

วารสาร

SPU

นิติศาสตร์ศรีปทุม

SPU

ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2566

Vol. 8 No. 2 July - December 2023

ISSN 0857 - 4251

The background of the cover features a detailed illustration of legal symbols. A pair of ornate metal scales of justice stands on the right side. In the foreground, an open book with yellowed pages lies flat. Resting on the book is a wooden gavel with a dark handle and a light-colored head. A wooden pen or quill also lies across the book. The entire scene is set against a dark brown background with a subtle wood grain texture at the bottom.

LAW
JOURNAL

บทบรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์ศรีปทุม (SPU LAW JOURNAL) ที่ท่านกำลังอ่านอยู่นี้เป็นปีที่ 8 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2566) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ความรู้ทางด้านสาขาวิชานิติศาสตร์เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดความก้าวหน้าในวงการกฎหมายและนำไปใช้อ้างอิงในการเขียนงานทางวิชาการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้ โดยจัดพิมพ์เผยแพร่ปีละ 2 ฉบับ ทางกองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิทั้งภายในสถาบัน และผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาคุณภาพของผลงานลงตีพิมพ์ในวารสาร ในฉบับนี้ มีบทความวิชาการ 3 เรื่อง และบทความวิจัยอีก 2 เรื่อง ได้ผ่านการกลั่นกรองและคัดเลือกให้ตีพิมพ์ได้ในฉบับนี้



ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมานะ

บรรณาธิการ

วัตถุประสงค์

เพื่อเผยแพร่บทความวิชาการ บทความวิจัย และการแลกเปลี่ยนความเห็นทางวิชาการ ในสาขาวิชานิติศาสตร์ และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดความก้าวหน้าทางวิชาการ ในวงการกฎหมายและเผยแพร่ความรู้แก่สังคม

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

สำนักงานกองบรรณาธิการ

มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตบางเขน
เลขที่ 2410/2 ถนนพหลโยธิน แขวงเสนานิคม เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร
โทรศัพท์ 0 2579 1111 ต่อ 2388

ที่ปรึกษา

นายกุล สันชนันท์ ผู้ช่วยอธิการบดีด้านกฎหมาย คณะนิติศาสตร์

บรรณาธิการ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมาโน

ผู้ช่วยบรรณาธิการ ดร.เอกพงษ์ สารน้อย

กองบรรณาธิการ

ศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ศ.ดร.ศักดิ์ ธนิกุล	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ศ.ดร.กรกฎ ทองชะเอม	มหาวิทยาลัยทักษิณ
รศ.ดร.ภูมิ โชคเหมา	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
รศ.ตรีเนตร สารพะวงษ์	มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี
ผศ.ดร.อรทัย อินตะไชยวงศ์	มหาวิทยาลัยราชภัฏนครสวรรค์
รศ.พ.ต.ดร.ชวนส์ เจนการ	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ร.ต.ท.ดร.อุทัย อาทิวะ	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.พรภัทร์ ต้นตึกุลานันท์	สำนักงานศาลยุติธรรม
ผศ.ดร.จุมพิตา เรืองวิฑูร	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ผศ.ดร.ช้องนาง วิฑูรานุพงษ์	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ดร.ศิวพร เสาวคนธ์	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ดร.รุ่งแสง กฤตยพงษ์	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ดร.ตรีเพชร จิตรมัทธา	มหาวิทยาลัยศรีปทุม

ฝ่ายจัดการ และเลขานุการกองบรรณาธิการ

นางสาวชื่นสมณ ณ นคร นางสาวขวัญจิรา ทองแดง

กำหนดการเผยแพร่ ปีละ 2 ฉบับ ประจำเดือน มกราคม-มิถุนายน และ กรกฎาคม-ธันวาคม

สถานที่จัดพิมพ์ บริษัท สยามสปอร์ต ซินดิเคท จำกัด (มหาชน) โทร. 0 2508 8000

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) จำนวน 3 คน จากภายในและนอกมหาวิทยาลัย
- ความคิดเห็นใด ๆ ที่ลงตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม เป็นของผู้เขียน (ความคิดเห็นใด ๆ ของผู้เขียน กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุมไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)

สารบัญ

บทความวิชาการ

- 05 แนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย
: สรรธร ธนโชติโกคิน
- 21 ปัญหากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก
: พรเพ็ญ ไตรพงษ์, เจริญตร ประสาน, อัศมาพร ศิริทรัพย์
- 44 การบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรม
ที่จับต้องไม่ได้: ว่าด้วยเรื่องของการควบคุมทางกฎหมาย
: ธนดล เต๋พันธ์, ธนพนธ์ หัสกรรัตน์, พลวัต ชุนชิต,
ฟ้าใหม่ อีระประภา

บทความวิจัย

- 67 ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง:
กรณีศึกษาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว
: อมรพันธุ์ นิตธีรารานนท์
- 92 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 :
ศึกษากรณีโทษปรับทางอาญา
: อัจฉรา คณะณีย์, เอกพงษ์ สารน้อย

แนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย Guidelines for the Development of the Structure of the Administrative Courts of Thailand

สรธร ธนโชตโกคิน¹

สำนักงานกฎหมายยุติธรรม

689/1211 ถนนประชาชื่น เขตบางซื่อ กรุงเทพฯ 10800, ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: stnick1679@gmail.com

Sorathorn Thanachotphokin²

Justice Law Firm

689/1211 Prachachuen, Bang Sue, Bangkok, 10800, Thailand

Email: stnick1679@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้ ได้ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย และเสนอแนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย เพื่อเป็นแนวทางให้เกิดประสิทธิภาพเป็นรูปธรรมในการดำเนินคดีปกครอง และเกิดประโยชน์ต่อศาลปกครองในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ซึ่งเป็นคู่กรณีคดีปกครอง

ผู้ศึกษาพบว่า ศาลปกครองมีปัญหาก็เกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครองที่มีการฟ้องคดีปกครองเพิ่มขึ้น การให้สิทธิในการอุทธรณ์คดีปกครองทุกคดีไปยังศาลปกครองสูงสุด การให้สิทธิฟ้องคดีโดยตรงบางคดี ต่อศาลปกครองสูงสุดทำให้ปริมาณคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น แต่จำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีจำนวนจำกัด ก่อให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินคดีปกครอง อีกทั้งกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายผู้ฟ้องคดี และฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีสามารถอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาล

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร., ทนายความ, ที่ปรึกษากฎหมาย.

² Assistant Professor Dr., Lawyer, Legal Advisor.

ปกครองชั้นต้นไปศาลปกครองสูงสุดได้อย่างกว้างขวางโดยไม่มีการจำกัดสิทธิการอุทธรณ์คดีปกครอง ดังนั้นเพื่อให้เป็นการเอื้ออำนวยความยุติธรรม ในการดำเนินคดีปกครองเกิดประสิทธิผลเป็นรูปธรรม และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อศาลปกครองและประชาชน ซึ่งเป็นคู่กรณีคดีปกครอง โดยมีแนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครอง คือ ผลักดันให้มีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในเรื่องโครงสร้างศาลปกครองเป็น 3 ชั้นศาล ได้แก่ 1. ศาลปกครองชั้นต้น 2. ศาลปกครองอุทธรณ์ 3. ศาลปกครองสูงสุด

คำสำคัญ: แนวทางการพัฒนา, โครงสร้าง, ศาลปกครอง

Abstract

The objectives of this academic article are to study, analyze the problems of the structure of the Administrative Courts of Thailand, to propose a guideline for the development of the structure of the Administrative Courts of Thailand for concrete effectiveness in administrative proceedings, and to benefit the Administrative Court in administering justice to the people who are parties to administrative cases.

The study found that Administrative Courts have problems related to the increasing number of administrative cases with prosecution right granting in appealing all administrative cases to the Supreme Administrative Court, right granting in suing some cases directly to the Supreme Administrative Court. These result in the increasing number of cases brought to the Supreme Administrative Court. However, the number of judges in the Supreme Administrative Court is limited, resulting in delays in administrative litigation. In addition, the law allows both the plaintiff and the defendant to appeal the judgment or order of the Administrative Court of First Instance to the Supreme Administrative Court without restricting the right to appeal in administrative

cases. Therefore, in order to facilitate justice in administrative proceedings with concrete effectiveness and maximum benefit to the Administrative Court and for the people who are parties to the administrative case, the guideline for developing the structure of the Administrative Court is to push for amendments to the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedures, B.E. 2542 (1999) regarding the structure of the Administrative Court divided into 3 courts; (1) Administrative Court of First Instance (2) Administrative Court of Appeal and (3) Supreme Administrative Court.

Keywords: Guidelines for the development, Structure, Administrative Court

1. บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 2 กำหนดให้ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศนั้นแบ่งเป็น 3 อำนาจ ได้แก่ อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ อำนาจอธิปไตย คือ อำนาจในการออกกฎหมาย เพื่อรักษาความสงบ และนำมาซึ่งการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขของประชาชนในรัฐ อำนาจบริหาร คือ อำนาจหน้าที่ในการบริหารปกครองประเทศ โดยนำกฎหมายต่าง ๆ ที่บัญญัติขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติมาบังคับใช้กับประชาชน ส่วนอำนาจตุลาการเป็นอำนาจหน้าที่ของศาล ในการตรวจสอบว่า กฎหมายต่าง ๆ ได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม หรือมีการละเมิดกฎหมายเหล่านั้นหรือไม่ ตลอดจนเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของประชาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เพื่ออำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน “ศาล” จึงเป็นหนึ่งในองค์กรหลักที่สำคัญในการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นผู้ใช้ “อำนาจตุลาการ” โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 10 และหมวด 11 ว่าด้วยศาล กำหนดให้มีศาลทั้งสิ้น 4 ศาล ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร และ

ศาลรัฐธรรมนูญ การอำนวยความสะดวก เพื่อให้ประชาชนได้รับความยุติธรรม และลดความเหลื่อมล้ำด้านความเป็นธรรมทางสังคม อันเป็นภารกิจหลักสำคัญของรัฐ ที่ต้องดำเนินการให้เกิดขึ้นแก่ประชาชนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน และเป็นธรรม

ปัจจุบันคดีข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลปกครองชั้นต้น และจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดมีเป็นจำนวนมาก ซึ่งนับตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 ถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2566 มีคดีที่มาสู่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดจำนวน 203,468 คดี มีคดีค้างการพิจารณาคดีจำนวน 27,361 คดี³ คดีปกครองมีความซับซ้อนยุ่งยากมากขึ้นส่งผลให้กระบวนการในการแก้ไขข้อพิพาทโดยศาลปกครอง ไม่เป็นไปตามนโยบายและเจตนารมณ์ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครอง อีกทั้งบทบัญญัติบางประการยังไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองได้แบ่งโครงสร้างการดำเนินงานออกเป็น 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น (ประกอบด้วยศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาค) หากคู่กรณีไม่พอใจคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ก็มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่ง หรือคำพิพากษาไปยังศาลปกครองสูงสุดโดยไม่มีข้อจำกัด เป็นเหตุให้คดีปกครองส่วนใหญ่ไปค้างการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่ในศาลปกครองสูงสุด อีกทั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีจำนวนจำกัด คดีจึงค้างการพิจารณาอยู่ที่ศาลปกครองสูงสุดเป็นเวลาหลายปี ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมทั้งการอุทธรณ์ส่งผลให้เป็นการทุเลาการบังคับ ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีส่วนใหญ่ ใช้สิทธิยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ต่อศาลปกครองสูงสุด เพื่อเป็นการทุเลาการบังคับ ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุด ทำหน้าที่เป็นทั้งศาลปกครองชั้นต้น ในกรณีที่มิกฎหมายกำหนดให้คดีบางประเภท ยื่นฟ้องโดยตรงต่อศาลปกครองสูงสุด ก็ยังทำให้ศาลปกครองสูงสุด มีภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีเพิ่มมากขึ้นด้วย ประกอบกับจำนวนตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด มีจำนวนจำกัด เมื่อเทียบกับภาระในการพิจารณา

³ สำนักงานศาลปกครอง ข้อมูล ณ วันที่ 30 มิถุนายน 2566.

พิพาทภาคี ทำให้ไม่สามารถพิจารณาพิพาทฯ หรือมีคำสั่งในคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม อันเกิดผลกระทบต่อการพิจารณาคดีที่สำคัญเกี่ยวกับประโยชน์ต่อส่วนรวม อีกทั้งในการคัดเลือกแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลปกครอง ทั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการในศาลปกครองสูงสุด มาจากผู้สำเร็จการศึกษาด้านอื่น ซึ่งมีใช้สาขานิติศาสตร์ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหา ความไม่มีความเหมาะสมของคำพิพากษา ของศาลปกครองได้ การคัดเลือกแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด การเลื่อนลำดับชั้นจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นไปเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ต้องเข้ารับการคัดเลือกใหม่ ทำให้ขาดความต่อเนื่องในการพิจารณาคดี อีกทั้งการคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง มีระยะเวลาการคัดเลือกหลายขั้นตอน ใช้ระยะเวลานาน และต้องส่งรายชื่อไปให้วุฒิสภารับรอง ก่อนที่จะเข้ารับการแต่งตั้งและปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดปัญหา ความล่าช้าในการคัดเลือกตุลาการ เข้ามาพิจารณาพิพาทภาคีปกครอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่ง และข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันอีกกรณีหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการ ซึ่งควรได้รับการพิจารณาพิพาทฯ โดยตุลาการที่มีความรู้ และความเข้าใจในปัญหาคดีปกครอง ซึ่งปัจจุบันคดีปกครองที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง มีปริมาณเพิ่มขึ้นและมีความซับซ้อนยุ่งยากมากขึ้น ส่งผลให้กระบวนการในการแก้ไขข้อพิพาทโดยศาลปกครอง ไม่เป็นไปตามนโยบายและเจตนารมณ์ ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครอง อีกทั้งบทบัญญัติบางประการ ยังไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติ

ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาหาแนวทางพัฒนาโครงสร้างศาลปกครอง ที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์อันแท้จริงของศาลปกครอง ที่มีแนวนโยบายเจตนารมณ์ ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครอง และหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน คือ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากการดำเนินงานของรัฐ เพื่อประโยชน์สาธารณะ และก่อให้เกิดความยุติธรรมมากยิ่งขึ้น

2. วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของบทความวิชาการ มีดังต่อไปนี้

- (1) วิเคราะห์ปัญหาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย
- (2) เสนอแนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย

จากวัตถุประสงค์ของบทความวิชาการ ได้มีการทบทวนวรรณกรรม และแนวความคิดที่เกี่ยวข้อง พร้อมบทสรุป และข้อเสนอแนะโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3. ความเป็นมาและแนวคิดการจัดตั้งศาลปกครอง

ประเทศไทยมีวิวัฒนาการ ในการจัดตั้งศาลปกครองตั้งแต่อดีตมาเป็นเวลานาน ซึ่งในประเทศต่าง ๆ ที่มีระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยนั้น ต่างยึดถือ “หลักนิติรัฐ” ซึ่งหมายความว่าถึงรัฐ ที่ทุกคนไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเดียวกันทั้งสิ้น หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่อาจจะใช้อำนาจ หรือกระทำการใด ๆ ได้ตามอำเภอใจ⁴ การกระทำใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์ เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าวางละเมิดเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว จะต้องมีการให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง และองค์กรฝ่ายปกครองนั้นจะต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมาย และต้องจัดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำของฝ่ายปกครองขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชน การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น มีทั้งการควบคุมการใช้อำนาจทางการเมืองของรัฐบาล โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายบริหาร การควบคุมตรวจสอบโดยผู้ตรวจการรัฐสภา และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

การจัดตั้งองค์กรตามกฎหมาย ที่เรียกว่า สภาแห่งรัฐ (Council of State / Conseil d'Etat) ในประเทศไทย คือ ศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อการให้ความยุติธรรมแก่ประชาชน และเป็นกลไกสำคัญในการบริหารประเทศ โดยทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาททางปกครองระหว่างราษฎรกับรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นองค์กรที่ใช้

⁴ อัครทรร จุฬารัตน, *กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2549), หน้า 8.

อำนาจตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในการให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชน ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น เป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม⁵ การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ และต่อมามีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้นใช้บังคับ รัฐธรรมนูญฉบับต่อมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็รับรองศาลปกครอง และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังคงใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบันเช่นกัน⁶

ศาลปกครอง คือ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง อันได้แก่ คดีหรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁷ เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครอง หรือคดีปกครองระหว่างเอกชนและหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น

ศาลปกครองมีทั้งในประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว (The single system of court) และในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ (The dual system of courts) ตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบศาลเดียวนั้น ในทางปฏิบัติ และตามสภาพความเป็นจริง ศาลปกครองมิได้แยกออกจากศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองเป็นส่วนหนึ่ง หรือแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรมดังเช่น อังกฤษ ที่ศาลยุติธรรม หรือศาลชั้นอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองโดยผู้พิพากษาซึ่งมีความรู้ความสามารถด้านวิธีพิจารณาความ และมีความรู้ด้านกฎหมาย หรือการบริหารงาน รวมทั้งมีพนักงานคดีปกครองเป็นผู้ช่วยเหลือ ในการทำสำนวนเช่นเดียวกับศาลแรงงานกลาง และศาลภาษีอากรกลางที่มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับแรงงาน และคดีภาษีอากร

⁵ สำนักงานศาลปกครอง, 9 ปีศาลปกครองแห่งความเชื่อมั่น, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ดิโน ดีไซน์จำกัด, 2553), หน้า 9-10.

⁶ ชูชาติ อัสวโรจน์, การฟ้องคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: บริษัท ฌักส์การพิมพ์ (กิตติชัย) จำกัด, 2560), หน้า 43.

⁷ ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2566), หน้า 4.

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลปกครองจะแยกออกจากศาลยุติธรรม โดยมีโครงสร้างการจัดองค์กร และการบริหารงานบุคคลของตนเองอย่างเป็นอิสระ แยกออกจากศาลยุติธรรม ตลอดจนมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 7 กำหนดให้มีศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น ทำให้ประเทศไทยมีศาลปกครองอยู่ด้วยกัน 2 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากการดำเนินคดีแพ่งทั่ว ๆ ไป เนื่องจากเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการกระทำทางปกครองโดยเฉพาะ ซึ่งมีกระบวนการพิจารณา ระบบไต่สวน และการพิจารณาพิพากษาคดี โดยตุลาการซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายปกครอง การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เป็นการฟ้องคดีที่มีกระบวนการที่เรียบง่าย ประชาชนคู่กรณีผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประชาชนสามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ด้วยตนเอง โดยกฎหมายมิได้บังคับให้ต้องมีนายความช่วยร่างฟ้อง และดำเนินคดีปกครอง ซึ่งคดีปกครองส่วนใหญ่เป็นคดีที่ประชาชนหรือเอกชนเป็นฝ่ายฟ้องหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งเอกชนมีโอกาสที่จะชนะคดีได้ยากเพราะเอกสารต่าง ๆ จะอยู่ในความครอบครองของทางราชการ⁸ โดยหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐ มีอำนาจเหนือกว่าประชาชน และอยู่บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมกัน เพื่อให้ศาลปกครองเป็นที่พึ่งของประชาชนในการอำนวยความสะดวกยุติธรรม

4. แนวคิดการจัดตั้งศาลปกครองในต่างประเทศ

แนวคิดการจัดตั้งศาลปกครองในต่างประเทศที่สำคัญที่นำมาศึกษา คือ ศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีความคิดพื้นฐานว่า ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมควรพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีอาญาและคดีแพ่ง ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนต่อเอกชนเท่านั้น ส่วนคดีปกครองอันเป็นข้อพิพาท เกี่ยวกับการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง ซึ่งครอบคลุม

⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558), หน้า 98.

เจ้าหน้าที่ของรัฐ และหน่วยงานของรัฐนั้น ไม่ควรให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม แต่ควรให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง⁹ สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีโครงสร้างของศาลปกครอง 3 ชั้นศาล (a three-tier hierarchy)¹⁰ ได้แก่

- (1) ศาลปกครองสูงสุด หรือ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat)
- (2) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Cours Administratives d' Appel) และ
- (3) ศาลปกครองชั้นต้น (Tribunaux Administratifs)

ในระดับศาลปกครองชั้นต้น นอกจากมีศาลปกครองทั่วไปแล้ว ยังมีศาลปกครองเฉพาะด้าน หรือคณะกรรมการพิเศษทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งเพื่อพิจารณาพิพากษาคำร้อง และข้อพิพาททางปกครองที่อาศัยความชำนาญพิเศษเฉพาะด้านในฐานะศาลปกครองชั้นต้น (ยกเว้นเฉพาะศาลตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งมีอยู่ในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วย) ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการมารยาทของสภาวิชาชีพต่าง ๆ และคณะกรรมการข้าราชการประเภทต่าง ๆ เช่น ก.ต., ก.พ., และ ก.ค. ฯลฯ¹¹ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่ ในปี ค.ศ. 1987 ถือเป็นองค์กรศาลที่ใหม่ที่สุดในระบบโครงสร้างของศาลปกครองฝรั่งเศส และเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ศาลปกครองที่แตกต่างจากศาลอื่น ๆ เป็นศาลที่เกิดขึ้นตามความจำเป็นของยุคสมัย ที่มีคดีปกครองเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ถูกจัดตั้งขึ้น เพื่อช่วยลดภาระงานคดีของสภาแห่งรัฐ หรือศาลปกครองสูงสุด

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในอดีตประสบปัญหาอันเป็นปัญหาหลักพื้นฐานว่า การกระทำทางปกรองนั้นจริง ๆ แล้วต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยศาลหรือไม่ และศาลใดควรเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณา ระหว่างศาลยุติธรรมทั่วไป หรือศาลพิเศษ ในรูปแบบการกระทำของรัฐทุกรูปแบบหรือไม่ ที่ควรตรวจสอบได้ อีกทั้งเป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิที่

⁹ Christian Dadomo and Susan Farran, *The French Legal System*, .Second Edition, (London: Sweet & Maxwell, 1996), p 46.

¹⁰ L. Neville Brown and John S. Bell, *French Administrative Law*, Fifth Edition, (New York: Oxford University Press, 1998), p 44.

¹¹ วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *ศาลปกครองไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ รูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน*, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542), หน้า 219.

กฎหมายรับรอง หรือเป็นเรื่องของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ในช่วงต้นแทบจะ
ไม่มีการแบ่งแยก ระหว่างผู้ปกครองและศาล การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนและ
กฎหมายมหาชนก็เช่นเดียวกัน ศาลยังเป็นส่วนหนึ่งของผู้ปกครองแผ่นดิน ซึ่งอาจเป็นผู้ใช้อำนาจด้วยตนเองหรือมอบให้บุคคล หรือกลุ่มบุคคลทำหน้าที่แทน ซึ่งก็คือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในความหมายปัจจุบัน มีการจัดตั้งศาลปกครองที่เป็นอิสระขึ้น โดยควรมีการจัดองค์กรในรูปแบบศาล และควรจะมีผู้พิพากษา ซึ่งมีความเป็นอิสระ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีโครงสร้างของศาลปกครองแบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองแห่งสหพันธ์ หรือศาลปกครองสูงสุด ตามหลักการศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เป็นศาลตรวจสอบข้อเท็จจริงในลำดับที่หนึ่งและลำดับที่สอง (Tatsacheninstanz) และศาลสหพันธ์เป็นศาลสูงสุด (Revisionsinstanz) ซึ่งในแต่ละรัฐอย่างน้อยจะต้องมีศาลปกครองชั้นต้น 1 ศาล ขณะเดียวกันกฎหมายก็อนุญาตให้มีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้ 1 ศาล แต่อย่างไรก็ตาม รัฐหนึ่งสามารถจัดให้มีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ร่วมกับรัฐอื่นได้ ในปัจจุบันสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีศาลปกครองชั้นต้น 52 แห่ง ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ 16 แห่ง และมีศาลปกครองแห่งสหพันธ์ในฐานะเป็นศาลปกครองสูงสุด 1 แห่ง¹² สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการฟ้องคดีปกครองเพิ่มมากขึ้นเป็นจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างก็มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ขึ้นเพื่อช่วยลดภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองสูงสุด ทำให้การพิจารณาคดีปกครองเกิดความรวดเร็ว และมีความเป็นธรรมมากกว่าการมีศาลปกครองเพียง 2 ชั้นศาล ทำให้ไม่เกิดปัญหา การกระจุกตัวของคดีปกครอง มีการกระจายการพิจารณาคดี และทำให้เกิดความรวดเร็ว มีความเป็นธรรม ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

จากการศึกษาพบว่า รูปแบบโครงสร้างศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีลักษณะโครงสร้างศาลปกครองแบ่งเป็น 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ “Conseil d’Etat” ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Cours administratives d’appel) และศาล

¹² เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล และคณะ, *วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ*, (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 353-354.

ปกครองชั้นต้น (Tribunaux administratifs) นอกจากนี้ยังมีศาลปกครองผู้ชำนาญการคดีปกครองเฉพาะด้าน (Juridictions administratives spécialisées) ซึ่งคำวินิจฉัยอาจอุทธรณ์ต่อ “สภาแห่งรัฐ” ได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดิน (La Cour des comptes) คณะกรรมการข้าราชการประเภตต่าง ๆ และสภาวิชาชีพต่าง ๆ ฯลฯ โดยมีลักษณะโครงสร้างศาลปกครอง คล้ายกับโครงสร้างศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นศาลพิเศษมีลักษณะโครงสร้างศาลปกครอง แบ่งเป็น 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์

5. วิเคราะห์โครงสร้างศาลปกครองของต่างประเทศกับประเทศไทยในปัจจุบัน

จากการศึกษาพบว่า โครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทยมีความแตกต่างในเรื่องโครงสร้างศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีลักษณะโครงสร้างศาลปกครองแบ่งเป็น 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุด หรือ “สภาแห่งรัฐ” ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองชั้นต้น นอกจากนี้ยังมีศาลปกครองผู้ชำนาญการคดีปกครองเฉพาะด้าน ซึ่งคำวินิจฉัยอาจอุทธรณ์ต่อ “สภาแห่งรัฐ” ได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการข้าราชการประเภตต่าง ๆ และสภาวิชาชีพต่าง ๆ ฯลฯ และมีความแตกต่างกับศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นศาลพิเศษมีลักษณะโครงสร้างศาลปกครอง แบ่งเป็น 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์

ตารางที่ 1 ความแตกต่างระหว่างโครงสร้างศาลปกครองของต่างประเทศกับประเทศไทย

สาธารณรัฐฝรั่งเศส	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศไทย
ศาลปกครองมี 3 ชั้นศาล ประกอบไปด้วย 1. ศาลปกครองชั้นต้น 2. ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ 3. ศาลปกครองสูงสุด	ศาลปกครองมี 3 ชั้นศาล ประกอบไปด้วย 1. ศาลปกครองชั้นต้น 2. ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ 3. ศาลปกครองสูงสุดหรือศาล ปกครองแห่งสหพันธ์	ศาลปกครองมี 2 ชั้นศาล ประกอบไปด้วย 1. ศาลปกครองชั้นต้น 2. ศาลปกครองสูงสุด

จากตารางที่ 1 แสดงถึงความแตกต่างระหว่างโครงสร้างศาลปกครองของต่างประเทศกับประเทศไทยในปัจจุบัน ทำให้สามารถมองเห็นปัญหาของโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย ซึ่งศาลปกครองของประเทศไทย ในปัจจุบันมี 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น หากคู่กรณีไม่พอใจคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ก็มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายไปยังศาลปกครองสูงสุด เป็นเหตุให้คดีปกครองส่วนใหญ่ ไปค้างการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่ในศาลปกครองสูงสุดเป็นจำนวนมาก การพิจารณาคดีต้องใช้ระยะเวลานาน เมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในปัจจุบันมีทั้งหมด 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และสภาแห่งรัฐ ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด แต่ในบางกรณีเป็นทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดในคราวเดียวกัน ทั้งนี้ ตามระบบโครงสร้างของศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส ยังมีศาลชำนาญพิเศษ สำหรับคดีปกครองบางประเภท โครงสร้างศาลปกครองทั้ง 3 ชั้นศาล มีกระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และมีข้อแตกต่างกันในกระบวนการวิธีพิจารณา ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษแต่ละศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่มีข้อที่เหมือนกันกับศาลปกครองของประเทศไทยคือ มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นระบบศาลคู่ โดยแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม

ในส่วนของประเทศไทย ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติถึงวิธีพิจารณาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยนำหลักกฎหมายและรูปแบบของวิธีพิจารณาคดีปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพื่อกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีโครงสร้างศาลปกครอง 3 ชั้นศาล เป็นหลักการที่ดี ศาลปกครองของประเทศไทยน่าจะนำมาเป็นแบบอย่างจากหลักการของศาลปกครองต่างประเทศ โดยเพิ่ม

โครงสร้างศาลปกครองออกเป็น 3 ชั้นศาล ประกอบด้วย ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุด

การนำแนวคิดการจัดตั้งศาลปกครองในต่างประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ มาเป็นแนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครอง จะก่อให้เกิดประโยชน์ที่เป็นรูปธรรม คือ

1. ศาลปกครอง มีการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครอง โดยการจัดตั้งศาลปกครองอุทธรณ์ขึ้น จะก่อให้เกิดประโยชน์ที่เป็นรูปธรรม ซึ่งในต่างประเทศมีการฟ้องคดีปกครองเพิ่มมากขึ้น จึงมีความจำเป็นที่ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างก็มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ขึ้น เพื่อช่วยลดภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ของศาลปกครองสูงสุด อันเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขความไม่ถูกต้องที่เกิดขึ้น ในการพิจารณาคดี และเป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจของศาล ในแต่ละลำดับชั้น ศาลปกครองอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุด จึงเป็นศาลที่ใช้อำนาจทบทวนแก้ไข (Judicial Review) ความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษา รวมถึงการแก้ไขคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอื่นที่ไม่ถูกต้องด้วย เป็นผลให้คดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดลดลง การพิจารณาคดีของศาลปกครองก็จะไปด้วยความรวดเร็ว ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม และศาลปกครองสูงสุดได้มีโอกาสวินิจฉัยคดีที่สำคัญ ซึ่งจะเป็นการวางแนวคำพิพากษา เพื่อสร้างบรรทัดฐานและอำนวยความยุติธรรมได้มากขึ้น

2. ประชาชน ซึ่งเป็นคู่กรณีในคดีปกครอง จะได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย ภายในระยะเวลาที่รวดเร็ว เหมาะสม และทันทั่วถึง ตลอดจนได้รับความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครอง และเกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการได้รับความยุติธรรมมากยิ่งขึ้น

6. บทสรุป

การศึกษาแนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย สรุปได้ว่า ศาลปกครองถือเป็นสถาบันหลักของประเทศที่ใช้อำนาจตุลาการอำนวยความยุติธรรมเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง โดยมุ่งให้เกิดความสมดุล ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ

ประชาชน และการดำเนินงานของรัฐ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมต้องมีการพัฒนารูปแบบ การจัดโครงสร้างขององค์กรศาลปกครองให้เหมาะสม ในสังคมปัจจุบันควรมีการปรับปรุง แก้ไขโดยเฉพาะการดำเนินคดีปกครอง ให้สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ และสังคมในปัจจุบัน เพื่อจะเชื่อมโยงกับประสิทธิภาพการทำงานของตุลาการในศาลปกครอง ให้เกิดการยอมรับจากคู่กรณี ในการตัดสินคดีที่มีความละเอียดอ่อน ก่อให้เกิดความเป็นธรรม รวมทั้งกระบวนการวิธีพิจารณาคดี เพื่อให้สอดคล้องกับภารกิจที่รับผิดชอบ โดยการจัดตั้งศาล ปกครองอุทธรณ์ขึ้น เป็นผลทำให้คดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดลดลง การพิจารณาคดีเป็นไป โดยรวดเร็วภายในระยะเวลาที่เหมาะสม และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคดีที่สำคัญ ในการวางแนวคำพิพากษาเพื่อสร้างบรรทัดฐาน และอำนวยความยุติธรรมได้มากขึ้น ส่วนประชาชนซึ่งเป็นคู่กรณีในคดีปกครอง จะได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย ภายในระยะเวลาที่เหมาะสมและทันทั่วถึง ตลอดจนได้รับความสะดวก ความยุติธรรมตาม เจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครอง และเกิดประสิทธิภาพสูงสุด ทั้งนี้ เพื่อให้การพัฒนา กระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย สามารถพัฒนาให้มีประสิทธิภาพได้เท่าเทียมกับ ประเทศที่มีการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป

7. ข้อเสนอแนะ

บทความวิชาการนี้มีข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครอง เพื่อให้เกิด ผลสัมฤทธิ์จะต้องมีการดำเนินการ ดังนี้

1. ต้องมีการผลักดันให้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ปรับปรุงแก้ไขระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาล ปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพื่อกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ใน วิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครองของไทยเป็น 3 ชั้นศาล ประกอบด้วย

- (1) ศาลปกครองชั้นต้น
- (2) ศาลปกครองอุทธรณ์ และ
- (3) ศาลปกครองสูงสุด

2. ควรกำหนดที่มาของตุลาการในศาลปกครองอุทธรณ์ โดยพิจารณาคัดเลือกมาจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น เนื่องจากศาลปกครองอุทธรณ์ถือเป็นองค์กรในระดับเดียวกันกับศาลปกครองชั้นต้น เพื่อสร้างความก้าวหน้าในสายงานของตุลาการศาลปกครอง รวมทั้งเพื่อเป็นการพัฒนาความรู้ ความเชี่ยวชาญในการพิจารณาคดีปกครอง เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดผลดีแก่คู่กรณียิ่งขึ้น

3. ควรกำหนดที่มาของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พิจารณาคัดเลือกมาจากตุลาการในศาลปกครองอุทธรณ์ โดยไม่ต้องส่งรายชื่อให้วุฒิสภารับรอง เพื่อให้ระยะเวลาการคัดเลือกเป็นไปอย่างเหมาะสม และสร้างความก้าวหน้าในสายงานของตุลาการศาลปกครอง รวมทั้งเพื่อเป็นการพัฒนาความรู้ ความเชี่ยวชาญในการพิจารณาคดีปกครอง เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดผลดีแก่คู่กรณียิ่งขึ้น

4. กรณีมีการจัดตั้งศาลปกครองอุทธรณ์ ควรมีการจำกัดสิทธิในการฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองอุทธรณ์ การฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลปกครองสูงสุดก่อนที่จะรับคดีมาพิจารณา เพื่อให้คดีที่มีปัญหาสำคัญ และเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมเท่านั้นที่จะสามารถฎีกาได้ อันเป็นการตรวจสอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองอุทธรณ์ โดยมีการวางหลักเกณฑ์ เพื่อจำกัดสิทธิฎีกาในบางกรณีไว้ เพื่อป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของคู่กรณี เพราะอาจมีการยื่นฎีกา เพื่อให้กระบวนการบังคับคดีล่าช้าออกไป หรือเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายต้องเสียเวลา ในการดำเนินคดีเพิ่มขึ้น อันจะส่งผลให้การพิจารณาคดีในเรื่องอื่น ๆ เนื่อนานออกไป ซึ่งจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ส่วนรวม การฎีกาต่อศาลปกครองสูงสุดนั้น ควรให้เป็นระบบการอนุญาตจากศาลปกครองสูงสุด จะทำให้การพิจารณาคดีมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น ดังนั้นหากได้มีการจัดตั้งศาลปกครองอุทธรณ์ขึ้น ก็จะทำให้คดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดลดลงได้อย่างเป็นรูปธรรม

8. เอกสารอ้างอิง

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด.
- ชูชาติ อัสวโรจน์. (2560). *การฟ้องคดีปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: บริษัท ฌรัสสรการพิมพ์ (กิตติชัย) จำกัด.
- ฤทัย หงส์สิริ. (2566). *ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- วิรัช วิรัชนิการวรรณ. (2542). *ศาลปกครองไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ รูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- สำนักงานศาลปกครอง. (2553). *9 ปีศาลปกครองแห่งความเชื่อมั่น*. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ดิน ดีไซน์จำกัด.
- อักษราทร จุฬารัตน. (2549). *กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล และคณะ. (2549). *วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ*. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Christian Dadomo and Susan Farran. (1996). *The French Legal System*. Second Edition, London: Sweet & Maxwell.
- L. Neville Brown and John S. Bell. (1998). *French Administrative Law*. Fifth Edition, New York: Oxford University Press.

ปัญหากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก Legal Problems of Child Pornography Law

พรเพ็ญ ไตรพงษ์¹

หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ภาควิชาสังคมวิทยา คณะสังคมศาสตร์

มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ

114 ซอยสุขุมวิท 23 แขวงคลองเตยเหนือ เขตวัฒนา กรุงเทพมหานคร 10110

อีเมลติดต่อ: Pornpent@g.swu.ac.th

Pornpen Traiphong²

Bachelor of Laws Program, Department of Sociology, Faculty of Social
Sciences, Srinakharinwirot University

114 Soi Sukhumvit 23, Khlong Toei Nuea, Watthana, Bangkok 10110

E-mail: Pornpent@g.swu.ac.th

ธีรฉัตร ประสาน³

หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ภาควิชาสังคมวิทยา คณะสังคมศาสตร์

มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ

114 ซอยสุขุมวิท 23 แขวงคลองเตยเหนือ เขตวัฒนา กรุงเทพมหานคร 10110

อีเมลติดต่อ: thirachat.prasan@g.swu.ac.th

Thirachat Prasan⁴

Bachelor of Laws Program, Department of Sociology,
Faculty of Social Sciences, Srinakharinwirot University

E-mail: thirachat.prasan@g.swu.ac.th

¹ รองศาสตราจารย์, ดร., อาจารย์ประจำ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ.

² Lecturer Faculty of Social Sciences, Srinakharinwirot University.

³ อาจารย์ประจำ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ.

⁴ Lecturer Faculty of Social Sciences, Srinakharinwirot University.

อัศมาพร ศิริทรัพย์⁵

บริษัท เอซีเอส เซอร์วิสซิง (ประเทศไทย) จำกัด

699 Modernform Tower ชั้น 11 ถนนศรีนครินทร์ แขวงพัฒนาการ เขตสวนหลวง
กรุงเทพมหานคร 10250

อีเมลติดต่อ: aussamaporn.srs@gmail.com

Aussamaporn Sirisub⁶

ACS Servicing (Thailand) Co., Ltd

699 Modernform Tower Srinakharin Rd., Phatthanakan, SuanLuang
Bangkok 10250

E-mail: aussamaporn.srs@gmail.com

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันปัญหาอาชญากรรมทางเพศในชุมชนเพิ่มสูงขึ้นทุกวัน โดยเฉพาะปัญหาอาชญากรรมทางเพศที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็ก หากพิจารณาถึงสาเหตุของปัญหาอาชญากรรมทางเพศที่เกิดขึ้นกับเด็ก ปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุของปัญหาปัจจัยหนึ่ง คือ การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถปรากฏบนเครือข่ายในหลายรูปแบบ เช่น สื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร หรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตนจริงแต่เป็นลักษณะภาพจำลองของเด็กที่มีลักษณะการทำอนาจารต่าง ๆ หรือมีกิจกรรมทางเพศ ซึ่งไม่ได้มีผลกระทบโดยตรงต่อเด็ก สังคมบางกลุ่มจึงมองว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่อาจเกิดอันตรายโดยตรงกับเด็กได้เพราะเป็นเพียงภาพที่จำลองขึ้นมาไม่มีชีวิตตัวตนอยู่จริง การกำหนดโทษสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินควร แต่มีอีกกลุ่มที่มีความเห็นต่างกันโดยมองว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งกระทบไปถึงพฤติกรรมของผู้ที่เสพสื่อนี้ทำให้มี

⁵ ผู้ร่วมค้นคว้า.

⁶ Research participants.

พฤติกรรมที่บิดเบือนอาจก่อให้เกิดปัญหาอาชญากรรมทางเพศที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็กสูงขึ้น จึงควรเป็นความผิดอาญามีการกำหนดโทษที่ชัดเจนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมุ่งศึกษาแนวความเห็นในสังคมปัจจุบันทั้งสองฝ่ายและหลัก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เรื่องสื่อลามกอนาจารเด็ก ควรครอบคลุมถึงคำว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน และหากมีการกำหนดโทษทางอาญาเรื่องฐานความผิดเกี่ยวกับ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ผู้เขียนมองว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีโทษร้ายแรงซึ่งมี ผลกระทบต่อชีวิตร่างกายทรัพย์สินและเสรีภาพของบุคคล หากกำหนดโทษสื่อลามก อนาจารเด็กเสมือนอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพมากเกินไป

คำสำคัญ: สื่อลามกอนาจารเด็ก, สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน, การจำกัดสิทธิเสรีภาพ

Abstract

Nowadays, the problem of sexual crime in the community is increasing every day. Especially the problem of sexual crimes that the victim is a child If considering the cause of sexual crime that occurs in children The main factor is the cause of the problem. Child pornography can appear on the network in many forms, such as child pornography, which is a story or manner that can be conveyed in

Therefore, the author aims to study the opinion of both sides in the current society and the Criminal Code, Section 287, on child pornography should cover the term virtual child pornography. And if there is a criminal penalty for the offense of virtual child pornography The author sees the criminal law as a law with a serious penalty that has an impact on the life, body, property and freedom of the person. If the penalty is imposed, virtual child pornography may affect the rights and freedom.

Keywords: Child Pornography, Virtual Child Pornography, Restriction of Rights and Liberties

1. บทนำ

สื่อลามกเป็นสิ่งที่แสดงในรูปแบบภาพโป๊เปลือยเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของการเร้าอารมณ์ทางเพศ สื่อลามกมีการนำเสนอในความหลากหลายของรูปแบบ ทั้งนิตยสาร ภาพเคลื่อนไหว การเขียน ภาพยนตร์ หรือวิดีโอและวิดีโอเกม อย่างไรก็ตาม ทศนคติของสังคมที่มีต่อการนำเสนอเรื่องสื่อลามกผิดศีลธรรม เป็นสิ่งเสียดสี และถูกปราบปราม กฎหมายเซ็นเซอร์หรือทำผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การนำเสนอสื่อลามกได้รับการยอมรับ และมีการแพร่หลายมากขึ้น โดยเฉพาะในช่วง พ.ศ. 2512 - 2527 ซึ่งเรียกได้ว่าเป็น “ยุคทองของภาพยนตร์ลามก” และได้กลายเป็นวัฒนธรรมกระแสหลักในวงการภาพยนตร์

อุตสาหกรรมสื่อลามกเติบโตขึ้นในช่วงครึ่งหลังทศวรรษที่ 20 การเปิดตัววิดีโอ ภาพยนตร์ และอินเทอร์เน็ต ทำให้อุตสาหกรรมสื่อลามกทั่วโลกเติบโตอย่างรวดเร็วซึ่งสร้างรายได้หลายพันล้านดอลลาร์ต่อปี อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันนี้ความก้าวหน้าเทคโนโลยีและการสื่อสาร ทำให้การติดต่อสื่อสารเป็นไปอย่างรวดเร็ว อย่างสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) ด้วยเหตุนี้การเข้าถึงสื่อสังคมออนไลน์มีความสะดวกรวดเร็ว การเข้าถึงสื่อลามกเป็นเรื่องง่าย อีกทั้งในรูปแบบของการนำเสนอมีหลากหลายรูปแบบและหลากหลายช่องทาง สื่อลามกบางสื่อมีต้นทางจากต่างประเทศ ทำให้กฎหมายไม่สามารถบังคับได้อย่างครอบคลุมหรือบังคับใช้ ได้อย่างทั่วถึง หรือติดในเรื่องความเป็นส่วนตัวเพราะแอปพลิเคชัน (Application) มีการกำหนดความเป็นส่วนตัวไว้⁷

ในปัจจุบันสื่อลามกอนาจารเด็กได้มีการแพร่หลายไปอย่างกว้างขวาง เข้าถึงได้ง่าย และรวดเร็ว ก่อให้เกิดปัญหาอาชญากรรมต่อเด็กในการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กก็สามารถเป็นปัจจัยที่มีส่วนกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมทางเพศ และส่งผลต่อจิตใจของผู้เสพสื่อ เช่น มีอารมณ์ทางเพศตามและมีความต้องการระบายอารมณ์ทางเพศด้วยการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ซึ่งบางครั้งอาจทำให้เผลอเผลอไปหาเหยื่อเพื่อระบายความต้องการทางเพศของตน ตัวอย่างเช่น รายงานการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการกระทำ

⁷ Phumiphat Suknet. (2021). kan priap thiap dado mai khuapkhum su lamok khong prathet Thai kap prathet Yipun. [Comparing Thailand's Pornography Control Laws to Japan's]. *Thai Journal of Research and Management*, 2, pp.2-3.

ความผิดทางเพศของผู้ต้องหาทางเพศชายในเรือนจำกลางนครปฐม⁸ รายงานว่าสื่อลามกเป็นปัจจัยหนึ่งที่กระตุ้นให้รู้สึกมีความต้องการทางเพศเพิ่มสูงขึ้นและเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีส่วนก่อให้เกิดแรงขับเคลื่อนในการที่จะกระทำความผิด อีกทั้งจากรายงานสถิติคดีเด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศของศูนย์ช่วยเหลือสังคมกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์⁹ มีรายงานการแสวงหาประโยชน์ทางเพศทางออนไลน์เพิ่มขึ้นในประเทศไทย โดยเฉพาะในกลุ่มเด็ก โดยในช่วงระยะเวลาที่จัดทำรายงาน พ.ศ. 2564 พบว่า หน่วยเฉพาะกิจปราบปรามอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดต่อเด็ก สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (Thailand Internet Crimes Against Children หรือ TICAC) ได้รับคำแนะนำจากองค์กรพัฒนาเอกชนในสหรัฐฯ (ในกรณีนี้ คือ National Center for Missing & Exploited Children) ว่าตรวจพบ กรณีที่เป็นไปได้ว่าจะเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กทางออนไลน์ มากกว่า 260,000 รายการ ซึ่งเพิ่มขึ้นอย่างมากเมื่อเทียบกับคำแนะนำในรูปแบบเดียวกันใน พ.ศ. 2562 ที่มีอยู่ประมาณ 117,000 รายการ ดังนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กไม่ได้เพียงก่อให้เกิดผลเสียต่อเด็กที่เป็นผู้แสดงในสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อผู้ดูสื่อลามกอนาจารเด็กโดยอาจก่อให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบซึ่งอาจก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของอาชญากรรมทางเพศกับเด็กได้ด้วย นับได้ว่าเป็นปัญหาร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเด็ก

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ซึ่งมีการกำหนดให้มีบทนิยาม “สื่อลามกอนาจารเด็ก” โดยเพิ่มอนุมาตรา 17 ของมาตรา 1 มีการกำหนด

⁸ Yoddet Siladecha. (2008). *khwamsamphan khong su lamok kap kankratham khwamphit thang phet khong phutongha chai nai ruancham klang Nakhon Pathom* [media relations Obscene with sexual offences of male accused in Nakhon Pathom Central Prison]. Thesis Master's degree Department of Criminology and Justice Master of Arts, Faculty of Social Sciences and humanities). Mahidol University, Nakhon Pathom. pp.1-2.

⁹ Thai News Agency MCOT. (2022). *sathiti khadi dek thuk luanglamoet thang phet* [Case statistics the child was sexually abused]. (Online). Available: <http://tna.mcot.net/view/5bd45ea5e3f8e40ace66f41e/>. [2023, 10, May].

ความผิดเกี่ยวกับการมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้ง การส่งต่อโดยเพิ่ม
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1

อีกทั้งกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมี
วัตถุประสงค์เพื่อการค้าเพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อแสดงการอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้
นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นนกราชอาณาจักร พาไป
หรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ประกอบการค้า หรือมีส่วน หรือ
เกี่ยวข้องในการค้าโดยเพิ่มมาตรา 287/2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นการแยก
ประเภพระหว่างสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็ก อันมีลักษณะความผิด
ร้ายแรงแตกต่างกันโดยกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่
ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น เนื่องจากการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก
ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกัน จากการถูก
ล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวยังมีปัญหาในการบังคับใช้เกี่ยวกับ
การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งบัญญัติไว้อย่างไม่ชัดเจน ไม่ครอบคลุม และไม่สอดคล้อง
กันในบางประการ ส่งผลให้การคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศเด็กไม่มี
ประสิทธิภาพตามที่ตั้งเป้าประสงค์ไว้ ก่อให้เกิดอุปสรรคที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีในแต่ละ
ขั้นตอนหลายประการ เมื่อคดีความเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่
ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกักฎหมายดังกล่าว อันได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการ และศาล
จะต้องพิจารณาให้รอบคอบ รอบด้าน เพราะเป็นกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อประชาชน จึงมี
ความสำคัญอย่างยิ่งในการทำควมเข้าใจในประเด็นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะทำให้มีการบังคับใช้
กฎหมายได้อย่างถูกต้องมีประสิทธิภาพ เกิดประสิทธิผล และก่อให้เกิดประโยชน์ต่อ
กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมสืบไป

2. ความหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก

สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กซึ่งจาก
การศึกษาพบว่า เด็กที่มีส่วนร่วมในการผลิตสื่อลามกอนาจาร จะมีอาการหดหู่ มีพฤติกรรม
ต่อต้านสังคมมีอาการซึมเศร้า มีความกลัว มีความวิตกกังวล และอารมณ์แปรปรวน โดยภาพ
หรือสื่อเหล่านั้นมักจะจัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ให้กลุ่มคนที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กได้ดู

การล่วงละเมิดทางเพศเด็กแล้วซ้ำเล่า ทำให้สิ่งเหล่านี้เป็นตราบาปติดตัวเด็กไปตลอดชีวิต สื่อลามกอนาจารเด็กจึงเป็นสิ่งที่น่าน่าประเทศต่อต้านและออกกฎหมายให้การผลิต ครอบครอง เผยแพร่ ส่งต่อและการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาเพื่อคุ้มครอง เด็ก ซึ่งก่อนที่จะศึกษารายละเอียดของกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในเบื้องต้น ก็จำเป็นจะต้องเข้าใจความหมายและลักษณะทั่วไปของสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อให้เกิด ความชัดเจนว่าสิ่งใดคือสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นสิ่งผิดกฎหมาย

การให้คำนิยามที่ชัดเจนของสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ใช่เรื่องง่าย ในแต่ละ ประเทศได้ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กแตกต่างกันไป อาจเป็นเพราะด้วย ทศนคติและมาตรฐานของสังคมที่แตกต่างกันตามภูมิหลังทางจริยธรรม ทางสังคม ศาสนา และวัฒนธรรมกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้นิยามความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก ไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อให้ครอบคลุมและคุ้มครองเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการขายเด็กการค้าประเวณีและ สื่อลามกเกี่ยวกับเด็กหรือ Optional Protocol to the CRC on the sale of children, child prostitution and child pornography¹⁰ ได้กำหนดว่าสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก หมายถึง การนำเสนอใดโดยวิธีการใดก็ตาม ที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศ อย่างชัดเจน ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้นหรือการนำเสนออวัยวะส่วนใดในทางเพศของเด็ก เพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ แต่อย่างไรก็ตาม ในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่า ด้วยสิทธิเด็กเรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณีและสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก ไม่ได้กำหนดนิยาม ของคำว่าเด็กเอาไว้จึงต้องใช้เกณฑ์ตามคำนิยามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้ตาม กฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็ก¹¹

¹⁰ Mimi Halper Silbert. (2005). On Effects on Juveniles of Being Used for Pornography and Prostitution. Quoted in Rebecca Ong, "Child Pornography and the Internet in Hong Kong," *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 32(1), p. 92.

¹¹ Thai News Agency MCOT. (2022). *sathiti khadi dek thuk luanglamoet thang phet [Case statistics the child was sexually abused]*. (Online). Available: <http://tna.mcot.net/view/5bd45ea5e3f8e40ace66f41e/>. [2023, 10 May].

3. คำนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา

ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก นับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ได้ก เป็นทั้งผู้บริโภคสื่อ หรือเป็นผู้ถูกกระทำ หรือเป็นคนแสดงในสื่อก็ตาม ดังนั้น ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ให้เพิ่มความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในอนุมาตรา 17 ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดง ให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูปเรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบ บันทึกละเอียด แถบบันทึกละเอียด หรือรูปแบบอื่นใด ในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้ หมายความว่ารวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

คำนิยามดังกล่าวมีปัญหาในการตีความทั้งอย่างแคบและอย่างกว้างโดยเฉพาะ คำอธิบายที่ว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก” ซึ่งหากใช้ในความหมายอย่างกว้าง ย่อมรวมถึงสิ่งที่แสดงอวัยวะเพศของเด็กอย่างเดียวยก อาจทำให้มีปัญหาในทางปฏิบัติว่าการมีหรือเก็บไว้ซึ่งรูปเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่เปลือย ทั้งตัวหรือครึ่งท่อนเป็นการทำสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย และจากเอกสารประกอบพิจารณา ร่างแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) บรรจุ ระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 17/2558 วันที่ 19/2558 อ.พ. 12/2558 ได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับขอบเขตของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามบทนิยามที่ เสนอมาในความหมายอย่างกว้างครอบคลุมทั้งสื่อที่แสดงความลามกอนาจารของเด็กที่มี ตัวตนอยู่จริงรวมไปถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนอยู่จริง แต่เกิดจากจินตนาการหรือการสร้างขึ้นของ คนซึ่งอาจเป็นการขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวางอาจกระทบเสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นของบุคคลได้ในขณะที่ประเด็นนี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในกฎหมายของ ต่างประเทศ บางประเทศและยังไม่มีมีการขยายขอบเขตกฎหมายของตนให้ครอบคลุมไปถึง

เด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตนอยู่จริงจึงควรนำมาพิจารณาในการกำหนดบทนิยามดังกล่าวในกฎหมายไทยด้วย¹²

4. ความผิดฐานลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา

สื่อลามกอนาจารของผู้ใหญ่นั้น กฎหมายอนุญาตให้สามารถมีไว้ครอบครองได้ หากไม่ได้ทำเพื่อทางการค้าธุรกิจใด ๆ เนื่องจากถือเป็นรสนิยมส่วนบุคคล แต่ส่วนสื่อลามกของเด็กนั้น กฎหมายมีความจำเป็นต้องคุ้มครองให้เข้มงวดมากขึ้น เพราะเด็กมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอและยังอาจตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศในกระบวนการผลิตสื่อลามกเหล่านี้จำนวนมากได้ จึงทำให้เห็นว่า กฎหมายควรจะควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กตั้งแต่การผลิตและการครอบครองด้วยเลย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 มาตรา 4 จึงได้บัญญัติว่า ให้เพิ่มความผิดฐานลามกอนาจารเด็ก ดังความต่อไปนี้ เป็นมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ของลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเอง หรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ มาตรา 287/2 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้าเพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชนทำผลิตมีไว้นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักรส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

¹² เดชอุดม ไกรฤทธิ์. (2559). คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก). กรุงเทพฯ: สภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์. หน้า 1.

(2) ประกอบการค้าหรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร
เด็กง่าย แจก หรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) เพื่อจะช่วยให้การทำให้แพร่หลายหรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้วโฆษณา
หรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา 287/1 หรือโฆษณา
หรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด¹³

ดังนั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ
มากขึ้น พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) จึงกำหนดให้
ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก
เป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้การครอบครองและส่งต่อซึ่ง
สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดด้วย

จะเห็นได้ว่า เกณฑ์อายุของเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจากสื่อลามก
อนาจารบนอินเทอร์เน็ต ย่อมเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 และมาตรา
287/2 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24)
พ.ศ. 2558 คือ คุ้มครองเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งเป็นเกณฑ์อายุของเด็กที่สอดคล้องกับ
มาตรฐานสากลและมีความเหมาะสมแล้ว¹⁴ เนื่องจากประเทศไทยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้
เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของสหประชาชาติ และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา
ว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ซึ่งเป็น
ประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเด็ก และป้องกันเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็ก
บนอินเทอร์เน็ตยังมีจุดที่สมควรได้รับการแก้ไข ปรับปรุงให้ดีขึ้น คือ บทบัญญัติในประมวล
กฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ซึ่งกำหนดทั้งความผิดและโทษฐานครอบครองสื่อลามก
อนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศหรือส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก มาตรา 287/2

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

¹⁴ Ploychompoo Muanglek, Prasarn Boonsopak and Kanathip Thongraweewong. (2022).
mattrakan thang kotmal nai kan pngkan lae prapram su lamok thi kieokap kop na'in
thenet [Legal measures to prevent and suppress child pornography on the Internet].
Journal of Justice, 15, 3, pp. 91-92.

ซึ่งกำหนดความผิดและโทษฐานทำหรือประกอบการค้าหรือโฆษณาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและมาตรา 1 (17) ซึ่งกำหนดนิยามของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” บทบัญญัติทั้งสามมาตราที่กล่าวมานี้ต่างใช้คำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ด้วยกันทั้งสิ้น จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่ควบคุมวัตถุอันตรายทางเพศซึ่งกระทำลงบนอินเทอร์เน็ต มิใช่กฎหมายกำหนดความผิดซึ่งกระทำทางกายภาพต่อเด็กดังเช่นความผิดฐานกระทำความผิดต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 การที่กฎหมายสามมาตราดังกล่าวใช้คำว่า “ลามก” และ “อนาจาร” รวมกันอาจทำให้เข้าใจผิดไปได้ว่า ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 เป็นความผิดลักษณะเดียวกันหรือสัมพันธ์กันกับความผิดฐานกระทำความผิดต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 ทั้ง ๆ ที่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ไม่มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์ใด ๆ เลยกับการกระทำความผิดฐานกระทำความผิดต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ใช้คำว่า “สื่อลามกอนาจาร” จึงอาจทำให้เกิดความสับสนในการตีความกฎหมายได้¹⁵ ดังนั้น บุคคลใดก็ตามที่มีสื่อลามกอนาจารเด็กในครอบครองก็มีความผิดโดยไม่จำเป็นต้องมีเด็ก หรือบุคคลใดไปแจ้งความร้องทุกข์กล่าวโทษ เปรียบเหมือนมียาเสพติดไว้ในครอบครองเลย แค่มีก็ดผิดแล้ว

5. ความหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบันทึกของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กหรือการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กซึ่งทำให้เกิดผลกระทบต่อเด็กไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ในอีกมุมหนึ่งอาจมีการสร้างสรรค์ผลงานซึ่งเกิดจากจินตนาการและความคิดของบุคคลไม่ว่าจะเป็นภาพวาด ภาพเขียน หรือรูปปั้นของเด็ก ซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือการอาศัยเทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์ในการสร้างภาพจำลองของเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ โดยไม่ต้องมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง ทำให้สื่อนี้เป็นสื่อไม่เกี่ยวข้องกับ

¹⁵ *Ibid.*, p. 92.

การล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ๆ¹⁶ ซึ่งไม่มีผลโดยตรงต่อเด็กและยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันว่าเหมาะสมหรือไม่ที่กฎหมายจะเข้าไปควบคุมความพ้อฝัน หรือจินตนาการของบุคคลให้เป็นอาชญากรรมและจะเป็นการคุกคามความเป็นส่วนตัว หรือละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลหรือไม่ นอกจากนี้ ยังอาจมีกรณีของการนำผู้ใหญ่ที่แต่งตัวเหมือนเด็กมาทำท่าทางเพื่อความประสงค์ในเรื่องทางเพศ และประชาสัมพันธ์ว่าภาพนั้นเป็นภาพถ่ายของเด็กทำให้เข้าใจว่าภาพนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งก็มีประเด็นพิจารณาว่าสื่อในลักษณะนี้เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กในมุมมองของกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ในการวิเคราะห์หรือพิจารณาประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงต้องมีความเข้าใจก่อนว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนคืออะไรซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน คือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้ใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิตหรือการสร้างหลักการของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน กล่าวคือ ไม่มีการล่วงละเมิดหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กที่มีตัวตนจริง แต่เป็นการจำลองความเป็นเด็กหรือสิ่งเสมือนเด็กที่แสดงถึงลักษณะทางเพศของเด็ก โดยสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่ศึกษาเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของสื่อแสดงภาพเท่านั้น ไม่รวมถึงสื่อประเภทอื่น เช่น งานเขียน หรือนิยาย ที่อาจมีการบรรยายทางเพศที่เกี่ยวกับเด็กที่ไม่เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีตัวตนจริง

6. สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนกับแนวคิดทางอาญา

การพิจารณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ มีแนวคิดที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีโทษร้ายแรงซึ่งมีผลกระทบต่อชีวิตร่างกายทรัพย์สินและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายอาญา จึงต้องมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจาก

¹⁶ Marie Eneman, (2023). Alisdair Gillespie and Bernd Stahl. "Criminalising Fantasies: The Regulation of Virtual Child Pornography". (Online). Available: <http://www.cse.dmu.ac.uk/bstah/publications/2009CriminalisingFantasiesECIS>. [2023, 10 May].

กฎหมายประเภทอื่น ซึ่งก็คือหลัก “ไม่มีความผิดไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่สำคัญมาก ซึ่งโครงสร้างของหลักการดังกล่าวประกอบด้วย

(1) การกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำไม่ได้โดยใช้กฎหมายจารีตประเพณี

(2) การกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำไม่ได้โดยใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้

(3) กฎหมายอาญาในทางเป็นโทษไม่มีผลย้อนหลัง และ

(4) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนกล่าวคือเนื้อหาและขอบเขตจะต้องแสดงออกโดยตัวบทกฎหมายอย่างชัดแจ้ง¹⁷

โดยที่หลัก “ไม่มีความผิดไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena, Sine lege) เป็นหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

จะเห็นได้ว่า หลักประกันในกฎหมายอาญานั้นเป็นข้อเรียกร้องที่กำหนดว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน องค์ประกอบของความผิดอาญา ฐานต่าง ๆ จะต้องบัญญัติให้ชัดที่สุด ต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง หรือขยายได้ ซึ่งมาจากหลักเกณฑ์ที่ว่า อำนาจอรัฐต้องมีกฎหมายรับรอง จะใช้ได้ผลอย่างเต็มที่ก็ต่อเมื่อเจตจำนงของประชาชนที่แสดงออกมาในรูปของกฎหมายอย่างชัดแจ้ง การตัดสินใจตามอำเภอใจของผู้พิพากษาไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องหนึ่งของหลักนิติรัฐที่มีต่อกฎหมายอาญา ซึ่งเข้มงวดกว่ากฎหมายอื่น ๆ¹⁸

¹⁷ คณิต ณ นคร. (2553). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 80.

¹⁸ จิตติ ดิงศรัทีย. (2556). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 33.

7. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการแสดงออกทางเพศ

7.1 แนวคิดแบบอนุรักษ์นิยม (Conservative)

โดยที่แนวคิดแบบอนุรักษ์นิยมได้พิจารณาเกี่ยวกับแนวคิดทางเพศเอาไว้ โดยมองว่าการแสดงออกในเรื่องทางเพศอย่างเปิดเผยในสังคมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม เพราะมองว่าเรื่องเพศเป็นของต่ำ หยาดบคาย และไม่เหมาะสมที่จะพูดคุย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงออกทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากธรรมชาติ¹⁹ การแสดงอารมณ์ความรู้สึกต่อความพึงพอใจทางเพศก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่งาม ซึ่งการแสดงออกดังกล่าวอาจจะกระทบต่อระบบศีลธรรมอันดีของบุคคลในสังคม และท้ายที่สุดจะเป็นการทำลายคุณค่าทางศีลธรรมและสังคม แต่ต่อมาแนวคิดนี้ได้ค่อย ๆ ผ่อนคลายความคิดในเรื่องการแสดงออกทางเพศของตนเองลงโดยยอมรับถึงการแสดงออกทางเพศว่าสามารถที่จะทำได้เช่นการให้ความรู้ความเข้าใจในเรื่องของเพศศึกษาต่าง ๆ

อย่างไรก็ตาม สังคมก็ยังไม่ยอมรับในเรื่องของการแสดงออกทางเพศบางประการ และการแสดงออกทางเพศที่เกินเลยไปจากมาตรฐานทางสังคมที่ยอมรับกันโดยการแสดงออกทางเพศสมควรเป็นเรื่องส่วนตัวและมีจุดมุ่งหมายเพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์มนุษย์การแสดงออกต่อสาธารณะจะกระทำได้ ก็แต่เพียงเพื่อการให้ความรู้ทางเพศเท่านั้นในเรื่องสิ่งลามกแนวคิดนี้มีความเห็นว่า คุณค่าของความสัมพันธ์ภายในครอบครัวคุณค่าของการแต่งงานการมีคู่ครองคู่สมรสคนเดียว (Monogamous) มีความสำคัญต่อระบบสังคมคุณค่าทางศีลธรรมที่จะต้องรักษาสถาบันทางสังคมเป็นสิ่งสำคัญมากกว่าการที่จะหาความบันเทิงจากการมีกิจกรรมทางเพศสิ่งลามกจึงถูกมองว่าเป็นสิ่งที่ทำลายคุณค่าและศีลธรรมดังกล่าวสิ่งลามกเป็นสิ่งที่แสดงถึงกิจกรรมทางเพศในลักษณะต่าง ๆ เท่าที่สามารถจะนึกคิดปฏิบัติขึ้นมาได้ และยังสะท้อนให้เห็นถึงการทำลายคุณค่าทางแนวคิดของการมีคู่สมรสเพียงคนเดียวด้วยลักษณะของกิจกรรมทางเพศของบุคคลต่าง ๆ ที่ปรากฏในสิ่งลามกสะท้อนให้เห็นถึงความอันตรายต่อบุคคล สังคมและมาตรฐานทางศีลธรรม อันตรายที่มีต่อร่างกายและจิตใจของเหยื่อและบุคคลที่รับชมและอันตรายจากเนื้อหาของสิ่งลามกที่มุ่งกระตุ้นความรู้สึกและความต้องการทางเพศที่มีต่อความรู้สึกของบุคคลในสังคมต่อมาตราฐานทาง

¹⁹ คณิต ฌ นคร. อ่างแล้ว เชิงอรธที่ 17. หน้า 84.

ศีลธรรมในเรื่องเพศนำมาซึ่งความเสื่อมต่อมาตรฐานทางศีลธรรมทางเพศของสังคมและ
ท้ายที่สุดมาตรฐานทางศีลธรรมและสังคมจะถูกทำลาย

7.2 แนวคิดแบบเสรีนิยม (Liberal)

แนวคิดแบบเสรีนิยมมีความเห็นในเรื่องการแสดงออกทางเพศเอาไว้ว่าโดยพื้นฐาน
ของมนุษย์มีความเป็นปัจเจกชนมีเสรีภาพในการกระทำต่าง ๆ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่เกิดเป็น
สิทธิตามธรรมชาติการทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศไม่ใช่สิ่งที่จะมีผลต่อสังคมเพราะเรื่องทาง
เพศเป็นเรื่องส่วนตัวซึ่งไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อสังคมการแสดงควมพึงพอใจทางเพศแก่กันของ
คูรักรหรือบุคคลอื่นเป็นที่รักจึงไม่ใช่เรื่องเสียหาย การพูดคุยเรื่องทางเพศในที่สาธารณะ
หรือการแสดงออกทางเพศของบุคคลในที่สาธารณะเป็นเรื่องธรรมดาสามารถกระทำได้
และจะไม่สมควรที่จะถูกขัดขวางด้วยอำนาจใด ๆ บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลทางเพศ
ต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่และเมื่อได้รับข้อมูลทางเพศอย่างเต็มที่ก็ย่อมที่จะกำหนดพฤติกรรม
ทางเพศของตนเองได้ โดยมีพื้นฐานมาจากการที่เห็นว่ามนุษย์มีเหตุผลในการเลือกที่จะยอมรับ
พฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งได้ ในเรื่องสิ่งลามกแนวคิดนี้เห็นว่า สิ่งลามกมีความใกล้เคียงกับ
การแสดงออกทางเพศ แต่สิ่งลามกเป็นการแสดงให้เห็นถึงถ้อยคำรูปภาพที่แสดงถึงเรื่องทาง
เพศของมนุษย์โดยแท้ กล่าวคือ สิ่งลามกจะมุ่งไปที่การกระตุ้นอารมณ์ ความรู้สึกทางเพศแต่
เพียงอย่างเดียว และด้วยการที่การแสดงออกทางเพศกับเรื่องสิ่งลามกเป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกัน
ดังนั้น แนวคิดนี้จึงเห็นว่าสิ่งลามกก็คือการแสดงออกทางเพศที่เป็นอันตราย (Harm) และ
จะต้องถูกจำกัด กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกทางเพศยังคงมีต่อไปจนกว่าจะเห็นว่า
การแสดงออกนั้นเป็นอันตราย ความเป็นอันตรายนี้อาจเป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ ของ
บุคคลหรือผู้รับรู้ ซึ่งความเป็นอันตรายนี้จะขึ้นอยู่กับบุคคลและชุมชนที่จะพิจารณาว่า กรณีใด
จะถือว่าการแสดงออกนั้นเป็นสิ่งลามก ด้วยเหตุนี้ แนวคิดเสรีนิยมเห็นว่าสิ่งลามกเป็น
สิ่งที่จะต้องมีการควบคุมเพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพโดยรวมของบุคคลอื่น ๆ

อย่างไรก็ตาม แนวคิดทั้งสองแนวมีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุม
สิ่งลามกจะเห็นได้ว่า ถ้าประเทศใดยึดถือแนวคิดอนุรักษนิยม ประเทศนั้นจะมีกฎหมายที่
ห้ามการเผยแพร่สิ่งลามกทุกประเภทเป็นการเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากการเผยแพร่
ดังกล่าว ก่อให้เกิดผลเสียด้านศีลธรรมต่อบุคคลในสังคมในขณะที่ยึดถือแนวคิดเสรีนิยม
ประเทศนั้นก็จะจะมีกฎหมายที่ควบคุมสิ่งลามกที่เป็นไปตามแนวคิดเสรี กล่าวคือ เพราะแนว

ในการพิจารณามีความแตกต่างกันทำให้มองว่าสิ่ง ๆ หนึ่งตามแนวคิดอนุรักษนิยมถือว่าเป็นสิ่งลามกแล้วในขณะที่สิ่งเดียวกันนี้ ถ้าพิจารณาตามแนวคิดเสรีนิยมไม่ถือว่าเป็นสิ่งลามกก็ได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่ควบคุมสิ่งลามกตามแนวคิดเสรีนิยมจึงถูกมองว่ามีความไม่เข้มงวด สิ่งลามกบางประเภทสามารถจำหน่ายได้ แต่แท้ที่จริงแล้วสิ่ง ๆ นั้น ไม่ถือว่าเป็นสิ่งลามกในความหมายของประเทศนั้น

8. ข้อเสนอแนะในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เห็นว่าเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจำเป็นต้องมีการกำหนดความผิดให้ครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กทุกรูปแบบไม่ว่าจะมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงหรือจำลองขึ้นมาโดยมีเหตุผลสนับสนุนจำนวน 4 ข้อ ได้แก่

8.1 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศ

ผลกระทบต่อสังคมนั้นสื่อลามกอนาจารเด็กมีผลกระทบต่อสังคมเนื่องจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบต่อเด็กทำให้เด็กซึ่งเป็นสมาชิกของสังคม ได้รับความจากการที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศไปจนถึงการกระทบต่อสถาบันครอบครัวและยังกระทบต่อประโยชน์สาธารณะความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย กล่าวคือสื่อลามกอนาจารเด็ก อาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้ ส่วนสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น แม้ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงในการผลิตสื่อ แต่การมีภาพเด็กเสมือนทำกิจกรรมทางเพศเผยแพร่บนเว็บบอร์ดในสังคมก็อาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้และอาจทำให้สังคมมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศเช่นกัน

8.2 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีอันตรายต่อเด็กที่เข้าถึง

ถึงแม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะเป็นสื่อที่ไม่ได้มีอันตรายต่อเด็กโดยตรง แต่อาจมีอันตรายโดยอ้อมต่อเด็กที่เข้าถึงสื่อเหล่านั้นเพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีภาพการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กที่อาจอยู่ในลักษณะของภาพการ์ตูนซึ่งสามารถดึงดูด

ความสนใจของเด็กได้และทำให้เด็กเข้าใจว่าเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมที่อยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนกันเป็นสิ่งที่เหมาะสมหรือเป็นเรื่องปกติของสังคม²⁰

8.3 ความก้าวหน้าเทคโนโลยีทำให้การพิสูจน์ยากว่าในสื่อลามกนั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือน

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจอยู่ในรูปแบบของภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ซึ่งในปัจจุบันสามารถสร้างสรรค์ภาพเด็กให้เหมือนกับเด็กจริงจนไม่สามารถแยกออกได้ว่าเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนเช่นกรณีของสวีตี้ (Sweetie)²¹

ซึ่งจะทำให้การตรวจสอบหรือพิสูจน์ว่าในสื่อลามกนั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนเป็นเรื่องยากหรือในทางกลับกันผู้กระทำความผิดอาจใช้วิธีปรับเปลี่ยนรูปถ่ายหรือวิดีโอของการล่วงละเมิดเด็กที่เกิดขึ้นจริงให้เป็นในรูปแบบการ์ตูนหรือรูปวาดไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวเพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีตามกฎหมายได้ด้วย ดังนั้นการทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงเป็นการป้องกันการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีของพวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กได้

8.4 กฎหมายควรจะต้องเป็นเครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกกรณี

วัตถุประสงค์หลักของกฎหมาย คือ การต่อสู้โดยตรงกับการใช้ประโยชน์และการล่วงละเมิดทางเพศเด็กรวมถึงการยับยั้งสิ่งต่าง ๆ ที่จะนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กด้วยเมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน สามารถเป็นสื่อที่จะนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กได้กฎหมายจึงควรจะต้องเป็นเครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกกรณี

²⁰ นัฐินี สุวินัย. (2560). ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก: ศึกษากรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 160.

²¹ สวีตี้ (Sweetie) เป็นเด็กเสมือนที่ถูกสร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์โดยองค์กรการกุศลที่ช่วยเหลือเด็กในราชอาณาจักรนอร์แลนด์เพื่อต่อต้านการล่วงละเมิดทางเพศเด็กผ่านทางเว็บแคมซึ่งสามารถทำให้บุคคลอื่นเชื่อว่าเป็นเด็กจริงและสามารถจับกุมผู้กระทำความผิดได้จำนวนมาก.

9. ข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ฝ่ายที่เห็นว่าไม่ควรกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ยกข้อโต้แย้งเพื่อหักล้างข้อสนับสนุนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจำนวน 4 ข้อ ได้แก่

9.1 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีอันตรายโดยตรงต่อเด็ก

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแล้วพบว่า สื่อลามกอนาจารเด็กมีผลกระทบหรืออันตรายโดยตรงต่อเด็กที่เป็นเหยื่อ เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบันทึกของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งส่งผลกระทบต่อร่างกายจิตใจและอารมณ์ของเด็กและมีผลกระทบเพิ่มเติมต่อเด็กเมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นถูกเผยแพร่ไปและวนเวียนอยู่ในสังคม สื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิเด็กที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการล่วงละเมิดทางเพศและแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่สำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นเป็นสิ่งที่สร้างขึ้นจากจินตนาการจึงไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อเด็กไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือจิตใจจึงไม่ควรกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

9.2 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพบุคคลเกินสมควร

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งที่ไม่มีอันตรายในตัวเองแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นบันทึกการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งเป็นสิ่งที่มีอันตรายในตัวเอง ดังนั้น ควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยการกำหนดความผิดอาญานั้นขัดต่อเสรีภาพในการแสดงออกสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อีกทั้งการอ้างว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะทำให้ผู้ชมมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเกิดความกระหายในการล่วงละเมิดทางเพศเด็กนั้นก็ยังไม่มียืนยันได้แน่นอนถึงความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนกับการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศเด็กและถึงแม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะกระตุ้นให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ก็ไม่ใช่เหตุผลที่เพียงพอที่จะทำให้ตัวมันเองเป็นสิ่งผิดกฎหมายประกอบกับกฎหมายไม่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพียงเพราะต้องการป้องกันไม่ให้เด็กเข้าถึงสิ่งนั้นได้

นอกจากนี้การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกหรือการพูดที่มากขึ้นโดยอาจเป็นจุดเริ่มต้นของสิ่งต่าง ๆ เช่น การเคลื่อนไหวเพื่อปราบปรามหนังสือที่ไม่พึงปรารถนาซึ่งเป็นการการละเมิดเสรีภาพที่มากขึ้นและเป็นการบั่นทอนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

9.3 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้แทนสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีอยู่จริงได้

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้เด็กจริงในการผลิตจะถูกทำลายหากมีทางเลือกใหม่ ๆ โดยหากอนุญาตให้มีการผลิตหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะสามารถหยุดการใช้เด็กที่มีตัวตนจริงในผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะมาแทนที่สื่อลามกอนาจารที่ใช้เด็กจริงในการผลิตซึ่งผิดกฎหมายผู้ผลิตคงไม่เสี่ยงใช้เด็กจริงในการผลิตสื่อลามกอนาจารทั้งที่สามารถใช้คอมพิวเตอร์ผลิตภาพที่แทนกันได้และผู้ที่มีการสนิยมชอบเด็กหรือชอบสื่อลามกอนาจารเด็กอาจใช้สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อตอบสนองความใคร่ของตนแทนการใช้สื่อลามกอนาจารเด็กได้²²

9.4 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้ในการให้ความรู้แก่เด็กเกี่ยวกับเรื่องทางเพศได้

ข้อโต้แย้งนี้มีพื้นฐานมาจากความเห็นของศาสตราจารย์ยูการี ฟุจิโมโตะ ที่ศึกษาด้านมังงะและเพศของมหาวิทยาลัยเมจิ ประเทศญี่ปุ่น ที่ระบุว่ามังงะที่มีเรื่องราวเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศที่ชัดเจนช่วยให้เด็ก ๆ พัฒนาเกี่ยวกับความรู้เรื่องเพศและทำให้เด็ก ๆ เข้าถึงและเข้าใจความปรารถนาของตนเอง การปกป้องเด็กจากข้อมูลเรื่องเพศสัมพันธ์จะเป็นการทำให้พวกเขามีโอกาสน้อยที่จะพูดคุยเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างตรงไปตรงมา

จากการศึกษาแนวความคิดเห็น ทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายโต้แย้ง สรุปได้ว่าประเด็นแนวคิดสำคัญที่ทั้งสองฝ่ายต่างมีคือการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อเด็ก และการจำกัดสิทธิส่วนบุคคล ในการพิจารณากำหนดโทษการกระทำ หากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ได้เป็นสิ่งที่มีความผิดในตัวเองแต่เป็นผลกระทบโดยอ้อมที่เกิดขึ้นกับเด็ก ก็ไม่ควรกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนให้เท่ากับโทษการครอบครองสื่อลามก

²² นัฐินี สุวินัย. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20. หน้า 161-163.

อนาจารเด็กที่มีอยู่จริง และควรกำหนดให้การเผยแพร่และการค้าเป็นความผิดเพื่อป้องกัน
ผลให้เด็ก จากการที่จะถูกล่วงละเมิดทางเพศ และเข้าถึงสื่อที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวเพื่อไม่ให้
เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร²³

10. สรุป

สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีผลกระทบต่อสังคม เช่น
สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบต่อเด็กทำให้เด็กซึ่งเป็น
สมาชิกของสังคมได้รับผลจากการที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศไปจนถึงการกระทบต่อสถาบัน
ครอบครัวและยังกระทบต่อประโยชน์สาธารณะความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ
ประชาชนด้วยส่วนสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแม้ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก
จริงในการผลิตสื่อ แต่การมีภาพเด็กเสมือนทำกิจกรรมทางเพศเผยแพร่ วนเวียนอยู่ใน
สังคมก็อาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้
เช่นกันและอาจทำให้สังคมมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศด้วยแต่อีกฝ่ายมองว่าสื่อลามก
อนาจารเด็กเสมือนไม่มีผลกระทบต่อเด็กโดยตรงทำให้การกำหนดความผิดดังกล่าวเป็น
การจำกัดสิทธิเกินควร ดังนั้น จึงเกิดข้อถกเถียงกันในการตีความการกำหนดบทบัญญัติจึง
ต้องคำนึงถึงมาตรฐานทางสังคมนั้น ๆ

ในปัจจุบันยังมีปัญหาถกเถียงกันในเรื่องของการตีความสื่อลามกอนาจารเด็ก
และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนว่า คำนียามตามกฎหมายไทยสามารถตีความให้หมายความ
รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ เมื่อมองถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้วจะเห็นว่าไม่มี
วัตถุประสงค์ในการบังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามก
อนาจารเด็กของไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ การครอบครองสื่อ
ลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา
287/1 และการครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้าหรือการเผยแพร่

²³ Fukuda Takahiro. (2023). *Child sex in 'manga' – art or obscenity? : Graphic but healthy, free speech. Japan Times.* (Online). Available: <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/>. [2023, 20 May].

และการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่เป็นความผิดตามมาตรา 287/2 แต่เป็นความผิดตามมาตรา 287 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่ากฎหมายของประเทศไทยเป็นไปในแนวทางดังกล่าวจริง จึงควรแก้ไขคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนว่าไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนและกำหนดนิยามอย่างแน่นอนไว้ในมาตรา 1 (7) อย่างชัดเจน

ดังนั้น การกำหนดคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้สามารถตีความให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีความผิดและมีโทษเท่ากับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ที่จะกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งมีผลร้ายต่อเด็กไม่เท่ากัน แต่มีความผิดเท่ากันและลงโทษเท่ากันโดยเฉพาะความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ซึ่งเป็นความผิดที่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าการห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิเด็กโดยตรงนั้นจะเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลหรือไม่อย่างไร ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วสื่อลามกอนาจารเด็กมีผลกระทบโดยตรงต่อเด็กเพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบันทึกลงของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งส่งผลกระทบต่อร่างกายจิตวิทยาและอารมณ์ของเด็กและผลกระทบเพิ่มเติมต่อเด็กเมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นถูกเผยแพร่ไปและวนเวียนอยู่ในสังคม แต่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งที่สร้างขึ้นจากจินตนาการจึงไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อเด็ก แต่มีผลกระทบทางอ้อมโดยสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจถูกนำไปใช้ประโยชน์ในการล่อลวงเด็กคนอื่น ๆ ให้เข้าสู่กิจกรรมทางเพศทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อในการล่วงละเมิดทางเพศเพิ่มขึ้นได้ ทั้งนี้การกำหนดบทลงโทษทางกฎหมายควรคำนึงถึงมาตรฐานทางสังคมนั้น ๆ ในเมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีสถานะเป็นบุคคลที่มีตัวตนอยู่จริงจึงไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อบุคคล ดังนั้นการคำนึงถึงการกำหนดโทษทางอาญาควรกำหนดโทษไว้เบากว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานทางสังคม

11. ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษาวิเคราะห์เรื่องสื่อลามกอนาจารเด็กเมื่อนั้น เพื่อความชัดเจนในการตีความในกฎหมายอาญาข้าพเจ้ามีความเห็น ดังนี้

1. การตีความสื่อลามกอนาจารเด็กสมควรบอกว่าสื่อลามกอนาจารเด็ก และการกำหนดโทษไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดโทษให้ถึง 5 ปี เพราะอาจจะไปย้อนแย้งกับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยหรือฝ่ายที่มีข้อโต้แย้งได้ถ้าหากมีการกำหนดโทษมากเกินไป

2. ควรกำหนดคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไปไว้ในมาตรา 1 (7) แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยมีความดังต่อไปนี้ “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กหรือกับเด็กซึ่งไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริงหรือเป็นภาพเด็กที่สร้างจากจินตนาการและมีลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งอยู่ในรูปแบบของสื่อแสดงภาพไม่ว่าจะเป็นภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้น ภาพวาดด้วยสี หรือภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์หรือโดยวิธีอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน รวมถึงข้อมูลที่ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใดที่สามารถแปลงเป็นสื่อแสดงภาพข้างต้นได้”

3. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดโทษให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

12. เอกสารอ้างอิง

- คณิต ณ นคร. (2553). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศรัทย์. (2556). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- เดชอุดม ไกรฤทธิ. (2559). *คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก)*. กรุงเทพฯ: สภานายความใน พระบรมราชูปถัมภ์. หน้า 1.
- นัฐินี สุวินัย. (2560). *ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก: ศึกษากรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- Fukuda Takahiro. (2023). *Child sex in 'manga' – art or obscenity? : Graphic but healthy, free speech. Japan Times*. (Online). Available: <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/>. [2023, 20 May].
- Marie Eneman. (2023). *Alisdair Gillespie and Bernd Stahl. "Criminalising Fantasies: The Regulation of Virtual Child Pornography"*. (Online). Available: <http://www.cse.dmu.ac.uk/bstah/publications/2009CriminalisingFantasiesECIS>. [2023, 10 May].
- Mimi Halper Silbert. (2005). On Effects on Juveniles of Being Used for Pornography and Prostitution. Quoted in Rebecca Ong, "Child Pornography and the Internet in Hong Kong,". *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 32 (1), p. 92.
- Phumiphat Suknet. (2021). *kan priap thiap dado mai khuapkhum su lamok khong prathet Thai kap prathet Yipun. [Comparing Thailand's Pornography Control Laws to Japan's]. Thai Journal of Research and Management*, 2, pp.2-3.
- Ploychompoo Muanglek, Prasarn Boonsopak and Kanathip Thongraweewong. (2022). *mattrakan thang kotmal nai kan pngkan lae prappam su lamok thi kieokap kop na'in thenet [Legal measures to prevent and suppress child pornography on the Internet]. Journal of Justice*, 15, 3, pp. 91-92.
- Thai News Agency MCOT. (2022). *Sathiti khadi dek thuk luanglamoet thang phet [Case statistics the child was sexually abused]*. (Online). Available: <http://tna.mcot.net/view/5bd45ea5e3f8e40ace66f41e/>.
- Yoddet Siladecha. (2008). *khwamsamphan khong su lamok kap kankratham khwamphit thang phet khong phutongha chai nai ruancham klang Nakhon Pathom [media relations Obscene with sexual offences of male accused in Nakhon Pathom Central Prison]*. Thesis Master's degree Department of Criminology and Justice Master of Arts, Faculty of Social Sciences and humanities). Mahidol University, Nakhon Pathom. pp.1-2.

การบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรม
ที่จับต้องไม่ได้: ว่าด้วยเรื่องของการควบคุมทางกฎหมาย
The Distortion of the Intangible Cultural Heritage:
Regarding Legal Control

ธนดล เต้พันธ์¹

ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการจัดการมรดกวัฒนธรรมและอุตสาหกรรมสร้างสรรค์
วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อีเมลติดต่อ: tthanadon.t@gmail.com

Thanadon Taephan²

Master of Arts Program in Management of Cultural Heritage and Creative
Industries College of Innovation Thammasat University

ธนพนธ์ หัสกรรัตน์³

ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการจัดการมรดกวัฒนธรรมและอุตสาหกรรมสร้างสรรค์
วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อีเมลติดต่อ: thanapon.kim.forwork@gmail.com

Thanapon Hussakornrus⁴

Master of Arts Program in Management of Cultural Heritage and Creative
Industries College of Innovation Thammasat University

¹ นักศึกษา วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

² Student, College of Innovation, Thammasat University.

³ นักศึกษา วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴ Student, College of Innovation, Thammasat University.

พลวัต ขุนชิต⁵

ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการจัดการมรดกวัฒนธรรมและอุตสาหกรรมสร้างสรรค์

วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อีเมลติดต่อ: pollawat0206@gmail.com

Pollawat Khunchit⁶

Master of Arts Program in Management of Cultural Heritage and Creative

Industries College of Innovation Thammasat University

ฟ้าใหม่ ธีระประภา⁷

ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการจัดการมรดกวัฒนธรรมและอุตสาหกรรมสร้างสรรค์

วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อีเมลติดต่อ: fahmai.tr@gmail.com

Fahmai Teeraprapa⁸

Master of Arts Program in Management of Cultural Heritage and Creative

Industries College of Innovation Thammasat University

บทคัดย่อ

ประเด็นของการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของผู้อื่นมาใช้ในลักษณะบิดเบือน ในแง่มุมทางกฎหมายจะพบว่าไม่ได้มีการนำเอาประเด็นดังกล่าวมาอภิปรายมากนักโดยมักมุ่งเน้นไปที่กำหนดขอบเขตใน ‘การหยิบยืม’ วัฒนธรรมของผู้อื่นมาใช้งาน ซึ่งการใช้ในลักษณะบิดเบือนเป็น ‘การปฏิบัติอย่างไรซึ่งการเคารพ’ ซึ่งในประเทศไทยได้มีการกล่าวถึงการระวางโทษผู้ที่ฉกฉวยหรือบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของผู้อื่น โดยมักจะถูกกำหนดผ่านจริยธรรมหรือการจัดการผ่านกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจ จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไข

⁵ นักศึกษา วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶ Student, College of Innovation, Thammasat University.

⁷ นักศึกษา วิทยาลัยนวัตกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁸ Student, College of Innovation, Thammasat University.

เพิ่มเติมเกี่ยวกับบทระวางโทษในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ซึ่งเป็นแนวทางที่ได้มีการปรับใช้มาจากการศึกษาที่มีการทบทวนมาจากแนวทางการระวางโทษ จากประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐประชาชนจีนและแนวทางการให้ความสำคัญกับชุมชนจากเกาหลีใต้ ตลอดจนแนวทางการระวางโทษกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องด้วยการควบคุมและป้องกันมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมมีความสำคัญในการรักษาและส่งเสริมวัฒนธรรมของชุมชนและชาติ ซึ่งแนวทางการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมและแนวทางการระวางโทษต้องคำนึงถึงการศึกษาเกี่ยวกับมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเพื่อรักษาคุณค่าทางวัฒนธรรมและป้องกันการใช้อย่างไม่ถูกต้องหรือการบิดเบือน

คำสำคัญ: มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม การฉกฉวยทางวัฒนธรรม บทระวางโทษ

Abstract

Intangible Cultural Heritage (ICH) in a distorted manner or Cultural Appropriation is found to be the issue that is not discussed much. The focus is on defining the limits of “Borrowing” the culture of others to be used in a distorted manner as “Treatment without respect”. In Thailand, the punishment on those who appropriate or distort the cultural heritage of others has been discussed. It is often determined through ethics or through laws that punish those who disobey the orders of officials or those in authority. Therefore, it is considered appropriate to make additional amendments regarding the penalties in the Preservation and Protection of Intangible Cultural Heritage Act B.E. 2016. This is an approach that has been adapted from case studies that have been reviewed from punishment guidelines, from Japan and China and Community Focused Guidelines from South Korea as well as guidelines for punishment under copyright law. The guidelines for the protection of Intangible Cultural Heritage are important in maintaining and promoting the culture of communities and nations. The guidelines for protecting intangible cultural heritage and guidelines for punishment must consider the study of

intangible cultural heritage, to preserve cultural values and prevent misuse or distortion.

Keywords: Intangible Cultural Heritage, Cultural Appropriation, The Penalty

วัฒนธรรม มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้: ว่าด้วยเรื่องของกฎหมาย

กฎหมายที่ว่าด้วยมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเป็นกฎหมายที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น การส่งเสริมและการคุ้มครอง (Safeguard) ตลอดจนการสงวนรักษา (Preservation) มรดกวัฒนธรรมให้คงไว้ซึ่งคุณค่าทางวัฒนธรรม (Cultural Values) โดยสามารถเห็นได้ทั้งในระดับประเทศอย่างเช่นพระราชบัญญัติ หรือระดับนานาชาติอย่างอนุสัญญา ซึ่งทั้ง 2 ระดับก็มีการปรากฏอยู่ในประเทศไทย อันได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 และอนุสัญญาว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage) ในปี ค.ศ. 2003 ทั้งนี้ ก่อนจะศึกษาถึงการนำมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม (Intangible Cultural Heritage: ICH) มาใช้ในลักษณะบิดเบือนควรที่จะมีการศึกษาถึงบริบทโดยรอบ อันอาจกล่าวถึงนิยามความหมายกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ลักษณะพฤติกรรม ตลอดจนตัวอย่างที่อาจนำมาอ้างอิงเพื่อการปรับใช้

วัฒนธรรม (Culture) ถือเป็นความมั่นคงของชาติ เพราะวัฒนธรรมเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนด ชนชาติ ชุมชน สังคม และเผ่าพันธุ์มนุษย์ อันบ่งบอกถึงเอกลักษณ์และวิถีชีวิตของตนเองตลอดจนรากเหง้าพื้นฐานของความเป็นชาติที่มีการสืบทอดมาจากบรรพบุรุษตั้งแต่อดีตกาล ทั้งนี้ วัฒนธรรมยังเป็นศักดิ์ศรีของความเป็นชาติ ดังนั้นมรดกทางวัฒนธรรมจึงมีความสำคัญ มีคุณค่าที่ต้องอนุรักษ์⁹ ซึ่งวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม และยังหมายถึงแบบแผนพฤติกรรมทั้งหมดของสังคมที่สืบทอดมาตั้งแต่อดีต โดยมีวิวัฒนาการสืบทอดต่อกันอย่างมีแบบแผนเพื่อให้เกิดความ

⁹ กระทรวงวัฒนธรรม. (2562). *การรักษา วัฒนธรรมของความเป็นชาติ*.

เจริญรุ่งเรืองและความมั่นคงในสังคม¹⁰ ซึ่งเมื่อมีการส่งต่อทางวัฒนธรรม (Cultural Transmission) ก็จะนำไปสู่สิ่งที่เรียกว่า “มรดกวัฒนธรรม (Cultural Heritage)” โดยมรดกวัฒนธรรมมีคำเรียกอย่างหลากหลาย โดยแต่ละคำจะมีความนิยมใช้เรียกที่ต่างกันไปในแต่ละพื้นที่และเวลา เช่น “สมบัติวัฒนธรรม (Cultural Property)” “ทรัพย์สินวัฒนธรรม (Cultural Asset)”

ปัจจุบันนิยมใช้คำว่ามรดกวัฒนธรรม (Cultural Heritage) และทรัพยากรวัฒนธรรม (Cultural Resource) ซึ่งอาจมีการใช้แต่ละคำสลับแทนที่กันไปมา แต่ท้ายที่สุดทั้งสองคำต่างก็สื่อความหมายเช่นเดียวกัน¹¹ โดยมรดกวัฒนธรรมหมายถึงผลงานสร้างสรรค์ของคนในชาติอันมีคุณค่า ส่งผ่านมาจากคนรุ่นก่อนและเป็นประจักษ์พยานของพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ทั้งยังรวมถึงสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์สร้างขึ้นและระบบนิเวศที่มีคุณค่า อันสะท้อนความสำเร็จของคนในอดีต แสดงถึงวัฒนธรรมที่โดดเด่นเป็นอัตลักษณ์ของพื้นที่ที่มีการสืบทอดจากอดีตถึงปัจจุบันและควรค่าแก่การสืบทอดต่อไปในอนาคต¹² ทั้งนี้ มรดกวัฒนธรรมสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท อันได้แก่ มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องได้ (Tangible Cultural Heritage) และมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หรือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม (Intangible Cultural Heritage: ICH)

มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องได้ หมายถึง สิ่งก่อสร้าง สิ่งของ หรือวัตถุต่าง ๆ ที่จับต้องและสัมผัสได้ด้วยมือหรือมองเห็นด้วยตา แบ่งเป็นมรดกวัฒนธรรมที่อยู่ติดที่หรือมรดกวัฒนธรรมที่เคลื่อนย้ายไม่ได้ (Immovable Cultural Heritage) และมรดกวัฒนธรรมที่เคลื่อนย้ายได้ (Movable Cultural Heritage)¹³

¹⁰ กรมส่งเสริมวัฒนธรรมกระทรวงวัฒนธรรม. (2562). *วัฒนธรรม วิถีชีวิต และภูมิปัญญา*.

¹¹ ธนิก เลิศชาญฤทธ์. (2554). *การจัดการทรัพยากรวัฒนธรรม*. กรุงเทพฯ: ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน).

¹² สมาคมอีโคโมสไทย. (2554). *กฎบัตรประเทศไทยว่าด้วยการบริหารจัดการแหล่งมรดกวัฒนธรรม*. กรุงเทพฯ: สมาคมอีโคโมสไทย.

¹³ ธนิก เลิศชาญฤทธ์. (2554). *การจัดการทรัพยากรวัฒนธรรม*. กรุงเทพฯ: ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน).

มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหมายถึง การปฏิบัติ การเป็นตัวแทน การแสดงออก ความรู้ ทักษะ ตลอดจนเครื่องมือ วัตถุ สิ่งประดิษฐ์ และพื้นที่ทางวัฒนธรรมอันเป็นผลมาจากการปฏิบัติเหล่านั้น แบ่งประเภทได้เป็น (1) ประเพณีและการแสดงออกของมุขปาฐะและภาษา (2) ศิลปะการแสดง (3) แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรมและงานเทศกาล (4) ความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล และ (5) งานช่างฝีมือดั้งเดิม¹⁴

ทั้งนี้ ยังมีการปรากฏของกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในประเทศไทย อันได้แก่พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ซึ่งจากพระราชบัญญัตินี้ได้มีการกล่าวถึงการแบ่งลักษณะของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ซึ่งได้มีการแบ่งออกเป็น 7 ลักษณะ คือ (1) วรรณกรรมพื้นบ้านและภาษา (2) ศิลปะการแสดง (3) แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรม ประเพณี และเทศกาล (4) ความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล (5) งานช่างฝีมือดั้งเดิม (6) การเล่นพื้นบ้าน กีฬาพื้นบ้าน และศิลปะการต่อสู้ป้องกันตัว และ (7) ลักษณะอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁵ ซึ่งการแบ่งลักษณะดังกล่าวได้มีการแบ่งไว้ในมาตรา 4 ทั้งนี้ เนื่องด้วยกระแสโลกาภิวัตน์อันทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคม จึงอาจทำให้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมได้รับผลกระทบตามไปด้วย จึงได้มีการให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ด้วยการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 2 มีนาคม 2559 เป็นต้นมา ซึ่งนอกจากที่จะออกมาเพื่อส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมให้มีความสืบเนื่องและยั่งยืนสืบไปแล้ว ยังเป็นการออกกฎหมายเฉพาะมาเพื่อรองรับการที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ. 2546 อีกด้วย

ทั้งนี้ จะเห็นได้ถึงลักษณะของวัฒนธรรมและมรดกวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หรือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม (Intangible

¹⁴ UNESCO. (2003). *2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*.

¹⁵ ราชกิจจานุเบกษา. (2559). *พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559*.

Cultural Heritage: ICH) ตามที่ได้มีการให้คำนิยามไว้ในหน่วยงานต่าง ๆ ตลอดจนกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อย่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ซึ่งในโลกปัจจุบันหลายประเทศทั่วโลกต่างก็มีการนำวัฒนธรรมมาใช้งานต่อยอดให้เกิดเป็นสื่อ ตลอดจนสินค้าและบริการประเภทต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีการปรากฏของการนำวัฒนธรรมมาใช้งานในลักษณะของการบิดเบือนในทางใดทางหนึ่ง แต่ไม่ปรากฏหมายคุ้มครองมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ดังกล่าว จึงทำให้เกิดการตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับการควบคุมทางกฎหมายในประเด็นของการใช้งานมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในลักษณะของการบิดเบือน

หทัยม ฉกฉวย และบิตเบียน: ว่าด้วยเรื่องของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

“การบิดเบือน” มีความหมายตามที่ได้มีการระบุไว้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คือ “การทำให้ผิดแผกไปจากเดิม หรือ จากข้อเท็จจริง” โดยเป็นการผสมคำศัพท์ระหว่างคำว่า “บิด” ที่หมายความถึงเคลื่อนไปหรือหมุนให้ผิดไปจากตำแหน่งเดิม และคำว่า “เบียน” ที่หมายความถึงหันหน้าไปอีกทาง เมื่อทั้งสองรวมกัน จะเกิดเป็นคำว่า บิดเบียน ที่มีความหมายตามข้างต้น¹⁶

การบิดเบียนจึงเป็นคำศัพท์ในเชิงลบที่ถูกใช้ในบริบทต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับบริบททางกฎหมายที่สามารถพบเห็นได้บ่อยครั้ง หรือจะเป็นบริบทการจัดการมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมก็เช่นกัน ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 การรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ มีการกล่าวถึงการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) ไปใช้ในทางที่บิดเบียนอย่างไม่เหมาะสม อันส่งผลกระทบต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเหล่านั้นให้ต้องเสื่อมสูญไป¹⁷

¹⁶ ราชบัณฑิตยสถาน. (2554). บิดเบียน.

¹⁷ ราชกิจจานุเบกษา. (2559). พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559.

ทั้งนี้ ในต่างประเทศก็ได้มีการกล่าวถึงการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) ของเจ้าของวัฒนธรรมมาใช้ในลักษณะบิดเบือน ผ่านคำว่า “Cultural Appropriation” ซึ่งแปลว่าการฉกฉวยทางวัฒนธรรม อันหมายถึงการลอกเลียนหรือฉกฉวยวัฒนธรรมบางส่วนของวัฒนธรรมอื่นมาใช้ โดยการกระทำดังกล่าวเป็นไปอย่างไม่เข้าใจถึงแก่นของวัฒนธรรมนั้น ๆ ในขณะเดียวกันผู้ที่นำไปใช้อาจอยู่ในกลุ่มทางวัฒนธรรมที่เคยเป็นผู้ที่มีความเหนือกว่าทางอำนาจด้านวัฒนธรรม (Dominant Culture) แล้วฉกฉวยส่วนใดส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมจากกลุ่มคนทางวัฒนธรรมที่มีแรงน้อยกว่า อันสะท้อนถึงภาพของการไร้ซึ่งดุลทางอำนาจ (Power Imbalance)¹⁸

อย่างไรก็ตาม ในบริบทของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม การบิดเบือนจะอยู่ในรูปแบบของการบิดเบือนความจริง (Misrepresentation) ซึ่งมีความหมายว่า “การให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง โดยที่ความไม่ถูกต้องนั้นสามารถอยู่ในเชิงของประวัติศาสตร์ หรืออื่น ๆ ก็ได้ แต่การให้ข้อมูลนั้นต้องเป็นการดัดแปลงข้อมูลจากความเป็นจริง”¹⁹ ดังนั้นจะสามารถสังเกตเห็นได้ถึงผลกระทบที่เกิดจากการบิดเบือน หรือการบิดเบือนความจริงในบริบทของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ว่าการกระทำดังกล่าวได้สร้างความเสียหายต่อคุณค่าทางวัฒนธรรม รวมถึงยังเป็นการกระทำที่แสดงถึงการดูหมิ่นและบิดเบือนประวัติศาสตร์ที่ยึดโยงกับพื้นที่ที่ให้กำเนิดมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ดังนั้นการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมมาใช้งานลักษณะบิดเบือนก็จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงที่อาจจะเป็นจุดเริ่มต้นของการเสียหายอันจะเป็นจุดเริ่มต้นของการสูญสิ้นทางมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเหล่านั้น

¹⁸ สำนักวิทยบริการและเทคโนโลยี. (ม.ป.ป.). ปัญหาของการใช้คำว่า ‘ฉกฉวยทางวัฒนธรรม’ (Cultural Appropriation).

¹⁹ กิตติพร ใจบุญ. (2564). มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมกับทรัพย์สินทางปัญญา: ข้อจำกัดและช่องว่างทางกฎหมาย. *วารสารศิลปศาสตร์ มทร.ธัญบุรี*, 2(2), 11.

ประเทศไทย มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม และกฎหมาย: ว่าด้วยเรื่องของการบิดเบือน

ประเทศไทยถือได้ว่าการตรากฎหมายคุ้มครองมรดกวัฒนธรรมมาอย่างยาวนาน โดยแต่เดิมเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ดังนั้นเมื่อจะมอบการคุ้มครองแก่มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) จึงอยู่ในส่วนของ โบราณสถาน โบราณวัตถุ และศิลปวัตถุ แต่ก็ยังมีมรดกภูมิปัญญาส่วนอื่น ๆ เช่น องค์ความรู้ หรือกระบวนการสร้างสรรค์ผลงานทางวัฒนธรรม ที่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นระบบ และต่อมาในยุคของรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ก็ได้มีการออก “พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” โดยกรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ได้มีการกล่าวถึงข้อกำหนดในการยกเลิกการขึ้นบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เมื่อปรากฏในภายหลังว่ามีการพิจารณาขึ้นบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมรายใดเป็นไปโดยคลาดเคลื่อน หรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ หรือมีข้อเท็จจริงปรากฏที่เปลี่ยนแปลงไป โดยให้คณะกรรมการมีอำนาจแก้ไขหรือยกเลิกการขึ้นบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมรายการนั้นได้ ตามที่ได้มีการปรากฏในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 มาตรา 23 ทั้งนี้ ในกรณีที่มีการปรากฏการกระทำใดก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ขึ้นบัญชีไว้ ให้คณะกรรมการเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงวัฒนธรรมเพื่อมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวได้ เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นกรณีที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้ ตามที่ได้มีการปรากฏในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 มาตรา 24²⁰

²⁰ ราชกิจจานุเบกษา. (2559). พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559.

ดังนั้นหากมีผู้ใดทำการละเมิดต่อมรดกทางวัฒนธรรมต่าง ๆ หรือมีการนำองค์ความรู้ทางวัฒนธรรมหรือวัฒนธรรมใดก็ตามไปใช้ในลักษณะที่เป็นการบิดเบือน อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณค่าวัฒนธรรมทางใดทางหนึ่ง ก็อาจไม่ได้ถูกลงโทษต่อความผิดการละเมิดนั้นโดยตรง แต่จะได้รับการลงโทษหากบุคคลผู้นั้นได้รับคำสั่งให้ระงับการกระทำความผิดแล้วไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งจะถือเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งของผู้มีอำนาจ เนื่องด้วยประเทศไทยยังไม่มี การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) ไปใช้ในลักษณะของการบิดเบือนเอาไว้เป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน ซึ่งอาจทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายอันอาจนำไปสู่การกระทำในรูปแบบที่จะส่งผลเสียและผลกระทบเชิงลบกับมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม บริบทสากล และกฎหมาย: ว่าด้วยเรื่องของการบิดเบือน

การวิเคราะห์และวิพากษ์กฎหมายที่ว่ามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำเอามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) ไปใช้ในลักษณะของการบิดเบือน ผ่านการเทียบเคียงระหว่างบริบทของประเทศไทยและบริบทของต่างประเทศก็ควรที่จะเป็นประเทศที่มีบริบททางสังคมและวัฒนธรรม ตลอดจนบริบทอื่น ๆ ที่มีความใกล้เคียงกันเพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวคิดหรือแนวทางในการดำเนินการที่อาจมีลักษณะใกล้เคียงกัน จึงได้มีการคัดเลือกอย่างเฉพาะเจาะจง (Purposive Sampling) อันได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐประชาชนจีน เนื่องด้วยเป็นกลุ่มประเทศในทวีปเอเชีย (Asia) ที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรม ตลอดจนเป็นกลุ่มประเทศที่มีการนำองค์ความรู้ทางวัฒนธรรมมาใช้เชิงเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการนำมรดกทางวัฒนธรรมไปต่อยอดในการเป็นผลิตภัณฑ์หรือสินค้าและบริการ ซึ่งถึงแม้ว่าทั้ง 4 ประเทศจะมีบริบททางสังคมและระบบการปกครองที่แตกต่างกัน แต่หากคำนึงถึงบริบทหรือบทบาทของการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) มาใช้งานเพื่อผลิตเป็นสินค้าและบริการก็สามารถสะท้อนถึงจุดร่วมดังกล่าวได้เช่นกัน

ญี่ปุ่น ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสำคัญของท้องถิ่น และกฎหมาย: ว่าด้วยเรื่องของการบิดเบือน

ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม (Law on Protection of Cultural Properties) ซึ่งถือว่าเป็นประเทศแรก ๆ ที่มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสมบัติทางวัฒนธรรม โดยคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ อันเนื่องมาจากญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีมรดกทางวัฒนธรรมจำนวนมาก ทั้งนี้ มรดกทางวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่นยังสะท้อนถึงอัตลักษณ์ประวัติศาสตร์ตลอดจนชุมชน อีกทั้งยังเป็นประเทศที่มีการนำมรดกทางวัฒนธรรมไปต่อยอดในการเป็นผลิตภัณฑ์หรือสินค้าและบริการ จึงทำให้มีการกำหนดถึงกฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมพื้นฐานที่จับต้องไม่ได้²¹ โดยกฎหมายคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่นที่ว่าด้วยการบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมได้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมพื้นเมือง (Folk Culture Property) ผ่านการให้อำนาจในการประกาศกำหนดให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็น ‘ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสำคัญของท้องถิ่น (Important Folk Cultural Property)’ โดยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งหากมีการประกาศกำหนดดังกล่าวก็จะส่งผลต่อการส่งออกวัฒนธรรมหรือสภาพการคงอยู่ ซึ่งนอกจากประเด็นของอำนาจการจัดการแล้วยังมีอำนาจในการควบคุมหรือกำหนดโทษที่มีโทษทั้งทางอาญาและทางปกครอง โดยโทษในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่นที่มีความเกี่ยวข้องกับการบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมซึ่งสามารถที่จะแบ่งออกได้เป็นโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง ดังนี้

(1) การส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญโดยไม่ได้รับอนุญาตมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี โดยอาจมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนัก หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 เยน

(2) การทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญเสียหาย มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี โดยอาจมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนัก หรือปรับไม่เกิน 300,000 เยน ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด

²¹ UNESCO. (2006). *Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention; report.*

เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี โดยอาจมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนักหรือปรับไม่เกิน 200,000 เยน

(3) การดัดแปลงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการฝ่าฝืนคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญหรือสถานที่สำคัญดังกล่าว มีโทษปรับไม่เกิน 200,000 เยน

(4) บุคคลใดที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้มีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบการครอบครอง หรือบูรณะซ่อมแซมทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญ หากได้กระทำการใด ๆ ที่ทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวเสียหาย อันเนื่องมาจากการละเมิดหรือบกพร่องต่อหน้าที่อย่างร้ายแรงจะต้องระวางโทษปรับทางปกครอง ไม่เกิน 300,000 เยน

(5) การฝ่าฝืนคำสั่งเกี่ยวกับการครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญ มีโทษทางปกครองไม่เกิน 300,000 เยน

(6) การฝ่าฝืนคำสั่งเกี่ยวกับการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวก การเปิดให้สาธารณชนเข้าชมทรัพย์สินทางวัฒนธรรม การสำรวจทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกฝัง หรือการโอนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญให้แก่บุคคลอื่น โดยไม่ได้เสนอให้แก่อนุมัติก่อน มีโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 100,000 เยน

ทั้งนี้ ยังมีการทบทวนคำสั่งอันหมายถึงการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ในการพิจารณาสั่งห้ามบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำการอันอาจส่งผลกระทบต่ออนุรักษทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ตลอดจนการออกคำสั่งให้เปลี่ยนสภาพของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังนั้นหากภาครัฐหรือภาคประชาสังคมมีความต้องการในการหยิบยืมมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) ของเจ้าของวัฒนธรรมมาใช้งานก็จะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน จากกลุ่มผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย (Stakeholders) หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิจารณา อันจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎกระทรวงหรือวิธีอื่น ๆ ตามที่มีการกำหนดไว้²²

²² Japan Centre for International Cooperation in Conservation. (2007). *Law for the Protection of Cultural Property*.

เกาหลีใต้ กฎหมาย และความคลุมเครือ: ว่าด้วยเรื่องของการบิดเบือน

สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) เป็นประเทศที่ให้ความสำคัญในด้านการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) มาใช้งานเพื่อผลิตเป็นสินค้าและบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการผลิตเป็นสื่อเพื่อเป็นการสื่อสารถึงการแสดงออกทางวัฒนธรรม ตลอดจนการส่งออกไปยังแต่ละภูมิภาคทั่วโลก แต่ในขณะเดียวกันกลับปรากฏกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะประเด็นของการบัญญัติคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม ซึ่งปรากฏเพียงฉบับเดียว อันมีจุดประสงค์เพื่อกำหนดการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Cultural Expressions) ที่มีคุณค่าแต่อาจสูญเสียชีวิตหรือสูญหาย ตลอดจนการป้องกันและรักษาความปลอดภัยให้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เพื่อให้ยังคงไว้ซึ่งทุนทางวัฒนธรรม (Cultural Asset) ในการส่งต่อยังคนรุ่นถัดไป²³

กฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรมที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ในเกาหลีใต้ คือ “พระราชบัญญัติคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและเพิ่มประสิทธิภาพในการพัฒนาวัฒนธรรม กำหนดการแสดงออกทางวัฒนธรรมที่มีคุณค่าที่อาจสูญเสียชีวิตหรือสูญหาย และรักษาความปลอดภัยเพื่อไม่ให้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมถูกละเมิด ซึ่งก็ได้มีการกำหนดโทษปรับและโทษจำคุกสำหรับผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้²⁴

สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรม อันมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและเพิ่มประสิทธิภาพในการพัฒนาวัฒนธรรม ผ่านการสร้างการมีส่วนร่วมของชุมชน องค์กร หรือภาคเอกชนในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม และการบริหารจัดการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม ตลอดจนการคุ้มครองแหล่งที่มาของมรดกทางวัฒนธรรม ทั้งนี้ก่อนที่สามารถนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมมาใช้งานเพื่อผลิตเป็น

²³ UNESCO. (2017). *Periodic reporting on the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*.

²⁴ WIPO. (2010). *Republic of Korea Cultural Heritage Protection Act* (Act No. 961 of January 10, 1962, as amended up to Act No. 10000 of February 4, 2010).

สินค้าและบริการหรือสื่อ จะต้องมีการเข้าฝึกอบรมเพื่อให้มีทักษะการอนุรักษ์และทักษะการสืบทอดให้แก่บุคคลอื่น ดังนั้นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรมของเกาหลีใต้จึงสะท้อนภาพของความคลุมเครือในการควบคุมการใช้งานมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในลักษณะบิดเบือน เพราะมีการกล่าวถึงแนวทางของผู้ที่นำไปใช้งาน โดยไม่กล่าวถึงข้อกำหนดและบทกำหนดโทษของการใช้งานในลักษณะบิดเบือน

จีน อำนาจ และกฎหมาย: ว่าด้วยเรื่องของการบิดเบือน

สาธารณรัฐประชาชนจีนมีการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของประเทศ โดยเริ่มต้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อปกป้องวัฒนธรรมพื้นบ้านดั้งเดิมของชาติไปยังกระทรวงวัฒนธรรม ต่อมาในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2004 กระทรวงวัฒนธรรมก็ได้มีการปรับแก้ไขร่างกฎหมายเพื่อการปกป้องวัฒนธรรมดั้งเดิมของชาติที่ดี และแก้ไขให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ของยูเนสโก และในปี ค.ศ. 2005 กระทรวงวัฒนธรรมมีการดำเนินการจัดตั้งกลุ่มเพื่อการคุ้มครองตามกฎหมายของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาชนจีน จนกระทั่งในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2011 สภาประชาชนแห่งชาติก็ได้มีการรับรองและบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาชนจีน²⁵

กฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรมที่ได้มีการบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมทั้งที่จับต้องไม่ได้ในสาธารณรัฐประชาชนจีน คือ กฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งมีการบัญญัติรวมทั้งสิ้น 45 มาตรา แบ่งออกเป็น 6 บท ได้แก่ (1) บททั่วไป (2) การสืบสวนของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม (3) บัญชีของรายการตัวแทนของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม (4) มรดกและการแพร่กระจายของตัวแทนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม (5) หนี้สินที่ต้องรับผิดชอบกฎหมาย และ (6) บทบัญญัติเสริม ซึ่งกฎหมายมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเป็นกฎหมาย

²⁵ China Culture. (2011). *Intangible Cultural Heritage in china*.

พื้นฐานในการคุ้มครองวัฒนธรรมของประเทศจีน และเป็นความสำเร็จของกฎหมายประเทศจีน²⁶

การใช้งานมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาชนจีนจะต้องมีการให้ความเคารพต่อประชาชนหรือชุมชนผู้เป็นเจ้าของวัฒนธรรม และการใช้งานของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในทางที่ก่อให้เกิดการเสื่อมเสียถือเป็นสิ่งต้องห้าม ซึ่งภาครัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องมีการป้องกันรวมถึงอนุรักษ์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม โดยแบ่งหน้าที่รับผิดชอบทั้งหน่วยงานระดับประเทศและหน่วยงานในท้องถิ่น ซึ่งสภาแห่งรัฐจะมีหน้าที่ในการจัดทำบัญชีรายการที่เป็นตัวแทนของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในระดับชาติ และหน่วยงานท้องถิ่นก็จะต้องมีการจัดทำบัญชีรายการที่เป็นตัวแทนของมรดกภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยเช่นกัน รวมถึงมีการเสริมสร้างการให้ความรู้ ประชาสัมพันธ์เพื่อสร้างความตระหนักรู้ให้แก่คนในสังคมในการปกป้องมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของตน และในกรณีที่มีการละเมิดต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ในทางกฎหมายได้มีการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายนี้โดยถือว่ามีความผิดทางแพ่ง ซึ่งถ้าหากเป็นการละเมิดโดยองค์กรต่างประเทศจะต้องมีการรายงานไปยังหน่วยงานด้านวัฒนธรรมของรัฐบาล เมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายนี้จะต้องได้รับคำสั่งในการทำสตัยบ้านออกคำเตือน ในกรณีที่มีความร้ายแรงจะต้องถูกปรับไม่น้อยกว่า 100,000 หยวน แต่ไม่เกิน 500,000 หยวน และหากการกระทำของบุคคลที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายนี้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบอาญา ก็ถือได้ว่าเป็นความผิดทางอาญาด้วยเช่นกัน²⁷

²⁶ Fang Zhou. (2014). Comparative Legal Study of Intangible Cultural Heritage in the UK and China. *Journal of International Commercial Law and Technology*, 9(4), 2.

²⁷ WIPO. (2011). *China CN179 Intangible Cultural Heritage Law*.

กรณีศึกษา การบิดเบือน และมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม: ว่าด้วยเรื่อง กฎหมาย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความร่ำรวยทางวัฒนธรรมและมรดกทางวัฒนธรรม ทั้งนี้ ยังเป็นประเทศที่มีการนำทุนทางวัฒนธรรมมาใช้งานในการสร้างสรรค์เป็นสินค้าหรือผลิตภัณฑ์และบริการ ตลอดจนการนำมาสร้างสรรค์เป็นสื่อหรือเนื้อหาสื่อ (Content) แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงสามารถพบการกระทำที่ว่าด้วยการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของผู้อื่นมาใช้ในลักษณะบิดเบือน หรือการฉกฉวยทางวัฒนธรรมที่ปรากฏ โดยอาจมีตัวอย่างมากมายจึงได้มีการเลือกกรณีศึกษาที่พบได้บ่อยครั้ง ซึ่งได้แก่การนำเอาการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของกลุ่มคนชายขอบ (Marginal People) โดยเฉพาะกลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Group) ผ่านการนำเอาลักษณะทางกายภาพ วิถีชีวิตหรือแนวทางในการดำเนินชีวิตมาทำให้เป็นสินค้า ซึ่งมักพบในลักษณะของกระบวนการพัฒนาด้านการส่งเสริมการท่องเที่ยวอันทำให้กลายเป็นสินค้าสำหรับนักท่องเที่ยว โดยกระบวนการดังกล่าวก็ได้มีการปรากฏของการบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เช่น ภาษาและวิถีชีวิต ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนที่ได้มีการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของกลุ่มคนชายขอบหรือกลุ่มชาติพันธุ์มาใช้ในลักษณะบิดเบือนผ่านการผลิตออกมาเป็นเนื้อหาสื่อ

กลุ่มชาติพันธุ์ชาวอาข่า โดยเฉพาะหญิงชาวอาข่ามักถูกบิดเบือนภาพวัฒนธรรมให้กลายเป็นกลุ่มคนที่มีวัฒนธรรมว่าด้วยเรื่องเพศอย่างรุนแรง อันเป็นการลดทอนคุณค่าของหญิงชาวอาข่า ซึ่งสามารถเห็นได้ชัดในบทเพลง “มิดะ” โดยจรัล มโนเพ็ชร ที่ได้มีการประพันธ์ถึงหญิงชาวอาข่าว่าเป็นผู้สอนให้ชายวัยรุ่นรู้จักถึงการร่วมประเวณี ซึ่งขัดต่อความเป็นจริงเพราะในวัฒนธรรมหรือประเพณีของชาวอาข่าไม่มีการปรากฏของบุคคลที่จะสอนวิธีการร่วมประเวณี ทั้งนี้ คำว่ามิดะที่ในภาษาอาข่าจะออกเสียงว่า “หมี่ - ตะ” มีความหมายว่าสาวบริสุทธิ์ที่ไม่เคยผ่านการแต่งงานมาก่อน ดังนั้นการกระทำดังกล่าวของนายจรัล มโนเพ็ชรจึงถือว่าเป็นการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของผู้อื่นมาใช้ในลักษณะบิดเบือน นอกจากนี้ ภาพยนตร์ไทยมีความพยายามในการทำให้กลุ่มคนชายขอบหรือกลุ่มชาติพันธุ์กลายเป็นสินค้า เช่น “มิดะ ตำนานแห่งขุนเขา” “แจ่ว” และ “พยัคฆ์ร้ายสายหน้า” ฯลฯ โดยอาจพบถึงกลุ่มคนชายขอบหรือกลุ่มชาติพันธุ์อย่างหลากหลาย เช่น คนเผ่าอาข่า เผ่าม้ง

เผ่าปกากะญอ ซึ่งมักมาพร้อมกับการบิดเบือนความจริง (Misrepresentation) เพราะสื่อหรือภาพยนตร์มักถ่ายทอดวิถีชีวิตและภาษา ตลอดจนภาพลักษณ์ทางกายภาพหรือการแต่งกายไปในทิศทางต่าง ๆ โดยภาษามักถูกถ่ายทอดในลักษณะของการพูดไม่ชัดจนทำให้กลายเป็นเรื่องตลกและน่าอายที่นำไปสู่ภาพจำ และมักถ่ายทอดวิถีชีวิตผ่านการกระทำผิดกฎหมาย เช่น การค้าประเวณี การลักลอบตัดไม้ทำลายป่า การบุกรุกป่าสงวน ฯลฯ ไปจนถึงภาพลักษณ์ทางกายภาพหรือการแต่งกายที่มีการแต่งกายผิดไปจากความเป็นจริง²⁸

ในปัจจุบันหรือปี พ.ศ. 2566 ยังคงมีการปรากฏในลักษณะดังกล่าวผ่านสื่อ เช่น กรณีของชาวบ้านกะเหรี่ยงบางกลอยที่สื่อโดยเฉพาะสื่อมวลชนมักนำเสนอภาพลักษณ์และวิถีชีวิตที่มุ่งเน้นไปในทิศทางของกลุ่มคนที่กระทำผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นการบิดเบือนข้อเท็จจริง เพราะชาวบ้านกะเหรี่ยงบางกลอยอยู่ร่วมกับป่ามาอย่างยาวนาน ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ปัญหาการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของผู้อื่นมาใช้ในลักษณะบิดเบือนเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริงและเป็นปัญหาที่ยังคงอยู่และอาจเกิดขึ้นซ้ำได้อยู่เสมอ ดังนั้นจึงควรที่จะมีการทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้มีการกำหนดข้อกำหนดหรือบทกำหนดโทษเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวซ้ำอีก เพราะปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่กระทบต่อคุณค่าทางวัฒนธรรมและคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ตลอดจนความรู้สึกของผู้ถือครองทางวัฒนธรรม

การบิดเบือน กฎหมาย และมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม: ทุกเรื่องราวในคราวเดียวกัน

ประเด็นของการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของผู้อื่นมาใช้ในลักษณะบิดเบือนหรือการฉกฉวยทางวัฒนธรรม ผ่านแง่มุมทางกฎหมาย จะพบว่า ไม่ได้มีการนำประเด็นดังกล่าวมาอภิปรายมากนัก แต่มุ่งเน้นไปที่การกำกับหรือกำหนดขอบเขตใน “การหิบบิยม” วัฒนธรรมของผู้อื่นมาใช้งาน ผ่านข้อกำหนดทางจริยธรรม อันได้แก่ (1) การปฏิเสธต้นกำเนิดของวัฒนธรรม (2) การปฏิบัติอย่างไรซึ่ง

²⁸ ธวัชชัย ดวงไทย. (2551). ปัญหาสื่อสารมวลชน ลดทอนคุณค่าคนชายขอบ. *วารสารแม่โจ้ปริทัศน์* พฤศจิกายน-ธันวาคม 2551, 68-72.

การเคารพ และ (3) การทำให้วัฒนธรรมต้นทางมีการใช้งานลดน้อยลง ซึ่งเมื่อพูดถึงการใช้ในลักษณะบิดเบือนถือว่าเป็น ‘การปฏิบัติอย่างไรซึ่งการเคารพ’ ดังนั้นหากต้องการที่จะเชื่อมโยงหรือเทียบเคียงกับข้อกฎหมายที่มีอยู่แล้วในประเทศไทยก็อาจเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญาหรือกฎหมายการคุ้มครองลิขสิทธิ์มาใช้ควบคุม หากมีข้อมูลหรือหลักฐานที่แสดงถึงความเป็นต้นฉบับของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองลิขสิทธิ์หมายความว่าผู้ถือลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ แจกจ่ายและดัดแปลงงาน ซึ่งจะทำให้ได้รับการคุ้มครอง โดยในทวีปแอฟริกามีกฎหมายที่รองรับและคุ้มครองงานมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมประเภทคติชนที่อาจไม่สามารถระบุผู้ผลิตได้²⁹

อย่างไรก็ตาม หากจะร่างหรือบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมอันเป็นการใช้อย่างบิดเบือน ก็สมควรที่จะมีการศึกษาและเทียบเคียงกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือมีลักษณะใกล้เคียงในหลากหลายประเทศ ก่อนจะมีการนำมาใช้ในการออกแนวทางในการกำหนดขอบเขต ตลอดจนบทกำหนดโทษ เพื่อไม่ให้ลักษณะของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปในลักษณะของกฎหมายสำเร็จรูปหรือการรับมาจากต่างประเทศแล้วนำมาใช้โดยไม่มีการปรับให้เข้ากับบริบทของสังคมไทย ซึ่งในการจะเอาความผิดกับผู้ที่ฉกฉวยทางวัฒนธรรมของเจ้าของวัฒนธรรมมาใช้ในลักษณะบิดเบือนในประเทศไทยไม่ได้มีบทกำหนดโทษทางกฎหมายที่ชัดเจน โดยมักมุ่งเน้นไปที่การจัดการผ่านกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจ ดังนั้นควรที่จะมีการกำหนดโทษหรือมาตรการความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการใช้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม อันเป็นการใช้อย่างบิดเบือน ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ซึ่งแนวทางดังกล่าวเป็นแนวทางที่มีการปรับใช้มาจากกรณีศึกษาที่มีการทบทวนข้างต้น อันได้แก่ แนวทางการระวางโทษจากประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐประชาชนจีน และแนวทางการให้ความสำคัญกับชุมชนจากสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ดังนี้

²⁹ Mathias Siems. (2019). The law and ethics of ‘cultural appropriation’. *Cambridge University Press*, 15(4), 2.

ตารางที่ 1 ตารางกฎหมายว่าด้วยการบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

ตารางกฎหมายว่าด้วยการบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม	
บริบทประเทศไทย	หากมีผู้ใดทำการละเมิดต่อมรดกทางวัฒนธรรมต่าง ๆ หรือมีการนำเอาองค์ความรู้ทางวัฒนธรรมหรือวัฒนธรรมใดก็ตามไปใช้ในลักษณะที่เป็นการบิดเบือน อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณค่าวัฒนธรรมทางใดทางหนึ่ง ก็อาจไม่ได้ถูกลงโทษต่อความผิดการละเมิดโดยตรง แต่จะได้รับการลงโทษหากบุคคลผู้นั้นได้รับคำสั่งให้ระงับการกระทำดังกล่าวแล้วไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งจะถือเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งของผู้มีอำนาจ
กรณีศึกษา ประเทศญี่ปุ่น	กฎหมายคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม โดยคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ และมีการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมพื้นเมือง ผ่านการให้อำนาจในการประกาศกำหนดให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็น ‘ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสำคัญของท้องถิ่น’ (Important Folk Cultural Property) โดยมีการควบคุมหรือกำหนดโทษทั้งทางอาญาและทางปกครอง ซึ่งมีโทษทั้งจำคุกซึ่งอาจมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนักหรือปรับ
กรณีศึกษา ประเทศเกาหลีใต้	“พระราชบัญญัติคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม” มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและเพิ่มประสิทธิภาพในการพัฒนาวัฒนธรรม กำหนดการแสดงออกทางวัฒนธรรมที่มีคุณค่าที่อาจสูญเสียหรือสูญหาย และรักษาความปลอดภัยเพื่อไม่ให้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมถูกละเมิด ซึ่งก็ได้มีการกำหนดโทษปรับและโทษจำคุกสำหรับผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้ โดยเกาหลีใต้มีกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกวัฒนธรรม อันมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและเพิ่มประสิทธิภาพในการพัฒนาวัฒนธรรม ผ่านการสร้างการมีส่วนร่วมของชุมชน องค์กร หรือภาคเอกชนในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม และการบริหารจัดการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม ตลอดจนการคุ้มครองแหล่งที่มาของมรดกทางวัฒนธรรม ทั้งนี้ก่อนที่สามารถนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมมาใช้งานเพื่อผลิตเป็นสินค้าและบริการ หรือสื่อ จะต้องมีการเข้าฝึกอบรมเพื่อให้มีทักษะการอนุรักษ์และทักษะการสืบทอดให้แก่บุคคลอื่น แต่ก็ได้มีบทกำหนดโทษที่ชัดเจน
กรณีศึกษา ประเทศจีน	กฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นกฎหมายพื้นฐานในการคุ้มครองวัฒนธรรมของประเทศจีนและความสำเร็จของกฎหมายประเทศจีน ซึ่งการใช้งานมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาชนจีนจะต้องมีการให้ความเคารพต่อประชาชนหรือชุมชนผู้เป็นเจ้าของวัฒนธรรม และการใช้งานของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในทางที่ก่อให้เกิดการเสื่อมเสียถือเป็นสิ่งต้องห้าม มีการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย ถือว่ามีความผิดทางแพ่ง ซึ่งถ้าหากเป็นการละเมิดโดยองค์กรต่างประเทศจะต้องมีการรายงานไปยังหน่วยงานด้านวัฒนธรรมของรัฐบาล เมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายนี้จะต้องได้รับคำสั่งในการทำสัตยาบันออกคำเตือน ในกรณีที่มีความร้ายแรงจะต้องถูกปรับ และหากการกระทำของบุคคลที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายนี้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบอาญา ก็ถือได้ว่าเป็นความผิดทางอาญาด้วยเช่นกัน

การแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ควรให้มีการกล่าวเพิ่มเติมถึงมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ได้มีการขึ้นทะเบียนแล้วให้มีการกล่าวถึงเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้ในลักษณะของการใช้งานหรือพัฒนาและส่งต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในลักษณะของการบิดเบือนความจริงในบริบทของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม อันสร้างความเสียหายต่อคุณค่าทางวัฒนธรรมและคุณค่าทางประวัติศาสตร์ที่ยึดโยงกับพื้นที่หรือชุมชนที่ทำให้กำเนิดมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมนั้น ๆ โดยเมื่อมีการร้องเรียน ก็จะนำไปสู่การจัดตั้งคณะกรรมการในการตรวจสอบ อันเป็นกลุ่มคนในชุมชนที่เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง (Stakeholders) กับมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ตลอดจนกลุ่มบุคลากรที่มีองค์ความรู้หรือประสบการณ์ในการใช้งานหรือพัฒนาและส่งต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมนั้น ๆ ไปจนถึงหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องให้มีการร่วมกันตรวจสอบ ซึ่งหากพบว่ามีกรณีการบิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมจริงก็เห็นสมควรว่า **“ควรที่จะมีการต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ จะต้องมีการระงับการใช้งานหรือพัฒนาและส่งต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมนั้น ๆ ในทันที”** เพราะการควบคุมและป้องกันมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเป็นสิ่งสำคัญในการรักษาและส่งเสริมวัฒนธรรมของชุมชนและชาติ อันอาจมีวัตถุประสงค์ทางวัฒนธรรม สังคมและเศรษฐกิจ ดังนั้นจึงควรให้ความคุ้มครองและสนับสนุนให้มรดกทางวัฒนธรรมนี้คงอยู่ในสภาพที่ดี และไม่ถูกนำมาใช้อย่างไม่ถูกต้องหรือเป็นการบิดเบือน อย่างไรก็ตาม การควบคุมและการป้องกันมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมมีความซับซ้อนและท้าทายในการดำเนินการและการปฏิบัติแต่ก็มีความจำเป็นในการตรวจสอบการใช้งานมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในลักษณะของการบิดเบือน ตลอดจนการพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ยังควรมีการส่งเสริมถึงความตระหนักรู้และการศึกษาให้ความรู้เกี่ยวกับมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

เอกสารอ้างอิง

- กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม. (2562). *วัฒนธรรม วิถีชีวิต และภูมิปัญญา*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <http://lib.culture.go.th/library/multimedia/48819.pdf>.
- กระทรวงวัฒนธรรม. (2562). *การรักษาวัฒนธรรมของความเป็นชาติ*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <https://www.mculture.go.th/young/ewtnews.php?nid=165&filename=index..>.
- กิตติพร ใจบุญ. (2564). มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมกับทรัพย์สินทางปัญญา: ข้อจำกัดและช่องว่างทางกฎหมาย. *วารสารศิลปศาสตร์ มทร.ธัญบุรี*, 2(2), 11.
- ธนิช เลิศชาญฤทธ์. (2554). *การจัดการทรัพยากรวัฒนธรรม*. กรุงเทพฯ: ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน).
- ธวัชชัย ดวงไทย. (2551). ปัญหาสื่อสารมวลชน ลดทอนคุณค่าคนชายขอบ. *วารสารแม่โจ้ปริทัศน์*, พฤศจิกายน-ธันวาคม 2551, 68-72.
- ราชกิจจานุเบกษา. (2559). *พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <https://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2559/A/019/1.PDF>
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2554). *บิดเบือน*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา https://dictionary.orst.go.th/lookup_domain.php
- สมาคมอีโคโมสไทย. (2554). *กฎบัตรประเทศไทยว่าด้วยการบริหารจัดการแหล่งมรดกวัฒนธรรม*. กรุงเทพฯ: สมาคมอีโคโมสไทย.
- สำนักวิทยบริการและเทคโนโลยี. (ม.ป.ป.). *ปัญหาของการใช้คำว่า 'ฉกฉวยทางวัฒนธรรม' (Cultural Appropriation)*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา http://arit.npru.ac.th/system/sys_filedownload/20210217153506_e6fca4f6a936a19096967bb3f60925fd.pdf

- China Culture. (2011). *Intangible Cultural Heritage in China*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <http://en.chinaculture.org/culturea-z/ich>
- Fang Zhou. (2014). Comparative Legal Study of Intangible Cultural Heritage in the UK and China. *Journal of International Commercial Law and Technology*, 9(4), 2.
- Japan Centre for International Cooperation in Conservation. (2007). *Law for the Protection of Cultural Property*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา https://en.unesco.org/sites/default/files/japan_law_protectionproperty_entno.pdf
- Mathias Siems. (2019). The law and ethics of ‘cultural appropriation’. *Cambridge University Press*, 15(4), 2.
- UNESCO. (2003). *2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <https://ich.unesco.org/doc/src/15164-EN.pdf>
- UNESCO. (2006). *Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention; report*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000145919>
- UNESCO. (2017). *Periodic reporting on the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <https://ich.unesco.org/en-state/republic-of-korea-KR?info=periodic-reporting>
- WIPO. (2010). *Republic of Korea Cultural Heritage Protection Act (Act No. 961 of January 10, 1962, as amended up to Act No. 10000 of February 4, 2010)*. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/12943>

WIPO. (2011). *China CN179 Intangible Cultural Heritage Law*. สืบค้นเมื่อ
26 ตุลาคม 2566, แหล่งที่มา [https://www.wipo.int/wipolex/en/text/336567
#:~:text=Article%203%20The%20State%20shall,or%20scientific%20va
lue%20by%20adopting](https://www.wipo.int/wipolex/en/text/336567#:~:text=Article%203%20The%20State%20shall,or%20scientific%20value%20by%20adopting)

ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง: กรณีศึกษา
การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว
Legal Problems of Administrative Order: A Case Study of
Protection of Human Rights from Alien Detention Order

อมรพันธุ์ นิติธีรานนท์¹

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

120 หมู่ 3 ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ (อาคารบี) ชั้น 7 ถนนแจ้งวัฒนะ

แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210, ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: Amornphan50@gmail.com

Amornphan Nititheeranont²

The Office of the Personal Data Protection Committee,

120 Moo 3 Government Complex (B Building), 7th Floor,

Chaeng Watthana Road, Thung Song Hong, Lak Si, Bangkok 10210,

Thailand

E-mail: Amornphan50@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของสารนิพนธ์เรื่องปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง: กรณีศึกษาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของต่างประเทศเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทย และหาแนวทางแก้ไขปัญหที่เหมาะสมเกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าว เนื่องจากพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 อันเป็นฐานที่มาของการออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวบังคับใช้มาเป็นเวลานาน ก่อให้เกิดปัญหา

¹ ผู้อำนวยการสำนัก.

² Bureau Director.

ในทางปฏิบัติของการกักตัวในเรื่องระยะเวลา สถานที่ และทางเลือกอื่นแทนการกักตัว ที่ยังไม่มีมาตรการที่เหมาะสมเพียงพอและอาจขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน ผลการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้อำนาจกักตัวโดยไม่มีกำหนดเวลา และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 วินิจฉัยรับรองไว้ แต่หมายเหตุท้ายคำพิพากษาดังกล่าว มีความเห็นว่าการกักตัวจะแก้ไขกฎหมายนี้ แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่มีมาตรการแก้ไขเรื่องระยะเวลา สำหรับเรื่องสถานที่กักตัวเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2564 วินิจฉัยว่า การกักตัวที่ห้องขังสถานีตำรวจไม่ใช่สถานที่ที่เหมาะสม แต่ตามคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 89/2562 กำหนดว่า หากตรวจคนเข้าเมืองท้องที่ใดไม่มีห้องกัก ให้นำไปฝากกักตัวที่สถานีตำรวจ และยังไม่มีกฎหมายให้ใช้ทางเลือกอื่นแทนการกักตัว คงมีเพียงคนประจำพาหนะเรือที่ใช้สิทธิประกันโดยไม่ต้องวางหลักทรัพย์ได้

นอกจากนี้ ยังพบว่าพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวเพียงวิธีเดียวคือการทำสัญญาประกัน ซึ่งเกิดขึ้นหลังมีคำสั่งให้กักตัวแล้ว และบางกรณีคนต่างด้าวได้รับการปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาแล้ว แต่ยังคงถูกนำไปกักตัวอีกอันเป็นการจำกัดเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกัน ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศแคนาดา ราชอาณาจักรเบลเยียม และสหพันธรัฐมาเลเซียแล้ว พบว่าทั้งสามประเทศมีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวที่หลากหลาย เช่น การทบทวนคำสั่งกักตัวทุกระยะจนกว่าจะปล่อยตัว การให้ไปพักอาศัยกับชุมชนโดยกำหนดให้มารายงานตัว การประกันโดยเงินทุนจากรัฐและไม่ต้องวางหลักประกัน การให้พักอาศัยที่ศูนย์พักอาศัยโดยไม่ปิดล็อกประตูแต่กำหนดเวลาเข้าออก การบริหารจัดการรายกรณี การยกเว้นกักตัวเด็กแต่ให้ไปพักที่บ้านพักชั่วคราว ฯลฯ ดังนั้น จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม ให้มีการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอปล่อยตัวทุกระยะจนกว่าจะปล่อยตัว แต่รวมระยะเวลากักตัวต้องไม่เกิน 90 วัน และกำหนดบทนิยามเรื่องสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวไว้ในมาตรา 4 ซึ่งไม่ใช่ห้องขังของสถานีตำรวจหรือสถานที่อันมีลักษณะใกล้เคียงกัน นอกจากนี้ เห็นควรเพิ่มหมวด 6/1 มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว โดยนำหลักการที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว และโมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน หรือ CAP model มากำหนดไว้ในหมวดนี้ รวมถึงกำหนดเงื่อนไขการสิ้นสุดมาตรการ และ

แก้ไขเพิ่มเติมให้คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการร่วม ทำนองเดียวกับแนวทางของสหพันธรัฐมาเลเซีย ให้คณะกรรมการร่วมมีอำนาจตรวจสอบ ติดตาม และประเมินผลมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว พร้อมเสนอแนะต่อรัฐสภา และ วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับมาตรการ รวมถึงกำหนดมาตรการเพิ่มเติม

คำสำคัญ: สิทธิมนุษยชน, คำสั่งกักตัว, คนต่างด้าว

Abstract

This article is part of research on the legal problems of administrative order: a case study of protection of human rights from alien detention order. Its objectives are to study the legal measures for protecting human rights in relation to the administrative detention of alien, to compare them with those in the Kingdom of Thailand, and to find appropriate solutions to the issues arising from such orders. The basis for these detention orders is the Immigration Act B.E. 2522 (1979), which has led to practical problems regarding the duration, location, and alternative options to detention that are currently insufficient and may infringe upon human rights principles. The study reveals that the Immigration Act B.E. 2522 (1979) grants the power of detention without specifying a time limit, and Supreme Court Judgment No. 2379/2542 confirms this authority. However, the final remark in the judgment suggests a willingness to address this legal issue, although no amendments have been made to the duration aspect up to the present. Regarding the location of detention, Supreme Court Judgment No. 1181/2564 ruled that police station cells are not appropriate facilities. However, according to Order No. 89/2562 of the Immigration Bureau, if there are no appropriate detention cells at the immigration checkpoint, aliens should be taken to a police station.

Furthermore, there are no alternative options provided in the law to replace detention.

Except for seafarers who can provide a guarantee without posting bail. Additionally, the Immigration Act B.E. 2522 (1979) only offers one alternative measure to detention, which is the execution of a bond agreement. However, this measure is implemented after the detention order is issued, and in some cases, aliens who have been temporarily released in criminal cases are re-detained, resulting in a duplication of restrictions on their freedom. Comparing to the laws of Canada, Belgium, and Malaysia, it is evident that these three countries have various alternative measures to detention, such as reviewing detention orders at regular intervals until release, allowing individuals to reside in communities with reporting requirements, providing state-funded bonds without requiring collateral, allowing residence in open detention centers with specified entry and exit times, managing cases individually, exempting detained children and placing them in temporary shelters, and so on. Therefore, it is necessary to make further amendments to Article 54, Paragraph 3, of the Immigration Act B.E. 2522 (1979) to allow individuals to file a petition with the court for detention at regular intervals, with a maximum cumulative detention period of 90 days. Moreover, a definition of suitable detention facilities should be specified in Article 4 to exclude police station cells or similar locations. Additionally, a new Chapter 6/1 should be added to introduce alternative measures to detention, incorporating the Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention, including the Community Assessment and Placement (CAP) model. This chapter should also outline conditions for terminating the measures and provide additional amendments empowering a committee to assess individuals' detention and propose recommendations to

the Parliament, like the approach adopted in Malaysia. This would enable the committee to have the authority to inspect, monitor, and evaluate alternative measures to detention and make determinations regarding the effectiveness of the measures, as well as prescribing further measures.

Keywords: Human Rights, Detention Order, Alien

1. บทนำ

กฎหมายปกครอง (Administrative Law) เป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งของรัฐตามหลักทฤษฎีอำนาจเหนือ (prerogatives) การใช้อำนาจของรัฐทุกกรณีต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งรวมถึงที่มาแห่งอำนาจ รูปแบบ ขั้นตอน และการควบคุมตรวจสอบให้พอเหมาะพอดี เพื่อเป็นการบริหารที่ถูกต้องจึงต้องมีการบริหารโดยกฎหมาย หรือ “หลักนิติรัฐ” (L’Etat de Droit) เมื่อพิจารณาถึงการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครอง (Administrative Order) คือเครื่องมือสำคัญที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Administrative Authority) ใช้ในทางปฏิบัติมากที่สุด³ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือมีผลกระทบ ต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะมีผลในทางให้ประโยชน์หรือเป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่ง ล้วนแต่เป็นคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น⁴ คำสั่งทางปกครองถูกใช้เป็นเครื่องมือของการกระทำทางปกครองผ่านเจ้าหน้าที่ การใช้อำนาจดังกล่าวต้องเป็นการใช้ “อำนาจทางปกครองของรัฐ” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ไม่รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ได้ คือ ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทาง

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เอ.พี.กราฟิค ดีไซน์และการพิมพ์. หน้า 73.

⁴ นกสนันทชน ศรีปัญญาประดิษฐ์. (2562). *ปัญหาทางกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 2.

ปกครองของรัฐนั้นอาจจะเป็นบุคลากรในภาครัฐหรือบุคลากรในภาคเอกชนก็ได้⁵ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 อันเป็นกฎหมายหลักในการกำกับ ดูแล คัดกรอง ตรวจสอบ คนต่างด้าว⁶ ที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย มีบุคคลและคณะบุคคล ที่มีฐานะเป็น “เจ้าหน้าที่” ตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันถือเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อออกคำสั่งทางปกครองตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 รวม 4 กลุ่ม ด้วยกัน คือ กลุ่มแรกเป็น “พนักงานเจ้าหน้าที่” อันหมายถึง “เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้” กลุ่มที่สองคือ “อธิบดี” ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้นิยามไว้ว่า “อธิบดีกรมตำรวจ” หรือตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติในปัจจุบัน กลุ่มที่สามคือ “รัฐมนตรี” ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้นิยามไว้ว่า “รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้” และกลุ่มที่สี่ คือ “คณะกรรมการ” ซึ่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้นิยามไว้ว่า “คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง”⁷

ในบรรดาคำสั่งทางปกครองที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทั้ง 4 กลุ่ม ข้างต้น มีอำนาจออกคำสั่งต่าง ๆ พบว่า มีคำสั่งที่เกิดปัญหาทางกฎหมายและอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักการและแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน คือ คำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ซึ่งปัจจุบันเกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่สำคัญอันนำมาสู่ประเด็นของการวิจัยครั้งนี้ ได้แก่

1) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่กักตัวคนต่างด้าวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร และอาจขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยเข้าเป็นภาคี เคยมีคำ

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2566). คำสั่งทางปกครอง. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://web.krisdika.go.th/data/activity/act79.htm#_ftn1. [2566, 28 มีนาคม].

⁶ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 4 ให้นิยามความหมายของ “คนต่างด้าว” ไว้ว่า “บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย”.

⁷ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522. มาตรา 4.

พิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 วินิจฉัยไว้ว่า “ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ เมื่อผู้ร้องเป็นคนต่างด้าวเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจที่จะกักตัวผู้ร้อง เพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามบทกฎหมายดังกล่าวได้”⁸ อันเป็นการวินิจฉัย ยืนยันหลักการกักตัว “โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา” อย่างไรก็ดี ท่านอาจารย์ทวี ประจวบลาภ ได้ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว โดยมีประเด็นที่น่าสนใจไว้ว่า “ผู้เขียน (หมายถึงท่านอาจารย์ทวี) ทราบว่า คณะอนุกรรมการทบทวนกฎหมายเพื่อ อนุวัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนใน คณะกรรมการฉลองครบรอบ 50 ปี ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ได้ยกร่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยกำหนดระยะเวลาในการกักตัวคนต่างด้าวในระหว่างรอการ ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เนื่องจากกฎหมายปัจจุบันกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ สามารถกักตัวคนต่างด้าวผู้เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ โดยไม่มี กำหนดเวลาที่แน่นอน ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องสูญเสียสิทธิเสรีภาพในร่างกายเป็นการเนิ่น นานโดยไม่รู้กำหนดเวลาว่าจะถูกกักตัวไว้นานเท่าใด อันเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 และมาตรา 31 ขณะนี้ร่างพระราชบัญญัตินี้ยังไม่มีผ่านการพิจารณาของรัฐสภา”⁹ อันเป็นความเห็นที่น่าสนใจแต่กระทั่งจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายในประเด็น ดังกล่าว

2) ปัญหาเกี่ยวกับสถานที่กักตัวคนต่างด้าว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2564 วินิจฉัยในประเด็นสถานที่กักตัวไว้ว่า “พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง กำหนดให้พนักงาน เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองกักตัวคนต่างด้าวไว้ ณ สถานที่ใดตามที่เห็นเหมาะสม แต่การที่ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่มีห้องกักตัวที่เหมาะสมเป็นของตนเอง แล้วนำผู้ร้องซึ่งเป็น

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542.

⁹ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 ข้อ 6.

คนต่างด้าวไปกักตัวไว้ในห้องคุมขังหรือควบคุมผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาของสถานีตำรวจ จึงมิใช่เป็นการกักตัวผู้ร้องไว้ ณ สถานที่เหมาะสม”¹⁰ ซึ่งปัจจุบันพบกรณีที่ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหลายท้องที่ ไม่มีสถานกักตัวคนต่างด้าวของตนเอง แล้วนำตัวคนต่างด้าวไปกักตัวไว้ ณ สถานีตำรวจ หรือแม้แต่สถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเองก็มีความแออัด และอาจไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะการกักตัวคนต่างด้าวที่เป็นเด็ก

3) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าวเพียงวิธีการเดียวคือการทำสัญญาประกัน ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันมิได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ แต่เป็นไปตามคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่มีการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ต่างจากการพิจารณาสัญญาประกันในคดีอาญา ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติและไม่อาจแก้ไขได้ง่าย เช่นเดียวกับคำสั่งของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ทั้งที่เป็นคำสั่งซึ่งใช้พิจารณาเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกัน และในบางกรณีที่คนต่างด้าวถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวแล้วแต่กลับถูกพนักงานเจ้าหน้าที่นำมากักไว้ตามคำสั่งกักตัว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกัน ดังที่ศาลอาญากรุงเทพใต้วินิจฉัยในคำสั่งคดีหมายเลขแดงที่ คช 4/2566 ไว้ว่า “ข้ออ้างที่ว่า กักตัวไว้เพื่อรอคดีอาญาเสร็จสิ้นนั้นมิใช่ความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับการส่งกลับ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ อันแสดงให้เห็นว่า พนักงานเจ้าหน้าที่มิได้มีเจตนาที่จะส่งตัวผู้ร้องกลับออกไปนอกราชอาณาจักรอย่างแท้จริงในทันที เนื่องจากผู้ร้องยังอยู่ระหว่างการสอบสวนในคดีอาญาย่อมไม่อาจส่งกลับได้อยู่ในตัว แต่พนักงานเจ้าหน้าที่กลับรีบด่วนเพิกถอนการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของผู้ร้อง เพื่อให้เข้าเงื่อนไขของการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร แล้วนำมากักตัวไว้ทั้งที่ผู้ร้องได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาแล้ว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ซ้ำซ้อนกันโดยที่คดีอาญายังไม่ถึงที่สุด และยังไม่แน่ว่าจะส่ง

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2564.

ตัวผู้ร้องกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้เมื่อใด”¹¹ จึงควรกำหนดมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวให้เป็นไปตามหลักสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต่อไป

2. วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการจำกัดเสรีภาพ
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของต่างประเทศเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทย
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว
4. เพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวของพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง

3. วิธีการวิจัย

งานวิจัยนี้ใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ศึกษาจากรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ประกอบกับการค้นคว้าข้อมูลจากเอกสารและสารสนเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ทั้งกฎหมาย ตำรา บทความ วารสาร รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ รวมถึงการสืบค้นข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องทางอินเทอร์เน็ต (Internet) เพื่อนำมาวิเคราะห์ให้ได้ซึ่งข้อสรุปและแนวทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม

4. หลักและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับทางปกครอง

4.1 หลักมาตรการบังคับทางปกครองต้องพอสมควรแก่เหตุ

ตามหลักการใช้อำนาจโดยมีเหตุอันควร (Principle of Reasonableness) ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้มาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง

¹¹ คำสั่งศาลอาญากรุงเทพใต้ คดีหมายเลขแดงที่ คข 4/2566.

หากใช้โดยไม่สมควรแก่เหตุหรือแก่กรณีจะทำให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมาตรการบังคับทางปกครองถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งอยู่ในบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง¹² แม้กฎหมายจะให้อำนาจฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการที่ก้าวล่วงสิทธิ (Privilege) หรือก่อภาระหรือหน้าที่ให้แก่บุคคลใด แต่จะใช้อำนาจดังกล่าวลิดรอนสิทธิ (Deprived of Rights) หรือกำหนดหน้าที่ให้บุคคลเกินสมควรไม่ได้ การพิจารณาว่ามาตรการบังคับที่จะใช้บังคับกับเอกชน พอสมควรแก่เหตุกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่า มาตรการนั้นเป็นไปตามหลัก 3 ประการ ดังนี้

1) หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม (Principle of Suitability)

ฝ่ายปกครองต้องใช้มาตรการที่ทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ หากมาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงย่อมขัดต่อหลักการดังกล่าว หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ เป็นเหตุและสิ่งที่ยกกฎหมายมุ่งประสงค์จะให้เกิดผล¹³

2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)

การบังคับใช้มาตรการบังคับทางปกครองกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือก่อภาระแก่บุคคลอย่างรุนแรง มาตรการบังคับทางปกครองควรเป็นทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio) ที่รัฐพึงบังคับกับบุคคล รากฐานของหลักการนี้มาจากหลักคิดที่ว่า ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่ง ที่จำต้องเลือก บุคคลต้องเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นจึงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม¹⁴

¹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สื่อปัญญา. หน้า 334-335.

¹³ วรณู วิจารณ์ันท์. (2548). *หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 73.

¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2543). *หลักความได้สัดส่วนตามหลักตามกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส*. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 19, หน้า 177.

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)

เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ที่เสียไป หรือภาระที่บุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการจะต้องแบกรับ มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หากประโยชน์ที่เสียไปหรือภาระที่ก่อให้เกิดขึ้นนั้น สาธารณชนพึงคาดหวังได้ว่าอยู่ได้บังคับของมาตรการดังกล่าวจะแบกรับได้ เมื่อเทียบกับประโยชน์สาธารณะที่สังคมจะได้รับ¹⁵

4.2 หลักความแน่นอนชัดเจน

การกระทำของฝ่ายปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน และเป็นที่คาดหมายได้ของผู้ที่จะอยู่ใต้บังคับของการกระทำทางปกครอง เพื่อให้ผู้รับคำสั่งได้รับทราบว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้ผู้รับกระทำการหรือไม่กระทำการใด หลักความแน่นอนชัดเจนมีผลมาจากลักษณะของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมและเฉพาะราย¹⁶ โดยการระบุมมาตรการบังคับทางปกครองและรายละเอียดที่ตนจะใช้บังคับ ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำเตือน ทั้งนี้ มาตรการบังคับทางปกครองที่ใช้บังคับนั้น ต้องเป็นมาตรการเดียวกันกับที่ระบุไว้ในคำเตือน¹⁷

4.3 หลักการเตือนก่อนใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

หากเจ้าหน้าที่จะเปลี่ยนแปลงมาตรการบังคับทางปกครอง ต้องแจ้งเตือนให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตาม พร้อมทั้งระบุมมาตรการบังคับทางปกครองที่ตนจะใช้บังคับ

¹⁵ กนกวรรณ แสงเอี่ยม. (2562). ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครอง ตามกฎหมาย ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 25.

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2561). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 116.

¹⁷ กมลกานต์ ทรสุวรรณ, เกวลี มโนภินเวศ และศรีรัตน์ งามนิสัย. (2552). สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไข เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. รายงาน การศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 19.

แทนเสียก่อน¹⁸ ในกรณีมีเหตุจำเป็นที่ต้องบังคับทางปกครอง ตามคำสั่งให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดทางอาญา หรือเพื่อมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนอย่างอื่น เจ้าหน้าที่มีอำนาจบังคับทางปกครองได้โดยทันที ไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งทางปกครองหรือเตือนก่อนก็ได้ แต่ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและภายในขอบอำนาจ

4.4 หลักมาตรการบังคับทางปกครองอาจถูกโต้แย้งได้

การบังคับทางปกครองมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้ถูกบังคับทางปกครอง ทั้งฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องขออำนาจศาล ตามหลักเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองที่จะบังคับได้เองก่อน (privilège du préalable)¹⁹ หากการบังคับทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมมีสิทธิโต้แย้งได้ ซึ่งการอุทธรณ์การบังคับทางปกครอง ให้ใช้หลักเกณฑ์และวิธีการเดียวกันกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง²⁰ สำหรับการบังคับทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการทางปกครองนั้น ผู้ถูกบังคับทางปกครองอาจโต้แย้งต่อศาล เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับทางปกครอง และขอให้องค์กรฝ่ายปกครองเยียวยาให้สิทธิของผู้ถูกบังคับทางปกครองที่สูญเสียไปกลับคืน หรือขอให้องค์กรฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้ ในระบบกฎหมายบางประเทศอาจกำหนดให้การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองหรือต่อศาลซึ่งมีผลเป็นการทุเลาการบังคับแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์และผู้รับคำสั่งทางปกครองมิได้มีการโต้แย้งหรือจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด²¹

¹⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2551). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 98-99.

¹⁹ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2544). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 50.

²⁰ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2558). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 125.

²¹ อาคม โฉนดแดง. (2553). *ปัญหาการยึดอายัดทรัพย์สินในทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 33.

5. ผลการวิจัย

บทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ไม่สอดคล้องกับหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะการจำกัดสิทธิเสรีภาพจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว จึงเป็นที่มาของการศึกษาวิเคราะห์ครั้งนี้ เพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขปัญหา โดยมีรายละเอียดแต่ละประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าว จากการศึกษาพบว่า การกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากภายหลังพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว ในระหว่างนี้ย่อมมีอำนาจกักตัวไว้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา หากพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อใช้กักตัวคนต่างด้าวเพื่อรอการส่งกลับในทันที โดยไม่จำเป็นต้องมีกรณีอื่นใดที่ต้องดำเนินการเกี่ยวกับตัวคนต่างด้าวผู้นั้นอีก ศาลอาญากรุงเทพได้ เคยมีคำวินิจฉัยในคำสั่งคดีหมายเลขแดงที่ คช 4/2566 ในประเด็นนี้ว่า “แม้อำนาจการกักตัวตามมาตรานี้จะได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้ แต่ก็มิใช่ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวไว้นานเท่าใดตามอำเภอใจก็ได้ อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพและขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน เพราะเจตนารมณ์ของการกักตัวตามมาตรา 54 วรรคสาม มีขึ้นเพื่อส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรเท่านั้น มิใช่การอ้างอิงหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายมาตรานี้เพื่อกักตัวคนต่างด้าวไว้ด้วยวัตถุประสงค์อื่น ที่ผู้คุมขังเบิกความตอบทนายผู้ร้องถามค้านว่า ระยะเวลาการกักตัวขึ้นอยู่กับว่าในคดีอาญาจะเสร็จสิ้นเมื่อไหร่ และสถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆจะมีหนังสือยกเลิกการชะลอการส่งตัวเมื่อใดนั้น จึงมิใช่ข้ออ้างตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและไม่อาจรับฟังเป็นเหตุผลในการกักตัวโดยอาศัยข้ออ้างดังกล่าวได้” อย่างไรก็ตาม คำสั่งกักตัวและคำสั่งให้ส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับใช้จนกว่าจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอน และต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งมีกระบวนการพิจารณาที่ใช้เวลานาน แม้คนต่างด้าวจะเห็นว่าการกักตัวนั้นเป็นเหตุให้เกิดการคุมขังโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ซึ่งมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาหรือศาลยุติธรรม ให้ไต่สวนคำร้องนั้นโดยด่วนได้ทันที แต่เมื่อเหตุอันเป็นที่มาแห่งการคุมขังเกิดจากอำนาจของฝ่ายปกครอง ศาลยุติธรรมจึงไม่อาจไปก้าวล่วงหรือวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้

การที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจกักตัวคนต่างด้าวไว้ไม่มีกำหนดระยะเวลา ย่อมขัดกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมตัวโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกทรมานหรือสภาพของตนมิได้”²² (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) อันเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลอาญากรุงเทพใต้ข้างต้น ที่สะท้อนให้เห็นถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นไปตาม “หลักนิติรัฐ” (Legal State) อันเป็นกรณีที่หากมีช่องว่างของกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ หากฝ่ายปกครองไปถือหลักที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามไว้ฝ่ายปกครองจะกระทำอะไรก็ได้ เพราะเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันถ้ามีกฎหมายให้อำนาจไว้ฝ่ายปกครองยิ่งจะกระทำอย่างไรก็ได้” การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแทบจะทำได้ไม่ได้เลย และอาจทำให้เส้นแบ่งระหว่างดุลพินิจกับอำเภอใจบางลงจนแทบจะแยกกันไม่ออกว่าแตกต่างกันอย่างไร และเมื่อศึกษากฎหมายของประเทศแคนาดาพบว่า มีองค์กร Canada Border Services Agency (CBSA) ที่รับผิดชอบในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองและการคุ้มครองผู้ลี้ภัย (Immigration and Refugee Protection Act) มีหน้าที่ออกคำสั่งการกักตัวหรือปล่อยตัวผู้ต้องกัก (โดยมีหรือไม่มีเงื่อนไขก็ได้) ภายใน 48 ชั่วโมง ที่มีการกักตัว แต่หากไม่มีคำสั่งให้ปล่อยตัว แผนกการเข้าเมืองที่อยู่ภายใต้คณะกรรมการด้านการเข้าเมืองและผู้ลี้ภัย (Immigration Division of the Immigration and Refugee Board) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระจะทบทวนคำตัดสินการกักตัวของ CBSA ภายใน 48 ชั่วโมง ที่ถูกกักตัวหรือเร็วที่สุดที่เป็นไปได้ และแผนกการเข้าเมืองจะมีการพิจารณาการทบทวนคำตัดสินการกักตัวภายใน 7 วัน หลังจากที่มีการทบทวนครั้งแรก และต่อมาทุก 30 วัน จนกว่าจะมีการปล่อยตัว เพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีการกักตัวบุคคลโดยปราศจากเหตุผลที่เพียงพอ นอกจากนี้ แนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention) ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่ง

²² International Covenant on Civil and Political Rights. ข้อ 91.

สหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees หรือ UNHCR) ยังกล่าวถึงการควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาไว้ในข้อ 6. ว่า “การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและควรมีกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัว ระยะเวลาของการควบคุมตัวที่ไม่เหมาะสม อาจทำให้คำสั่งควบคุมตัวที่ต้องตามกฎหมายกลายเป็นการควบคุมตัวที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และเป็นการควบคุมตัวโดยพลการ การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาอันเนื่องมาจากความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมืองถือเป็นการกระทำโดยพลการ ซึ่งขัดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังนั้นควรมีกฎหมายกำหนดระยะเวลาการควบคุมตัวสูงสุดไว้ในกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เพื่อไม่ให้มีการควบคุมที่ยาวนานออกไปเรื่อย ๆ หรือไม่มีกำหนด (Indefinite Detention)” ซึ่งแนวปฏิบัติข้อนี้เป็นไปตามทฤษฎีหลักมาตรการบังคับทางปกครองต้องพอสมควรแก่เหตุ โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ที่เสียไป หรือภาระที่บุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการจะต้องแบกรับ จึงควรแก้ไขกฎหมายโดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา เพื่อตรวจสอบเหตุผลและความจำเป็นในการกักตัวคนต่างด้าว หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่เพียงพอให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวได้ทันที และให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ให้กักตัวคนต่างด้าวถูกยกเลิกหรือเพิกถอนไปในตัว โดยไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองอีกครั้ง แต่หากคนต่างด้าวที่ศาลจะสั่งให้ปล่อยไม่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทย ให้ใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว และกำหนดระยะเวลาการกักตัวสูงสุดที่ศาลมีอำนาจอนุญาต จนกว่าจะถูกส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันเริ่มกักตัว

ประการต่อมาปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าว จากการศึกษาพบว่า เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2564 วินิจฉัยในประเด็นสถานที่กักตัวไว้ว่า “การที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่มีห้องกักตัวที่เหมาะสมเป็นของตนเอง แล้วนำผู้ร้องซึ่งเป็นคนต่างด้าวไปกักตัวไว้ในห้องคุมตัวหรือควบคุมผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาของสถานีตำรวจ จึงมิใช่เป็นการกักตัวผู้ร้องไว้ ณ สถานที่เหมาะสม” ซึ่งปัจจุบันตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหลายท้องที่ไม่มีสถานกักตัวคนต่างด้าวของตนเอง จึงนำคนต่างด้าวไปกักตัวไว้

ณ สถานีตำรวจ และกฎหมายไม่ได้กำหนดนิยามหรือลักษณะของสถานที่เอาไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้ออกคำสั่งที่ 89/2562 โดยกำหนดว่าในกรณีที่มีความจำเป็นต้องกักตัวคนต่างด้าว นั้นไว้ แต่ไม่มีสถานที่กักตัวคนต่างด้าว ให้ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดหรือด่านตรวจคนเข้าเมือง นำฝากการกักตัวคนต่างด้าวต่อสถานีตำรวจท้องที่หรือสถานกักตัวคนต่างด้าวสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ใกล้ที่สุด ซึ่งในทางปฏิบัติพนักงานเจ้าหน้าที่มักจะนำไปฝากกักตัวไว้ที่สถานีตำรวจจนกระทั่งเกิดเป็นคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวถึงข้างต้น ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้แล้วว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่สถานที่ที่เหมาะสม เมื่อพิจารณาจากแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัว (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention) ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees หรือ UNHCR) ในข้อ 8.1 ระบุว่า “การถูกควบคุมในสถานที่ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ ว่าเป็นสถานที่สำหรับควบคุมตัว การควบคุมตัวในห้องขังของสถานีตำรวจถือเป็นการควบคุมตัวที่ไม่เหมาะสม” หรือแม้แต่สถานกักตัวคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเองก็มีความแออัดและอาจไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากล ซึ่งมีเพียง 22 แห่งทั่วประเทศ ไทย โดยมีศูนย์กลางอยู่ที่ซอยสวนพลูอันเป็นที่ตั้งเดิมของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง²³ (Jasmine Chia, 2018) จึงไม่เพียงพอต่อการกักตัวคนต่างด้าวเพื่อรอการส่งกลับ ทั้งยังก่อให้เกิดความแออัดมากขึ้นตามจำนวนคนต่างด้าวที่เพิ่มเติมในแต่ละวัน ในจำนวนนี้ยังมีคนต่างด้าวที่เป็นเด็กซึ่งเดินทางโดยลำพังหรือเดินทางมากับครอบครัวแล้วต้องถูกกักตัวไว้ อันไม่เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และยังไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติที่กล่าวถึงข้างต้น ในข้อ 9.2 ซึ่งกำหนดไว้ว่า “โดยหลักแล้วเด็กไม่สมควรถูกควบคุมตัว ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็ก

²³ Jasmine Chia. (2018). *Detention centres stuck in past century*. (Online). Available: <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/1414047/thailands-detention-centres-stuck-in-past-century>. [2023, May 5].

และยังส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่ของเด็กรวมทั้งพัฒนาการด้านร่างกาย และจิตใจ ในกรณีที่มีการควบคุมตัวเด็ก เด็กจะต้องได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้เหมาะสมกับความต้องการเฉพาะของเด็ก” หลักปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการตีความกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กระทั่งการออกคำสั่งภายในของฝ่ายปกครองเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติในการกักตัวคนต่างด้าวนี้ ย่อมไม่เป็นไปตามหลักการสากลด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะในหลักการตรวจสอบได้และยึดถือหลักนิติธรรม (Accountability and the Rule of Law) ซึ่งการบังคับใช้และตีความกฎหมายต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวคือ ต้องบังคับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยไม่ออกกฎหมายนอกเหนือไปจากที่กฎหมายอันเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจกำหนด ทั้งต้องไม่เป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนผู้ต้องถูกบังคับใช้ในกฎหมายนั้นเกินสมควร นอกจากนี้ ภายใต้หลักนิติธรรม (the rule of law) จะทำหน้าที่ในเชิงหลักการและหลักคิดเพื่อเป็นกรอบไปสู่หลักปฏิบัติที่ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกัน เมื่ออยู่เบื้องหน้ากฎหมาย” ตามที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ยอมรับหลักนิติธรรม ทั้งยังยืนยันไว้ในข้อ 7. ว่า “ทุกคนย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน”²⁴ (Universal Declaration of Human Rights, 1948) เมื่อพิจารณาคำสั่งของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะเห็นได้ว่า ไม่มีการกำหนดสถานที่อื่นให้คนต่างด้าวพักอาศัยแทนการกักตัว หากจะยื่นประกันก็ต้องมีเงินประกันเป็นหลักทรัพย์ ต่างกับกรณีของคนประจำพาหนะเรือตามคำสั่งกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง 2 ที่ 107/2563 ซึ่งสามารถใช้หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร ที่บริษัทตัวแทนเรื่อนำมาวางแทนเงินสดได้

เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศพบว่า ประเทศแคนาดามีโครงการประกันที่ชื่อว่า “Toronto Bail Program” (TBP) ซึ่งดำเนินการโดย Canada Border Services Agency หรือ CBSA ผู้ต้องกักจะได้รับการปล่อยตัวโดยใช้การประกันตัว โดย TBP จะทำหน้าที่เป็นผู้ค้ำประกัน และไม่ต้องมีการวางเงินประกัน ทำให้ไม่เกิดการเลือกปฏิบัติด้านการเงินต่อคนที่ไม่มียินประกัน อีกทั้ง TBP จะสัมภาษณ์เพื่อการประเมินระดับการควบคุมดูแล โดยจะกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น การต้องมารายงานตัวตามนัดหมาย การแจ้งการเปลี่ยนที่อยู่

²⁴ Universal Declaration of Human Rights. ข้อ 7.

การต้องมาเข้าร่วมกิจกรรม (การศึกษา การฝึกอบรมทักษะอาชีพ) ทั้งนี้ ความถี่ในการรายงานตัวจะมีการปรับให้น้อยลงได้ หากผู้ที่ได้รับการประกันตัวมารายงานตัวตามกำหนด แต่หากไม่มารายงานตัวก็จะแจ้งเจ้าหน้าที่รัฐให้ออกหมายจับ หรืออาจต้องถูกส่งตัวกลับไปกักตัว สำหรับราชอาณาจักรเบลเยียมมีมาตรการการบริหารจัดการรายกรณี และการใช้โครงการนำร่องเปิดศูนย์พักอาศัยสำหรับครอบครัวแบบเปิด (open family housing unit) สำหรับเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และครอบครัวที่อยู่ในระหว่างการขอลี้ภัยบริเวณชายแดน หรือที่อยู่ในระหว่างการรอส่งกลับประเทศ (families in a return procedure) ซึ่งมีลักษณะเป็นบ้านพัก ตึกแถว และอะพาร์ตเมนต์ ผู้พักอาศัยมีอิสระในการเคลื่อนไหว เพราะไม่มีการล็อกประตูทางเข้าออก อย่างไรก็ตามผู้ต้องกักจะต้องนอนพักในศูนย์เท่านั้น (สามารถเดินทางออกนอกศูนย์ในระหว่างเวลา 09.00 น.-21.00 น.) และต้องมีสมาชิกในครอบครัวอย่างน้อยหนึ่งคนอยู่ ณ ที่พักตลอดเวลา (ยกเว้นกรณีพิเศษ) ส่วนสหพันธรัฐมาเลเซียมีโครงการนำร่องการจัดบ้านพักเพื่อให้บริการกับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง (Unaccompanied & Separated Children: UASC) โดยเด็กที่ถูกควบคุมตัวจะได้รับการคัดกรอง และนำตัวไปพักในบ้านพักชั่วคราวแทนการกักตัว จึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยกำหนดนิยามความหมายของสถานที่ที่เหมาะสมแทนสถานกักตัว และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้คนต่างด้าวไปพักอาศัย ณ สถานที่ดังกล่าวแทนการกักตัว อันจะทำให้การควบคุมดูแลคนต่างด้าวในระหว่างรอการส่งกลับเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน ลดความแออัด และภาระด้านงบประมาณของรัฐได้อีกทางหนึ่ง

และประการสุดท้ายปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าวเพียงวิธีเดียว คือการทำสัญญาประกัน ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้กักตัวคนต่างด้าวแล้ว ส่วนมาตรการอื่นที่กฎหมายกำหนดให้นำมาใช้ก่อนออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าวไว้ในสถานกักตัว มีเพียงการให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่น ซึ่งในทางปฏิบัติคงมีเพียงการฝากกักตัวไว้ที่สถานี่ตำรวจ ไม่มีการให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นอย่างแท้จริง แม้การกักตัวคนต่างด้าวอาจนำไปสู่การร้องขอให้ปล่อยจากการคุมขังโดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 และศาลที่รับคำร้องอาจไต่สวนผู้ร้องฝ่ายเดียวแล้วมีหมายสั่งให้ส่งตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลได้ ตามหลัก

Habeas Corpus ที่ออกตาม Habeas Corpus Act ของประเทศอังกฤษ โดยหลักการนี้ ผู้พิพากษาที่ได้รับคำร้องจะออกหมายเรียกที่มีชื่อว่า “Habeas Corpus ad subjicidum” เพื่อเรียกบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าคุมขังผู้อื่นไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาศาล และให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลด้วย ซึ่งถูกรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ตาม แต่หากฐานที่มาแห่งอำนาจเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง ศาลที่รับคำร้องซึ่งเป็นศาลยุติธรรมย่อมไม่อาจพิจารณาพิพากษาไปถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ที่ก่อให้เกิดอำนาจกักตัวคนต่างด้าวได้ อันเป็นปัญหาสำคัญในทางปฏิบัติที่วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้น และหากศาลที่รับคำร้องจะพิจารณาไปถึงคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกันคนต่างด้าวในระหว่างการกักตัว ก็มีใช้คำสั่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากแต่เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ทำให้คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันจากสถานกักตัวคนต่างด้าว อาจถูกกักตัวอีกเป็นระยะเวลานานกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง การใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวจึงเป็นทางออกที่เหมาะสมสำหรับปัญหานี้

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศแคนาดามีการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวประกอบด้วย 1) การทบทวนคำตัดสินการกักตัวเป็นระยะ 2) การประกันตัว โดยเงินทุนที่มาจากรัฐ (และไม่ต้องวางหลักทรัพย์) 3) การรายงานตัว และมีการปรับลดความถี่การรายงานตัว 4) การควบคุมดูแลในชุมชน เช่น การต้องพักอาศัยในสถานที่ที่แจ้งไว้ การแจ้งเปลี่ยนสถานที่พักอาศัย การตรวจสอบที่พักโดยไม่ได้แจ้งให้ทราบ การให้เข้าร่วมกิจกรรมที่กำหนด 5) การบริหารจัดการรายกรณี และ 6) การสนับสนุนด้านบริการต่าง ๆ ในชุมชน เช่น การศึกษา การทำงาน สุขภาพ ฯลฯ ส่วนราชอาณาจักรเบลเยียม มีการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว คือ 1) จัดให้มีศูนย์พักอาศัยสำหรับเด็กและครอบครัว ที่กำหนดกฎที่ผู้พักอาศัยต้องปฏิบัติตาม และการบริหารจัดการรายกรณีภายในศูนย์ และ 2) ศูนย์รับเด็กที่เดินทางโดยลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง สำหรับสหพันธรัฐมาเลเซีย ซึ่งเป็นประเทศเพื่อนบ้านที่มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศไทย และกฎหมายภายในของมาเลเซียก็ได้ยอมรับสถานะของผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายหรือผู้ขอลี้ภัยเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่มาเลเซียยังมีมาตรการทางเลือกอื่นแทนการกักตัวคนต่างด้าว กล่าวคือ รัฐบาลมาเลเซียจะไม่จับกุมผู้แสวงหาที่ลี้ภัยหรือผู้ลี้ภัยที่ถือบัตรแสดงสถานะที่ออกโดย UNHCR โดยจะมี Bar Code ปรากฏอยู่

ด้านหลังบัตร UNHCR ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสแกน Bar Code เพื่อตรวจสอบว่าเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยจริงหรือไม่ หากเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยก็จะมี การจับกุมตัวแต่อย่างใด นอกจากนี้ สหพันธรัฐมาเลเซียยังมีความร่วมมือสามฝ่ายระหว่าง ภาครัฐ ภาคประชาสังคม ภาครัฐ (เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติของสหพันธรัฐมาเลเซีย (หรือที่เรียกว่า SUHAKAM) ในรูปแบบของคณะทำงาน ร่วมด้านทางเลือกแทนการกักตัวเด็ก (ATD Working Group) โดยจัดตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2556 ต่อมาส่งผลให้เกิดเป็นโครงการนำร่องการจัดบ้านพัก เพื่อให้บริการกับเด็กที่เดินทางโดย ลำพังหรือแยกจากผู้ปกครอง (Unaccompanied & Separated Children: UASC) รวมทั้ง มีการบริหารจัดการรายกรณีสำหรับเด็กแต่ละคน (เช่น การตามหาพ่อแม่เด็ก การประเมิน ความต้องการเฉพาะของเด็ก การเยี่ยมบ้านเพื่อประเมินผลและติดตาม) ปัจจุบันประเทศไทยยังขาดการกำหนดมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว โดยเพิ่มหมวด 6/1 มาตรการทางเลือก แทนการกักตัว และเป็นการนำแนวทางแก้ไขปัญหาที่วิเคราะห์ไว้ในเรื่องระยะเวลาการกักตัว และเรื่องสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวมาขยายความต่อในหมวดนี้ เนื้อหาในหมวด 6/1 นี้ ควรกำหนดนิยามเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวว่ามีมาตรการใดบ้างให้ชัดเจน โดยอาจนำหลักการที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ แทนการควบคุมตัวทั้ง 10 ข้อ และหลักการ ในโมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน (Community Assessment and Placement หรือ CAP model) มากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจน พร้อมทั้ง อธิบายวิธีการที่นำไปสู่การปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมโดยแยกออกมาเป็นเรื่องละมาตรา ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขของการสิ้นสุดมาตรการนั้น ๆ ไว้ด้วย นอกจากนี้ ควรกำหนดให้มี คณะกรรมการร่วมด้านมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว โดยให้อำนาจ คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีอำนาจ แต่งตั้งคณะกรรมการร่วมจากตัวแทนภาคประชาชน (เอกชนหรือองค์กรระหว่างประเทศที่ ปฏิบัติงานในประเทศไทยเกี่ยวกับคนต่างด้าว) ภาครัฐ (สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) และ ผู้แทนจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามแนวทางของสหพันธรัฐมาเลเซีย

อันเป็นไปตามทฤษฎีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยกำหนดให้คณะกรรมการร่วมนี้เป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง (คือสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) ที่มีอำนาจตรวจสอบ ติดตาม ประเมินผล การบังคับใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตลอดจนการพิจารณาอุทธรณ์ของคนต่างด้าวเกี่ยวกับการยกเลิกมาตรการ

6. ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยขออภิปรายในแต่ละประเด็นปัญหาพร้อมเสนอแนะแนวทางแก้ไข เพื่อให้เป็นไปตามหลักการด้านสิทธิมนุษยชนในแต่ละประเด็นดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการกักตัวคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่กักตัวได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2379/2542 อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร และขัดกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว โดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา เพื่อตรวจสอบเหตุผลและความจำเป็นในการกักตัวคนต่างด้าวภายใน 7 วัน นับแต่เริ่มกักตัวและต่อมาทุก 30 วัน จนกว่าจะมีการปล่อยตัว โดยให้ศาลตรวจสอบเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องกักตัวคนต่างด้าว หากศาลเห็นว่า ไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่เพียงพอให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวได้ทันที และให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ให้กักตัวคนต่างด้าวถูกยกเลิกหรือเพิกถอนไปในตัว โดยไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองอีก แต่หากคนต่างด้าวที่ศาลจะสั่งให้ปล่อยไม่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทย ให้ใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว และกำหนดระยะเวลาการกักตัวสูงสุดที่ศาลมีอำนาจอนุญาตให้กักตัวคนต่างด้าว จนกว่าจะถูกส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันเริ่มกักตัว หากเกินกำหนดดังกล่าวให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัว หรือเลือกใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวแล้วแต่กรณี

2) ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัวคนต่างด้าว

ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยการกำหนดนิยามความหมายของสถานที่ที่เหมาะสมแทนสถานกักตัว ไว้ในบทนิยามมาตรา 4 ซึ่งอาจเป็นบ้านพัก ศูนย์พักอาศัย หรือสถานที่อื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันซึ่งไม่ใช่ห้องควบคุมผู้ต้องหาของสถานีตำรวจหรือสถานที่อื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกับห้องควบคุมผู้ต้องหา และนำบทนิยามนี้ไปใช้ในมาตรา 19 และมาตรา 54 นอกจากนี้ ควรกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้คนต่างด้าวไปพักอาศัย ณ สถานที่ดังกล่าวแทนการกักตัวไว้ในมาตรา 19 และมาตรา 54 ด้วย เช่น การให้ชุมชนช่วยเหลือ ในทำนองเดียวกับการตั้งผู้กำกับดูแลของศาลยุติธรรมในการปล่อยชั่วคราวของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา การกำหนดให้วางหนังสือค้ำประกันโดยไม่ต้องวางเงินสด โดยอาจให้ภาคเอกชนหรือองค์กรการกุศล องค์กรระหว่างประเทศ ฯลฯ เข้ามามีส่วนร่วมในการรับรองเพื่อให้ไปพักอาศัย ณ สถานที่อื่นแทนการกักตัว และกำหนดเงื่อนไขในการมารายงานตัว หรือตรวจเยี่ยมโดยไม่แจ้งล่วงหน้า และอาจให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการสร้างที่พักอาศัยชั่วคราวโดยไม่ต้องมีการปิดล็อกประตู แต่ให้พักอาศัยตามเวลาและเงื่อนไขที่กำหนด ในระหว่างที่พักอาศัยให้คนต่างด้าวกลุ่มนี้มีสิทธิทำงานตามเงื่อนไขและการกำกับดูแลของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เพื่อให้สามารถหารายได้มาชำระเป็นค่าที่พักอาศัยแทนการกักตัว

3) ปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว

ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยเพิ่มหมวด 6/1 มาตรการทางเลือกแทนการกักตัว ต่อจากหมวด 6 ในฉบับปัจจุบัน และเป็นการนำแนวทางแก้ไขปัญหาเรื่องระยะเวลาการกักตัว และเรื่องสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัว มาขยายความต่อในหมวดนี้ โดยกำหนดไว้ในกฎหมายว่า หากพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดเรื่องสถานที่ที่เหมาะสมในการกักตัว หรือเมื่อพ้นระยะเวลาสูงสุดที่กำหนดให้กักตัวได้ และยังมีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ใช้มาตรการทางเลือกแทนการกักตัวตามที่กำหนดในหมวดนี้แทน เนื้อหาในหมวด 6/1 นี้ ควรกำหนดนิยามเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวว่ามีมาตรการใดบ้าง โดยอาจนำหลักการที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ขอลี้ภัยและทางเลือกอื่น ๆ

แผนการควบคุมตัวทั้ง 10 ข้อ คือ 1) การเคารพสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยของบุคคล 2) สิทธิเสรีภาพและสวัสดิภาพของบุคคลและสิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนที่ของผู้ลี้ภัย 3) การควบคุมตัวต้องมีกฎหมายอนุญาตและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด 4) การควบคุมตัวจะต้องไม่กระทำโดยพลการและคำสั่งควบคุมตัวบุคคลต้องมีการพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมตามแต่กรณีของแต่ละบุคคล 5) การควบคุมตัวต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ 6) การควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และควรมีกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัว 7) การออกคำสั่งควบคุมตัวหรือการขยายระยะเวลาการควบคุมตัวต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงกระบวนการ 8) การควบคุมตัวจะต้องคำนึงถึงหลักมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 9) การควบคุมตัวต้องมีการพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมและความต้องการเฉพาะด้าน และ 10) การควบคุมตัวต้องสามารถสอดส่องดูแลและตรวจสอบได้อย่างเป็นอิสระ รวมถึงหลักการในโมเดลการประเมินและการจัดหาสถานที่พักอาศัยในชุมชน (Community Assessment and Placement หรือ CAP model) คือ หลักการของเสรีภาพ หลักการมาตรฐานขั้นต่ำ และกระบวนการด้านชุมชน มากำหนดไว้ในหมวดนี้ พร้อมอธิบายวิธีการที่นำไปสู่การปฏิบัติ รวมถึงกำหนดเงื่อนไขของการสิ้นสุดมาตรการนั้น ๆ ไว้ด้วย เช่น กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนด อาทิ การรายงานตัว หรือการแจ้งเปลี่ยนที่พักอาศัย นอกจากนี้ ควรกำหนดให้มีคณะกรรมการร่วมด้านมาตรการทางเลือกแทนการกักตัวคนต่างด้าว โดยให้คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมจากตัวแทนภาคประชาชน (เอกชนหรือองค์กรระหว่างประเทศที่ปฏิบัติงานในประเทศไทยเกี่ยวกับคนต่างด้าว) ภาครัฐ (สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) และผู้แทนจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้คณะกรรมการร่วมมีอำนาจตรวจสอบ ติดตาม และประเมินผลมาตรการทางเลือกแทนการกักตัว พร้อมเสนอแนะต่อรัฐสภาเพื่อปรับปรุงมาตรการให้เป็นไปตามหลักการสิทธิมนุษยชน และให้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์กรณีพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งยกเลิกมาตรการ เนื่องจากคนต่างด้าวกระทำผิดเงื่อนไข รวมทั้งให้มีอำนาจกำหนดมาตรการอื่นนอกเหนือจากที่ระบุในหมวด 6/1 เพิ่มเติมตามสภาวการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และให้บังคับใช้ได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว

7. เอกสารอ้างอิง

- กนกวรรณ แสงเอี่ยม. (2562). ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครอง ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม.
- กมลกานต์ ศรสุวรรณ, เกวลี มโนภินิเวศ และศรีรัตน์ งามนิสัย. (2552). สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2551). กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นภสนันทพันธ์ ศรีปัญญาประดิษฐ์. (2562). ปัญหาทางกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2543). หลักความได้สัดส่วนตามหลักตามกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง, 19,
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2561). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์. (2544). หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เอ.พี.กราฟิค ดีไซน์และการพิมพ์.
- วรธน วิจาระนันท์. (2548). หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2566). คำสั่งทางปกครอง. [ออนไลน์]. ค้นเมื่อ 28 มีนาคม 2566, จาก: http://web.krisdika.go.th/data/activity/act79.htm#_ftn1.
- สุรียา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2558). คู่มือสอบกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อาคม โฉนดแดง. (2553). ปัญหาการยึดอายัดทรัพย์สินในทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Jasmine Chia. (2018). *Detention centres stuck in past century*. [Online]. 5 May 2023, Available: <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/1414047/thailands-detention-centres-stuck-in-past-century>.

International Covenant on Civil and Political Rights.

Universal Declaration of Human Rights.

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 :

ศึกษากรณีโทษปรับทางอาญา

Problems of Enforcing the Road Traffic Act,
B.E. 2522 (1979): In the Case of Criminal Fines

อัจฉรา คะเนย์¹

สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มหาวิทยาลัยศรีปทุม
230/77 KP แมนชั่น ซอยลาดพร้าว 1 แขวง 27 จอมพล เขตจตุจักร กรุงเทพฯ 10900,
ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: tuckky_1985@hotmail.co.th

Atchara Kanaey²

Criminal law and Criminal Justice Administration, Sripatum University
230/77 KP mansion Lat Phrao 1, Junction 27, Chatuchak, Bangkok 10900,
Thailand

เอกพงษ์ สารน้อย³

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม
2410/2 พหลโยธิน เขตจตุจักร กรุงเทพฯ 10900, ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: egkapong.sa@spu.ac.th

Egkapong Sarnnoi⁴

Faculty of Law, Sripatum University
2410/2 Phaholyothin, Chatuchak, Bangkok 10900, Thailand

Email: egkapong.sa@spu.ac.th

¹ นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

² Student.

³ อาจารย์.

⁴ Lecturer.

บทคัดย่อ

สารนิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 กรณีโทษปรับทางอาญา โดยมีการศึกษาความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และมาตรการบังคับใช้โทษปรับทางอาญา อีกทั้งได้วิเคราะห์เปรียบเทียบการบังคับใช้โทษปรับทางอาญาตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้โทษปรับทางอาญาที่เหมาะสม มีมาตรการทางกฎหมายที่เคร่งครัดและมีประสิทธิภาพ

จากผลการศึกษาพบว่า ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 กรณีโทษปรับทางอาญา มีจำนวนค่าปรับไม่สอดคล้องกับภาวะปัจจุบัน อีกทั้งยังมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจตามกฎหมายของเจ้าพนักงานจราจรในการเปรียบเทียบปรับ และปัญหาการบังคับโทษปรับกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับตามใบสั่งเจ้าพนักงานจราจร

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการนำระบบโทษปรับตามวันและรายได้มาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เพื่อเป็นการป้องปรามยับยั้งการกระทำความผิด ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมดูแลและบังคับใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัดและเหมาะสม เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสำนึกในการกระทำ รู้สึกเจ็บปวดทรมานเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ อันเป็นประโยชน์แก่ความปลอดภัยสาธารณะ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำสำคัญ : กฎหมายจราจร, โทษปรับทางอาญา

Abstract

This research aims to study the problems of enforcing the Road Traffic Act B.E. 2522 (1979) in the case of criminal fines. The study focused on the background, concepts, theories and measures for the enforcement of criminal fines. Moreover, the comparative analysis on the enforcement of criminal fines

under Thai law and foreign law is required to find appropriate ways to solve enforcement problems in criminal fines. This result in strict and effective legal measures.

The results of the study revealed that the problem of enforcement of the Road Traffic Act B.E.2522 (1979) in case of criminal fines is that a number of fines are inconsistent with current conditions. There is also a problem with the legal discretion of traffic officers in comparing fines and the problem of enforcing fines in cases where the offender fails to pay the fine according to the traffic officer's order.

Therefore, the researcher has proposed a solution by introducing a daily fine and income system to apply to offenders according to the Road Traffic Act B.E. 2522 (1979) in order to deterrence the offense. However, measures for the supervision and enforcement of the Road Traffic Act B.E. 2522 must be strict and appropriate in order for the offender to be aware of their actions, to feel the consequences resulting in efficient law enforcement which is beneficial to public safety and public order.

Keywords: Traffic Law, Criminal Fine

1. บทนำ

อดีตประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายจราจรครั้งแรก เรียกว่า พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2477 การร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้นำหลักกฎหมายจราจรในอังกฤษมาปรับให้เหมาะสมกับประเทศไทย ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมายให้ทันสมัย เป็นการสร้างระเบียบจราจรที่ดีขึ้น โดยประกาศใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 แทน

กฎหมายเดิม⁵ พระราชบัญญัตินี้มีขึ้นสืบเนื่องจากการคมนาคมและขนส่งทางบกเจริญก้าวหน้าขยายตัวไปทั่วประเทศ รวมถึงเชื่อมโยงกับเพื่อนบ้าน จำนวนยานพาหนะบนถนนมีเพิ่มมากขึ้น และประเทศไทยร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการจราจรทางถนนและพิธีสารว่าด้วยเครื่องหมายและสัญญาณตามถนน สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบก ซึ่งใช้บังคับมากกว่า 40 ปี ให้เหมาะสมกับสภาพการจราจร และจำนวนยานพาหนะที่เพิ่มขึ้น เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน⁶

ปัจจุบันปัญหาการเกิดอุบัติเหตุจากการใช้รถใช้ถนน การฝ่าฝืนพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ซึ่งก่อให้เกิดการสูญเสียชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน โดยจากบันทึกข้อมูลของศูนย์ข้อมูลอุบัติเหตุ เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมความปลอดภัยทางถนน พบว่าอัตราการเสียชีวิตและการบาดเจ็บจากอุบัติเหตุในแต่ละปีนั้นมีจำนวนมาก โดยเฉพาะทุกช่วงเทศกาลวันสำคัญต่าง ๆ ที่ประชาชนจะใช้รถใช้ถนนและเกิดอุบัติเหตุ สร้างความเสียหายแก่ชีวิต ทรัพย์สินเป็นจำนวนมากไม่น้อย ซึ่งจากสถิติที่มีการบันทึกข้อมูลไว้ มีดังนี้ ในปี พ.ศ. 2563 ผู้เสียชีวิต จำนวน 15,748 ราย ผู้บาดเจ็บ จำนวน 1,014,521 ราย ต่อมาในปี พ.ศ. 2564 มีสถิติผู้เสียชีวิต จำนวน 13,565 ราย ผู้บาดเจ็บ จำนวน 883,307 ราย และในปี พ.ศ. 2565 ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2565 ถึง วันที่ 28 กรกฎาคม มีผู้เสียชีวิต จำนวน 8,459 ราย ผู้บาดเจ็บ จำนวน 513,247 ราย⁷ และมีข้อมูลจากศูนย์วิชาการเพื่อความปลอดภัยทางถนน กรณีคนไทยก่ออุบัติเหตุทางถนนสูงสุดในเอเชียถือเป็นอันดับ 2 ของโลก รองจากลิเบีย เมื่อเทียบกับสัดส่วนต่อประชากรในปี พ.ศ. 2563 มีคนเสียชีวิต 36.2 คน ต่อประชากรหนึ่ง

⁵ กัตติกา รอดเส็ง. (2563). ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ขับขี่ขณะเมาสุรา ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 15.

⁶ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พุทธศักราช 2522 (ฉบับดัดแก้แก้ไขใช้บังคับ). หน้า 118.

⁷ ศูนย์ข้อมูลอุบัติเหตุ เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมความปลอดภัยทางถนน. (2565). ข้อมูลรับแจ้งอุบัติเหตุทางถนน ในรอบ 24 ชั่วโมง. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairsc.com/>. [2565, 29 กรกฎาคม].

แสนคน ในยุโรปมีอัตราอุบัติเหตุต่ำซึ่งในประเทศที่มีประชากรพอ ๆ กับไทย เช่น ฝรั่งเศส อังกฤษ มีอุบัติเหตุและการเสียชีวิตต่ำกว่าไทยมาก⁸

ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ผู้กระทำความผิดส่วนมากจะมีมาตรการบังคับการลงโทษเป็นโทษปรับ⁹ โทษปรับ คือ โทษทางอาญาฐานหนึ่ง ซึ่งมีข้อดีในแง่ต้นทุนการบริหารจัดการที่ต่ำกว่าโทษจำคุก คุมประพฤติด และกักบริเวณ นอกจากนี้สังคมยังไม่ต้องสูญเสียทรัพยากรมนุษย์จากโทษจำคุก และผู้กระทำความผิดไม่เกิดทราบปดังนั้นการใช้โทษปรับแทนโทษจำคุกในกรณีที่มีได้เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ จึงเป็นทางเลือกที่สำคัญทางหนึ่งในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย แต่ในปัจจุบันพบว่าโทษปรับของไทยยังไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจน นอกจากนี้ จำนวนเงินที่ระบุไว้ตายตัวในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ยังไม่สอดคล้องกับเงินเฟ้อ ซึ่งทำให้ผลการป้องปรามการกระทำผิดลดลงตามลำดับเวลา¹⁰ และถึงแม้ว่าเมื่อวันที่ 9 มกราคม 2566 ที่ผ่านมาจะมีการนำระเบียบการบังคับใช้กฎหมายในการตัดคะแนนใบขับขี่ มีการดำเนินการด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ และจัดทำระบบฐานข้อมูลใบสั่ง (PTM) โครงการ PTM: Police Ticket Management โดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติบันทึกการทำผิดกฎจราจรและตัดคะแนนในแต่ละครั้ง หากผู้กระทำความผิดถูกตัดคะแนนหมดจะถูกสั่งพักใบอนุญาตขับขี่¹¹ ทั้งนี้ ก็ยังมีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เป็นจำนวนมาก โดยจากการรายงานข้อมูลล่าสุดของสำนักแผนงานและงบประมาณสำนักงานศาลยุติธรรม รายงานข้อมูลสถิติคดีความผิด

⁸ วิทยากร เชียงกูล. (2565). ปัญหาอุบัติเหตุทางถนนสูง ต้องแก้ไขทั้งระบบ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bangkokbiznews.com/columnist/989274>. [2565, 29 กรกฎาคม].

⁹ คอลัมน์เกร็ดกฎหมายน่ารู้. (2559). การบังคับโทษปรับทางอาญา. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/12k%now/k130.pdf. [2565, 29 กรกฎาคม].

¹⁰ อิศร์กุล อุณหเกตุ. (2556). ระบบค่าปรับทางอาญา. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://tdri.or.th/2014/03/criminal-charges-system/>. [2565, 29 กรกฎาคม].

¹¹ กรมประชาสัมพันธ์. (2566). สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เข้มงวดผู้ที่ทำผิดกฎหมายจราจร โดยการตัดแต้มใบขับขี่ เพื่อสร้างวินัย ลดอุบัติเหตุบนท้องถนน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.prd.go.th/th/content/page/index/id/163852>. [2566, 19 พฤษภาคม].

ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เมื่อวันที่ 11-17 เมษายน 2566 (ช่วง 7 วันอันตราย) ได้มีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลชั้นต้นทั่วราชอาณาจักร จำนวน 17,782 คดี ซึ่งจำนวนสถิติปีที่ผ่านมา มีเพียง 16,208 คดี¹² แสดงให้เห็นว่าโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 นั้น ไม่สามารถยับยั้งชั่งน้ำหนัก ป้องปรามการกระทำความผิดให้ลดลงได้แต่อย่างใด

ดังนั้น จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 กรณีโทษปรับทางอาญา ซึ่งประเทศไทยควรมีมาตรการที่เหมาะสมในการนำมาบังคับใช้อย่างรวดเร็ว เพื่อให้เกิดความปลอดภัยในการจราจรบนท้องถนน ลดความสูญเสียแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินที่จะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต

จากสภาพปัญหาที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ในการศึกษาครั้งนี้จึงมุ่งเน้นศึกษาการพัฒนาพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 กรณีเกี่ยวกับโทษปรับทางอาญาที่เหมาะสม โดยศึกษากฎหมายของต่างประเทศเป็นแนวทาง เพื่อนำไปสู่แนวทางในการพัฒนาพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2. วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายจราจรทางบก และศึกษากรณีโทษปรับทางอาญา
2. เพื่อศึกษากฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้กฎหมายจราจรทางบก และศึกษากรณีโทษปรับทางอาญา
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายจราจรทางบก และศึกษากรณีโทษปรับทางอาญา
4. เพื่อให้ได้แนวทางในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายจราจรทางบก และกรณีโทษปรับทางอาญาที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ

¹² ส่วนระบบข้อมูลและสถิติ สำนักแผนงานและงบประมาณ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2566). รายงานข้อมูลสถิติคดีจำนวนข้อหาความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://oppb.coj.go.th/th/page/item/index/id/4>. [2566, 19 พฤษภาคม].

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับโทษปรับทางอาญา

การบังคับใช้โทษกฎหมายจราจรโดยความผิดจราจรเป็นการกำหนดความผิดอาญาตามประเภทความผิดที่เรียกว่า Mala Prohibita คือ การกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด ซึ่งอาจจะแตกต่างกันออกไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม ซึ่งเรียกกันว่าเป็น “ความผิดในทางเทคนิค” หรือ Technical Offence โดยการกำหนดโทษในความผิดที่เป็นประเภท Mala Prohibita จะเป็นไปตามนโยบายของรัฐ จึงอาจมีการใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษ เพื่อลดการใช้โทษทางอาญาโดยไม่จำเป็น โดยจะมีลักษณะเด่นของความผิดที่เป็นข้อห้าม

โทษปรับ คือ โทษที่มุ่งบังคับเอาทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด สำหรับประเทศไทยโทษปรับมีการพัฒนาจากเดิมมีการปรับเป็น “สินไหมพินัย” ซึ่งหากปรับเป็น “สินไหม” ก็จะทำให้แก่ผู้เสียหาย และหากปรับเป็น “พินัย” ก็จะทำให้แก่หลวง เวลาต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงโทษปรับ ให้ถือว่าโทษปรับเป็นการชำระโทษให้แก่รัฐโดยต้องชำระต่อศาล ในส่วนของสินไหม ก็จะเป็น ค่าสินไหมทดแทนในทางกฎหมายแพ่ง หากผู้เสียหายต้องการจะให้มีการชดเชยค่าเสียหาย ก็จะต้องดำเนินการเรียกค่าสินไหมทดแทนในลักษณะละเมิด ด้วยแนวคิดชีอาร์ เบ็คคาเรีย เสนอแนวคิดที่ว่ารัฐสามารถออกกฎหมายกำหนด การกระทำใดที่รัฐห้ามมิให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้นั้น สืบเนื่องจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนพร้อมใจกันในการยกอำนาจของตนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงมีการบัญญัติกฎหมายขึ้น

ทฤษฎีอรรถประโยชน์ หมายถึง ทฤษฎีที่เห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่เลวร้าย แต่ก็มีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันสังคมจึงจะต้องมีการลงโทษเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยการลงโทษนั้นต้องไม่ใช่เพื่อแก้แค้นผู้กระทำความผิดเท่านั้น ทั้งนี้ ทฤษฎีนี้จะเน้นวิธีการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญาขึ้นในอนาคตอีก โดยลักษณะของมนุษย์คือการแสวงหาความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด ดังนั้นสังคมจึงควรมีการดำเนินการตามหลักประโยชน์สูงสุดเพื่อมนุษย์ทุกคน โดยการกำหนดโทษอาญาให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิดอาญาแต่ตามความเสียหายที่เกิดขึ้น จากทฤษฎีอรรถประโยชน์นี้มีวัตถุประสงค์หลัก ๆ 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง โดยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง การลงโทษ เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งเฉพาะตัวไม่ให้ผู้กระทำความผิดลงมือกระทำความผิดฐานเดียวกันอีก และเกิดความหลาบจำและเกรงกลัวโทษที่จะได้รับ โดยที่ไม่กล้ากระทำความผิดอีกและขณะเดียวกันผลของการลงโทษผู้กระทำความผิดรายหนึ่ง ก็จะมีผลเป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นกระทำความผิดได้เช่นกัน โดยในทฤษฎีดังกล่าว ซีชาร์ เบ็คคาเรีย ได้กล่าวไว้ว่า การลงโทษที่จะสามารถข่มขู่และยับยั้งผู้กระทำความผิดได้ต้องมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว การลงโทษต้องมีความแน่นอน การลงโทษต้องมีความเคร่งครัดและรุนแรง ดังเช่นกรณี การนำโทษประหารชีวิตมาใช้โดยเชื่อว่าวิธีการประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม เป็นต้น¹³

ประการที่สอง เพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษเพื่อแก้ไข หรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด เป็นการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดลดความรู้สึกที่ตนต่อต้านกฎหมายให้รู้สึกผิดชอบชั่วดี เห็นดีเห็นชอบกับการปฏิบัติตามกฎหมาย และช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมโดยใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข จากวัตถุประสงค์ดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่าง ๆ แก่ผู้ต้องขังในเรือนจำ ยกตัวอย่างเช่น การอบรมและฝึกอาชีพให้กับผู้กระทำความผิดในเรือนจำ การให้การศึกษา การให้การบำบัดทางการแพทย์ เป็นต้น¹⁴

ประการที่สาม เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดอีก โดยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษเพื่อที่จะทำให้ผู้นั้นไม่มีความสามารถที่จะกระทำความผิดอีก และทำให้สังคมสงบสุขปลอดภัยจากการกระทำความผิด โดยที่จะต้องมียุทธศาสตร์การลงโทษจะต้องมีประสิทธิภาพในการตัดโอกาสมิให้มีการกระทำความผิดอีก ยกตัวอย่างเช่น การลงโทษประหารชีวิต การเนรเทศ หรือการจำคุก

¹³ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2564). หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย. *วารสารสิทธิปริทัศน์*, 35(3). หน้า 35-36.

¹⁴ วิภาพร เนติจิโรติ. (2564). การลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม. *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา*, 9(2). หน้า 280.

ตลอดชีวิต ซึ่งเป็นรูปแบบการลงโทษที่สามารถเป็นหลักประกันได้ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำ¹⁵

แนวคิดเกี่ยวกับระบบค่าปรับทางอาญาทางนิติเศรษฐศาสตร์ หรือเศรษฐศาสตร์วิเคราะห์ว่าด้วยกฎหมาย (Economic Analysis of Law) เป็นศาสตร์ที่กล่าวถึงความสำคัญทางกฎหมาย ในเรื่องของทฤษฎีกฎหมาย หลักการตีความกฎหมาย หลักการออกแบบกฎหมาย รวมถึงการประเมินคุณค่าของกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของบุคคลที่เกี่ยวข้องรวมถึงต่อสังคม¹⁶ นิติเศรษฐศาสตร์จะให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม และมีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคมเป็นสิ่งสูงสุด เป็นการศึกษาผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสิ่งจูงใจ หรือกฎ กติกา ต่อพฤติกรรมของปัจเจกบุคคล ดังนั้นโทษปรับทางอาญาในมุมมองนิติเศรษฐศาสตร์ คือ การลงโทษปรับเป็นการลงโทษที่ไม่สิ้นเปลืองทรัพยากรของสังคม เป็นการนำเอาทรัพย์สินจากผู้กระทำความผิดให้แก่ภาครัฐเป็นหลัก เป็นผลในการเพิ่มรายได้แก่รัฐ

4. ระบบโทษปรับตามรายได้ Day-fine System

ระบบโทษปรับตามรายได้ Day-fine System คือ ระบบการกำหนดโทษปรับที่จะปรับจากผู้กระทำความผิด โดยจำนวนเงินค่าปรับนั้นจะต้องแปรผันขึ้นอยู่กับโทษที่ได้กระทำความผิดว่ามีความร้ายแรงเพียงใด ซึ่งแปรผันตรงกับรายได้หรือสถานะทางเศรษฐกิจขณะที่ได้กระทำความผิด¹⁷ แนวคิดระบบโทษปรับตามรายได้ Day-fine การลงโทษปรับตามฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดรวมถึงความร้ายแรงของความผิดเป็นการลงโทษปรับโดยการพิจารณาจากจำนวนรายได้ต่อวันของผู้ที่กระทำความผิด จำนวนวันที่ศาล

¹⁵ ธนรัฐ แสนแก้ว. (2564). หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาในการตรากฎหมาย: ศึกษาพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560. *จุลนิติ*. หน้า 74.

¹⁶ คณิน วงศ์ใหญ่. (2562). แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งและพาณิชย์. *วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย*, 11(3). หน้า 667.

¹⁷ คณะก้าวหน้า. (2566). *อะไรคือ Day-fine?*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://progressive.movement.in.th/article/common-school/6860/>. [2566, 19 พฤษภาคม].

เห็นสมควรจะปรับตามความร้ายแรงของความผิด และจำนวนค่าปรับจากผลลัพธ์ที่ได้จากจำนวนวันไปคูณกับจำนวนรายได้ต่อวันของจำเลย เป็นค่าปรับในแต่ละคดีความผิด โดยจะลงโทษตามความหนักเบาของความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำ

5. สรุป

การวิจัยเรื่องปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522: ศึกษากรณีโทษปรับทางอาญา ผู้วิจัยพบปัญหา ดังนี้

1. ปัญหาโทษปรับทางอาญาไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ผลการศึกษาพบว่า โทษปรับในประเทศไทยไม่ได้คำนึงถึงความสามารถในการชำระค่าปรับของผู้กระทำความผิด จำนวนเงินที่ศาลมีคำสั่งปรับสำหรับการกระทำความผิดอย่างเดียวกันมีจำนวนเท่ากัน แต่หากพิจารณาเปรียบเทียบถึงผลของการปรับระหว่างผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกับผู้ที่มีฐานะยากจนแล้ว จะเห็นว่าผู้ที่มีฐานะยากจนจะได้รับผลกระทบมากกว่า ซึ่งไม่ต่างจากการถูกลงโทษที่รุนแรงกว่า ดังนั้นระบบการกำหนดโทษปรับไว้ตามลักษณะของฐานความผิด อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีเงินมาชำระค่าปรับ ศาลจะใช้มาตรการกักขังแทนค่าปรับ ซึ่งเป็นการซ้ำเติมเพิ่มโทษทางอ้อมแก่ผู้กระทำความผิด การที่ถูกศาลพิพากษาลงโทษเพียงโทษปรับ ทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในระบบยุติธรรม หากจำเลยเป็นผู้ยากจนที่ไม่มีเงินชำระค่าปรับไม่มีทางเลือกอื่น นอกจากการถูกกักขังแทนค่าปรับซึ่งเป็นการได้รับโทษที่รุนแรงกว่าโทษปรับในเชิงเปรียบเทียบ¹⁸

2. ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจทางกฎหมายของเจ้าพนักงานจราจร ผลจากการศึกษาพบว่า มาตรการที่ใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดส่วนมากจะลงโทษด้วยโทษปรับ

¹⁸ อิศร์กุล อุณหะเต. (2556). ชุดหนังสือ การสำรวจองค์ความรู้เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย ระบบค่าปรับทางอาญา. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:<https://kb.hsri.or.th/dspace/bitstream/handle/11228/3971/Penalty-Itsakul-Unahakate.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. [2565, 29 กรกฎาคม].

¹⁹ แต่ในปัจจุบันพบว่าโทษปรับในประเทศไทยยังไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจน นอกจากนี้ จำนวนเงินที่ระบุไว้ตายตัวในกฎหมายยังไม่สอดคล้องกับเศรษฐกิจ เงินเฟ้อ ซึ่งทำให้ผลการปองปรามการกระทำผิดลดลงตามลำดับเวลา กฎหมายที่กำหนดบทลงโทษก่อให้เกิดความลักลั่นระหว่างกฎหมายที่ออกต่างเวลากัน ทั้งนี้ มาตรการการลงโทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานจราจร ซึ่งส่งผลให้จำนวนค่าปรับแตกต่างกันระหว่างการกระทำผิดฐานเดียวกัน²⁰

3. ปัญหาการบังคับโทษปรับทางอาญาตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 พบว่า พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับโทษปรับทางอาญา ซึ่งปัจจุบันมีผู้กระทำความผิดกฎหมายจราจรเป็นจำนวนมากและไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายในการบังคับให้ชำระค่าปรับตามใบสั่งของเจ้าพนักงานจราจร จะเห็นได้จากการโพสต์ข้อความลงสื่อโซเชียลต่าง ๆ แสดงให้เห็นว่าถึงแม้ไม่ไปเสียค่าปรับตามใบสั่งของเจ้าพนักงานจราจร²¹ ก็มิได้เกิดผลเสียหยาใด ๆ นำไปสู่ประเด็นที่ว่าพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 บังคับใช้ได้จริงหรือไม่ การบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 141 ประกอบมาตรา 141/1 ของพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522²² เกี่ยวกับการไม่ชำระค่าปรับตามใบสั่งของเจ้าพนักงานจราจรมีมาตรการไม่อนุญาตให้ต่อทะเบียนยานพาหนะ ซึ่งในขณะนี้ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาของผู้ฝ่าฝืนกฎหมายจราจรทางบก ที่ไม่ยินยอมเสียค่าปรับได้ เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดว่าค่าปรับที่พนักงานจราจรกำหนดมานั้นเป็นที่สุด โทษปรับตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจเจ้า

¹⁹ คอลัมน์เกร็ดกฎหมายน่ารู้. (2559). *การบังคับโทษปรับทางอาญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/12know/k130.pdf. [2565, 29 กรกฎาคม].

²⁰ อิศร์กุล อุณหเกตุ. (2556). *ระบบค่าปรับทางอาญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://tdri.or.th/2014/03/criminal-charges-system/>. [2565, 29 กรกฎาคม].

²¹ วิลาสินี สิทธิโสภณ. (2561). *การบังคับใช้กฎหมายจราจรและการลงโทษต่อผู้กระทำผิด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1834. [2565, 29 กรกฎาคม].

²² พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 141 มาตรา 141/1.

พนักงานจราจรเปรียบเทียบจำนวนค่าปรับ ซึ่งไม่มีข้อบังคับที่เป็นรูปธรรม ไม่มีมาตรการที่ชัดเจน จึงทำให้ไม่มีสภาพการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ ส่งผลให้มีผู้ฝ่าฝืนกระทำความผิดต่อกฎหมายจราจรจำนวนเพิ่มมากขึ้น

6. ข้อเสนอแนะ

จากผลการวิเคราะห์ ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายจราจรทางบก กรณีโทษปรับทางอาญาตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมาย การบังคับโทษปรับทางอาญา และปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับผิดชอบอาญาในการกระทำความผิดกฎหมายจราจร ผู้วิจัยขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหา ดังนี้

1) ปัญหาโทษปรับทางอาญาไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน

การบังคับโทษตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 โดยส่วนมากจะเป็นโทษปรับ แต่ในปัจจุบันพบว่าโทษปรับทางอาญาในประเทศไทยยังไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจน นอกจากนี้ จำนวนเงินที่ระบุไว้ตายตัวในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ยังไม่สอดคล้องกับเศรษฐกิจและเงินเฟ้อ ซึ่งทำให้ผลการป้องปรามการกระทำความผิดลดลงตามลำดับเวลา การกำหนดโทษปรับโดยมิได้คำนึงถึงเงินเพื่อทำให้โทษปรับที่แท้จริงเกิดความไม่เป็นธรรม เมื่อปรับด้วยเงินเพื่อที่มีค่าลดลงเมื่อเวลาผ่านไป ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้การป้องปรามการกระทำความผิดลดลงไปด้วยนั่นเอง และปัจจุบันพบว่าโทษปรับในประเทศไทยไม่ได้คำนึงถึงความสามารถในการชำระค่าปรับของผู้กระทำความผิด จำนวนเงินที่ศาลมีคำสั่งปรับสำหรับการกระทำความผิดอย่างเดียวกันมีจำนวนเท่ากัน แต่หากพิจารณาเปรียบเทียบถึงผลของการปรับระหว่างผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกับผู้ที่มีฐานะยากจนแล้ว จะเห็นว่าผู้ที่มีฐานะยากจนจะได้รับผลกระทบมากกว่า ซึ่งไม่ต่างจากการถูกลงโทษที่รุนแรงกว่า ดังนั้นระบบการกำหนดโทษปรับไว้ตามลักษณะของฐานความผิด อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีเงินมาชำระค่าปรับ ศาลจะใช้มาตรการกักขังแทนค่าปรับ ซึ่งเป็นการซ้ำเติมเพิ่มโทษทางอ้อมแก่ผู้กระทำความผิด การที่ถูกลงโทษเพียงโทษปรับ ทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในระบบยุติธรรม หากจำเลยเป็นผู้ยากจนไม่มีเงินชำระค่าปรับ ไม่มี

ทางเลือกอื่น นอกจากการถูกกักขังแทนค่าปรับ ซึ่งเป็นการได้รับโทษที่รุนแรงกว่าโทษปรับในเชิงเปรียบเทียบ

ดังนั้นผู้วิจัยเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

ประเทศไทยควรนำมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศมาบังคับใช้ คือ การนำระบบโทษปรับตามรายได้ day-fine เพื่อให้การลงโทษปรับสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน สอดคล้องกับเศรษฐกิจ รายได้ของผู้กระทำความผิด และเงินเฟ้อภายในประเทศ เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา รัฐนิวยอร์ก มีมาตรการในการตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดตามสมควรกับความร้ายแรงที่ได้กระทำความผิดนั้น โดยจะกำหนดระดับความรุนแรงของความผิดในรูปแบบของหน่วยวัด หรือเกณฑ์มาตรฐานเชิงตัวเลขประกอบกับพิจารณารายได้ต่อวันของผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคลไปด้วย ซึ่งการนำแนวความคิดการลงโทษปรับในระบบโทษปรับตามรายได้ day-fine มาใช้เป็นบทลงโทษผู้กระทำความผิดให้มีความซื่อสัตย์ โดยไม่ทำให้ครอบครัวของผู้กระทำความผิดเดือดร้อน ซึ่งในการนำโทษปรับมาใช้ในคดีความผิดเล็กน้อยแทนการลงโทษจำคุกกระยะสั้นได้

มาตรการทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีมาตรการลงโทษปรับในระบบโทษปรับตามรายได้ day-fine²³ มาใช้เป็นบทลงโทษผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกัน

และในสาธารณรัฐฟินแลนด์ บัญญัติให้ศาลพิจารณากำหนดโทษปรับระบบโทษปรับตามรายได้ day-fine จากข้อมูลเบื้องต้นที่ปรากฏอยู่ในการพิจารณา เมื่อมีคำสั่งให้ทำขึ้น อีกทั้งกำหนดให้พนักงานอัยการต้องกำหนดค่าปรับ จากข้อมูลเบื้องต้นที่ปรากฏในขณะที่ศาลจะมีคำสั่งลงโทษทางอาญาด้วยเช่นกัน²⁴

²³ Cambridge University. (2021). *6-Day Fines in Germany*. (Online). Available: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/day-fines-in-europe/day-fines-in-germany/A65B6ED86ECF84ABDE4560B092197678>. [2023, May 30]

²⁴ กฤตยา อาริรักษ์. (2560). *ความเหมาะสมในการนำ day fine มาใช้กับประเทศไทย*. ดุษฎีนิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 111-113.

2) ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจทางกฎหมายของเจ้าพนักงานจราจร

มาตรการที่ใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดส่วนมากจะลงโทษด้วยโทษปรับ แต่ในปัจจุบันพบว่าโทษปรับในประเทศไทยยังไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจน นอกจากนี้ จำนวนเงินที่ระบุไว้ในกฎหมายยังไม่สอดคล้องกับเศรษฐกิจ เงินเฟ้อ ซึ่งทำให้ผลการป้องปรามการกระทำผิดลดลงตามลำดับเวลา กฎหมายที่กำหนดบทลงโทษก่อให้เกิดความลักลั่นระหว่างกฎหมายที่ออกต่างเวลา ทั้งนี้ มาตรการการลงโทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานจราจร ซึ่งส่งผลให้จำนวนค่าปรับแตกต่างกันระหว่างการกระทำผิดฐานเดียวกัน เช่น กรณีการบังคับตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 67 ประกอบมาตรา 152 กำหนดให้ผู้ขับขี่ต้องขับรถด้วยอัตราความเร็วตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือตามเครื่องหมายจราจรที่ติดไว้ในทาง หากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามถูกปรับไม่เกิน 4,000 บาท²⁵

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศในระบบ Common Law พบว่า สหรัฐอเมริกา รัฐนิวยอร์ก มีมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดที่สมควรได้รับ โดยจะกำหนดระดับความรุนแรงของความผิดในรูปแบบของหน่วยวัด หรือเกณฑ์มาตรฐานเชิงตัวเลขประกอบกับพิจารณารายได้ต่อวันของผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคลไปด้วย ซึ่งการนำแนวความคิด การลงโทษปรับระบบโทษปรับตามรายได้ day-fine มาใช้เป็นบทลงโทษผู้กระทำความผิดให้มีความเช็ดหลาบ

มาตรการในการลงโทษฐานขับรถเร็วเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด การขับรถฝ่าฝืนขีดจำกัดความเร็วในนิวยอร์กมีบทลงโทษที่แตกต่างกัน ค่าปรับที่แตกต่างกัน และคะแนนโทษสำหรับการขับรถเร็ว หรือแม้แต่การจำคุกในบางกรณี กรณีแรก ฝ่าฝืนน้อยกว่า 10 ไมล์ต่อชั่วโมง สำหรับการจำกัดความเร็ว การดำเนินการปรับอาจกำหนด ตั้งแต่ 90 ถึง 150 ดอลลาร์ ซึ่งอาจถึง 15 วันในการจำคุก และ 3 คะแนนโทษ การขับรถด้วยความเร็ว 10 ถึง 30 ไมล์ต่อชั่วโมงเหนือขีดจำกัดความเร็วทางกฎหมาย ในรัฐนิวยอร์กมีค่าปรับตั้งแต่

²⁵ กองบังคับการตำรวจทางหลวง. (2565). *อัตราโทษตามกฎหมายจราจร ฉบับใหม่ มีผลบังคับใช้ 5 กันยายน 2565*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://hwpd.go.th/archives/3642>. [2566, 19 พฤษภาคม]

180 ถึง 300 ดอลลาร์ อาจถึง 30 วันในการจำคุก และ 4 ถึง 6 คะแนนโทษ การขับรถเร็วเกินกว่าขีดจำกัดความเร็ว 30 ไมล์ต่อชั่วโมง การดำเนินการปรับอาจกำหนด ตั้งแต่ 360 ดอลลาร์ ถึง 600 ดอลลาร์ และอาจรวมถึงจำคุก 30 วัน รวมทั้งคะแนนโทษ 8 คะแนน ในรัฐนิวยอร์กนี้จะถือโดยอัตโนมัติว่าเป็นการขับรถโดยประมาทเมื่อขับเกินกว่า 40 ไมล์ต่อชั่วโมง สำหรับความเร็วที่กำหนด ส่งผลให้เกิดคะแนน 11 คะแนนโทษ²⁶

ในประเทศไทย มีมาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 67 ประกอบมาตรา 152 กำหนดให้ผู้ขับขี่ต้องขับรถด้วยอัตราความเร็วตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือตามเครื่องหมายจราจรที่ติดไว้ในทาง หากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามถูกปรับไม่เกิน 4,000 บาท

ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กรณีโทษปรับทางอาญา เห็นควรกำหนดโทษ ดังนี้
ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522

มาตรา 152 เดิมบัญญัติว่า ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 7 มาตรา 10 ทวิ มาตรา 13 วรรคหนึ่ง มาตรา 15 วรรคหนึ่ง มาตรา 16 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง มาตรา 22 มาตรา 23 (1) มาตรา 24 มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 31/1 มาตรา 49 มาตรา 50 มาตรา 56 มาตรา 64 มาตรา 67 วรรคหนึ่ง มาตรา 73 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม มาตรา 77 วรรคหนึ่ง มาตรา 85 มาตรา 86 มาตรา 89 วรรคหนึ่ง มาตรา 90 มาตรา 91 มาตรา 92 มาตรา 93 มาตรา 94 วรรคหนึ่ง มาตรา 95 มาตรา 99 มาตรา 127 มาตรา 128 มาตรา 130 หรือไม่ปฏิบัติตามประกาศที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติกำหนดตาม มาตรา 15 วรรคสอง หรือไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 77 วรรคสอง หรือ มาตรา 96 วรรคสอง หรือไม่เคลื่อนย้ายรถตามมาตรา 143 (1) ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่ พันบาท”

แก้ไขเป็น มาตรา 152 ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 7 มาตรา 10 ทวิ มาตรา 13 วรรคหนึ่ง มาตรา 15 วรรคหนึ่ง มาตรา 16 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง มาตรา 22 มาตรา 23

²⁶ วรตม์ สุขะพิบูลย์. (2561). มาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานขับรถยนต์เร็วเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 383-384.

(1) มาตรา 24 มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 31/1 มาตรา 49 มาตรา 50 มาตรา 56 มาตรา 64 มาตรา 67 วรรคหนึ่ง มาตรา 73 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม มาตรา 77 วรรคหนึ่ง มาตรา 85 มาตรา 86 มาตรา 89 วรรคหนึ่ง มาตรา 90 มาตรา 91 มาตรา 92 มาตรา 93 มาตรา 94 วรรคหนึ่ง มาตรา 95 มาตรา 99 มาตรา 127 มาตรา 128 มาตรา 130 หรือไม่ปฏิบัติตามประกาศที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติกำหนดตามมาตรา 15 วรรคสอง หรือไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 77 วรรคสอง หรือมาตรา 96 วรรคสอง หรือไม่เคลื่อนย้ายรถตามมาตรา 143 (1) ต้องระวางโทษปรับตามรายได้ของผู้กระทำผิด” และมีโทษปรับตามระดับขั้นของความเร็วที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดแต่ละอัตรา

จากมาตรการที่ได้กล่าวมาผู้วิจัยเห็นว่า หากมีการนำมาตรการต่าง ๆ รวมถึงมีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างเคร่งครัดก็จะช่วยลดปัญหาอุบัติเหตุ ลดการสูญเสียได้ดียิ่งขึ้น

3) ปัญหาการบังคับโทษปรับทางอาญาตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522

มาตรา 141 ประกอบมาตรา 141/1 ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เกี่ยวกับการไม่ชำระค่าปรับตามใบสั่งของเจ้าพนักงานจราจร หากไม่ปฏิบัติตามจะมีมาตรการไม่อนุญาตให้ต่อทะเบียนยานพาหนะ ซึ่งในขณะนี้ยังไม่สามารถตอบสนองต่อปัญหาของผู้ฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ยินยอมเสียค่าปรับได้ เพราะว่ากฎหมายมิได้กำหนดว่าค่าปรับที่เจ้าพนักงานจราจรกำหนดมานั้นเป็นที่สุด จึงทำให้เกิดการไม่เคารพ เกรงกลัวกฎหมายจราจร มีการฝ่าฝืนกฎจราจรขึ้นอยู่บ่อยครั้งเทียบได้จากจำนวนสถิติการเกิดอุบัติเหตุของผู้ประสบภัยทางถนน ดังนั้นจึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องมีการเตรียมการในลักษณะบูรณาการกันของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายการบังคับโทษทางกฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อลดปัญหาความสูญเสียที่จะเกิดขึ้นต่อไป

จากกรณีดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่า ในประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 141 ประกอบมาตรา 141/1 จำเป็นต้องมีมาตรการที่ชัดเจนสามารถบังคับใช้ได้อย่างเคร่งครัด รวมทั้งเป็นที่ยอมรับในระดับสากล

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการกำหนดโทษแก่ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนไม่ชำระค่าปรับตามใบสั่งของเจ้าพนักงานจราจร ดังนี้

มาตรา 141/1 เดิมบัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้ขับขี่หรือเจ้าของรถซึ่งได้รับใบสั่งไม่ปฏิบัติตามมาตรา 141 ให้เจ้าพนักงานจราจรและนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์หรือกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) ให้เจ้าพนักงานจราจรตำแหน่งตั้งแต่สารวัตรขึ้นไปมีหนังสือแจ้งการไม่ปฏิบัติตามใบสั่งและจำนวนค่าปรับที่ค้างชำระให้ผู้ขับขี่หรือเจ้าของรถทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ครบกำหนดชำระค่าปรับตามที่ระบุในใบสั่ง และให้ผู้ขับขี่หรือเจ้าของรถชำระค่าปรับที่ค้างชำระด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามมาตรา 141 ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง

การแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้ทำเป็นหนังสือส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับให้ผู้ขับขี่หรือเจ้าของรถ แล้วแต่กรณี ณ ภูมิลำเนาของผู้นั้น ทั้งนี้ ตามแบบที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติกำหนด และให้ถือว่าผู้ขับขี่หรือเจ้าของรถได้รับแจ้งเมื่อพ้นกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันที่ส่ง

แก้ไขเพิ่มเติมเป็น มาตรา 141/2 ในกรณีที่ผู้ขับขี่หรือเจ้าของรถซึ่งได้รับใบสั่งไม่ปฏิบัติตามมาตรา 141 มาตรา 141/1 ให้เจ้าพนักงานจราจรหรือเจ้าพนักงานจราจรตำแหน่งตั้งแต่สารวัตรขึ้นไปมีหนังสือแจ้งการไม่ปฏิบัติตามใบสั่งและจำนวนค่าปรับที่ค้างชำระให้ผู้ขับขี่หรือเจ้าของรถทราบ เพื่อดำเนินการยื่นคำร้องในการขอผ่อนชำระค่าปรับได้ หากยังไม่ชำระค่าปรับอีกก็จะมีกระบวนการตามที่ศาลกำหนด

ดังนั้น จากปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่า ควรนำมาตรการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการลงโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal Code) มาตรา 42²⁷ ศาลอาญอนุญาตให้ผ่อนชำระค่าปรับเป็นรายงวดได้ เนื่องจากสถานการณ์ส่วนตัวหรือสภาพการเงินของผู้กระทำความผิด หรือนำมาตรการของสาธารณรัฐฟินแลนด์ มีการบัญญัติถึงการเปลี่ยนการลงโทษ คือ ผู้ต้องโทษปรับที่ไม่ชำระค่าปรับจะถูกลงโทษจำคุกแทนค่าปรับ และค่าปรับสำหรับความผิดทางปกครองสามารถอุทธรณ์ต่อศาลชั้นต้นได้ สัดส่วนการปรับสามารถยื่นอุทธรณ์ได้ที่สำนักงานอัยการที่อยู่ทั่วประเทศในรูปแบบฟอร์มค่าปรับ และการไม่ชำระเป็นสาเหตุของการปฏิเสธที่จะออกวีซ่าใหม่ได้ กรณีหากผู้ขับขี่เห็นว่า

²⁷ Federal Ministry of Justice. (2023). *Fine*. (Online). Available: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0216. [2023, May 30].

ค่าปรับนั้นไม่ยุติธรรม สามารถอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวไปยังผู้ที่ออกค่าปรับได้ ต้องยื่นเรื่องร้องเรียนภายใน 2 สัปดาห์ หลังจากได้รับค่าปรับ การยื่นคำร้องไม่ได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียค่าปรับ หากพบว่าค่าปรับที่ออกนั้นไม่ยุติธรรมจะมีการคืนเงินให้

7. เอกสารอ้างอิง

กฎกระทรวงกำหนดอัตราความเร็วของยานพาหนะบนทางหลวงแผ่นดินหรือทางหลวงชนบทที่กำหนด พ.ศ. 2564.

กฎกระทรวงกำหนดอัตราความเร็วสำหรับการขับรถในทางเดินรถ พ.ศ. 2564.

กฎกระทรวงฉบับที่ 21 พ.ศ. 2560 ออกตามความในพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522.

กรมประชาสัมพันธ์. (2566). สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เข้มงวดผู้ทำผิดกฎหมายจราจร โดยการตัดแต้มใบขับขี่ เพื่อสร้างวินัย ลดอุบัติเหตุบนท้องถนน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.prd.go.th/th/content/page/index/id/163852>.

กฤตยา อารีรักษ์. (2560). ความเหมาะสมในการนำ day fine มาใช้กับประเทศไทย. ดุษฎีนิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

กองบังคับการตำรวจทางหลวง. (2565). อัตราโทษตามกฎหมายจราจร ฉบับใหม่ มีผลบังคับใช้ 5 กันยายน 2565. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://hwpd.go.th/archives/3642>.

กัตติกา รอดเส็ง. (2563). ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ขับขี่ขณะเมาสุราตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

คณิน วงศ์ใหญ่. (2562). แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งและพาณิชย์. วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย, 11(3).

- คอลัมน์เกร็ดกฎหมายน่ารู้. (2559). *การบังคับโทษปรับทางอาญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:
https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/12know/k130.pdf.
- ธนรัฐ แสนแก้ว. (2564). หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาในการตรากฎหมาย: ศึกษาพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560. *จุลนิติ*.
- พระราชบัญญัติจราจรทางบก (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2565.
- วรัทม์ สุขะพิบูลย์. (2561). *มาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานขับรถเร็วเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522*.
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต.
- วิทยากร เชียงกูล. (2565). *ปัญหาอุบัติเหตุทางถนนสูง ต้องแก้ไขทั้งระบบ*. (ออนไลน์).
เข้าถึงได้จาก: <https://www.bangkokbiznews.com/columnist/989274>.
- วิลาสินี สิทธิโสภณ. (2561). *การบังคับใช้กฎหมายจราจรและการลงโทษต่อผู้กระทำความผิด*.
(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1834.
- ศูนย์ข้อมูลอุบัติเหตุ เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมความปลอดภัยทางถนน. (2565). *ข้อมูลรับแจ้งอุบัติเหตุทางถนน ในรอบ 24 ชั่วโมง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:
<https://www.thairsc.com/>.
- ส่วนระบบข้อมูลและสถิติ สำนักแผนงานและงบประมาณ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2566).
รายงานข้อมูลสถิติคดีจำนวนข้อหาความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://oppb.coj.go.th/th/page/item/index/id/4>.
- อิสร์กุล อุณทเหตุ. (2556). *ชุดหนังสือ การสำรวจองค์ความรู้เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย ระบบค่าปรับทางอาญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:
<https://kb.hsri.or.th/dspace/bitstream/handle/11228/3971/Penalty-Itsakul-Unahakate.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

อิสร์กุล อุณหเกตุ. (2556). *ระบบค่าปรับทางอาญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:

<https://tdri.or.th/2014/03/criminal-charges-system/>.

<https://www.moj.go.th/view/81905>.

Cambridge University. (2021). *6-Day Fines in Germany*. (Online). Available:

<https://www.cambridge.org/core/books/abs/day-fines-in-europe/day-fines-in-germany/A65B6ED86ECF84ABDE4560B092197678>.

Federal Ministry of Justice. (2023). *Fine*. (Online). Available:

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0216.

บริษัท ลีดเดอร์ กรุ๊ป จำกัด (มหาชน)

บริษัท ลีดเดอร์ กรุ๊ป จำกัด (มหาชน)

บริษัทชั้นนำของประเทศ ในธุรกิจติดตามทวงถามและเร่งรัดหนี้ และการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพ ด้วยประสบการณ์ยาวนานกว่า 18 ปี



บริษัทฯ ดำเนินธุรกิจ 2 ประเภทหลัก 1) ธุรกิจให้บริการเจรจาติดตามทวงถามและเร่งรัดหนี้ และบริการอื่นที่เกี่ยวข้อง และ 2) ธุรกิจบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพ โดยมุ่งเน้นการสร้างเชื่อมั่นและไว้วางใจ ประสานความสัมพันธ์อันดีต่อพันธมิตรทางธุรกิจ และดำเนินธุรกิจบนพื้นฐานของกฎหมาย ยึดมั่นคุณธรรมและจริยธรรม

ทีมผู้บริหารที่มีความรู้ เชี่ยวชาญ และประสบการณ์

เป็นที่ได้รับการยอมรับในระดับแนวหน้าของประเทศ ส่วนบุคลากรมีการพัฒนาศักยภาพให้เป็นมืออาชีพ โดยพนักงานติดตามและทวงถามหนี้ทุกคน ได้ผ่านการฝึกอบรมและขึ้นทะเบียนกับสภานายความ



ความเชื่อมั่นและไว้วางใจ

ตลอดระยะยาวนานกว่า 18 ปีที่ผ่านมา “ลีดเดอร์ กรุ๊ป” ได้รับเชื่อมั่นและไว้วางใจจากลูกค้ากลุ่มสถาบันการเงิน และไม่ใช่สถาบันการเงิน หรือ Non-Bank รวมไปถึงบริษัทเอกชนชั้นนำระดับประเทศมากมาย การันตีด้วยผลงานคุณภาพและรางวัลแห่งความสำเร็จอย่างต่อเนื่องและยาวนาน



การให้บริการครอบคลุมทุกพื้นที่ทั่วประเทศ

เพื่อรองรับบริการจากลูกค้า และสามารถเข้าถึงลูกค้าได้อย่างสะดวก รวดเร็ว พร้อมทีม Admin คอยดูแลประสานงานอย่างใกล้ชิด



ใส่ใจและให้ความสำคัญกับการพัฒนาที่ยั่งยืน

โดยคำนึงถึงเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม และ ผู้มีส่วนได้เสียในห่วงโซ่คุณค่าทางธุรกิจ (Value Chain) เพื่อพัฒนาธุรกิจให้เติบโตอย่างมีคุณภาพ นำพาองค์กรไปสู่การเติบโตอย่างยั่งยืน



บริษัท ลีดเดอร์ กรุ๊ป จำกัด (มหาชน)

📍 สำนักงานใหญ่
238,240,242,244 ซอย รามอินทรา 65 ถนน รามอินทรา
แขวงท่าแร้ง เขตบางเขน กรุงเทพฯ 10230

0 2793 6888



www.leadergrouppltd.com

LL.D. DOCTOR OF LAWS

นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

มุ่งสร้าง...นักกฎหมาย และนักวิจัย
ให้มีคุณภาพอย่างมืออาชีพ

จุดเด่นของหลักสูตร

- เป็นหลักสูตรที่มีการเรียน 2 แบบ
แบบ 1 ทำวิทยานิพนธ์ 48 หน่วยกิต เน้นการวิจัยเป็นหลัก
แบบ 2 ศึกษาวิจัย 12 หน่วยกิต และทำวิทยานิพนธ์ 36 หน่วยกิต รวม 48 หน่วยกิต
- สามารถสำเร็จการศึกษาได้ภายใน 3 ปี ตามแผนการศึกษา
- มีอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ด้านนิติศาสตร์ หลายสาขาวิชา
- สามารถขอคำแนะนำปรึกษาการเรียนและการทำวิทยานิพนธ์ได้ง่าย
- มีวิชาสัมมนาพัฒนาเค้าโครงวิทยานิพนธ์ ช่วยนักศึกษาสอบข้อเสนอเค้าโครง
- มีการทำ Workshop เพื่อเตรียมความพร้อมในการจัดทำและสอบข้อเสนอเค้าโครงวิทยานิพนธ์
- มีการเสริมสร้างองค์ความรู้เพิ่มเติม ด้วยโครงการอาศรมวิชาการ (Academic Forum)

ระยะเวลาในการศึกษา

3 ปี การศึกษา แต่ไม่เกิน 6 ปีการศึกษา
เรียนวันเสาร์และวันอาทิตย์
เวลา 9.00-16.00 น.
เรียนวิชาละ 15 ครั้งๆ ละ 3 ชั่วโมง
รวม 45 ชั่วโมงต่อวิชา

สมัครและสอบถามเพิ่มเติม

- ศูนย์รับสมัครนักศึกษาใหม่ ระดับบัณฑิตศึกษา
อาคาร 11 ชั้น 11
โทร. 02-558-6888 ต่อ 3003, 3004
- คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม
โทร. 02-579-1111 ต่อ 2388
www.spu.ac.th/graduate



หลักสูตรปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชานิติรัฐกิจและการบริหาร

Doctor of Philosophy (Public and Business Administration Jurisprudence)

Ph.D. (Public and Business Administration Jurisprudence)

หนึ่ง หลักสูตร รู้ 3 ศาสตร์

จุดเด่นของหลักสูตร

- บูรณาการองค์ความรู้ นิติศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ และบริหารธุรกิจ รวม 3 ศาสตร์
- สร้างนักบริหารให้มีความรู้เชิงบูรณาการ เพื่อการบริหารองค์กรสมัยใหม่ภายใต้หลักนิธินิยม และหลักธรรมาภิบาล
- ศึกษาฐานเชิงบูรณาการองค์ความรู้ในองค์กรชั้นนำ
- การศึกษานับการวิจัยมี 2 แผน

แผน 1 ทำวิทยานิพนธ์อย่างเดียว 48 หน่วยกิต

แผน 2 ทำวิทยานิพนธ์ 36 หน่วยกิต

และศึกษารายวิชาเพิ่มเติม 12 หน่วยกิต รวม 48 หน่วยกิต

- สำเร็จการศึกษาได้ภายใน 3 ปี ตามแผนการศึกษา
- อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ครอบคลุมการศึกษา ทางด้านนิติศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ และบริหารธุรกิจ
- การให้คำแนะนำ ปรึกษาการเรียน และการทำวิทยานิพนธ์อย่างใกล้ชิดและเป็นระบบ
- สาขาวิชานิติรัฐกิจและการบริหารตอบโจทก์ความต้องการนักบริหาร ของภาครัฐ รัฐวิสาหกิจ และเอกชนในปัจจุบัน

ระยะเวลาในการศึกษา

หลักสูตร 3 ปี แต่ไม่เกิน 6 ปีการศึกษา

เรียนวันเสาร์และวันอาทิตย์

เวลา 09.00 - 16.00 น.

เรียนวิชาละ 15 ครั้งๆ ละ 3 ชั่วโมง

รวม 45 ชั่วโมงต่อวิชา

สมัครและสอบถามเพิ่มเติม

ศูนย์รับสมัครนักศึกษาใหม่ ระดับบัณฑิตศึกษา

อาคาร 11 ชั้น 11 มหาวิทยาลัยศรีปทุม กทม.

โทร. 0 2558 6888 ต่อ 3003, 3004

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม อาคาร 1 ชั้น 7

โทร. 0 2579 1111 ต่อ 2388



LL.M. MASTER OF LAWS

หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

ได้รับการรับรองจาก ก.ต. และ ก.อ.



เปิดสอน

- กลุ่มวิชากฎหมายธุรกิจ
- กลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
- กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน

จุดเด่นของหลักสูตร

สอนโดยผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน

- มีสิทธิสอบสนามเล็กผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ต. และ ก.อ.กำหนด
- หลักสูตรฯ มีวิชาเลือกกฎหมายที่ทันสมัยทันต่อเหตุการณ์

ระยะเวลาในการศึกษา

2 ปีการศึกษา แต่ไม่เกิน 5 ปีการศึกษา

เรียนวันเสาร์ – อาทิตย์

เวลา 09.00- 16.00 น.

สมัครและสอบถามเพิ่มเติม

- ศูนย์รับสมัครนักศึกษาใหม่ ระดับบัณฑิตศึกษา อาคาร 11 ชั้น 11
- โทร. 02-558-6888 ต่อ 3003, 3004

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

ปริญญาตรี
นิติศาสตรบัณฑิต
• ภาคปกติ 3 ปีครึ่ง
• ภาคเสาร์-อาทิตย์ 2 ปี
(* เงื่อนไขตามที่มหาวิทยาลัยกำหนด)

จุดเด่นของหลักสูตร

- อาจารย์ผู้สอน เป็นมืออาชีพในวงการกฎหมาย อาทิ ผู้พิพากษา อัยการ
- เปิดสอนนิติศาสตร์มากกว่า 53 ปี มีการเรียนการสอน ทั้งระดับปริญญาตรี โท เอก
- เรียนรู้กับมืออาชีพ อาทิ ผู้พิพากษา อัยการ ที่ปรึกษากฎหมาย
- เรียนโดยจำลองสถานการณ์จริงใน ห้องศาลจำลอง
- ฝึกประสบการณ์วิชาชีพในสถานประกอบการก่อนออกทำงานจริง
- สร้างนักกฎหมายออกสู่สังคมมากกว่า 20,000 คน และศิษย์เก่าหลากหลายสาขาอาชีพ
- มีศิษย์เก่าที่เป็นผู้พิพากษาและอัยการเป็นจำนวนมาก



สมัครได้ทุกวัน (ไม่เว้นวันหยุด)
09:00 – 17:00 น.



02579-111 ต่อ 2383

09-9292-8094



www.spu.ac.th/fac/law



Line ID : @spulaw

ศูนย์กฎหมายศรีปทุม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

จัดอบรม

- หลักสูตรประกาศนียบัตรทางกฎหมายปกครอง
วิธีพิจารณาคดีปกครองและคดีปกครอง
(ที่ได้รับการรับรองจาก ก.ศป.)
- หลักสูตรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ย
ข้อพิพาท พ.ศ.2562 (กพยช. รับรอง)
- หลักสูตรอบรมอื่น ๆ



ศูนย์กฎหมายศรีปทุม ให้บริการจัดหลักสูตร ฝึกอบรม และดำเนินกิจกรรมทางวิชาการเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายสู่สังคม ตลอดจนให้ความช่วยเหลือ แนะนำ ศึกษาวิจัย จัดทำความเห็นทางกฎหมาย และให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ประชาชนและหน่วยงานต่างๆ ทั้งแบบมีและไม่มีค่าใช้จ่าย

ทั้งนี้โดยได้รับความร่วมมือจากทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญ และมีอาชีพที่มีประสบการณ์ด้านกฎหมายจากภาครัฐและเอกชน รวมถึงผู้มีประสบการณ์ด้านการดำเนินคดี การประกอบธุรกิจ การค้าและการเจรจาต่างๆ ทั้งจากภายในและภายนอก ตลอดจนศิษย์เก่าที่มีบทบาทต่อสังคม เข้าร่วมทำหน้าที่ให้ความรู้และดำเนินกิจกรรมเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะและบุคคลทั่วไป

ระยะเวลาในการศึกษา

- หลักสูตรประกาศนียบัตรทางกฎหมายปกครอง
วิธีพิจารณาคดีปกครองและคดีปกครอง
(ที่ได้รับการรับรองจาก ก.ศป.)
ระยะเวลาการศึกษา 8 เดือน
เรียนวัน อังคาร พุธ พฤหัสบดี และวันเสาร์
เวลา 18.00 – 21.00 น. และ 9.00 – 16.00 น.

- หลักสูตรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามพระราชบัญญัติ
การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 (กพยช. รับรอง)
ระยะเวลาการศึกษา 5 วัน
เรียนวัน สุกร์ เสาร์และอาทิตย์
เวลา 9.00 – 17.00 น.

สมัครและสอบถามเพิ่มเติม ศูนย์กฎหมายศรีปทุม อาคาร 1 ชั้น 7

Ins. 02 579 1111 ต่อ 1009, 095 183 8308 Line id : slc_spu

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

SPU LAW JOURNAL

ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2566

บทความวิชาการ

- 05 แนวทางการพัฒนาโครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย
: สรรธ อนุชิตโกศล
- 21 ปัญหากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก
: พรพิมล ไตรพงษ์, ศิริวัตร ประสาน, อัคราพร ศิริทรัพย์
- 44 การบิดเบือนบรรทัดฐานปัญหาทางวัฒนธรรมหรือมรดกวัฒนธรรม
ที่จับต้องไม่ได้ : ว่าด้วยเรื่องของการควบคุมทางกฎหมาย
: ธนดล เต๋อพันธ์, ธนพนธ์ หัสกรรัตน์, พลวัต ขุนธิต, พ้าใหม่ อีระประภา

บทความวิจัย

- 67 ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง :
กรณีศึกษาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากคำสั่งกักตัวคนต่างด้าว
: อมรพันธุ์ นิตธีรานุ
- 92 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 :
ศึกษากรณีไทยปรับทางอาญา
: อัจฉรา คณภัย, เอกพงษ์ สารน้อย



LAW JOURNAL

<https://so07.tci-thaijo.org/index.php/LawIImjournal/>

ISSN 0857 - 4251

