก (Child Friendly Schools Manual).

United Nations, *Convention on the Rights of the Child. Treaty Series, 1577, 3* (1989)

<<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>> สืบค้นเมื่อ 11 มกราคม 2568.

United Nations, *Convention on the Rights of the Child (CRC)* (United Nations General Assembly 1989).

United Nations, *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)* (United Nations General Assembly 1948).

บทความวิจัย (Research Article)

พัฒนาการของข้อบทการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ในความตกลงการลงทุน
ระหว่างประเทศ

Evolution of a Denial of Benefits Clause in International Investment
Agreements

โชติกา วิทยาวารกุล*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ถนนพญาไท เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

chotika.w@chula.ac.th

Chotika Wittayawarakul

Assistant Professor of Law

Faculty of Law, Chulalongkorn University

Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

chotika.w@chula.ac.th

วันที่รับบทความ 17 กุมภาพันธ์ 2569; วันที่แก้ไขบทความ 17 เมษายน 2569;

วันที่ตอบรับบทความ 17 เมษายน 2569

* นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 2 (ธรรมศาสตร์); เนติบัณฑิตไทย; MJur (Oxon); PhD (Manchester).

บทคัดย่อ

ข้อบทการปฏิเสศสิทธิประโยชน์เป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิประโยชน์ตามความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ ใช้เพื่อป้องกันไม่ให้นักลงทุนที่มีลักษณะตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ได้รับประโยชน์จากความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ แม้ว่านักลงทุนรายดังกล่าวจะเป็นนักลงทุนในความหมายของความตกลงฯ ก็ตาม ในอดีตข้อบทการปฏิเสศสิทธิประโยชน์ไม่ได้เป็นข้อบทพบได้ทั่วไปในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ในระยะเวลาไม่นานมานี้ข้อบทดังกล่าวได้รับความสนใจมากขึ้นเนื่องจากเป็นข้อบทที่มีบทบาทสำคัญในการจัดการกับปัญหาการที่นักลงทุนวางแผนสัญชาติเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาพัฒนาการของข้อบทการปฏิเสศสิทธิประโยชน์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จากการศึกษาว่าข้อบทการปฏิเสศสิทธิประโยชน์ในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปในทางที่กำหนดเงื่อนไขในการปฏิเสศสิทธิประโยชน์อย่างชัดเจนมากขึ้น และกำหนดเหตุที่รัฐสามารถปฏิเสศสิทธิประโยชน์ได้กว้างขวางขึ้น ข้อบทการปฏิเสศสิทธิประโยชน์มีความซับซ้อนมากขึ้นเนื่องจากถูกนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หลากหลายไม่ได้จำกัดเพียงการป้องกันไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์จากสนธิสัญญาโดยไม่ชอบเท่านั้น

คำสำคัญ: ข้อบทการปฏิเสศสิทธิประโยชน์; การอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาลงทุน; การแสวงหาประโยชน์จากสนธิสัญญา; การวางแผนสัญชาตินิติบุคคล

Abstract

A denial of benefits clause is a mechanism used to limit the benefits of International Investment Agreements (IIAs) by excluding certain categories of investors who do not meet specified requirements, even if they fulfill the definition of an investor. Although this clause is an uncommon feature in investment treaties, it has attracted increasing attention due to its key role in addressing nationality planning aimed at obtaining investment treaty protection. To date, host states have invoked such clause in investment treaty arbitration with limited success, highlighting the need to refine the clause to make it more effective and responsive to states' concerns regarding the implications of investment treaty protection. This study examines the evolution of the denial of benefits clause and observes that recent international investment agreements generally expand the criteria for denying benefits while providing greater clarity on certain procedural and substantive aspects of the clause's application. It is argued that the denial of benefits clause has developed and become more sophisticated to fulfill a range of objectives beyond what was initially anticipated.

Keywords: denial of benefits clause, investment treaty arbitration, treaty-shopping, corporate nationality

1. Introduction

1.1 Background of the Study¹

As many international investment agreements (IIAs) define nationality of corporate investors by relying on the place of incorporation, without denial of benefits clause, investment treaty arbitral tribunals setting disputes under those agreements have been reluctant to consider whether there is sufficient economic connection between the investors and the State Party under whose law they are incorporated or organized. Therefore, corporate investors owned or controlled by investors of a third Party or by investors of the denying Party have been considered as protected investors under the applicable treaties. Such problems of corporate nationality planning to obtain the benefits of the investment treaties can be partly dealt with by the rejection of an arbitral tribunal's jurisdiction *ratione temporis*² or by the application of abuse of rights doctrine.³ However, these options are only available in cases of corporate structuring or restructuring occurred after the facts giving rise to a dispute has taken place or when a specific dispute is foreseeable.⁴ Further, their application is not devoid

¹ This research article summarizes the key points from the author's complete research study of the same title, funded by the Faculty of Law, Chulalongkorn University.

² *Phoenix Action Ltd v The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009 (hereinafter '*Phoenix Action Ltd v Czech Republic*'), paras 67-71; *ST-AD GmbH v Bulgaria*, UNCITRAL, PCA Case No 2011-06, Award on Jurisdiction 18 July 2013, para 317.

³ *Renée Rose Levy and Gremcitel SA Republic of Peru*, ICSID Case No ARB/11/17, Award 9 January 2015 (hereinafter '*Renée Rose Levy and Gremcitel SA v Peru*'), paras 185-191; *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015 (hereinafter '*Philip Morris v Australia*'), para 536; *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, SA v The Republic of Panama*, ICSID Case No ARB/13/28, Award, 2 June 2016, paras 102-103.

⁴ *Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador*, ICSID Case No ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para 2.99; *Venezuela Holdings, BV, et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV, et al) v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010 (hereinafter '*Mobil v Argentina*'), paras 204-205; *ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits, 3 September 2013, paras 279-280; *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA, et al v The Bolivarian*

of problems and is susceptible to unpredictability. Mechanisms which are grounded in the treaty are therefore preferred.

The first one is to limit the scope of protected investors by using a cautious definition of investors requiring substantial or real economic connection between an investor and a putative home State. The second is to include a denial of benefits clause in a treaty. The function this clause is to prevent corporate nationality planning by allowing a Contracting Party to exclude the putative investors having insufficient economic connection with another Party despite having met the definition of investors of another Party. In practice, States have invoked the denial of benefit clauses as part of their objection to arbitral tribunal's jurisdiction, but they were not successful in most cases which necessitate careful treaty drafting.

UNCTAD's International Investment Agreements Navigator records 411 out of 2808 IIAs that contain the denial of benefit clause; over half of them were concluded after 2010.⁵ This suggests that although the denial of benefits clause is not yet a typical element of international investment agreements, it is becoming a common feature in newly concluded IIAs. The evidence of the increasing popularity of the denial of benefits clause could also be found in recent model bilateral investment treaties (BITs) of many States, such as Italy Model BIT (2024), Canada Model BIT (2021), Bulgaria Model BIT (2023), European Union Model Clauses for BITs (2023), Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT (2019), Colombia Model BIT 2017, and India Model BIT 2015. Moreover, the denial of benefits clause is one of the reform elements in United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III's investor-State dispute settlement reform, as part of 'Procedural Rules Reform and Cross-cutting Issues.'⁶

Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013, paras 195-198; *Lao Holdings NV v Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction (hereinafter '*Lao Holdings NV v Laos*'), paras 76-78.

⁵ International Investment Agreements Navigator <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/>> (accessed 11 February 2026).

⁶ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III, 'Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting Issues, Note by the Secretariat', A/CN.9/WGIII/WP253, 30 June 2025.

1.2 Research Objective

The objective of this research paper is to trace the evolution of the denial of benefit clause in international investment agreements, including bilateral investment treaties (BITs) and other treaties which contain investment protection provisions in order to examine how they have evolved and factors that contribute to its evolution as well as analyse problems that arise in the application of the clause. This study will provide guidance to treaty negotiators about current treaty practice on the denial of benefit clauses which could be useful in treaty negotiations or the amendment of existing treaties.

1.3 Research Methodology

The research is doctrinal legal research which examines the texts of denial of benefit clauses in international investment agreements and relevant arbitral decisions which interpret and apply the denial of benefits clauses.

1.4 Structure

This research paper has five parts. Following the introduction in Part 1, Part 2 is to set the scene by exploring problems of corporate nationality planning and discussing available legal responses. Part 3 is to introduce the denial of benefits clause, examining its origin, typical function and important elements of the clause followed by Part 4 will explore recent treaty practice on the denial of benefit clause. Part 5 concludes this work analyzing key trends and future direction of the clause.

2. Corporate Nationality Planning Problems and their Legal Responses

International investment agreements provide substantive and procedural protection for investors of Contracting States. There are various criteria to determine investors which are juridical persons or legal entities who are entitled to the benefits provided by the agreements including place of incorporation, seat, and control or the combination of these tests.⁷ When

⁷ Katia Yannaca-Small, 'Who is Entitled to Claim? The Definition of Nationality in Investment Arbitration' in Katia Yannaca-Small (ed) *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issue* (2nd ed, Oxford University Press 2018) 234-237; UNCTAD, *Scope and Definition* (United Nations 2011) 81-84.

a treaty specifies incorporation as a test of corporate nationality, an arbitral tribunal tends to consider the origin of capital or control as irrelevant factors. As a result, investors from a third State or even from the host State can channel their investment through intermediate companies established under the law of a State that has an IIA with the host State causing the treaty shopping problems.

2.1 Corporate Nationality Planning Problems

One of the most seminal cases which highlight the problematic situation when an investor of a host country made an investment in that country through an intermediate company established in the other Contracting State is *Tokios Tokelés v Ukraine*.⁸ In this case, the majority of the arbitral tribunal held that the claimant, a company incorporated in Lithuania could bring a claim against Ukraine under Lithuania-Ukraine BIT even though the company was 99 percent owned and controlled by Ukraine nationals. The main reason for such holding is that the BIT itself only stipulates the incorporation test. If the parties would like to exclude the entities owned or controlled by host State's nationals, they could have included a denial of benefits clause for that purpose.⁹

Likewise, arbitral tribunals have refused to decline jurisdiction when the claimant is a company incorporated in a Contracting State but owned or controlled by nationals of a third State which is not a party to the IIA. For example, in *Saluka v Czech Republic*, the Tribunal rejected the respondent State's argument that Saluka, a company established under the law of the Netherlands, was not a real investor but a shell company of an English registered company.¹⁰ In *Gold Reserve v Venezuela*, the respondent State argued that the Claimant, despite having incorporated in Canada, had its headquarter in the United States (US) and was

⁸ *Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004 (hereinafter '*Tokios Tokelés v Ukraine*')

⁹ *ibid.* paras 36-40; *The Rompetrol Group NV v Romania*, ICSID Case No ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, para 82. (a Dutch company controlled by a Romanian national was entitled to bring a claim against Romania under the Netherlands-Romania BIT).

¹⁰ *Saluka Investments BV v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006, paras 239-241.

a shell company of the US based Gold Reserve Corp. Therefore, it was not entitled to the protection under Canada-Venezuela BIT.¹¹ The Tribunal disagreed; it held that had the Parties wish to require the investor has ‘genuine link’ with the State which was the place of incorporation, they should have included such criteria in the BIT. As the Claimant was a company incorporated in Canada, it satisfied the definition of investor.¹²

The three cases mentioned above highlight the disadvantage of using country of incorporation test to determine nationality of a corporate investor. Under this test, a company may claim the nationality of a particular State even though no nationals of that State participate in the ownership or management of the company and even though the company engages in no activity in that country. In effect, the company could claim the benefits of the treaties concluded by that State, despite the fact that it conferred no economic benefit of any kind on that State. This causes concern for both the investor’s home State and the host State. The home State might find itself protecting an investor that brings it no economic benefit while the host State may have to extend protection to investment ultimately owned by persons from a State that extends no reciprocal benefits to the host country’s own investors.¹³ If the treaties simply stipulate the place of incorporation as a corporate nationality test without further requiring real economic connection with the State of incorporation, the arbitral tribunals would refuse to consider beyond the treaty text unless there is abuse.¹⁴

2.2 Legal Response to Corporate Nationality Planning

Although arbitral tribunals did not totally exclude the possibility of applying a doctrine of corporate veil piercing, such doctrine is unlikely to be successfully invoked since it could only be applied in exceptional cases. As suggested by the ICJ in *Barcelona Traction Case* and endorsed by the Tribunal in *Tokios Tokelés v Ukraine*, the corporate veil may be lifted ‘for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of

¹¹ *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela* (I), ICSID Case No ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014 (hereinafter ‘*Gold Reserve v Venezuela*’), para 251.

¹² *ibid*, para 255.

¹³ UNCTAD (n 7) 82-83.

¹⁴ *Tokios Tokelés v Ukraine*, paras 53-56; *Gold Reserve v Venezuela*, para 270.

fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.’¹⁵ Nationality planning to gain protection under IIAs is accepted by arbitral tribunal as legitimate.¹⁶

However, jurisprudence of arbitral tribunals suggests there is some limit on corporate structuring and restructuring to obtain IIA protection. In the absence of embedded filtering mechanisms in the investment treaty, the investor’s claim may be rejected due to the tribunal’s lack of Jurisdiction *ratione temporis*. In addition, some arbitral tribunals have applied the principle of abuse of rights or abuse of process to limit corporate nationality planning.

2.2.1 Jurisdiction *Ratione Temporis*

Corporate nationality planning is acceptable If it is done before the facts which lead to the dispute occurs; otherwise the investor’s claim would fall outside a temporal scope of a treaty.¹⁷ This principle of non-retroactivity of a treaty has been applied by many arbitral tribunals to limit investment treaty protection and their arbitral jurisdiction only to investors that acquire corporate nationality before the facts giving rise to the dispute occurred.¹⁸ In *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, the facts giving rise to the dispute occurred before the original investors – the two Czech companies – were acquired by the Claimant, an Israeli Company, established for the purpose of gaining protection under the BIT between Israel and Czech Republic. The Tribunal held that it had no jurisdiction *ratione temporis* in respect of the events which took place prior to the Claimant’s acquisition of the Czech companies.¹⁹

¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd (Belgium v Spain)*, Judgment of 5 February 1970, para 56; *Tokios Tokelés v Ukraine*, para 54.

¹⁶ *Aguas del Tunari, SA v Republic of Bolivia*, ICSID Case No ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, para 330.

¹⁷ Article 28 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

¹⁸ *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008, para 105; *ST-AD GmbH v Bulgaria*, paras 300-314

¹⁹ *Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009 (hereinafter ‘*Phoenix Action Ltd v Czech Republic*’) paras 67-71.

2.2.2 Abuse of Rights or Abuse of Process

The doctrine of abuse of rights is derived from the principle of good faith and has been widely recognized by scholars and international courts and tribunals.²⁰ The procedural aspect of the abuse of rights doctrine is referred to as abuse of process.²¹ It prevents the use of procedural instruments or rights for purposes that are not consistent with those for which the procedural rights were established. Arbitral tribunals have applied abuse of rights or abuse of process doctrine in the context of corporate structuring and restructuring to examine whether the purpose of such transaction was to create international jurisdiction for a claim where none would otherwise exist, in which case the investor does not deserve investment treaty protection. In *Mobil v Venezuela*, the Tribunal considered a corporate restructuring was ‘a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes’.²² In contrast, a restructuring to obtain BIT protection for pending disputes would be ‘an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs’.²³

In addition, where the corporate restructuring took place before the dispute occurred which means a tribunal has jurisdiction *ratione temporis* over the dispute, the Tribunal may consider the claimant’s claim as abuse of rights or abuse of process if the investor can foresee a specific future dispute. As suggested by the *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador* Tribunal, a corporate restructuring could amount to an abuse of process if ‘the relevant party can see an actual dispute or can foresee a specific future dispute as a very high probability and not merely as a possible controversy’.²⁴ The Tribunal endorsed the Respondent’s argument that ‘it is clearly an abuse for an investor to manipulate the

²⁰ Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law* (Oxford University Press 2016) 202; Duncan Watson and Tom Brebner, ‘Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework’ (2018) 33 ICSID Review 302, 303.

²¹ Baumgartner, *ibid* 204; John D Branson, ‘The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration’ (2021) 38 Journal of International Arbitration 187.

²² *Mobil v Argentina*, para 204.

²³ *ibid*, para 205.

²⁴ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, para 2.99; also see *Lao Holdings NV v Laos*, paras 76-78.

nationality of a shell company subsidiary to gain jurisdiction under an international treaty at a time when the investor is aware that events have occurred that negatively affect its investment and may lead to arbitration.²⁵ In a widely publicized *Philip Morris v Australia* case which concerns Australia's tobacco 'plain packaging legislation', the Claimant was company registered in Hong Kong and was part of Philip Morris corporate group. As a result of the group's restructuring decision, the Claimant became the sole owner of the group's Australian subsidiaries since February 2011 before the plain packing legislation was passed by Australian Parliament in November 2011. However, the Tribunal held that from at least April 2010 when there was joint announcement of the Prime Minister and the Health Minister on proposed tobacco control measures including plain packing legislation, the Government's intention to introduce the law was certain and there was a reasonable prospect that the legislation equivalent to the Plain Packaging Measures would eventually be enacted.²⁶ The Claimant was not able to show that the restructuring was done for reasons independently of bringing a claim. According to the Tribunal, 'the main and determinative, if not sole, reason for the restructuring was the intention to bring a claim under the Treaty, using an entity from Hong Kong.'²⁷ Therefore, the initiation of the arbitration constitutes an abuse of rights.²⁸

Although the abuse of rights doctrine is well-established in arbitral decisions, there are some unsettled issues with regards to its requirements which could render them ineffective. As Watson and Brebner point out, it is unclear what specific risk must be foreseeable and when it has to be foreseeable.²⁹ In addition, it is unsettled whether the restructuring must pursue the sole purpose of investment treaty protection as suggested by

²⁵ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, para 2.100, Also *Renée Rose Levy and Gremcitel SA v Peru*, paras 188-193.

²⁶ *Philip Morris v Australia*, para 567.

²⁷ *Ibid*, para 584.

²⁸ *Ibid*, para 588.

²⁹ Duncan Watson and Tom Brebner (n 20) 318-319.

the *Phoenix Tribunal*,³⁰ or simply be ‘the main determinative, if not sole’ reason as adopted by the *Philip Morris Tribunal*.³¹

Instead of relying on the non-retroactivity principle and the abuse of rights or abuse of process, it is arguable that the better way to deal with corporate nationality planning is to rely on a treaty text. First, the definition of an investor covered by the treaty can be designed to require more substance to the nationality. It might require a company must not only be incorporated or organized under the law of a Contracting Party, but must also have seat as well as actual business in that Contracting Party. For example, the Philippines-UK BIT (1981) Article 1(4) requires that a company be incorporated and ‘actually doing business’ under the law of a Contracting Party wherein a place of effective management is situated.³²

Apart from a more cautious investor’s definition, another treaty-embedded mechanism is a denial of benefit clause. The denial of benefit clause could produce effect differing from that of the definition clause. While the definition clause automatically excludes the investors that fail to meet the stipulated requirements under the definition, denial of benefits clause could have varying effect depending on the treaty text. Therefore, it could be designed and structured to be more flexible and serve different objectives.³³ Moreover, it is argued that the denial of benefits clause should be preferred as it has several advantages compared to the abuse of rights doctrine. First, the doctrine is not grounded in the treaty text and its application is not predictable. As mentioned above, there are still some issues not yet settled. Second, there is a risk that expansive application of the doctrine can be developed

³⁰ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, para 93.

³¹ *Philip Morris v Australia*, para 584; *Mobil Corporation v Venezuela*, para 190; *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, para 2.41.

³² Article 1(4): The term “company” of a Contracting Party shall mean a corporation, partnership or other association, incorporated or constituted and actually doing business under the laws in force in any part of the territory of that Contracting Party wherein a place of effective management is situated. See also Iran-Switzerland BIT (1998 Article 1(b); Thailand-UAE BIT (2015) Article 1(2); EU - Singapore Investment Protection Agreement (2018) Article 1.2

³³ Mark Feldman, ‘Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration’ (2012) 27 ICSID Review 281, 283.

by investors to claim the abuse of rights by States. Third, the denial of benefit clause represents a common and express position of the Parties regarding the circumstances in which the investor should be denied benefits.³⁴

3. Denial of Benefit Clause: Origin, Early Practice and Its Application

3.1 Origin and Early Practice of Denial of Benefits Clauses

Although a denial of benefit clause is a provision that is not commonly found in international investment agreements, the clause has gained considerable interest in recent years as a tool to limit the scope of investment treaty protection. The origin of the clause could be traced back to the Treaties of Friendship, Commerce, and Navigation or FCN treaties, especially the United States (US)'s FCN treaties, for example US-China FCN (1946).³⁵ After defining term 'corporations and associations' as corporations, companies, partnerships and other associations, created or organized under the laws of the Contracting Parties, Article XXVI (5) states:

[...] each High Contracting Party reserves the right to deny any of the rights and privileges accorded by this Treaty to any corporation or association created or organized under the laws and regulations of the other High Contracting Party which is directly or indirectly owned or controlled, through majority-stock ownership or otherwise, by nationals, corporations or associations of any third country or countries.

³⁴ *ibid* 282-283.

³⁵ Loukas Mistelis and Crina Baltag, 'Denial of Benefits Clause' in *Max Plack Encyclopedias of International Law* (July 2019), para 12; Intan Murnira Ramli, 'Denial of Benefits in Investment Arbitration: Genesis, Trends, and Application' in J Chaisse et al (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy* (Springer 2021) 1013.

The denial of benefit clause has been incorporated into most BITs and free trade agreements (FTAs) concluded by the United States.³⁶ The function of the clause is to deny the benefit to investors and their investment if the conditions provided in the treaties are met even though the investors might satisfy the definition of investors under the relevant treaties. Therefore, the denial of benefits clause is a ‘method to counteract strategies that seek protection of particular treaties by acquiring a favourable nationality’.³⁷ It is also described as ‘safety measure[s] for safeguarding the principle of reciprocity embodies in investment treaties’.³⁸

The examination of US investment treaty practice reveals evolution of the denial of benefit clause in the US treaty practice. The first generation of the denial of benefits clause appears in the US BITs concluded in 1980s.³⁹ It is different from the clause which is provided in later treaties in several aspects. First, the clause allows a Contracting Party to deny benefits of the treaty to its own companies or to company of the other Party. Second, only one substantive requirement for denying benefits is imposed – nationals of any third country own or control such company. Third, the denying Party is required to consult with the other Party

³⁶ Anne K Hoffmann, ‘Denial of Benefits’ in Marc Bungenberg, Jörn Griebel, August Reinisch and Stephan Hobe (eds) *International Investment Law: A Handbook* (Nomos 2015) 599.

³⁷ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 55.

³⁸ L Mistelis and C Baltag, ‘Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty’ (2009) 113 Penn State Law Review 1301, 1303.

³⁹ For example, US Panama 1982 Article 1 states:

Each Party reserves the right to deny any of its own companies or to a company of the other Party the advantages of this Treaty, except with respect to recognition of juridical access to courts, if nationals of any third country own or control such company; provided that whenever one Party concludes that the benefits of this Treaty should not be extended to a company of the other Party for this reason, it shall consult with the other Party to seek a mutually satisfactory resolution to this matter;

See also US-Panama BIT (1982) Article 1; US-Senegal BIT (1983) Article 1, US-Congo BIT (1984) Article 1, US-Morocco BIT (1985) Article 1; US-Turkey BIT (1985) Article 1, US-Cameroon BIT (1986) Article 1, US-Bangladesh BIT (1986).

to seek a mutually satisfactory resolution to this matter⁴⁰ which is more stringent procedural requirement imposed in most treaties concluded later.

The denial of benefits clause in later treaties limits the right to deny the benefits to a company of the other contracting Party and impose an additional requirement that such company ‘has no substantial business activities in the territory of the other Party.’ However, it extends the ground for denying benefits to the case when a company of the other Party is owned or controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations.⁴¹ This ground permits the US government to deny the benefits to the investor which is owned or controlled by investors from a country to which it is applying economic sanctions such as Cuba and Libya.⁴² Later, the denial of benefit clause includes the case when the investor is owned or controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain diplomatic relations with the non-Party.⁴³ Some IIAs also cover the case that a company is owned or controlled by investors of the denying Party and such company has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized.⁴⁴

⁴⁰ US-Panama BIT (1982) Article 1; US-Senegal BIT (1983) Article 1, US-Congo BIT (1984) Article 1, US-Morocco BIT (1985) Article 1; US-Turkey BIT (1985) Article 1, US-Cameroon BIT (1986) Article 1, US-Bangladesh BIT (1986).

⁴¹ Ex US-Grenada 1986 Article 1; US Congo BIT (1990) Article 1; US -Sri-Lanka BIT (1991) Article 1; US Slovakia BIT (1991); Romania-US BIT (1992) Article 1; Ecuador-US BIT (1993) Article 1; US-Georgia BIT (1994) Article XII; Albania-US BIT (1995) Article XII; Honduras-US BIT (1995) Article XII; Croatia-US BIT (1996) Article XII; Jordan-US BIT (1997) Article XII; US-Viet Nam Trade Relations Agreement (2000) Article 15.

⁴² Letter of Submittal dated June 22, 1995 transmitting the US-Georgia BIT (1994) for US Senate’s consent for ratification; available at <<https://www.state.gov/investment-affairs/bilateral-investment-treaties-and-related-agreements/united-states-bilateral-investment-treaties/>> (accessed 16 April 2026).

⁴³ Ex NAFTA (1992) Article 1113; Singapore-US FTA (2003) Article 15.11; US-Uruguay BIT (2005) Article 17.

⁴⁴ Ex Singapore-US FTA (2003) Article 15.11; CAFTA (2004) Article 10.12; Bahrain-US FTA (2004); Panama-US FTA (2007) Article 10.12; Chile-US FTA (2003) Article 10.11; Morocco-US FTA (2004).

Apart from the US IIAs, the denial of benefit clause has been incorporated in IIAs concluded by other States such as Canada, China, and Australia⁴⁵ and also been used in plurilateral agreements such as the North American Free Trade Agreement (1992)⁴⁶, the Energy Charter Treaty (1994), and ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) (2009), Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP) (2020). The ways that the denial of benefits clauses are incorporated in the investment treaties vary. While the US-China FCN included the denial of benefits clause as part of a provision which contains exception and exemption,⁴⁷ many US BITs in 1980s and 1990s included the denial of benefits clause in the provision on definitions.⁴⁸ In some treaties, the denial of benefits clause also appears in the provision on the scope of application. For instance, Australia-Philippines BIT (1995) Article 2 entitled ‘Application of Agreement’ states:

3. Where a company of a Party is owned or controlled by a citizen or a company of any third country, the Parties may decide jointly in consultation not to extend the rights and benefits of this Agreement to such company.⁴⁹

To date, the denial of benefits clause appears more often in a separate treaty provision.⁵⁰

⁴⁵ Hoffmann (n 38).

⁴⁶ Since 1 July 2020, NAFTA was replaced by the United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) (2018)

⁴⁷ US-China FCN Article XXVI; See also 1966 Treaty of Amity and Economic Relations between the United States and Thailand Article XXII

⁴⁸ Ex US-Panama (1982) Article 1(c); US-Haiti BIT (1983) Article 1(b); US-Ecuador (1993) Article 1(2); US-Argentina (1991) Article 1(2).

⁴⁹ See also Australia-Turkey-BIT (2005) Article 2.

⁵⁰ Ex United States - Uruguay BIT (2005); NAFTA Article 1113.

3.2 Structure of the Denial of Benefits Clause

The effect of the denial of benefits clause could vary depending on the structural design, the scope as well as the requirements that need to be met before the benefits would be denied.

3.2.1 Automatic or Discretionary Denial of Benefit Clause

Most of the denial of benefits clauses found in IIAs are discretionary clauses, requiring a contracting Party to exercise the right to deny. They provide that a Party ‘reserves the right to deny,’⁵¹ ‘may deny,’⁵² ‘preserves the right to deny’.⁵³ Thus, the investors are not excluded from the benefits of the treaties even though the conditions for denying the benefits are met unless a Contracting Party exercises the right to deny.⁵⁴ The reason why States tend to adopt a discretionary denial of benefit clause rather than a mandatory clause might be because the discretionary clause is more flexible and offers the opportunity for the States to decide if they want to extend the benefits of the treaties to certain groups of investors even if they might fall with the situations where the benefits can be denied.

In *Plama v Bulgaria*, the Tribunal distinguished the text of Article 17(1) of the ECT from the one appearing in Article VI of the ASEAN Framework Agreement on Trade in Services (AFAS). The ECT Article 17 (1) provides ‘[e]ach Contracting Party reserves the right to deny ...’ while AFAS Article VI uses the terms ‘[t]he benefits of this Framework Agreement shall be denied ...’ whereas the ECT Article 17 (1) provides ‘[e]ach Contracting Party reserves the right to deny ...’. The Tribunal considered the latter formulation automatically excluded the investor from the treaty benefits without requiring a Contracting Party to exercise the right to deny such benefits.⁵⁵ To exercise the right under Article 17 of the ECT, the State must

⁵¹ Ex Protocol to the US-Egypt BIT (1986), Energy Charter Treaty Article 17; Argentina-US BIT (1991) Article 1(2) US-Bolivia BIT (1998); Japan-Vietnam BIT (2003).

⁵² Ex NAFTA (1994) Article 1113; CAFTA (2004) Article 10.12; US-Uruguay (2005) Article 17.

⁵³ Ex US-Uzbekistan BIT (1994) Article XII.

⁵⁴ *Khan Resources Inc, Khan Resources BV, and Cauc Holding Company Ltd v The Government of Mongolia*, Decision on Jurisdiction, 25 July 2012 (hereinafter ‘*Khan Resources v Mongolia*’) para 419.

⁵⁵ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005 (hereinafter ‘*Plama v Bulgaria*’), para 156.

inform the investor about the exercise of the such right which could be done through publicity or other notice which are reasonable to the investor.⁵⁶ This case therefore highlights the problem that is caused by the discretionary denial of benefits clause and prompt the reconsideration of the structural design of the denial of benefit clause in later treaties.

⁵⁶ Ibid, para 157.

3.2.2 Scope of Denial of Benefits Clauses

A denial of benefit clause could produce different effect due to the scope of the clause – the coverage of benefits that will not be granted to the investor. The clause mostly allows a denying Party to deny the benefits of the whole treaty including the offer to arbitrate. For instance, the US-Bolivia BIT (1998) Article XII states each Party ‘reserves the right to deny benefits of the Treaty’. Similarly, Article 10.12 of the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (2004) or CAFTA provides that ‘[a] Party may deny the benefits of this [investment] Chapter’. In contrast, denial of benefits clauses in some treaties only cover the benefits under certain parts of the treaties. For example, Article 17 of the Energy Charter Treaty (ECT) contains the denial of benefits clause locating in Part III entitled ‘Investment Promotion and Protection’ and provides that ‘[e]ach Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to...’. This clause was interpreted as allowing the denying Party to exclude the benefits provided in Part III which contains substantive investment protection only but not the State’s offer to arbitrate.⁵⁷

In practice, the scope of the denial of benefits clause has an implication on the effect of a State’s exercise of the right to deny – whether such denial should have prospective or retrospective effect. According to arbitral decisions, the right to deny benefits under the ECT operates prospectively requiring the denying State to notify the investor of such intention in advance.⁵⁸ While arbitral tribunals considering the denial of benefits under other treaties such as CAFTA and US-Bolivia BIT (1998) to operate retrospectively.⁵⁹ The

⁵⁷ *ibid*, paras 148-149.

⁵⁸ *ibid*, para 162; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v Russian Federation*, PCA Case No 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009 (hereinafter ‘*Yukos v Russia*’) para 458; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, 22 June 2010, para 225; *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/1, Award of 16 May 2018, para 239.

⁵⁹ *Guaracachi America, Inc and Rurelec PLC v The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No 2011-17, Award, 31 January 2014, para 376; *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, paras 483-490; *Ulysseas Inc v Ecuador*, PCA Case No 2009-19, Interim Award, 28 September 2010 (hereinafter ‘*Ulysseas v Ecuador*’), para 173.

difference in the scope of denial of benefit clause under the ECT and other treaties could be one of the reasons that support the holding that the right to denial benefit under the ECT could not operate retrospectively whereas denial of benefits of the kind which appear in other treaties such as US-Bolivia BIT were able to operate retrospectively.⁶⁰

3.2.3 Requirements for Invoking Denial of Benefit Clauses

Requirements for invoking the denial of benefit clauses can be categorized into substantive and procedural requirements.

1) *Substantive Requirements*

The denial of benefits clause has been used to exclude the investor from the benefits of the treaty on various grounds which constitute different substantive conditions that have to be met. The denial of benefits clause was originally aimed at excluding the benefits to an investor which is a juridical person, such as a company, of a Contracting Party but is owned or controlled by nationals or companies of a non-Party.⁶¹ Later, the ground for denying benefits was more elaborated. For example: NAFTA Article 1113 provides that a Party may deny the benefits of NAFTA Chapter 11 to an investor of another Party that is an enterprise of such Party and to investments of such investor if investors of a non-Party own or control the enterprise and the existence of one of these situations:

(a) the denying Party ‘does not maintain diplomatic relations with the non-Party’; or

(b) the denying Party ‘adopts or maintains measures with respect to the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments’;⁶² or

⁶⁰ Mistelis and Baltag (n 37) para 80.

⁶¹ Ex US-Panama BIT (1982) Article 1(c); US-Haiti BIT (1983) Article 1(b); US-Egypt BIT(1986); Australia-Philippines BIT (1995) Article 2.3.

⁶² Early US BITs, such as US-Bolivia (1998) BIT Article XII, refers to ‘the denying Party does not maintain normal economic relations with the third country’.

(c) the enterprise has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized.’

It is notable that the early denial of benefits clauses focus on the exclusion of the investor which is owned or controlled by the investors of a non-Party as most of them do not include the situation when the investor is owned or controlled by the investors of a denying State. Not many IIAs include the right to deny of benefits on such ground.⁶³ Such ground is included in the 2004 US Model BIT which is the year that *Tokios Tokelés v Ukraine* decision on jurisdiction was issued. Since then, IIAs often allow a Contracting Party to deny benefits if (1) the investor of another Party is owned or controlled by the persons of a non-Party or of the denying Party and (2) such investor does not have substantive business activities in territory of another Party.⁶⁴ However, some IIAs stipulate such requirements as alternative rather than accumulative thus broadening the ground for denying the benefits.⁶⁵

2) Procedural Requirements

To invoke a denial of benefit clause, IIAs may impose the procedural requirement to notify and/or consult with other Contracting Parties. The procedural requirement for invoking the denial of benefits clause is diverse. While some IIAs do not impose any procedural requirements,⁶⁶ there are agreements which subject the right to deny benefits to the notification and consultation requirements.⁶⁷ Some IIAs impose a more demanding consultation requirement. For instance, paragraph 1 of the Protocol to US-Egypt BIT (1986) requires consultation to ‘seek a mutually satisfactory solution’. It states:

1. Each Party reserves the right to deny the benefits of this Treaty to any company of either Party, or its affiliates or subsidiaries, if nationals of any third country control

⁶³ Ex US-Argentina BIT (1994) Article I(2).

⁶⁴ Ex US-Panama Trade Promotion Agreement (2007) Article 10.12; USMCA Article 14.14.

⁶⁵ Pakistan-Malaysia CEPA (2007) Article 101(2); Singapore-India CECA (2005) Article 6.9.

⁶⁶ US-China FCN (1946); US-Bolivia BIT (1998) Article XII; US-Argentina BIT (1994) Article I(2).

⁶⁷ CAFTA Article 10.12(2); US-Panama Trade Promotion Agreement (2007) Article 10.12.

such company, affiliate or subsidiary; provided that, whenever one Party concludes that the benefits of this Treaty should not be extended for this reason, it shall promptly consult with the other Party to seek a mutually satisfactory resolution of this matter.⁶⁸

In addition, some IIAs require all Parties to make a joint decision not to extent the treaties' benefits to the investor if the substantive requirements for denying such benefits are met. For example, Australia-Philippines BIT (1995) provides that 'the Parties may decide jointly in consultation not to extend the benefits ...' Protocol to Korea-Switzerland BIT (1971) states '[b]oth Parties shall come to an understanding in each case with regard to whether the interest held by nationals of either Party is a controlling interest permitting to exercise decisive influence on the company'.

3.3 The Application of the Denial of Benefits Clause

States invoked the denial of benefits clause as part of their objection to the arbitral tribunal's jurisdiction in various cases. Most of them are concerned with the application of the denial of benefits clause in the ECT; other cases involve the application of such clause in CAFTA and in US's BITs. Those invocations were successful in very few cases. Arbitral decisions on the application of the denial of benefits clause highlight several problems caused by lack of clarity and loopholes in the treaty text.

3.3.1 Substantive Requirements

The denial of benefits clause can be invoked to exclude investors from benefits under the treaties if they fall within the situations set out in the denial of benefits clauses. In practice, the ground for denial of benefits that is mostly invoked by a Contracting State in investment treaty arbitration is the case when an investor which is a juridical person is owned or control by investors of a third Party and such investor has no substantive business operations in the Contracting Party under whose law it was incorporated or organized or in the State Party in which it has its seat. In such case, two accumulative requirements must be met: the investor is owned or controlled by nationals or enterprise of a non-Party and that

⁶⁸ See also US-Haiti BIT (1983) Article 1(b); US-Panama BIT (1982) Article 1(c)

the investor does not have substantial business activities in the State whose law it is incorporated or in whose territories it has its seat.⁶⁹

1) The investor is owned or controlled by investors of a third Party

To invoke the denial of benefits clauses, it must be established that the investor is owned or controlled by investors of a third Party. The problem regarding this requirement is how to establish ownership or control. The determination of control normally involves the examination of factual circumstances. Some IIAs may include definitions of ownership and control. Some treaties further provide for factors to be considered as evidence of control.⁷⁰ For instance, the Protocol of 23 August to the Australia-Argentina BIT (1997) states that the establishment of control depends on factual circumstances and provides for factual circumstances that are evidence of control:

3. The following facts, inter alia, shall be accepted as evidence of control:

(a) a level of direct or indirect participation in the capital of a legal person or of a company which allows for control, such as a direct or indirect participation higher than 50% of the capital or a majority shareholding; or

(b) a direct or indirect control of the voting rights allowing for:

(i) the exercise of decisive power over management and operations; or

(ii) the exercise of a decisive power over the composition of the Board of Directors or any other managing body.

In investment treaty arbitration, several issues were raised regarding the determination of ‘control’: whether ‘control’ covers both direct and indirect control and at what level of control that would be examined. According to the Tribunal in *Ulysseas v Ecuador*, the parties agreed that ‘control’ in the denial of benefits clause of US-Ecuador BIT

⁶⁹ *Plama v Bulgaria*, para 143.

⁷⁰ For example, Article 14.17 Japan-Australia EPA (2014); Understanding No 3 to Article 1(6) ECT; Protocol of 23 August 1995 to the Australia-Argentina BIT (1997).

(1993) means ‘legal capacity to control’.⁷¹ However, they disagreed on the issue whether ‘control’ must be exercised directly only or can be exercised indirectly. Having considered the text of Article I(2) which states ‘if nationals of any third country control such company’ and the definition of ‘nationals’ in the Treaty being referred to natural persons, the tribunal concluded the notion of control in this Treaty’s denial of benefit clause must cover indirect control. Therefore, it examined who had the ultimate control over the Claimant ‘at the upper end of the chain of control of a company’.⁷² In addition, the Tribunal in *Big Sky Energy Corporation v Kazakhstan* interpreting the denial of benefits clause in US-Kazakhstan BIT (1992) suggests that control may be control in law or control in fact.⁷³ However, the fact that there is a national of a third State funds arbitration does not necessarily mean that person has control over the claimant. In addition, arbitral funding arrangements which appoint a third State national as a claim manager do not necessarily transfer control-in-fact of the claimant to the claim manager.⁷⁴

In *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, El Salvador alleged that Pac Rim was owned by and controlled by PRMC, a Canadian corporation. Canada is not a Party to CAFTA. In contrast, Pac Rim argued that its ultimate owners and controllers were US persons who

⁷¹ *Ulysseas v Ecuador*, para 168. Denial of benefits clause stated in Article 1(2) states:

Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations.

⁷² *ibid*, paras 169-170.

⁷³ *Big Sky Energy Corporation v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/17/22, Award, 24 November 2021 (hereinafter ‘*Big Sky v Kazakhstan*’), paras 251 and 253. Article 1(2) of US-Kazakhstan BIT (1992) provides that:

[e]ach Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations.

⁷⁴ *Ibid*, paras 258-262.

owned a majority shares of PRMC, its Canadian parent company.⁷⁵ However, the Tribunal did not agree that Pac Rim was owned or controlled by the US nationals. According to the Tribunal, US nationality cannot be merely adduced from the fact that the persons have postal addresses in the US; rather, this issue has to be determined by relevant law.⁷⁶ The *Pac Rim* Tribunal does not resolve the issue if the majority shareholders of the Canadian Company are actually US nationals, would Pac Rim be considered as being owned or controlled by the US nationals? It is arguable that Pac Rim might be considered as being controlled by US nationals since ‘control’ is likely to encompass both direct and indirect control.⁷⁷

2) The investors do not have substantive business activities in the State Party

This requirement is quite controversial, and the treaty text rarely provides for clear guidance especially on the issue of which moment in time that is relevant to assess whether there are substantial business activities and the issue of whether business activities of the claimant are ‘substantial’.

(a) The moment in time that is relevant to assess whether the Claimant has substantial business activities

The arbitral decisions on this issue are inconsistent. In *GCM v Columbia*, the Tribunal identified three possible dates that are relevant to the analysis of substantial business activities⁷⁸:

⁷⁵ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, para 4.35.

⁷⁶ *Ibid*, para 4.81.

⁷⁷ Cf Jordan Behlman, ‘Out of a Rim: Pacific Rim’s Venture into CAFTA’s Denial of Benefits Clause (2014) 45 Inter-American Law Review 397, 408 (arguing that even if the shareholders were US nationals, Pac Rim is owned and controlled by PRMC, a Canadian Company that wholly owns Pac Rim. The Tribunal does not have to consider the structure of PRMC since CAFTA’s denial of benefits clause focuses on the ‘enterprise’.

⁷⁸ The case concerns the denial of benefits clause in Canada-Columbia FTA (2008) Article 814(2) which states:

- the date at which the request for arbitration was issued;
- the date at which the denial of benefits clause was invoked;
- the date at which ICSID registered the claim.⁷⁹

Other tribunals' decisions are divided as to the relevant date for the assessment of substantive business activities. In *Ulysseas v Ecuador*, the Tribunal considered the date of the Notice of Arbitration as the relevant date, since it is 'the date on which the Claimant has claimed the BIT's advantages that Respondent intends to deny'.⁸⁰ However, In *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, the Tribunal considered whether the claimant has substantive business activities in the US from the date that it was incorporated in the US.⁸¹ Similarly, the *Littop v Ukraine* Tribunal considered the relevant date is the date at which the investment was made and/or the period immediately following.⁸² The Tribunal in *Big Sky v Kazakhstan* rejected the Respondent's argument that the date for determining the existence of substantive business activities should be the date of a request for arbitration, but it was not decisive on the exact point of time the substantive business activities should be assessed. Instead, it held that it should analyse business activities 'more broadly with respect to the relevant date'.⁸³ The *Durres Kurum v Albania* Tribunal considered the date immediately prior to alleged measures of the host State as the relevant date'.⁸⁴

A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such Party and to investments of that investor if investors of a non Party or of the denying Party own or control the enterprise and the enterprise has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized.

⁷⁹ *Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp) v Republic of Colombia* (hereinafter '*GCM v Columbia*') ICSID Case No ARB/18/23, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue, 23 November 2020, para 139.

⁸⁰ *Ulysseas v Ecuador*, para 174.

⁸¹ *Pac Rim v El Salvador*, para 4.67.

⁸² *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v Ukraine*, SCC Case No V 2015/092) Final Award, 4 February 2021 (hereinafter '*Littop v Ukraine*') para 634.

⁸³ *Big Sky Energy Corporation v Republic of Kazakhstan* para 276.

⁸⁴ *Durres Kurum Shipping SH PK and others v Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/20/37, Award, 26 July 2024, para 339.

(b) whether business activities of the claimant are ‘substantial’.

The Tribunal in *AMTO v Ukraine* viewed that the requirement that the business activities be ‘substantial’ in Article 17 of the ECT refers to the ‘substance’ rather than ‘form’.⁸⁵ Moreover, ‘substantial’ does not mean ‘large’ as it is the ‘materiality’ not the ‘magnitude’ of the business activities that matters.⁸⁶ However, the Tribunal concluded without much explanation that ‘the Tribunal is satisfied that the Claimant has substantial business activity in Latvia, on the basis of its investment related activities conducted from premises in Latvia, and involving the employment of a small but permanent staff.’⁸⁷

In *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, the Tribunal refused to consider collective activities of a corporate group, affirming that the business activities for the purpose of the denial of benefit clause must be the activities of the Claimant itself, not the activities of other companies in the corporate group.⁸⁸ The Tribunal agreed with the Respondent’s contention that Pac Rim was simply a shell company, solely owned by a Canadian parent company. It was established to hold shares of its parent with no office space, no employees, no board of directors, and no US bank account. Furthermore, it did not conduct exploration activities and did not pay any taxes in the US.⁸⁹ The Tribunal made it clear that it does not exclude the possibility that a holding company cannot meet the substantiality requirement.⁹⁰

In *Bridgestone v Panama*, the Respondent State, Panama, invoked the denial of benefits clause in Article 10.12.2 of the US-Panama Trade Promotion Agreement (TPA) (2007) arguing that one of the Claimants, Bridgestone Licensing Services, Inc (BSLS), despite being incorporated in the US, was wholly owned by Bridgestone Corporation (BSJ), a

⁸⁵ *Limited Liability Company Amto v Ukraine*, SCC Case No 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para 69.

⁸⁶ *ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, para 4.66.

⁸⁹ *Ibid.*, paras 4.8 and 4.69-4.70.

⁹⁰ *Ibid.*, para 4.72.

Japanese corporation, and did not have substantial business activities in the US.⁹¹ The Tribunal did not agree with Panama's contention that 'substantial' means 'sizeable' and that 'business' must involve 'offering goods or services to unrelated parties'.⁹² Instead, it considered whether BSLS had 'a real and continuous link' with the US, the place where it was established.⁹³ The Tribunal found that BSLS carried out substantial activities in the US before it was taken over by BSJ and continued to be after the takeover.⁹⁴ BSLS's business activities concerned the FIRESTONE trademarks. The company derived its income from royalties, which were deposited into its US bank account, and taxes on this income were paid in the US.⁹⁵ The income generated from the business activities does not need to be substantial.⁹⁶ The fact that many of its activities were performed by its sister company, and outsourced to other entities, or that its activities were supervised by its foreign parent company with major decisions made in the parent's home country, does not prevent the Tribunal from concluding that BSLS conducted substantial business activities in the US.⁹⁷

(c) The geographical location of the substantive business activities

With regards to the geographical location of the business activities, the Tribunal in *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador* clarified that the Claimant must have substantive business activities in the territory of the US, which is the State under whose law it was incorporated, not El Salvador.⁹⁸ The fact that the Claimant has business activities holding the shares of its subsidiaries in El Salvador cannot be considered as business activities in the

⁹¹ *Bridgestone Licensing Services, Inc and Bridgestone Americas, Inc v Republic of Panama, ICSID Case No ARB/16/34*, Decision on Expedited Objections, 13 December 2017 (hereinafter '*Bridgestone v Panama*'), paras 249-256.

⁹² *ibid*, para 253.

⁹³ *ibid*, para 302.

⁹⁴ *ibid*.

⁹⁵ *ibid*, para 296.

⁹⁶ *ibid*, para 300.

⁹⁷ *ibid*, para 302.

⁹⁸ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, para 4.74.

meaning of CAFTA's denial of benefits clause.⁹⁹ Likewise, in *Bridgestone v Panama*, the Tribunal considered whether the 'a real and continuous link' with the US, the place where it was established.¹⁰⁰

3.3.2 Procedural Requirements

As most denial of benefits clauses are discretionary clauses, a State must exercise the right to deny the benefits.¹⁰¹ However, the issue of when such right can be exercised against the investor is controversial, especially when denial of benefit clauses do not expressly deal with such problem.

1) Timeliness for invoking the denial of benefit clause

The timeliness for invoking denial of benefit clauses raises an issue of how to strike appropriate balance between the investor protection and the State's interest in preventing of abusive corporate nationality planning. The arbitral decisions are inconsistent on this issue and can be categorized into two groups.

The first group involves the application of the denial of benefits clause of the ECT. Most arbitral tribunals applying the denial of benefits clause of this Treaty viewed that a State could not deny benefits after the commence of investment treaty arbitration. They support this position by referring to the treaty objective. However, the arbitral decisions vary on the moment of time that the State should exercise the right to deny. Some tribunals held that the right should be exercised before the investor made the investment,¹⁰² while others decided the benefits should be denied to an investor before a dispute arose.¹⁰³ These tribunals often relied on the object and purpose of the ECT to create a predictable legal framework for investments to support their interpretations¹⁰⁴. However, these interpretations

⁹⁹ *ibid.*

¹⁰⁰ *Bridgestone v Panama*, para, 302.

¹⁰¹ *Khan Resources v Mongolia*, para 419.

¹⁰² *Plama v Bulgaria*, para 161; *Khan Resources v Mongolia*, paras 426-427.

¹⁰³ *Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v Kazakhstan*, SCC Case No V 116/2010, Award, 19 December 2013 (hereinafter '*Ascom v Kazakhstan*'), para 745, *Yukos v Russia*, para 458.

¹⁰⁴ *Plama v Bulgaria*, para 161; *Khan Resources v Mongolia*, para 426.

cause concerns regarding the practicality for a State to invoke the denial of benefits clause since a host State would normally be aware of the investors and their situation when they make request for arbitration.¹⁰⁵

The second group of arbitral decisions applying treaties other than the ECT. Many arbitral tribunals held that without an express time-limit for denying the benefits, a denying State could exercise such right any time even after the dispute had arisen but must invoke such right when objecting to the arbitral tribunal's jurisdiction at the latest.¹⁰⁶ The Tribunal in *Durres Kurum v Albania* case relied on the absence of a time limit for the invocation of the denial of benefit clause and on the objective of the clause to support the conclusion that the State should be granted a practical opportunity to assess whether or not the requirements for denying benefits were met and decide whether or not to exercise such right.¹⁰⁷ However, the arbitral decisions on the timeliness for invoking denial of benefits are by no means consistent. In *Ampal v Egypt* case, the Tribunal held that the denying Party must deny the benefits before a Request for Arbitration was filed and registered with ICSID Secretariate.¹⁰⁸

2) Notification and/or consultation requirements

Apart from the issue of when the right to deny benefits can be exercised, there is also an issue of whether there are other procedural requirements to be met before denying benefits. Some IIAs include the requirement that the denying Party must notify and/or consult with the other Party before denying benefits. In *Ampal v Egypt*, the Tribunal applied the

¹⁰⁵ Cf *RSE Holdings AG v Republic of Latvia (II)*, PCA Case No 2022-41, Award 28 May 2025 deciding that the Respondent State could invoke the denial of benefits clause with retroactive effect to the date of investment. However, at the time of writing, the award is not yet available to public.

¹⁰⁶ *Elemec v Ecuador*, para 7; *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador* para 4.85; *Ulysseas v Ecuador*, para 172; *Guaracachi v Bolivia*, para 382; *GCM v Columbia*, para 127 (the tribunal viewed that if the State Parties want to set out the time limit for invoking the right to deny benefits, they should have specified the deadline in the treaty text.)

¹⁰⁷ *Durres Kurum v Albania*, para 349.

¹⁰⁸ *Ampal-American Israel Corporation and others v Arab Republic of Egypt* (hereinafter '*Ampal v Egypt*'), ICSID Case No ARB/12/11, para 170.

Protocol to the US-Egypt BIT which requires that the denying Party, if it considers the benefits of the BIT should not be extended to the investor by the reason that it is controlled by nationals of third countries, ‘shall promptly consult with the other Party to seek a mutually satisfactory resolution of this matter’.¹⁰⁹ The Tribunal considered such consultation condition as mandatory,¹¹⁰ and that Egypt had not yet fulfilled such condition. Although there had been correspondence between Egypt and the US, there were no consultations between the two States to seek mutually satisfactory resolution.¹¹¹ Importantly, the consultation must be done before the decision to deny benefits was made.¹¹² Therefore, the denial of benefits to Ampal was ineffective.¹¹³ The Tribunal pointed out the ‘significant difference’ in treaty language of the denial of benefits clause in US-Egypt BIT and in CAFTA. According to CAFTA Article 10.12(2), the right to deny benefits is subjected to consultation requirement according to CAFTA Article 20.4.¹¹⁴ The consultation between the two Parties in CAFTA is discretionary rather than mandatory as in the case of US-Egypt BIT.¹¹⁵ The *Ampal v Egypt* case thus emphasizes the important implication of a procedural requirement imposed by the denial of benefits case which can impede the exercise of the right to deny the benefits.

4. Recent Practice on the Denial of Benefits Clause

¹⁰⁹ Protocol of 11 March 1986 para 1.

¹¹⁰ *Ampal v Egypt*, para. 148.

¹¹¹ *Ibid*, paras 149-150.

¹¹² *ibid* paras 152-154.

¹¹³ *ibid* para 151.

¹¹⁴ CAFTA Article 10.12 (2) states:

Subject to Articles 18.3 (Notification and Provision of Information) and 20.4 (Consultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of any Party, other than the denying Party, and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

¹¹⁵ *Ibid*, para 156.

Although the denial of benefits clause has not been widely incorporated in early investment treaty practice, it appears more often in treaties concluded since 2010. Arguably, it has increasingly become a prevalent feature of newly negotiated IIAs. More States including Asian States especially Japan, Korea, China, India, and United Arab Emirates have included the denial of benefits clause in their IIAs. Moreover, the denial of benefits clause has received considerable attention in the IIA reform effort since it could play an important role in seeking a proper balance between the State's right to regulate and the protection of investors' interest. This Part will examine recently concluded IIAs focusing on those adopted after 2010 and analyse how denial of benefits clause has evolved in response to problems in the application of the previous generation of the clause. It will also highlight the expansion of the situations giving rise to the right to deny the benefits in recent IIAs.

4.1 Structural Design of the Denial of Benefits Clause

4.1.1 Discretionary or Mandatory clause

As pointed out in Part 3, the denial of benefits clause can be formulated to be a discretionary clause or a mandatory clause. The former requires the right to deny be exercised by a Contracting State whereas the latter will automatically exclude the investor from the benefits of a treaty if the conditions are met.¹¹⁶ Most denial of benefits clauses are discretionary providing 'a Party may deny'¹¹⁷ or 'the benefits of this Agreement may be denied'.¹¹⁸ However, there are many IIAs concluded after 2010 contain terms such as 'benefits of this Agreement shall not be available to ...',¹¹⁹ 'the benefit under this Treaty shall not be

¹¹⁶ *Plama v Bulgaria* paras 155-158.

¹¹⁷ Ex Kenya-Singapore BIT (2018) Article 23; CETA (2018) Article 8.16; Angola-China BIT (2023) Article 17; EFTA-Malaysia (2025) Article 8.14; Japan-Uruguay BIT (2015) Article 28.

¹¹⁸ Ex China-Venezuela BIT (2024) Article 13.

¹¹⁹ Ex Columbia-UAE BIT (2017) Article 25; Mauritius-UAE BIT (2015) Article 15; Rwanda-UAE BIT Article 24; Thailand-UAE BIT (2015) Article 13; Kyrgyzstan-UAE BIT (2014) Article 15; Türkiye-UAE BIT (2023) Article 14(2); Article 36.1 India-UAE BIT (2024) Article 36.1; Jersey-UAE BIT (2021) Article 13.2; Armenia-UAE BIT (2016) Article 15(1)

extended to...'¹²⁰ or 'the benefits of this Agreement shall be denied to ...'.¹²¹ They seem to suggest a trend towards a mandatory denial of benefits clause. These terms suggest that the investors will not be granted the benefits of the treaties if the requirements stipulated in those clauses are met. They convey a strong message to the investors that they will not be given treaty benefits if they fall within the stipulated situation. In addition, some denial of benefit clauses are formulated in a mandatory language using the terms 'a Contracting Party shall deny' rather than 'may deny'.¹²² This formulation appears to oblige a Contracting Party to deny the benefits if the specified conditions are met.

However, those mandatory treaty languages must be considered in their context. Some IIAs impose procedural requirements to be met before excluding the investors from the benefits of the treaties which might compromise the effectiveness of the clause. For example, Thailand-The United Arab Emirates (UAE) BIT (2015) Article 13 entitled 'Limitation of Benefits' provides in its first paragraph that '[b]enefits of this Agreement shall not be available to ...', but the second paragraph requires the denying Party to have consultation with the other Contracting Party to seek mutual agreement of the Contracting Parties before the benefits can be denied.¹²³ By contrast, other agreements which contain the 'limitation of benefits' clauses provide for less stringent procedural requirements including notification and consultation with the other Contracting Party,¹²⁴ notification the other Contracting Party

¹²⁰ Ex India-UAE BIT (2024) Article 36.2.

¹²¹ Ex Slovakia-UAE BIT (2016) Article 9(1).

¹²² Ex UAE-Zimbabwe BIT (2018) Article 17.

¹²³ Article 13 Limitation of Benefits

1. Benefits of this Agreement shall not be available to an investor of a Contracting Party, if the main purpose of the acquisition of the nationality of that Contracting Party was to obtain benefits under this Agreement that would not otherwise be available to the investor.

2. Prior to denying the benefits of this Agreement, the denying Contracting Party shall consult the other Contracting Party, and upon mutual agreement of the Contracting Parties may deny the benefits of this Agreement and shall inform such investor accordingly.

¹²⁴ Ex Mauritius-UAE BIT (2015) Article 15(2).

without undue delay.¹²⁵ Therefore, the effect of the clause will have to be evaluated together with other requirements of the clause.

In recent treaty practice of UAE, the title ‘limitation of benefits’ is often used instead of ‘denial of benefits.’ It is questionable whether they produce different effect. Since the procedural requirements provided in the ‘limitation of benefits clauses’ of UAE’s BITs vary and appear to be similar to those found in ‘denial of benefit clauses’. Some clauses require prior notification,¹²⁶ while others require prior consultation to achieve mutual agreement of the Contracting Parties to deny the benefits.¹²⁷ The latter condition could even be more stringent than the procedural requirements of many denial of benefits clauses. Moreover, there are some provisions entitled ‘denial of benefits’ clauses contain similar wording found in the ‘limitation of benefits’ clause, such as ‘the benefits of this Agreement shall not be available to...’,¹²⁸ or ‘the benefit under this Treaty shall not be extended to...’¹²⁹ or ‘the benefits of this Agreement shall be denied to ...’.¹³⁰ Therefore, there seems to be no significant difference between ‘denial of benefits’ and ‘limitation of benefits’ clauses. What matters is not the title but the content of the clauses.

Another point of interest regarding the structural design of the denial of benefit clause is that the clause might contain different language formulations for each ground of denial. For instance, Jersey-UAE BIT (2021) Article 13 states that:

1. A Contracting Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of a Contracting Party and to investments of such an investor if the investor is owned or controlled by legal entities or natural persons of a third Party with respect to whom the

¹²⁵ Ex Hungary-UAE BIT (2021) Article 23(3).

¹²⁶ Ex Rwanda-UAE BIT (2017) Article 24; Serbia-UAE BIT (2013) Article 14.

¹²⁷ Ex Thailand-UAE BIT (2015) Article 13(2).

¹²⁸ Ex Türkiye-UAE BIT (2023) Article 14(2); India-UAE BIT (2024) Article 36.1; Article 13.2 Jersey-UAE BIT (2021) Article 13.2; Armenia-UAE BIT (2016) Article 15(1).

¹²⁹ Ex India-UAE BIT (2024) Article 36.2.

¹³⁰ Ex Slovakia-UAE BIT (2016) Article 9(1).

denying Contracting Party adopts or maintains prohibitive measures or measures that would be violated or circumvented if the benefits of this Agreement were accorded to the investor or its investments.

2. Notwithstanding any other provision of this Agreement, the benefits of this Agreement shall not be available to an investor of a Contracting Party and investments of such an investor if the investor is owned or controlled by a legal or natural person or persons of a non-Contracting Party and that investor has no substantial business activities in the territory of a Contracting Party under whose law it is constituted or organized.

This clause seems to suggest that the denial of benefits on the ground of the existence of prohibitive measures is discretionary whereas the denial of benefits on the ground of the absence of no substantial business activities is more mandatory.¹³¹ It might be argued that the State Parties intentionally use different formulations so that they would produce different effect.

4.1.2 The Scope of the Clause

Unlike the ECT, most denial of benefits clauses exclude the benefits provided by IIAs including substantive benefits as well as investor-State dispute settlement. However, some treaties explicitly state that the benefits of the treaty including the investor-State dispute settlement will be denied. For example, India-UAE BIT (2024) Article 36 provides that ‘[t]he benefits of this Treaty, including after the institution of arbitration proceedings in accordance with Chapter IV of this Treaty, shall not be available to: ...’.

4.2 Substantive requirements

Some observations can be made regarding the substantive requirements of the denial of benefits clauses

***First*, most IIAs still follow previous treaty practice offering the ground to exclude the investor and its investments from the benefits of the treaties if the investor is owned or controlled by investors of a non-Party and does not have substantial business**

¹³¹ See also New Zealand-UAE BIT (2025) Article 10; Georgia-Hungary BIT (2024) Article 20.

operations in its putative home State. These are cumulative requirements which must be met.¹³² However, some variations can be found.

In some IIAs, these two requirements are imposed as alternative, thus broadening the circumstances in which the benefits can be denied.¹³³ Some IIAs impose either one of those two requirements without mentioning the other. For example, Korea-Uzbekistan BIT (2019) Article 14(2) stipulates that a Contracting Party can deny the benefits if the investor has no substantial business activities in the territory of the other Contracting Party,¹³⁴ even though the investor may be owned or controlled by persons of the other Contracting Party. This kind of denial of benefits clause therefore requires the investor to ensure that it has substantial economic activities in its home State. On the contrary, some IIAs allow a Contracting Party to deny benefits to the investors if the investment is being made by a juridical person that is owned or controlled by persons of non-Party or of the denying party.¹³⁵ Accordingly, a Contracting State can exercise the right to deny benefits although such investor has substantive business operations in the Contracting State under whose law it is incorporated.

Interestingly, some treaties do not contain the provision allowing the denial of benefits if the investor is owned or controlled by persons of non-Party or of the denying Party and/or does not have substantial business operations in the territory of the Contracting State under

¹³² Canada-Moldova BIT (2019) Article 18; Australia-Uruguay BIT (2019) Article 11; Japan-Bahrain BIT (2022) Article 25.

¹³³ Article 5(1)(e) of the Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment (AfCFTA) (2023); India-Malaysia FTA (2012) Article 10.10(2); Pakistan-Malaysia CEPA (2007) Article 101(2); Singapore-India CECA (2005) Article 6.9.

¹³⁴ Korea-Uzbekistan BIT (2019) Article 14(2) stipulates that:

2. A Contracting Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Contracting Party that is an enterprise of that other Contracting Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of that other Contracting Party.

See also Korea-Armenia (2018) Article 14(2).

¹³⁵ Article 5(1)(e) of the Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment (AfCFTA) (2023), signed but not yet in force; Belarus-India BIT (2018) Article 35(i); ACFTA (2009) Article 15(1)(b).

whose law it is established.¹³⁶ Their absence might be explained by referring to the definition of an investor in these treaties which does not only prescribe a corporate investor be constituted or organized under the law of the Contracting Party but also require further economic connection to that Contracting Party. For example, Burkina Faso-Canada BIT (2015) Article 1 explicitly exclude the investor which is owned or controlled by persons of a non-Party or a denying Party and does not have substantive business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organised.¹³⁷ Therefore, there is no need for denying the benefits in such case.

Second, there are efforts to clarify certain elements of substantive requirements which seem to be less explained in previous IIAs. Although the denial of benefits on the ground that the investor of the other Contracting State is owned or controlled by the investor of a non-Party or of a denying Party and/ or that investor has no substantive business activities in the other Contracting Party is commonly found in many agreements, there is not much clarification especially on the terms ‘control’ and ‘substantive business operations/activities’.¹³⁸

Some recent IIAs expressly state that the term ‘control’ include both direct and indirect control.¹³⁹ This clarification appears to follow the interpretation of ‘control’ made by the arbitral tribunals studied in Part 3.

With regards to ‘substantial business activities’, some IIAs seek to clarify the factors that should be taken into consideration. For example India-UAE BIT (2024) provides:

¹³⁶ Burkina Faso-Canada-BITT (2015) Article 19; CETA Article 8.16

¹³⁷ Burkina Faso-Canada BIT (2015) Article 1 states:

‘investor of a Party’ means a Party, or a national or an enterprise of a Party, that seeks to make, is making or has made an investment, but excludes an enterprise of a Party if investors of a non-Party or of the other Party own or control that enterprise and the enterprise does not have substantial business activity in the territory of the Party under whose domestic law it is constituted or organized at the time of the events giving rise to the claim;

¹³⁸ Australia-UAE BIT (2024) Article 11; India-UAE BIT (2024) Article 36.1(i).

¹³⁹ India-UAE BIT (2024) Article 36.1(i) an Investment or Investor owned or controlled, directly or indirectly, by juridical entities or natural persons of a non-Party or of the denying Party.’

Substantial Business Activity should be established by an overall examination, on a case-by-case basis, of the relevant circumstances. These circumstances may include whether the entity

(a) has a continuous physical presence, including through ownership or rental of premises, in the territory of that Party;

(b) has its central administration in the territory of that Party;

(c) employs staff in the territory of that Party; and

(d) generates turnover and pays taxes in the territory of that Party.¹⁴⁰

Such clarification is consistent with previous arbitral tribunal jurisprudence on the meaning of ‘substantial business activities’ explored in Part 3. A more demanding requirement for ‘substantive business activities’ appears in AfCFTA Article 1 which stipulates factors to be examined including ‘(i) the nature, size, scope and sector of business, (ii) the amount of investment brought into the territory of a State Party, (iii) the effect of the investment on the local community and (iv) the length of time the investment has been in operation’.

However, the problem regarding the moment of time that substantive business activities should be assessed appears to be left unaddressed.

Third, recently concluded IIAs provide for the ground for excluding the investor from the treaty benefits which could broadly cover cases of abuse of nationality, by natural as well as juridical persons, in order to gain benefits from the treaties or from the investor-State dispute settlement mechanism under the treaties. For example, Colombia-UAE BIT (2017) Article 25(1) provides:

Benefits of this Agreement shall not be available to an Investor of a Contracting Party, if the main purpose behind the acquisition of the nationality of that Contracting Party was to

¹⁴⁰ Footnote 3 to Article 1.5 on the definition of an investor which is a ‘juridical person’.

obtain benefits under this Agreement that would not otherwise be available to such Investor.¹⁴¹

Unlike the denial of benefit clauses in older treaties which tend to focus on denying the benefits of the treaties to a corporate investor, this clause can be invoked to deny the benefits of the treaty to a natural person as well as a corporate investor.

Some treaties make specific reference to the case that the investor has been established or restructured to gain access to dispute settlement under the treaties. For example, Belarus-India BIT (2018) Article 35(ii) allows a Party to deny the benefits of the treaty to ‘an investment or investor that has been established or restructured with the primary purpose of gaining access to the dispute resolution mechanisms provided in this Treaty.’¹⁴²

These grounds for denying benefits may raise a practical problem about determining the motivation of nationality acquisition whether its ‘main purpose’ or ‘primary purpose’ is to obtain the benefits of the treaties or not. In fact, the inclusion of the terms ‘main purpose’ or ‘primary purpose’ in such clauses is arguably to address the problem that arose in the arbitral decisions on the abuse of rights – to be regarded as abuse of rights, must the acquisition of nationality be done for the sole purpose to obtain the benefits of the treaties?

Unlike the Belarus-India BIT, some IIAs such as Hong Kong-UAE BIT (2019) specifically referred to the case of restructuring or acquiring nationality to obtain the benefits of the BIT with regards to existing disputes.¹⁴³ This provision is to address a State’s concern that the

¹⁴¹ New Zealand Arab Emirates BIT (2025) Article 10(2)(b).

¹⁴² See also India-UAE (2024) BIT Article 36.1(ii); Thailand-UAE BIT (2015) Article 13(1)

¹⁴³ Hong Kong-UAE BIT (2019) Article 11 (1) states:

A Contracting Party may at any time deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Contracting Party and to investments of that investor if:

(a) the main purpose of acquiring the status of investor of the latter Contracting Party, or of structuring or acquiring its investment, was to obtain benefits under this Agreement in respect of any dispute in existence at the time of such acquisition or structuring, which benefits would not otherwise be available to the investor;

investor may restructure its investment in order to have access to investor-State arbitration provided in a treaty. However, it is arguable that such problem can be dealt with by applying the principle of non-retroactivity of the treaty and the limitation of arbitral tribunal's jurisdiction *ratione temporis* as mentioned in Part 2 without the need for a denial of benefit clause dealing with such problem.

Fourth, the denial of benefits clause is used to exclude the investor not complying with domestic laws of a host State. The right to deny benefits to the investor that does not comply with certain areas of domestic law is found in ACIA and the agreements between ASEAN and non-ASEAN Party as well as RCEP. In ACIA, Article 19(2) provides:

[...] a Member State may deny the benefits of this Agreement to investors of another Member State and to investments of that investor, where it establishes that such investor has made an investment in breach of the domestic laws of the denying Member State by misrepresenting its ownership in those areas of investment which are reserved for natural or juridical persons of the denying Member State.

Unlike the ACIA, the Agreements between ASEAN and non-ASEAN Parties contain denial of benefit clauses which are especially addressed to certain Parties, namely Thailand, and the Philippines. A specific clause for Thailand is found in all Agreement except the Agreement with India. Such clause allows Thailand to deny the benefits under the Agreement relating to admission, establish, acquisition and expansion of investments to a juridical person which is an investor of another Party if it is owned or controlled by natural persons or juridical persons of a non-Party or the denying Party.¹⁴⁴

ASEAN Agreements with non-ASEAN Parties and RCEP contain a specific provision regarding the right to deny benefits of the Philippines, allowing it to deny the benefits of

...

¹⁴⁴ ASEAN-Australia and New Zealand FTA (2009) Article 12.5; ASEAN-Korea Investment Agreement (2009) Article 17.3; ASEAN-China Investment Agreement (2009) Article 15.2; ASEAN-Hong Kong Investment Agreement (2009) Article 19.2.

these to an investor and the investment of such investor if the investor has made an investment in breach of An Act to Punish Acts of Evasion of Laws on the Nationalization of Certain Rights, Franchises or Privileges, or ‘the Anti-Dummy Law.’¹⁴⁵

Thus, the denial of benefits clauses in ASEAN and ASEAN plus non-ASEAN Party investment agreements aim at ensuring the investor’s compliance with domestic law which imposes foreign ownership restrictions in some investment sectors. Moreover, RCEP Article 10.14(7) permit a Party the deny the benefits to the investor who has made an investment in breach of the denying Party’s laws and regulations that implement the Financial Action Task Force Recommendations tackling financial crimes.¹⁴⁶

As the definition of ‘covered investment’ in ACIA and ASEAN investment Agreements with non-ASEAN countries explicitly requires the investment to be made in accordance with domestic laws of the host State, it is questionable why the denial of benefits clauses in these agreements need to include the ground the investment has not been made in accordance with the host State laws. It might be argued that such clause sends a clear signal to prospective investors that the benefits of the agreements are granted conditionally subject to the investor’s compliance with the domestic laws of the host country.

Fifth, the denial of benefit clause is used to deny the benefits of the treaty to an investor and its investment due to the investor’s conduct. For example, the denial of benefit clause, Article 5 of the Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) (2023) allow a State Party to deny benefits on the ground that ‘an investor or investment is engaged in activities prejudicial to the essential and national interests of the Host State’. Moreover, such clause also covers the situation that

¹⁴⁵ ASEAN-Australia and New Zealand FTA (2009) Article 12.7; ASEAN-China Investment Agreement (2009) Article 15.3; ASEAN-India Investment Agreement (2014) Article 13.4; ASEAN-Korea Investment Agreement (2009) Article 17.5; ASEAN-Hong Kong Investment Agreement (2009) Article 19.4.

¹⁴⁶ Article 10.14(7) RCEP (2020) states that ‘[a] Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party or of a non-Party and to investments of that investor where such an investor has made an investment in breach of the provisions of the denying Party’s laws and regulations that implement the Financial Action Task Force Recommendations.’

an investor or investment has breached the obligation under Part V which concerns the investor obligations including the obligations to comply with domestic and international laws, obligations in relation to the protection of internationally recognised human rights and labour standards, obligations relating to environmental protection and anti-corruption.¹⁴⁷

It is notable that AfCFTA's denial of benefit clause makes clear in Article 5(2) that the exercise of the right to deny benefits is subject to review under the dispute settlement mechanisms provided by the agreement. This seems to help guarding the investor against the State's unfettered right to deny the benefits on very broad grounds.

Sixth, in recent IIAs concluded by the European Union and by the European Free Trade Association (EFTA), the ground for denying benefits covers the case that an investor is owned and controlled by an investor of a non-Party and the denying Party adopts or maintains measures related to the maintenance of international peace and

¹⁴⁷ The Protocol on Investment to AfCFTA (2023) Article 5:

1. A State Party may at any time deny an investor of another State Party and the investment of such investor the benefits of this Protocol if:

- a. an investment has no substantial business activity in the territory of the Home State;
- b. an investment has been established or restructured with the primary purpose of gaining access to the dispute settlement mechanism under this Protocol;
- c. an investor or investment is engaged in activities prejudicial to the essential and national interests of the Host State;
- d. an investment is owned or controlled, directly or indirectly, by natural or juridical persons of a Third Party with which the denying Party does not maintain a diplomatic relationship or toward which it prohibits transactions;
- e. an investment is owned or controlled, directly or indirectly, by natural or legal persons of the denying Host State;
- f. an investment is owned or controlled, directly or indirectly, by natural or juridical persons of a non-State Party that has no substantial business in the territory of a State Party; or
- g. an investor or investment has committed a breach of a specific binding obligation under Part V of this Protocol.

2. For the avoidance of doubt, the exercise by a Host State of its right to deny benefits to an investor of another State Party and investment of such investor may be subject of review in accordance with Part VII of this Protocol.

security.¹⁴⁸ This provision explicitly allows a Party to deny benefits to the investor of the other Party if the denying Party have measures which arguably could be adopted unilaterally, or within the framework of the United Nations Charter to maintain international peace and security. The maintenance of international peace and security, according to some IIAs such as EU-Japan Economic Partnership Agreement (2023), has been extended to include the protection of human rights.¹⁴⁹

4.3 Procedural requirements

In light of the arbitral decisions on the interpretation and application of denial of benefits clauses, recent IIAs seek to avoid problems in the invocation of the denial of benefits clause by explicitly addressing certain issues that arose in the past.

4.3.1 Timeliness for Exercising the Right to Deny

According to arbitral decisions explored in Part 3, one of the important issues concerning the application of the denial of benefits clause is about the timeliness of the State's exercise of the right to deny since the relevant IIAs do not provide an explicit provision

¹⁴⁸ Article 8.16 Denial of benefits

A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of that Party and to investments of that investor if:

- (a) an investor of a third country owns or controls the enterprise; and
- (b) the denying Party adopts or maintains a measure with respect to the third country that:
 - (i) relates to the maintenance of international peace and security; and
 - (ii) prohibits transactions with the enterprise or would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.

¹⁴⁹ EU-Japan Economic Partnership Agreement (2023) Article 8.13 states:

A Party may deny the benefits of this Section to an entrepreneur of the other Party that is a juridical person of the other Party and to its covered enterprise if that juridical person is owned or controlled by a natural or juridical person of a third country and the denying Party adopts or maintains measures with respect to the third country that:

- (a) are related to the maintenance of international peace and security, including the protection of human rights; and
- (b) prohibit transactions with that juridical person or its covered enterprise, or would be violated or circumvented if the benefits of this Section were accorded to them.

See also EFTA-Malaysia (2025) Article 8.14.

on the issue. In response, some IIAs explicitly state that the right to deny may be exercised at any time. For instance, Hong Kong-UAE BIT (2019) Article 11(1) provides that '[a] Contracting Party may at any time deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Contracting Party and to investments of that investor ...'.¹⁵⁰ Some IIAs make clear that the denial may be done even after the institution of arbitral proceedings. For example, Canada-Hong Kong BIT (2016) Article 18 provides that the benefits can be denied 'at any time including after the institution of arbitration proceedings'.¹⁵¹

4.3.2 Notification and/or consultation requirements

The procedural requirements for invoking the denial of benefit clause are diverse. While many IIAs impose procedural requirements, some do not.¹⁵² Moreover, procedural requirements impose could be different depending on the ground of denial. The ground that the investor is owned or controlled by persons of a third party or the denying party and does not have substantial business activities in the other Contracting Party tends to be subjected to more stringent procedural conditions than other grounds. For example, Central America Republics-Republic of Korea FTA (2018) Article 9.12 requires prior notification if a Contracting State is to deny the benefits of the Agreement on the ground that the investor has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party or of the denying Party, own or control the investor (Article 9.12(2)). However, it does not impose any procedure for denying the benefits on the ground that persons of a non-Party own or control the investor and the denying Party adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the investor (Article 9.12(1)).¹⁵³

¹⁵⁰ Hong Kong-UAE BIT (2019) Article 11; Australia-Uruguay BIT (2019) Article 11; RCEP (2020) footnote 32 to Article 10.14; Australia-UK FTA (2021) Article 13.16 and footnote 23 (providing that the right to deny the benefits can be exercised 'at any time before or after the investment is made').

¹⁵¹ Also Belarus-India BIT (2018) Article 35; Argentina-UAE (2019) (not in force) Article 13; Angola-China BIT (2023) Article 17.

¹⁵² Ex Canada-Republic of Korea FTA (2014) Article 8.14; Australia-China FTA (2015) Article 9.6; Japan-Angola BIT (2023) Article 22.

¹⁵³ Central America Republics-Republic of Korea FTA (2018) Article 9.12:

The procedural requirements vary from notification to mutual agreement or joint decision. The most burdensome requirement would be to require a joint decision or mutual agreement of the Contracting Parties to deny benefits.¹⁵⁴ The more lenient requirement is to require prior consultation with the other Contracting State,¹⁵⁵ or prior notification and the obligation to consult if requested by the other Party.¹⁵⁶ However, some IIAs simply require the denying Party to notify other Contracting Party; but the timing of

1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party, and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise. The denying Party shall, to the extent practicable, notify the other Party before denying the benefits under this paragraph. If the denying Party provides such notice, it shall consult with the other Party at the other Party's request.

See also Australia-UAE BIT (2024) Article 11.

¹⁵⁴ Singapore-UAE BIT (2011) Article 14; Thailand-UAE BIT (2015) Article 13; Mexico-UAE BIT (2016) Article 30.

¹⁵⁵ Australia-UAE BIT (2024) Article 11(2):

A Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Party that is an enterprise of the other Party, and to investments of that investor, if the enterprise is owned or controlled, directly or indirectly, by persons of a non-party or of the denying Party, provided that, prior to invoking its rights under this paragraph, the denying Party shall consult with the other Party.

¹⁵⁶ Central America-Korea, Republic of FTA (2018) Article 9.12(2) provides that:

The denying Party shall, to the extent practicable, notify the other Party before denying the benefits under this paragraph. If the denying Party provides such notice, it shall consult with the other Party at the other Party's request.

Also Korea-Türkiye Investment Agreement (2015) Article 1.15(2); Korea-Vietnam FTA (2015) Article 9.11 (2); Singapore-Sri-Lanka FTA (2018) 10.21(2).

notification could be different. Some IIAs require prior notification¹⁵⁷ or prior notification ‘to the extent practicable’¹⁵⁸ whereas others simply require notification to the home State of the investor without an explicit requirement that the notification must be done before exercising the right to deny. For example, Hungary-UAE BIT (2021) Article 23(3) stipulates that ‘the denial of benefits by a host State shall be notified to the home State of the investor without undue delay.’ It is notable that most of these notification requirements refer to the notification to the other Contracting Party rather than to the investors.

5. Conclusion

This research paper has examined the origin of the denial of benefit clause, its early treaty practice as well as the problems arising from the application of the clause. It has pointed out some development in the denial of benefits clause which seeks to address practice problems in the application of the clause. Overall, there is tendency towards relaxing the procedural requirement and clarifying certain substantive requirements for invoking the clause. Moreover, it tends to broaden the circumstances in which the treaty benefits can be denied. For example, some recent IIAs allow a Party to deny the benefits if either the enterprise is owned or controlled by investors of a third Party, or the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party under whose law it is constituted or organized. Some IIAs extend the ground for denying the benefits to cover broader cases of abusive nationality planning covering not only the case of a juridical person but also a natural person.

One might question whether the recent development of the denial of benefits clause will help improve the effectiveness of the clause in preventing treaty shopping which is its original function. The answer could vary depending on the text of the clause. The fact that the many recent IIAs seek to solve the procedural issue relating to the moment of time that the right to deny benefits can be exercised and the broader grounds for denying benefits

¹⁵⁷ Mali-UAE BIT Article 16(4) provides that ‘[b]efore refusing the benefits of this agreement, the Contracting Party refusing the agreement shall inform the other Contracting Party.’

¹⁵⁸ Australia-Republic of Korea FTA (2014) Article 11.11(2); Pakistan-Turkey BIT (2012) Article 11(2); Australia-Republic of Korea FTA (2014) Article 11.11(2).

might help ensure the fulfillment of the objective of the denial of benefits clause. However, there are certain elements in the clause that might compromise its effectiveness, for example, a procedural hurdle such as the requirement that mutual agreement between the contracting Parties must be achieved or sought before the benefits can be denied. The clause that allows a contracting Party to deny benefits when the investor if the main purpose behind the acquisition of the nationality was to obtain benefits under the treaty could raise new interpretation problems. In addition, it is unclear how changes in the treaty text toward mandatory language, such as ‘limitation of benefits’ or ‘the benefits of the treaty will not be available to,’ would produce a different effect compared to discretionary language. These issues could result in legal uncertainty and the investment treaty protection could become less predictable for investors.

Recent development of the denial of benefits clause illustrates its evolving function. Initially, the denial of benefits clause is an instrument to guard against treaty shopping practice caused by excluding certain investors without sufficient economic connection with the their State of incorporation from the benefits of the treaties. However, in recent years, the clause has become more sophisticated to address various concerns and objectives. It has been used to address special concerns of some Parties to the treaties, as mentioned above in the investment treaty practice of ASEAN. It is also a tool to ensure compliance with domestic laws and investors’ obligations and to sanction investors and investment that engage in activities that are ‘prejudicial to the essential and national interests of the host country’. Currently, UNCITRAL’s Working Group III mandated to consider possibility for reforming investor-State dispute settlement is exploring the role of the denial of benefits clause to complement the ISDS reform which might result in the denial of benefits clause covering the case when the investor received third party funding limited by the tribunal.¹⁵⁹ Therefore, the function of the denial of benefits clause is becoming more diverse.

One might raise the question whether the denial of benefits clause is suitable for performing those various functions. Moreover, it is arguable that some extended grounds for

¹⁵⁹ UNCITRAL (n 6), Draft Provision 17.

denying benefits are redundant or are not necessary as they are already dealt with or can be dealt with by other treaty provisions. For example, the definition of investment or ‘covered investment’ in the treaty might exclude investment which is not made in accordance with domestic laws or national policies of the host State from the scope of investment protected by the treaty. Indeed, when the treaty already contains explicit requirement that the investment has to be made in accordance with laws of the host country, the denial of benefit clause permitting the host country to exclude the investment which does not meet such requirement might cause more confusion. Finally, the extensive grounds for denying benefits raises a question about the appropriate balance between the host State’s and the investors’ interest. If excessive discretion is granted to the denying State, the denial of benefits clause could be prone to abuse, and the certainty and predictability of investment treaty protection could be undermined. To address such concern, procedural safeguards might be needed to protect the investor from a State’s improper exercise of the right to deny investment treaty benefits.

References

- Anne K Hoffmann, 'Denial of Benefits' in Marc Bungenberg, Jörn Griebel, August Reinisch and Stephan Hobe (eds), *International Investment Law: A Handbook* (Nomos, 2015).
- Duncan Watson and Tom Brebner, 'Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework' (2018) 33 ICSID Review 302.
- Intan Murnira Ramli, 'Denial of Benefits in Investment Arbitration: Genesis, Trends, and Application' in J Chaisse et al (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy* (Springer 2021).
- John D Branson, 'The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration' (2021) 38 Journal of International Arbitration 187.
- Jordan Behlman, 'Out of a Rim: Pacific Rim's Venture into CAFTA's Denial of Benefits Clause' (2014) 45 Inter-American Law Review 397.
- Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law* (Oxford University Press, 2016).
- Lindsay Gastrell, Paul-Jean Le Cannu, 'Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions', (2015) 30 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 78.
- Loukas Mistelis and Crina Baltag, 'Denial of Benefits Clause', Max Planck Encyclopedias of International Law (July 2019).
- Loukas Mistelis and Crina Baltag, 'Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty' (2009) 113 Penn State Law Review 1301.
- Mark Feldman, 'Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration' (2012) 27 ICSID Review 281.
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).
- United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting Issues, Note by the Secretariat', A/CN9/WGIII/WP253, 30 June 2025.
- UNCTAD, *Scope and Definition* (United Nations, 2011).

Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2010).

บทความวิจัย (Research Article)

สิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และ
แม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก) สำหรับการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้าน
สิ่งแวดล้อม:

ศึกษาความเป็นไปได้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดน*

Individual Rights and Community Rights in the Mekong River Basin, Kok River, and
Sai River (Including the Ruak River) for Environmental Justice Claims: A Legal
Feasibility Study on Transboundary Pollution Litigation

ชูเกียรติ น้อยฉิม**

รองศาสตราจารย์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เลขที่ 333 หมู่ที่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

อีเมล: chukeat.noi.ac.th

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง “สิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก) สำหรับการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม: ศึกษาความเป็นไปได้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดน” ประเภทโครงการวิจัยและนวัตกรรมเร่งด่วนเพื่อแก้ไขปัญหา “น้ำโขง - น้ำกก - น้ำสาย” จังหวัดเชียงราย ประจำปีงบประมาณ พ.ศ.2568

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยโลเดน ประเทศเนเธอร์แลนด์

Chukeat Noichim

Associate Professor

School of Law, Mae Fah Luang University

333 Moo 1, Tha Sut Subdistrict, Mueang Chiang Rai District, Chiang Rai 57100,

Email: chukeat.noi.ac.th

*พรณภัฏ สุวลักษ์ณ์ วอห์น****

นักวิจัยอิสระ

เลขที่ 328/1 หมู่ที่ 2 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

อีเมล: pornnapat.profressaional@gmail.com

Pornnapat Suwaluck Vaughan

Independent Researcher

328/1 Moo 2, Tha Sut Subdistrict, Mueang Chiang Rai District, Chiang Rai 57100,

Email: pornnapat.profressaional@gmail.com

*** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปัจจุบันเป็นนักศึกษา
หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อ

งานวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาขอบเขตสิทธิของปัจเจกชนและชุมชนในประเทศไทย บริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก ในการเรียกร้องความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อมภายใต้กฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ และ (2) วิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการใช้กลไกทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการฟ้องคดีมลพิษข้ามพรมแดนจากกิจกรรมของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือภาคเอกชนในต่างประเทศที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย อันเนื่องมาจากปัญหาการปนเปื้อนโลหะหนัก เช่น สารหนู ในลุ่มน้ำดังกล่าวเมื่อปี พ.ศ. 2567 ซึ่งส่งผลกระทบต่อคุณภาพน้ำ ระบบนิเวศ และวิถีชีวิตของประชาชนในพื้นที่

ผลการวิจัยพบว่า ปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนมิได้เป็นเพียงปัญหาสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ยังเป็นปัญหาสิทธิมนุษยชนที่เชื่อมโยงกับสิทธิในการดำรงชีวิตในสิ่งแวดล้อมที่ดีและสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนสอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะด้านน้ำ สุขภาพ และความยุติธรรม อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อจำกัดเชิงโครงสร้างสำคัญ ได้แก่ การหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของรัฐต้นน้ำ ข้อจำกัดของกลไกระหว่างประเทศและภูมิภาค และปัญหาด้านเขตอำนาจศาล การระบุจำเลย การรวบรวมพยานหลักฐาน และการบังคับคดีเมื่อจำเลยหรือทรัพย์สินอยู่ต่างประเทศ ดังนั้น ผู้วิจัยเสนอว่า ควรใช้กลไกทางกฎหมายภายในประเทศเพื่อรองรับการฟ้องคดีในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย โดยอาศัยฐานอำนาจศาลตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ควบคู่กับการออกแบบภาระการพิสูจน์ และคำขอท้ายฟ้องให้เหมาะสมกับลักษณะของคดี นอกจากนี้ ควรนำการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) มาใช้เป็นกลไกสำคัญในการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหาย ลดต้นทุนการดำเนินคดี และเพิ่มประสิทธิภาพในการเยียวยาความเสียหายโดยรวม

คำสำคัญ: สิทธิของปัจเจกชน, สิทธิของชุมชน, มลพิษข้ามพรมแดน, การฟ้องคดีสิ่งแวดล้อม

Abstract

This research aims to: (1) examine the scope of the rights of individuals and communities in Thailand residing in the Mekong, Kok, Sai, and Ruak river basins to seek environmental justice under Thai and international law; and (2) analyze the feasibility of employing appropriate legal mechanisms to initiate transboundary pollution litigation arising from the acts or omissions of individuals, groups, or private entities located abroad that cause environmental harm within Thailand. The study is grounded in the 2024 heavy metal contamination, particularly arsenic, affecting these river basins, which has adversely impacted water quality, ecosystems, and the livelihoods of local communities.

The findings indicate that transboundary water pollution constitutes not only an environmental issue but also a human rights concern, as it is intrinsically linked to the right to live in a healthy environment and to community rights under the Thai Constitution. It is also consistent with the United Nations Sustainable Development Goals, particularly those relating to water, health, and justice. However, the study identifies significant structural constraints, including the evasion of responsibility by upstream states, the limitations of international and regional enforcement mechanisms, and practical difficulties concerning jurisdiction, identification of defendants, evidentiary collection, and the enforcement of judgments where defendants or assets are located outside Thailand. In response, this research proposes the use of domestic legal mechanisms to support litigation in cases where damage occurs within the Kingdom of Thailand, relying on jurisdiction under Section 4 of the Civil Procedure Code, together with evidentiary standards and remedial design tailored to the scientific and legal complexities of transboundary pollution disputes. Furthermore, the study recommends the adoption of class action proceedings as the most suitable procedural mechanism for protecting victims' rights, reducing litigation costs, and enhancing the overall effectiveness of collective remedies.

Keywords: individual rights, community rights, transboundary pollution, environmental litigation

1. บทนำ

1.1 เหตุผลความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหา “มลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน” จากการปนเปื้อนโลหะหนัก (เช่น สารหนู) ที่ไหลเข้าสู่บริเวณลุ่มแม่น้ำกก แม่น้ำสาย รวมทั้งแม่น้ำรวกซึ่งไหลผ่านและเชื่อมโยงพื้นที่ชายแดนภาคเหนือของประเทศไทยก่อนบรรจบไหลลงสู่แม่น้ำโขงบริเวณอำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย พื้นที่ดังกล่าวมีความสำคัญเชิงยุทธศาสตร์ทั้งด้านภูมิรัฐศาสตร์ ระบบนิเวศ และความมั่นคงทรัพยากรน้ำ เนื่องจากเป็นแหล่งน้ำหลักเพื่อใช้ในการอุปโภคบริโภค การผลิตน้ำประปา การชลประทาน การเกษตร และเป็นฐานคุณภาพชีวิตรวมถึงความมั่นคงทางเศรษฐกิจของชุมชนที่อาศัยอยู่บริเวณลุ่มแม่น้ำเหล่านี้ ด้วยลักษณะอุทกวิทยาที่เชื่อมโยงการไหลของน้ำจากประเทศต้นน้ำที่ก่อให้เกิดมลพิษไหลเข้าสู่ประเทศไทยอย่างต่อเนื่อง พื้นที่ลุ่มน้ำดังกล่าวนี้จึงมีความเปราะบางต่อความเสี่ยงภัยด้านสิ่งแวดล้อมที่กิจกรรมการทำเหมืองแร่บริเวณต้นน้ำในรัฐฉาน ประเทศเมียนมา ซึ่งได้ส่งผลกระทบในดินแดนของประเทศไทยอย่างเป็นรูปธรรมและมีนัยสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะ

¹ ตั้งแต่บริเวณพื้นที่ชุมชนบ้านแก่งทรายมูล ตำบลท่าตอน อำเภอแม่เมาะ จังหวัดเชียงใหม่ จนถึงชุมชนบ้านสบรวก ตำบลเวียง อำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย ในปี พ.ศ. 2567 จนถึงปัจจุบันนี้ ทั้งนี้ ปัญหาดังกล่าวได้ปรากฏผลกระทบอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2568 เมื่อสถานการณ์มลพิษในแม่น้ำกกเริ่มได้รับความสนใจจากสาธารณะอย่างกว้างขวาง ภายหลังการรวมตัวของชาวบ้านกว่า 700 คนที่ตำบลท่าตอน อำเภอแม่เมาะ จังหวัดเชียงใหม่ เมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2568 เพื่อเรียกร้องให้มีการปกป้องแม่น้ำกกจากผลกระทบของการทำเหมืองในรัฐฉาน ประเทศเมียนมา อีกทั้งเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2568 ยังมีรายงานการตรวจพบสารหนูในแม่น้ำกกเกินค่ามาตรฐานถึง 15 จุด² ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความรุนแรงของปัญหาอย่างเด่นชัด ผลกระทบดังกล่าวมิได้จำกัดอยู่เพียงคุณภาพน้ำเท่านั้น แต่ยังขยายไปสู่ความเสียหายต่อสิ่งมีชีวิตได้น้ำ การประมงพื้นบ้าน ความเชื่อมั่นในการใช้น้ำ ตลอดจนความเสี่ยงต่อเศรษฐกิจ การเกษตร และการท่องเที่ยวของชุมชนในพื้นที่ด้วย³ ดังนั้น ปัญหาดังกล่าวมิใช่เพียงข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อมในเชิงเทคนิค หากยังเป็นปัญหาความ

¹ Shan Human Rights Foundation, ‘Satellite imagery indicates rare earth mining in southern Mong Hsat’ (Shan Human Rights Foundation, 15 พฤษภาคม 2568) <<https://shanhumanrights.org/wp-content/uploads/2025/05/Satellite-imagery-indicates-rare-earth-mining-English.pdf>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2569

² มูลนิธิสิบบนาคะเสถียร. (2568, 20 มิถุนายน). *มลพิษแม่น้ำกก ภัยข้ามพรมแดนที่ไม่ได้เกิดจากธรรมชาติ*.

³ มูลนิธิสิบบนาคะเสถียร, ‘มลพิษแม่น้ำกก ภัยข้ามพรมแดนที่ไม่ได้เกิดจากธรรมชาติ’ (20 มิถุนายน 2568) ระบุว่า เมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2568 มีชาวบ้านกว่า 700 คนจากตำบลท่าตอน อำเภอแม่เมาะ จังหวัดเชียงใหม่ รวมตัวกันที่ริมแม่น้ำกกเพื่อคัดค้านผลกระทบจาก

ยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี สิทธิชุมชน และสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของปัจเจกชนและชุมชนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก) ในการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเบื้องต้นพบว่า การเรียกร้องความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายจากมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนในลุ่มน้ำกก ลุ่มน้ำสาย และลุ่มน้ำโขงตอนบน ยังเผชิญข้อจำกัดเชิงโครงสร้างอย่างน้อย 3 ประการสำคัญ ได้แก่

ประการแรก การปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐต้นทาง กล่าวคือ แม้การปนเปื้อนสารหนูและโลหะหนักจากกิจกรรมเหมืองแร่ในพื้นที่ต้นน้ำฝิ่นเมียนมาจะก่อผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ และการดำรงชีพของประชาชนในจังหวัดเชียงรายอย่างมีนัยสำคัญ แต่รัฐบาลเมียนมากลับอ้างข้อจำกัดในการควบคุมพื้นที่ เนื่องจากกิจกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นในเขตอิทธิพลของกองกำลังว้า ซึ่งมีลักษณะเป็นกลุ่มกึ่งรัฐและไม่ได้ได้รับการรับรองเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ข้ออ้างดังกล่าวส่งผลให้ผู้เสียหายในประเทศไทยไม่อาจเข้าถึงกลไกความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังสะท้อนปัญหาเชิงโครงสร้างของหลักความรับผิดชอบของรัฐในสถานการณ์ที่รัฐอ้างการขาดอำนาจควบคุมเหนือดินแดนบางส่วนของตนเอง⁴ ดังนั้น รัฐที่ได้รับ ความเสียหายจากปัญหามลพิษทางน้ำข้ามแดนต้องกดดันประเทศเมียนมาผ่านกลไกที่มีอยู่ของอาเซียน เพื่อให้มีการตรวจสอบแหล่งที่มาของแร่ธาตุ โดยเฉพาะจากพื้นที่อิทธิพลของกองกำลังว้า ซึ่งจะช่วยให้การทำเหมืองที่ไม่ได้มาตรฐานลดจำนวนน้อยลง

ประการที่สอง ข้อจำกัดของกฎหมายและสถาบันระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคยังทำให้ การแสวงหาความรับผิดชอบจากรัฐต้นน้ำเป็นไปได้อย่างจำกัด แม้ประเทศไทยจะเป็นภาคีในความตกลงแม่น้ำโขง พ.ศ. 2538 (The 1995 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin) และมีบทบาทในคณะกรรมการจัดการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission: MRC) แต่กลไกดังกล่าวไม่อาจผูกพันประเทศเมียนมาได้โดยตรง เนื่องจากประเทศเมียนมาไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในองค์กรดังกล่าวและไม่มีพันธกรณีตามความตกลงนี้โดยตรง ผลคือ กลไกของคณะกรรมการจัดการแม่น้ำโขงมี

เหมืองในรัฐฉาน และเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2568 มีรายงานการตรวจพบสารหนูในแม่น้ำกกเกินค่ามาตรฐาน 15 จุด รวมทั้งให้ข้อมูลว่าแม่น้ำกกมีความยาว 285 กิโลเมตร พื้นที่ลุ่มน้ำ 10,875 ตารางกิโลเมตร และมีประชากรในลุ่มน้ำประมาณ 657,940 คน

⁴ Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press 2006); Annyssa Bellal, 'Non-State Actors in Armed Conflicts: Issues of Legal Personality' (2011) 881 *International Review of the Red Cross*; International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries* (United Nations 2001).

บทบาทได้เพียงในเชิงความร่วมมือ การประสานงาน และการติดตามสถานการณ์ หากไม่อาจใช้เป็นฐานบังคับ ความรับผิดชอบทางกฎหมายต่อกิจกรรมเหมืองแร่ในเขตต้นน้ำฝ่งเมียนมาได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵ ดังนั้น หากประเทศเมียนมาเข้าเป็นภาคีในฐานะสมาชิกสมทบของคณะกรรมการแม่น้ำโขง (MRC) จะทำให้ประเทศเมียนมามีพันธกรณีโดยตรงภายใต้หลักการใช้ประโยชน์จากน้ำอย่างเป็นธรรมและเหมาะสม และหลักความระมัดระวังล่วงหน้า (Precautionary Principle)

ประการที่สาม กฎหมายภายในของไทยยังมีข้อจำกัดอย่างสำคัญในการดำเนินคดีต่อผู้ก่อมลพิษที่อยู่นอกราชอาณาจักร แม้ว่าผู้ได้รับผลกระทบจะอาจอ้างสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีและสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ได้ก็ตาม แต่ระบบกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนและมีประสิทธิภาพเพียงพอสำหรับการฟ้องบุคคลหรือนิติบุคคลต่างชาติที่ไม่ได้กระทำการในประเทศไทยโดยตรง ทั้งในหลักเกณฑ์ของเขตอำนาจศาล การระบุตัวจำเลย การรวบรวมพยานหลักฐานข้ามพรมแดน การส่งหมายศาล และการบังคับคดีเมื่อจำเลยหรือทรัพย์สินอยู่นอกประเทศ นอกจากนี้ ช่องว่างดังกล่าวยังส่งผลให้การเรียกค่าเสียหายเพื่อเยียวยาการสูญเสียรายได้ การประกอบอาชีพดั้งเดิม และการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติในชุมชนลุ่มน้ำไม่อาจกระทำได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ⁶

ซึ่งข้อจำกัดเหล่านี้ทำให้ประชาชนและชุมชนผู้ได้รับผลกระทบกลับมีข้อจำกัดในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมและกลไกเยียวยาโดยตรงจากมลพิษข้ามพรมแดน ดังนั้น การศึกษาวิจัยนี้มุ่งหวังที่จะหาแนวทางและมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผล เพื่อดำเนินการยุติข้อจำกัดเชิงโครงสร้างของกฎหมายภายในประเทศด้วยการที่ปัจเจกชนและ/หรือกลุ่มชุมชนบริเวณลุ่มแม่น้ำ

⁵ Mekong River Commission, *Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin* (1995); Marcus R. F. Thomson, *Transboundary Water Governance in the Mekong: Waterscapes in Transition: Can the Mekong River Commission Improve Its Institutional Capacity to Mitigate, Mediate and Resolve Transboundary Water-Related Conflict within a Rapidly Developing Mekong River Basin?* (PhD diss., Monash University 2017); Susanne Schmeier, *Governing International Watercourses: River Basin Organizations and the Sustainable Governance of Internationally Shared Rivers and Lakes* (Routledge 2013).

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 43 และมาตรา 57; และ สุภานันท์ บุญทำนุก, ‘การพัฒนากฎหมายวิธีพิจารณาความสิ่งแวดล้อมในศาลยุติธรรม: ศึกษากรณีการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญทางสิ่งแวดล้อม’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2567); อรรถพร บุญเทียม, ‘ปัญหาเขตอำนาจศาลในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล: ศึกษากรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านช่องทางออนไลน์’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565) และ Michael Gibney et al. (eds.), *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations* (Routledge 2021).

โขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย รวมทั้งแม่น้ำรวก ในจังหวัดเชียงราย ในฐานะผู้ที่ได้รับผลกระทบจากมลพิษข้ามพรมแดนครั้งนี้ สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีด้านสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับมลพิษข้ามพรมแดนต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่บริเวณต้นน้ำของกลุ่มน้ำดังกล่าวที่อยู่ในประเทศเมียนมา เพื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีด้านสิ่งแวดล้อมจากมลพิษข้ามพรมแดนนี้ต่อศาลยุติธรรมภายในประเทศไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาขอบเขตสิทธิสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในประเทศไทยบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก) ในการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อมภายใต้กฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการใช้กลไกทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อการฟ้องคดีมลพิษข้ามพรมแดนจากกิจกรรมของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือภาคเอกชนในต่างประเทศที่กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดซึ่งส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย

1.3 ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาขอบเขตสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก ในการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม อันมีสาเหตุมาจากปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนที่มีแหล่งกำเนิดจากกิจกรรมของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือภาคเอกชนในต่างประเทศ (ประเทศเมียนมา) ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย การประกอบอาชีพ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำ และวิถีชีวิตของประชาชนในประเทศไทยในบริเวณบ้านแก่งทรายมูล ตำบลท่าตอน อำเภอแม่สาย จังหวัดเชียงใหม่ จนถึงบริเวณบ้านสบรวก ตำบลสบรวก อำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย โดยการศึกษาครอบคลุมในเชิงเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับมลพิษข้ามพรมแดน เช่น หลักไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หลักระมัดระวังไว้ก่อน หลักความรับผิดชอบของรัฐ และหลักสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อม รวมทั้งศึกษาปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลไทย ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล การยื่นฟ้อง การระบุตัวจำเลย การพิสูจน์ความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำกับความเสียหาย การรวบรวมพยานหลักฐานข้ามพรมแดน และการบังคับคดี ตลอดจนวิเคราะห์รูปแบบและแนวทางการดำเนินคดีที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิเรียกร้องการเยียวยาและการฟื้นฟูความเสียหายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.4 ระเบียบวิธีวิจัย

วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาตัวบทกฎหมายไทย กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา อนุสัญญา และแนวคำพิพากษาทั้งในและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน และสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อม ศึกษาคดีตัวอย่างจากต่างประเทศ เช่น คดี Trail Smelter และ Mines de Potasse d'Alsace เพื่อนำมาประยุกต์ใช้ในบริบทกฎหมายไทย รวมถึงการลงพื้นที่สัมภาษณ์ประชาชนที่ได้รับผลกระทบ ผู้นำชุมชน นักวิชาการ และนักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2. ผลการวิจัย

2.1 แนวคิด ทฤษฎีและหลักการที่นำมาปรับใช้กับการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม กรณีปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนจากการปนเปื้อนโลหะหนัก (เช่น สารหนู) ที่ไหลเข้าสู่บริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก

การเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อมในบริเวณลุ่มน้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก ถือเป็นประเด็นเชิงนโยบายและกฎหมายที่มีความสำคัญขึ้นอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากลุ่มน้ำดังกล่าวนั้นหลายรัฐพึ่งพาและใช้ประโยชน์ร่วมกัน การปล่อยมลพิษจากกิจกรรมอุตสาหกรรมและเหมืองแร่ต้นน้ำ ล้วนก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิในการดำรงชีวิต วิถีชีวิตดั้งเดิม และความมั่นคงด้านสิ่งแวดล้อมของชุมชนในลุ่มแม่น้ำดังกล่าวในประเทศไทยและรัฐที่ใช้ลุ่มน้ำร่วมกัน การวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยกรอบทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายที่ครอบคลุมทั้งมิติสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

2.1.1 แนวความคิดสำคัญที่เกี่ยวข้อง

1) แนวคิดว่าด้วยเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน

แนวคิดว่าด้วยเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs)⁷ สำหรับงานวิจัยฉบับนี้ซึ่งมุ่งเน้นการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม การศึกษาเป้าหมาย

⁷ United Nations 'Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development' (2015) A/RES/70/1.

การพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs) ทั้ง 17 เป้าหมาย พบว่า เป้าหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงมากที่สุดคือ เป้าหมายที่ 6 ว่าด้วยการสร้างหลักประกันเรื่องน้ำและการสุขาภิบาลให้มีการจัดการอย่างยั่งยืนและพร้อมใช้สำหรับทุกคน ซึ่งครอบคลุมทั้งการเข้าถึงน้ำสะอาด การปรับปรุงคุณภาพน้ำ การลดมลพิษ การบริหารจัดการทรัพยากรน้ำแบบบูรณาการ รวมถึงความร่วมมือข้ามพรมแดนและการมีส่วนร่วมของชุมชน⁸ มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหามลพิษข้ามพรมแดนจากกิจกรรมเหมืองแร่ในพื้นที่ต้นน้ำซึ่งส่งผลกระทบต่อบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก ทั้งในด้านของสิทธิในการเข้าถึงน้ำสะอาด คุณภาพน้ำ ความร่วมมือระหว่างรัฐ การสนับสนุนด้านเทคโนโลยี และการมีส่วนร่วมของชุมชน⁹ โดยจากการศึกษา พบว่า ในเป้าหมายย่อย 6.1 สะท้อนให้เห็นว่าปัญหามลพิษข้ามพรมแดนย่อมกระทบต่อการเข้าถึงน้ำสะอาดและปลอดภัยของประชาชนในพื้นที่ลุ่มน้ำโดยตรง ขณะที่เป้าหมายย่อย 6.3 แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการปรับปรุงคุณภาพน้ำและควบคุมการปล่อยสารอันตราย เนื่องจากกิจกรรมเหมืองแร่ในพื้นที่ต้นน้ำอาจปล่อยโลหะหนัก ตะกอนแขวนลอย และน้ำเหมืองที่มีความเป็นกรดลงสู่แหล่งน้ำ อันส่งผลต่อระบบนิเวศและสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ เป้าหมายย่อย 6.5 ยังแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของความร่วมมือข้ามพรมแดนในการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำแบบบูรณาการ ซึ่งเป็นประเด็นจำเป็นอย่างยิ่งในกรณีลุ่มแม่น้ำที่เชื่อมโยงหลายรัฐเข้าด้วยกัน และในส่วนเป้าหมายย่อย 6.a และ 6.b สนับสนุนความร่วมมือระหว่างประเทศ การเสริมสร้างขีดความสามารถ และการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นในการบริหารจัดการน้ำและสุขาภิบาล¹⁰

ดังนั้น ปัญหามลพิษข้ามพรมแดนจากกิจกรรมเหมืองแร่จึงมิได้เป็นเพียงปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมหรือเทคนิคเท่านั้น หากยังเป็นปัญหาที่กระทบต่อการบรรลุ SDG 6 โดยตรง เพราะทำให้ประชาชนและชุมชนในพื้นที่เสี่ยงต่อการขาดแคลนน้ำสะอาด เผชิญกับการเสื่อมโทรมของคุณภาพน้ำ และสะท้อนความจำเป็นของการสร้างกลไกความร่วมมือข้ามพรมแดน ระบบติดตามคุณภาพน้ำที่มีประสิทธิภาพ และการเสริมศักยภาพของชุมชนเพื่อให้สามารถมีส่วนร่วมและใช้สิทธิของตนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างแท้จริง¹¹

⁸ United Nations ‘Sustainable Development Goal 6: Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all’.

⁹ United Nations, ‘Goal 6: Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all’ (United Nations, n.d.) <<https://unstats.un.org/sdgs/report/2016/goal-06/>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2569

¹⁰ เฟิงอ้าง 6.1, 6.3, 6.5, 6.a และ 6.b.

¹¹ เฟิงอ้าง

2) แนวคิดความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) แนวคิด

ความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice: EJ) มีรากฐานจากขบวนการทางสังคมในสหรัฐอเมริกาช่วงทศวรรษ 1960–1980 ซึ่งตระหนักว่าชุมชนผู้มีรายได้น้อยและชนกลุ่มน้อยมักเผชิญกับภาระด้านสิ่งแวดล้อมในสัดส่วนที่สูงกว่ากลุ่มประชากรอื่นโดยไม่เป็นธรรม¹² เหตุการณ์ประท้วงที่ Warren County รัฐนอร์ทแคโรไลนา ปี ค.ศ. 1982 และรายงานของ United Church of Christ ปี ค.ศ. 1987¹³ ถือเป็นหมุดหมายสำคัญ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1994 ประธานาธิบดีคลินตันลงนาม Executive Order 12898¹⁴ ยกย่องแนวคิดดังกล่าวเป็นกรอบเชิงนโยบายสากล

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า ความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อมประกอบด้วยสามมิติหลัก ได้แก่ (1) ความยุติธรรมด้านการกระจาย (Distributive Justice) ที่มุ่งให้ทุกกลุ่มเข้าถึงทรัพยากรและได้รับการคุ้มครองจากความเสี่ยงอย่างเท่าเทียม (2) ความยุติธรรมด้านกระบวนการ (Procedural Justice) ที่รับประกันการมีส่วนร่วมและการเข้าถึงข้อมูลในทุกขั้นตอนการตัดสินใจ และ (3) ความยุติธรรมด้านการยอมรับ (Recognition Justice) ที่ยืนยันคุณค่า อัตลักษณ์ และสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากร¹⁵ แนวคิดทั้งสามมิติมีความสอดคล้องโดยตรงกับสถานการณ์ของบริเวณลุ่มน้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก ที่ต้องเผชิญกับมลพิษข้ามพรมแดนจากแหล่งกำเนิดในรัฐต้นน้ำ

2.1.2 ทฤษฎีสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อม

1) ทฤษฎีสิทธิที่จะอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Theory of Right to a Healthy Environment) ได้วางหน้าที่ของรัฐใน 3 มิติ¹⁶ ได้แก่ (1) มิติเชิงเนื้อหา คือ การประกันคุณภาพสิ่งแวดล้อมขั้นต่ำ (2) มิติเชิงกระบวนการ คือ สิทธิเข้าถึงข้อมูล การมีส่วนร่วม และการเข้าถึงความยุติธรรม และ (3) มิติ

¹² Luke W. Cole and Sheila R. Foster, *From the Ground Up: Environmental Racism and the Rise of the Environmental Justice Movement* (New York University Press 2001)

¹³ United Church of Christ Commission for Racial Justice 'Toxic wastes and race in the United States' (1987).

¹⁴ William J. Clinton, 'Executive Order 12898: Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-income Populations' (1994) 32 Federal Register.

¹⁵ David Schlosberg, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature* (Oxford University Press 2007)

¹⁶ United Nations General Assembly, 'The human right to a clean, healthy and sustainable environment (UN Doc. A/RES/76/300)' (United Nations General Assembly, 1 August 2022) <<https://docs.un.org/en/a/res/76/300>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2569

เชิงป้องกัน คือหน้าที่ของรัฐในการลดความเสี่ยงล่วงหน้า ทฤษฎีนี้ได้รับการยืนยันในระดับสากลผ่านมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 2022 ซึ่งรับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่สะอาด มีสุขภาพะ และยั่งยืนอย่างเป็นทางการ¹⁷ ดังนั้น ทฤษฎีนี้เป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิตภายใต้สิ่งแวดล้อมที่สะอาดปลอดภัย และยั่งยืน ผ่านองค์ประกอบด้านกระบวนการ เนื้อหา และการป้องกัน โดยการที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรองไว้ได้สร้างจุดเปลี่ยนสำคัญในการยกระดับปัญหาสิ่งแวดล้อมให้เชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งนำไปสู่การขยายพันธกรณีของรัฐและเอกชน การคุ้มครองกลุ่มเปราะบาง และการบูรณาการความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อรักษาสีทิตินี้ให้แก่นคนรุ่นปัจจุบันและอนาคตอย่างเป็นรูปธรรม

2) ทฤษฎีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและการมีส่วนร่วม (Theory of the Right to Access to Information and Participation) ซึ่งมีใช้เพียงสิทธิเชิงกระบวนการ หากแต่เป็นสิทธิเชิงโครงสร้างที่ส่งผลต่อความสมดุลระหว่างอำนาจรัฐกับสิทธิประชาชน โดยมีอนุสัญญาอาร์ฮุส ค.ศ. 1998 เป็นตราสารผูกพันสำคัญที่แปลงหลักการนี้สู่ภาคปฏิบัติ ทฤษฎีนี้สอดคล้องกับแนวคิดประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (Deliberative Democracy) ของเยอร์เกน ฮาเบอร์มาส (Jürgen Habermas) ที่เน้นว่าการตัดสินใจเชิงนโยบายที่ชอบธรรมต้องตั้งอยู่บนข้อมูลครบถ้วนและการมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียม¹⁸ ดังนั้น ทฤษฎีนี้ถือได้ว่าเป็นทั้งแนวคิดเชิงนโยบายและหลักการทางกฎหมายที่วางรากฐานของประชาธิปไตยด้านสิ่งแวดล้อม อันสะท้อนถึงการเปลี่ยนผ่านจากรัฐผู้ควบคุมไปสู่รัฐผู้ร่วมมือ (From Control to Cooperation) ซึ่งถือเป็นหัวใจของยุคสมัยใหม่ที่มุ่งเน้นความโปร่งใส ความรับผิดชอบ และการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกมิติของการบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติทั้งหมด และ

3) ทฤษฎีสิทธิของชุมชนและชนพื้นเมือง (Theory of Community and Indigenous Rights) ซึ่งขยายกรอบสิทธิจากปัจเจกชนไปสู่สิทธิแบบรวมหมู่ โดยรับรอง (1) สิทธิในการกำหนดชะตากรรมตนเอง (2) สิทธิในที่ดินและทรัพยากร และ (3) หลักการข้อมูลครบถ้วนล่วงหน้า (Free, Prior and Informed Consent: FPIC) ที่กำหนดให้รัฐและภาคเอกชนต้องได้รับความยินยอมจากชุมชนก่อนดำเนินโครงการที่กระทบต่อทรัพยากรและวิถีชีวิตของชุมชน ดังนั้น ทฤษฎีนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงวิวัฒนาการ

¹⁷ Dinah Shelton, *Human Rights, Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice*, *Health and Human Rights Working Paper Series No. 1* (World Health Organization 2002; FXB Center for Health and Human Rights, 'François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights at Harvard' (FXB Global, n.d.) <<https://fxb.org/en/fondation-fxb-centre-francois-xavier-bagnoud-pour-la-sante-et-les-droits-de-lhomme-a-harvard/>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569

¹⁸ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (MIT Press 1996)

ของแนวคิดสิทธิมนุษยชนที่เคลื่อนจากการมุ่งเน้นเฉพาะสิทธิส่วนบุคคลไปสู่การรับรองสิทธิแบบรวมหมู่ที่เชื่อมโยงกับมิติทางวัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม และการพัฒนาอย่างยั่งยืน¹⁹

2.1.3 หลักการสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

1) หลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle) ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการโดย OECD ปี ค.ศ. 1972²⁰ และขยายความในหลักการที่ 16 แห่งปฏิญญาริโอ²¹ กำหนดให้ผู้ก่อมลพิษต้องรับภาระต้นทุนทั้งหมดที่เกี่ยวกับการป้องกัน ควบคุม และเยียวยาผลกระทบ หลักการนี้สนับสนุนความเสมอภาคระหว่างรุ่น (intergenerational equity) โดยป้องกันการผลักภาระไปสู่ชุมชนที่มีผู้ก่อมลพิษทั้งในปัจจุบันและอนาคต

2) หลักระมัดระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) ซึ่งรับรองในหลักการที่ 15 แห่งปฏิญญาริโอ²² กำหนดว่าความไม่สมบูรณ์ของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่อาจใช้เป็นเหตุผลในการเลื่อนมาตรการป้องกันความเสี่ยงที่ร้ายแรงและไม่อาจย้อนกลับได้ หลักการนี้มีความสำคัญเป็นพิเศษสำหรับชุมชนท้ายน้ำในลุ่มน้ำกกและสาย ซึ่งมักเผชิญกับข้อมูลไม่สมดุลและข้อจำกัดด้านทรัพยากรในการเข้าถึงข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อมจากรัฐต้นน้ำ

3) หลักความรับผิดชอบร่วมกันแต่แตกต่าง (Common but Differentiated Responsibilities: CBDR) ซึ่งกำหนดไว้ในหลักการที่ 7 แห่งปฏิญญาริโอ²³ ยืนยันว่าแม้รัฐทั้งหลายมีความรับผิดชอบร่วมกันในการคุ้มครองระบบนิเวศโลก แต่ระดับความรับผิดชอบต้องแตกต่างกันตามสัดส่วนการก่อมลพิษและขีดความสามารถ²⁴ ในบริบทลุ่มน้ำโขง รัฐต้นน้ำที่มีศักยภาพสูงกว่าและดำเนินโครงการพัฒนาขนาดใหญ่จึงควรรับภาระมาตรการคุ้มครองและเยียวยา มากกว่ารัฐท้ายน้ำที่มีความเปราะบางกว่า

¹⁹ S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (2nd ed, Oxford University Press 2004).

²⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Guiding Principles Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies* (OECD Council Recommendation C(72)128) (OECD 1972).

²¹ United Nations, 'Rio Declaration on Environment and Development' (1992) Principle 16.

²² United Nations, 'Rio Declaration on Environment and Development' (1992) Principle 15.

²³ United Nations, 'Rio Declaration on Environment and Development' (1992) Principle 7.

²⁴ Lavanya Rajamani, 'The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime' (2000) 2 *Review of European Community and International Environmental Law*.

4) **หลักความรับผิดชอบของรัฐและหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น** หลักความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ตาม ARSIWA ค.ศ. 2001²⁵ กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบเมื่อการกระทำหรือการละเว้นของตนก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยเชื่อมโยงโดยตรงกับหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น (No Harm Rule Principle)²⁶ ซึ่งวางรากฐานจากคำชี้ขาด Trail Smelter Arbitration²⁷ และได้รับการยืนยันในคดี Pulp Mills on the River Uruguay²⁸ รัฐมีพันธกรณีต้องไม่ปล่อยให้กิจกรรมภายในอาณาเขตก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น ทั้งยังต้องปฏิบัติตามมาตรฐาน due diligence ในการประเมินและแจ้งเตือนผลกระทบล่วงหน้า หลักการนี้ได้รับการรับรองในปฏิญญาสตอกโฮล์ม ค.ศ. 1972 และปฏิญญาริโอ ค.ศ. 1992²⁹ จนมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐทุกรัฐ

5) **หลักการเกี่ยวกับการเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice: Foundational Legal Principles)** การเรียกร้องความยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อมมีรากฐานอยู่บนหลักการสำคัญภายใต้กรอบหลักนิติธรรม³⁰ (Rule of Law) ซึ่งมุ่งสร้างสังคมที่ทุกคนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างครอบคลุมและเท่าเทียม นักวิชาการด้านกฎหมายโดยเฉพาะ Galanter³¹ และ Cappelletti & Garth³² ได้วางกรอบแนวคิดการเข้าถึงความยุติธรรมออกเป็นสามระลอก

²⁵ International Law Commission, 'Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts' (2001) arts 1–2, 30–37.

²⁶ James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013).

²⁷ *Trail Smelter Arbitration (United States v Canada)* (1938 and 1941) 3 RIAA 1905.

²⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Judgment) [2010] ICJ Rep 14.

²⁹ United Nations, 'Stockholm Declaration on the Human Environment' (1972) Principle 21; United Nations, 'Rio Declaration on Environment and Development' (1992) Principle 2.

³⁰ ความสำคัญของหลักนิติธรรม คือ การตรากฎหมาย กฎระเบียบ และกติกาต่าง ๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรมตลอดจนสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเท่าเทียม รวดเร็ว ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองทุกคน ปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560. โปรดดู กองทัพอากาศ, *ประกาศกองทัพอากาศ เรื่อง คำนิยมหลักของกองทัพอากาศ* (8 สิงหาคม 2554); ถวิลวดี บุรีกุล, 'หลักการเพื่อการบริหารรัฐกิจแนวใหม่' (2546) 2 วารสารสถาบันพระปกเกล้า.

³¹ Marc Galanter, 'Access to Justice in a World of Expanding Social Capability' (2010) 1 Fordham Urban Law Journal.

³² Mauro Cappelletti and Bryant Garth, 'Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective' (1978) 2 Buffalo Law Review.

ได้แก่ (1) การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ยากไร้ (Legal Aid for the Poor) (2) การเป็นตัวแทนผลประโยชน์กลุ่ม (Representation for Diffuse Interests) โดยกลไกอย่างการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) และ (3) การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทั้งหมด รวมถึงกลไกระงับข้อพิพาทนอกศาล (ADR) ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการขยายความสู่บริบทด้านสิ่งแวดล้อมภายใต้สนธิสัญญาอาร์ฮูส³³ อันครอบคลุมสิทธิสามประการ ได้แก่ การเข้าถึงข้อมูล การมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ และการเข้าถึงความยุติธรรม อีกทั้ง ยังมีหลักการสำคัญ 4 ประการในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม ได้แก่ (1) หลักการเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเท่าเทียม (Equal Access to Justice: EAJ)³⁴ (2) หลักสิทธิในกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Right to a Fair Trial)³⁵ (3) หลักการมีส่วนร่วม (Public Participation Principle)³⁶ และ (4) หลักการ

³³ United Nations Economic Commission for Europe, 'Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (1998)' (United Nations Economic Commission for Europe, 1998) <<https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569

³⁴ หมายถึง หลักการพื้นฐานที่ทำให้แน่ใจว่าทุกคนสามารถเข้าถึงกระบวนการทางกฎหมายได้อย่างเสมอภาค โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เพศ หรือสถานะทางเศรษฐกิจและสังคม เมื่อนำมาปรับใช้กับด้านสิ่งแวดล้อม (Equal Access to Environmental Justice: EAEJ) หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้ (ก) ประชาชนมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อมที่ครบถ้วนและทันการณ์ (ข) ผู้ที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจของรัฐ (ค) มีช่องทางในการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศาลหรือองค์กรอิสระ และ (ง) ขจัดอุปสรรคทั้งด้านค่าใช้จ่าย การยื่นฟ้อง และความรู้ทางกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 68 ได้กำหนดให้การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเป็นหน้าที่ของรัฐแทนที่จะเป็นเพียงสิทธิของประชาชน

³⁵ มีรากฐานย้อนไปถึงมหากฎบัตร Magna Carta ค.ศ. 1215 (โปรดดู Rule of Law Education Centre, 'Magna Carta and Human Rights' (Rule of Law Education Centre, n.d.) <<https://www.ruleoflaw.org.au/magna-carda-and-human-rights/>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569.) และได้รับการประมวลเป็นบรรทัดฐานสากลในข้อ 14 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) (โปรดดู United Nations General Assembly, 'International Covenant on Civil and Political Rights' (OHCHR, 16 December 1966) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569) ซึ่งรับรองความเสมอภาคของทุกคนต่อหน้าศาล สิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผย โดยศาลที่เป็นอิสระและเป็นกลาง ในบริบทด้านสิ่งแวดล้อม หลักการนี้ขยายสู่สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม ดังที่ปรากฏในคดีมาตาปูตซึ่งศาลปกครองสูงสุดใช้หลักความเป็นธรรมทางกระบวนการในการสั่งระงับโครงการชั่วคราวเพื่อให้รัฐดำเนินการรับฟังความคิดเห็นและจัดทำ EHIA อย่างถูกต้อง ทั้งนี้ ในกรณีมลพิษข้ามพรมแดนความท้าทายสำคัญคือปัญหาเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างรัฐผ่านข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคี

³⁶ ในฐานะหลักการทางกฎหมายมหาชนหรือหลักการปกครองที่ดี กำหนดให้หน่วยงานรัฐมีหน้าที่สร้างช่องทางที่เพียงพอเพื่อให้สาธารณชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ Arnstein โปรดดู: Sherry R. Arnstein, 'A Ladder of

เยียวยาที่มีประสิทธิภาพ (Effective Remedy)³⁷ โดยหลักการทั้งสี่มีความเชื่อมโยงกัน โดยการเข้าถึงความยุติธรรมย่อมไร้ความหมาย หากปราศจากกระบวนการที่เป็นธรรม การมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง และการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น การผสมผสานหลักการดังกล่าวเข้ากับกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อรับประกันสิทธิของประชาชนในการมีสภาพแวดล้อมที่ดี ดังที่ได้รับการรับรองในปฏิญญาริโอและตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีผลผูกพัน

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการข้างต้นสะท้อนให้เห็นพัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองทั้งสิทธิของบุคคลและชุมชน รวมถึงความยั่งยืนของระบบนิเวศสำหรับคนรุ่นอนาคต ในกรณีมลพิษข้ามพรมแดนบริเวณลุ่มน้ำโขง กก สาย และรวก หลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หลักระมัดระวังไว้ก่อน และหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย และอื่น ๆ ล้วนเป็นฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนการ

Citizen Participation' (1969) 4 Journal of the American Institute of Planners ได้เสนอ “โมเดลขั้นบันไดแห่งการมีส่วนร่วม” (Ladder of Participation) แบ่งเป็น 8 ระดับใน 3 กลุ่ม เพื่อวิเคราะห์ว่าการมีส่วนร่วมที่แท้จริงนั้นต้องมอบอำนาจการตัดสินใจให้กับประชาชนมิใช่เพียงสร้างภาพลักษณ์ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 78 บัญญัติให้รัฐส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพัฒนาและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในกรณีปัญหามลพิษข้ามพรมแดนในแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) ได้นำหลักการมีส่วนร่วมอย่างมีความหมาย (Meaningful Participation) มาปรับใช้ผ่านเวทีรับฟังข้อเท็จจริง เพื่อขับเคลื่อนให้รัฐบาลดำเนินการแก้ไขปัญหามลพิษข้ามพรมแดนอย่างจริงจัง

³⁷ มีรากฐานจากหลักกฎหมายละตินที่ว่า “Ubi ius, ibi remedium” (ที่ใดมีสิทธิ ที่นั่นย่อมมีการเยียวยา) (โปรดดู: Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (3rd ed, Oxford University Press 2015) โดยได้รับการรับรองในข้อ 8 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และข้อ 2(3) ของ ICCPR แนวทางพื้นฐานของสหประชาชาติ (Basic Principles, 2005) (โปรดดู: United Nations General Assembly, ‘Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (UN Doc. A/RES/60/147)’ (OHCHR, 16 December 2005) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569) ได้จัดประเภทการชดเชย (Reparation) ออกเป็น 5 รูปแบบ ได้แก่ (1) การคืนสู่สภาพเดิม (Restitution) (2) การชดเชยค่าเสียหาย (Compensation) (3) การบำบัดฟื้นฟู (Rehabilitation) (4) ความพึงพอใจ (Satisfaction) และ (5) หลักประกันการไม่ให้มีการกระทำซ้ำ (Guarantees of Non-Repetition) สำหรับการปรับใช้ในด้านสิ่งแวดล้อมของไทย มาตรา 96 แห่ง พ.ร.บ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมฯ พ.ศ. 2535 วางหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) เพื่อลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย แต่ในกรณีมลพิษข้ามพรมแดน ความซับซ้อนด้านเขตอำนาจศาลยังคงเป็นอุปสรรคสำคัญที่ต้องอาศัยกลไกความร่วมมือระหว่างรัฐ เช่น คณะกรรมการการแม่น้ำโขง (MRC) ในการไกล่เกลี่ยและบังคับใช้มาตรการเยียวยา

เรียกร้องสิทธิของชุมชน ขณะที่แนวทางการเข้าถึงความยุติธรรมตาม Aarhus Convention³⁸ และมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติปี ค.ศ. 2022³⁹ ที่รับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่สะอาด ปลอดภัย และยั่งยืนเป็นสิทธิมนุษยชน ย่อมเสริมความชอบธรรมให้แก่การดำเนินคดีและการเรียกร้องมาตรการเยียวยาจากรัฐที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดด้านกลไกสถาบันในกรอบอาเซียนซึ่งเน้นฉันทามติและหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้า ทำให้การดำเนินคดีผ่านกลไกระดับนานาชาติ โดยเฉพาะศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และกรอบความร่วมมือภายใต้ข้อตกลง MRC ค.ศ. 1995⁴⁰ ยังคงเป็นทางเลือกสำคัญที่ต้องได้รับการพัฒนาต่อไปเพื่อประกันความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมแก่ชุมชนในพื้นที่ลุ่มน้ำอย่างแท้จริงและมีผลบังคับใช้ได้

2.2 ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมจากมลพิษข้ามพรมแดนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย รวมทั้งแม่น้ำรวก

2.2.1 ผู้เสียหายหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบ (ปัจเจกชนและชุมชน) จากมลพิษข้ามพรมแดนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก) ภายใต้กฎหมายไทย

ผู้เสียหายจากมลพิษข้ามพรมแดนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก ภายใต้กฎหมายไทยนั้น อาจแบ่งออกได้เป็นทั้ง ปัจเจกชน (บุคคลธรรมดาทั่วไป ไม่ว่าจะมิใช่ชาวไทยหรือไม่ก็ตาม) ที่ได้รับความเสียหายโดยตรง และชุมชน (ที่ตั้งอยู่ในบริเวณลุ่มแม่น้ำทั้งหลายดังกล่าว) ที่ได้รับผลกระทบในลักษณะรวมหมู่ โดยแต่ละกลุ่มมีฐานสิทธิและข้อจำกัดทางกฎหมายแตกต่างกัน ดังนี้

1) ผู้เสียหายในฐานะปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง

³⁸ United Nations Economic Commission for Europe, Convention on Access to Information, ‘Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters’ (1998).

³⁹ United Nations General Assembly, ‘The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment (UN Doc. A/RES/76/300)’ (United Nations, 28 กรกฎาคม 2565) <<https://undocs.org/A/RES/76/300>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569

⁴⁰ Mekong River Commission, *Mekong River Basin — State of the Basin Report 2023* (MRC Secretariat 2024)

ปัจเจกชน (บุคคลธรรมดาทั่วไป ไม่ว่าจะมิใช่ชาวไทยหรือไม่ก็ตาม) ผู้ได้รับผลกระทบจากมลพิษข้ามพรมแดนอาจได้รับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน รายได้ หรือการใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำเพื่อการอุปโภคบริโภคและการประกอบอาชีพ ซึ่งในทางกฎหมายบุคคลดังกล่าวย่อมอาจอ้างสิทธิฟ้องคดีละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และฟ้องคดีแพ่งด้านสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของบุคคลอื่น⁴¹ อย่างไรก็ตาม ในกรณีมลพิษข้ามพรมแดน ปัญหาสำคัญอยู่ที่การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างแหล่งกำเนิดมลพิษในต่างประเทศกับผลเสียหายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งต้องอาศัยพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ข้อมูลคุณภาพน้ำ และความเห็นผู้เชี่ยวชาญจำนวนมาก จึงทำให้การใช้สิทธิของผู้เสียหายรายบุคคลมีภาระการพิสูจน์สูงอย่างมาก

2) ผู้เสียหายในฐานะชุมชนหรือผู้ได้รับผลกระทบในลักษณะรวมหมู่

ในกรณีที่มลพิษข้ามพรมแดนส่งผลต่อทรัพยากรน้ำ วิถีชีวิต และความมั่นคงทางสิ่งแวดล้อมของคนในพื้นที่โดยรวม ความเสียหายดังกล่าวมิได้จำกัดอยู่เพียงระดับปัจเจกชน แต่ยังขยายไปสู่ “ความเสียหายเชิงชุมชน” ด้วย (โดยเฉพาะที่ตั้งอยู่ในบริเวณลุ่มแม่น้ำ) ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองสิทธิของชุมชนในการอนุรักษ์ ฟื้นฟู และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนไว้เป็นหลักการสำคัญ⁴² อย่างไรก็ตาม แม้สิทธิชุมชนจะได้รับการรับรองในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติ การนำสิทธิดังกล่าวไปใช้ในคดีแพ่งหรือคดีสิ่งแวดล้อมยังมีข้อจำกัด เพราะความเสียหายของชุมชนมักอยู่ในรูปของการสูญเสียความอุดมสมบูรณ์ของแม่น้ำ การเสื่อมถอยของระบบนิเวศ หรือการกระทบกระเทือนวิถีชีวิตร่วม ซึ่งประเมินค่าเป็นตัวเงินได้ยากและไม่สอดคล้องกับรูปแบบการเยียวยาในคดีแพ่งแบบดั้งเดิมที่มุ่งชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลเฉพาะรายเป็นหลัก

3) ฐานสิทธิตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายสิ่งแวดล้อมของไทย

นอกจากฐานความรับผิดชอบละเมิดแล้ว ผู้เสียหายยังอาจอ้างสิทธิขึ้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล และหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อม⁴³ ควบคู่กับพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งวางหลักความรับผิดชอบของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิด

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420.

⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43.

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 มาตรา 57 และมาตรา 58.

มลพิษไว้ในมาตรา 96 อันเป็นกลไกสำคัญในการลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายบางส่วน⁴⁴ อย่างไรก็ตาม เมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีมลพิษข้ามพรมแดน ปัญหาสำคัญยังคงอยู่ที่การระบุตัวเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษในต่างประเทศ และการทำให้บุคคลดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4) ปัญหาสถานะผู้ฟ้องคดีและการพิสูจน์ความเสียหาย

แม้กฎหมายไทยเปิดช่องให้ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องร้องได้ แต่ในทางปฏิบัติยังมีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับสถานะผู้ฟ้องคดีและการพิสูจน์ความเสียหาย โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดผลกระทบเกิดขึ้นกับประชาชนจำนวนมากตลอดแนวลุ่มน้ำ ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีทั้งส่วนที่เป็นความเสียหายร่วมกันของชุมชน และส่วนที่เป็นความเสียหายเฉพาะรายของแต่ละบุคคล ซึ่งทำให้การกำหนดขอบเขตผู้เสียหาย การแสดงเหตุแห่งการฟ้อง และการประเมินค่าเสียหายมีความซับซ้อนมากขึ้น นอกจากนี้ แม้การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะอาจเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมในข้อพิพาทสิ่งแวดล้อมที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก แต่ในคดีมลพิษข้ามพรมแดน การจัดทำพยานหลักฐานร่วมและการแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างแหล่งกำเนิดมลพิษกับความเสียหายของสมาชิกแต่ละรายยังคงเป็นอุปสรรคสำคัญ

กล่าวโดยสรุป แม้กฎหมายไทยจะรับรองทั้งสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม ทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่ง และกฎหมายสิ่งแวดล้อม แต่เมื่อข้อพิพาทมีองค์ประกอบข้ามพรมแดนอย่างชัดเจน กลไกทางกฎหมายที่มีอยู่กลับยังไม่เอื้อต่อการเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ปัญหาสำคัญจึงมิได้มีเพียงการมีหรือไม่มีสิทธิในทางกฎหมาย หากแต่อยู่ที่ความสามารถในการแปลงสิทธิดังกล่าวไปสู่การใช้สิทธิจริงผ่านกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะในกรณีที่แหล่งกำเนิดมลพิษ ผู้ก่อมลพิษ หรือทรัพย์สินของจำเลยอยู่นอกราชอาณาจักรไทย

2.2.2 อุปสรรคของผู้เสียหายหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบ (ปัจเจกชนและชุมชน) ในการดำเนินคดีข้ามพรมแดน

แม้กฎหมายไทยจะรับรองสิทธิของประชาชนและชุมชนในการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติและเรียกร้องให้รัฐดำเนินการตามหน้าที่ของตน แต่เมื่อความเสียหายมีลักษณะเป็น “มลพิษข้ามพรมแดน” การเข้าถึงความยุติธรรมของผู้เสียหายกลับถูกจำกัดด้วยโครงสร้างทางกฎหมายหลายประการ ทั้งในด้านเขตอำนาจศาล การระบุผู้กระทำผิด และความไม่สอดคล้องกันระหว่างเครื่องมือกฎหมายภายในกับลักษณะของ

⁴⁴ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96.

มลพิษข้ามพรมแดน การขาดความชัดเจนในการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และข้อจำกัดด้านพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์โดยอุปสรรคสำคัญสามารถจำแนกได้ดังนี้

1) ข้อจำกัดเขตอำนาจศาลไทยเมื่อจำเลยอยู่ต่างประเทศ

หนึ่งในอุปสรรคสำคัญที่สุดที่ผู้เสียหายจากมลพิษข้ามพรมแดนบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก) ต้องเผชิญ คือ ข้อจำกัดด้านเขตอำนาจศาลของไทย ซึ่งจำกัดขอบเขตความสามารถของผู้เสียหายในการนำคดีเข้าสู่ศาล แม้ผลของมลพิษจะเกิดขึ้นโดยตรงในราชอาณาจักรไทยก็ตาม โดยหลักเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลของไทยยังคงให้ความสำคัญกับ “ภูมิลำเนาหรือสถานประกอบการของจำเลย” และ “สถานที่ที่มูลคดีเกิดขึ้น” เป็นหลัก ตลอดจนยังขาดเครื่องมือทางกฎหมายที่ชัดเจนในการรองรับกรณีการละเมิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรแต่ก่อให้เกิดผลกระทบภายในประเทศ จากการศึกษาและวิเคราะห์กรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง พบว่า อุปสรรคสำคัญในมิตินี้ประกอบด้วย

2) ข้อจำกัดตามบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในกรณีมูลคดีที่มีองค์ประกอบข้ามพรมแดน

ข้อจำกัดสำคัญประการหนึ่งของผู้เสียหายในการดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดนในศาลไทย คือ เขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งยังตั้งอยู่บนหลักการเชื่อมโยงระหว่างคดีและดินแดนไทยเป็นสำคัญ โดยมาตรา 4 วรรคหนึ่งกำหนดว่า “คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่”⁴⁵ ซึ่งหมายความว่า ศาลไทยจะมีเขตอำนาจได้ต่อเมื่อจำเลยมีภูมิลำเนาหรือสถานประกอบการที่ถือเป็นภูมิลำเนาตามกฎหมายอยู่ในประเทศไทย หรือเมื่อ “การกระทำอันเป็นมูลคดี” หรือเหตุแห่งคดีสามารถถือได้ว่าเกิดขึ้นภายในราชอาณาจักร ทั้งนี้ แม้มาตรา 4 ตรี จะเปิดช่องให้โจทก์ซึ่งมีสัญชาติไทย (หรือไม่มีสัญชาติไทย) แต่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลไทยได้ แม้ในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยกำหนดให้สามารถยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งหรือศาลที่ภูมิลำเนาของโจทก์ตั้งอยู่ในเขตศาล และในกรณีที่จำเลยมีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในราชอาณาจักร โจทก์ยัง

⁴⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น

(1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่

(2) คำร้องขอ ให้เสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล”

อาจเลือกยื่นคำฟ้องต่อศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในเขตศาลก็ได้⁴⁶ ทั้งนี้ จากการศึกษา พบว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไทย “ผู้ที่จะเป็นคู่ความ” ในคดีแพ่งจำเป็นต้องมีสถานะเป็น “บุคคล” ตามนิยามในมาตรา 1 (11) กล่าวคือเป็น “บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล” เมื่อเชื่อมเข้ากับหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และแนวคำพิพากษาศาลฎีกา จึงตีความได้ว่า ผู้ที่จะเป็นคู่ความได้โดยชอบมีเพียงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเท่านั้น⁴⁷ หลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันในแนวคำพิพากษาศาลฎีกาอย่างต่อเนื่อง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495/2519 ซึ่งวินิจฉัยว่า “คณะบุคคล” เป็นเพียงกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันโดยข้อเท็จจริง มิใช่ทั้งบุคคลธรรมดาและมีใช่นิติบุคคล จึงไม่อาจมีฐานะเป็นคู่ความในคดีแพ่งได้⁴⁸

3) ข้อจำกัดเชิงปฏิบัติในการส่งหมาย เรียกจำเลย และการบังคับคดี

นอกเหนือจากข้อจำกัดเชิงหลักกฎหมายว่าด้วยเขตอำนาจศาลแล้ว จากการศึกษา พบว่า ผู้เสียหายจากมลพิษข้ามพรมแดนยังเผชิญอุปสรรคเชิงปฏิบัติที่สำคัญในการใช้กระบวนการยุติธรรมของไทย โดยเฉพาะในส่วนของการส่งหมายเรียกและคำคู่ความไปยังจำเลยที่อยู่นอกราชอาณาจักร และการบังคับคดีตามคำพิพากษาในกรณีที่จำเลยไม่มีทรัพย์สินอยู่ในประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 4 ว่าด้วย “การยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสาร”⁴⁹ การส่งคำฟ้อง หมายเรียก คำสั่ง และเอกสารอื่นใดของศาลต้องกระทำผ่านเจ้าพนักงานศาล เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้คู่ความเป็นผู้ส่งเอง โดยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้เอกสารที่จะส่งต้องระบุชื่อศาล ชื่อคู่ความ ผู้รับ ใจความ

⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 4 ตรี “คำฟ้องอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ตรี ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ถ้าโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือ มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลแพ่งหรือต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล

คำฟ้องตามวรรคหนึ่ง ถ้าจำเลยมีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร โจทก์จะเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเขตศาลก็ได้”

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 1 “ในประมวลกฎหมายนี้ ถ้าข้อความมิได้แสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น...(11) “คู่ความ” หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง หรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนบุคคลนั้น ๆ ตามกฎหมาย หรือในฐานะทายาทความ...”

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495/2519 ย่อสั้นเผยแพร่ฐานข้อมูล THAIDEKA ซึ่งสรุปหลักว่า “ผู้ที่จะเป็นคู่ความในคดีได้จะต้องเป็นบุคคลซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล สำหรับคณะบุคคลเป็นเพียงกลุ่มบุคคล ไม่ใช่บุคคลธรรมดาและไม่ใช่นิติบุคคล จึงไม่อาจเป็นคู่ความในคดี”.

⁴⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 4 “การยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสาร” มาตรา 67 มาตรา 68 มาตรา 70-73 และมาตรา 73 ตรี.

และวัน เดือน ปี อย่างชัดเจน⁵⁰ โดยเปิดช่องให้การยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสารอาจทำได้โดยทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่น ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา⁵¹ ซึ่งสะท้อนการพัฒนาไปสู่การจัดการคดีแบบอิเล็กทรอนิกส์ในบริบทภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม กลไกดังกล่าวยังไม่สามารถลดทอนอุปสรรคเชิงโครงสร้างในกรณีที่ต้องส่งหมายและคำคู่ความไปยังจำเลยที่อยู่นอกราชอาณาจักรได้อย่างมีนัยสำคัญ

2.3 กรณีศึกษาตัวอย่างของต่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมในฐานะบทเรียนในการเรียกร้องความยุติธรรมกรณีปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน

การศึกษาศาสตร์ตัวอย่างของต่างประเทศมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการวิเคราะห์ปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนในบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทของปัจเจกชน

⁵⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 4 “การยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสาร มาตรา 67 “เมื่อประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นบัญญัติว่า เอกสารใดจะต้องส่งให้แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง (เช่น คำคู่ความที่ทำโดยคำฟ้อง คำให้การหรือคำร้องหรือคำขอโดยทำเป็นคำร้อง หมายเรียกหรือหมายอื่น ๆ สำเนาคำสั่งการณหรือสำเนายานเอกสาร ฯลฯ) เอกสารนั้นต้องทำขึ้นให้ปรากฏข้อความแน่ชัดถึงตัวบุคคลและมีรายการต่อไปนี้

- (1) ชื่อศาลที่จะรับคำฟ้อง หรือถ้าคดีอยู่ในระหว่างพิจารณา ชื่อของศาลนั้นและเลขหมายคดี
- (2) ชื่อคู่ความในคดี
- (3) ชื่อคู่ความหรือบุคคล ซึ่งจะเป็นผู้รับคำคู่ความหรือเอกสารนั้น
- (4) ใจความ และเหตุผลถ้าจำเป็นแห่งคำคู่ความหรือเอกสาร
- (5) วัน เดือน ปี ของคำคู่ความ หรือเอกสารและลายมือชื่อของเจ้าพนักงาน คู่ความ หรือบุคคลซึ่งเป็นผู้ยื่นหรือเป็นผู้ส่ง

ในการยื่นหรือส่งคำคู่ความ หรือเอกสารอื่นใดนั้นจะต้องทำตามแบบพิมพ์ที่จัดไว้ เจ้าพนักงาน คู่ความ หรือบุคคลผู้เกี่ยวข้องจะต้องใช้กระดาษแบบพิมพ์นั้น ส่วนราคากระดาษแบบพิมพ์นั้นให้เรียกตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะได้อำหนดไว้

เพื่อประโยชน์แห่งประมวลกฎหมายนี้ให้เรียกนิติบุคคลตามชื่อหรือตามชื่อที่จดทะเบียนและภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานของนิติบุคคลนั้น ให้ถือเอาสำนักงานหรือสำนักงานแห่งใหญ่ซึ่งอยู่ภายในเขตศาลที่จะยื่นฟ้องคดีหรือที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณา”

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 68 “การยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสารในลักษณะนี้ไม่ว่าการนั้นจะเป็นโดยคู่ความฝ่ายใดทำต่อศาลหรือต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือศาลทำต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทุกฝ่าย รวมทั้งการแจ้งคำสั่งของศาลหรือข้อความอย่างอื่นไปยังคู่ความหรือบุคคลอื่นใด อาจดำเนินการโดยทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และเมื่อข้อกำหนดนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้”

และสิทธิของชุมชนในการฟ้องร้องดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดน⁵² เนื่องจากปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทยนั้นเพิ่งจะเกิดขึ้นมาเป็นครั้งแรก ดังนั้น การศึกษาคดีต่างประเทศทำให้ทราบได้ว่าคดีดังกล่าวได้วางหลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับความรับผิดชอบจากความเสียหายข้ามพรมแดน การกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ตลอดจนบทบาทของศาลในการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมของประชาชนไว้เช่นไร ทั้งนี้ แม้ข้อเท็จจริงของแต่ละคดีจะมีความแตกต่างกัน แต่หลักกฎหมายและเหตุผลในคำวินิจฉัยยังสามารถนำมาปรับใช้เป็นบทเรียนสำหรับการพิจารณาความเป็นไปได้ในการฟ้องคดีมลพิษข้ามพรมแดนต่อศาลไทยได้ โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องหลักไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น สถานที่ที่ผลแห่งความเสียหายปรากฏ และหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการมาตรการป้องกันและเยียวยาความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ⁵³

2.3.1 คดี Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)

คดี Trail Smelter Arbitration ถือเป็นคดีสำคัญในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เพราะวางหลักว่า รัฐไม่มีสิทธิใช้หรือยินยอมให้ใช้ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อดินแดนหรือบุคคลในอีกรัฐหนึ่ง อันเป็นรากฐานของหลัก no-harm rule ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ⁵⁴ นัยสำคัญของคดีนี้ต่อการศึกษาครั้งนี้ คือการยืนยันว่า แม้กิจกรรมก่อมลพิษจะเกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่หากผลเสียหายปรากฏชัดในประเทศไทย ก็ย่อมเป็นปัญหาที่กฎหมายควรรับรองให้ผู้เสียหายเข้าถึงความยุติธรรมได้ ไม่ใช่เป็นเพียงประเด็นทางเทคนิคหรือ

⁵² คดี Pulp Mills on the River Uruguay นี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งได้ยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังสมควร (due diligence) รวมถึงการจัดให้มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเมื่อกิจกรรมในดินแดนของตนอาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญในบริบทข้ามพรมแดน ซึ่งหลักการนี้ได้รับการรับรองให้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่ผู้เขียนไม่ได้นำมาปรับใช้ในบทความนี้เพราะเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐที่ได้ยื่นต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างจากกรณีนี้ที่มุ่งเน้นการศึกษาถึงกรณีของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในการฟ้องร้องดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดน

⁵³ *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)* (1938 and 1941) 3 RIAA 1905; *Case 21/76 Handelskwekerij GJ Bier BV v Mines de Potasse d'Alsace SA* [1976] ECR 1735; *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, 'ECLI:NL:HR:2019:2007 (Hoge Raad Dec. 20, 2019)' (Climate Change Litigation Databases, 20 December 2019) <https://www.climatecasechart.com/document/urgenda-foundation-v-state-of-the-netherlands_3297> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569

⁵⁴ เพิ่งอ้าง.

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น นอกจากนี้⁵⁵ คดียังแสดงให้เห็นบทเรียนสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) รัฐต้นทางไม่อาจอ้างเขตแดนเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ (2) การพิสูจน์ความเชื่อมโยงระหว่างแหล่งกำเนิดมลพิษกับความเสียหายต้องอาศัยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ และ (3) การเยียวยาอาจรวมถึงทั้งค่าสินไหมทดแทนและมาตรการป้องกันความเสียหายในอนาคต⁵⁶

เมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนในลุ่มแม่น้ำกก แม่น้ำสาย แม่น้ำรวก และแม่น้ำโขง หลักจากคดีนี้ช่วยสนับสนุนข้อเสนอที่ว่า หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปนเปื้อนโลหะหนักหรือสารพิษอื่นมีแหล่งกำเนิดจากกิจกรรมต้นน้ำในต่างประเทศ และผลแห่งความเสียหายปรากฏชัดในพื้นที่ของประเทศไทย ผู้เสียหายย่อมมีฐานทางกฎหมายอันชัดเจนและมีความชอบธรรมเพียงพอในการเรียกร้องความคุ้มครองและการเยียวยา ทั้งภายใต้กฎหมายภายในและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁷

2.3.2 คดี Mines de Potasse d'Alsace

คดี *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA* หรือที่มักเรียกโดยย่อว่า *Mines de Potasse d'Alsace* เป็นคดีสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายสหภาพยุโรปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในคดีละเมิดข้ามพรมแดน แม้ว่าคดีนี้จะมีใช้คดีสิ่งแวดล้อมโดยตรงในลักษณะเดียวกับคดี *Trail Smelter* แต่หลักการที่ศาลวางไว้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดน ข้อเท็จจริงของคดีเกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เชื่อมโยงกับมลพิษในระบบลุ่มน้ำไรน์ และนำไปสู่ข้อพิพาทเรื่องว่าศาลของประเทศใดควรมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี⁵⁸ โดยศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปวางหลักว่า ในกรณีละเมิดที่สถานที่กระทำกับสถานที่ที่ผลแห่งความเสียหายปรากฏมิได้อยู่แห่งเดียวกัน คำว่า “สถานที่ที่เหตุอันเป็นมูลแห่งความเสียหายเกิดขึ้น” ต้องตีความให้ครอบคลุมทั้งสถานที่ที่เป็นต้นกำเนิดของการกระทำและสถานที่ที่ผลแห่งความเสียหายปรากฏขึ้น หลักดังกล่าวมีผลสำคัญคือ โจทก์สามารถเลือกฟ้องต่อศาลแห่งสถานที่ที่ความเสียหายปรากฏได้ มิใช่จำกัดอยู่เพียงศาลแห่งสถานที่ที่จำเลย

⁵⁵ United Nations Conference on the Human Environment, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration) (1972) Principle 21; United Nations Conference on Environment and Development, ‘Rio Declaration on Environment and Development’ (1992) Principles 2, 13.

⁵⁶ *Trail Smelter Arbitration (United States v Canada)* (1938 and 1941) 3 RIAA 1905.

⁵⁷ United Nations Conference on the Human Environment, ‘Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment’ (1972) Principle 21; and United Nations Conference on Environment and Development, ‘Rio Declaration on Environment and Development’ (1992) Principle 2.

⁵⁸ Case 21/76 *Handelskwekerij GJ Bier BV v Mines de Potasse d'Alsace SA* [1976] ECR 1735

กระทำการเท่านั้น⁵⁹ จากการศึกษา พบว่า หลักจากคดีนี้มีคุณค่าโดยตรงต่อการวิเคราะห์คดีมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนในประเทศไทย เพราะลักษณะของมลพิษประเภทนี้มักมี “การแยกออกจากกัน” ระหว่างสถานที่กำเนิดมลพิษกับสถานที่ที่ผลเสียหายเกิดขึ้นจริง ตัวอย่างเช่น การปล่อยสารปนเปื้อนในพื้นที่ต้นน้ำของรัฐหนึ่ง อาจทำให้คุณภาพน้ำเสื่อมโทรม กระทบต่อสุขภาพ การเกษตร การประมง และการดำรงชีพของประชาชนในอีกรัฐหนึ่งซึ่งอยู่ปลายน้ำหรืออยู่ในแนวลำน้ำเดียวกัน หลักเรื่อง “สถานที่ที่ผลแห่งความเสียหายปรากฏ” จึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำคัญในการสร้างเหตุผลทางกฎหมายว่า ศาลของรัฐปลายน้ำย่อมอาจมีเขตอำนาจพิจารณาคดีได้⁶⁰ นอกจากประเด็นเขตอำนาจศาลแล้ว คดีนี้ยังสะท้อนบทเรียนเชิงวิธีพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ การดำเนินคดีมลพิษข้ามพรมแดนจำเป็นต้องอาศัยพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเข้มข้น ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลการตรวจวัดคุณภาพน้ำ การวิเคราะห์องค์ประกอบของสารปนเปื้อน เส้นทางไหลของน้ำ ความสอดคล้องของข้อมูลทุกวิทยา และหลักฐานจากผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อมและสาธารณสุข ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลเห็นความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลระหว่างกิจกรรมต้นเหตุในต่างประเทศกับความเสียหายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย⁶¹

ดังนั้น บทเรียนจากคดี *Mines de Potasse d’Alsace* จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อกรณีปัญหามลพิษในลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก เพราะช่วยสนับสนุนแนวคิดที่ว่า แม้จำเลยหรือแหล่งกำเนิดมลพิษจะอยู่ต่างประเทศ แต่หากผลความเสียหายเกิดขึ้นหรือปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมในประเทศไทย ศาลไทยย่อมอาจรับคดีไว้พิจารณาได้ภายใต้หลักเรื่องสถานที่ที่ผลแห่งความเสียหายปรากฏ ทั้งยังแสดงให้เห็นว่าความสำเร็จของคดีจะขึ้นอยู่กับความสามารถในการจัดทำฐานข้อมูลข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเป็นระบบ

2.4 วิเคราะห์เกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมและความเป็นไปได้ในการฟ้องคดีมลพิษข้ามพรมแดนและและรูปแบบการดำเนินคดีที่เหมาะสมต่อศาลไทย

2.4.1 สิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ ดูเพิ่มเติมเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจศาลกับสถานที่ที่ผลเสียหายปรากฏใน Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law* (2nd ed, Cambridge University Press 2015) 905-909.

จากการศึกษา ศึกษาขอบเขตสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในประเทศไทยบริเวณลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก แม่น้ำสาย และแม่น้ำรวก จำเป็นต้องพิจารณาว่า กฎหมายไทยรับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนไว้ในฐานะ “สิทธิที่ใช้เรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” เพียงใด ทั้งในมิติของการรับรู้ข้อมูล การมีส่วนร่วม การป้องกันความเสี่ยง และการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว โดยเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประกอบกับกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยมิได้คุ้มครองเพียงผลประโยชน์ส่วนบุคคลเฉพาะรายเท่านั้น หากยังรับรองฐานะทางกฎหมายของชุมชนในฐานะผู้มีสิทธิร่วมในการอนุรักษ์ ฟื้นฟู และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วย อันทำให้ “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” ในระบบกฎหมายไทยมีทั้งมิติเนื้อหาและมิติกระบวนการ กล่าวคือ ไม่เพียงคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกละเมิดจากมลพิษ แต่ยังคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ และการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้เกิดการป้องกันหรือเยียวยาความเสียหายอย่างมีประสิทธิภาพด้วย⁶²

1) สิทธิของปัจเจกชนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม

ในส่วนของปัจเจกชน กฎหมายไทยรับรองให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพที่จะได้รับความคุ้มครองจากผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ ทรัพย์สิน และคุณภาพชีวิตของตน โดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 25 วางหลักว่า สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครอง และบุคคลสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขึ้นใช้สิทธิหรือปกป้องสิทธิของตนได้โดยตรง ขณะเดียวกัน มาตรา 41 ยังรับรองสิทธิของบุคคลในการได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในคดีมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน เนื่องจากผู้ได้รับผลกระทบจำเป็นต้องเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพน้ำ ระดับการปนเปื้อน สารอันตราย ผลกระทบต่อสุขภาพ และมาตรการของรัฐ เพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจและการใช้สิทธิทางศาลหรือทางปกครองต่อไป⁶³ หลักการดังกล่าวได้รับการเสริมโดยพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งมีเจตนารมณ์ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลของรัฐเพื่อการตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิของตนได้อย่างแท้จริง⁶⁴

นอกจากสิทธิในเชิงข้อมูลและการรับรู้แล้ว ปัจเจกชนยังมีสิทธิในเชิงเยียวยาและบังคับสิทธิเมื่อเกิดความเสียหายแล้ว กล่าวคือ หากบุคคลได้รับผลกระทบจากมลพิษทางน้ำ ไม่ว่าจะเป็นการ

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก (6 เมษายน 2560).

⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 มาตรา 41.

⁶⁴ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 46 ก (10 กันยายน 2540).

เจ็บป่วย การขาดประโยชน์ในการใช้น้ำ ความเสียหายต่อที่ดินทำกิน การประมง หรือทรัพย์สินอื่น บุคคลย่อมอาศัยกฎหมายแพ่งและกฎหมายสิ่งแวดล้อมเป็นฐานในการเรียกร้องความรับผิดชอบได้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 รับรองหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิด และมาตรา 421 รับรองกรณีการใช้สิทธิโดยมิชอบ ส่วนพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96 รับรองความรับผิดชอบของผู้ก่อการเกิดมลพิษต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากแหล่งกำเนิดมลพิษ อันเป็นฐานสำคัญในการเรียกค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายเพื่อการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อม⁶⁵ เมื่อประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ซึ่งยอมรับหลักการที่มูลคดีเกิดขึ้น บุคคลผู้เสียหายจึงมีฐานทางกฎหมายเพียงพอที่จะอ้างสิทธิเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของไทยได้ หากผลแห่งความเสียหายปรากฏภายในราชอาณาจักรไทย แม้แหล่งกำเนิดมลพิษหรือผู้ก่อมลพิษจะอยู่ต่างประเทศก็ตาม⁶⁶ ดังนั้น สิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายไทยจึงครอบคลุมทั้งสิทธิในการรับรู้สิ่งที่กระทบตน สิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากรัฐ และสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อเรียกการเยียวยาเมื่อเกิดความเสียหายจากมลพิษสิ่งแวดล้อม

2) สิทธิของชุมชนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม

สำหรับสิทธิของชุมชน กฎหมายไทยมีพัฒนาการสำคัญที่ทำให้ชุมชนมิได้เป็นเพียงการรวมตัวของบุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนเท่านั้น หากแต่เป็น “ผู้ทรงสิทธิ” ในการพิทักษ์ฐานทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และวิถีชีวิตร่วมของตนโดยตรง โดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 43 รับรองสิทธิของชุมชนในการอนุรักษ์ ป่าไม้ หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน บทบัญญัตินี้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อกรณีลุ่มแม่น้ำโขง กก สาย และรวก เพราะชุมชนในพื้นที่มีได้พึ่งพาแม่น้ำเพียงเพื่ออุปโภคบริโภคเท่านั้น แต่ยังผูกพันกับแม่น้ำในฐานะแหล่งอาหาร แหล่งทำกิน พื้นที่วัฒนธรรม และฐานของวิถีชีวิตร่วมกันของคนในชุมชน⁶⁷ ฉะนั้น เมื่อเกิดมลพิษข้ามพรมแดนจนกระทบต่อคุณภาพน้ำ ระบบนิเวศ และฐานทรัพยากรของท้องถิ่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมเป็นความเสียหายต่อ “ชุมชน” ในฐานะของสิทธิด้วย ไม่ใช่เพียงผลเสียหายเฉพาะรายบุคคล ยิ่งไปกว่านั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 57 และมาตรา 58 ยังรับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนในการได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ สุขภาพ หรือคุณภาพชีวิต รวมถึงกำหนดให้รัฐต้อง

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 420–421; พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4.

⁶⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 43.

ดำเนินการศึกษาและประเมินผลกระทบ รับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย และจัดให้มีมาตรการป้องกันหรือเยียวยาที่เหมาะสม⁶⁸ แม้บทบัญญัติดังกล่าวมักถูกใช้กับโครงการภายในประเทศ แต่ในทางวิเคราะห์เชิงหลักการ ย่อมสะท้อนว่ากฎหมายไทยยอมรับ “สิทธิในเชิงกระบวนการ” ของชุมชนอย่างชัดเจน กล่าวคือ ชุมชนมีสิทธิรู้ มีสิทธิเข้าร่วม และมีสิทธิตรวจสอบการดำเนินการของรัฐเมื่อมีความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อมที่กระทบต่อชุมชนของตน ดังนั้น ในกรณีมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน หากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐทราบถึงความเสี่ยงจากการปนเปื้อนในแม่น้ำ แต่ไม่เปิดเผยข้อมูล ไม่เฝ้าระวังคุณภาพน้ำอย่างเพียงพอ หรือไม่จัดให้มีมาตรการป้องกันและเยียวยาที่เหมาะสม ชุมชนย่อมมีฐานทางรัฐธรรมนูญในการเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติหน้าที่เชิงบวกเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนได้⁶⁹

กล่าวโดยสรุป สิทธิของชุมชนตามกฎหมายไทยมิได้จำกัดอยู่ที่สิทธิในการคัดค้านหรือร้องเรียนเท่านั้น หากครอบคลุมสิทธิในการดำรงอยู่ร่วมกับทรัพยากร สิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ สิทธิในการตรวจสอบรัฐ และสิทธิในการเรียกร้องให้มีการอนุรักษ์ ฟื้นฟู และเยียวยาความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมและวิถีชีวิตของชุมชน อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมในความหมายร่วมสมัย และเป็นฐานสำคัญที่ทำให้ชุมชนในพื้นที่ลุ่มแม่น้ำสามารถอ้างสิทธิของตนได้ทั้งในเชิงป้องกันและในเชิงเยียวยาเมื่อเผชิญกับปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน⁷⁰

อย่างไรก็ตามเนื่องจากลักษณะทางการภาพของของแม่น้ำแต่ละสายมีผลกำหนดรูปแบบของการดำเนินคดีที่เหมาะสมของปัจเจกชนและสิทธิของชุมชนในการเรียกร้องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมกรณีมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน จึงจำเป็นต้องแยกวิเคราะห์ออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

ก. กรณีที่มลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนที่ไหลจากรัฐต้นกำเนิดที่ก่อให้เกิดมลพิษข้ามเข้าไปยังในดินแดนอาณาเขตของรัฐปลายทางได้โดยอิสระ (เช่น แม่น้ำกก)

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีนี้ผู้เสียหายมีจุดเกาะเกี่ยวทางกฎหมายที่แข็งแกร่งที่สุด เพราะ “ผลแห่งความเสียหาย” ปรากฏชัดเจนในดินแดนไทย ทำให้ศาลไทยมีเขตอำนาจรับฟ้องได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(1)⁷¹ ฐานสิทธิหลักที่ใช้ ได้แก่ (1) ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตาม

⁶⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 57 และมาตรา 58.

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 43 มาตรา 57 และมาตรา 58.

⁷⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560; พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540; พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535.

⁷¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (1) “คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420⁷² และ (2) ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96⁷³ ซึ่งไม่ต้องพิสูจน์เจตนาหรือความประมาทเลินเล่อ ในส่วนอายุความ แม้จะมีจุดเริ่มต้นอย่างเป็นทางการตั้งแต่วันที่ 4-5 เมษายน 2568 ที่หน่วยงานของรัฐประกาศแจ้งเตือนการปนเปื้อนของสารหนูและตะกั่วในแม่น้ำกก⁷⁴ แต่เนื่องจากกิจกรรมเหมืองแร่ในรัฐฉานยังคงดำเนินอยู่อย่างต่อเนื่อง งานวิจัยจึงชี้ว่าการละเมิดมีลักษณะ “ต่อเนื่อง” (Continuous Tort) ซึ่งอายุความยังไม่เริ่มนับจนกว่าการกระทำนั้นจะสิ้นสุดลง ประกอบกับการที่ยังไม่อาจระบุตัวผู้ก่อมลพิษได้อย่างชัดเจน ผู้เสียหายจึงยังมีสิทธิฟ้องร้องได้อยู่⁷⁵

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

⁷³ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96 “แหล่งกำเนิดมลพิษใด ก่อให้เกิดหรือเป็นแหล่งกำเนิด ของการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพอนามัย หรือเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือของ รัฐเสียหายด้วยประการใด ๆ เจ้าของหรือผู้ครอบครอง แหล่งกำเนิดมลพิษนั้น มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายเพื่อการนั้น ไม่ว่าการ รั่วไหลหรือแพร่กระจาย ของมลพิษนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่ในกรณีที่ได้พิสูจน์ได้ว่ามลพิษเช่นนั้นเกิดจาก

(1) เหตุสุดวิสัยหรือการสงคราม

(2) การกระทำตามคำสั่งของรัฐบาลหรือเจ้าพนักงานของรัฐ

(3) การกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ที่ได้รับอันตรายหรือความเสียหายเองหรือของบุคคลอื่น ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงหรือโดยอ้อม ในการรั่วไหลหรือการแพร่กระจายของมลพิษนั้น

ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหาย ซึ่งเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่ง กำเนิดมลพิษมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงค่าใช้จ่ายทั้งหมด ที่ทางราชการต้องรับภาระจ่ายจริงในการขจัดมลพิษที่เกิดขึ้นนั้นด้วย”

⁷⁴ โดยสำนักงานสิ่งแวดล้อมและควบคุมมลพิษที่ 1 (เชียงใหม่) เข้าตรวจคุณภาพน้ำในแม่น้ำกกที่ไหลมาจากต้นน้ำใน ผังประเทศเมียนมา เข้าสู่พื้นที่อำเภอแม่สาย จังหวัดเชียงใหม่เป็นครั้งแรก พบว่า น้ำมีสีขุ่นเกินค่าปกติเกือบ 10 เท่า ที่สำคัญ ผลการตรวจวิเคราะห์พบ สารหนู (Arsenic) ซึ่งเป็นสารพิษอันตรายเกินค่ามาตรฐานในแม่น้ำกกกว่าเท่าตัว ซึ่งปกติค่า มาตรฐานอยู่ที่ 0.01 มิลลิกรัมต่อลิตร; โปรดดู สำนักงานสิ่งแวดล้อมและควบคุมมลพิษที่ 1, ‘ผลการตรวจวัดคุณภาพน้ำกก พื้นที่อำเภอแม่สาย จังหวัดเชียงใหม่’ พบการปนเปื้อนโลหะหนัก’ (Facebook, 28 มีนาคม 2569) <https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1106183301547224&id=100064666933216> สืบค้น เมื่อ 3 เมษายน 2569

⁷⁵ เพ็ญ เพ็งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และ กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (สำนักประธานศาลฎีกา 2546) 477; วรพพร จันทร์ขันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการ งานนอกสั่ง และลามิควรรได้ (โรงพิมพ์ร้านป๊อแนดน้อย 2562) 343-344.

ข. กรณีที่มลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนที่ไหลจากรัฐต้นกำเนิดที่ก่อให้เกิดมลพิษสู่แม่น้ำที่ใช้เป็นเส้นแบ่งเขตแดนและไหลขนานระหว่างรัฐต้นกำเนิดมลพิษกับรัฐผู้เสียหายได้โดยอิสระ (เช่น แม่น้ำโขง และแม่น้ำสาย/แม่น้ำรวก)

จากการศึกษาพบว่า กรณีนี้ถือได้ว่ามีความซับซ้อนกว่ากรณีที่มลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนที่ไหลจากรัฐต้นกำเนิดที่ก่อให้เกิดมลพิษข้ามเข้าไปยังในดินแดนอาณาเขตของรัฐปลายทางได้โดยอิสระ เพราะสถานที่กระทำความผิดและสถานที่ที่ผลความเสียหายปรากฏที่ชายฝั่งไทยดำเนินควบคู่กันในเวลาเดียวกัน งานวิจัยชี้ว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15⁷⁶ “สถานที่ที่ผลแห่งความเสียหายปรากฏ” ในเขตไทยถือเป็นองค์ประกอบสาระสำคัญของมูลหนี้ละเมิด ดังนั้นกฎหมายไทยจึงมีสภาพบังคับแก่คดี ข้อจำกัดสำคัญของกรณีนี้คือ “สถานะสุญญากาศทางกฎหมาย” เนื่องจากพื้นที่ต้นน้ำอยู่ในเขตอิทธิพลของกองกำลังและกลุ่มทุนต่างชาติในลักษณะ “กึ่งรัฐ” (Quasi-State)⁷⁷ ทำให้ผู้เสียหายไม่อาจรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ดังนั้น อายุความระยะเวลา 1 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448⁷⁸ จึงยังไม่เริ่มนับ ยิ่งกว่านั้น เมื่อการปล่อยมลพิษยังคงดำเนินอยู่ กรณีนี้ก็ถือเป็นละเมิดต่อเนื่องเช่นกัน โดยการปรับใช้ความรับผิดโดยเคร่งครัดตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96 ร่วมกับหลักระมัดระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) และหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle) ช่วยปิดช่องว่างของความรับผิดและลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายได้อย่างมีนัยสำคัญ

⁷⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15 “หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิดให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย

กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตามฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือทางแก้แค้นใดไม่ได้นอกจากที่กฎหมายไทยยอมให้เรียกร้องได้”

⁷⁷ ประเทศเมียนมา เป็นรัฐที่มีความซับซ้อนทางการเมืองและโครงสร้างอำนาจ เนื่องจากมีความหลากหลายทางชาติพันธุ์และกลุ่มการเมืองภายในจำนวนมาก ส่งผลให้เกิดการดำรงอยู่ของ “กลุ่มกึ่งรัฐ” (Quasi-State Actors) หรือกลุ่มที่มีลักษณะคล้ายรัฐในบางมิติ เช่น การมีอำนาจปกครองตนเอง มีระบบบริหารและกองกำลังทหารของตนเองในบางพื้นที่ โดยเฉพาะในเขตชายแดนของประเทศ กลุ่มเหล่านี้มักมีอิทธิพลต่อกระบวนการจัดสรรอำนาจและการดำเนินนโยบายของรัฐกลางอย่างมีนัยสำคัญ; ไปรตดู พระมอญ ปุปะ หองสา, นรพัชร เสาธงทอง และคณะ, ‘แนวทางการแก้ไขปัญหาวิกฤตการณ์ทางการเมืองของเมียนมา’ (2567) 3 วารสาร มจร เพชรบุรีปริทรรศน์ 416-432.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 “สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด”

2.4.2 ความเป็นไปได้ในการฟ้องคดีมลพิษข้ามพรมแดนและรูปแบบการดำเนินคดีที่เหมาะสมต่อศาลไทย

1) กรณีที่มลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนที่ไหลจากรัฐต้นกำเนิดที่ก่อให้เกิดมลพิษข้ามเข้าไปยังในดินแดนอาณาเขตของรัฐปลายทางได้โดยอิสระ (เช่น แม่น้ำกก)

จากการศึกษา พบว่า กรณีนี้เป็นรูปแบบที่มีความชัดเจนมากที่สุดในทางเขตอำนาจศาลและความเชื่อมโยงเชิงเหตุผล เพราะมลพิษจากรัฐต้นกำเนิดได้ไหลเข้าสู่ลำน้ำที่ผ่านเข้ามาในดินแดนไทยโดยตรง ทำให้ผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อาชีพ ทรัพย์สิน หรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำของประชาชนไทยเกิดขึ้นภายในประเทศไทยโดยตรง (ตั้งแต่อำเภอแม่ฮ้อย จังหวัดเชียงใหม่ จนถึงอำเภอเมืองและอำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย) ดังนั้น ในกระบวนการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ย่อมมีน้ำหนักเพียงพอที่จะถือว่ามูลคดีส่วนที่เป็นความเสียหายได้เกิดขึ้นในเขตศาลไทย ผู้เสียหายจึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลไทยเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทน ค่าเสียหาย และค่าใช้จ่ายเพื่อการฟื้นฟูที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้⁷⁹ และในกรณีนี้ รูปแบบการดำเนินคดีที่เหมาะสมที่สุดคือ “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม” (Class Action) เนื่องจากการศึกษา พบว่า ในกรณีมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนที่ไหลจากรัฐต้นกำเนิดที่ก่อให้เกิดมลพิษข้ามเข้าไปยังในดินแดนอาณาเขตของประเทศไทยโดยตรง (ตั้งแต่อำเภอแม่ฮ้อย จังหวัดเชียงใหม่ จนถึงอำเภอเมืองและอำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย) เนื่องจากผู้เสียหายจากมลพิษในแม่น้ำกกมีจำนวนมากและเป็นชุมชนที่กระจายตัวอยู่ตามแนวลำน้ำ โดยในวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2568 มีประชาชนประมาณ 1,500 คนชุมนุมที่จังหวัดเชียงรายเพื่อเรียกร้องให้ปิดเหมืองแร่ที่ผิดกฎหมายในเมียนมา⁸⁰ การฟ้องคดีรายบุคคลอาจไม่คุ้มค่าและไม่คุ้มค่าต่อการฟ้องเพียงพอ การดำเนินคดีจึงควรใช้กลไก “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม” (Class Action) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/1 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2558 โดยมาตรา 222/8⁸¹ ของประมวลกฎหมายวิธี

⁷⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (1); และ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, มาตรา 96. วางหลักให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหาย แม้มลพิษนั้นจะไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และยักรวมถึงค่าใช้จ่ายที่รัฐต้องรับภาระจริงในการขจัดมลพิษด้วย.

⁸⁰ Apinya Jiamprasertboon, ‘Thailand Faces Severe Transboundary Pollution Crisis from Rare Earth Mining in Myanmar’ (The Nation Thailand, 23 June 2025) <<https://www.nationthailand.com/sustaining/40051672>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569

⁸¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/8 “คดีที่มีสมาชิกกลุ่มจำนวนมากดังต่อไปนี้ โจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่มอาจร้องขอให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มได้”

พิจารณาความแพ่ง โดยเฉพาะขยายขอบเขตการดำเนินคดีแบบกลุ่มให้รวมถึงคดีสิ่งแวดล้อม โดยกลไกนี้ช่วยให้ศาลสามารถกำหนดขอบเขตสมาชิกกลุ่ม (Class Definition) ให้ครอบคลุมผู้เสียหายทั้งหมดในกลุ่มน้ำกก (เช่น เกษตรกรผู้ใช้น้ำอุปโภคบริโภค, และ/หรือประมงพื้นบ้าน) และดำเนินกระบวนการพิจารณาเพียงครั้งเดียวแต่มีผลผูกพันจำเลยและสมาชิกกลุ่มทั้งหมด ซึ่งช่วยประหยัดทรัพยากรของศาลและสร้างความเป็นธรรมอย่างทั่วถึง⁸²

แต่อย่างไรก็ดี คำขอท้ายฟ้องในคดีลักษณะนี้ควรออกแบบโดยมุ่งไปที่ผลทางกฎหมายที่ศาลไทยสามารถทำให้เกิดผลได้จริงภายในประเทศ เช่น การชดเชยค่าเสียหายแก่ประชาชนไทย การชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูแหล่งน้ำหรือพื้นที่ได้รับผลกระทบในไทย การกำหนดมาตรการตรวจสอบคุณภาพน้ำ หรือการจัดทำกองทุนหรือระบบเยียวยาเฉพาะสำหรับผู้เสียหายในประเทศไทย มากกว่าการขอให้ศาลไทยมีคำสั่งไปบังคับการโดยตรงในดินแดนของรัฐต้นกำเนิด ซึ่งจะเผชิญข้อจำกัดด้านการบังคับคดีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ งานวิจัยเสนอให้ใช้ยุทธศาสตร์พุ่งเป้าไปที่ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของจำเลยในฝั่งไทย เช่น การอายัดสิทธิเรียกร้องจากผู้รับซื้อแร่ชาวไทย เช่น กลุ่มพ่อค้าคนกลางและบริษัทนิติบุคคลไทย ซึ่งมีพฤติการณ์เป็นตัวแทน (Nominee) หรือกลไกในการนำเข้าแร่จากประเทศเมียนมาผ่านจุดผ่านแดนบริเวณชายแดนภาคเหนือ โดยในปี พ.ศ. 2568 มีภาคเอกชนดำเนินการนำเข้ามากกว่า 40 ราย เฉพาะมูลค่าการนำเข้าสินแร่แมงกานีสจากประเทศเมียนมาผ่านด่านศุลกากรชายแดนภาคเหนือ 4 จังหวัด (จังหวัดเชียงราย จังหวัดเชียงใหม่ จังหวัดแม่ฮ่องสอน และจังหวัดตาก) มีมูลค่ารวมสูงถึง 9,825.92 ล้านบาท ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการขยายตัวของอุตสาหกรรมนี้อย่างมีนัยสำคัญ โดยมีมูลค่าเพิ่มขึ้นถึง 7,714.31 ล้านบาท เมื่อเปรียบเทียบกับปี พ.ศ. 2567 ที่มีมูลค่าการนำเข้าเพียงราว 2,000 กว่าล้านบาท เป็นต้น⁸³ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา

(1) คดีละเมิด

(2) คดีผิดสัญญา

(3) คดีเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค แรงงาน หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ การแข่งขันทางการค้า”

⁸² Lawzana, ‘What Are the Legal Issues Surrounding Environmental Regulations in Thailand?’ (Lawzana, 30 October 2025) <<https://lawzana.com/articles/thailand/what-are-the-legal-issues-surrounding-environmental-regulations-in-thailand-147>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2569

⁸³ ผู้จัดการออนไลน์, ‘อึ้ง! ไทยนำเข้าแร่พม่าผ่านชายแดนเหนือพุ่งพรวด ปีเดียวเกือบหมื่นล้าน’ (ผู้จัดการออนไลน์, 20 ตุลาคม 2568) <<https://mgronline.com/local/detail/9680000099929>> สืบค้นเมื่อ 17 เมษายน 2569

316⁸⁴ หรือการขอคำสั่งห้ามนำเข้าแร่ธาตุจากแหล่งผลิตที่ก่อมลพิษ (Judicial Trade Sanction) ซึ่งสร้างแรงกดดันทางเศรษฐกิจโดยไม่ต้องข้ามพรมแดนไปบังคับคดีในเมียนมา

2) กรณีที่มลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนที่ไหลจากรัฐต้นกำเนิดที่ก่อให้เกิดมลพิษสู่แม่น้ำที่ใช้เป็นเส้นแบ่งเขตแดนและไหลขนานระหว่างรัฐต้นกำเนิดมลพิษกับรัฐผู้เสียหายได้โดยอิสระ (เช่น แม่น้ำโขง และแม่น้ำสาย/แม่น้ำรวก)

จากการศึกษาพบว่า กรณีนี้มีความซับซ้อนกว่าอย่างมีนัยสำคัญ เพราะสถานที่เกิดความเสียหายทับซ้อนทั้งฝั่งไทย ฝั่งเมียนมา และฝั่งสปป.ลาว หากยึดหลักดินแดนแบบเคร่งครัด ศาลไทยอาจปฏิเสธรับฟ้องโดยอ้างว่ามลพิษไม่ได้เกิดในไทยแต่เพียงประเทศเดียว หรืออ้างหลักศาลที่ไม่เหมาะสม (*Forum Non Conveniens*) ว่าควรใช้ศาลที่เหมาะสมกว่า เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) แต่เนื่องจากไทยไม่ยอมรับเขตอำนาจของศาลดังกล่าว และเมียนมาไม่ใช่ภาคีความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน ค.ศ. 1995 (Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin) งานวิจัยจึงเห็นควรว่ากรณีนี้ตกอยู่ใน “สภาวะสุญญากาศทางกฎหมาย” ที่ผู้เสียหายเสียเปรียบที่สุด อย่างไรก็ตาม กรณีนี้แม้ข้อเท็จจริงจะมีความซับซ้อนกว่ากรณีแรก แต่โดยหลักกฎหมายก็ยังคงมีความเป็นไปได้ในการฟ้องต่อศาลไทย หากผู้เสียหายในประเทศไทยสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชน ทรัพยากร หรือกิจกรรมการใช้ประโยชน์จากน้ำในฝั่งไทย มีความเชื่อมโยงกับมลพิษที่ถูกปล่อยลงสู่แม่น้ำโขง และแม่น้ำสาย/แม่น้ำรวก นั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม่น้ำที่ทำหน้าที่เป็นเส้นแบ่งเขตแดนไม่ได้ตัดขาดความเป็นไปได้ของเขตอำนาจศาลไทยหากความเสียหายที่นำมาฟ้องเกิดและรับรู้ได้ในฝั่งไทย เพราะประเด็นสำคัญยังคงอยู่ที่ “สถานที่ที่ความเสียหายปรากฏ” มิใช่เพียง “สถานที่ที่ปล่อย

⁸⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 316 “การอายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่จะเรียกให้บุคคลภายนอกชำระหนี้หรือส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินก็ดี หรือที่จะเรียกให้บุคคลภายนอกชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนอกจากการชำระหนี้หรือการส่งมอบหรือการโอนทรัพย์สินก็ดี ให้ศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีกระทำได้โดยมีคำสั่งอายัด และแจ้งคำสั่งนั้นให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบุคคลภายนอกทราบ

คำสั่งอายัดตามวรรคหนึ่ง ต้องมีข้อห้ามลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ให้จำหน่ายสิทธิเรียกร้องและมีข้อห้ามบุคคลภายนอกไม่ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา แต่ให้ชำระหนี้หรือส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินหรือชำระหนี้เป็นอย่างอื่นให้แก่ศาล เจ้าพนักงานบังคับคดีหรือบุคคลอื่น หรือให้ดำเนินการโดยวิธีอื่นใดตามที่ศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นสมควร ณ เวลาหรือภายในเวลา หรือเงื่อนไขตามที่กำหนดให้ แล้วแต่กรณี

คำสั่งอายัดนั้นให้บังคับได้ไม่ว่าที่ใด ๆ”

มลพิษ” เท่านั้น⁸⁵ ดังนั้น หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปนเปื้อนในแม่น้ำโขง แม่น้ำสาย หรือแม่น้ำรวกนั้น ส่งผลกระทบต่อการอุปโภคบริโภค การเกษตร การประมง สุขภาพ หรือทรัพย์สินของประชาชนไทย ศาลไทยย่อมมีเหตุรับคดีในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้ สำหรับลักษณะสำคัญที่ทำให้กรณีนี้แตกต่างออกไป คือภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงและความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล ซึ่งมักมีความซับซ้อนมากกว่ากรณีทั่วไป เนื่องจากแหล่งน้ำดังกล่าวอาจเป็นทรัพยากรที่รัฐต่าง ๆ ใช้ร่วมกัน หรือเป็นสายน้ำที่มีสถานะเป็นเส้นเขตแดนระหว่างรัฐ อันอาจส่งผลให้มีแหล่งกำเนิดมลพิษหลายแห่งเกี่ยวข้อง หลายรัฐมีส่วนสัมพันธ์กับการก่อมลพิษ หรือเกิดกระบวนการเจรจาและการไหลผสมของมวลน้ำในลักษณะที่ซับซ้อนกว่ากรณีแม่น้ำซึ่งไหลเข้าสู่ดินแดนไทยโดยตรง การดำเนินคดีในลักษณะดังกล่าวย่อมต้องอาศัยพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะหลักฐานเปรียบเทียบคุณภาพน้ำระหว่างต้นน้ำและปลายน้ำ การตรวจสอบลักษณะเฉพาะของสารปนเปื้อน การติดตามแบบแผนการไหลของมวลน้ำ ตลอดจนข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่มีความเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลสามารถเชื่อได้ตามมาตรฐานความน่าจะเป็นในทางวิทยาศาสตร์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีความเชื่อมโยงกับกิจกรรมต้นเหตุที่มีการกล่าวอ้าง⁸⁶

ทั้งนี้ รูปแบบกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสม คดีประเภทนี้ผู้วิจัยเห็นว่ายังคงเหมาะสมกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มเช่นเดียวกัน หากมีผู้เสียหายจำนวนมากในฝั่งไทยที่ได้รับผลกระทบจากมลพิษชนิดเดียวกันหรือจากข้อเท็จจริงหลักชุดเดียวกัน เนื่องจากการรวมคดีไว้ภายใต้การดำเนินคดีแบบกลุ่มช่วยให้การจัดการพยานผู้เชี่ยวชาญทำได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น และช่วยให้ศาลกำหนดประเด็นกลางร่วมเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดมลพิษ เส้นทางแพร่กระจาย และประเภทความเสียหายได้ในคดีเดียว⁸⁷ แต่ในทางปฏิบัติ อาจต้องจัดโครงสร้างกลุ่มผู้เสียหายให้ชัดเจนมากกว่ากรณีแรก เช่น แบ่งตามพื้นที่ริมฝั่งไทยที่ได้รับผลกระทบประเภทความเสียหาย หรือช่วงเวลาที่ได้รับผลกระทบเพื่อให้กลุ่มมีลักษณะเฉพาะร่วมที่เพียงพอตามเงื่อนไขของคดีแบบกลุ่ม⁸⁸ และการออกแบบคำขอที่มุ่งผลภายในประเทศไทย เช่น การจัดตั้งกองทุนฟื้นฟูแม่น้ำที่เป็นเส้นแบ่งพรมแดน การตรวจวัดคุณภาพน้ำชายแดนเป็นระยะ การเยียวยารายบุคคลสำหรับค่าขาดประโยชน์จากการใช้น้ำและความเสียหายต่อพืชผลริมตลิ่งฝั่งไทย และการบังคับคดีผ่านการอายัดสิทธิเรียกร้องจากผู้

⁸⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (1). “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น (1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่”

⁸⁶ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 96; และ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และมาตรา 421.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/8 และมาตรา 222/12.

⁸⁸ เพ่งอ้างมาตรา 222/10 และมาตรา 222/12.

น้ำเข้าแร่ชาวไทย ฯลฯ ในลักษณะเดียวกับกรณีปัญหามลพิษทางน้ำข้ามแดนที่ไหลจากรัฐต้นกำเนิดที่ก่อให้เกิดมลพิษข้ามเข้าไปยังในดินแดนอาณาเขตของรัฐปลายทางน้ำได้โดยอิสระ

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า สิทธิของปัจเจกชนและชุมชนในกลุ่มแม่น้ำโขง กก สาย และรวก ในการฟ้องร้องดำเนินคดีด้านสิ่งแวดล้อมอันเนื่องมาจากปัญหามลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนเป็นสิทธิที่รองรับทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ และสามารถทำให้ปัจเจกชนและชุมชนใช้สิทธิดังกล่าวในการฟ้องร้องเมื่อตนได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่บริเวณต้นน้ำ ซึ่งความเสียหายนั้นปรากฏขึ้นภายในราชอาณาจักรไทย ดังนั้น ศาลไทยย่อมมีฐานอำนาจรับคดีและกำหนดมาตรการคุ้มครองหรือเยียวยาที่เกิดผลจริงภายในประเทศได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องตั้งสมมติฐานว่าศาลไทยสามารถบังคับการในดินแดนของรัฐอื่นได้โดยตรง ทั้งนี้ การที่ปัจเจกชนหรือชุมชนจะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีผ่านกลไกศาลระหว่างประเทศ (เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ)) โดยตรงนั้นไม่สามารถทำได้ เนื่องจากศาลเหล่านี้สงวนไว้สำหรับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ประกอบกับปัจจุบันประเทศไทยไม่ได้ยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อีกเลยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2505 เป็นต้นมา นอกจากนี้ การที่รัฐต้นน้ำได้ปฏิเสธความรับผิดชอบ (โดยอ้างว่าพื้นที่ต้นน้ำที่เกิดกิจกรรมเหมืองแร่ดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของรัฐเมียนมาส่วนกลาง เนื่องจากพื้นที่นั้นอยู่ในเขตอิทธิพลของกองกำลังว้า (Wa State) ซึ่งมีสถานะเป็นกลุ่มกึ่งรัฐ (quasi-state actor) ที่ไม่ได้รับการรับรองเป็นรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁸⁹ และมีได้อยู่ภายใต้กรอบการเจรจาอย่างเป็นทางการของรัฐภาคีในกลไกทวิภาคีหรือพหุภาคีแต่อย่างใด⁹⁰) จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่นำไปสู่การที่ประเทศไทยในฐานะรัฐผู้เสียหายไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายระหว่างประเทศได้

สำหรับฐานความรับผิด งานวิจัยเสนอให้ใช้ฐานความรับผิดแบบผสม โดยอาศัยทั้งความรับผิดเฉพาะด้านมลพิษตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งขยายขอบเขตความเสียหายที่เรียกได้ให้ครอบคลุมต้นทุนฟื้นฟูและต้นทุนสาธารณะ ควบคู่กับฐานละเมิดและการใช้สิทธิโดย

⁸⁹ Clapham, A. (2006). *Human rights obligations of non-state actors*. Oxford University Press.

⁹⁰ Bellal, A. (2011). Non-state actors in armed conflicts: Issues of legal personality. *International Review of the Red Cross*, 93(881).

มิชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะฐานเสริม เพื่อปิดช่องโต้แย้งของจำเลยที่อาจอ้างว่า
กิจกรรมของตนชอบด้วยกฎหมายของรัฐต้นทาง

สำหรับกลไกกระบวนการพิจารณา การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) มีความเหมาะสมสำหรับข้อ
พิพาทที่มีผู้เสียหายจำนวนมากกระจายตัวตลอดแนวลุ่มน้ำ เนื่องจากช่วยลดต้นทุน สร้างประเด็นร่วมที่ศาล
พิจารณาได้ในคดีเดียว และเพิ่มพลังต่อรองของผู้เสียหาย โดยต้องขับเคลื่อนด้วยพยานหลักฐานทาง
วิทยาศาสตร์ที่เป็นระบบ เช่น ผลตรวจวัดคุณภาพน้ำ ลายนิ้วมือทางเคมี และหลักฐานเชิงระบาดวิทยา เพื่อ
พิสูจน์ความเชื่อมโยงระหว่างกิจกรรมต้นเหตุกับความเสียหายที่ปรากฏในประเทศไทย ขณะที่องค์กรพัฒนา
เอกชนควรทำหน้าที่เป็นกลไกประสานและสนับสนุนการดำเนินคดี มิใช่ยื่นฟ้องในนามองค์กรเป็นหลัก ทั้งนี้
รัฐบาลไทย (โดยกระทรวงการต่างประเทศและกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) มีหน้าที่ต้องเป็น
ตัวแทนของผู้เสียหายในการหยิบยกประเด็นขึ้นเจรจาในระดับรัฐต่อรัฐ โดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่าง
ประเทศตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น เช่น หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หลักระมัดระวังไว้ก่อน และ/หรือหลักความรับ
ผิดของรัฐและหลักการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่น รวมทั้งอาศัยสิทธิของชุมชนตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.
2560 มาตรา 43 และมาตรา 57 เป็นฐานในการบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ และรัฐต้องจัดตั้งศูนย์ข้อมูล
มลพิษข้ามพรมแดนแบบบูรณาการภายใต้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เพื่อเปิดเผย
ข้อมูลคุณภาพน้ำและการปนเปื้อนสารหนูและโลหะหนักในแม่น้ำกกและแม่น้ำสายอย่างทันทั่วทั้งที่ ซึ่งเป็นสิทธิ
ขั้นพื้นฐานที่ประชาชนต้องได้รับทราบ เพื่อป้องกันผลกระทบต่อสุขภาพเป็นการต่อไป รวมถึงจัดตั้งความ
ร่วมมือไตรภาคี (ไทย-เมียนมา-สปป.ลาว) ในการสร้างกรอบความร่วมมือสำหรับการรวบรวมพยานหลักฐาน
ทางนิติวิทยาศาสตร์สิ่งแวดล้อมร่วมกัน เพื่อให้การฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ในศาลไทยมีน้ำหนัก
น่าเชื่อถือในระดับสากล อย่างไรก็ดี ข้อจำกัดสำคัญที่ต้องคำนึงถึงคือ “ช่องว่างการบังคับคดี” ซึ่งทำให้คำขอ
ท้ายฟ้องต้องออกแบบให้เน้นผลที่เกิดขึ้นได้จริงภายในประเทศเป็นหลัก มากกว่าการมุ่งสั่งการโดยตรงต่อ
แหล่งกำเนิดในต่างประเทศ

3.2 ข้อเสนอแนะ

งานวิจัยนี้เสนอแนะแนวทางการพัฒนากลไกทางกฎหมาย ดังนี้

- 1) นำกลไกคดีแบบกลุ่ม (Class Action) มาใช้ในการดำเนินคดีสิ่งแวดล้อมกรณี
มลพิษทางน้ำข้ามพรมแดนลุ่มแม่น้ำโขง แม่น้ำกก และแม่น้ำสาย (รวมทั้งแม่น้ำรวก)
- 2) รัฐควรออกระเบียบหรือแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับคดีสิ่งแวดล้อมที่มีผู้เสียหาย
จำนวนมากและมีความซับซ้อนทางเทคนิค ครอบคลุมการกำหนดนิยามกลุ่ม การจัดการพยานผู้เชี่ยวชาญร่วม

และการกำหนดมาตรการเยียวยาที่สอดคล้องกับลักษณะความเสียหายข้ามพรมแดน เพื่อให้ศาลมีเครื่องมือบริหารจัดการคดีที่ซับซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ และ

3) ปรับปรุงมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีมลพิษสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน โดยยึดหลัก “ความน่าจะเป็นทางวิทยาศาสตร์” (Probabilistic Causation) แทนการพิสูจน์เหตุ-ผลตรงแบบเส้นตรง เปิดให้ศาลรับฟังพยานแวดล้อมทางวิทยาศาสตร์จากหลายแนวทางที่สอดคล้องกัน

4) รัฐบาลไทยควรเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศและใช้กลไกทางการทูตอย่างจริงจังต่อกรณีมลพิษทางน้ำข้ามพรมแดน โดยเฉพาะการผลักดันให้เมียนมาเข้ามามีส่วนร่วมในกรอบความร่วมมือลุ่มน้ำโขงอย่างเป็นรูปธรรม การใช้เวทีคณะกรรมการแม่น้ำโขงและความร่วมมือระดับภูมิภาคเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูล ตรวจสอบแหล่งกำเนิดมลพิษ และกดดันให้รัฐต้นน้ำใช้มาตรการควบคุมกิจกรรมของกองกำลังหรือกลุ่มกึ่งรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำเหมืองแร่ซึ่งก่อผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น

รายการอ้างอิง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495/2519.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

ผู้จัดการออนไลน์, ‘อึ้ง! ไทยนำเข้าแร่พม่าผ่านชายแดนเหนือพรมพวด ปีเดียวเกือบหมื่นล้าน’ (ผู้จัดการออนไลน์, 20 ตุลาคม 2568) <<https://mgronline.com/local/detail/9680000099929>>

เพ็ง เพ็งนิตติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (สำนักประธานศาลฎีกา, 2546).

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

สำนักข่าวชายขอบ, ‘ผวาเหมืองทองเคลื่อนน้ำกก กองกำลังจู่โจมจีนชุดแรกทำลำน้ำขุ่น ชาวท่าตอนผวาเดินขบวนเรียกร้องรัฐบาลไทยปกป้อง หวั่นสารพิษปนเปื้อนลงสายน้ำแหล่งประปาของคนเชียงราย’ (สำนักข่าวชายขอบ, 15 มีนาคม 2568) <<https://transbordernews.in.th/home/?p=41722>>

สุภานันท์ บุญทำนุก, ‘การพัฒนากฎหมายวิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมในศาลยุติธรรม: ศึกษากรณีการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญทางสิ่งแวดล้อม’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2567).

อรรถพร บุญเทียม, ‘ปัญหาเขตอำนาจศาลในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล: ศึกษากรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ ผ่านช่องทางออนไลน์’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565).

วรพชร จันทรขันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้ (โรงพิมพ์ร้านป๊อแอนด้น้อง 2562).

Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press, 2006)

Annyssa Bellal, 'Non-State Actors in Armed Conflicts: Issues of Legal Personality' (2011) 881 International Review of the Red Cross.

Apinya Jiamprasertboon, 'Thailand Faces Severe Transboundary Pollution Crisis from Rare Earth Mining in Myanmar' (The Nation Thailand, 23 June 2025) <<https://www.nationthailand.com/sustaining/40051672>>

David Schlosberg, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature* (Oxford University Press 2007).

Dinah Shelton, Human Rights, *Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice (Health and Human Rights Working Paper Series No. 1)* (François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights 2002).

FXB Center for Health and Human Rights, 'François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights at Harvard' (FXB Global, n.d.) <<https://fxb.org/en/fondation-fxb-centre-francois-xavier-bagnoud-pour-la-sante-et-les-droits-de-lhomme-a-harvard/>>

Handelskwekerij GJ Bier BV v Mines de Potasse d'Alsace SA [1976] ECR 1735

International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) arts 1–2, 30–37* (United Nations 2001).

Jacqueline Peel & Hari M. Osofsky, *Climate Change Litigation* (Cambridge University Press 2015).

James Richard Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013).

Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (MIT Press 1996).

- Lavanya Rajamani, 'The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime' (2002) 2 *Review of European Community and International Environmental Law*.
- Lawzana, 'What Are the Legal Issues Surrounding Environmental Regulations in Thailand?' (Lawzana, 30 October 2025) <<https://lawzana.com/articles/thailand/what-are-the-legal-issues-surrounding-environmental-regulations-in-thailand-147>>
- Luke W. Cole & Sheila R. Foster, *From the Ground Up: Environmental Racism and the Rise of the Environmental Justice Movement*, (New York University Press 2001).
- Marcus Richard Francis Thomson, "Transboundary Water Governance in the Mekong: Waterscapes in Transition: Can the Mekong River Commission Improve Its Institutional Capacity to Mitigate, Mediate and Resolve Transboundary Water-Related Conflict within a Rapidly Developing Mekong River Basin?" (PhD dissertation, Monash University 2017).
- Mauro Cappelletti & Bryant G. Garth, 'Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective' (1978) 2 *Buffalo Law Review*.
- Mekong River Commission, *Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin* (Mekong River Commission 1995); Susanne Schmeier, *Governing International Watercourses: River Basin Organizations and the Sustainable Governance of Internationally Shared Rivers and Lakes* (Routledge 2013).
- Mekong River Commission, *Mekong River Basin — State of the Basin Report 2023* (MRC Secretariat 2024).
- Michael Gibney and others, eds., *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations* (Routledge 2021).
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *Guiding Principles Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies* (OECD Council Recommendation C(72)128) (OECD 1972).

Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra & Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law* (4th ed, Cambridge University Press 2018).

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Rep 14.

Rocket Media Lab, ‘แม่น้ำกกปนเปื้อน อาจสร้างความเสียหายทางการเกษตรกว่า 3 พันล้านบาท’ (Rocket Media Lab, 4 สิงหาคม 2568) <<https://rocketmedialab.co/kok-river/>>

Shan Human Rights Foundation, ‘Satellite imagery indicates rare earth mining in southern Mong Hsat’ (Shan Human Rights Foundation, 15 พฤษภาคม 2568) <<https://shanhumanrights.org/wp-content/uploads/2025/05/Satellite-imagery-indicates-rare-earth-mining-English.pdf>>

State of the Netherlands v. Urgenda Foundation, ‘ECLI:NL:HR:2019:2007 (Hoge Raad Dec. 20, 2019)’ (Climate Change Litigation Databases, 20 December 2019) <https://www.climatecasechart.com/document/urgenda-foundation-v-state-of-the-netherlands_3297>

Stephen James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (2nd ed, Oxford University Press 2004).

Trail Smelter Arbitration (United States v Canada) (1938 and 1941) 3 RIAA 1905.

United Church of Christ Commission for Racial Justice, *Toxic Wastes and Race in the United States* (United Church of Christ 1987).

United Nations, ‘Goal 6: Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all’ (United Nations, n.d.) <<https://unstats.un.org/sdgs/report/2016/goal-06/>>

United Nations Conference on the Human Environment, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment* (United Nations 1972); United Nations Conference on Environment and Development, *Rio Declaration on Environment and Development princs 2, 13* (United Nations 1992).

United Nations Economic Commission for Europe, *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters* (Aarhus Convention, 1998)

United Nations General Assembly, ‘*The human right to a clean, healthy and sustainable environment (UN Doc. A/RES/76/300)*’ (United Nations General Assembly, 1 August 2022) <<https://docs.un.org/en/a/res/76/300>>

United Nations, *Rio Declaration on Environment and Development* (United Nations 1992).

William J. Clinton, ‘Executive Order 12898: Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-income Populations’ (1994) 32 Federal Register.

๕ กระบวนการตีพิมพ์บทความ

วารสารมีกระบวนการตีพิมพ์บทความดังต่อไปนี้

- (1) ผู้นิพนธ์ส่งบทความเข้าสู่ระบบ
- (2) บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ได้รับบทความแล้ว”
- (3) ตรวจสอบรายการอ้างอิงของบทความ (ทั้งรายการอ้างอิงในรูปแบบเชิงบรรณานุกรมและรายการอ้างอิงท้ายบทความ) ว่าถูกต้องตามรูปแบบที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์” หรือไม่
 - (3.1) หากถูกต้อง ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป
 - (3.2) หากไม่ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์แก้ไขให้ถูกต้อง ถ้าผู้นิพนธ์แก้ไขจนถูกต้องแล้ว ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป แต่ถ้าผู้นิพนธ์ไม่แก้ไขให้ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา”
- (4) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาบทความ และบรรณาธิการแจ้งผลการพิจารณาบทความให้ผู้นิพนธ์ทราบตามแต่กรณีดังต่อไปนี้
 - (4.1) กรณีรับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “รับบทความไว้พิจารณา” และดำเนินการตามข้อ (5) ต่อไป
 - (4.2) กรณีไม่รับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา” พร้อมทั้งระบุเหตุผลที่ไม่รับบทความไว้พิจารณาให้ผู้นิพนธ์ทราบ
- (5) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ (peer reviewer) เพื่อประเมินคุณภาพบทความ และบรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “บทความอยู่ระหว่างการประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิ”

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

- (6) ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความประเมินคุณภาพบทความแบ่งออกเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
 - (6.1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ โดยไม่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติม
 - (6.2) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติมก่อน
 - (6.3) เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

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

(7) บรรณาธิการแจ้งผลการประเมินคุณภาพบทความตามข้อ (6) ให้ผู้นิพนธ์ทราบ

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

(7.2) กรณี ตามข้อ (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. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่สืบทว่าผู้นิพนธ์คือผู้ใด

4. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาในบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดระยะเวลาของการประเมินคุณภาพบทความ
5. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องปราศจากอคติกับผู้นิพนธ์
6. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์

⚖ คำแนะนำสำหรับผู้พิมพ์ ⚖

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

