

วารสารกฤชฎีกา

OCS e-JOURNAL

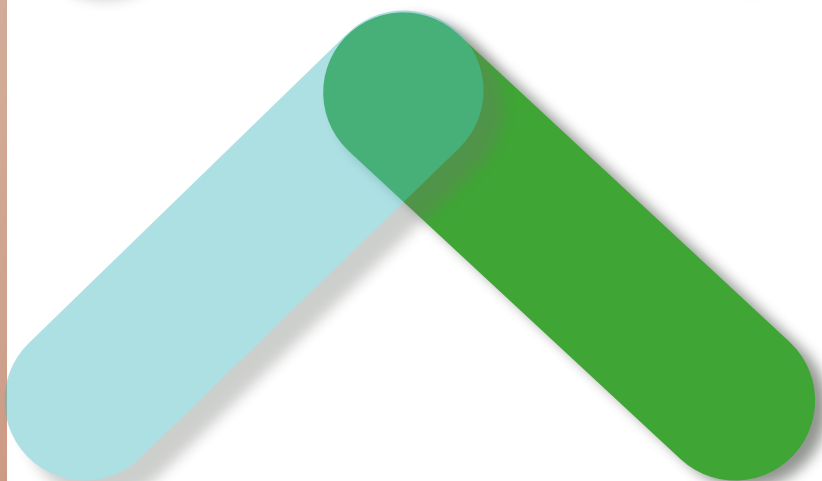
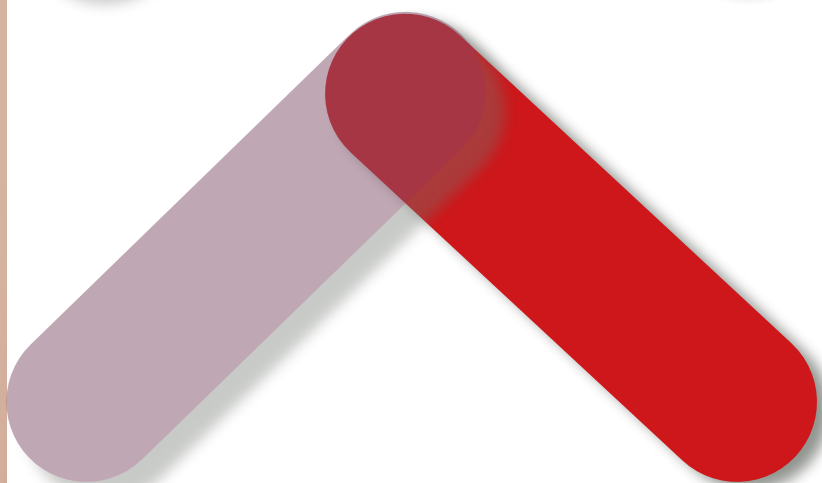
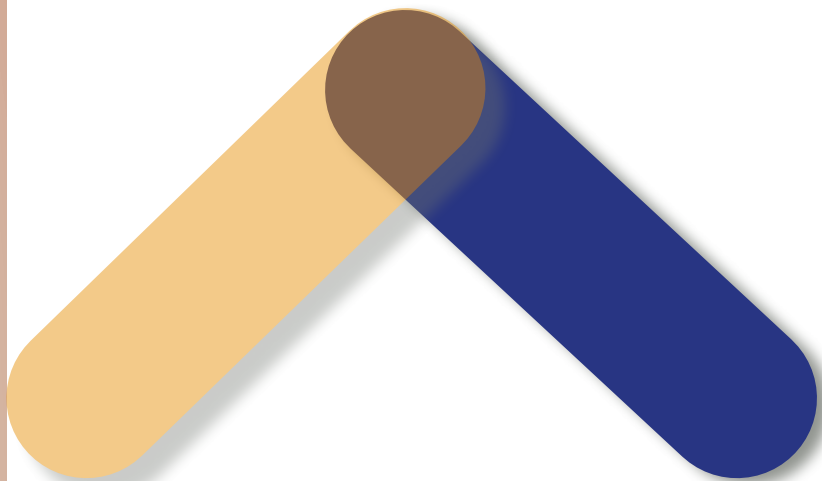
เล่ม ๓ ตอน ๒

สำนักงานคณะกรรมการกฤชฎีกา

OCS e-Journal

April 2023

Volume 3 Part 2



Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีขึ้นเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

บทบรรณาธิการ

สวัสดีค่ะ ท่านผู้อ่าน วารสารกฤษฏีกา เล่ม ๓ ตอน ๒ ขอนำเสนอ บทความทางวิชาการที่กำลังอยู่ในความสนใจของประชาชน และเรื่องน่ารู้ ได้แก่

- บทความลำดับแรก เป็นเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ใน **ถอดบทเรียน “Speakeasy” จากสหรัฐอเมริกา สู่มาตรการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑** โดย *นางสาวสินีนาถ ภาะวัง*

- ลำดับถัดมา ได้แก่ **มุมมองทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืช** โดย *นางสาวรัชนิกร ลาภวณิชชา พรหมศักดิ์* ซึ่งได้เล่าถึงแนวคิดของความตกลงระหว่างประเทศกับการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย

- บทความในลำดับที่สาม เป็นบทความที่ได้นำเสนอต่อเนื่องจากเล่ม ๓ ตอน ๑ ซึ่งในเล่มนี้เป็นตอนจบของตอนที่ ๒ ของบทความเรื่อง **การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup : ตอนที่ ๒ : แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ (ส่วนที่ ๒)** โดย *นางสาวพิชยามนต์ จารีกสุนทรสกุล นางสาวณรรธา บือตฐ์ และนายสมภพ ศิริรัตนกุลวงศ์* ซึ่งนำเสนอผลการศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคของประเทศไทย ประเทศอื่นโดมินิกัน และประเทศอิตาลี ที่มีพัฒนาการจากเดิมที่เป็นประเทศที่ไม่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจในรูปแบบ Startup แต่ต่อมาสามารถยกระดับการประกอบธุรกิจ Startup ได้อย่างต่อเนื่อง

- บทความลำดับสุดท้าย เป็นการนำเสนอตอนจบของบทความเรื่อง **มาตรการป้องกันการค้าความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง ตอนที่ ๒ : การป้องกันการค้าความผิดซ้ำตามกฎหมายต่างประเทศกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย** โดย *นางสาวนริศรา แดงไฟ* ซึ่งอธิบายมาตรการของประเทศต่าง ๆ รวม ๗ ประเทศ และวิเคราะห์มาตรการป้องกันการค้าความผิดซ้ำของประเทศไทยได้อย่างน่าสนใจ

- สำหรับเรื่องน่ารู้ในเล่มนี้ ขอนำเสนอ **Analysis into Cicero’s In Verrem Beneath the lines: An amateur’s analysis into legal and historical contexts surrounding Cicero’s In Verrem** โดย *นายพันวา นิลประพันธ์*

พบกับใหม่ กับวารสารกฤษฏีกา เล่ม ๓ ตอน ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๖ นะคะ

สารบัญ

บทความทางกฎหมาย

- 1 ถอดบทเรียน “Speakeasy” จากสหรัฐอเมริกา
สู่มาตรการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑
โดย **สินีนาถ ภาะวัง**
- 25 มุมมองทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืช
โดย **รัชนิกร ลากวนิชชา พรหมศักดิ์**
- 58 การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup :
ตอนที่ ๒ : แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ (ส่วนที่ ๒)
โดย **พิชยามนต์ จารีกสุนทรสกุล / ณรรธา บือตฐ์ / สมภพ ศิริรัตนกุลวงศ์**
- 81 มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ
และความผิดที่ใช้ความรุนแรง
ตอนที่ ๒ : การป้องกันการกระทำผิดซ้ำตามกฎหมายต่างประเทศกับสิทธิ
และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
โดย **นริศรา แดงไฟ**

เรื่องน่ารู้

- 114 Analysis into Cicero’s *In Verrem*
Beneath the lines: An amateur’s analysis into legal and historical contexts
surrounding Cicero’s *In Verrem*.
By **Panwa Nilprapunt**

ถอดบทเรียน “Speakeasy” จากสหรัฐอเมริกา สู่มาตรการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑*

สินีนาด ภาวัง**

๑. บทนำ

“เครื่องดื่มแอลกอฮอล์” เป็นประเด็นที่มักตกเป็นข้อถกเถียงในสังคมเป็นวงกว้าง อยู่เสมอ เนื่องด้วยสภาพสังคม ความเชื่อทางศาสนา วัฒนธรรม ตลอดจนทัศนคติ มุมมอง และ พฤติกรรมของบุคคลในสังคมนั้น ๆ ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันไปตามภูมิหลังของตน อาทิ การห้ามจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในมหกรรมการแข่งขันฟุตบอลโลก ซึ่งในการแข่งขันล่าสุด ปี ค.ศ. ๒๐๒๒ สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (FIFA) ได้ประกาศว่าประเทศกาตาร์เจ้าภาพกำหนดมาตรการห้ามการจำหน่ายเบียร์ที่มีแอลกอฮอล์บริเวณสนามการแข่งขัน แม้ว่าจะมีผู้สนับสนุนอย่างเป็นทางการ เป็นผู้จำหน่ายเบียร์ระดับโลกก็ตาม ในขณะที่ประเทศบราซิลซึ่งเป็นเจ้าภาพในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ได้ยอมแก้ไขกฎหมายเพื่อที่จะได้อนุญาตให้มีการจำหน่ายเบียร์ในมหกรรมการแข่งขันฟุตบอลโลก ดังกล่าวได้^๑ หรือในประเทศไทยช่วงที่มีการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ (COVID-19) อย่างรุนแรงในช่วงต้นปี พ.ศ. ๒๕๖๓ ภาครัฐได้มีการกำหนดมาตรการห้ามจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทั่วประเทศ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดข้อถกเถียงขึ้นมาอีกครั้ง เนื่องจากมาตรการดังกล่าว เป็นการส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการต่าง ๆ เป็นอย่างมาก ทั้งผู้ประกอบการประเภทสถานบันเทิง ร้านอาหารและเครื่องดื่ม ร้านค้าทั้งแบบขายส่งและขายปลีก^๒ อันนำไปสู่ประเด็นข้อถกเถียงเรื่องการส่งเสริมการขายแบบออนไลน์ว่าควรมีมาตรการผ่อนปรนให้ผู้ประกอบการสามารถจำหน่ายแอลกอฮอล์เพื่อประดับประดาสถานการณ์ในช่วงดังกล่าวได้หรือไม่ หรือควรเข้มงวดตามมาตรการการควบคุมตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ เพราะการใช้ช่องทางออนไลน์จะยิ่งทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงสินค้าได้อย่างง่ายดาย ตลอดจนประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับมาตรการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เช่น การเป็น Brand Ambassador

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย ทั้งนี้ กฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. ๒๕๖๕ และร่างพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. หรือร่างกฎหมายสุราก้าวหน้า ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของบทความนี้

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕)

^๑ <https://www.bbc.com/thai/international-63743248> [online], สืบค้นเมื่อ ๕ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^๒ กนิษฐา ไทยกล้า และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ “การศึกษาผลกระทบของการระบาดโควิดต่อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสังคมไทย”, ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, น. ๕ - ๖, (เมษายน ๒๕๖๔).

ของนักร้องชื่อดังประเทศเกาหลีใต้ให้สุรายี้อหนึ่^๓ โดยประเด็นเรื่องการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ดังกล่าว แม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศเสรีประชาธิปไตยอันได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพอย่างมาก ต่างก็เคยผ่านการถกเถียงในเรื่องนี้จนนำไปสู่การกำหนดและการยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจและเป็นประโยชน์ในการพิจารณาทบทวนความเหมาะสมของมาตรการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑

๒. บทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรที่ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกและเก่าแก่ที่สุดในโลก โดยมีการสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจของรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชน^๔ ในช่วงหนึ่งประเทศสหรัฐอเมริกามีความเชื่อว่า การดื่มสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นต้นเหตุของปัญหาที่ก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมด้านต่าง ๆ ทั้งอาชญากรรม การทำร้ายร่างกายในครอบครัว การทุจริตคอร์รัปชัน และเห็นว่าการกำหนดห้ามมิให้มีเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะช่วยลดปัญหาเหล่านี้ได้^๕

ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงเวลาที่มีการขยายตัวของเมือง ผู้คนจากชนบทต่างอพยพเข้ามาในเมืองเพื่อแสวงหางานทำ และผู้ใช้แรงงานมักนิยมใช้เวลาที่ร้านเหล้าที่เรียกว่า “Saloon” ซึ่งได้มีนักการเมืองบางกลุ่มใช้ช่องทางดังกล่าว โดยการให้งานหรืออาหารเพื่อแลกกับคะแนนเสียง รวมถึงเจ้าของร้าน Saloon มักเป็นบุคคลรายเดียวกับผู้ผลิตและจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และใช้วิธีทำรายการส่งเสริมการขาย เช่น การให้รับประทานอาหารเที่ยงโดยไม่คิดมูลค่า แต่อาหารนั้นจะปรุงด้วยรสเค็มจัด เพื่อให้มีการสั่งเครื่องดื่มหรือสุรา ทำให้แรงงานบางคนมีปัญหาเรื่องสุขภาพจากการดื่ม ก่อปัญหาความรุนแรงในครอบครัวและปัญหาสังคมอื่น ๆ จากผลกระทบดังกล่าวฝ่ายนักเศรษฐศาสตร์และเจ้าของธุรกิจต่างเห็นว่า เป็นกรณีที่ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการทำงาน เนื่องจากกลุ่มแรงงานมักจะมีอาการเมาค้างในวันจันทร์จนไม่สามารถทำงานได้เพราะดื่มหนักมาในช่วงสุดสัปดาห์ หรือภาวะ “Blue Monday” อีกทั้งได้เกิดการรวมตัวของกลุ่มผู้เคร่งครัดทางศาสนาคริสต์ โดยเฉพาะสหภาพสตรีคริสเตียนต่อต้านสุรา (Woman’s

^๓ <https://plus.thairath.co.th/topic/spark/101247> [online], สืบค้นเมื่อ ๕ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^๔ ปัญญา อุดชาชน, (๒๕๖๓) “สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย”, ศาลรัฐธรรมนูญยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ชุดที่ ๑๘, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น. ๒๔๑ - ๒๔๒.

^๕ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๒), น. ๒๑๗.

Christian Temperance Union : WCTU) ที่มีบทบาทในการรณรงค์ถึงภัยของสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ รวมถึงมีการตั้งพรรคห้ามจำหน่ายสุราขึ้น (Prohibition Party) ซึ่งเป็นพรรคการเมืองทางเลือก ตลอดจนมีการก่อตั้งสหพันธ์ Anti-Saloon League ซึ่งเป็นกลุ่มนักเคลื่อนไหวทางด้านสังคมและนักปฏิรูปการเมือง ด้วยเหตุเหล่านี้จึงเกิดการผลักดันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๘ ในเรื่องการห้ามการผลิตและจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยเฉพาะขึ้น^๖ (the Eighteenth Amendment /the Prohibition Amendment) โดยในเดือนธันวาคม ค.ศ. ๑๙๑๗ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาและถูกส่งให้มลรัฐต่าง ๆ ให้สัตยาบัน ซึ่งต้องได้รับคะแนนเสียงถึง ๓ ใน ๔ ของมลรัฐ จึงจะทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีผลใช้บังคับ โดยมลรัฐต่าง ๆ ให้สัตยาบันถึงเกณฑ์ดังกล่าวอันส่งผลให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๘ มีผลใช้บังคับในเดือนมกราคม ค.ศ. ๑๙๑๙^๗ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมีจำนวน ๓ มาตรา มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้การผลิต จำหน่าย ขนส่ง สุรา การนำเข้า ในสหรัฐอเมริกา การส่งออกจากสหรัฐอเมริกา รวมถึงดินแดนที่อยู่ภายใต้อำนาจของสหรัฐอเมริกา ซึ่งวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องดื่ม เป็นการต้องห้าม และให้รัฐสภาและมลรัฐต่าง ๆ มีอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้ โดยการตรากฎหมายอย่างเหมาะสม^๘ ทำให้มีการแบ่งกลุ่มทางสังคมระหว่างกลุ่มผู้สนับสนุนการไม่ดื่มสุรา (Dry) และกลุ่มผู้ที่ดื่มสุรา (Wet)^๙

^๖ ย้อนรอย ๑๐๐ ปี สหรัรัฐห้ามขายสุรา, <https://www.thaipost.net/main/detail/69241> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^๗ Congress enforces Prohibition, <https://www.history.com/this-day-in-history/congress-enforces-prohibition> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^๘ Eighteenth Amendment

Section 1 After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited.

Section 2 The Congress and the several States shall have concurrent power to enforce this article by appropriate legislation.

Section 3 This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

^๙ 18th Amendment 1919 (National Prohibition Act), <https://www.atf.gov/our-history/timeline/18th-amendment-1919-national-prohibition-act> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

ต่อมาในเดือนตุลาคม ค.ศ. ๑๙๑๙ รัฐสภาได้ตรากฎหมาย the National Prohibition Act of 1920 หรือ the Volstead Act^{๑๐} เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ ๑๘^{๑๑} โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้เป็นการกำหนดให้การผลิตและการจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีแอลกอฮอล์เกินร้อยละ ๕^{๑๒} เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่ไม่ได้กำหนดห้ามการบริโภค และได้กำหนดยกเว้นกรณีการผลิตสุราในครัวเรือน การใช้สุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการรักษาและการศาสนา ซึ่งการละเมิดข้อห้ามตามกฎหมายดังกล่าวมีโทษปรับสูงถึงหนึ่งพันดอลลาร์สหรัฐ โทษจำคุกสูงถึงหกเดือน และโทษริบทรัพย์สำหรับทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดด้วย^{๑๓} รวมทั้งในกฎหมายนี้ได้มีการจัดตั้งหน่วยพิเศษของกระทรวงการคลังเพื่อบังคับใช้ข้อห้ามตามที่กฎหมายกำหนด^{๑๔} โดยได้มอบอำนาจให้อธิบดีกรมสรรพากรเป็นผู้รับผิดชอบ และในช่วงการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวรัฐได้ว่าจ้างประชาชนเป็นเจ้าพนักงานในการห้ามดำเนินการเกี่ยวกับสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ภายใต้ชื่อว่า “Dry Agents”^{๑๕} โดยในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้ผลในช่วงแรก การบริโภคสุราและการจับกุมในข้อหาเมาสุราลดน้อยลง และยังส่งผลให้ราคาแอลกอฮอล์พุ่งสูงขึ้นจนแรงงานทั่วไป ไม่สามารถซื้อได้^{๑๖} เพราะการผลิตและการจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กลายเป็นเรื่องผิดกฎหมาย และก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ไม่ได้มีการคาดหมายไว้ เกิดการจำหน่ายสุราเถื่อน การรวมตัวของกลุ่มองค์กรอาชญากรรม และนำไปสู่อาชญากรรมอื่น เช่น การพนัน การค้าประเวณี^{๑๗}

นอกจากนี้ การห้ามจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทำให้เกิดร้านสุราเถื่อนที่ลักลอบจำหน่ายสุราโดยลับ หรือที่เรียกว่า “Speakeasy” ได้เพิ่มจำนวนมากขึ้นอย่างรวดเร็ว เพราะความต้องการสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีสูงขึ้น เฉพาะในนิวยอร์กก็มีจำนวนราวสองหมื่นถึงหนึ่งแสนร้าน ซึ่งความหมายของร้าน Speakeasy ที่จำหน่ายสุราเถื่อน นั้น คือการที่ผู้เข้าไปในร้านจะต้องพูดจากันเบา ๆ เพื่อไม่ให้เป็นที่สังเกตของเจ้าพนักงาน การจะเข้าไปในร้าน

^{๑๐} เป็นการเรียกตามชื่อของ Andrew Volstead สมาชิกรัฐสภาจากรัฐมินนิโซตาและประธานกรรมาธิการกฎหมายผู้สนับสนุนและนำกฎหมายร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา

^{๑๑} Primary Documents in American History, <https://www.loc.gov/rr/program//bib/ourdocs/18thamendment.html> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๑๒} มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ ๕, น. ๒๑๗.

^{๑๓} The Volstead Act, <https://www.docsteach.org/documents/document/volstead-act> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๑๔} Congress enforces Prohibition, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ ๗.

^{๑๕} 18th Amendment 1919 (National Prohibition Act), อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ ๙.

^{๑๖} The Volstead Act, <https://www.archives.gov/education/lessons/volstead-act> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๑๗} Prohibition & the Volstead Act, <https://libguides.mnhs.org/prohibition/ov> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

ต้องมีการใช้ถ้อยคำหรือเคาะประตูที่เป็นรหัสลับ โดยร้านมักจะอยู่ในชั้นใต้ดิน โดยทางร้านได้ติดสินบนเจ้าพนักงานเพื่อให้สามารถเปิดกิจการได้^{๑๘} ทั้งนี้ ร้านดังกล่าวก็จะมีการผลิตสุราหรือเครื่องแอลกอฮอล์เถื่อนด้วยตนเองหรือรับซื้อมาจากกลุ่มองค์กรอาชญากรรม โดยการจำหน่ายสุรากรณีนี้เรียกว่า “Bootlegging”^{๑๙} ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มาจากชนเผ่าพื้นเมืองอินเดียนแดงเดิมซึ่งเมื่อมีการลักลอบจำหน่ายสุราเถื่อนโดยการซ่อนไว้ในรองเท้าบูทและนำไปจำหน่ายให้แก่ลูกค้าโดยสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เถื่อนดังกล่าวกลับยังเป็นอันตรายต่อสุขภาพและไม่ปลอดภัยต่อผู้บริโภค เพราะมีการเติมสารเคมีต่าง ๆ ลงไปเพื่อให้ได้รสชาติหรือหน้าตาที่ใกล้เคียงกับสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ปกติ ตลอดจนทำให้การดื่มยังแพร่หลายไปในกลุ่มผู้หญิงมากยิ่งขึ้น จากเดิมที่การดื่มจะจำกัดเฉพาะกลุ่มผู้ชายที่ดื่มในร้านเหล้า Saloon^{๒๐} โดยช่วงเวลาดังกล่าวเป็นยุคที่มีการนำสุรามาสวมเครื่องดื่มอื่น ๆ จนเป็น Cocktail เพื่อกลบกลิ่นสุราคุณภาพต่ำและทำให้มีสีสันสวยงาม และผู้หญิงยังสามารถเข้าไปดื่มในร้าน Speakeasy ได้ ตลอดจนความต้องการในการดื่มสุราหรือแอลกอฮอล์ทำให้มีการแสวงหาวิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น การผลิตสารสกัดจากมอลต์สำเร็จรูปให้นำไปผสมน้ำและเกิดเป็นเบียร์ หรือการจำหน่ายผงองุ่นเข้มข้นอัดแท่งซึ่งมีฉลากคำเตือนระบุถึงข้อห้ามที่ไม่ให้นำไปผสมกับยีสต์ น้ำตาล น้ำ และแช่ทิ้งไว้หลายวัน มิเช่นนั้นจะกลายเป็นไวน์ หรือการซื้อโรงงานผลิตสุราและจัดตั้งบริษัทยาเพื่อทำการขายสุราอย่างถูกกฎหมาย^{๒๑} ซึ่งการทำให้การผลิตและจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นสิ่งผิดกฎหมายนี้ทำให้กลุ่มอาชญากรรมเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์อย่างมหาศาล และมีการติดสินบนเจ้าพนักงาน เกิดการทุจริตคอร์รัปชันของเจ้าพนักงานรัฐซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายทุกระดับ ทั้งในระดับมลรัฐและส่วนกลาง ตลอดจนอัยการ ผู้พิพากษา คณะลูกขุน และนักการเมือง^{๒๒} อันส่งผลต่อความเชื่อมั่นของประชาชนต่อกระบวนการยุติธรรมและความน่าเชื่อถือของรัฐโดยตรง

ท้ายที่สุดแล้วการบังคับใช้กฎหมาย the Volstead Act เป็นไปอย่างล้มเหลว กฎหมายดังกล่าวไม่สามารถป้องกันการผลิตและจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับมหภาคได้ และการห้ามผลิตและจำหน่ายสุราตามกฎหมายดังกล่าวกลับทำให้เกิดการแพร่หลายขององค์กรอาชญากรรมที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่ม

^{๑๘} Speakeasy, <https://www.britannica.com/topic/speakeasy> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๑๙} Prohibition, <https://www.history.com/topics/roaring-twenties/prohibition> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๒๐} ย้อนมองกฎหมายห้ามดื่มสุราในทศวรรษที่ ๒๐ ของอเมริกา, <https://www.thetsis.com/post/alcohol-the-great-gatsby> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๒๑} เมื่อรัฐห้ามขายเหล้า ชาวอเมริกันเขาดื่มอะไรกัน?, https://www.matichonweekly.com/column/article_305192 [online], สืบค้นเมื่อ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๒๒} 18th Amendment 1919 (National Prohibition Act), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๙.

แอลกอฮอล์เถื่อน^{๒๓} โดยรัฐบาลกลางและมลรัฐไม่ได้มีวิธีการหรือความประสงค์ที่จะบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง ทำให้การผลิตและจำหน่ายสุราเถื่อนจึงเป็นไปอย่างแพร่หลาย ตลอดจนไม่มีกำลังเพียงพอที่จะดูแลการลักลอบนำเข้าสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เถื่อนตามพรมแดนประเทศได้^{๒๔} อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกระแสความกดดันประกอบกับความต้องการในการจัดเก็บภาษีของรัฐบาลกลาง ซึ่งมีมากขึ้นจากภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ กฎหมาย the Volstead Act จึงได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมให้มีการผลิตเบียร์และไวน์บางประเภทได้ในเดือนมีนาคม ค.ศ. ๑๙๓๓^{๒๕} โดยให้มีแอลกอฮอล์ไม่เกินร้อยละ ๔^{๒๖}

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวแล้ว แต่เมื่อเกิดการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างกว้างขวางและเปิดเผย ทั้งจากการรวมตัวกันของกลุ่มองค์กรอาชญากรรม หรือแม้แต่ประชาชนทั่วไปที่แสวงหาสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ซึ่งเป็นสิ่งผิดกฎหมาย ทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ เนื่องจากประชาชนไม่เคารพต่อกฎหมาย จึงยิ่งทำให้อาชญากรรมเพิ่มสูงขึ้น ส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของประชาชนชาวอเมริกันมากกว่าเดิม^{๒๗} รวมถึงการขาดความเชื่อมั่นในรัฐ เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายต่างร่วมกันทุจริตคอร์รัปชันช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่องค์กรอาชญากรรม จากผลลัพธ์ที่ไม่ได้มีการคาดหมายดังกล่าวทำให้แม้แต่ผู้ที่เป็กลุ่มผู้สนับสนุนการต่อต้านสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เดิมต่างเริ่มเห็นว่า แนวทางดังกล่าวอาจเป็นแนวทางที่ไม่ถูกต้อง^{๒๘} มาตรการต่อต้านการผลิตและจำหน่ายสุราดังกล่าวไม่อาจทำให้ชาวอเมริกันดื่มสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์น้อยลง ประกอบกับภาวะเศรษฐกิจที่ตกต่ำลงอย่างมาก (the Great Depression) รัฐต้องการจัดเก็บภาษีจากสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และนำเงินมาใช้ในการจ้างงาน จึงเกิดการเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญยกเลิกข้อกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการที่ใช้ต่อต้านสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์^{๒๙} และให้อำนาจในการควบคุมเรื่องดังกล่าวกลับไปเป็นอำนาจของแต่ละมลรัฐตามเดิม ทั้งการผลิต การจำหน่าย และการกำหนดอายุขั้นต่ำของผู้ดื่มสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งทำให้หลักกฎหมายในเรื่องการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของสหรัฐอเมริกาแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ^{๓๐} โดยกฎหมาย the Volstead Act ได้สิ้นสุดลงเมื่อได้มีการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๒๑

^{๒๓} Congress enforces Prohibition, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ ๗.

^{๒๔} The Volstead Act, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ ๑๖.

^{๒๕} Prohibition Begins, <https://guides.loc.gov/this-month-in-business-history/ january/ prohibition> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๒๖} ย้อนรอย ๑๐๐ ปี สหรัฐห้ามขายสุรา, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ ๖.

^{๒๗} The Volstead Act, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ ๑๖.

^{๒๘} ย้อนรอย ๑๐๐ ปี สหรัฐห้ามขายสุรา, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ ๖.

^{๒๙} Blocker J. S., Jr (2006). Did prohibition really work? Alcohol prohibition as a public health innovation, *American journal of public health*, 96 (2), 233 - 243, p. 223.

^{๓๐} มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ ๕, น. ๒๒๔.

ในเดือนธันวาคม ค.ศ. ๑๙๓๓ แต่บางมลรัฐก็ยังคงกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต่อไป เช่น รัฐมิสซิสซิปปีเป็นมลรัฐสุดท้ายที่เป็นฝ่ายสนับสนุนการไม่ดื่มสุราซึ่งได้ยุติลงในปี ค.ศ. ๑๙๖๖^{๓๑} ทั้งนี้ สาเหตุสำคัญที่ฝ่ายที่เรียกร้องให้มีการยกเลิกข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องนี้ทั้งหมด เนื่องจากก่อนหน้านี้ฝ่ายสนับสนุนการไม่ดื่มสุราไม่เคยมีการประนีประนอมในรายละเอียดใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น การกำหนดเวลาและสถานที่ในการดื่ม หรือการยินยอมอนุญาตให้ขายเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ในระดับต่ำ ซึ่งกรณีต่าง ๆ เหล่านี้จะสามารถลดความตึงเครียดในเรื่องดังกล่าวได้^{๓๒} ด้วยเหตุผลทั้งหมดข้างต้น จึงทำให้มีเสียงสนับสนุนจำนวนมากในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการแก้ไขสามารถดำเนินการไปได้อย่างรวดเร็ว โดยได้รับทั้งเสียงจากสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเคยเป็นฝ่ายสนับสนุนการไม่ดื่มสุรา รวมถึงได้รับการให้สัตยาบันจากมลรัฐต่าง ๆ อย่างรวดเร็ว^{๓๓} อันเป็นกรณีที่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประวัติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเกิดจากการเห็นพ้องต้องกันของสังคม (Public Opinion) และเพื่อป้องกันการถูกขัดขวางจากฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐซึ่งเป็นฝ่ายอนุรักษ์นิยม รัฐสภาจึงได้กำหนดวิธีการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๒๑ โดยที่ประชุมของมลรัฐทั้งหลาย แทนที่จะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบ^{๓๔}

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๒๑ มีจำนวน ๓ มาตรา โดยมีสาระสำคัญเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๘ และกำหนดให้การขนส่งหรือการนำเข้าสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในมลรัฐ รวมถึงดินแดนอยู่ภายใต้อำนาจของสหรัฐอเมริกา สำหรับการจัดส่งหรือการใช้สุราที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของมลรัฐนั้นจะกระทำมิได้^{๓๕}

^{๓๑} The Volstead Act, <https://history.house.gov/Historical-Highlights/1901-1950/The-Volstead-Act/#:~:text=Known%20as%20the%20Volstead%20Act,as%20their%20production%20and%20distribution.> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๓๒} เมื่อรัฐห้ามขายเหล้า ชาวอเมริกันเขาดื่มอะไรกัน?, อังแล้ว เชียงอรุณีที่ ๒๑.

^{๓๓} The Night Prohibition Ended, <https://www.history.com/news/the-night-prohibition-ended> [online], สืบค้นเมื่อ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๕.

^{๓๔} มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, อังแล้ว เชียงอรุณีที่ ๕, น. ๒๒๓.

^{๓๕} Twenty-first Amendment

Section 1. The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed.

Section 2. The transportation or importation into any state, territory, or possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited.

Section 3. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by conventions in the several states, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the states by the Congress.

๓. มาตรการควบคุมเครื่องตีแอลกอฮอล์ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตีแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตีแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ นั้น ได้ปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่า โดยที่เครื่องตีแอลกอฮอล์ได้ก่อให้เกิดปัญหา ด้านสุขภาพ ครอบครัว อุบัติเหตุและอาชญากรรม ซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยรวม ของประเทศ สมควรกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในการควบคุมเครื่องตีแอลกอฮอล์ รวมทั้ง การบำบัดรักษา หรือฟื้นฟูสภาพผู้ตีเครื่องตีแอลกอฮอล์ เพื่อช่วยลดปัญหาและผลกระทบ ทั้งด้านสังคมและเศรษฐกิจ ช่วยสร้างเสริมสุขภาพของประชาชนโดยให้ตระหนักถึงพิษภัย ของเครื่องตีแอลกอฮอล์ ตลอดจนช่วยป้องกันเด็กและเยาวชนมิให้เข้าถึงเครื่องตีแอลกอฮอล์ ได้โดยง่าย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้มีการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น ซึ่งเครื่องตีแอลกอฮอล์ตามนิยาม มาตรา ๓^{๓๖} แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว หมายความว่า สุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรา และ มาตรการควบคุมเครื่องตีแอลกอฮอล์ได้กำหนดไว้ในหมวด ๔ การควบคุมเครื่องตีแอลกอฮอล์ ตั้งแต่มาตรา ๒๖ ถึงมาตรา ๓๒ โดยสามารถแบ่งพิจารณามาตรการต่าง ๆ ได้ ดังต่อไปนี้

๓.๑ มาตรการควบคุมด้านบรรจุภัณฑ์

ในการผลิตหรือนำเข้าเครื่องตีแอลกอฮอล์ ผู้ประกอบการซึ่งผลิตหรือนำเข้า จะต้องจัดให้มีบรรจุภัณฑ์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนสำหรับเครื่องตีแอลกอฮอล์ที่ผลิตหรือนำเข้าตามที่ได้มีการกำหนดไว้ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒๖^{๓๓๗} แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการควบคุมเครื่องตีแอลกอฮอล์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข เกี่ยวกับฉลากของเครื่องตีแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งกำหนดให้ ฉลากและบรรจุภัณฑ์ของเครื่องตีแอลกอฮอล์ต้องไม่ใช้ข้อความที่มีลักษณะของข้อความที่เป็น การไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม เช่น ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับ สินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่ง อันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งต้องไม่ใช้ข้อความที่เชิญชวนให้บริโภค

^{๓๖} มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“เครื่องตีแอลกอฮอล์” หมายความว่า สุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรา ทั้งนี้ ไม่รวมถึงยา วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๓๓๗} มาตรา ๒๖ ให้ผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องตีแอลกอฮอล์ ปฏิบัติดังต่อไปนี้

(๑) จัดให้มีบรรจุภัณฑ์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนสำหรับเครื่องตีแอลกอฮอล์ที่ผลิตหรือนำเข้า ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการควบคุมประกาศกำหนดโดย ความเห็นชอบของคณะกรรมการและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(๒) การอื่นตามที่คณะกรรมการควบคุมกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการและ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

หรืออวดอ้างสรรพคุณ คุณประโยชน์ หรือคุณภาพของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยตรงหรือทางอ้อม เช่น ข้อความที่ทำให้เกิดทัศนคติว่าจะทำให้ประสบความสำเร็จในทางสังคมหรือทางเพศ หรือทำให้สมรรถภาพทางร่างกายดีขึ้น ข้อความหรือภาพที่มีนักกีฬา ดารา ศิลปิน นักร้อง หรือนักแสดง ข้อความที่ชักจูงหรือโน้มน้าวให้ซื้อหรือบริโภคเพื่อนำรายได้ไปบริจาคเป็นสาธารณกุศล ฯลฯ

๓.๒ มาตรการควบคุมด้านสถานที่

มาตรการควบคุมด้านสถานที่ดังกล่าว แบ่งออกเป็น ๒ กรณี คือ

(๑) สถานที่ที่กฎหมายได้กำหนดห้ามมิให้มีการขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ตามมาตรา ๒๗^{๓๘} แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งนิยามคำว่า “ขาย” ตามมาตรา ๓^{๓๙} นั้น หมายความรวมถึง จำหน่าย จ่าย แจก แลกเปลี่ยน ให้ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ดังนั้น มาตรการควบคุมดังกล่าวจึงรวมถึงการกระทำความดังกล่าวด้วย และ

(๒) สถานที่ที่กำหนดห้ามมิให้มีการบริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ตามมาตรา ๓๑^{๔๐} แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

^{๓๘} มาตรา ๒๗ ห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณดังต่อไปนี้

(๑) วัดหรือสถานที่สำหรับปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา

(๒) สถานบริการสาธารณสุขของรัฐ สถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลและร้านขายยาตามกฎหมายว่าด้วยยา

(๓) สถานที่ราชการ ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นร้านค้าหรือสโมสร

(๔) หอพักตามกฎหมายว่าด้วยหอพัก

(๕) สถานศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ

(๖) สถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง หรือร้านค้าในบริเวณสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิง

(๗) สวนสาธารณะของทางราชการที่จัดไว้เพื่อการพักผ่อนของประชาชนโดยทั่วไป

(๘) สถานที่อื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

^{๓๙} มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ขาย” หมายความรวมถึง จำหน่าย จ่าย แจก แลกเปลี่ยน ให้ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๔๐} มาตรา ๓๑ ห้ามมิให้ผู้ใดบริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณดังต่อไปนี้

(๑) วัดหรือสถานที่สำหรับปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา เว้นแต่เป็นส่วนหนึ่งของพิธีกรรมทางศาสนา

(๒) สถานบริการสาธารณสุขของรัฐ สถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลและร้านขายยาตามกฎหมายว่าด้วยยา ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นที่พักผ่อนบุคคล

(๓) สถานที่ราชการ ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นที่พักผ่อนบุคคล หรือสโมสร หรือการจัดเลี้ยงตามประเพณี

ทั้งนี้ สถานที่ที่อยู่ในความควบคุมของมาตรการทั้งสองนี้ ได้แก่ สถานที่หรือบริเวณที่มีความเกี่ยวข้องกับวัด สถานที่ประกอบพิธีกรรมทางศาสนา สถานบริการสาธารณสุข สถานที่ราชการ หอพัก สถานศึกษา สถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิง สวนสาธารณะ ตลอดจนสถานที่อื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการนโยบายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งชาติ ซึ่งได้มีการออกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีกำหนดสถานที่ต่าง ๆ ในการห้ามขายหรือบริโภคสุรา โดยเฉพาะในส่วน of สถานีหรือยานพาหนะที่ใช้ในการโดยสารสาธารณะ เช่น บริเวณสถานีขนส่งทางบกตามกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบก ในบริเวณสถานีรถไฟหรือในขบวนรถที่อยู่บนทางรถไฟ ท่าเรือโดยสารสาธารณะหรือบนเรือโดยสารสาธารณะประจำทาง ตลอดจนสถานที่อื่น ๆ เช่น พื้นที่ประกอบกิจการโรงงาน ในสวนสาธารณะของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ที่จัดไว้เพื่อการพักผ่อนของประชาชนโดยทั่วไป ในสถานที่หรือบริเวณรัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมทั้งการห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา หรือหอพักบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา และการห้ามบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์บนทางในขณะขับขี่หรือในขณะโดยสารอยู่ในรถ หรือบนรถ

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่หน่วยงานอื่นออกกฎหมายตามหน้าที่และอำนาจของตน กำหนดสถานที่ที่ห้ามบริโภค นำเข้าไป หรือจำหน่าย ซึ่งเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เช่น ประกาศกรมเจ้าท่า ที่ ๑๑/๒๕๖๓ เรื่อง กำหนดสถานที่ที่ห้ามบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในท่าเรือโดยสารสาธารณะหรือบนเรือโดยสารสาธารณะประจำทาง ลงวันที่ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๓ หรือประกาศกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช เรื่อง ห้ามมิให้นำเข้าไปหรือจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทุกประเภทในอุทยานแห่งชาติ ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ๒๕๕๓

๓.๓ มาตรการควบคุมช่วงเวลาขาย

มาตรการกำหนดวัน เวลา ที่ห้ามมิให้มีการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา ๒๘^๑ แห่งพระราชบัญญัตินี้ และได้มีการออกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง กำหนดเวลาห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในเวลาอื่น นอกจากตั้งแต่เวลา ๑๑.๐๐ นาฬิกา ถึงเวลา ๑๔.๐๐ นาฬิกา และตั้งแต่เวลา ๑๗.๐๐ นาฬิกา

(๔) สถานศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นที่พักผ่อนส่วนบุคคลหรือสโมสร หรือการจัดเลี้ยงตามประเพณี หรือสถานศึกษาที่สอนการผสมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ

(๕) สถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิงหรือร้านค้าในบริเวณสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิง

(๖) สวนสาธารณะของทางราชการที่จัดไว้เพื่อการพักผ่อนของประชาชนโดยทั่วไป

(๗) สถานที่อื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

^๑ มาตรา ๒๘ ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในวัน หรือเวลาที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ทั้งนี้ ประกาศดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นใด ๆ เท่าที่จำเป็นไว้ด้วยก็ได้

ถึงเวลา ๒๔.๐๐ นาฬิกา ยกเว้นการขายในอาคารท่าอากาศยานนานาชาติ และการขายในสถานบริการซึ่งเป็นไปตามกำหนดเวลาเปิดปิดของสถานบริการตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ ซึ่งกำหนดเวลาห้ามขายนี้จะไม่ใช้กับการขายของผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือตัวแทนของผู้ผลิต หรือผู้นำเข้าไปยังผู้ขายซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสุรา

นอกจากนั้น ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง กำหนดวันห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๕๘ มีการกำหนดการห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในวันสำคัญทางพระพุทธศาสนา คือ วันมาฆบูชา วันวิสาขบูชา วันอาสาฬหบูชา วันเข้าพรรษา และวันออกพรรษา แต่ข้อห้ามนี้จะไม่รวมถึงการขายของร้านค้าปลอดอากรภายในอาคารท่าอากาศยานนานาชาติ และการขายของผู้ผลิต นำเข้า หรือตัวแทนของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าไปยังผู้ขายซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสุรา

อย่างไรก็ดี นอกจากมาตรการควบคุมช่วงเวลาขายตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ แล้ว ยังมีการกำหนดระยะเวลาในการห้ามขายสุราในกรณีที่มีการเลือกตั้งทั้งระดับท้องถิ่นและระดับประเทศ โดยห้ามขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุราทุกชนิด ในเขตเลือกตั้ง ในระหว่างเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกา ของวันก่อนวันเลือกตั้งหนึ่งวัน จนถึงเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกาของวันเลือกตั้ง ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๑๒๓^๒ แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๖๒ และมาตรา ๑๔๗^๓ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๖๑ รวมถึงกำหนดระยะเวลาในการห้ามขายสุราในกรณีที่มีการออกเสียงประชามติโดยการห้ามขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุราทุกชนิด ในเขตออกเสียงระหว่างเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกา ของวันก่อนวันออกเสียงหนึ่งวันจนถึงเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกา ของวันออกเสียงตามมาตรา ๗๗ (๘)^๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. ๒๕๖๔

^๒ มาตรา ๑๒๓ ผู้ใดขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุราทุกชนิด ในเขตเลือกตั้ง ในระหว่างเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกาของวันก่อนวันเลือกตั้งหนึ่งวัน จนถึงเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกาของวันเลือกตั้ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

^๓ มาตรา ๑๔๗ ผู้ใดขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุราทุกชนิด ในเขตเลือกตั้ง ในระหว่างเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกา ของวันก่อนวันเลือกตั้งหนึ่งวัน จนถึงเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกา ของวันเลือกตั้ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับแก่วันลงคะแนนตามมาตรา ๑๐๖ และมาตรา ๑๐๗ ด้วย

^๔ มาตรา ๗๗ ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(๘) ขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุราทุกชนิด ในเขตออกเสียงระหว่างเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกา ของวันก่อนวันออกเสียงหนึ่งวันจนถึงเวลา ๑๘.๐๐ นาฬิกา ของวันออกเสียง

๑.ล๑

๑.ล๑

ผู้ใดกระทำตาม (๘) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

๑.ล๑

๑.ล๑

๓.๔ มาตรการควบคุมบุคคลที่จะขายให้

มาตรการดังกล่าวเป็นไปตามตรา ๒๙^{๕๕} แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์แก่บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์และบุคคลที่มีอาการมีนเมาจนครองสติไม่ได้

๓.๕ มาตรการควบคุมวิธีการขาย

สำหรับมาตรการที่ใช้ควบคุมวิธีการขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา ๓๐^{๕๖} แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยการใช้เครื่องขายอัตโนมัติ การร่ำขาย การลดราคาเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการขาย การให้หรือเสนอให้สิทธิในการเข้าช้การแข่งขัน การแสดง การให้บริการ การชิงโชค การชิงรางวัล หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทนแก่ผู้ซื้อเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือแก่ผู้นำหีบห่อหรือสลากหรือสิ่งอื่นใดเกี่ยวกับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์มาแลกเปลี่ยนหรือแลกซื้อ การแจก แถม ให้ หรือแลกเปลี่ยนกับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือกับสินค้าอื่น หรือการให้บริการอย่างอื่น หรือการแจกจ่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในลักษณะเป็นตัวอย่่างของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือเป็นการจูงใจสาธารณชนให้บริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการขายในลักษณะที่เป็นการบังคับซื้อเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยตรงหรือทางอ้อม และโดยวิธีหรือลักษณะอื่นใดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการนโยบายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์แห่งชาติ

^{๕๕} มาตรา ๒๙ ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- (๑) บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (๒) บุคคลที่มีอาการมีนเมาจนครองสติไม่ได้

^{๕๖} มาตรา ๓๐ ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยวิธีการหรือในลักษณะ ดังต่อไปนี้

- (๑) ใช้เครื่องขายอัตโนมัติ
- (๒) การร่ำขาย
- (๓) การลดราคาเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการขาย
- (๔) ให้หรือเสนอให้สิทธิในการเข้าช้การแข่งขัน การแสดง การให้บริการ การชิงโชค การชิงรางวัล หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทนแก่ผู้ซื้อเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือแก่ผู้นำหีบห่อหรือสลากหรือสิ่งอื่นใดเกี่ยวกับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์มาแลกเปลี่ยนหรือแลกซื้อ

(๕) โดยแจก แถม ให้ หรือแลกเปลี่ยนกับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือกับสินค้าอื่น หรือการให้บริการอย่างอื่น แล้วแต่กรณี หรือแจกจ่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในลักษณะเป็นตัวอย่่างของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือเป็นการจูงใจสาธารณชนให้บริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการขายในลักษณะที่เป็นการบังคับซื้อเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยตรงหรือทางอ้อม

- (๖) โดยวิธีหรือลักษณะอื่นใดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

ต่อมาได้มีการห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยวิธีการใช้เครื่องจ่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณร้านค้าสะดวกซื้อตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง กำหนดวิธีการหรือลักษณะห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยวิธีการใช้เครื่องจ่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณร้านค้าสะดวกซื้อ พ.ศ. ๒๕๖๑ และการห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์หรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ต่อผู้บริโภคโดยตรงหรือการเสนอขายโดยตรงด้วยการตลาดหรือบริการการขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ไม่รวมถึงกรณีการซื้อขายที่มีการชำระราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ณ ร้านค้า ร้านอาหาร หรือสถานที่ที่ให้บริการเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ ทั้งนี้ เป็นไปตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยวิธีการหรือในลักษณะการขายทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๖๓

๓.๖ มาตรการควบคุมการโฆษณา

มาตรการควบคุมการโฆษณาเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๓๒^{๔๗} แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งกำหนดห้ามมิให้โฆษณา ประชาสัมพันธ์เครื่องตี้มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นตี้มโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยการโฆษณาโดยผู้ผลิตให้กระทำได้เฉพาะการให้ข้อมูลข่าวสาร และความรู้เชิงสร้างสรรค์สังคม โดยไม่มีการปรากฏภาพของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ แต่มีการปรากฏของภาพสัญลักษณ์ของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์หรือสัญลักษณ์ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การโฆษณาเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักรจะไม่อยู่ภายใต้การติดตามมาตรา ๓๒ ดังกล่าว

ทั้งนี้ ได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการแสดงผลสัญลักษณ์เพื่อประกอบการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์เครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๓ โดยการแสดงผลสัญลักษณ์ของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์หรือภาพสัญลักษณ์ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ จะต้องมีการแสดงข้อความคำเตือนทุกครั้งและตลอดเวลาขณะที่มีการแสดงผล

^{๔๗} มาตรา ๓๒ ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเครื่องตี้มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นตี้มโดยตรงหรือโดยอ้อม

การโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ใด ๆ โดยผู้ผลิตเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ทุกประเภทให้กระทำได้เฉพาะการให้ข้อมูลข่าวสาร และความรู้เชิงสร้างสรรค์สังคม โดยไม่มีการปรากฏภาพของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์นั้น เว้นแต่เป็นการปรากฏของภาพสัญลักษณ์ของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือสัญลักษณ์ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องตี้มแอลกอฮอล์นั้นเท่านั้น ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสอง มิให้ใช้บังคับกับการโฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักร

สัญลักษณ์ดังกล่าว โดยได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับสื่อแต่ละประเภท เช่น กรณีใช้สื่อทางกิจการโทรทัศน์ ภาพยนตร์ การแสดงภาพโดยผ่านเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ ภาพสัญลักษณ์ต้องมีขนาดไม่เกินร้อยละห้าของพื้นที่โฆษณาทั้งหมด ใช้เวลาแสดงภาพสัญลักษณ์ไม่เกินสองวินาที โดยให้โฆษณาได้ช่วง ๒๒.๐๐ - ๐๕.๐๐ นาฬิกา และให้แสดงภาพสัญลักษณ์ดังกล่าวเฉพาะในตอนท้ายของโฆษณาเท่านั้น หรือกรณีสื่อสิ่งพิมพ์ ภาพสัญลักษณ์ต้องมีขนาดไม่เกินร้อยละห้าของพื้นที่โฆษณาทั้งหมดโดยห้ามแสดงที่ปกหน้า ปกหลัง คุุ่หน้ากลาง หรือที่สิ่งห่อหุ้มสื่อสิ่งพิมพ์

นอกจากนี้ ปัจจุบันได้มีการประกาศคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เรื่อง รูปแบบของข้อความคำเตือนประกอบภาพสัญลักษณ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือภาพสัญลักษณ์ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๗ กำหนดรายละเอียดของการแสดงข้อความคำเตือน เช่น การแสดงข้อความคำเตือนแบบเสียงต้องแสดงเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๒ วินาที รับฟังได้ชัดเจนทุกพยางค์และสามารถเข้าใจความหมายได้ โดยมีระดับเสียงเทียบเท่ากับข้อความหลักของโฆษณา หรือกรณีสื่อสิ่งพิมพ์ ให้แสดงข้อความคำเตือนแบบตัวอักษร จากต้นแบบที่ขอรับจากสำนักงานคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กรมควบคุมโรค โดยให้แสดงในตำแหน่งบนสุด และมีขนาดพื้นที่ไม่น้อยกว่า ๑ ใน ๓ ของพื้นที่โฆษณา เป็นต้น

ตัวอย่างภาพต้นแบบข้อความคำเตือนท้ายประกาศฯ



๓.๗ บทกำหนดโทษในการฝ่าฝืนมาตรการทางกฎหมาย

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรการต่าง ๆ ตามที่พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ กำหนด ได้มีการกำหนดโทษไว้ในหมวด ๗ บทกำหนดโทษ ซึ่งโทษที่ใช้บังคับมีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ เช่น ผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องการจัดให้มีบรรจุภัณฑ์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนสำหรับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิตหรือนำเข้า จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท^{๔๘}

^{๔๘} มาตรา ๓๘ ผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๖ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

โดยโทษจำคุกสูงสุดตามพระราชบัญญัตินี้จะเป็นโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ส่วนโทษปรับสูงสุดจะอยู่ที่จำนวนไม่เกินห้าแสนบาท อันได้แก่ กรณีที่ทำการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม และกรณีนี้ยังมีโทษยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง^{๔๙} ซึ่งความผิดตามพระราชบัญญัตินี้สามารถเปรียบเทียบปรับกับคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือผู้ซึ่งคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มอบหมายให้มีอำนาจเปรียบเทียบได้^{๕๐}

๔. หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน

เสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นหลักการสากลที่ประเทศในการปกครองระบอบประชาธิปไตยและมีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมมีการรับรองไว้ โดยหลักรัฐจะปล่อยให้เป็นไปตามกลไกตลาด^{๕๑} (laissez faire) ทั้งนี้ การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นการรับรองแบบไม่เด็ดขาดหรือรับรองอย่างสัมพัทธ์ ซึ่งรัฐสามารถจำกัดเสรีภาพได้หากปรากฏว่ามีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ^{๕๒} เช่น เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจ

^{๔๙} มาตรา ๔๓ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๓๒ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งแล้ว ผู้ฝ่าฝืนยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง

^{๕๐} มาตรา ๔๕ บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ให้คณะกรรมการควบคุมมีอำนาจเปรียบเทียบได้ และในการนี้ให้คณะกรรมการควบคุมมีอำนาจมอบหมายให้คณะอนุกรรมการ พนักงานสอบสวน หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการเปรียบเทียบได้ โดยจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบ หรือเงื่อนไขประการใด ๆ ให้แก่ผู้ได้รับมอบหมายตามที่เห็นสมควรก็ได้

ในการสอบสวน ถ้าพนักงานสอบสวนพบว่าบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และบุคคลนั้นยินยอมให้เปรียบเทียบให้พนักงานสอบสวนส่งเรื่องมายังคณะกรรมการควบคุมหรือผู้ซึ่งคณะกรรมการควบคุมมอบหมายให้มีอำนาจเปรียบเทียบตามวรรคหนึ่งภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ผู้นั้นแสดงความยินยอมให้เปรียบเทียบ

เมื่อผู้กระทำความผิดได้เสียค่าปรับตามที่เปรียบเทียบแล้วให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

^{๕๑} เซาว์น กายจนไพบูลย์, (๒๕๖๐) “ประชาธิปไตยกับขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ”, ศาลรัฐธรรมนูญยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ชุดที่ ๑๕, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น. ๖๓ - ๖๔.

^{๕๒} สุกฤตา ฉัตรพรธนกุล, “เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (๒๕๖๑), น. ๑๔๙ - ๑๕๐.

ของประเทศ การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ และการคุ้มครองผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม การจำกัดเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะจำเป็นต้องพิจารณาและประเมินถึงคุณค่าทางสังคม วัฒนธรรม ตลอดจนภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งจะสะท้อนถึงแนวความคิดของความมั่นคงของรัฐและความเชื่อทางสังคมในเรื่องนั้น โดยประโยชน์สาธารณะดังกล่าวจะต้องมิใช่ประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง^{๕๓}

๔.๑ หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเฉพาะตามมาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยได้มีการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในมาตรา ๔๐^{๕๔} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งโดยหลักแล้วการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้นอกจากเป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งได้กำหนดไว้ในวรรคสองและวรรคสามของมาตรา ๔๐ ดังนี้

(๑) การจำกัดเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

(๒) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

๑) การรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ

๒) การแข่งขันอย่างเป็นธรรม

๓) การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด

๔) การคุ้มครองผู้บริโภค

๕) การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงพอที่จำเป็น ซึ่งในกรณีนี้จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

๖) ประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

๔.๒ หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขทั่วไปตามมาตรา ๒๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้ว่าในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จะมีหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ อันมีลักษณะเฉพาะตามมาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว แต่ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพยังจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไข

^{๕๓} Simon., R. (2020) ‘Consumer Protection and Public Interest’, in Tichý., L. and Potacs., M. (eds.) Public Interest Law in law, Cambridge: Intersentia, pp. 273 – 274.

^{๕๔} มาตรา ๔๐ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงพอที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

อันมีลักษณะทั่วไปตามมาตรา ๒๖^{๕๕} วรรคสองและวรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วย กล่าวคือ กฎหมายที่จะใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว จะต้องเป็นไปตามแนวทางดังต่อไปนี้

- (๑) ไม่เป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม (Rule of Law)
- (๒) ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ
- (๓) ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- (๔) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ
- (๕) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง

หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ทั้งนี้ ในส่วนของการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุตามมาตรา ๒๖ วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนี้ก็คือหลักพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน^{๕๖} ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม มีความเหมาะสมที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มีความจำเป็นโดยไม่มีมาตรการการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่น้อยกว่านั้นให้เลือกอีกแล้ว^{๕๗} และมีความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบที่ต้องไม่ก่อให้เกิดผลเสียแก่เอกชนอย่างรุนแรงที่เกินความคาดหมาย และมีผลกระทบมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ^{๕๘}

๔.๓ หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขทั่วไปตามมาตรา ๒๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เนื่องจากมาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง^{๕๙} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็น

^{๕๕} มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

^{๕๖} บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๐), น. ๑๒๕.

^{๕๗} บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๓), พิมพ์ครั้งที่ ๑๐, น. ๕๙๕.

^{๕๘} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๖๑ - ๖๒.

^{๕๙} มาตรา ๒๕ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

บทบัญญัติที่รองรับเสรีภาพทั่วไปของรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก และในมาตราเดียวกันนั้นก็ได้กำหนดขอบเขตข้อจำกัดการใช้เสรีภาพไว้เช่นกันว่า การใช้สิทธิเสรีภาพนั้น ต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น^{๖๐} ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสังคมและสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เนื่องจากการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเต็มที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบสุขของสังคม จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกรอบการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อคุ้มครองสังคมและสมาชิกอื่นในสังคม ซึ่งรวมถึงศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย^{๖๑} ดังนั้น ในการจำกัดเสรีภาพจึงต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวด้วย

๔.๔ หลักความเสมอภาคตามมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาค (Equality) ซึ่งได้รับการรองรับตามมาตรา ๒๗^{๖๒} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยหลักการดังกล่าวเป็นสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน จากหลักการดังกล่าวองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจึงต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะ ซึ่งหลักการนี้ไม่ได้บังคับให้องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อทุกคนและในทุกกรณีอย่างเดียวกัน ในทางปฏิบัติจึงมีการแบ่งออก

๖๐

๖๑

^{๖๐} บรรเจิด สิงคะเนติ “เสรีภาพทั่วไปและข้อจำกัดการใช้เสรีภาพตามมาตรา ๒๕ รัฐธรรมนูญ ๒๕๖๐” ๖๐ ปี อุดม รัฐอมฤต ชีวิตและมิตรภาพบนเส้นทางวิชาการ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๒), น. ๒๑๙ - ๒๒๑.

^{๖๑} เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๔๗), น. ๓๒ - ๓๓.

^{๖๒} มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะ ข้าราชการ ฯลฯ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในประเภทเดียวกันอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทอย่างแตกต่างกันออกไป (Different Treatment) ซึ่งต้องกระทำโดยชอบด้วยเหตุผล และรับฟังได้โดยเหตุผลที่หนักแน่น ไม่ใช่เป็นการแบ่งแยกประเภทแล้วปฏิบัติต่อแต่ละประเภทแตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลที่วิญญูชนรับฟังได้อันจะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) แต่มีบางกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดว่า แม้จะมีความแตกต่างกันรัฐก็ไม่อาจกระทำได้ เช่น การนับถือศาสนาเป็นเรื่องที่ห้ามมิให้รัฐปฏิบัติให้แตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุดังกล่าว^{๖๓}

๔.๕ หลักการไม่กระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ

อย่างไรก็ดี นอกเหนือจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญข้างต้นแล้ว การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่กระทบแก่น (Core) หรือสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ ซึ่งหลักการดังกล่าวยังคงเป็นหลักการที่มีอยู่ผ่านหลักนิติธรรมในส่วนที่ว่า กฎหมายจะต้องมีสาระหรือเนื้อหาเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน^{๖๔}

๕. การตีความของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการควบคุมการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในคำวินิจฉัยที่ ๑๐/๒๕๖๕^{๖๕}

๕.๑ ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีกับพวก รวม ๕ คน เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา ๒๑๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยผู้ฟ้องคดีที่ ๑ เป็นผู้ประกอบกิจการค้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และมีช่องทางการจัดจำหน่ายผ่านแอปพลิเคชันหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์กับผู้บริโภคโดยตรง ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ ๒ - ๕ เป็นผู้บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยการซื้อผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยวิธีการหรือในลักษณะการขายทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๖๓ เป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจของนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดี มิได้เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร หากไม่มีบทบัญญัติมาตรา ๓๐ (๖) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ประกาศดังกล่าวจะไม่มีที่มาแห่งอำนาจตามกฎหมาย ส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีชนะคดี ดังนั้น มาตรา ๓๐ (๖) แห่งพระราชบัญญัติควบคุม

^{๖๓} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๕), น. ๖๘ - ๗๐.

^{๖๔} บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักนิติธรรม ในฐานะ เกณฑ์ ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๔ วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น. ๙ - ๑๐.

^{๖๕} คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นกรณีที่ได้มีการวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช ๒๕๖๐)

เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๒๖ มาตรา ๓๔ วรรคหนึ่ง มาตรา ๓๗ วรรคสอง และมาตรา ๔๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๕.๒ ผลการพิจารณา^{๖๖}

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา ๓๐ (๖) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยวิธีหรือลักษณะอื่นใดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการนโยบายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งชาติ เป็นมาตรการควบคุมซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายกำหนดวิธีการหรือมาตรการเกี่ยวกับการห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในลักษณะอื่นเพิ่มเติมได้ แต่ต้องสอดคล้องกับวิธีการหรือลักษณะที่อยู่ในความหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐ (๑) ถึง (๕) เพื่อเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการลดผลกระทบอันเกิดจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แม้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอยู่บ้าง แต่มิได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยเด็ดขาด และเป็นบทบัญญัติที่เป็นไปอย่างเหมาะสมตามหลักความจำเป็น มีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้งระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมิผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช่บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ดังนั้น มาตรา ๓๐ (๖) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๒๖ มาตรา ๓๔ วรรคหนึ่ง มาตรา ๓๗ วรรคสอง และมาตรา ๔๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๖. บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

จากบทเรียนของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดบทบัญญัติทั้งในระดับรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ ๑๘ และในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ใช้เป็นกฎหมายกลางของประเทศคือ the National Prohibition Act of 1920 หรือ the Volstead Act ซึ่งเป็นการออกกฎหมายห้ามผลิตและจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยเคร่งครัด จนเป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลจนเกินสมควร และทำให้เกิดการลักลอบจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผิดกฎหมายขึ้นแทน นำไปสู่ความล้มเหลวในการแก้ไขปัญหาเรื่องการบริโภคสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น กรณีดังกล่าวเป็นการออกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักพอสมควรแก่เหตุ โดยจะเห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวไม่สามารถทำให้ชาวอเมริกันดื่มสุราหรือแอลกอฮอล์น้อยลงได้ แต่กลับกลายเป็นการเพิ่มกลุ่มผู้ดื่มสุราหน้าใหม่ และเป็นการผลักดันให้สุราและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กลายเป็น

^{๖๖} https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20220914110334.pdf [online], สืบค้นเมื่อ ๑๗ ธันวาคม ๒๕๖๕.

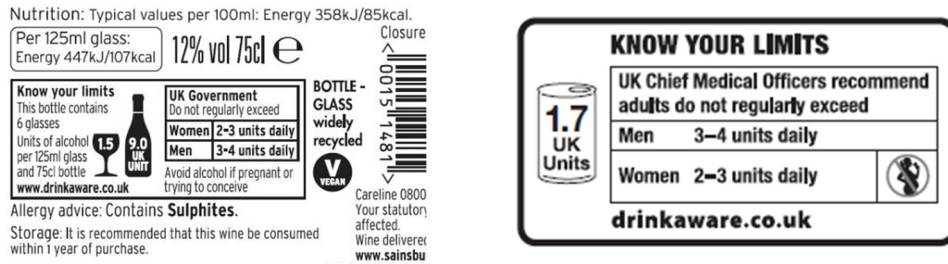
สินค้าผิดกฎหมาย ทำให้ยากแก่การควบคุมและตรวจสอบโดยรัฐ รวมทั้งก่อให้เกิดผลเสียด้านคุณภาพของสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้บริโภคมากยิ่งขึ้นจากการที่มีการลักลอบนำสารเคมีมาผสมเพื่อให้เหมือนกับสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ดั้งเดิม อีกทั้งกรณีดังกล่าวที่ห้ามจำหน่ายสุราอย่างเคร่งครัดยังเป็นการกระทบถึงสาระสำคัญของเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ประกอบธุรกิจนี้โดยตรง ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย แม้โดยหลักแล้วการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะสามารถดำเนินการได้ในกรณีที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่เนื่องจากการออกกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้มีการคำนึงความเป็นมาทางวัฒนธรรมสภาพสังคม และผลกระทบที่จะตามมาอย่างรอบด้าน จึงทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ทั้งเรื่องความมั่นคงของรัฐเพราะกลับกลายเป็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง หน่วยงานของรัฐไม่มีความพร้อมและความมุ่งมั่นที่จะบังคับใช้กฎหมาย จนทำให้มีการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เช่น การเขียนใบสั่งยาเท็จเพื่อใช้ในการซื้อสุรา รวมทั้งเกิดกลุ่มองค์กรอาชญากรรมที่ดำเนินธุรกิจสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เถื่อน มีการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายอย่างทำหายอำนาจอธิปไตยโดยชัดแจ้ง ตลอดจนการติดสินบนเจ้าพนักงาน ทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ ประชาชนขาดความเชื่อมั่นในการทำงานของรัฐ และในส่วนของประโยชน์สาธารณะด้านเศรษฐกิจ ข้อกฎหมายดังกล่าวส่งผลโดยตรงอันทำให้รัฐไม่สามารถจัดเก็บรายได้จากสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ แต่กลับมีการผลิตภายในประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนการลักลอบนำเข้าจากพรมแดน ทำให้รัฐสูญเสียรายได้จากเดิมอย่างมาก ส่วนประโยชน์สาธารณะด้านการจัดระเบียบการประกอบอาชีพนั้น จะเห็นได้ว่าข้อกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถจัดระเบียบการประกอบอาชีพในการผลิตและจำหน่ายสุราได้ และยังก่อให้เกิดร้านสุราลับหรือ Speakeasy ที่ผิดกฎหมายขึ้นเป็นจำนวนมาก และก่อให้เกิดการจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในลักษณะที่ผิดกฎหมายหรือ Bootlegging โดยสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ดังกล่าวกลับยังเป็นอันตรายต่อสุขภาพและเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค จึงทำให้มาตรการตามกฎหมายดังกล่าวล้มเหลวในวัตถุประสงค์ด้านการคุ้มครองผู้บริโภคอีกด้วย นอกจากนี้ มาตรการทางกฎหมายที่ไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กลับก่อให้เกิดผลที่ไม่คาดหมาย ทำให้กลุ่มบุคคลบางจำพวกได้ประโยชน์ เช่น แพทย์หรือนักบวชที่อาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการจำหน่ายสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างบุคคลโดยเฉพาะกลุ่มผู้ใช้แรงงานที่ไม่มีเงินเพียงพอที่จะสามารถหาซื้อสุราได้ เพราะสุราหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กลายเป็นสิ่งผิดกฎหมาย การซื้อขายเป็นไปได้อย่างยาก ทำให้ราคาเพิ่มสูงขึ้น แต่บุคคลที่มีฐานะกลับอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการหลีกเลี่ยงกฎหมายและจัดหามาบริโภคได้

ในส่วนของมาตรการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่มักเป็นประเด็นที่มีการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก คือ มาตรการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เพราะนอกจากเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ผลิตและจำหน่ายเครื่องดื่ม

แอลกอฮอล์โดยตรง เช่น การไม่สามารถโฆษณาได้ทำให้ผู้ประกอบการขนาดเล็กไม่สามารถนำเสนอสินค้าเข้าสู่ตลาดได้ หรือแม้แต่ผู้ประกอบการรายใหญ่ก็ไม่สามารถพัฒนาสินค้าใหม่ขึ้นมาได้ รวมทั้งการห้ามโฆษณาส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบถึงส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นอันตรายต่อผู้บริโภคที่อาจมีกรณีการแพ้ส่วนประกอบดังกล่าว นอกจากการมีรายละเอียดและข้อจำกัดสำหรับผู้ประกอบการค่อนข้างมากนั้น มาตรการดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของผู้บริโภคด้วย เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายและการให้ดุลพินิจในการพิจารณาแก่เจ้าหน้าที่ที่อย่างมากเกี่ยวกับการพิจารณาความหมายของการโฆษณาตามข้อกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นการชักจูงใจให้ผู้อื่นมาบริโภคแอลกอฮอล์ เช่น การเผยแพร่ภาพของตนพร้อมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสื่อสังคมออนไลน์ก็สามารถถูกตีความได้ว่าเป็นการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ดังกล่าว โดยมีโทษปรับสูงถึงห้าแสนบาท และมีโทษจำคุกอีกด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่มีการตีความแตกต่างกันในการบังคับใช้กฎหมายอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน และเกิดการเลือกปฏิบัติโดยเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อดุลพินิจได้ สมควรที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้น ตลอดจนกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ให้สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และในการกำหนดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ ควรมีการพิจารณาความเหมาะสมว่า กรณีใดที่ยังคงสมควรกำหนดให้เป็นโทษทางอาญาอยู่บ้าง โดยควรกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น และมีกรณีใดที่สามารถนำมาตราการบังคับทางปกครองมาบังคับใช้แทนได้

ผู้เขียนเห็นว่าในการทบทวนปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ เห็นควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องประเมินผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมายของมาตรการในแต่ละด้านว่ามาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันหรือไม่สามารถควบคุมการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และแก้ไขปัญหาด้านสุขภาพ ครอบครัว อุบัติเหตุและอาชญากรรม และการป้องกันมิให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงหรือไม่ อย่างไร เช่น ข้อความคำเตือนแบบตัวอักษรจากต้นแบบที่ขอรับจากสำนักงานคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กรมควบคุมโรคที่กำหนดว่า สุราเป็นเหตุให้พิการ เป็นมะเร็ง หรือสมองเสื่อมนั้น ได้มีผลต่อการตัดสินใจของผู้ดื่มจริงหรือไม่ ซึ่งเป็นกรณีสามารถทำการสำรวจสถิติความคิดเห็นโดยตรงต่อกลุ่มผู้บริโภคและประชาชนทั่วไปได้ หรือกรณีฉลากคำเตือนที่ติดอยู่บนผลิตภัณฑ์ระบุข้อห้ามที่ไม่ควรให้บุคคลอายุต่ำกว่ากฎหมายกำหนดดื่มสุราหรือการดื่มสุราทำให้ความสามารถในการขับขี่ยานพาหนะลดลงนั้น ควรที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบ โดยเพิ่มเติมการระบุปริมาณที่บุคคลในแต่ละกรณีสามารถบริโภคต่อหน่วยบริโภคได้เพียงไร รวมถึงการเตือนผู้ที่อยู่ระหว่างตั้งครรภ์ไม่ควรดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เพื่อที่จะเป็นข้อมูลเชิงวิทยาศาสตร์ที่สามารถนำไปประกอบการตัดสินใจในการดื่มได้มากกว่าเป็นการใช้วิธีการในเชิงจิตวิทยา อันเป็นการสร้างความตระหนักให้ดื่มโดยมีการรับผิดชอบต่อสังคมอย่างเป็นรูปธรรม

ตัวอย่างภาพฉลากที่แสดงปริมาณหน่วยของแอลกอฮอล์ที่บุคคลสามารถบริโภคได้^{๖๗}



โดยในการพิจารณาเกี่ยวกับการทบทวนกฎหมายจำเป็นต้องดำเนินการโดยไม่ได้มีอคติไปในทางฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างสิ้นเชิงดังเช่นที่ได้มีบทเรียนจากสหรัฐอเมริกาในการแบ่งกลุ่มทางสังคมระหว่างกลุ่มผู้สนับสนุนการไม่ดื่มสุรา (Dry) และกลุ่มผู้ที่ดื่มสุรา (Wet) โดยไม่มีการรับฟังหรือประนีประนอมใด ๆ ในการนี้กรณีดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยเปิดโอกาสให้มีการรับฟังความคิดเห็นอย่างรอบด้าน โดยเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง (Stakeholders) ได้เข้ามามีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นในชั้นการร่างกฎหมาย หรือการกำหนดให้เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการของคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในส่วนที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น การเชิญผู้ประกอบการมาให้ความเห็นที่เกี่ยวกับการกำหนดมาตรการต่าง ๆ หรือการแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษา อย่างไรก็ตาม ภารกิจที่จำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในรายละเอียดต่อไป

ในการพิจารณาทบทวนดังกล่าว ควรที่จะต้องมีการพิจารณาโดยการหาจุดสมดุลระหว่างการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงพอที่จำเป็น ฯลฯ และการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ต้องอยู่ภายใต้หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฯ หลักพอสมควรแก่เหตุและมาตรการต่าง ๆ ที่นำมาใช้ต้องมีความจำเป็นในการจำกัดเสรีภาพเพื่อที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดได้ โดยต้องไม่มีมาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพอื่นใดที่รุนแรงน้อยกว่านั้นให้เลือกอีกแล้ว และมีความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบที่ต้องไม่ก่อให้เกิดผลเสียแก่เอกชนอย่างรุนแรงที่เกินความคาดหมาย และมีผลกระทบมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ นอกจากนี้ แม้ว่าจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายกำหนดวิธีการหรือมาตรการเกี่ยวกับการห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในลักษณะอื่นเพิ่มเติมได้แต่ต้องสอดคล้องกับวิธีการหรือลักษณะที่อยู่ในพระราชบัญญัติ อันเป็นการยอมรับอำนาจของฝ่ายบริหารให้สามารถออก

^{๖๗} ที่มาภาพจาก <https://www.decanter.com/wine-news/public-supports-calorie-labelling-on-wine-says-uk-health-lobby-5271/> และ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/6692593.stm> ตามลำดับ [online], สืบค้นเมื่อ ๒๕ ธันวาคม ๒๕๖๕.

กฎหมายลำดับรองเพื่อบังคับการให้เป็นตามกฎหมายได้ แต่กฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารออกนั้นต้องเป็นกรณีที่ไม่ได้เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยเด็ดขาด เป็นไปอย่างเหมาะสมตามหลักความจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงจำเป็นต้องพิจารณา ทบทวนด้วยว่า มาตรการต่าง ๆ ที่ได้ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทและมีรายละเอียดเพิ่มเติมตามกฎหมายลำดับรองนั้น มีมาตรการใดที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์และกลับกลายเป็น การสร้างภาระเกินสมควรให้ประชาชน ตลอดจนผู้ประกอบการหรือไม่ อย่างไร

นอกจากนี้ ในการพิจารณาทบทวนพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ควรประเมินถึงสภาพสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ตลอดจนภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ที่มีความเกี่ยวข้อง เพื่อที่จะไม่ก่อให้เกิดผลในทางตรงกันข้ามที่ไม่พึงประสงค์ซึ่งไม่ได้มีการคาดหมาย และก่อให้เกิดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังเช่นกรณีบทเรียนของสหรัฐอเมริกา ที่กลับกลายเป็นการผลักดันให้เครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ผิดกฎหมาย และก่อให้เกิดผลที่ไม่ได้มีการคาดหมายไว้ตามมาอย่างมาก และควรมีการพิจารณาถึงความพร้อม ความสามารถในการบังคับใช้กฎหมายว่า รัฐสามารถดำเนินการได้เพียงไร หรือมาตรการตามกฎหมายที่กำหนดนั้น ก่อให้เกิดการละเมิดต่อกฎหมายโดยไม่จำเป็น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและความน่าเชื่อถือในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ

ทั้งนี้ การทบทวนเพื่อปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกำหนดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมาย การกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ การทบทวนในเรื่องโทษทางอาญา และการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง ยังเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องตามมาตรา ๗๗^{๖๘} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ อีกด้วย

^{๖๘} มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการก่อกวนประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมาย ทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลา ที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้อง และเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนด หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

มุมมองทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืช*

รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์ **

บทนำ

ในปี ๒๕๖๑ ผู้เขียนได้เผยแพร่บทความทางวิชาการในหัวข้อ “ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ (System of New Plant Variety Protection: A Comparative Study of Law)”^๑ จนกระทั่งปี ๒๕๖๖ กฎหมายที่ใช้บังคับยังคงเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ความพยายามของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการยกร่างกฎหมายขึ้นใหม่โดยใช้อุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ค.ศ. ๑๙๙๑ (The International Union for the Protection of New Varieties of Plants: UPOV 1991) เป็นต้นแบบ ค่อย ๆ เจียบหายไปในช่วงหลายปีมานี้ แม้ว่ากระแสเรื่องการเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV 1991 จะลดลง แต่ทุกครั้งที่มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ สังคมจะให้ความสนใจเป็นอย่างมาก เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนี้ส่งผลกระทบต่อเกษตรกรในประเทศไทย ซึ่งยังไม่แน่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพื่อเตรียมตัวเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ค.ศ. ๑๙๙๑ หรือไม่ กระนั้นท่ามกลางข่าวจริงและข่าวลวง บทความทางวิชาการนี้จะเป็โอกาสในการสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ผู้ที่สนใจประเด็นนี้ได้รับข้อมูลทางกฎหมายที่ถูกต้องว่าระบบที่ใช้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้น จะช่วยให้ประเทศไทยมีศักยภาพในการคุ้มครองพันธุ์พืชได้มากกว่าเดิมหรือไม่ รวมถึงวิธีการคุ้มครองพันธุ์พืชที่ใช้ในประเทศอื่น ๆ เพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาในกรณีที่จะเสนอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ในอนาคต และเพื่อให้เข้าใจว่าบรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่มักตกเป็นข่าวนั้นมีความเชื่อมโยงอย่างไรกับการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทย บทความนี้จะได้อธิบายถึงความตกลงเขตการค้าเสรีแคนาดา

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) สาขากฎหมายระหว่างประเทศ (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit (Université Lille II) สาขากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

^๑ รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, “ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ ๓ (กันยายน ๒๕๖๑), หน้า ๖๘๓

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) และเงื่อนไขการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV 1991 ตลอดจนนำเสนอความพยายามของคณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม (World Intellectual Property Organization Intergovernmental Committee: WIPO IGC) ในการยกร่างตราสารระหว่างประเทศภายใต้การทำงาน เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น

อธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติบนดินแดนของตน

แนวคิดในการคุ้มครองพันธุ์พืชในยุคแรกนั้นยังไม่แพร่หลายมากนัก เนื่องจากรัฐยังคงมีแนวคิดที่ว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชถือเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” (Common Heritage of Mankind)^๒ การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพย่อมเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคน อย่างไรก็ตาม เมื่อการขนส่งระหว่างประเทศเจริญก้าวหน้ามากขึ้น เกิดการลักลอบนำพันธุ์พืชหายากออกจากประเทศหนึ่งมาอีกประเทศเพื่อนำมาสกัดสารที่ต้องการ หรือนำมาขยายพันธุ์ทั้งแบบธรรมดาหรือใช้เทคโนโลยีชีวภาพช่วยในการผสมข้ามพันธุ์ รัฐต่าง ๆ เริ่มตระหนักว่าควรปกป้องคุ้มครองพันธุ์พืชของตนโดยใช้หลักอธิปไตยเหนือดินแดน^๓ เป็นจุดเกาะเกี่ยว รัฐจึงเริ่มให้ความสำคัญคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศของตนโดยอาศัยหลัก “อธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติบนดินแดนของตน (sovereignty over natural resource)”^๔ หากมีคนชาติของรัฐอื่นนำพืชพื้นเมืองไปพัฒนาต่อจนได้พันธุ์ใหม่ รัฐผู้เป็นเจ้าของพันธุ์พืชดั้งเดิมก็ควรได้รับประโยชน์ตอบแทนจากนักปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยเช่นกัน ซึ่งหลักการข้างต้นได้รับการยอมรับว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เรื่องนี้สามารถพิสูจน์ได้จากการที่ข้อมติที่ ๑๘๐๓ ของสมัชชาที่ประชุมใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ^๕ ได้ยอมรับร่วมกันว่าการละเมิดอธิปไตยเหนือ

^๒ เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่นำมาใช้ในการอธิบายการใช้สอยหรือแสวงประโยชน์ในพื้นที่หรือบางสิ่งที่มีสิทธิเด็ดขาดของรัฐใดรัฐหนึ่ง เช่น ข้าวโลกเหนือ แอนตาร์กติก ทะเลหลวง ไหล่ทวีป อวกาศ โปรดดูเพิ่มเติม Riidiger Wolfrum, “The Principle of Common Heritage of Mankind”, pp. 312-337 http://www.hjpp.de/43_1983/43_1983_2_a_312_337.pdf

^๓ Art.15.1 Convention on Biological Diversity “Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation”

^๔ หลักการนี้ได้รับการยอมรับจากสมัชชาที่ประชุมใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ตามข้อมติที่ ๑๘๐๓/๑๙๖๒ (Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources) สืบเนื่องมาจากการสร้างหลักประกันแก่ประเทศอาณานิคมว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการที่เจ้าอาณานิคมนำพันธุ์พืชหรือทรัพยากรธรรมชาติที่มีถิ่นกำเนิดจากรัฐตนไปแสวงประโยชน์โดยการปรับปรุงพันธุ์และใช้เพื่อการค้า

^๕ Resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, “Permanent Sovereignty over Natural Resources” รับรองสิทธิของประชาชนและบรรดารัฐเอกราชในอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน

ทรัพยากรธรรมชาติถือเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับหลักการและจิตวิญญาณของกฎบัตรสหประชาชาติรวมถึงการพัฒนาของความร่วมมือระหว่างประเทศ^๖ ดังจะเห็นได้ว่า ในยุคต่อมาเมื่อมีการเจรจาทำอนุสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองพันธุ์พืชหรือด้านทรัพยากรธรรมชาติ ก็มักจะมีการกำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่รัฐหรือเอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรหรือพันธุ์พืชนั้น ๆ ด้วย ดังเช่นกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)^๗ ที่ได้กำหนดหลักในการแบ่งปันผลประโยชน์เอาไว้ในข้อบทที่ ๑๕.๗ คือ เป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายใต้เงื่อนไขของข้อตกลงร่วมกัน (Mutual Agreed Terms) โดยจะเป็นการกำหนดว่าจะอนุญาตให้รัฐสมาชิกอื่นเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติประเภทใดในรัฐตนได้บ้างและจะแบ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการเข้าถึงอย่างไร โดยอาจเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ รัฐกับเอกชน หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือสถาบัน (institution) ก็ได้ นอกจากนี้ยังมีพิธีสารนาโกยา (Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity)^๘ ที่ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคี ซึ่งเป็นพิธีสารสำคัญที่กำหนดรายละเอียดในการแบ่งปันผลประโยชน์ ผ่านการทำข้อตกลงร่วมกัน (Mutual Agreed Terms) กล่าวได้ว่าเป็นพิธีสารที่จะทำให้สิ่งที่เขียนรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเกิดขึ้นได้จริง นอกจากนี้ ยังมีการดำเนินงานของคณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม (World Intellectual Property Organization Intergovernmental Committee: WIPO IGC) ที่เป็นการประชุมภายใต้กรอบขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ซึ่งจัดขึ้นเป็นประจำทุกปี มีวัตถุประสงค์เพื่อหารือในรายละเอียดเกี่ยวกับแนวทางการร่วมมือเพื่อส่งเสริมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยคณะกรรมการฯ ซึ่งประกอบด้วยรัฐสมาชิก WIPO จะร่วมกันยกร่างข้อบทในทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International Legal Instrument) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Resources: GRs) และเสนอที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO General Assembly) ต่อไป ซึ่งประเด็นที่ตกลงกันได้ค่อนข้างยาก ได้แก่ ประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์ (benefit sharing) อันเป็นเรื่องเกี่ยวโยงกับการกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลของเอกชนว่าได้นำทรัพยากรพันธุกรรมของชนพื้นเมืองมาใช้ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนซึ่งมีโอกาสเข้าร่วมการประชุมมีข้อสังเกตว่า ผู้แทนชนเผ่าหรือชนชาติพันธุ์ เช่น Assembly of First Nations จะแสดงความคิดเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า สมควรต้องกำหนดให้กลุ่มชนชาติพันธุ์หรือชุมชนท้องถิ่นสามารถยื่นคำร้องคัดค้าน

^๖ Franz Xaver Perrez, “The Relationship between “Permanent Sovereignty” and the Obligation not to Cause Transboundary Environmental Damage”, Environmental Law Journal, Vol.26, No.4, 1996, p. 1194,

^๗ ศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับอนุสัญญานี้ได้ที่ <https://www.cbd.int/>

^๘ มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. ๒๐๑๐

การขอจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะกรณีของสิทธิบัตรในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่า ได้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนมาใช้

การคุ้มครองพันธุ์พืชในปัจจุบัน

ในความตกลงทางการค้าภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการคุ้มครองพันธุ์พืชที่ตนพัฒนาขึ้นใหม่จึงได้บรรจุเรื่องนี้เอาไว้ในความตกลง TRIPs ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยซึ่งเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) และผูกพันตามข้อตกลง TRIPs จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีข้างต้น อย่างไรก็ตาม TRIPs มิได้บังคับรัฐสมาชิกว่าจะต้องให้การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ด้วยระบบใด เห็นได้จากข้อบท ๒๗.๓ (บี) ของ TRIPs ที่ให้รัฐสมาชิกมีสิทธิเลือกได้ว่าจะใช้ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชแบบใด^๔ โดยมีให้ ๓ ทางเลือก ได้แก่ (๑) ระบบสิทธิบัตร คือ ใช้ระบบสิทธิบัตรในการคุ้มครองพันธุ์พืชเหมือนคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์อื่น ๆ (๒) ระบบกฎหมายเฉพาะ (Sui generis System) คือ แต่ละประเทศไปออกกฎหมายที่เหมาะสมกับสภาพและวิถีชีวิตของตน และ (๓) ระบบผสมระหว่างทรัพย์สินทางปัญญาและระบบเฉพาะ โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงระบบสำคัญที่สามารถพบได้ในปัจจุบัน ๒ ระบบใหญ่ ได้แก่

๑. ระบบทรัพย์สินทางปัญญา

เป็นภาพกว้างที่จะสามารถใช้อธิบายแนวคิดของการสร้างระบบเพื่อให้ ความคุ้มครองอย่างสูงสุดแก่ผู้ประดิษฐ์ นั่นคือการนำ “ระบบสิทธิบัตร (Patent System)” มาใช้ และระบบสิทธิบัตรนี้ยังสามารถแยกย่อยเพื่อให้สอดคล้องกับสิ่งที่ต้องการคุ้มครองได้เป็น “ระบบสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeder’s Rights)”

๑.๑ คุ้มครองผ่านระบบสิทธิบัตร

สำหรับผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับการพิจารณาพืชแบบเดียวกับสิ่งไม่มีชีวิตที่ถูก ประดิษฐ์ขึ้นใหม่ก็อาจจะตะขิดตะขวงใจกับวิธีการคิดในลักษณะนี้ แต่หากเราได้ศึกษา แนวความคิดแบบอเมริกันในหลาย ๆ เรื่อง จะเห็นว่าเป็นความคิดทั่วไปในสังคมที่ต้องการทำเงิน สร้างรายได้จากทุกสิ่งรอบตัว อีกเรื่องที่คุณเขียนนึกถึงเมื่อเขียนงานนี้ ได้แก่ ความพยายามจะ ทำลายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เฟื่องฟูในทวีปยุโรป และแทนที่ด้วยเครื่องหมายการค้า โดยพยายาม

^๔ Article 27 Patentable Subject Matter:

3. Members may also exclude from patentability: (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

จะตัดจุดเกาะเกี่ยวเชิงพื้นที่ออกไป กล่าวได้ว่ากฎหมายของแต่ละชาติ คือ เครื่องสะท้อนวิถีคิด วิถีการใช้ชีวิต และสิ่งที่ชนชาตินั้นยึดถือเป็นสำคัญ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนในเรื่องนี้

กฎหมาย “สิทธิบัตรพืช” บัญญัติไว้ใน U.S. Code (Title 7 Agriculture, Chapter 57 และ Title 35 Patents, Chapter 15 §161 Patents for Plants) และ United States Plant Variety Protection Act 1970 แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. ๑๙๙๘ โดยระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกานั้นแบ่งประเภทสิทธิบัตรเป็น ๓ กลุ่ม^{๑๐} ได้แก่ (๑) สิทธิบัตรการประดิษฐ์ (Utility Patent) (๒) สิทธิบัตรการออกแบบ (Design Patent) และ (๓) สิทธิบัตรพืช (Plant Patent) สาเหตุที่อนุญาตให้นำพันธุ์พืชมาจดสิทธิบัตรได้เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนรูปแบบการทำเกษตรกรรมดั้งเดิมไปเป็นอุตสาหกรรมการเกษตรอย่างเต็มรูปแบบ เกษตรกรจึงมีความก้าวหน้า และสามารถนำเทคโนโลยีมาใช้ในการเพาะปลูกได้ด้วยตนเอง ตลอดจนตระหนักรู้ถึงสิทธิในพันธุ์พืชใหม่ของตน เกษตรกรส่วนใหญ่ค่อนข้างฐานะดี ไม่ได้เดือดร้อนกับการลงทุนซื้อเมล็ดพันธุ์มาปลูกในทุกฤดูกาล และรัฐต้องการสนับสนุนบริษัทเมล็ดพันธุ์ที่ส่งออกส่วนขยายพันธุ์รายใหญ่ การยอมรับว่าสิ่งที่เกิดจากการคิดค้น การประดิษฐ์ที่มนุษย์ต้องใช้สติปัญญาขั้นสูงล้วนแต่นำมาขอรับสิทธิบัตรคุ้มครองได้ การคิดค้นทดลองจนเกิดพันธุ์พืชใหม่จึงสมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร จึงเป็นที่มาของการนำหลักคิดเรื่องสิทธิบัตรมาใช้ในการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ รัฐจึงเข้ามาคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์เป็นสำคัญ

สิทธิบัตรที่นำมาใช้คุ้มครองพันธุ์พืชมี ๒ ประเภท ได้แก่

๑) สิทธิบัตรการประดิษฐ์ (Utility Patent) เกิดจากความคิดที่มองพืชเป็นสิ่งที่ถูกสร้างหรือประดิษฐ์ขึ้น สามารถนำมาใช้ได้ทั้งพืชที่ขยายพันธุ์โดยอาศัยเพศและไม่อาศัยเพศ เช่น สิทธิบัตรยีน สิทธิบัตรวิธีการ กรรมวิธี สิทธิบัตรส่วนต่าง ๆ ของพืช โดยมีเงื่อนไขเช่นเดียวกับสิ่งประดิษฐ์อื่น ๆ คือ ๑) ต้องมีความใหม่ (novelty) ๒) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น คือ ขั้นต่อนั้นต้องไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย (non-obviousness) แก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น และ ๓) มีประโยชน์ใช้สอย (usefulness) เป็นเงื่อนไขที่ปรากฏอยู่ในมาตรา ๕^{๑๑} แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ เช่นกัน

^{๑๐} United States Patent and Trademark Office, “Patents Basics”, <<https://www.uspto.gov/patents/basics>> accessed 4th December 2022

^{๑๑} มาตรา ๕ ภายใต้บังคับมาตรา ๙ การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- (๒) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และ
- (๓) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม

๒) สิทธิบัตรพืช (Plant Patent)^{๑๒} เป็นการคุ้มครองที่มีความเฉพาะเจาะจงมากยิ่งขึ้น โดยสร้างระบบสิทธิบัตรเพื่อรองรับการ “ประดิษฐ์พืช” เป็นการเฉพาะ ได้แก่ Section 161 “Patents for Plants”^{๑๓} ให้การคุ้มครองผู้ประดิษฐ์ หรือค้นพบ หรือผสมพันธุ์พืชชนิดใหม่โดยไม่อาศัยเพศ ซึ่งรวมถึงการกลายพันธุ์ที่มาจากโครโมโซมของพืช การกลายพันธุ์ การเป็นลูกผสม การค้นพบเมล็ดพันธุ์พืชใหม่ที่มีใช้ส่วนขยายพันธุ์แบบหัว หรือพืชที่ค้นพบในสภาพที่ยังมิได้มีการเพาะปลูก สิ่งที่กำลังมานี้สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายนี้กำหนด และเมื่อพิจารณาเงื่อนไขดังกล่าวพบว่า พันธุ์พืชที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรพืชต้องประกอบด้วยลักษณะต่อไปนี้^{๑๔}

๒.๑) เป็นการประดิษฐ์ (plant invention) หรือค้นพบพืชพันธุ์ในสภาพที่เพาะพันธุ์แล้ว และขยายพันธุ์โดยไม่อาศัยเพศ คือ ขยายพันธุ์โดยไม่พึ่งพาธรรมชาติ

๒.๒) เป็นพืชที่ไม่ใช้หัวในการขยายพันธุ์ เช่น มันฝรั่ง อาร์ติโชค เจริชชาเลียม

๒.๓) เป็นพืชที่มีความใหม่ ยังไม่เคยนำมาจำหน่ายเพื่อประโยชน์ทางการค้า หรือนำมาใช้ในเชิงสาธารณะหรือปรากฏสู่สาธารณะก่อนที่จะมาขอจดสิทธิบัตร และต้องไม่เคยนำมาขอจดสิทธิบัตรในสหรัฐอเมริกามาก่อน และความใหม่ในที่นี้ หมายถึง ความใหม่ที่เห็นได้ชัดเจนเมื่อเทียบกับพืชที่ใกล้เคียงกันโดยความใหม่ที่ทำให้แตกต่างจากพันธุ์พืชเดิมนั้น ต้องไม่ได้เป็นผลมาจากเทคนิควิธีการเพาะปลูก

๒.๔) มีความสม่ำเสมอ และมีความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์

๒.๕) สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งไม่จำกัดว่าจะเป็นการใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์หรืออุตสาหกรรม จึงทำให้พันธุ์พืชใหม่ในสหรัฐอเมริกาได้รับการคุ้มครองอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิทธิบัตรพืชจะไม่รวมถึงพันธุ์ที่ได้รับพันธุ์กรรมสำคัญจากพันธุ์อื่น (Essentially Derived Variety) ซึ่งเป็นสิ่งที่อนุสัญญา UPOV 1991 ให้การคุ้มครอง

^{๑๒} United States Patent and Trademark Office, “General Information About 35 U.S.C. 161 Plant Patents”, <<https://www.uspto.gov/patents/basics/types-patent-applications/general-information-about-35-usc-161>> accessed 10th December 2022; เพิ่มเติม โปรดดู <<https://uscode.house.gov/>> accessed 10th December 2022

^{๑๓} Title 35 United States Code Section 161 “Whoever invents or discovers and asexually reproduces any distinct and new variety of plant, including cultivated sports, mutants, hybrids, and newly found seedlings, other than a tuber propagated plant or a plant found in an uncultivated state, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.

The provisions of this title relating to patents for inventions shall apply to patents for plants, except as otherwise provided.”

^{๑๔} โปรดดู “Provisions and Limitations”, <https://www.uspto.gov/patents/basics/types-patent-applications/general-information-about-35-usc-161#heading-2>

นอกจากจะใช้ระบบสิทธิบัตรในการคุ้มครองพันธุ์พืชดั้งเดิมแล้ว สหรัฐอเมริกายังขยายการคุ้มครองให้ครอบคลุมพันธุ์พืชที่เกิดจากการปรับปรุงพันธุ์ขึ้นใหม่ด้วย

ข้อดีของการคุ้มครองโดยระบบสิทธิบัตร คือ นักปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ได้รับความคุ้มครองผลประโยชน์อย่างเต็มที่ เพราะการนำพันธุ์พืชที่จดสิทธิบัตรแล้วไปใช้ ไม่ว่าจะเพื่อการทดลองหรือการค้าจะไม่สามารถทำได้ นอกจากนี้ เพื่อให้มั่นใจว่านักปรับปรุงพันธุ์พืช จะได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเต็มที่ สหรัฐอเมริกายินยอมให้ใช้ “ระบบสิทธิบัตร การประดิษฐ์ (Utility Patent)” ควบคู่ไปกับ “ระบบสิทธิบัตรพืช (Plant Patent)” ได้ กล่าวคือ สามารถจดสิทธิบัตร ๒ ประเภทเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชชนิดเดียวกันได้ เช่น กรณีที่นักปรับปรุงพันธุ์ทดลองเพาะพันธุ์พืชจนได้พันธุ์ใหม่ตามเงื่อนไขที่จะขอรับสิทธิบัตรพืชได้ แต่ในการเพาะพันธุ์พืชใหม่ จำเป็นต้องใช้อุปกรณ์ที่นักปรับปรุงพันธุ์ ประดิษฐ์ จากสิ่งมีชีวิตพิเศษซึ่งสำคัญต่อการเจริญเติบโตของพืชและเป็นสาระสำคัญที่ขาดไม่ได้ในการเพาะพันธุ์พืชใหม่ จากกรณีดังกล่าวมา นักปรับปรุงพันธุ์ไม่สามารถจดสิทธิบัตรพืชเพื่อคุ้มครองทั้งพืชใหม่และอุปกรณ์สิ่งมีชีวิต จึงต้องแยกจดทะเบียนเป็นสองส่วนคือ สิทธิบัตรพืชและสิทธิบัตรการประดิษฐ์

ผู้เขียนเห็นว่าเกณฑ์ที่ใช้ในระบบสิทธิบัตรนั้นอาจมิใช่สิ่งที่เกษตรกรรายย่อยที่มีทุนค่อนข้างจำกัดจะสามารถทำได้เอง โดยเฉพาะเกณฑ์ในข้อ ๒) ที่กำหนดว่าต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์หรือขั้นตอนการปรับปรุงพันธุ์ขั้นสูง หมายความว่า พันธุ์พืชนั้นต้องไม่สามารถปรับปรุงได้โดยง่ายโดยผู้มีความรู้ในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น กล่าวคือ ต้องมีการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากความบกพร่องของพันธุ์พืชหรือการปรับปรุงพันธุ์ที่เกิดก่อน นอกจากนี้ ในระบบสิทธิบัตรนั้นกฎหมายจะคุ้มครองทั้ง ผลิตภัณฑ์ (product) และ กระบวนการหรือกรรมวิธีการผลิต (process) หากพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในเชิงอุตสาหกรรมจะเห็นได้ว่าแทบไม่มีความแตกต่าง เพราะหลักการอย่างกว้างที่ปรากฏใน ข้อบทที่ ๒๗ ของความตกลง TRIPS ซึ่งบรรดารัฐสมาชิกได้นำไปกำหนดไว้ในกฎหมายภายในของตนก็ได้กำหนดเกณฑ์ว่าการประดิษฐ์ที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่และมีขั้นการประดิษฐ์ขั้นสูงเช่นกัน โดยเกณฑ์การประดิษฐ์ขั้นสูง คือการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น

กฎหมายอเมริกันไม่คุ้มครองเกษตรกรหรือชุมชนท้องถิ่น ข้อสังเกต ประการสำคัญจากการนำระบบสิทธิบัตรมาใช้ในการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ คือ เนื่องจากระบบนี้ จะไม่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมือง จึงไม่มีการกำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับชุมชนที่เป็นเจ้าของพันธุ์พืชพื้นเมืองนั้น แม้ว่านักปรับปรุงพันธุ์จะนำเอาพันธุ์พืชพื้นเมืองไปทดลองเพื่อปรับปรุงพันธุ์จนสำเร็จและนำไปขอรับสิทธิบัตรก็ตาม เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิชุมชน แรงจูงใจของชุมชนท้องถิ่นในการขยายพันธุ์พืชพื้นเมืองชนิดนั้น ตลอดจนการอนุรักษ์ดูแลอย่างหมดไปในที่สุด เพราะทำไปก็ไม่ได้รับประโยชน์ เช่นนี้อาจเกิดการสูญพันธุ์ของพืชพื้นเมืองและส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพได้ ซึ่งประเด็นนี้กล่าวมานี้ไม่ได้อยู่ในความสนใจของสหรัฐอเมริกา จึงไม่แปลกที่จะสะท้อนออกมาในกฎหมาย

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะมีสาเหตุมาจากความแตกต่างทางความคิด กล่าวคือ กฎหมายอเมริกันมีแนวทางการคุ้มครองนักปรับปรุงพันธุ์พืชและภาคอุตสาหกรรมที่เป็นแนวทางเดียวกันกับอนุสัญญา UPOV ในขณะที่แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรและชุมชนท้องถิ่นมาจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีตั้งที่จะได้กล่าวถึงสาเหตุต่อไป

๑.๒ คุ้มครองผ่านระบบสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeder's Rights)

เป็นระบบที่พัฒนามาจากระบบสิทธิบัตร จึงมีลักษณะใกล้เคียงกัน และเป็นระบบที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

๑.๒.๑ อนุสัญญาว่าด้วยสหภาพระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ค.ศ. ๑๙๙๑ (Convention for the Protection of New Varieties of Plants 1991)^{๑๕}

อนุสัญญา UPOV มีขึ้นเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในพันธุ์พืชใหม่แก่นักปรับปรุงพันธุ์พืช เพื่อสร้างแรงจูงใจในการค้นพบพันธุ์พืชใหม่สายพันธุ์ดี และจะเป็นผลดีต่อเกษตรกรและผู้บริโภค อนุสัญญาฯ นี้มีผลบังคับใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๖๑ และมีการแก้ไขอีกหลายครั้ง คือ ปี ค.ศ. ๑๙๗๒ ปี ค.ศ. ๑๙๗๘ และครั้งหลังสุดคือปี ค.ศ. ๑๙๙๑ เงื่อนไขหนึ่งของการที่รัฐจะเข้าเป็นภาคี คือ รัฐต้องแก้ไขหรือร่างกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับเนื้อหาของอนุสัญญาให้เสร็จเรียบร้อยก่อนจึงจะเข้าเป็นภาคีได้^{๑๖} ทั้งนี้ มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า รัฐที่เป็นสมาชิกอนุสัญญาล่วงก่อนหน้า เช่น UPOV 1978 จะได้รับสิทธิให้คงสถานะสมาชิกของฉบับนั้นต่อไปหากไม่ประสงค์จะเปลี่ยนแปลง โดยจะไม่ถูกบังคับให้ต้องยอมรับ UPOV 1991 เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน อิตาลี นิวซีแลนด์ แต่รัฐที่เข้าเป็นภาคีหลังปี ค.ศ. ๑๙๙๑ (หลังการเปลี่ยนผ่านจาก GATT เป็น WTO) จะสามารถเข้าเป็นภาคีได้เฉพาะฉบับล่าสุด คือ UPOV 1991

^{๑๕} เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดย International Union for the Protection of New Varieties of Plants ตั้งอยู่ที่สมาพันธรัฐสวิส เป็นที่รู้จักในนามของอนุสัญญา UPOV ซึ่งมาจากภาษาฝรั่งเศส คือ Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV) ปัจจุบันมีรัฐสมาชิก ๗๘ ประเทศ (สถานะล่าสุดเมื่อวันที่ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๔, www.upov.int) กระจายอยู่ในทุกทวีป ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การ UPOV แต่ปรากฏอยู่ในรายชื่อประเทศที่เคยติดต่อองค์การ UPOV เพื่อขอรับคำแนะนำช่วยเหลือในการเตรียมกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ส่วนรัฐสมาชิกอาเซียนที่เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ได้แก่ สิงคโปร์และเวียดนาม โดยบรูไนฟิลิปปินส์ มาเลเซีย เมียนมา มีรายชื่ออยู่ในประเทศที่อยู่ระหว่างกระบวนการในการเข้าเป็นภาคี UPOV 1991 ส่วนสหภาพยุโรปเป็นสมาชิกขององค์การในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ และเป็นภาคีของอนุสัญญา UPOV 1991 มีผลทำให้ข้อบทในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์มีผลใช้บังคับกับรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปทั้ง ๒๗ รัฐ

^{๑๖} UPOV, "Guidance on How to become a Member of UPOV", <[https:// www.upov.int/edocs/infdocs/en/upov_inf_13.pdf](https://www.upov.int/edocs/infdocs/en/upov_inf_13.pdf)> accessed 20th November 2022

เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ หากไทยมีความประสงค์จะเข้าเป็นภาคี ย่อมต้องปรับแก้กฎหมายภายในให้สอดคล้องกับเนื้อหาของอนุสัญญาฯ ปี ค.ศ. ๑๙๙๑ จึงสมควรต้องศึกษาต่อไปว่าอนุสัญญานี้กำหนดเรื่องใดเอาไว้ และจะส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในแง่มุมใดหากให้สัตยาบัน

วัตถุประสงค์หลัก^{๑๗} ๑) เพื่อกำหนดให้รัฐสมาชิกให้ความคุ้มครองแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชและพันธุ์พืชใหม่ในรูปแบบที่ใกล้เคียงกัน ๒) ให้สิทธิเด็ดขาดแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชที่เป็นผู้พัฒนาพันธุ์ใหม่ เพื่อสร้างแรงจูงใจให้เกิดการพัฒนาพันธุ์

สาระสำคัญของอนุสัญญา UPOV 1991

๑) คุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช การปรับปรุงพันธุ์พืชต้องความอดุสาหะ และใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง บางครั้งอาจใช้เวลาในการทดลองนานถึง ๑๐ ปี เมื่อสามารถผลิตพันธุ์พืชใหม่ขึ้นมาได้ ยังต้องใช้เวล่อีกพอสมควรกว่าจะทำให้พันธุ์พืชใหม่เป็นที่รู้จักแพร่หลายในตลาดเมล็ดพันธุ์ เมื่อพิจารณาจากมุมมองที่ว่าพันธุ์พืชใหม่นั้นเป็นทรัพย์สินทางปัญญา จึงสมควรให้ผลตอบแทนที่คุ้มค่าแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืช เพื่อกระตุ้นให้เกิดการคิดค้นวิจัย และผลิตพันธุ์พืชใหม่ออกสู่ตลาดเรื่อย ๆ

การปรับปรุงพันธุ์พืชที่จะได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา UPOV เนื่องจากอนุสัญญาฯ มิได้ให้นิยามของคำว่า “ปรับปรุงพันธุ์” และมีได้จำกัดขอบเขตของวิธีการและเทคนิคที่นำมาใช้ปรับปรุงพันธุ์^{๑๘} ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นไปได้ว่าหากเกษตรกรมีทุนน้อย ไม่ได้ปรับปรุงพันธุ์พืชในห้องทดลอง แต่ใช้เทคนิคอื่นมาปรับปรุงพันธุ์และพิสูจน์ได้ตามเกณฑ์ของ UPOV ว่าพืชที่ได้นั้นเป็นพันธุ์ใหม่เช่นนี้ย่อมขอรับการคุ้มครองได้เช่นกัน

๒) คุ้มครองเฉพาะในรัฐที่ยื่นจดทะเบียน การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ตามอนุสัญญา UPOV นั้น ไม่ได้คุ้มครองโดยอัตโนมัติในทุกๆรัฐสมาชิก นักปรับปรุงพันธุ์พืชต้องยื่นขอรับการคุ้มครองประเทศสมาชิกที่ตนต้องการได้รับการคุ้มครอง โดยในบางกรณีการยื่นขอคุ้มครองเพียงครั้งเดียวอาจได้รับการคุ้มครองในอีกหลายประเทศ เช่น การจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ในสหภาพยุโรป นักปรับปรุงพันธุ์พืชย่อมได้รับประโยชน์จากระบบของสหภาพยุโรปที่ให้การคุ้มครองในทุกๆรัฐสมาชิก นอกจากนี้ นักปรับปรุงพันธุ์สามารถตรวจสอบพันธุ์พืชที่จดทะเบียนแล้วได้จาก UPOV Plant Variety Database ซึ่งทางสหภาพยุโรปได้รวบรวมข้อมูลจากหน่วยงานหรือองค์กรจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ของรัฐสมาชิก

^{๑๗} UPOV, “General Obligations of the Members of the Union”, <http://www.upov.int/about/en/upov_system.html> accessed 20th November 2022

^{๑๘} UPOV, “Guidance for the Preparation of Laws based on the 1991 Act of the UPOV Convention”, 2013.

๓) รัฐไม่สามารถตั้งข้อสงวนต่ออนุสัญญาฯ ได้ ปรากฏอยู่ในข้อบทที่ ๓๕ (๑)^{๑๙} โดยระบุว่าเป็นหลักการ และใน (๒) (เอ) กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้^{๒๐} แต่ข้อยกเว้นเป็นเรื่องเฉพาะกรณีที่รัฐภาคีมีความกังวลในเรื่องพันธุ์พืชที่สืบพันธุ์โดยไม่อาศัยเพศ (varieties reproduced asexually) โดยใช้กับกรณีของรัฐที่จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV 1991 นั้น เป็นรัฐสมาชิกของอนุสัญญา UPOV 1978 อยู่ก่อนแล้ว และรัฐดังกล่าวได้มีกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิทธิทางอุตสาหกรรมแก่พันธุ์พืชที่ใช้การสืบพันธุ์แบบไม่อาศัยเพศ นอกเหนือไปจากการคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช รัฐนั้นจะยังคงไว้ซึ่งสิทธิที่จะดำเนินนโยบายนั้นต่อไป ไม่ถูกบังคับให้ต้องใช้บังคับอนุสัญญาฯ กับพันธุ์พืชตามที่กล่าวมา

เรื่องข้อสงวนนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญอย่างยิ่งที่ประเทศไทยต้องระมัดระวัง เพราะประเทศไทยมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญา UPOV 1978 จึงไม่เข้าเงื่อนไขในการตั้งข้อสงวนตามข้อบทที่ ๓๕ (๒) หมายความว่าหากรับอนุสัญญา UPOV 1991 นี้แล้ว จะต้องรับเงื่อนไขทั้งหมด ทำให้รัฐบาลจำเป็นต้องศึกษารายละเอียดของข้อบทต่าง ๆ อย่างรอบคอบก่อนที่จะลงนามและให้สัตยาบัน ในเรื่องการห้ามตั้งข้อสงวนนั้นเป็นเรื่องที่สามารถศึกษาได้จากประสบการณ์ที่ผ่านมาของการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคี เมื่อใดที่รัฐสามารถตั้งข้อสงวนได้ ก็ต้องยอมรับว่าอาจไม่ได้บรรลุเป้าหมายที่ความตกลงระหว่างประเทศนั้นต้องการ แต่การตั้งข้อสงวนก็เป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐและจงใจให้รัฐตัดสินใจเข้าเป็นสมาชิกได้ง่ายกว่า โดยเฉพาะกรณีที่ไม่พร้อมปฏิบัติตามในทุกเรื่องที่กำหนดในอนุสัญญา ระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากความด้อยกว่าในทางเศรษฐกิจ หรือเทคโนโลยี หรือความไม่พร้อมของกฎหมายภายในซึ่งอาจเกิดจากสภาพสังคมในขณะนั้นไม่เอื้อต่อการแก้ไขกฎหมายของรัฐนั่นเอง บางเรื่องอาจต้องใช้เวลาหลายปีในการดำเนินการภายในประเทศกว่าที่จะปรับแก้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อบทในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ตั้งข้อสงวนไว้ เมื่อแก้ไขกฎหมายภายในได้แล้วจึงค่อยถอนข้อสงวน เช่น กรณีของประเทศไทยกับการตั้งข้อสงวนต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. ๑๙๘๐ (Convention on the Rights of the Child 1980)^{๒๑} เป็นไปได้ว่า

^{๑๙} Article 35 “Reservations”

(1) [Principle] Subject to paragraph (2), no reservations to this Convention are permitted.

^{๒๐} (2) [Possible exception] (a) Notwithstanding the provisions of Article 3 (1), any State which, at the time of becoming party to this Convention, is a party to the Act of 1978 and which, as far as **varieties reproduced asexually are concerned**, provides for protection by an industrial property title other than a breeder’s right shall have the right to continue to do so without applying this Convention to those varieties.

^{๒๑} ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. ๑๙๘๐ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๓๔ โดยได้ตั้งข้อสงวนไว้ ๓ ข้อ ได้แก่ ข้อ ๗ เรื่องสัญชาติ ข้อ ๒๒ เรื่อง สถานะผู้ลี้ภัย และข้อ ๒๙ เรื่องการศึกษา ต่อมารัฐบาลได้ดำเนินการในเรื่องการศึกษาขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนจนกระทั่ง

องค์การ UPOV จะพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ต้องการเสียเวลากับประเทศที่ไม่พร้อม จึงได้กำหนดเงื่อนไขให้รัฐที่สนใจเป็นภาคีต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ เสียก่อน จึงค่อยดำเนินการสมัครสมาชิกและภาคยานุวัติต่อไป

๔) เงื่อนไขที่ใช้ในการพิจารณา

ก. ความใหม่ (Novelty) เงื่อนไขนี้ปรากฏในข้อบทที่ ๖ โดยพันธุ์พืชนั้นจะต้องใหม่จนกระทั่งวันที่ยื่นคำขอคุ้มครองสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืช นักปรับปรุงพันธุ์จะต้องยังไม่ขายหรือแจกจ่ายส่วนขยายพันธุ์หรือสิ่งที่เก็บเกี่ยวได้ให้แก่บุคคลอื่น โดยอนุสัญญาฯ จะใช้เกณฑ์พิจารณาความใหม่ภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิกอนุสัญญาฯ ก่อน ๑ ปี นับจากวันที่ยื่นคำขอ และนอกอาณาเขตของรัฐสมาชิก ก่อน ๔ ปี นับจากวันที่ยื่นคำขอ หรือก่อน ๖ ปี นับจากวันที่ยื่นคำขอคุ้มครอง ในกรณีของไม้ยืนต้น หรือองุ่น เห็นได้ว่าเป็นการนำหลักเกณฑ์ที่ใช้กับการขอรับสิทธิบัตรมาปรับใช้ เพียงแต่ในการคุ้มครองพันธุ์พืชนั้น หมายถึงไม่เคยนำออกมาแสวงประโยชน์ทางพาณิชย์เท่านั้น ถ้าเคยนำพันธุ์พืชนั้นมาแจกให้เกษตรกร ทดลองปลูก หรือแสดงในงานแสดงสินค้าเกษตรต่าง ๆ เพื่อให้ความรู้ เช่นนี้ยังถือว่ามีความใหม่

ข. ลักษณะประจำพันธุ์ที่แตกต่างจากพันธุ์อื่น (Distinctness) เป็นเงื่อนไขตามข้อบทที่ ๗ โดยพันธุ์พืชที่จะถือว่ามีความแตกต่างจากพันธุ์อื่น คือ สามารถเห็นได้ชัดเจนว่ามีลักษณะที่แตกต่างจากพันธุ์พืชอื่น ๆ ที่มีอยู่ทั่วไปในขณะที่ยื่นคำขอ โดยเฉพาะการยื่นคำขอเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช หรือการยื่นคำขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืชในประเทศใดก็ตาม ให้ถือว่าพันธุ์พืชนั้นได้เป็นที่รู้จักแพร่หลายนับตั้งแต่วันที่มีการยื่นคำขอ

ค. ลักษณะประจำพันธุ์ที่สม่ำเสมอ (Uniformity) เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ ๘ กล่าวคือ พันธุ์พืชที่จะถือว่ามีความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์แม้ว่าจะมีความผันแปรที่อาจเกิดจากลักษณะเฉพาะจากการขยายพันธุ์ แต่ยังคงมีความสม่ำเสมอในลักษณะอื่น เห็นได้ว่าข้อบทที่ ๘ ก็ไม่สามารถอธิบายขยายความในเรื่องความสม่ำเสมอได้มากไปกว่านี้ รัฐสมาชิกจำเป็นต้องพิจารณาในรายละเอียดเองก่อนที่จะรับจดทะเบียนพันธุ์พืชนั้น

ง. ความคงตัวในลักษณะประจำพันธุ์ (Stability) ตามข้อบทที่ ๙ โดยอธิบายได้ว่า พันธุ์พืชหนึ่ง ๆ จะถือว่ามีความคงตัวในลักษณะประจำพันธุ์ก็ต่อเมื่อได้ขยายพันธุ์ซ้ำแล้วยังคงแสดงลักษณะเดิมไม่เปลี่ยนแปลง ไม่ว่าจะนำไปขยายพันธุ์ซ้ำอีกกี่ครั้ง ผลที่ได้จะคงเดิม หรือยังคงไม่เปลี่ยนแปลงแม้ในขั้นสุดท้ายของการขยายพันธุ์เป็นวงจร ซึ่งใน

มีความพร้อม คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติอนุมัติให้แจ้งต่อสำนักเลขาธิการสหประชาชาติเพื่อถอนข้อสงวน และมีผลในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ หลังจากนั้น ประเทศไทยได้ดำเนินการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยสัญญาฯ รับรองสิทธิของเด็กในการได้มาซึ่งสัญชาติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยจะมีขั้นตอนการพิสูจน์สัญชาติ และไม่ทอดทิ้งให้เด็กที่เกิดในประเทศไทยตกเป็นคนไร้สัญชาติอีก ท้ายที่สุดในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ รัฐบาลไทยจึงได้แจ้งขอถอนข้อสงวนต่อข้อ ๗ ของอนุสัญญาฯ

ทางปฏิบัติเมื่อต้องพิสูจน์ว่าพันธุ์พืชหนึ่งเข้าเงื่อนไขเรื่องความคงตัวในลักษณะประจำพันธุ์หรือไม่นั้น ผู้ทดสอบมักจะย้อนกลับไปพิจารณาผลจากเรื่องลักษณะประจำพันธุ์ที่สม่ำเสมอประกอบกัน^{๒๒}

เหตุผลหลักที่ทำให้รัฐตัดสินใจเข้าเป็นภาคีสมาชิก UPOV

สืบเนื่องมาจากบทบาทสำคัญของเลขาธิการองค์การ UPOV ในเวทีเจรจาระหว่างประเทศ ซึ่งมีความพยายามในการเน้นย้ำให้รัฐต่าง ๆ ตระหนักว่า ในปัจจุบันมีพันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองในประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยการใช้นุสสัญญา UPOV เป็นเครื่องมือที่ทำให้ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชทั่วโลกเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ใช้แนวทางในการตรวจประเมินคุณสมบัติพืชที่จะยื่นขอคุ้มครองแบบเดียวกัน ประกอบกับรัฐต่าง ๆ ที่เป็นภาคีมีจำนวนเพิ่มขึ้นและมีความกังวลว่า พันธุ์พืชที่คนชาติของตนได้ปรับปรุงไว้จะถูกนำไปแสวงประโยชน์ทางการค้าโดยมิชอบ จึงเกิดความคิดว่าควรใช้การเป็นภาคีของ UPOV เป็นเงื่อนไขสำคัญในการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Area) ด้วยเหตุนี้ รัฐในกลุ่ม OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development) ได้นำการเป็นภาคีของ UPOV มาเป็นเงื่อนไขในความตกลงเขตการค้าเสรีเสมอ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐ

เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีกฎหมาย Trade Promotion Authority^{๒๓} ที่กำหนดเป้าหมายในการเจรจาการค้าที่มีสหรัฐอเมริกาเป็นคู่สัญญาอย่างชัดเจน โดยต้องการยกระดับการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศคู่เจรจาให้ทัดเทียมกับตน และยังปรากฏในเอกสารของผู้แทนการค้าสหรัฐ ฯ (United States Trade Representative: USTR) ที่ได้ยื่นข้อเสนอต่อรัฐสภาของตนเพื่อขอให้กำหนดเงื่อนไขคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้น โดยมีความประสงค์ ดังนี้

๑) ให้ประเทศคู่เจรจาขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรให้ครอบคลุมสิ่งมีชีวิตทั้งพืช สัตว์ จุลินทรีย์

^{๒๒} โปรดดู UPOV “Examining Stability DOCUMENT TGP/11”, adopted by the Council at its forty-fifth ordinary session on October 20, 2011, <https://www.upov.int/edocs/edocs/tgpdocs/en/tgp_11.pdf> accessed 20th December 2022 ; Laurence R. Helfer, “Intellectual property rights in plant varieties”, International legal regimes and policy options for national governments, Part II. <https://www.fao.org/3/y5714e/y5714e03.htm#bm3.2.3> accessed 20th December 2022

^{๒๓} Section 2102 หัวข้อ Trade Negotiating Objectives ข้อ b (4) ii (4) Intellectual Property.

“The principal negotiating objectives of the United States regarding trade-related intellectual property are

(A) to further promote adequate and effective protection of intellectual property rights, including through (...)

(ii) providing strong protection for new and emerging technologies and new methods of transmitting and distributing products embodying intellectual property”

๒) ให้ประเทศคู่เจรจาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ UPOV 1991 โดยสหรัฐอเมริกาพยายามโน้มน้าวให้ไทยแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชให้สอดคล้องกับ UPOV 1991 มาโดยตลอด เนื่องจากเห็นว่าเมล็ดพันธุ์ที่ได้มีการขึ้นทะเบียนในสหรัฐอเมริกาถูกละเมิดในไทยอย่างต่อเนื่อง^{๒๔} นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้กำหนดในข้อ ๑๔ (๓) ของข้อเสนอการเจรจาด้านทรัพย์สินทางปัญญาว่า

“Each Party shall ratify or accede to the following agreements:

(e) the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (1991) (UPOV Convention)”.

ซึ่งข้อตกลงข้างต้นได้สร้างความกดดันแก่ประเทศคู่เจรจาเป็นอย่างมาก และส่งผลให้ไทยต้องปรับแก้กฎหมายที่มีให้สอดคล้องกับหลักการของ UPOV 1991 เพื่อเตรียมความพร้อมก่อนการเข้าเป็นภาคี UPOV 1991 จึงเป็นที่มาของการเตรียมเสนอร่างปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ทั้งฉบับ

ความตกลงเขตการค้าเสรีแคนาดา Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)^{๒๕}

ในหมวด ๑๘ “ทรัพย์สินทางปัญญา” ข้อบทที่ ๑๘.๗.๒ เรื่องความตกลงระหว่างประเทศ กำหนดชัดเจนว่ารัฐสมาชิกต้องเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศทุกฉบับต่อไปนี้หนึ่งในนั้นมีอนุสัญญา UPOV 1991

“2. Each Party shall ratify or accede to each of the following agreements, if it is not already a party to that agreement, by the date of entry into force of this Agreement for that Party:

- (a) Madrid Protocol;
- (b) Budapest Treaty;
- (c) Singapore Treaty;
- (d) UPOV 1991;**
- (e) WCT; and
- (f) WPPT.”

โดยจะมีการกำหนดระยะเวลาให้รัฐที่เป็นสมาชิก CPTPP นั้นต้องเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา UPOV 1991 ภายในกี่ปีนับจากวันที่ CPTPP มีผลใช้บังคับ หรือมีทางเลือกให้รัฐนั้นใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis) กล่าวคือ ไม่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV 1991 แต่ต้อง

^{๒๔} US Department of State, Office of Investment Affairs, “Investment Climate Statements for 2017: Thailand”

^{๒๕} ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างแคนาดาและอีก ๑๐ ประเทศในแปซิฟิก ได้แก่ ออสเตรเลีย บรูไน ชิลี ญีปุ่น มาเลเซีย เม็กซิโก นิวซีแลนด์ เปรู สิงคโปร์ และเวียดนาม เริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๘

แก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของตนให้สอดคล้องกับหลักการทั้งหมดของ UPOV 1991 เช่น กรณีของนิวซีแลนด์และการเป็นสมาชิกเขตการค้าเสรี CPTPP ที่กำหนดไว้ใน Annex 18 ว่า นิวซีแลนด์ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเรื่อง UPOV 1991 ตามที่กล่าวมาภายในกำหนดระยะเวลา ๓ ปี หลังจากที่ได้ศึกษาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา UPOV 1991 ต่อไปจะเป็นการศึกษาว่าประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญา UPOV มีแนวคิดอย่างไร ในการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ให้กับเกษตรกรและนักปรับปรุงพันธุ์ของตน

๒. ระบบกฎหมายเฉพาะ (Sui generis System)

ระบบกฎหมายเฉพาะเป็นระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชที่ยอมรับความแตกต่าง ในวิถีชีวิตและความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชของแต่ละประเทศ เนื่องจากแต่ละ ภูมิภาคของโลกมีสภาพพื้นที่ตลอดจนภูมิอากาศที่แตกต่างกัน ประเทศหนึ่งอาจยังคงเป็นสังคม เกษตรกรรมแบบดั้งเดิม พึ่งพาเทคโนโลยีน้อย ในขณะที่ประเทศหนึ่งมีความก้าวหน้า ทางเทคโนโลยีขั้นสูงสามารถนำมาใช้กับการเกษตรได้เป็นอย่างดี เกษตรกรมีความรู้และการทำ กสิกรรมสามารถสร้างความมั่งคั่งได้ เมื่อเป็นเช่นนี้การจะบังคับให้ทุกรัฐต้องให้ความคุ้มครอง พันธุ์พืชและสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ด้วยวิธีการเดียวกันทั้งหมดย่อมเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ หลายประเทศที่เป็นภาคี TRIPS จึงอาศัยโอกาสที่ Article 27.3 ของ TRIPS เปิดช่องให้ โดยการ ตรากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชขึ้นใช้เอง ระบบเฉพาะที่วานี้ หมายถึง ระบบที่กำหนดวิธีการและ พันธุ์พืชที่ต้องการคุ้มครองตามความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศนั้น ๆ โดยจะคำนึงถึง สภาพเศรษฐกิจ วิธีการทำการ และการคุ้มครองนักปรับปรุงพันธุ์พืชไปในขณะเดียวกัน นอกเหนือจากการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่แล้ว แต่ละประเทศสามารถออกแบบกฎหมายเพื่อคุ้มครอง พันธุ์พืชอื่น ๆ ได้ด้วย เช่น พันธุ์พืชป่า พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ด้วยเหตุนี้ในกฎหมายภายใน ที่เป็นระบบเฉพาะจึงมีความแตกต่างจากสารัตถะที่ปรากฏในอนุสัญญา UPOV^{๒๖}

กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ระบบยืดหยุ่นในการคุ้มครองพันธุ์พืช เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๙๒ ที่ยอมรับให้แต่ละรัฐสมาชิกสามารถ สร้างระบบการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพให้เหมาะสมกับตนได้ หรือสนธิสัญญาว่าด้วย ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ค.ศ. ๒๐๐๑ ก็ยอมรับระบบเฉพาะนี้เช่นกัน ส่วนประเทศที่มีกฎหมายภายในของตนเอง ได้แก่ อินเดีย มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืช และสิทธิเกษตรกร หรือประเทศไทยที่มีพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒

^{๒๖} โปรดดูเพิ่มเติม Carlos M. Correa, “Sui generis protection for farmers’ varieties”, <https://www.biodiversityinternational.org/fileadmin/user_upload/online_library/publications/pdfs/Farmers_Crop_Varieties_and_Rights/9.ProtectionForVarieties-Correa.pdf> accessed 8th January 2023

๒.๑ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๙๒ (Convention on Biological Diversity: CBD) มีภาคีทั้งสิ้น ๑๙๓ ประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพฯ ได้เปลี่ยนแปลงหลักการที่ว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ทุกคนมีเสรีภาพในการนำไปใช้ ให้กลายเป็นหลักการต่างตอบแทน เนื่องจากมีบางประเทศหรือบางดินแดนที่ทรัพยากรพันธุกรรมถูกนำไปใช้ ไปพัฒนาต่อยอด แต่กลับไม่เคยได้รับประโยชน์ อนุสัญญาฯ จึงกำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ภายใต้อำนาจการบริหารจัดการของรัฐ เรียกว่าสิทธิอธิปไตย (Sovereign Rights) เหนือทรัพยากรชีวภาพ โดยการเข้าถึงทรัพยากรของรัฐหนึ่งจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม การทำข้อตกลงที่ชัดเจนจะช่วยให้เจ้าของทรัพยากรทราบได้ล่วงหน้าว่าจะได้รับประโยชน์ในลักษณะใด สามารถเจรจากันได้ตามความเหมาะสม โดยที่เนื้อหาของอนุสัญญาฯ ครอบคลุมทรัพยากรชีวภาพจึงปรับใช้ได้กับการคุ้มครองพันธุ์พืชได้ด้วย ข้อบทที่ ๑๕ กำหนดเรื่องการแจ้งการขออนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมล่วงหน้า เรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม และการเคารพภูมิปัญญาท้องถิ่น ส่วนรายละเอียดของการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ได้กำหนดไว้ในพิธีสารนาโกยา (Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity) ซึ่งไทยยังมีได้เข้าเป็นภาคี อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐตระหนักถึงความสำคัญของการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพเช่นกัน แม้ว่าไทยจะยังมีได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารนาโกยา แต่กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้เสนอให้กำหนดเรื่องการเปิดเผยที่มาและการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในสิ่งประดิษฐ์ที่จะมาขอรับสิทธิบัตรในไทยด้วย ต้องติดตามต่อไปว่าท้ายที่สุดจะปรากฏความดังกล่าวในกฎหมายสิทธิบัตรฉบับปรับปรุงใหม่นี้หรือไม่

ที่น่าสนใจคือ สหรัฐอเมริกายังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้^{๒๗} ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่รัฐที่มีพื้นที่ขนาดใหญ่ มีความหลากหลายทางชีวภาพค่อนข้างมาก มีภาคอุตสาหกรรมที่แข็งแกร่ง มีระบบคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีประสิทธิภาพ ในขณะเดียวกันก็มีส่วนในการทำลายสภาพภูมิอากาศของโลกไม่น้อยไปกว่าประเทศอื่น ๆ แต่ปฏิเสธที่จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อการค้าของทั่วโลก เพราะขาดความร่วมมือจากประเทศพัฒนาแล้ว ส่วนสาเหตุนั้นเป็นเพราะไม่เห็นด้วยกับเนื้อหาของอนุสัญญามาตั้งแต่ต้น โดยเห็นว่าเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทำลายเศรษฐกิจและผลประโยชน์ทางการค้าของประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐบาลที่มาจากพรรคริพับลิกันนับตั้งแต่ยุคของประธานาธิบดีจอร์จ บุช กังวลว่าเอกชนที่ประกอบธุรกิจเทคโนโลยีชีวภาพที่สร้างรายได้มหาศาลให้กับประเทศจะได้รับความเดือดร้อน เพราะอนุสัญญาบังคับให้ต้องแบ่งปันทรัพย์สิน

^{๒๗} Benji Jones, “Why the US won’t join the single most important treaty to protect nature”, <<https://www.vox.com/22434172/us-cbd-treaty-biological-diversity-nature-conservation>>, May 20, 2021 accessed 10th December 2022

ทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมกับรัฐสมาชิกอื่น และเกรงว่าสหรัฐอเมริกาจะต้องสูญเสียงบประมาณไปกับการให้ความช่วยเหลือรัฐสมาชิกที่ด้อยพัฒนาและยากจนเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในประเทศเหล่านั้น

ส่วนประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงมาก^{๒๘} เพื่อคุ้มครองการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้จนกระทั่งความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศถูกคุกคามจนยากที่จะฟื้นตัว ประเทศไทยจึงได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ และให้สัตยาบันตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๔ ปัจจุบันร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ พ.ศ. อยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา นอกจากนี้ไทยยังให้สัตยาบันต่อพิธีสารคาร์ตาเฮนาว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity) ซึ่งเป็นพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มีผลบังคับใช้ในไทย เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๖

๒.๒ สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

ค.ศ. ๒๐๐๑ (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: ITPGR) ประเทศไทยลงนามรับรองสนธิสัญญาในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ แต่ยังมีไม่ได้ให้สัตยาบัน สนธิสัญญานี้เกิดขึ้นได้ด้วยแรงผลักดันจากมติที่ประชุมสามัญของ FAO ที่ ๔/๘๙ และ ๕/๘๙ ซึ่งรับรองสิทธิเกษตรกรและการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช^{๒๙} โดยถือว่าสิทธิทั้งสองประเภทสอดคล้องกับข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในการดำเนินการขององค์การอาหารและการเกษตรโลก (Food and Agriculture Organization of the United Nations: FAO) มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืนเพื่อเป็นอาหารและเพื่อเกษตรกรรม โดยจะคุ้มครองพันธุ์พืชที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ด้านอาหารและการเกษตรได้เท่านั้น เช่น พืชสกุลข้าว พืชกลุ่มหน่อไม้ฝรั่ง พืชสกุลถั่ว พืชสกุลส้ม จึงไม่ครอบคลุมถึงพันธุ์พืชที่ใช้ประโยชน์อย่างอื่น ความมุ่งหมายอีกประการหนึ่งของสนธิสัญญานี้คือ ต้องการใช้ระบบพหุภาคีเพื่อกำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช โดยจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่การกำหนดข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์มีใช้เรื่องง่าย โดยเฉพาะในเวทีการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศ เพราะเป็นประเด็นละเอียดอ่อน ทุกรัฐและตัวแทนกลุ่มชาติพันธุ์ต่างก็ต้องการปกป้องผลประโยชน์ของตน ปัญหาในทางปฏิบัติคือขั้นตอนการกำหนดข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จะต้องมีการประเมินราคาไว้ล่วงหน้าซึ่งอาจใช้เวลานานพอสมควร และคู่สัญญาที่เป็นเกษตรกรไม่อาจทราบได้ว่าในอนาคตหลังจากการนำพันธุ์พืชนี้ไปปรับปรุงแล้วจะสร้างมูลค่าได้มากเพียงใด จึงจำเป็นต้องใช้

^{๒๘} โปรดดูเพิ่มเติม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, “แผนแม่บทบูรณาการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ พ.ศ. ๒๕๕๘ – ๒๕๖๔”, <https://www.cbd.int/doc/world/th/th-nbsap-v4-th.pdf> สืบค้นเมื่อ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕

^{๒๙} FAO Resolution 4/89 on “Agreed Interpretation of the International Undertaking”; Resolution 5/89 on “Farmers’ Rights”

ผู้เชี่ยวชาญในการประเมิน^{๓๐} องค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ ได้พยายามเสนอวิธีทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เพื่อให้เป็นมาตรฐานแก่รัฐสมาชิกนำไปใช้แต่ก็ไม่ใช่ที่แพร่หลายมากนัก^{๓๑} โดยข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในระบบของ FAO เป็นการแบ่งปันในระบบพหุภาคีจึงมีความแตกต่างจากระบบ CBD ที่เป็นการใช้สัญญาแบบทวิภาคีในการจัดการผลประโยชน์ แต่สังเกตได้ว่าระบบ FAO กลับมีแนวทางการแบ่งปันแบบเดียวกันกับที่ปรากฏในพิธีสารนาโงยา ทั้งนี้ ระบบ FAO จะกำหนดสิ่งที่จะจัดเป็นผลประโยชน์ที่สามารถแบ่งปันได้เอาไว้หลายรูปแบบ กล่าวคือ การแลกเปลี่ยนข้อมูล การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี การสร้างความรู้ความสามารถ และการแบ่งปันเงินหรือผลประโยชน์อื่นที่ได้จากการค้า^{๓๒}

การรับรองและคุ้มครอง “สิทธิเกษตรกร” (Farmer’s Right)^{๓๓} เป็นจุดเด่นของสนธิสัญญาฯ หากจะเปรียบเทียบกับคุ้มครองผู้ประดิษฐ์ในงานอื่น ๆ ก็สามารถเข้าใจได้ว่าเกษตรกรเป็นผู้ที่มีความสำคัญ บางกรณีอาจมีการคิดค้นพันธุ์พืชใหม่ ในทางตรงข้ามการคุ้มครองนักวิจัยผู้คิดค้นพันธุ์พืชใหม่ที่ใช้เป็นอาหารได้ก็ควรที่จะสอดคล้องกับการคุ้มครองประโยชน์ของเกษตรกรผู้นำพืชพันธุ์ไปเพาะปลูก สนธิสัญญานี้พยายามกระตุ้นให้รัฐต่าง ๆ ตระหนักว่า การพัฒนาและอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุพืชของเกษตรกรนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีผลทำให้นักปรับปรุงพันธุ์พืชที่นำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ปรับปรุงพันธุ์นั้นได้รับประโยชน์ไปด้วย ดังนั้น สถานะของเกษตรกรจึงสมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย เพราะการรับรองสิทธิให้กับเกษตรกรในพันธุ์พืชใหม่ที่ได้ค้นพบจะช่วยกระตุ้นให้เกษตรกรมีความต้องการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชและ

^{๓๐} พรารภ สิริสาตี, “การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมพืช : แนวทางทางกฎหมายสำหรับประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔) ๒๖-๒๙ และ ๓๑-๓๒ ; Helen Anne Curry, “From Working Collections to the World Germplasm Project: Agricultural Modernization and Genetic Conservation at the Rockefeller Foundation”, pp. 2 – 6, <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40656-017-0131-8.pdf>> accessed 20th December 2022

^{๓๑} ข้อบทที่ ๑๓ การแบ่งปันผลประโยชน์ภายใต้ระบบพหุภาคี (Benefit-sharing in the Multilateral System)

^{๓๒} ข้อบทที่ ๑๓.๒

^{๓๓} ข้อบทที่ ๙ สิทธิของเกษตรกร เป็นการกำหนดหน้าที่ของรัฐสมาชิกให้ต้องส่งเสริมและคุ้มครองเกษตรกร คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในการผลิตอาหารและการเกษตร ในข้อบทนี้ถึงขนาดใช้คำว่าชนพื้นเมืองและชนชาติพันธุ์ “The Contracting Parties recognize the enormous contribution that the local and indigenous communities and farmers of all regions of the world (...)” ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าเสียดายที่ WIPO ยังไม่สามารถตกลงกันได้กระทั่งทุกวันนี้ว่าชนพื้นเมืองหมายถึงกลุ่มใด ชนชาติพันธุ์และชนพื้นเมืองต่างกันอย่างไร นับว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ก้าวหน้าอย่างมาก ในทางกลับกันการกำหนดหน้าที่ชัดเจนเช่นนี้ทำให้ข้อบทในส่วนของสิทธิเกษตรกรยังไม่มีสภาพบังคับจนปัจจุบัน

ช่วยกันอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพจะได้คงอยู่ตลอดไป ซึ่งจะมีผลต่อความมั่นคงทางอาหารของประชากรโลก

แม้ว่าการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรจะเป็นแนวคิดที่น่าสนใจเพียงใดก็ตาม แต่สนธิสัญญานี้ยังคงไม่มีสภาพบังคับในส่วนที่เป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรเนื่องจากมิได้กำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับว่ารัฐภาคีจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับเรื่องสิทธิเกษตรกรที่สนธิสัญญาฯ รับรองไว้ แต่เปิดช่องให้รัฐพิจารณาว่าจะรับรองสิทธิเกษตรกรไว้ในกฎหมายภายในหรือไม่^{๓๔}

กฎหมายไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืชและสภาพปัญหา

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพืช ทรัพย์สินทางชีวภาพและคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความใกล้เคียงกับประเด็นที่กำลังศึกษาอยู่หลายฉบับ ได้แก่

(๑) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. ๒๕๘๔

มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมการทำไม้ การทำไม้หวงห้าม การหาของป่า การรับรองไม้ ผลิตภัณฑ์จากไม้เพื่อส่งออกป้อนราชอาณาจักร การเคลื่อนย้ายไม้ การแปรรูปไม้ ตลอดจนการอนุรักษ์คุ้มครองป่าไม้ ไม่ให้มีการบุกรุกแผ้วถางป่าโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการบุกรุกป่าทำให้ป่าเสื่อมโทรมเพื่อยึดถือครอบครองในการทำมาหากินหรืออยู่อาศัยเพื่อการขอออกเอกสารสิทธิ์ทำให้ได้ครอบครองที่ดินอันเป็นป่ามาโดยชอบด้วยกฎหมายในภายหลัง

(๒) พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗

มีสาระสำคัญเพื่อคุ้มครองป้องกัน เพื่อรักษาไว้ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติอันมีค่าของชาติ เพื่อมิให้อาชีพเกษตรกรรมของประชาชนส่วนใหญ่ถูกกระทบกระเทือนจากผลของการทำลายป่า มุ่งการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติ และกำหนดให้มีการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างเป็นระบบและเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม

(๓) พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. ๒๕๐๗

มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมโรคพืชมิให้กระจายออกไป โดยการกักพืชที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อทำการตรวจสอบ ตลอดจนกำหนดเขตโรคพืชภายในประเทศเพื่อห้ามการเคลื่อนย้ายพืชเข้าหรือออกจากเขตโรคพืชระบาด และรับรองความปลอดภัยว่าไม่มีโรคพืชติดออกไปจากภายในประเทศ

(๔) พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๑๘

มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมการนำเข้าและการจำหน่ายพันธุ์พืชเพื่อไม่ให้มีการจำหน่ายพันธุ์พืชปลอมปนหรือเสื่อมคุณภาพให้กับเกษตรกร ต่อมาได้มีการแก้ไข

^{๓๔}โปรดดู ข้อบทที่ ๑๒.๓ (ดี)

เพิ่มเติมในปี ๒๕๓๕ เพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชหายากใกล้สูญพันธุ์ โดยควบคุมการส่งออกและการนำเข้าพันธุ์พืชหายากตามที่กำหนด มีการขึ้นทะเบียนพันธุ์พืช แต่ก็มีได้กระทำด้วยวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันกับการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่

(๕) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒

มีสาระสำคัญเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ประดิษฐ์ หรือผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ แต่มาตรา ๙ (๑) แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้คุ้มครองไปถึงกรณีการประดิษฐ์เกี่ยวกับพันธุ์พืช หรือการประดิษฐ์ที่ได้นำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้เป็นส่วนประกอบ จึงไม่ได้มีการกำหนดเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์และการขออนุญาตจากชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของทรัพยากรหรือภูมิปัญญาดังกล่าว

กฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นล้วนเป็นกฎหมายที่กำหนดเขตพื้นที่การดูแลรักษาป่าไม้ ซึ่งหมายรวมถึงการคุ้มครองพันธุ์พืชในความหมายอย่างกว้าง แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพันธุกรรมพืชเพื่อกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์โดยตรงมีเพียง ๒ ฉบับ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืช

๑) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

พ.ศ. ๒๕๔๒^{๓๕}

เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองอนุรักษ์สมุนไพรไทย พัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทย ตำรับยาแผนไทย ส่งเสริมการพัฒนาจากสมุนไพรเพื่อให้ผลิตยาได้มากขึ้น เน้นการคุ้มครองการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการสร้างสรรค์ตำรับยา โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพันธุ์พืชนั้น พบว่าในวัตถุประสงค์ของกฎหมายระบุว่าการคุ้มครอง “สมุนไพร” และ “ถิ่นกำเนิดของสมุนไพร” อย่างไรก็ตาม คำว่าสมุนไพรตามพระราชบัญญัตินี้มิได้หมายถึงพืชเพียงอย่างเดียว แต่รวมถึงสัตว์ แร่ธาตุ และสารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ด้วย^{๓๖} เช่น ถั่งเช่า คิวินิน

เมื่อพิจารณาในหมวด ๓ การคุ้มครองสมุนไพร พบว่าเป็นการเน้นการคุ้มครองในเรื่องการส่งออก การแปรรูปสมุนไพร โดยการคุ้มครองจะอยู่ในรูปแบบของการกำหนดคุ้มครองสมุนไพรให้เป็นพืชควบคุมและใช้ระบบขออนุญาต หากต้องการนำสมุนไพรไปศึกษาวิจัย หรือใช้ประโยชน์ในทางการค้า ส่งออก หรือจำหน่าย จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามประกาศ

^{๓๕} กระทรวงสาธารณสุขขอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฯ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นตอบสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีไปเมื่อ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐ (เรื่องเสร็จที่ ๒๒๔/๒๕๖๐)

^{๓๖} มาตรา ๓ “สมุนไพร” หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ที่ใช้ หรือแปรรูปหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหารเพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย

กระทรวงสาธารณสุขเสียก่อน^{๓๗} สังเกตได้ว่ากฎหมายนี้ยังมีได้กล่าวถึงการเพาะพันธุ์ ขยายพันธุ์ ปรับปรุงพันธุ์ แม้แต่มาตรา ๕๗ ที่เป็นการกำหนด “แผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรมะเขือเทศ” เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสมุนไพรมะเขือเทศและบริเวณถิ่นกำเนิดของสมุนไพรมะเขือเทศที่มีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติหรือมีความหลากหลายทางชีวภาพหรืออาจได้รับผลกระทบกระเทือนจากการกระทำของมนุษย์ได้โดยง่ายในเขตพื้นที่ที่ได้มีการกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์ ได้บัญญัติในส่วนข้อยกเว้นที่ต้องมีในแผนจัดการฯ ไว้ ดังต่อไปนี้

(๑) ต้องกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้บุคคลใดเข้าไปในเขตอนุรักษ์ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องถือปฏิบัติ เพื่อรักษาสภาพธรรมชาติหรือคุณค่าของสมุนไพรมะเขือเทศหรือมีผลกระทบต่อระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติหรือความหลากหลายทางชีวภาพในบริเวณที่เป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพรมะเขือเทศ

(๒) กำหนดวิธีการจัดการโดยเฉพาะสำหรับพื้นที่บริเวณที่เป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพรมะเขือเทศ รวมทั้งการกำหนดขอบเขตหน้าที่และความรับผิดชอบของส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ในการร่วมมือและประสานงานให้เกิดประสิทธิภาพในอันที่จะรักษาสภาพธรรมชาติระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ และคุณค่าของสมุนไพรมะเขือเทศในพื้นที่บริเวณนั้น

(๓) การสำรวจและศึกษาวิจัยสมุนไพรมะเขือเทศและบริเวณถิ่นกำเนิดของสมุนไพรมะเขือเทศเพื่อประโยชน์ในการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรมะเขือเทศและบริเวณถิ่นกำเนิดของสมุนไพรมะเขือเทศ

(๔) การตรวจสอบ ติดตาม และวิเคราะห์การเข้าไปในเขตอนุรักษ์ เพื่อประโยชน์ในการประเมินผลการดำเนินงานตามแผนและการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

เมื่อเป็นเช่นนี้ ในส่วนที่เป็นเรื่องการประดิษฐ์หรือค้นพบสมุนไพรมะเขือเทศใหม่ การสร้างหรือดัดแปลงพันธุ์พืชสมุนไพรมะเขือเทศในห้องทดลอง หรือการทดลองผสมพันธุ์โดยไม่อาศัยเพศล้วนเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยในปัจจุบัน

๒) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๕๒

ปฐมบทของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ประเทศไทยเลือกใช้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองพันธุ์พืช^{๓๘} มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการพัฒนาและปรับปรุง

^{๓๗} เช่น ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรมะเขือเทศ (กวาวเครือ) พ.ศ. ๒๕๕๔

^{๓๘} เรื่องเสร็จที่ ๗๙๑/๒๕๕๑ ผู้เขียนได้ตรวจสอบบันทึกความเห็นเบื้องต้น ลงวันที่ ๒๙ ธันวาคม ๒๕๕๐ ไม่ปรากฏในรายละเอียดถึงที่มาของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความตกลง TRIPS คงมีเพียงการตรวจสอบว่าประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีสัญญาของ UPOV และหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๖๐๑/๑๐๙๙ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๑ ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ระบุชัดเจนว่าเนื้อหาอันเป็นหลักการสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๕๒ มีที่มาจากอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (International Convention for the Protection of New Varieties of Plants) จัดทำโดย UPOV ซึ่งเลือกใช้การคุ้มครองพันธุ์พืชในลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา

พันธุ์พืช โดยในบันทึกหลักการและเหตุผลที่เสนอโดยกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ในปี พ.ศ. ๒๕๔๑ ย้ำว่าประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม มีประชาชนจำนวนมากประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับเกษตรกรรม รัฐประสงค์จะพัฒนาระบบการเกษตรให้มีประสิทธิภาพ และมีความยั่งยืน โดยที่พันธุ์พืชเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการพัฒนาระบบการเกษตร จึงเห็นว่ามี ความจำเป็นที่จะต้องทำให้เกิดความหลากหลายของพันธุ์พืชโดยการสร้างแรงจูงใจ แก่นักปรับปรุงพันธุ์ให้วิจัยและพัฒนาพันธุ์ใหม่ ๆ ด้วยการให้สิทธิและคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันก็ต้องคำนึงถึงสิทธิของเกษตรกร และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ต่อคณะรัฐมนตรี ในปี พ.ศ. ๒๕๔๑

หากย้อนกลับไปตรวจสอบที่มาของการเสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฯ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๐ จะพบว่า กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ในสมัยนั้นได้พยายามผลักดัน ให้แก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อขยายการคุ้มครองพันธุ์พืชด้วยการให้นำมา จดสิทธิบัตรพืชได้ โดยจะกำหนดว่า “ในส่วนที่เกี่ยวกับพืชให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกา” และสิ่งที่นักปรับปรุงพันธุ์พืชจะได้รับ คือ สิทธิบัตร โดยเสนอควบคู่ไปกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครอง พันธุ์พืชฯ หากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ เสร็จสิ้นก่อน ก็จะมีระบบสิทธิบัตร พันธุ์พืชใช้ในประเทศไทย หากต่อมาในอนาคตพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชได้ประกาศ ใช้เป็นกฎหมาย จึงค่อยยกเลิกความในกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้ขอสิทธิบัตรพันธุ์พืชได้ แต่จะไม่มีผล ลบล้างสิทธิบัตรของผู้ที่มาขอจดทะเบียนแล้วในระหว่างนั้น โดยมีเงื่อนไขว่าหากพระราชบัญญัติ คุ้มครองพันธุ์พืชฯ ได้ประกาศใช้ในเวลาอันรวดเร็ว ก็จะไม่แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ^{๓๙} ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรตามที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง เกษตรและสหกรณ์ในสมัยนั้นให้สัมภาษณ์ ผลที่เกิดคือมีช่องว่างให้คนบางกลุ่มได้รับสิทธิบัตร พันธุ์พืช ในขณะที่คนอีกส่วนหนึ่งต้องอยู่ในระบบคุ้มครองพันธุ์พืชตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง พันธุ์พืช ซึ่งกำหนดสิทธิหน้าที่และรายละเอียด ตลอดจนเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาแตกต่างกัน ท้ายที่สุด สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้เร่งตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. แล้วเสร็จในปี พ.ศ. ๒๕๔๑ จึงไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๓๕ ในเรื่อง การขอจดสิทธิบัตรพันธุ์พืช

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าเป็นเพราะพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ยกร่างขึ้นโดยใช้ UPOV 1978 เป็นต้นแบบ แม้ว่าไทยจะไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญา UPOV ในยุคนั้น ทั้งที่เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพันธุ์พืช โดยตรง มากกว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ แต่ประเทศไทยได้ยึดแนวทาง การใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis) มาจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

^{๓๙} หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับประจำวันที ๑๙ ธันวาคม ๒๕๔๐ หน้า ๒ (เรื่องเสร็จที่ ๗๙๑/๒๕๔๑ เอกสารหมายเลข ๑.๖๔)

ที่กำลังเตรียมการเข้าเป็นภาคี จึงให้ความคุ้มครองเกษตรกรในระดับที่ไม่แตกต่างจากนักปรับปรุงพันธุ์ที่อยู่ในรูปของบริษัทเอกชนรายใหญ่ที่ประกอบกิจการจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ จึงกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายที่เกิดจากนิตินโยบายเช่นเดียวกับกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชในปัจจุบันของประเทศอินเดียและประเทศมาเลเซีย ซึ่งในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ ทั้งสองประเทศนี้ก็ยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี UPOV 1991

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติ เนื่องจากประเทศไทยเลือกที่จะใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis) เราจึงมีอิสระในการกำหนดประเภทของพืชที่ต้องการให้การคุ้มครองขึ้นตามความเหมาะสมกับสภาวะของประเทศ เนื้อหาของกฎหมายจึงแตกต่างไปจากกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของผู้อื่นที่ไม่ได้เป็นสมาชิก UPOV และต่างจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น เห็นได้จากการที่ไทยมีบทบัญญัติคุ้มครอง “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” (local domestic plant variety)^{๔๐} “พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป” (general domestic plant variety)^{๔๑} และพันธุ์พืชป่า (wild plant variety)^{๔๒} ซึ่งไม่ปรากฏเรื่องดังกล่าวมานี้ในระบบ UPOV ทั้งนี้ กฎหมายจำแนกประเภทพืชที่จะได้รับการรับรองสิทธิโดยระบบจดทะเบียนโดยจำแนกพันธุ์พืชเป็น ๒ ประเภท ได้แก่

(๑) พันธุ์พืชใหม่ (New Plant Variety)

การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เป็นหลักสากลที่ใช้อยู่ในอนุสัญญา UPOV ทุกฉบับ หากนักปรับปรุงพันธุ์ต้องการจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ตามกฎหมายไทย จะต้องปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในประกาศกรมวิชาการเกษตร^{๔๓} ทั้งนี้ รัฐมนตรีจะออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชตามมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฯ เพื่อกำหนดชนิดพืชที่เป็นพืชพันธุ์ใหม่ที่จะได้รับ

^{๔๐} หมายถึง พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในราชอาณาจักรและไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่ ซึ่งต้องได้จดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ พันธุ์พืชที่มีหรือเคยมีอยู่ในประเทศตามสภาพธรรมชาติ และยังมีได้นำมาใช้เพาะปลูกอย่างแพร่หลาย

^{๔๑} หมายถึง พันธุ์พืชที่กำเนิดภายในประเทศหรือมีอยู่ในประเทศ ซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลายและให้หมายความรวมถึงพันธุ์พืชที่ไม่ใช่พันธุ์พืชใหม่ พันธุ์พื้นเมืองเฉพาะถิ่น และพันธุ์พืชป่า อาจกล่าวได้ว่า พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปก็คือพืชทุกชนิดที่เกิดในไทยย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น ข้าเหล็ก สะตอ (อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายใหม่ได้แก้ไขนิยามพืชพื้นเมืองทั่วไปโดยเพิ่มประเภทของพืชที่ไม่นับรวมเป็นพืชพื้นเมืองทั่วไปเพิ่มอีก ๑ ประเภท คือ พันธุ์พืชที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นพันธุ์ที่ผ่านกระบวนการปรับปรุงพันธุ์)

^{๔๒} หมายถึง พันธุ์พืชที่มีหรือเคยมีอยู่ในประเทศตามสภาพธรรมชาติ และยังมีได้นำมาใช้เพาะปลูกอย่างแพร่หลาย เช่น กล้วยไม้ป่า ผักแขยง (*Limnophila aromatic*) จำปีป่า (*Paramichelia baillonii*) ยี่หุบป่า (*Talauma betongensis*) ส้มแขก มะกอกเกลื่อน (*Canarium subulatum*) กะทกรก (*Passiflora foetida*) กล้วยป่า (*Musa balbisiana*)

^{๔๓} เช่น ประกาศกรมวิชาการเกษตร เรื่อง แบบคำขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่พ.ศ. ๒๕๔๖ เรื่อง การเตรียมการเพื่อตรวจสอบพันธุ์พืชที่ขอจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่ พ.ศ. ๒๕๔๖

ความคุ้มครองให้ทราบโดยทั่วกัน เช่น ในปี ๒๕๖๓ ได้มีการประกาศคุ้มครองพืชเพิ่มอีก ๒ ชนิด ได้แก่ พืชสกุลฝ้าย (*Gossypium* L.) และพืชสกุลยูโฟรเบีย (*Euphorbia* L.)^{๔๔} จากนั้นอธิบดีจะอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓๐ ประกาศชื่อพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ในราชกิจจานุเบกษา

ในกรณีที่นักปรับปรุงพันธุ์พืชหรือเกษตรกรหรือบริษัทผลิตเมล็ดพันธุ์ต้องการนำไปใช้ ต้องขอและได้รับอนุญาตจากเจ้าของพันธุ์พืชใหม่ตามกฎหมาย โดยกฎหมายจะให้การคุ้มครองเฉพาะสิทธิในส่วนขยายพันธุ์ที่จะนำไปใช้ในทางการค้าเท่านั้น^{๔๕} กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่นำ “ส่วนขยายพันธุ์” ไปใช้ทางการศึกษา ทดลอง วิจัย ที่ไม่ได้แสวงประโยชน์ทางการค้า เช่นนี้ไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของสิทธิ เช่นเดียวกันกับกรณีของเกษตรกรที่ใช้ส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครองที่ตนเองเป็นผู้ผลิตก็จะได้รับการยกเว้น หากนำมาใช้เพื่อการเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์ต่อไป แต่มีข้อน่าสังเกตว่าในอนุมาตรา ๔ มีข้อยกเว้นซ่อนอยู่อีกชั้นหนึ่งว่า ในกรณีที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศให้พันธุ์พืชใหม่นั้นเป็นพันธุ์พืชที่ควรส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์ให้เกษตรกรสามารถเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์ได้ไม่เกินสามเท่าของปริมาณที่ได้มา จากการตรวจสอบยังไม่พบว่า รัฐมนตรีเคยใช้อำนาจตามข้อยกเว้นนี้

(๒) พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่า และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น

นอกจากการเขียนกฎหมายให้คุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ที่มาจากหลักสากล ในขณะนั้น ในขณะที่มีการร่างกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ประเทศไทยยังจำเป็นต้องเขียนให้การคุ้มครองพันธุ์พืชชนิดอื่น ๆ ไว้ในคราวเดียว เพราะมีความสำคัญสำหรับประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงที่จะต้องใส่ใจคุ้มครองกลุ่มพันธุ์พืชเหล่านี้ ได้แก่ พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป (General Domestic Varieties) พันธุ์พืชป่า (Wild Relatives) และพันธุ์พืชพื้นเมือง

^{๔๔} ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดชนิดพืชเป็นพันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ (ฉบับที่ ๑๔)

^{๔๕} มาตรา ๓๓ ผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชใหม่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิต ขาย หรือจำหน่ายด้วยประการใด นำเข้ามาในราชอาณาจักร ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือมีไว้เพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังกล่าวซึ่งส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชใหม่

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับแก่กรณีดังต่อไปนี้

๑.ล.๑

๑.ล.๑

(๒) การศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัยเกี่ยวกับพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อปรับปรุงพันธุ์หรือพัฒนาพันธุ์พืช

๑.ล.๑

๑.ล.๑

(๔) การเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์สำหรับพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครองโดยเกษตรกร ด้วยการมีส่วนขยายพันธุ์ที่ตนเองเป็นผู้ผลิต แต่ในกรณีที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศให้พันธุ์พืชใหม่นั้นเป็นพันธุ์พืชที่ควรส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์ให้เกษตรกรสามารถเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์ได้ไม่เกินสามเท่าของปริมาณที่ได้มา

(๕) การกระทำเกี่ยวกับพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครอง โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า

๑.ล.๑

๑.ล.๑

เฉพาะถิ่น (Local Domestic Varieties) ในชั้นการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ โดยคณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๔ ปรากฏในการอภิปรายในที่ประชุมว่า เหตุที่หน่วยงานเสนอให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชตามที่กล่าวมานี้ เนื่องจากต้องการป้องกันไม่ให้ชาวต่างชาติมาฉวยเอาประโยชน์จากพันธุ์พืชดังกล่าวไปใช้ โดยได้กำหนดให้นักปรับปรุงพันธุ์ที่นำเอาพันธุ์พืชมาใช้ต้องทำสัญญาแบ่งรายได้ให้กับบุคคลหรือชุมชนเพื่อให้ชุมชนช่วยกันอนุรักษ์พันธุ์พืชนั้นไว้ต่อไป^{๔๖} ซึ่งสัญญาในลักษณะนี้มีที่มาจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

กำหนดเรื่องข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ หากประสงค์จะนำพันธุ์พืชทั้ง ๓ ประเภทที่กล่าวมาไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า กฎหมายกำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เสมอ

กลุ่มที่ ๑ พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป (General Domestic Variety) และพันธุ์พืชป่า (Wild Relatives)

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฯ กำหนดให้ต้องจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์หากจะนำพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป (General Domestic Variety) และพันธุ์พืชป่า (Wild Relatives) ไปใช้เพื่อปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้า โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานรัฐและต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เพื่อส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งมาตรา ๕๒^{๔๗} แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฯ กำหนดรายละเอียดขั้นต่ำเอาไว้ว่า อย่างน้อยข้อตกลงดังกล่าวต้องประกอบด้วยรายการดังต่อไปนี้ (๑) วัตถุประสงค์ของการเก็บหรือรวบรวมพันธุ์พืช (๒) จำนวนหรือปริมาณของตัวอย่างพันธุ์พืชที่ต้องการ (๓) ชื่อผู้กักของที่ได้รับอนุญาต (๔) การกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในผลงานการปรับปรุงพันธุ์ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยที่ได้มาจากการใช้พันธุ์พืชในข้อตกลง (๕) การกำหนดจำนวน อัตรา และระยะเวลาการแบ่งปันผลประโยชน์ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากการใช้พันธุ์พืชในข้อตกลง (๖) อายุของข้อตกลง (๗) การยกเลิกข้อตกลง (๘) การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาท และกรณีที่มีการกำหนดรายการเพิ่มในกฎกระทรวง^{๔๘} ก็ต้องปฏิบัติตามให้ครบถ้วน

^{๔๖} รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๔ ครั้งที่ ๘ วันจันทร์ที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๔๑

^{๔๗} มาตรา ๕๒ ผู้ใดเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่าหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าว เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยให้นำเงินรายได้ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๔๘} กระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปหรือพันธุ์พืชป่า เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์

กรณีที่ประสงค์จะนำไปใช้เพื่อประโยชน์อื่นมิใช่เพื่อการค้า จะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยการศึกษา ทดลอง หรือวิจัยพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า ที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๗ โดยกำหนดให้แจ้งต่ออธิบดีกรมวิชาการเกษตร

กลุ่มที่ ๒ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น (Local Domestic Varieties)

คือ พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งในประเทศไทยเท่านั้น และต้องเป็นพืชที่ยังไม่เคยนำไปจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่^{๔๙} โดยพืชที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน ต้องเป็นพืชที่ได้จดทะเบียนเป็นพืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นแล้วเท่านั้น เช่น กันภัยมหิตล (Aesculus hippocastanum) พบที่จังหวัดกาญจนบุรี บริเวณภูเขาหินปูนเท่านั้น หากต้องการให้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้รับความคุ้มครองจะต้องจดทะเบียนคุ้มครอง โดยชุมชนที่มีพันธุ์พืชนั้นมีสิทธิจดทะเบียนและเมื่อจดทะเบียนแล้วย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการนำส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นมาปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออก หรือจำหน่าย อย่างไรก็ตาม มาตรการ ๔๗ ได้กำหนดข้อยกเว้นในการนำมาใช้ในลักษณะเดียวกันกับพันธุ์พืชป่า และพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป

ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์สำหรับพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น

กฎหมายแยกเรื่องของการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ออกมาต่างหาก โดยกำหนดไว้ในมาตรา ๔๘ กล่าวคือ ผู้ที่ประสงค์จะนำพืชดังกล่าวไปใช้เพื่อปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้าจะต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น และกำหนดเพิ่มเติมว่าการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ จะต้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ได้รับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เป็นผู้ทำนิติกรรมแทนชุมชน โดยก่อนทำข้อตกลงฯ จะต้องมีการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชและได้รับความเห็นชอบเสียก่อน ในประเด็นเรื่องข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit-Sharing) ที่เป็นหลักการสำคัญในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพที่ประเทศไทยเป็นภาคีนั้น ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องนี้ ในขณะที่อนุสัญญา UPOV 1991 มีแนวคิดที่แตกต่างไปจากนี้^{๕๐} กล่าวคือ UPOV เห็นว่าการบังคับให้บุคคลที่ต้องการนำพันธุ์พืชที่ได้จดทะเบียนแล้วไปใช้หรือนำไปปรับปรุงพันธุ์ต้องถูกบังคับให้ชำระค่าใช้จ่ายทั้งที่

ในทางการค้า และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งกฎกระทรวงได้กำหนดให้หน่วยงานผู้พิจารณาคำขออนุญาตจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการอนุญาต ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของทรัพย์สินหรือการถ่ายทอดเทคโนโลยี

^{๔๙} มาตรา ๔๓ พันธุ์พืชที่จะจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งในราชอาณาจักรเท่านั้น
- (๒) เป็นพันธุ์พืชที่ไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่

^{๕๐} “Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing”, Reply of UPOV to the Notification of June 26, 2003, from the Executive Secretary of the Convention on Biological Diversity (CBD)

ยังไม่อาจทราบได้ว่าจะทำสำเร็จหรือไม่ และการบังคับเช่นนี้มิได้ช่วยสนับสนุนหรือสร้างแรงจูงใจให้นักปรับปรุงพันธุ์คิดค้นหรือสร้างสรรค์พันธุ์พืชใหม่ ๆ ในเรื่องนี้ผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่า การบังคับให้ต้องชำระเงินตอบแทนแก่ชุมชนเพื่อนำพันธุ์พืชไปใช้ในการทดลอง ก็ไม่ได้แตกต่างไปจากการที่ระบบ UPOV บังคับให้เกษตรกรที่ต้องการเมล็ดพันธุ์พืชชนิดหนึ่ง แต่เนื่องจากเป็นพืชที่จดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่แล้ว จึงจำเป็นต้องซื้อเมล็ดพันธุ์มาเพาะปลูกต่อไป ส่วนจะปลูกได้แค่ไหน มีผลผลิตดีหรือไม่ ก็ถือเป็นความเสี่ยงของเกษตรกรเช่นกัน

การเข้าเป็นภาคี UPOV 1991 และผลกระทบต่อเกษตรกรรวมของประเทศไทย

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ในปี ๒๕๖๐ เป็นร่างกฎหมายที่สร้างประเด็นทางสังคมในขณะนั้น เนื่องจากมีกระแสว่าประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV จึงได้เตรียมการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชให้สอดคล้องกับอนุสัญญาตามที่องค์การ UPOV ได้กำหนดเงื่อนไขไว้และได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นของบทความนี้ ในร่างที่กรมวิชาการเกษตรนำออกรับฟังความคิดเห็นเมื่อวันที่ ๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๐^{๕๐} ได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมในสาระสำคัญหลายประการ แต่อาจเป็นไปได้ว่าหากจำเป็นต้องเสนอแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงกฎหมายนี้เสียใหม่ ข้อเสนอของหน่วยงานเจ้าของเรื่องอาจเปลี่ยนไปตามนโยบายของรัฐบาลในช่วงเวลานั้น ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่ยุติยานสามารถนำเสนอได้ในขั้นนี้ คือการตั้งข้อสังเกตในประเด็นสำคัญของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชหากมีการแก้ไขเรื่องต่อไปนี้จะส่งผลกระทบต่ออย่างไรต่อประเทศไทย

(๑) การเพิ่มบทบัญญัติเรื่อง “พันธุ์ที่ได้พันธุ์กรรมสำคัญมาจากพันธุ์อื่น” (Essentially Derived Varieties: EDVs)

UPOV มีแนวความคิดที่ต้องการขยายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชให้รวมถึงพันธุ์พืชที่ได้พันธุ์กรรมสำคัญมาจากพันธุ์พืชใหม่ที่จดทะเบียนแล้ว โดย EDVs หมายถึง พืชที่มีคุณสมบัติดังนี้

^{๕๐} ในปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๖๖) ไม่สามารถสืบค้นร่างพระราชบัญญัติฉบับที่เคยนำออกรับฟังความคิดเห็นได้อีก จากการสอบถามเจ้าหน้าที่กรมวิชาการเกษตรทราบว่า เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวกลายเป็นประเด็นใหญ่ของสังคมและถูกสื่อมวลชนตลอดจนองค์กรภาคประชาสังคมนำมาใช้เชื่อมโยงกับเรื่องการทำความตกลงเขตการค้าเสรี Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) ทำให้กรมวิชาการเกษตรถูกโจมตีอย่างหนัก จึงได้นำร่างออกจากหน้าเว็บไซต์และไม่ประสงค์จะเผยแพร่อีก จนกว่ารัฐบาลจะมีนโยบายที่ชัดเจนว่าจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชอย่างไรก็ดี คงปรากฏร่องรอยของการเสนอร่างกฎหมายได้จากงานเผยแพร่ของรัฐสภา โปรดดู สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฉบับใหม่เกษตรกรไทยได้หรือเสียประโยชน์” พทศจิกายน ๒๕๖๐ https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=45248

๑) พันธุ์พืชที่มีพันธุกรรมของพันธุ์ตั้งต้น กล่าวคือเป็นพันธุ์ที่ถูกพัฒนาปรับปรุงจนกระทั่งมียีนของพันธุ์พืชตั้งต้นรวมอยู่ด้วย โดยที่พันธุ์ที่ได้พัฒนาใหม่นั้นจะยังคงลักษณะสำคัญของพันธุ์ตั้งต้นอยู่ **และไม่รวมถึง**ความแตกต่างที่เกิดจากการถ่ายทอดพันธุกรรมสำคัญจากพันธุ์อื่นซึ่งมีลักษณะเหมือนพันธุ์ตั้งต้นซึ่งแสดงลักษณะสำคัญ (essential characteristics) ที่เป็นผลมาจากพันธุกรรมหรือจากการผสมของพันธุกรรมหลายแบบของพันธุ์ตั้งต้น **หรือ**

๒) พันธุ์พืชที่มาจากพันธุ์ที่มีพันธุกรรมของพันธุ์ตั้งต้น แต่ยังคงแสดงลักษณะสำคัญที่เป็นผลมาจากพันธุกรรมของพันธุ์ตั้งต้นอยู่ **และไม่รวมถึง**ความแตกต่างที่เกิดจากการถ่ายทอดพันธุกรรมสำคัญจากพันธุ์อื่นซึ่งมีลักษณะเหมือนพันธุ์ตั้งต้นซึ่งแสดงลักษณะสำคัญ (essential characteristics) ที่เป็นผลมาจากพันธุกรรม หรือจากการผสมของพันธุกรรมหลายแบบของพันธุ์ตั้งต้น

หากในอนาคตจะกำหนดเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช หมายความว่า รัฐมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองนักปรับปรุงพันธุ์ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายให้ได้รับการคุ้มครองเพิ่มเติมในกรณีที่จะมีการนำเอาพันธุ์ดังกล่าวมาเป็นพันธุ์ตั้งต้นในการปรับปรุงพันธุ์ต่อไป คือ กำหนดให้ต้องขออนุญาตผู้ทรงสิทธิในพันธุ์ตั้งต้นเสมอ ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้ย่อมทำให้นักปรับปรุงพันธุ์ที่เป็นผู้ทรงสิทธิของพันธุ์ตั้งต้นที่นำไปใช้จะได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่

(๒) การขยายระยะเวลาคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่

ปัจจุบัน มาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่โดยแบ่งเป็น ๓ กลุ่ม คือ

(๑) กลุ่มพืชที่เริ่มให้ผลผลิตได้หลังปลูกไม่เกิน ๒ ปี ให้การคุ้มครอง ๑๒ ปี

(๒) กลุ่มพืชที่เริ่มให้ผลผลิตได้หลังปลูกไปแล้ว ๒ ปี ให้การคุ้มครอง ๑๗ ปี และ

(๓) กลุ่มพืชที่ปลูกเพื่อใช้เนื้อไม้ซึ่งใช้เวลาปลูกเกินกว่า ๒ ปีจึงสามารถให้ผลผลิตได้ ให้การคุ้มครอง ๒๗ ปี

UPOV 1991 จะแบ่งการคุ้มครองเป็น ๒ กลุ่ม ได้แก่

(๑) พืชทั่วไป ได้รับการคุ้มครอง ๒๐ ปี และ

(๒) พืชยืนต้นและไม้เถายืนต้น ได้รับการคุ้มครอง ๒๕ ปี

เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ มีเกณฑ์จำแนกเพื่อให้ความคุ้มครองที่ละเอียดกว่า โดยจำแนกประเภทพืชและให้การคุ้มครองตามสภาพความเป็นจริงของการเจริญเติบโตและการให้ผลผลิตของพืชนั้น ในขณะที่เกณฑ์ของ UPOV 1991 แบ่งพืชเป็นกลุ่มที่ใหญ่ขึ้นและให้การคุ้มครองแบบรวม โดยไม่คำนึงถึงความเป็นจริงในการเจริญเติบโตและการให้ผลผลิต หมายความว่านักปรับปรุงพันธุ์พืชยอมได้ประโยชน์จากการขยายระยะเวลาการคุ้มครองให้นานกว่าเดิม แต่หากพิจารณาในแง่ของการควบคุมการเผยแพร่ของพันธุ์พืชใหม่ให้มีเวลานานขึ้นอาจกระทบต่อความมั่นคงทางอาหาร เพราะกว่าที่ระยะเวลาคุ้มครองจะสิ้นไปจนทำให้เกษตรกรสามารถนำพืชชนิดนั้นไปปลูกได้อย่างเสรีไม่ต้องซื้อ และในอนาคตอีก ๒๐ ปี

หรือ ๒๕ ปีข้างหน้า พันธุ์พืชนั้นอาจไม่น่าสนใจอีกต่อไป เพราะมีการพัฒนาพันธุ์ใหม่ที่ดีกว่ามาแทนที่ เช่นนี้เกษตรกรที่รอซื้อเมล็ดพันธุ์เพียงอย่างเดียวย่อมตกอยู่ในวงจรของการถูกบังคับซื้อเมล็ดพันธุ์จากรุ่นสู่รุ่นโดยไม่มีทางเลือกอื่น นอกจากพยายามปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยตนเอง นอกจากนี้ หากใช้ระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิยาวนานถึง ๒๐ ปี ก็ไม่แตกต่างจากกรณีของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓๕ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๓๕

(๓) การยกเลิกการเปิดเผยที่มาของสารพันธุกรรมที่ใช้ปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ และกรรมวิธีที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืช

กฎหมายปัจจุบันกำหนดเงื่อนไขในการขอตระเบียนพันธุ์พืชใหม่ไว้ด้วยว่าต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหนึ่งในเงื่อนไขนั้น คือ ผู้ยื่นจดทะเบียนต้องเปิดเผยรายละเอียดที่มาของพันธุ์พืชใหม่ และสารพันธุกรรมที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์ รวมถึงกรรมวิธีที่ใช้ ซึ่งต้องอธิบายขั้นตอนให้สามารถเข้าใจกรรมวิธีนั้นได้ชัดเจน (มาตรา ๑๙ (๓)^{๕๒}) โดยกรมวิชาการเกษตรมีความเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องระบุความตาม (๓) เนื่องจากไม่มีความจำเป็นต้องใช้สารพันธุกรรมในการตรวจสอบพันธุ์พืชใหม่

เหตุผลในการกำหนดเรื่องนี้ในกฎหมายปี ๒๕๔๒ การที่กฎหมายปัจจุบันกำหนดให้ต้องแสดงที่มาของสารพันธุกรรมและที่มาของพันธุ์พืชใหม่ว่ามาจากสายพันธุ์ใดผสมกับพันธุ์ใดบ้างนั้น ก็เพื่อให้ทราบเป็นเบื้องต้นจากการตรวจสอบเอกสารว่าพันธุ์พืชที่นำมาขอตระเบียนนั้นได้ขออนุญาตนำไปใช้อย่างถูกต้องหรือไม่ และกรณีที่พันธุ์พ่อหรือพันธุ์แม่มาจากพันธุ์พืชพื้นเมืองหรือพันธุ์พืชป่า ได้มีการทำข้อตกลงแบ่งผลประโยชน์คืนสู่สังคมแล้วหรือไม่ที่เป็นเรื่องสำคัญเพราะว่าในการขออนุญาตแต่ละครั้งย่อมต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งผลประโยชน์ให้กับผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชตั้งต้นหรือสารพันธุกรรมนั้น ๆ ด้วยเสมอ จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าถ้านักปรับปรุงพันธุ์ต่างชาตินำพันธุ์พืชใหม่ที่คิดค้นโดยนักปรับปรุงพันธุ์ชาวไทยไปพัฒนาต่อยอดเป็นพันธุ์พืชชนิดใหม่ได้อีกและนำไปขอตระเบียนพันธุ์พืชใหม่ เช่นนี้นักปรับปรุงพันธุ์ต่างชาติดังกล่าวย่อมไม่ถูกบังคับให้ต้องแสดงสารพันธุกรรมและที่มาของพันธุ์พ่อและพันธุ์แม่ของพืชใหม่นั้น จึงเป็นที่น่ากังวลว่าพันธุ์พืชของไทยอาจถูกคนไทยหรือบริษัทต่างชาติดัดลอกสิทธิก็เป็นได้ เมื่อร่างกฎหมายใหม่ตัดความในมาตรานี้ออก ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น คือ เกิดโจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) ผู้ละเมิดนำสารพันธุกรรมของบุคคลอื่นมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต เช่นนี้เจ้าของพืช

^{๕๒} มาตรา ๑๙ (๓) มาตรา ๑๙ การขอตระเบียนพันธุ์พืชใหม่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

คำขอตระเบียนต้องมีรายการดังต่อไปนี้

(๓) รายละเอียดแสดงที่มาของพันธุ์พืชใหม่ หรือสารพันธุกรรมที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชใหม่ ตลอดจนกรรมวิธีในการปรับปรุงพันธุ์พืช โดยต้องมีรายละเอียดที่ทำให้สามารถเข้าใจกรรมวิธีดังกล่าวได้อย่างชัดเจน

หรือประเทศผู้มีสิทธิเหนือพันธุ์พืชที่ถูกนำมาใช้ย่อมได้รับความเสียหาย ไม่เป็นผลดีต่อชุมชนท้องถิ่นและนักปรับปรุงพันธุ์ของไทยแต่ประการใด

อนึ่ง การแก้ไขกฎหมายตามที่ปรากฏในร่างกฎหมายใหม่นี้จะสอดคล้องกับหลักการของ UPOV 1991 ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ที่ต่างไปจาก UPOV ย่อมไม่อาจกระทำได้ การอ้างว่าสามารถนำไปกำหนดรายละเอียดที่เคยบัญญัติในมาตรา ๑๙ (๓) ไว้ในประกาศกระทรวงได้ในอนาคตจะสามารถทำได้จริงหรือไม่

(๔) การยกเลิกการห้ามรับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชน และพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการตัดต่อพันธุกรรม (GMO)

มาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดไว้ชัดเจนว่าห้ามรับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชน และกำหนดเงื่อนไขในการรับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการตัดต่อพันธุกรรมเอาไว้ว่าต้องผ่านการประเมินผลกระทบทางด้านความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพหรือสวัสดิภาพของประชาชนเสียก่อน หากมีการเสนอให้ยกเลิกมาตรานี้ โดยให้เหตุผลว่าไม่จำเป็นต้องบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในกฎหมาย เนื่องจากพันธุ์พืชที่ขึ้นทะเบียนจะต้องผ่านหลักเกณฑ์ตามที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายเป็นผู้ประกาศ (โดยผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช) หมายความว่า ในอนาคตอาจมีแนวโน้มว่าพืชที่ผ่านการตัดต่อพันธุกรรมสามารถเข้ามาวางจำหน่ายในประเทศไทยได้โดยเสรี ซึ่งนักวิชาการเกษตรจำนวนหนึ่งเป็นกังวลว่าเมล็ดพันธุ์ที่เป็นหมันที่เข้ามาจดทะเบียนในประเทศไทยจะเข้ามาปะปนกับพืชทั่วไป กระทั่งพืชที่มียีนหมันเข้าแทนที่พันธุ์พืชที่เกษตรกรเคยใช้ อีกทั้งผลกระทบของพืชตัดต่อพันธุกรรมยังเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดหมายได้ในตอนนี้ การรับมือกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจึงไม่ใช่เรื่องง่าย

ผลกระทบต่อความมั่นคงทางอาหาร กล่าวคือ กระทบต่อวิถีชีวิตของเกษตรกรในการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ เนื่องจากซื้อขายแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ที่เป็นหมันไม่สามารถขยายพันธุ์ได้ต่อไปนั้นย่อมไม่เกิดประโยชน์ ไม่ช่วยให้เกิดการพัฒนา และมีความเป็นไปได้ว่าพืชที่มียีนหมันจะมีการผสมกับพืชปกติ (เช่น ทางละอองเกสร) กระทั่งกลายเป็นหมันไปด้วยที่เรียกว่า Genetically Modified Contamination^{๕๓} ในเรื่องนี้นานาประเทศล้วนมีความกังวลในเรื่องเคลื่อนย้ายของสิ่งมีชีวิตที่ผ่านการตัดต่อพันธุกรรมจากประเทศหนึ่งสู่ประเทศหนึ่ง จนอาจทำให้ประเทศของตนสูญเสียพันธุ์พืชพื้นเมืองบางชนิดไปก็เป็นได้^{๕๔} จึงเป็นที่มาของ

^{๕๓} J. Riddle, “GMO Contamination Prevention: What Does it Take?”, Southwest and Outreach Center, University of Minnesota, <<http://www.demeter-usa.org/downloads/GMO-Contamination-Prevention.pdf>> accessed 27th December 2022

^{๕๔} ตัวอย่างจากประสบการณ์ของผู้เขียนในการลงพื้นที่เพื่อทำงานวิจัยของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พบว่า การปลูกข้าวโพดบริเวณชายแดนไทย-เมียนมา รอยต่อระหว่างตำบลอุ้มผาง จังหวัดตาก และบ้านก้อเชอฝิ่งประเทศเมียนมา ประชาชนสองฝั่งนิยมปลูกข้าวโพดเลี้ยงสัตว์ ซึ่งข้าวโพด

การทำความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ พิธีสารคาร์ตาเฮนาว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity) ซึ่งเป็นพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี และมีผลบังคับใช้ในไทย เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๖^{๕๕} พิธีสารนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐภาคีมีกฎหมายเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดจากการเคลื่อนย้ายและใช้ประโยชน์สิ่งมีชีวิตที่ผ่านการตัดต่อหรือดัดแปลงพันธุกรรมโดยใช้เทคโนโลยีชีวภาพ ดังนั้น หากประเทศไทยจะแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช มาตรา ๑๓ ย่อมต้องระวังด้วยว่าจะเป็นการขัดหรือแย้งต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่นที่ไทยเป็นภาคีมาก่อนหน้าหรือไม่

ในด้านของนักวิจัยพันธุกรรมพืชมีความเห็นว่าเทคโนโลยียีนหมันที่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรย่อมเป็นอุปสรรคต่อการนำพันธุ์พืชนั้นไปใช้ในการทดลองและวิจัยต่อไป^{๕๖} ประเด็นที่น่ากังวลอีกอย่างหนึ่งคือ ถ้าเมล็ดพันธุ์ GMOs เข้าสู่ระบบของเกษตรกรพันธสัญญา (Contract Farming) หมายความว่าเกษตรกรจะถูกบังคับด้วยสัญญาให้นำเมล็ดพันธุ์ดังกล่าวไปปลูกหากเกษตรกรขาดความรู้ในเรื่องการปลูกพืช GMOs ซึ่งมีรายละเอียดที่ซับซ้อน^{๕๗} ย่อมทำให้พันธุ์พืชที่ผ่านการตัดแต่งพันธุกรรมมาปะปนกับพืชทั่วไปได้

เป็นหนึ่งในพืชที่ขยายพันธุ์โดยอาศัยเพศ กล่าวคือ ต้องมีการผสมของละอองเกสรตัวผู้และตัวเมียจึงจะออกฝัก จึงเป็นไปได้ว่าหากเกษตรกรเมียนมาใช้พันธุ์ข้าวโพดตัดแต่งพันธุกรรม ละอองเกสรอาจมาผสมกับข้าวโพดไทยที่ไม่ได้ตัดแต่งพันธุกรรม และส่งผลกระทบต่อพันธุ์ข้าวโพดไทยได้

^{๕๕} เมื่อปี ๒๕๕๑ ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติความปลอดภัยทางชีวภาพ พ.ศ. เนื่องจากเห็นว่าจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลการใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในกระบวนการต่าง ๆ เพื่อความปลอดภัยจากการใช้ประโยชน์สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมที่นำเข้ามาจากต่างประเทศและที่มีอยู่ภายในประเทศ และเพื่อการคุ้มครองและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการตรวจร่างกฎหมายเสร็จเรียบร้อยแล้ว (เรื่องเสร็จที่ ๓๙๔/๒๕๕๘)

^{๕๖} B. Torheim, “International Discussion on Agricultural Biodiversity: An Introduction to Key Concepts”, <<https://rmpportal.net/library/content/frame/international-discussions-on-agricultural-biodiversity.pdf/view>> accessed 15th December 2022

^{๕๗} เกษตรกรผู้ปลูกพืช GMO ต้องติดป้ายและแจ้งเกษตรกรแปลงติดกันให้ทราบว่าปลูกพืช GMO เพราะจำเป็นต้องปลูกพืชเป็นฉนวนหรือแนวป้องกันคันระหว่างแปลงพืชปกติและพืชตัดแต่งพันธุกรรมเพื่อป้องกันการผสมพันธุ์ของพืชทั้งสองแบบ นอกจากนี้พืชตัดแต่งพันธุกรรมบางชนิดอาจสร้างความเสียหายแก่พืชทั่วไปได้ เช่น พันธุ์พืชที่ตัดแต่งพันธุกรรมให้ทนและป้องกันแมลงศัตรูพืช หากนำมาปลูกไว้แปลงติดกันกับพืชทั่วไป เช่นนี้แมลงศัตรูพืชย่อมทำลายแปลงพืชทั่วไปให้เสียหายหนักขึ้น การแจ้งเกษตรกรเพื่อนบ้านจะทำให้มีการป้องกันความเสียหายนั้นได้

บทสรุปและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย**๑. การจัดรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกฎหมาย**

เป็นที่ประจักษ์ในช่วงตั้งแต่ปี ๒๕๖๐ เรื่อยมาว่า เสียงเรียกร้องให้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV 1991 มาจากสมาคมการค้าเมล็ดพันธุ์ไทย นักปรับปรุงพันธุ์พืชและเป็นนโยบายของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (กรมวิชาการเกษตร) แต่ยังคงขาดเสียงสะท้อนจากภาคการเกษตรที่แท้จริง เนื่องจากเกษตรกรรายย่อยยังคงไม่ทราบรายละเอียดและไม่เข้าใจสภาพปัญหาที่แท้จริง ตลอดจนผลกระทบที่จะได้รับจากการแก้ไขกฎหมายใหม่ คงมีเพียงเสียงสะท้อนจากกลุ่มองค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) เช่น มูลนิธิชีววิถี ที่ออกมาแสดงความเห็นแทนกลุ่มเกษตรกร รัฐจึงควรต้องให้ความรู้แก่เกษตรกรรายย่อยที่เป็นผู้เพาะปลูกและมีส่วนในการปรับปรุงพันธุ์พืชอย่างแท้จริง โดยเปิดโอกาสให้ศึกษาเรียนรู้ประเด็นต่าง ๆ ที่สำคัญก่อนการจัดรับฟังความคิดเห็น รูปแบบในการรับฟังควรเป็นเวทีรับฟังความคิดเห็นในพื้นที่ไม่ควรรับฟังผ่านทางเว็บไซต์เพียงทางเดียว เพราะเป็นกฎหมายที่จะส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตของเกษตรกร อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาที่กรมวิชาการเกษตรเปิดรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติ คือช่วงเดือนตุลาคม ๒๕๖๐ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ ยังไม่มีผลใช้บังคับ หากกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้ปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติอีกครั้งเพื่อนำออกรับฟังความคิดเห็น ย่อมต้องปฏิบัติตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ให้ครบถ้วน

หากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฯ เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการฯ มีอำนาจที่จะมอบหมายให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจัดรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติมเพื่อนำข้อมูลมาประกอบการตรวจพิจารณาร่างได้เสมอ ดังเช่นที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมจัดรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติคู่มือ พ.ศ. เพิ่มเติมในประเด็นที่คณะกรรมการฯ กำหนดให้ รวมถึงกำหนดกลุ่มเป้าหมายให้ชัดเจน เพื่อให้ได้ผลการรับฟังความคิดเห็นที่มีประสิทธิผลนำมาใช้ได้จริง

๒. สภาพปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ผู้ที่สะท้อนปัญหาที่เกิดจากกฎหมายฉบับปัจจุบันของไทยนั้น มีทั้งภาครัฐ คือ กรมวิชาการเกษตร และภาคประชาชน คือ นักวิชาการองค์กรพัฒนาเอกชน นักปรับปรุงพันธุ์พืช บริษัทจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ แต่สังเกตได้ว่าปราศจากเสียงสะท้อนที่มาจากผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการบังคับใช้กฎหมาย ได้แก่ เกษตรกรที่ผ่านมามากจะมีผู้กล่าวหาว่า รัฐมิได้บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชอย่างจริงจัง เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้เริ่มใช้บังคับเมื่อปี ๒๕๔๒ และเกิดข้อขัดขัดหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นด้านกระบวนการปฏิบัติงานหรือการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนขาดสาระสำคัญที่ทำให้ไม่อาจคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ได้อย่างเพียงพอ บางมาตราจำกัดโอกาสในการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ เป็นอุปสรรคต่อการวิจัยและพัฒนาพันธุ์พืชป่าและพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป ไม่ส่งเสริมศักยภาพด้านการลงทุน วิจัยและพัฒนาของประเทศ

สำหรับข้อกล่าวอ้างจากหลายภาคส่วน โดยเฉพาะภาคเอกชนว่าประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายลำดับรองอย่างครบถ้วน อันเป็นผลให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถดำเนินการ ให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทได้นั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าตลอดระยะเวลาของการบังคับใช้ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้มีการตรากฎกระทรวงทั้งสิ้น ๑๒ ฉบับ ประกาศ ๙๐ ฉบับ และระเบียบ (กรมวิชาการเกษตรและคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช) กว่า ๔๔ ฉบับ ดังนั้น สิ่งที่กระทรวงเกษตรและสหกรณ์สมควรดำเนินการในตอนนี้ คือ ประเมินผลสัมฤทธิ์ของ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อประเมินสถานการณ์และสำรวจสภาพปัญหา ที่แท้จริง เพื่อจะได้สามารถชี้แจงให้ภาคเอกชนผู้ประกอบการและภาคประชาสังคมเข้าใจได้

๓. การตกลงเรื่องค่าตอบแทนกับผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชใหม่ที่จดทะเบียนแล้ว

ผู้เขียนมีโอกาสศึกษากฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องนี้และพบว่า ฝรั่งเศสเป็นสมาชิก องค์การ UPOV มาตั้งแต่อนุสัญญาฯระหว่างประเทศฉบับแรก เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๗๑ และให้สัตยาบัน ทุกครั้งที่ UPOV มีการตราอนุสัญญาฉบับใหม่ ต้องแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายทรัพย์สิน ทางปัญญาในประเด็นการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ตามอนุสัญญา UPOV 1991 แต่รัฐสภาฝรั่งเศส พิจารณาแล้วเห็นว่าประเทศจะได้ประโยชน์จากอนุสัญญานี้จึงดำเนินการแก้ไขกฎหมาย โดยยินยอมให้เกษตรกรสามารถตกลงกับนักปรับปรุงพันธุ์ผู้ทรงสิทธิในเรื่องจำนวนเงินที่ต้องชำระ ได้โดยตรง หรือจะเจรจาผ่านตัวแทน หรือผ่านทางกลุ่มเกษตรกร (สหกรณ์การเกษตร) ก็ได้^{๕๘} นับเป็นแนวทางที่ดีที่สามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทยได้ เพราะการมอบอำนาจให้สหกรณ์ หรือตัวแทนตกลงเรื่องจำนวนเงินที่ต้องจ่ายให้กับนักปรับปรุงพันธุ์ ย่อมทำให้อำนาจการต่อรอง ของทั้งสองฝ่ายทัดเทียมกันมากกว่าที่จะให้เกษตรกรรายย่อยเจรจากับนักปรับปรุงพันธุ์ที่โดยมาก เป็นผู้ประกอบการหรือบริษัทข้ามชาติ

บทสรุป

ท้ายที่สุดนี้หากจะตั้งคำถามว่า ประเทศไทยสมควรร่างกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ขึ้นใหม่ทั้งฉบับโดยใช้อนุสัญญา UPOV 1991 เป็นต้นแบบหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถึงแม้เรา จะผลักดันให้ประเทศพัฒนาไปในทิศทางของอุตสาหกรรมเกษตรและเทคโนโลยีชีวภาพ ในช่วงไม่กี่ปีมานี้ แต่ต้องยอมรับว่าไทยยังคงเป็นประเทศที่ทำการเกษตรเป็นหลัก กฎหมายไทย จึงยังจำเป็นต้องคุ้มครองเกษตรกรโดยเฉพาะเกษตรกรรายย่อยที่มีอยู่จำนวนมากที่สุดในประเทศ เนื่องจากเป็นตัวแปรสำคัญต่อความหลากหลายทางชีวภาพและมีบทบาทหลักที่จะทำให้เกิด ความมั่นคงทางอาหารของโลก การที่เกษตรกรจำนวนมากต้องปรับเปลี่ยนวิถีในการเพาะปลูก และพันธุ์พืชที่ปลูกย่อมกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น การตรากฎหมายไม่ว่า

^{๕๘} Projet de loi relatif aux obtentions végétales et modifiant le code de la propriété intellectuelle et le code rural, <https://www.senat.fr/rap/l05-172/l05-172_mono.html#toc145> accès le 27 décembre 2022.

กฎหมายภายในที่มีเนื้อหาบังคับหรือวางกรอบอันส่งผลให้เกษตรกรจำต้องละทิ้งหรือหมดแรงจูงใจในการปลูกพืชที่หลากหลาย ละทิ้งการพัฒนาพันธุ์ด้วยวิธีการพื้นบ้านหรือการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สืบทอดกันมาหรือกฎหมายนั้นมีผลเป็นการปิดกั้นความคิดในการพัฒนาพันธุ์ เช่นนี้ย่อมถือเป็นภัยต่อความมั่นคงทางอาหารและการเกษตรของมนุษยชาติ รัฐบาลพึงระมัดระวังและทบทวนให้รอบคอบก่อนจะอนุมัติให้แก่กฎหมาย แม้ว่าบางประเทศที่ไทยต้องการทำการค้าด้วย เช่น สหรัฐอเมริกาจะนำเรื่องการเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV มาเป็นเงื่อนไขในการเจรจา FTA รัฐบาลควรพิจารณาระหว่างผลประโยชน์ที่ประเทศจะได้รับจากความตกลงเขตการค้าเสรีและความสูญเสียหรือแม้แต่ผลประโยชน์ที่จะได้รับหากเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UPOV 1991 หากตรวจสอบและศึกษาอย่างรอบคอบแล้วมั่นใจว่าประเทศไทยโดยรวมได้ประโยชน์มากกว่าเสียผลประโยชน์ ก็ควรชี้แจงและเผยแพร่ข้อมูลที่ถูกต้องเชื่อถือได้ให้ประชาชนทราบ ไม่เช่นนั้นทุกครั้งที่มีการกล่าวถึงการเจรจา FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา หรือการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีแคนาดา Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) สื่อมวลชนและภาคประชาสังคมมักจะนำเสนอข่าวในทางลบต่ออนุสัญญา UPOV 1991 และการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชอยู่เสมอ

การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup :
ตอนที่ ๒ : แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ (ส่วนที่ ๒)*

พิชยามนต์ จาริกสุนทรสกุล**

ณธรา บ็อดธุ์***

สมภพ ศิริธนานุกุลวงศ์****

บทนำ

ในวารสารฉบับที่แล้ว ผู้เขียนได้เสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ ส่วนที่ ๑^๑ โดยกล่าวถึงลักษณะของประเทศที่มีระบบนิเวศที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ Startup และแนวทางการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup ให้เติบโตอย่างแข็งแกร่งและต่อเนื่องในกลุ่มประเทศที่เป็นต้นกำเนิดการประกอบธุรกิจ Startup เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร และประเทศที่มีสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจอย่างมาก เช่น ประเทศสิงคโปร์ สำหรับส่วนที่ ๒ ที่ลงในวารสารฉบับนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในกลุ่มประเทศที่เดิมอาจมีสภาพแวดล้อมหรือมีข้อจำกัดทางกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจในรูปแบบ Startup มากนัก แต่รัฐบาลของประเทศเหล่านี้ได้กำหนดมาตรการที่มีประสิทธิภาพและปรับปรุงกฎหมายจนสามารถยกระดับการประกอบธุรกิจ Startup ได้อย่างต่อเนื่อง ได้แก่ ประเทศอินเดีย ประเทศอินโดนีเซีย และประเทศอิตาลี

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕), น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., น.ม. (สาขากฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. (cum laude) Indiana University Maurer School of law.

*** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองกฎหมายการเงินการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕), LL.B. Cardiff University, MRes. University of London (Birkbeck College) และ PhD. University of London (Birkbeck College).

**** นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ กองกฎหมายพาณิชย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕), ร.บ. (ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. (Public Law) (with Merit) London School of Economics and Political Science.

^๑ เผยแพร่ในวารสารกฤษฎีกา OCS e-Journal เล่ม ๓ ตอน ๑ (มกราคม ๒๕๖๖) หน้า ๔๙-๗๘ <https://www.krisdika.go.th/data/ebook/journal/OCS_E_%20journal_%20V3_%20P1.pdf>.

I. แนวทางการสนับสนุนธุรกิจ Startup ของต่างประเทศ (ต่อ)

๑. ประเทศอินเดีย

๑.๑ ระบบนิเวศและภาพรวมของธุรกิจ Startup ในประเทศอินเดีย

อินเดียมีประชากร ๑,๒๙๐ ล้านคน ซึ่งประมาณร้อยละ ๖๕ มีอายุต่ำกว่า ๓๕ ปี และเป็นประชากรที่อยู่อาศัยในชุมชนเมืองร้อยละ ๒๗ จึงทำให้อินเดียเป็นประเทศที่มีประชากรที่มีทักษะในการใช้เทคโนโลยีดิจิทัล (digital literacy) สูงประเทศหนึ่งในโลก โดยรัฐบาลอินเดียมีนโยบายในการส่งเสริม Startup อย่างเป็นทางการเน้นการพัฒนาให้กลุ่มคนรุ่นใหม่สามารถนำความฝันมาทำให้เป็นความจริงและแปลงฝันนั้นเป็นกิจการที่เปลี่ยนโลก (Dream of ideas, put them in action, and convert them into game changing ventures)^๑

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๙ (ค.ศ. 2016) รัฐบาลอินเดียได้เริ่มต้นโครงการที่ชื่อว่า “Startup India” เพื่อสร้างระบบนิเวศที่เหมาะสมกับการเติบโตของ Startup โดยกำหนดแผนปฏิบัติการของหน่วยงานทั้งในระดับรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น ๑๙ ชั้น^๒ ซึ่งในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ ปรากฏว่าอินเดียมี unicorn startup จำนวนถึง ๑๐๔ ราย ซึ่งนับเป็นอันดับ ๓ ของโลก^๓ โดยในภาพรวมอินเดียมี Startup ครอบคลุมสาขาอุตสาหกรรมมากถึง ๕๔ สาขา ซึ่งสาขาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ (IT Services) มีจำนวนมากที่สุด รองลงมาคือสาขาวิทยาศาสตร์สุขภาพ (Healthcare and Life Science) และสาขาด้านการศึกษา (Education) ตามลำดับ และอย่างน้อยในรัฐและเขตดินแดนสหภาพหนึ่ง ๆ^๔ จะต้องมี Startup อย่างน้อย ๑ แห่ง ครอบคลุมพื้นที่ทั่วประเทศมากกว่า ๕๙๐ จังหวัด ซึ่งในบางรัฐและเขตดินแดนสหภาพก็มี Startup มากถึง ๑,๐๐๐ แห่ง^๕

ทั้งนี้ สถิติจำนวน Startup ตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ. ๒๕๕๙ ถึงสิ้นปี พ.ศ. ๒๕๖๓ (Jan 2016 – Dec 2020) แสดงให้เห็นว่าอินเดียมี Startup มากถึง ๔๑,๓๑๗ ราย สามารถสร้างงานมากกว่า ๔.๗ แสนตำแหน่ง (Startup ๑ แห่งสร้างงานได้ประมาณ ๑๒ ตำแหน่ง^๖)

^๑ Department of Promotion of Industry and Internal Trade, Ministry of Commerce and Industry, Government of India, “Evolution of Startup India India : Capturing the 5-Year story” <<https://bit.ly/3eCGEAW>> accessed 9 August 2022.

^๒ Ibid, p. 11-12, 21.

^๓ Sankunni K, “India Ranks 3rd In Global Startup Ecosystem & Number of Unicorns, Says Minister” (12 August 2022) <<https://bit.ly/3UyKNWy>> accessed 8 September 2022.

^๔ อินเดียประกอบด้วย ๒๘ รัฐ (States) และดินแดนสหภาพ Union Territories) อีก ๘ เขต โปรดดูข้อมูลเพิ่มเติมจาก Know India, “States and Union Territories,” <<https://bit.ly/3RNuUds>> accessed 8 September 2022.

^๕ Supra note 2, p. 21.

^๖ Supra note 2, p. 22.

นอกจากนี้ อินเดียยังสนับสนุนให้ Startup มีกรรมการหรือผู้บริหารที่เป็นผู้หญิงซึ่งขณะนี้ มีสัดส่วนมากถึงร้อยละ ๔๔ และมีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ Startup (regulatory reforms) แล้วจำนวน ๓๙ เรื่อง ตลอดจนมีการจัดการแข่งขันการประกอบธุรกิจ Startup ทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างรัฐต่าง ๆ ภายในอินเดียด้วย^๘

๑.๒ บทนิยามคำว่า Startup ในกฎหมาย^๙

อินเดียกำหนดนิยามของ Startup ที่จะได้รับการส่งเสริมไว้โดยเฉพาะ ซึ่งเป็นไปตามประกาศของ Department for Promotion of Industry and Internal Trade (DPIIT) โดยมีการปรับปรุงขยายขอบเขตให้กว้างขวางขึ้นแล้ว ๒ ครั้ง เพื่อให้องค์กรธุรกิจต่าง ๆ สามารถจัดให้เป็น Startup ได้มากขึ้น นิยามที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเป็นไปตาม G.S.R. 127 (E) dated 19th February 2019 notified by DPIIT5 ที่กำหนดว่า Startup ต้องมีลักษณะ ดังนี้

(๑) เป็นองค์กรธุรกิจที่ประกอบกิจการมาแล้วไม่เกิน ๑๐ ปี นับแต่วันที่จดทะเบียนองค์กรธุรกิจในอินเดีย (หากจดทะเบียนที่อื่นที่ไม่ใช่อินเดียจะยังไม่เริ่มนับระยะเวลา)

(๒) ต้องมียอดขายในแต่ละปีงบการเงินไม่เกิน ๑,๐๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๔๕๐ ล้านบาท)

(๓) เป็นองค์กรธุรกิจที่มุ่งไปสู่การสร้างนวัตกรรม การพัฒนา หรือการปรับปรุงผลิตภัณฑ์ กระบวนการหรือบริการ หรือมีแผนธุรกิจที่มีศักยภาพในการสร้างงานหรือการสร้าง ความมั่งคั่งสูง

(๔) ไม่ได้เป็นองค์กรธุรกิจที่เกิดขึ้นจากการแบ่งแยกหรือการปรับโครงสร้างขององค์กรธุรกิจเดิม

ทั้งนี้ การจดทะเบียนองค์กรธุรกิจและกระบวนการต่าง ๆ ของผู้เกี่ยวข้องกับ Startup (Startup Recognition) จะดำเนินการผ่านช่องทางออนไลน์ทั้งหมด โดยมีการพิจารณาและออกใบรับรองภายใน ๔๘ - ๗๒ ชั่วโมง และมีเอกสารที่ต้องยื่นประกอบจำนวนไม่มากนัก เช่น เอกสารเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรธุรกิจและกรรมการ เอกสารการวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของธุรกิจ (Proof of concept - POC) และเอกสารอื่น ๆ เกี่ยวกับจำนวนพนักงาน และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ส่วนเอกสารแนะนำธุรกิจ (Letter of Recommendation) ซึ่งเดิมเป็นเอกสารภาคบังคับที่ Startup จะต้องได้รับการรับรองจากหน่วยบ่มเพาะหรือสมาคมอุตสาหกรรมก่อนนั้นได้ถูกยกเลิกไปแล้ว เพื่อให้การจดทะเบียนเป็นไปอย่างคล่องตัวมากขึ้น รวมทั้ง Startup ที่ยังอยู่ในช่วงเริ่มต้นไอดีจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องจัดเตรียมเอกสารการวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของไอดีทางธุรกิจ (POC) ด้วย เป็นต้น

^๘ Supra note 2, p. 6-7, 22.

^๙ Supra note 2, p 21-25.

๑.๓ กฎหมายหรือมาตรการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup

รัฐบาลอินเดียกำหนดแผนปฏิบัติการ (Action Plan) ของหน่วยงาน ทั้งในระดับรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น จำนวน ๓ กลุ่ม ประกอบด้วย ๑๙ มาตรการ ดังนี้

กลุ่มที่ ๑ การจัดทำกฎหมายให้ง่ายขึ้นและสร้างความร่วมมือระหว่าง ภาครัฐและเอกชน (Simplification and Handholding)^{๑๐} ประกอบด้วย

(๑) การสร้างระบบการกำกับดูแลและส่งเสริม Startup โดยเน้น กระบวนการรับรองตนเอง (Self-Certification) เพื่อลดภาระและต้นทุนของ Startup ในการ ปฏิบัติตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากการรับรองตนเองนั้นจะทำให้ Startup ดำเนินการได้รวดเร็วขึ้นซึ่งจะทำให้ Startup มีเวลาในการแข่งขันทางธุรกิจได้มากขึ้น^{๑๑}

(๒) การจัดให้มี Startup India Hub เพื่อเป็น Single Online Platform เชื่อมต่อระบบการกำกับดูแลและสนับสนุนการประกอบธุรกิจ Startup ทั้งหมดเข้าเป็นระบบเดียว โดยเน้นการช่วยเหลือให้ Startup เข้าถึงทุนจากนักลงทุนได้ง่าย รวมทั้งผู้ประกอบการ ยังสามารถเข้าถึงหน่วยบ่มเพาะและเร่งการเติบโต (incubators and accelerators) และ หน่วยงานของรัฐได้โดยช่องทางเดียว ซึ่งปัจจุบันมีข้อมูลว่ามีผู้ใช้งานระบบนี้มากถึงวันละ ๔ แสนคน

(๓) การดำเนินการให้มี Mobile Application และ Portal ที่ Startup ใช้ติดต่อกับหน่วยงานของรัฐได้โดยสะดวก และเป็นแพลตฟอร์มในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการประสบโดยแจ้งเข้ามายังระบบ รวมถึงการที่ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงหลักสูตร การอบรมต่าง ๆ

(๔) การสร้างระบบการให้คำแนะนำทางกฎหมายและการเร่งรัด กระบวนการจดทะเบียนสิทธิบัตรให้รวดเร็วยิ่งขึ้นแต่เสียค่าใช้จ่ายน้อยลง (Legal Support & Fast-tracking Patent Examination) โดยที่ผ่านมามีการยื่นคำขอสิทธิบัตรของ Startup ผ่านวิธีการ Fast-track แล้ว จำนวน ๑,๑๗๐ รายการ และออกสิทธิบัตรให้แล้ว ๔๕๙ รายการ

(๕) การลดความเข้มงวดของกฎเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ สำหรับสินค้าและบริการของ Startup (Relaxed Norms of Public Procurement) โดย Startup จะได้รับการยกเว้นการวางเงินมัดจำหรือเงินค้ำประกันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ และผ่อนคลายนโยบายประการในการเข้าประมูลงานของหน่วยงานภาครัฐสำหรับ Startup ซึ่งในปัจจุบัน Startup ได้รับคำสั่งซื้อสินค้า/บริการของหน่วยงานภาครัฐไปแล้วมากกว่า ๕๓,๐๐๐ คำสั่งด้วยมูลค่ารวมมากกว่า ๒๒,๐๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๑๐,๐๐๐ ล้านบาท)

^{๑๐} จากการจัดอันดับของธนาคารโลกแสดงดัชนีความยาก-ง่ายในการประกอบธุรกิจ ประเทศ อินเดียได้รับการจัดอันดับอย่างก้าวกระโดด จากอันดับที่ ๑๓๐ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๕ ขึ้นมาอยู่ในอันดับที่ ๖๓ ใน ปี พ.ศ. ๒๕๖๓ (โปรดดูเพิ่มเติมใน World Bank Group, “Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies”, 10 <<https://bit.ly/3S3G6m4>> accessed 9 August 2022; Department of Promotion of Industry and Internal Trade, supra note 2, p. 13).

^{๑๑} ibid.

(๖) การลดความยุ่งยากของ Startup ในการเลิกกิจการ การชำระบัญชีหรือเมื่อล้มละลาย โดยแก้ไขกระบวนการตาม Insolvency และ Bankruptcy Code, 2016 ให้มีกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนว่าเมื่อต้องเลิกกิจการและชำระบัญชีควรจะดำเนินการให้เสร็จสิ้นได้ภายใน ๙๐ วัน เพื่อให้ธุรกิจสามารถเริ่มต้นใหม่ได้รวดเร็วขึ้น

กลุ่มที่ ๒ การจัดหาเงินทุน (Funding Support & Incentives)^{๑๒}

ประกอบด้วย

(๑) การสนับสนุนเงินทุนให้ Startup ในการประกอบธุรกิจในรูปแบบของ Fund of Funds โดยผ่านกองทุนต่าง ๆ ภายใต้การดำเนินงานของ Small Industries Development Bank of India (SIDBI) ในวงเงิน ๑ แสนล้านบาท (ประมาณ ๔๕,๐๐๐ ล้านบาท) ซึ่งปัจจุบันมีการให้เงินทุนแก่ Startup แล้วจำนวน ๓๘๔ แห่ง มูลค่ากว่า ๔๕,๐๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๒๐,๕๐๐ ล้านบาท)

(๒) การค้ำประกันสินเชื่อให้แก่ Startup ในทุกสาขา ผ่านกองทุนการค้ำประกันสินเชื่อ (Credit Guarantee Fund) ภายใต้วงเงิน ๕,๐๐๐ ล้านบาทต่อปี (ประมาณ ๒,๓๐๐ ล้านบาท) เพื่อให้ Startup สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายขึ้นในช่วงเริ่มต้นกิจการ ซึ่งจะครอบคลุม Startup ประมาณ ๓,๐๐๐ ราย โดยแต่ละรายจะมีขนาดวงเงินสินเชื่อประมาณ รายละ ๕๐ ล้านบาท (ประมาณ ๒๓ ล้านบาท)

(๓) การยกเว้นภาษีเงินได้ (Capital Gains) ภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Income Tax Act ค.ศ. 1961 ให้แก่นักลงทุนที่เข้าไปลงทุนในกองทุนที่รัฐบาลกำหนด ซึ่งถือเป็นการยกเว้นให้แก่นักลงทุนไม่ใช่เพียงแค่การลดหย่อนเท่านั้น ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด เช่น วงเงินลงทุนสูงสุดที่จะได้รับการยกเว้นภาษี

(๔) การยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลให้แก่ Startup เป็นระยะเวลา ๓ ปี งบประมาณเงินติดต่อกันภายในช่วงระยะเวลา ๗ ปีนับแต่วันที่ Startup ได้จดทะเบียนจัดตั้งองค์กรธุรกิจ Startup ซึ่งเกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Finance Act ค.ศ. 2020 โดย Startup จะต้องมีความสอดคล้องตามที่กำหนดและผ่านการรับรองจากคณะกรรมการ Inter-Ministerial Board (IMB) โดยมาตรการนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๔

(๕) การยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่ Startup ในส่วนเกินมูลค่าหุ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดเพื่อส่งเสริมการลงทุนใน Startup ที่อยู่ใน Seed Stage ซึ่งเป็นการดำเนินการภายใต้กฎหมาย Income Tax Act

(๖) การจัดเทศกาลหรืองานแสดงนวัตกรรมของ Startup (showcases) และจัดให้มีแพลตฟอร์มสำหรับความร่วมมือระดับต่าง ๆ (collaboration platform) เช่น การจัดมหกรรม Startup India Global Venture Capital Summit ค.ศ. 2018 และ ค.ศ. 2019 ซึ่งมีนักลงทุนมากกว่า ๗๐๐ ราย จากประเทศต่าง ๆ เข้าร่วมมากกว่า ๑๐ ประเทศ ก่อให้เกิดการสร้างเครือข่ายและปฏิสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนกับผู้ประกอบการ Startup ของอินเดีย

^{๑๒} Supra note 2, p. 6-7, 14-16.

(๗) การจัดโครงการ Atal Innovation Mission (AIM) with Self-Employment and Talent Utilization (SETU) ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มเพื่อการส่งเสริมให้เกิดการสร้างธุรกิจ Startup และการประกอบธุรกิจส่วนตัว/อาชีพอิสระ รวมทั้งการส่งเสริมให้เป็นศูนย์ World-class Innovation Hub ในสาขาธุรกิจต่าง ๆ ที่ขับเคลื่อนโดยใช้เทคโนโลยีซึ่งนับถึงเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๖๓ มีสถาบันการศึกษาที่ได้รับการคัดเลือกเข้าร่วมโครงการเกือบ ๑๕,๐๐๐ แห่ง โดยในจำนวนนี้ประมาณ ๔,๘๐๐ แห่งได้รับเงินทุนสนับสนุน (grant) รายละ ๑.๒ ล้านบาท (ประมาณ ๕๕๐,๐๐๐ บาท)

(๘) การสนับสนุนหน่วยบ่มเพาะ (incubator) ภายใต้ความร่วมมือระหว่างภาครัฐ-ภาคเอกชน เพื่อสร้างให้หน่วยบ่มเพาะที่รัฐบาลเข้าไปให้การสนับสนุน/ได้รับเงินทุนจากภาครัฐ เพื่อให้เกิดหน่วยบ่มเพาะระดับมืออาชีพมากขึ้น โดยปัจจุบันมีหน่วยบ่มเพาะที่ได้รับการคัดเลือกจากรัฐแล้วจำนวน ๘๖ แห่ง ได้รับเงินทุนสนับสนุน (grant) แล้วมากกว่า ๖๘ แห่ง ภายใต้เงินทุนประมาณ ๒,๐๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๘๒๐ ล้านบาท) และมี Startup ที่ได้รับการบ่มเพาะโดยหน่วยบ่มเพาะที่รัฐให้การรับรองเหล่านี้แล้วมากกว่า ๑,๒๕๐ แห่ง ก่อให้เกิดจากการจ้างงานใน Startup ได้มากกว่า ๑๓,๘๐๐ ตำแหน่ง และยังมี การส่งเสริมหน่วยงานพี่เลี้ยง (Mentor) มากกว่า ๑,๐๐๐ แห่ง เพื่อให้สามารถทำหน้าที่เป็นพี่เลี้ยงให้แก่ Startup ได้อย่างถูกต้อง รวมทั้งยังมีการส่งเสริมให้ธุรกิจ MSMEs ให้สามารถพัฒนาและเติบโต ธุรกิจของตนได้อย่างยั่งยืนอีกด้วย

กลุ่มที่ ๓ การสร้างความร่วมมือระหว่างอุตสาหกรรมกับสถาบันการศึกษา และหน่วยบ่มเพาะ (Industry-Academia Partnership & Incubation)^{๑๓} ได้แก่

(๑) การสร้างศูนย์นวัตกรรมที่สถาบันการศึกษาระดับชาติแห่งต่าง ๆ ซึ่งนับถึงเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๖๓ ได้ให้การสนับสนุนศูนย์นวัตกรรมเหล่านี้ (Technology Business Incubators – TBIs) แล้วจำนวน ๑๑ แห่ง

(๒) การจัดตั้งอุทยานการวิจัยแห่งใหม่โดยมีเป้าหมายที่จะจัดตั้งให้ได้จำนวน ๗ แห่งทั่วประเทศ เพื่อให้อุทยานการวิจัยเหล่านี้เป็นจุดเชื่อมต่อของงานวิจัยและการบ่มเพาะระหว่างสถาบันการศึกษากับภาคอุตสาหกรรม ทั้งนี้ การจัดตั้งอุทยานการวิจัยได้นำรูปแบบของอุทยานการวิจัยที่ IIT Madras มาเป็นต้นแบบ

(๓) การส่งเสริม Startup ในอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพ (Bio Technology) เป็นพิเศษ ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยความร่วมมือกันระหว่างรัฐกับเอกชน โดยผ่านกองทุนต่าง ๆ ของรัฐ และการร่วมสนับสนุนเงินทุนระหว่างรัฐ-เอกชน (โดยในปัจจุบันอินเดียมี Startup ที่ดำเนินธุรกิจในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ จำนวน ๓,๓๒๕ แห่ง โดยมีจำนวน ๗๕ แห่งสามารถระดมทุนได้แล้วกว่า ๓,๕๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๑,๖๐๐ ล้านบาท) ก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์เทคโนโลยีมากกว่า ๑๓๐ รายการ

^{๑๓} Supra note 2, p. 17-18.

(๔) การปรับปรุงหลักสูตรการเรียนการสอนในระดับมัธยมศึกษาและสร้างโปรแกรมการศึกษาที่เน้นการส่งเสริมวิทยาศาสตร์และการสร้างนวัตกรรม เช่น การจัดโครงการที่มุ่งเน้นให้เด็กนักเรียนเกิดความคิดสร้างสรรค์ (อย่างน้อย ๑ ล้านแนวคิด) ซึ่งเป็นแนวคิดที่เกิดจากการนำวิทยาศาสตร์มาประยุกต์ใช้ในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ทางสังคม แล้วนำเสนอผลงานจากความคิดเหล่านั้น โดยมีการคัดเลือกผลงานเหล่านั้นให้ได้ประมาณ ๕๐,๐๐๐ แนวคิด โดยจะให้เงินรางวัล ๑๐,๐๐๐ รูปี (ประมาณ ๔,๕๐๐ บาท) ต่อผลงาน และผลงานที่ได้รับการคัดเลือกยังมีสิทธิเข้าร่วมงานแสดงและการแข่งขันในระดับที่สูงขึ้นต่อไปได้^{๑๔}

(๕) การจัดแข่งขันและให้รางวัลแก่หน่วยบ่มเพาะที่เป็นเลิศ (Incubator Grand Challenge) โดยมีเงินทุนสนับสนุนเป็นรางวัล ซึ่งปัจจุบันมีหน่วยบ่มเพาะที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน ๑๖ แห่ง และในจำนวนนี้ มีหน่วยบ่มเพาะจำนวน ๙ แห่ง ได้รับเงินทุนสนับสนุนแล้วกว่า ๕๔๖ ล้านบาท (ประมาณ ๒๕๐ ล้านบาท) ทั้งนี้โดยมาตรการดังกล่าวมุ่งสร้างเสริมให้หน่วยบ่มเพาะมีสมรรถนะที่เพิ่มขึ้นในการทำหน้าที่ให้การบ่มเพาะ Startup ต่อไป

อนึ่ง ภายใต้มาตรการ/โครงการส่งเสริมธุรกิจ Startup ของอินเดียข้างต้น มีข้อสังเกตว่า มาตรการ/โครงการเพื่อการส่งเสริม Startup ของอินเดียจำนวนไม่น้อยเป็นการดำเนินการโดยความร่วมมือร่วมกันระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน ก่อให้เกิดการระดมทรัพยากรจากทุกภาคส่วนเข้าด้วยกัน ซึ่งช่วยสร้างพลังในการขับเคลื่อนได้มากกว่าการดำเนินการของภาครัฐโดยลำพัง เช่น การสนับสนุนเงินทุนระหว่างรัฐและเอกชนผ่านกองทุนต่าง ๆ ขณะเดียวกันอินเดียก็มีนโยบายส่งเสริม Startup ที่ชัดเจนตั้งแต่ระดับบนจนถึงการลงมือปฏิบัติจริงในระดับล่าง โดยมีการกำหนดมาตรการเป็นขั้นตอนครอบคลุมทั้งการเข้าถึงแหล่งทุน การปรับปรุงกฎระเบียบให้เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ และการสร้างบุคลากรตั้งแต่ในระดับที่เป็นนักเรียนนักศึกษาในสถาบันการศึกษาจนถึงระดับการเป็นผู้ประกอบการ และกระตุ้นให้เกิดวัฒนธรรมของการคิดค้นและแข่งขันกันเพื่อสร้างธุรกิจให้เติบโต ซึ่งครอบคลุมทุกพื้นที่ทั่วประเทศ

นอกจากนี้ รูปแบบการพัฒนาส่งเสริมธุรกิจ Startup ของอินเดีย แม้จะเป็นการดำเนินการที่มีหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานรับผิดชอบ ตั้งแต่หน่วยงานด้านการประกอบธุรกิจ (Department for Promotion of Industry and Internal Trade, Ministry of Micro, Small and Medium Enterprise) หน่วยงานด้านแรงงาน (Ministry of Labor and Employment) หน่วยงานด้านสิ่งแวดล้อม (Ministry of Environment, Forest and Climate Change) หน่วยงานด้านงบประมาณและการเงิน (Department of Revenue) หน่วยงานด้านการศึกษาวิจัยและวิทยาศาสตร์ (Ministry of Human Resource Development and Department of Science & Technology) แต่การดำเนินการของหน่วยงานเหล่านี้ไม่ได้ตัดแยกจากกันแต่กลับขับเคลื่อนอย่างสอดคล้องประสานกัน ภายใต้ต้นนโยบายของรัฐบาลอินเดียที่เรียกว่า Startup India ซึ่งเป็นร่มใหญ่ที่ช่วยกำกับทิศทางการพัฒนา Startup ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

^{๑๔} Supra note 77, p. 18.

๒. ประเทศอินโดนีเซีย

๒.๑ ระบบนิเวศและภาพรวมของธุรกิจ Startup ในประเทศอินโดนีเซีย

อินโดนีเซียมีประชากรมากเป็นอันดับ ๔ ของโลก รองจากสาธารณรัฐประชาชนจีน สาธารณรัฐอินเดีย และสหรัฐอเมริกา^{๑๕} โดยมีจำนวนประชากรประมาณ ๒๗๕ ล้านคน มีอัตราการขยายตัวของเศรษฐกิจในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๕๙ – ๒๕๖๒ (ค.ศ. 2016 – 2019) เฉลี่ยร้อยละ ๕ ต่อปี โดยการเติบโตเฉลี่ยร้อยละ ๑๐ ต่อปีมาจากการเพิ่มขึ้นของการซื้อขายสินค้า/บริการออนไลน์ (e-commerce) ซึ่งนับได้ว่าอินโดนีเซียเป็นประเทศที่มีพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ใหญ่ที่สุดในอาเซียน^{๑๖} สำหรับธุรกิจ Startup ของอินโดนีเซียมีจุดเริ่มต้นประมาณปี พ.ศ. ๒๕๕๓ (ค.ศ. 2010) ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ Startup ด้านเทคโนโลยีเกิดขึ้นจำนวนมาก และความสำเร็จของบริษัท Startup ได้กลายเป็นแรงบันดาลใจให้กับคนรุ่นใหม่ในการศึกษาต่อเพื่อสร้าง Startup รุ่นต่อไป

สำหรับปัจจัยที่เอื้อให้ Startup ของอินโดนีเซียเติบโตอย่างรวดเร็ว มีหลายประการ ที่สำคัญคืออินโดนีเซียมีประชากรจำนวนมากจึงเป็นตลาดขนาดใหญ่ และประชากรของอินโดนีเซียสามารถเข้าถึงการใช้งานอินเทอร์เน็ตมากถึง ๑๕๒ ล้านคน ซึ่งนับว่ามากที่สุดอาเซียน (ข้อมูล ปี พ.ศ. ๒๕๖๒)^{๑๗} ทำให้เศรษฐกิจดิจิทัลมีการเติบโตรวดเร็วและต่อเนื่อง^{๑๘} ส่งผลให้นักลงทุนทั้ง VC, CVC และ Angel Investors สนใจเข้ามาลงทุนในอินโดนีเซียมากขึ้น โดยเฉพาะ Startup ในกลุ่มที่ใช้แพลตฟอร์ม Super app เช่น ด้านการขนส่ง พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และการให้บริการทางการเงิน ขณะเดียวกันอินโดนีเซียก็มีหน่วยบ่มเพาะและเร่งการเติบโต (Incubators & Accelerators) ที่เพิ่มจำนวนมากขึ้น เช่น Digitalaya, Plug and Play Accelerator, GnB Accelerator^{๑๙} และยังเป็นประเทศที่มีกำลังซื้อสูงติดอันดับ ๗ ของโลก^{๒๐}

^{๑๕} 2022 World Population by Country, <<https://bit.ly/3OLHdFV>> accessed 6 July 2022.

^{๑๖} สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3a81RRz>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๑๗} สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ (องค์การมหาชน) (NIA), “เจาะ ‘Indonesia Startup Ecosystem’ อาณาจักรยูนิคอร์นที่มีประชากรกว่าร้อยล้านคน” <<https://bit.ly/3ukzwyk>> สืบค้นเมื่อ ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๑๘} Chaowarat Yongjiranon, “Indonesia: The Startup ecosystem with the most unicorns in Southeast Asia,” (TechSauce: Knowledge Sharing Platform, 28 September 2018) <<https://bit.ly/3NEYy1l>> accessed 2 July 2022.

^{๑๙} สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ (องค์การมหาชน) (NIA), “เจาะ ‘Indonesia Startup Ecosystem’ อาณาจักรยูนิคอร์นที่มีประชากรกว่าร้อยล้านคน” <<https://bit.ly/3ukzwyk>> สืบค้นเมื่อ ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๒๐} Deloitte, “2021-2022 Investment Window into Indonesia (IWI)” <<https://bit.ly/3OJM3nc>> อ้างถึงใน เกนวี วรรณวิวัฒน์, “อินโดนีเซียเร่งเครื่องปฏิรูปกฎหมายหวังดึงเม็ดเงินลงทุน

ไม่นับรวมการมีประชากรวัยแรงงานจำนวนมาก ทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ทั้งน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ แร่ธาตุ ป่าไม้และทรัพยากรทางทะเล^{๒๑}

ปัจจุบัน Startup สัญชาติอินโดนีเซีย มีจำนวนทั้งสิ้น ๒,๑๙๓ บริษัท ซึ่งเป็นจำนวนมากเป็นอันดับ ๕ ของโลก รองจากสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐอินเดีย สหราชอาณาจักร และแคนาดา โดยส่วนใหญ่จะเน้นหนักในสาขาการค้า การท่องเที่ยว การขนส่ง และการโฆษณา โดยเป็น Startup ในระดับ decacorn (บริษัทที่มีมูลค่าตั้งแต่ ๑๐,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ) จำนวน ๑ บริษัท คือ บริษัท Tokopedia และระดับ unicorn (บริษัทที่มีมูลค่าตั้งแต่ ๑,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ) จำนวน ๔ บริษัท ได้แก่ Go-Jek, Traveloka, Bukalapak และ OVO ซึ่งช่วยสร้างรายได้และการจ้างงานให้แก่ธุรกิจอื่น ๆ (Sharing Economy) ส่งเสริมให้เกิดการสร้างนวัตกรรมและการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ^{๒๒}

๒.๒ บทนิยามคำว่า Startup ในกฎหมาย

จากการสืบค้นข้อมูล ยังไม่พบว่ามีคำจำกัดความ Startup ไว้ในกฎหมายของอินโดนีเซีย อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจขนาดย่อม ขนาดย่อมและขนาดกลาง (Law No.20 of 2008 on Micro, Small, and Medium Enterprises) ของอินโดนีเซีย ได้กำหนดคุณลักษณะของธุรกิจ MSMEs ไว้ กล่าวคือ^{๒๓} Micro Enterprise ต้องมีสินทรัพย์สุทธิไม่เกิน ๕๐ ล้านรูเปียห์ (ประมาณ ๑๒๐,๐๐๐ บาท) โดยไม่รวมสิ่งปลูกสร้างและอาคาร และต้อง

ต่างชาติ” (สำนักเจรจาการค้าบริการและการลงทุน กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ มีนาคม ๒๕๖๔) <<https://bit.ly/3NzaAKh>> สืบค้นเมื่อ ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๒๑} เกนวรี วรพิพัฒน์, “อินโดนีเซียเร่งเครื่องปฏิรูปกฎหมายหวังดึงเม็ดเงินลงทุนต่างชาติ.” (สำนักเจรจาการค้าบริการและการลงทุน กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ มีนาคม ๒๕๖๔) <<https://bit.ly/3NzaAKh>> สืบค้นเมื่อ ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๒๒} สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3a81RRz>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๒๓} อย่างไรก็ตาม สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา ได้อธิบายความหมายคำว่า Startup ไว้ในรายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซียว่า Startup คือ ธุรกิจที่เกิดขึ้นใหม่เพื่อรองรับธุรกิจด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology: IT) รวมถึงการทำธุรกิจให้เติบโตขึ้นแบบก้าวกระโดด สามารถสร้างรายได้จำนวนมาก และเป็นธุรกิจที่เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในชีวิตประจำวัน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นธุรกิจด้าน IT ในวงการ IT นั่นเอง เช่น แอปพลิเคชันต่าง ๆ เป็นต้น โดยธุรกิจ Startup จะมีการระดมทุนจากนักลงทุนทั่วโลกจากการขายไอเดียธุรกิจและให้สิทธิจากส่วนแบ่งรายได้ ทั้งนี้ นักลงทุนแบ่งได้ ๒ ประเภท คือ (๑) นักลงทุนรายย่อย (Angel Investor) คือนักลงทุนที่ยอมให้เงินทุนแก่นักขายไอเดียตั้งแต่ช่วงเริ่มต้น เพราะเห็นว่าจะก่อให้เกิดการเพิ่มมูลค่าขึ้นอย่างมหาศาลของผลิตภัณฑ์ ซึ่งสำหรับนักขายไอเดียแล้ว มีความต้องการนักลงทุนแบบนี้มากที่สุดเนื่องจากมองเห็นคุณค่าในสิ่งที่เขาทำ (๒) นักลงทุนแบบ Venture Capital คือ นักลงทุนระดับเงินลงทุนสูงซึ่งจะไม่ลงทุนในผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในจุดเริ่มต้นเนื่องจากมีความเสี่ยงสูง โปรดอ่านเพิ่มเติมใน สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3yacMK>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

มีรายได้ต่อปีไม่เกิน ๓๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๗๒๐,๐๐๐ บาท) ขณะที่ Small Enterprise ต้องมีทุนสภาพคล่องสุทธิ (Net Capital) มากกว่า ๕๐ ล้านบาท (ประมาณ ๑๒๐,๐๐๐ บาท) โดยไม่รวมสิ่งปลูกสร้างและอาคาร หรือต้องมีรายได้ต่อปีตั้งแต่ ๓๐๐ - ๒,๕๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๗๒๐,๐๐๐ - ๖,๐๐๐,๐๐๐ บาท) และสำหรับ Medium Enterprises ต้องมีทุนสภาพคล่องสุทธิ (Net Capital) ตั้งแต่ ๕๐๐ - ๑๐,๐๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๑.๒ - ๒๔ ล้านบาท) โดยไม่รวมสิ่งปลูกสร้างและอาคาร หรือมีรายได้ต่อปีตั้งแต่ ๒,๕๐๐ - ๕๐,๐๐๐ ล้านบาท (ประมาณ ๖ - ๑๒๐ ล้านบาท)

๒.๓ กฎหมายหรือมาตรการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup

เช่นเดียวกับสิงคโปร์ อินโดนีเซียมีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งและการประกอบกิจการที่เอื้อต่อการเติบโตขององค์กรธุรกิจในหลายส่วน^{๒๔} เช่น กฎหมายบริษัทของอินโดนีเซีย (Law No. 40 of 2007) อนุญาตให้บริษัทจำกัดสามารถจัดสรรหุ้นแก่พนักงานได้ (ESOP) โดยสามารถทยอยให้หุ้นได้ (Vesting) แต่เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการจัดสรรหุ้นไว้โดยเฉพาะ การจัดสรรหุ้นแก่พนักงานจึงเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างบริษัทกับพนักงานซึ่งสามารถกำหนดเรื่องคุณสมบัติของพนักงานที่จะมีสิทธิได้รับการจัดสรรหุ้น เงื่อนไขและระยะเวลาการได้รับการจัดสรรหุ้น รวมถึงภาระทางภาษี^{๒๕} นอกจากนี้ บริษัทยังสามารถออกหุ้นใหม่ให้แกพนักงานได้โดยไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ต้องจำหน่ายหุ้นที่ออกใหม่ให้แก่ผู้ถือหุ้นเดิมก่อนแต่ทั้งนี้จะต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน^{๒๖} ส่วนการซื้อหุ้นของบริษัทคืนจากผู้ถือหุ้น (Treasury Shares) นั้น กฎหมายก็อนุญาตให้บริษัทซื้อหุ้นคืนได้ภายใต้เงื่อนไขว่าการซื้อหุ้นคืนจะต้องไม่ทำให้สินทรัพย์สุทธิของบริษัทต่ำกว่ามูลค่าหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว และทุนสำรอง โดยมีเพดานไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมด ซึ่งบริษัทจะถือหุ้นที่ซื้อคืนไว้ได้ไม่เกิน ๓ ปี นอกจากนี้ กฎหมายบริษัทยังให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่จะขายหุ้นคืนแก่บริษัทเมื่อผู้ถือหุ้นออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ในบางกรณี เช่น

^{๒๔} รูปแบบองค์กรธุรกิจในอินโดนีเซีย แบ่งได้เป็น (๑) กิจการเจ้าของคนเดียว (๒) ห้างหุ้นส่วน (๓) ห้างหุ้นส่วนจำกัด (๔) สหกรณ์ และ (๕) บริษัทจำกัด สำหรับการจัดตั้งบริษัทจำกัด ประกอบด้วยผู้ถือหุ้นอย่างน้อย ๒ คน โดยสามารถจัดตั้งได้ในรูปแบบของบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด โปรดดูเพิ่มเติมในกรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, “คู่มือโอกาสและทิศทางการค้าการลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย” (๒๕๖๔) <<https://bit.ly/3Ra2Mld>> สืบค้นเมื่อ ๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๒๕} Lia Alizia, Harris S Toengkagie and Golden Mandala, Makarim & Taira S, “Employee Share Plans in Indonesia: Regulatory Overview” (Thomson Reuters Practical Law) <<https://tmsnrt.rs/3R6gJR4>> accessed 4 July 2022.

^{๒๖} อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นของการไม่ต้องจำหน่ายหุ้นที่ออกใหม่แก่ผู้ถือหุ้นเดิมก่อนนี้เป็นข้อยกเว้นสำหรับการออกหุ้นแก่พนักงานเท่านั้น (โปรดดูเพิ่มเติมใน Lia Alizia, Harris S Toengkagie and Golden Mandala, Makarim & Taira S, “Employee Share Plans in Indonesia: Regulatory Overview” (Thomson Reuters Practical Law) <<https://tmsnrt.rs/3R6gJR4>> accessed 4 July 2022).

เมื่อมีการควบรวมกิจการหรือมีการแยกกิจการ เป็นต้น หรืออาจเป็นการขายหุ้นคืนแก่บริษัทตามเงื่อนไขและราคาที่กำหนดไว้ใน Shareholder's agreement ได้^{๒๗}

สำหรับมาตรการเฉพาะที่ในการส่งเสริมระบบนิเวศ startup ของอินโดนีเซียนั้น ในภาพรวมมีหน่วยงานภาครัฐหลายหน่วยงานเข้ามาเกี่ยวข้อง ที่สำคัญ ได้แก่ Bekraf หรือ Badan Ekonomi Kreatif (Creative Economy Agency) ซึ่งถือเป็นหน่วยงานหลักในการบ่มเพาะ Startup และกำกับดูแลภาพรวมในทุกภาคส่วน และ Ministry of Cooperatives and SMEs ซึ่งเน้นการดูแล Startup และ SMEs โดยเฉพาะ ส่วนด้านการลงทุน มีคณะกรรมการประสานงานด้านการลงทุน (Indonesia Investment Coordinating Board (Badan Koordinasi Penanaman Modal – BKPM) เป็นหน่วยงานเชื่อมต่อระหว่างภาครัฐและนักลงทุนรวมถึง Startup ด้วย^{๒๘}

มาตรการส่งเสริม Startup สำคัญที่น่าสนใจของอินโดนีเซีย ได้แก่

(๑) การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) เช่น โครงการ Palapa Ring ซึ่งเป็นโครงการเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านโทรคมนาคมและดิจิทัลสำหรับประชาชนให้สามารถเข้าถึงและเชื่อมต่อระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้อย่างครอบคลุมทั่วถึง เป็นโครงการที่เอื้อต่อการพัฒนาเศรษฐกิจดิจิทัล^{๒๙}

(๒) โครงการ “1000 Startups Movement” เริ่มต้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๙ (ค.ศ. 2016) มีเป้าหมายเพื่อบ่มเพาะ Startup ให้ได้ ๑,๐๐๐ บริษัทภายในปี พ.ศ. ๒๕๖๓ (ค.ศ. 2020) โดยเฉพาะสาขาดิจิทัล^{๓๐} ซึ่งโครงการดังกล่าวให้การฝึกอบรมแก่ผู้ที่ประสงค์จะเป็นผู้ประกอบการตั้งแต่การเรียนรู้ประสบการณ์จากผู้ที่ประสบความสำเร็จมาก่อน การสร้างเครือข่ายการพัฒนาผลิตภัณฑ์ และการเข้ารับคำปรึกษาจาก mentor เพื่อเตรียมความพร้อมก่อนออกสู่ตลาด โดยรัฐบาลอินโดนีเซียให้เงินทุนสนับสนุนภายใต้โครงการนี้ทั้งหมด (fully funds) ทั้งนี้ ข้อมูลปี พ.ศ. ๒๕๖๒ (ค.ศ. 2019) มีผู้ประกอบการที่เข้าร่วมโครงการแล้วมากกว่า ๔๐,๐๐๐ ราย^{๓๑}

^{๒๗} Ira A Eddymurthy and Syarifah Reinhana Fakhry, “Shareholders’ Rights in Private and Public Companies in Indonesia: Overview” <<https://tmsnr.rs/3bChTmY>> accessed 4 July 2022.

^{๒๘} สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ (องค์การมหาชน) (NIA), “เจาะ ‘Indonesia Startup Ecosystem’ อาณาจักรยูนิคอร์นที่มีประชากรกว่าร้อยล้านคน” <<https://bit.ly/3ukzwyk>> สืบค้นเมื่อ ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๒๙} Anisa Pratita Mantovani, “1000 Digital Startups Movement: How Does it Improve the Startup Ecosystem in Indonesia” (Center for Digital Society, 26 December 2019) <<https://bit.ly/3R8LYLp>> accessed 3 July 2022; สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3a81RRz>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๓๐} Joao Castel-Branco, “Startup Policies in Indonesia” (29 March 2021) <<https://bit.ly/3Nik4CO>> accessed 3 July 2022.

^{๓๑} Anisa Pratita Mantovani, “1000 Digital Startups Movement: How Does it Improve the Startup Ecosystem in Indonesia” (Center for Digital Society, 26 December 2019) <<https://bit.ly/3R8LYLp>> accessed 3 July 2022.

(๓) การออกกฎหมายการสร้างงาน (Omnibus Law on Job Creation)^{๓๒}

เป็นกฎหมายรวมการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับ ตราขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๓ (ค.ศ. 2020) มีเป้าหมายเพื่อผ่อนคลายกฎระเบียบเพิ่มเติมในกฎหมายต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจและเพื่ออำนวยความสะดวกในการลงทุน ดึงดูดเม็ดเงินจากต่างประเทศ ขจัดอุปสรรคด้านแรงงาน เพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขัน และปรับปรุงกฎเกณฑ์บางประการในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้เอื้อต่อการประกอบธุรกิจมากยิ่งขึ้น ที่สำคัญได้แก่

(๓.๑) การปรับปรุงกฎระเบียบเกี่ยวกับการขอรับใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจ (Business Licensing) โดยนําระบบ Risk-based Business Licensing มาใช้ จัดแบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น ๓ กลุ่มตามระดับของความเสี่ง ซึ่งกลุ่มที่มีความเสี่งต่ำ จะกำหนดให้ธุรกิจนั้นมีเฉพาะเลขทะเบียนธุรกิจ (Business Identification Number: NIB) โดยไม่ต้องมีใบอนุญาตประกอบธุรกิจ กลุ่มที่มีความเสี่งปานกลางกำหนดให้มี NIB และใบรับรองมาตรฐาน (Standard Certificate) และกลุ่มที่มีความเสี่งสูง กำหนดให้มี NIB และใบอนุญาต (Business License) ซึ่งออกโดยรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลท้องถิ่น ทั้งนี้ การนําระบบการประเมินความเสี่งดังกล่าวมาใช้ช่วยให้การประกอบธุรกิจง่ายขึ้นกว่าระบบเดิมซึ่งธุรกิจทุกประเภทต้องขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจ^{๓๓} นอกจากนี้ ยังปรับปรุงกระบวนการยื่นคำขอให้สามารถดำเนินการได้เร็วขึ้นผ่านระบบออนไลน์ โดยยื่นคำร้องและเอกสารเพียงครั้งเดียว (Online Single Submission)^{๓๔} รวมทั้งลดความซ้ำซ้อนในกระบวนการขออนุญาตประกอบธุรกิจซึ่งเดิมผู้ประกอบการต้องขอรับใบอนุญาตจากหลายหน่วยงานแต่ปัจจุบันภายใต้กฎหมาย Omnibus Law ธุรกิจหลายประเภทสามารถประกอบกิจการได้เมื่อได้รับใบอนุญาตเพียงฉบับเดียวซึ่งออกโดยรัฐบาลกลางเท่านั้น^{๓๕}

(๓.๒) การเปิดรับการลงทุนจากต่างชาติมากขึ้นในเกือบทุกสาขา ตามกฎหมาย Omnibus Law และ Presidential Regulation (PR) No. 10/2021 ได้ยกเลิก Negative Investment List และเปลี่ยนเป็น Positive Investment List เพื่อกระตุ้นการลงทุนและการสร้างงาน ซึ่งภายใต้กฎเกณฑ์ใหม่จะแบ่งการลงทุนออกเป็น ๔ กลุ่ม คือ

๑) Priority Sectors เป็นสาขาที่เปิดให้มีการลงทุนจากต่างประเทศได้ร้อยละ ๑๐๐ มีทั้งสิ้น ๒๔๕ สาขา^{๓๖} ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเปิดรับการลงทุนในเกือบ

^{๓๒} Omnibus Law (Law No.11 of 2020) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๖๓.

^{๓๓} เกนวีร์ วรพิพัฒน์, “อินโดนีเซียเร่งเครื่องปฏิรูปกฎหมายหวังดึงดูดเงินลงทุนต่างชาติ” (สำนักเจรจาการค้าบริการและการลงทุน กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ มีนาคม ๒๕๖๔) <<https://bit.ly/3NzaAKh>> สืบค้นเมื่อ ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๓๔} Joao Castel-Branco, “Startup Policies in Indonesia” (29 March 2021), <<https://bit.ly/3Nik4CO>> accessed 3 July 2022.

^{๓๕} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๓.

^{๓๖} กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, “คู่มือโอกาสและทิศทางการค้าการลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย” (๒๕๖๔) <<https://bit.ly/3Ra2Mld>> สืบค้นเมื่อ ๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

ทุกสาขา^{๓๗} โดยเฉพาะสาขาที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมหรือธุรกิจที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง/ อุตสาหกรรมบุกเบิก (Hi-tech/Pioneer) การวิจัยและพัฒนา อุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก และ อุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานจำนวนมาก โดยกฎหมายกำหนดจำนวนเงินลงทุนขั้นต่ำ ๑๐,๐๐๐ ล้านบาท รупียะห์ (ประมาณ ๒๔ ล้านบาท)^{๓๘}

๒) สาขาที่ต้องดำเนินการร่วมกับ MSMEs ท้องถิ่นหรือ สหกรณ์ จำนวน ๕๑ สาขา โดยเป็นการลงทุนที่ใช้เงินน้อยกว่า ๑๐,๐๐๐ ล้านบาท รุปียะห์ (ประมาณ ๒๔ ล้านบาท)

๓) สาขาที่จำกัดการลงทุน ทั้งสิ้น ๔๖ สาขา เช่น ธุรกิจสื่อ การขนส่งทางอากาศและทางทะเล ธุรกิจ Broadcast และ

๔) สาขาที่ไม่อนุญาตให้ลงทุน ทั้งหมด ๑๑๒ สาขา เช่น ยาเสพติดและการเพาะปลูก กิจกรรมการพนันทุกรูปแบบ การจับปลาที่ใกล้สูญพันธุ์ และการผลิตอาวุธเคมี เป็นต้น^{๓๙}

นอกจากนี้ เฉพาะในส่วนของ Startup ยังออกมาตรการ ผ่อนคลายข้อจำกัดเงินลงทุนขั้นต่ำในเขตเศรษฐกิจพิเศษ (Special Economic Zones) ซึ่งโดยปกติจะกำหนดว่าต้องมีเงินลงทุนไม่น้อยกว่า ๑๐,๐๐๐ ล้านบาท รุปียะห์ (ประมาณ ๒๔ ล้านบาท) แต่สำหรับ Tech-based Startups จะได้รับยกเว้นข้อกำหนดนี้เพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุนเพิ่มมากขึ้น^{๔๐}

(๓.๓) การผ่อนคลายนโยบายระเบียบด้านแรงงาน ทำให้ภาคธุรกิจสามารถ จ้างแรงงานชาวต่างชาติได้ง่ายขึ้น โดยเพียงแต่นายจ้างมีแผนการว่าจ้าง (Foreign Worker Utilization Plan) โดยไม่ต้องมีหนังสืออนุญาตว่าจ้างแรงงานต่างชาติ (Foreign Worker Work Permit) ช่วยให้ผู้ประกอบการซึ่งรวมถึง Startup สามารถนำชาวต่างชาติที่มีความสามารถ (Talent) เข้ามาทำงานในอินโดนีเซียได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้ ยังยกเลิกข้อกำหนดเกี่ยวกับ ระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างงาน (Fixed Term Contract) ซึ่งเคยกำหนดว่าไม่เกิน ๕ ปี เปลี่ยนเป็นอนุญาตให้นายจ้างและลูกจ้างสามารถตกลงกำหนดระยะเวลาของสัญญาจ้างงานได้ ตามที่เห็นพ้องร่วมกัน การยกเลิกข้อกำหนดประเภทงานที่อนุญาตให้จัดจ้างบุคคลภายนอก (Outsourcing) และขยายเวลาที่อนุญาตให้ทำงานล่วงเวลาได้มากขึ้น รวมทั้งยกเลิกข้อกำหนด ค่าแรงขั้นต่ำรายสาขา (Sector-based Minimum Wage) เหลือเพียงกำหนดค่าแรงขั้นต่ำ ในแต่ละภูมิภาค/จังหวัดเท่านั้น (Provincial or Regional-based Minimum Wage) และ

^{๓๗} Joao Castel-Branco, “Startup Policies in Indonesia” (29 March 2021) <<https://bit.ly/3Nik4CO>> accessed 3 July 2022.

^{๓๘} กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, “คู่มือโอกาสและทิศทางการค้า การลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย” (๒๕๖๔) <<https://bit.ly/3Ra2Mld>> สืบค้นเมื่อ ๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๓๙} เพิ่งอ้าง.

^{๔๐} Supra note 37.

โดยเฉพาะกรณีที่เป็น MSMEs จะได้รับยกเว้นจากข้อกำหนดเรื่องค่าแรงขั้นต่ำ ตลอดจนลดความซ้ำซ้อนในกระบวนการเลิกจ้างและลดค่าชดเชยที่นายจ้างต้องจ่ายแก่แรงงานในกรณีมีการเลิกจ้าง^{๔๑}

(๓.๔) การลดความซ้ำซ้อนในการขอใบอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ที่ดิน เดิมการขอใบอนุญาตใช้ที่ดินต้องขอจากรัฐบาลท้องถิ่นถึง ๓ ประเภท คือ Principle License, Location Permit และ Land User Permit แต่กฎหมาย Omnibus Law กำหนดให้ใช้ใบอนุญาต Suitability Approval for Spatial Use Activities เพียงฉบับเดียว โดยสามารถยื่นขอรับใบอนุญาตผ่านระบบออนไลน์ (Online Single Submission – OSS) ของรัฐบาลกลาง นอกจากนี้ ยังอนุญาตให้ชาวต่างชาติเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดได้ซึ่งแต่เดิมจะมีเพียงสิทธิใช้อาคารชุดเท่านั้น^{๔๒}

(๓.๕) สิทธิประโยชน์ทางภาษี กฎหมาย Omnibus Law เปลี่ยนแปลงการจัดเก็บภาษีหลายประการ เช่น การยกเว้นภาษีสำหรับเงินปันผล (Dividend) ที่ได้ภายในประเทศหรือต่างประเทศที่นำกลับมาลงทุนใหม่ในอินโดนีเซีย การนำหลัก Territorial Taxation มาใช้ โดยชาวอินโดนีเซียที่อยู่นอกประเทศเป็นเวลามากกว่า ๑๘๓ วัน ไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ในอินโดนีเซีย ในขณะที่ชาวต่างชาติที่อยู่ในอินโดนีเซียมากกว่า ๑๘๓ วัน จะเสียภาษีเงินได้ในอินโดนีเซียแต่จะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ที่เกิดขึ้นนอกประเทศอินโดนีเซียตามเงื่อนไขที่กำหนด นอกจากนี้ ยังมอบอำนาจให้แก่รัฐบาลกลางในการควบคุมและประเมินการเก็บภาษีของรัฐบาลท้องถิ่นหากการจัดเก็บภาษีดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ รัฐบาลกลางสามารถสั่งการแก้ไขหรือยกเลิกได้^{๔๓}

(๔) มาตรการเกี่ยวกับ Sandbox ธนาคารกลางอินโดนีเซียออกมาตรการภายใต้ Regulation No.19/2017 กำหนดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลผู้ประกอบการ FinTech โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ Financial Services Authority of Indonesia (OJK) เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกู้ยืมเงินระหว่างบุคคลทั่วไปผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์ รวมถึงการถือหุ้นของชาวต่างชาติในธุรกิจด้านการเงิน ทั้งนี้ เพื่อลดความเสี่ยงและสร้างความน่าเชื่อถือในการดำเนินธุรกรรมทางการเงิน^{๔๔}

นอกจากนี้ อินโดนีเซียยังมีมาตรการอื่น ๆ เพื่อส่งเสริมระบบนิเวศให้เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ Startup เช่น มาตรการทางภาษี ได้แก่ การลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคล (Corporate Income Tax – CIT) จากเดิมที่เคยจัดเก็บในอัตราสูงถึงร้อยละ ๒๕ ลดลงเหลือร้อยละ ๒๒ ในปีภาษี ๒๕๖๓ - ๒๕๖๔ และตั้งแต่ปีภาษี ๒๕๖๕ เป็นต้นไป จะจัดเก็บในอัตรา

^{๔๑} อังแล้ว เชนอรรถที่ ๓๓.

^{๔๒} เฟิงอ้าง.

^{๔๓} เฟิงอ้าง.

^{๔๔} Supra note 37.

ร้อยละ ๒๐^{๔๕} การให้สิทธิพิเศษทางภาษีสำหรับการลงทุนในอุตสาหกรรมบุกเบิก (Pioneer Industry) โดยเฉพาะในสาขาที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy) ยาและเวชภัณฑ์ และหุ่นยนต์ ภายใต้มาตรการที่เรียกว่า Tax Holiday โดยได้รับลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลตั้งแต่ร้อยละ ๕๐ - ๑๐๐ เป็นระยะเวลา ๕ - ๒๐ ปี การได้รับลดหย่อนภาษีสำหรับบริษัทที่มีค่าใช้จ่ายในการพัฒนาและส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาในอุตสาหกรรมเป้าหมาย เช่น การวิจัยยา เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และการขนส่ง เป็นต้น^{๔๖} การยกเว้นให้นายจ้างไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงานสำหรับการทำงานใน Technology-based Startups ระยะสั้นไม่เกิน ๓ เดือนให้แก่ลูกจ้างชาวต่างชาติ^{๔๗} ขณะที่ในด้านทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมาย Omnibus Law ก็ทำให้กระบวนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นไปอย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น^{๔๘} รวมถึงการเร่งพัฒนาด้านทรัพยากรมนุษย์ในด้านดิจิทัลโดยมอบทุนการศึกษาร่วมกันระหว่างภาครัฐกับบริษัทดิจิทัลขนาดใหญ่^{๔๙} และการนำระบบดิจิทัลมาให้บริการในหน่วยงานภาครัฐ^{๕๐} เป็นต้น

^{๔๕} EY (Building a better working world), “การลงทุนในอินโดนีเซีย Doing Business in Indonesia 2020/2021” <<http://toi.boi.go.th>> accessed 3 July 2022; Partners of Greenhouse, “Indonesia’s Omnibus Law and Effects on Foreign Investors in 2021” <<https://bit.ly/3R6BgVK>> accessed 3 July 2022.

^{๔๖} Ministry of Investment/Indonesia Investment Coordinating Board, “Indonesia Investment Guidebook” (December 2021) <<https://bit.ly/3yCfmSV>> accessed 2 July 2022.

^{๔๗} Ibid.

^{๔๘} Wongrat Ratanaprayul, “Indonesia’s Omnibus Law Amends the Patent Law and the Trademark Law to Support Foreign Investment” (Tilleke & Gibbins, 25 November 2020) <<https://bit.ly/3y6VsxK>> accessed 4 July 2022.

^{๔๙} สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3a81RRz>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๕๐} หากเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของอินโดนีเซียที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนด ยังมีสิทธิได้รับการลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลลงอีกร้อยละ ๓ ด้วย (โปรดดูข้อมูลเพิ่มเติมจากสำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3a81RRz>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕).

๓. ประเทศอิตาลี

๓.๑ ระบบนิเวศและภาพรวมของธุรกิจ Startup ในประเทศอิตาลี

ประเทศอิตาลีเป็นหนึ่งในประเทศกลุ่ม G7 โดยมีขนาดเศรษฐกิจเป็นลำดับที่ ๔ ของทวีปยุโรป มีระบบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ที่แข็งแกร่ง โดยมี SMEs ประมาณ ๓.๖ ล้านราย ซึ่งกว่าร้อยละ ๙๕ มีลูกจ้างไม่เกิน ๙ คน^{๕๑} สำหรับในส่วนของธุรกิจ Startup ซึ่งเริ่มต้นจากการเป็น SMEs ที่ประกอบการโดยการใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรม พบว่าในปี พ.ศ. ๒๕๖๔ มีจำนวนประมาณ ๑๑,๕๐๐ แห่ง โดย ๖,๔๐๐ แห่งอยู่ในภาคธุรกิจบริการและดิจิทัล และ ๒,๑๐๐ แห่งอยู่ในภาคการผลิต ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า มูลค่าการลงทุนในธุรกิจ Startup ในอิตาลี โดยนักลงทุนสถาบัน (Venture Capital) อยู่ในลำดับที่ ๑๒ ของยุโรป และมูลค่ารวมของธุรกิจ Startup อยู่ในลำดับที่ ๑๔ ของยุโรป ซึ่งน้อยกว่ามูลค่าการลงทุนและมูลค่ารวมของธุรกิจ Startup ในประเทศที่มีขนาดเศรษฐกิจเล็กกว่ามาก เช่น ไอร์แลนด์ โปแลนด์ ฟินแลนด์ และเบลเยียม โดยมีการวิเคราะห์ว่าการเติบโตของอุตสาหกรรม Startup ในอิตาลี อยู่ในลำดับที่ตามหลังประเทศคู่แข่งสำคัญ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศสเปนเป็นเวลาจำนวน ๔ ปี และ ๗ ปีตามลำดับ^{๕๒}

ในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ อิตาลีมี Startup ในระดับ Unicorn จำนวน ๔ ราย^{๕๓} คือ Yoox (ธุรกิจสินค้าแฟชั่นไฮเอนด์) MutuiOnline (ธุรกิจนายหน้าทางการเงิน โดยมีผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับการจำนอง สินเชื่อส่วนบุคคล และประกันภัย) Scalapay (ธุรกิจระบบการชำระเงินที่ให้ผู้ซื้อผ่อนจ่ายค่าสินค้าได้ ๓ งวด โดยไม่มีดอกเบี้ย) และ Satispay (ธุรกิจระบบการชำระเงินบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งเพิ่งระดมทุนจำนวน ๓๒๐ ล้านยูโร ในชั้น Series D ในช่วงเดือนกันยายน ๒๕๖๕ ที่ผ่านมา^{๕๔})

^{๕๑} Statista, “Number of small and medium enterprises (SMEs) in Italy in 2020, by size” <<https://www.statista.com/statistics/1020211/number-of-smes-per-thousand-inhabitants-by-size-in-italy/>> accessed 15 August 2022.

^{๕๒} Patricia Allen, “10 Italian Startups to Watch in 2022 and Beyond” (6 January 2022) <<https://www.eu-startups.com/2022/01/10-italian-startups-to-watch-in-2022-and-beyond/>> accessed 15 August 2022.

^{๕๓} มีการวิเคราะห์ว่า เหตุที่อิตาลีมีจำนวน Unicorn ไม่มากนัก เพราะเมื่อธุรกิจ Startup เติบโตแล้ว จะย้ายไปจดทะเบียนหรือประกอบธุรกิจที่สหราชอาณาจักรหรือเยอรมนีซึ่งมีระบบนิเวศที่ส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup ดีกว่า Italy Sends Its Startups Abroad to Grow into Unicorns <<https://sifted.eu/articles/italy-sends-startups-abroad/>> accessed 15 August 2022.

^{๕๔} PYMNTS, “Payments Startup Satispay Raises €320M, Is Italy’s Newest Unicorn” <<https://www.pymnts.com/news/investment-tracker/2022/payments-startup-is-italys-newest-unicorn-following-e320m-series-d/>> accessed 17 November 2022.

๓.๒ บทนิยามคำว่า Startup ในกฎหมาย^{๕๕}

ประเทศอิตาลีกำหนดความหมายหรือบทนิยามของ Startup ที่จะได้รับการส่งเสริมไว้โดยเฉพาะซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๒๕ (Article 25) แห่ง Italy's Startup Act ได้ให้นิยาม Startup ที่จะได้รับการส่งเสริมตามกฎหมายไว้ ดังนี้

(๑) เป็นองค์กรธุรกิจจำกัดความรับผิดชอบ (Società a responsabilità limitata – S.r.l. /Limited Liability Company หรือ Società per azioni – S.p.a. /Joint Stock Companies) ที่มีระยะเวลาตั้งแต่จดทะเบียนน้อยกว่า ๕ ปี

(๒) มีสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศอิตาลี หรือหากอยู่ในประเทศสหภาพยุโรปอื่น ต้องมีฐานการผลิตหรือมีสำนักงานสาขาในอิตาลี

(๓) มียอดขายต่อปี (annual turnover) น้อยกว่า ๕ ล้านยูโร (€5 million)

(๔) ไม่มีการจ่ายปันผลหรือยังไม่เคยมีการจ่ายปันผล

(๕) วัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้ความสำคัญกับการพัฒนาการผลิต และการใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์ของผลิตภัณฑ์หรือบริการที่มีนวัตกรรมซึ่งมีการใช้เทคโนโลยีอย่างชัดเจน

(๖) ไม่ได้เกิดจากการควบรวมหรือแบ่งแยกออกมาจากองค์กรธุรกิจอื่น หรือเป็นการของขยายสาขาของธุรกิจเดิม

(๗) มีคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับนวัตกรรม ๑ ใน ๓ ข้อต่อไปนี้

(๗.๑) มีค่าใช้จ่าย R&D อย่างน้อยร้อยละ ๑๕ ของยอดขายหรือต้นทุนดำเนินงานการต่อปี (ยึดตามรายการที่สูงกว่า)

(๗.๒) บุคลากรในองค์กรอย่างน้อย ๑ ใน ๓ จบการศึกษาหรืออยู่ระหว่างการศึกษาระดับปริญญาเอก หรือ ๒ ใน ๓ จบการศึกษาระดับปริญญาโท

(๗.๓) เป็นเจ้าของสิทธิบัตรหรือมีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร หรือเป็นเจ้าของซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์จดทะเบียน

(สำหรับ Startup ที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเพื่อสังคม สามารถได้รับสิทธิประโยชน์เพิ่มเติมตามกฎหมายว่าด้วยกิจการเพื่อสังคมของแต่ละท้องถิ่น (Legislative Decree 112/2017, Article 2 Paragraph 1))

องค์กรธุรกิจที่มีคุณสมบัติครบถ้วนสามารถขอรับสถานะเป็น Startup ตามกฎหมายได้โดยการรับรองคุณสมบัติของตนเองแล้วส่งเอกสารการรับรองนั้นไปยังหอการค้าท้องถิ่น (Local Chambers of Commerce) ซึ่งหอการค้าท้องถิ่นจะตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลและสถานะการดำเนินการของ Startup เป็นระยะ นอกจากนี้ Startup แต่ละแห่ง

^{๕๕} Italian Ministry of Economic Development, “The Italian Startup Act - Italy’s policy framework to support innovative startups - Executive Summary” <[https:// www. mise. gov. it/ images/ stories/ documenti/ Executive% 20summary% 20ISA% 2007_ 2019. pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Executive%20summary%20ISA%2007_2019.pdf)> accessed 15 August 2022.

จะต้องรับรองคุณสมบัติของตนเองปีละหนึ่งครั้ง (ภายในวันที่ ๓๐ มิถุนายน) และมีการแสดงรายชื่อของ Startup ทั้งหมดไว้ในเว็บไซต์ (startup.registroimpresa.it) ซึ่งมีการปรับปรุงข้อมูล (update) ทุกสัปดาห์ เพื่อให้ประชาชนทั่วไปและคู่ค้าสามารถเข้ามาตรวจสอบว่า Startup นั้น มีคุณสมบัติและสถานะที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากพบว่าไม่ถูกต้องสามารถยื่นเรื่องเพื่อให้เพิกถอนได้

อนึ่ง นอกจากการกำหนดบทนิยามของ Startup ที่จะได้รับการส่งเสริมไว้ในกฎหมายแล้ว กฎหมายอิตาลียังกำหนดลักษณะของ Certified Incubators ที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายด้วย โดย Certified Incubators จะต้องมีลักษณะและคุณสมบัติตามที่กำหนดใน Ministerial Decree of 22 December 2016 ซึ่งรวมถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับบุคลากรสถานที่ เครื่องมือและอุปกรณ์ทางเทคนิค และประวัติผลงาน (track record) ในการบ่มเพาะ Startup

๓.๓ กฎหมายหรือมาตรการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup^{๕๖}

ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี พ.ศ. ๒๔๘๕ (Civil Code 1942) เป็นกฎหมายหลักที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจในอิตาลี โดยกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรธุรกิจได้รับการปรับปรุงครั้งสำคัญในปี พ.ศ. ๒๕๔๗ (ค.ศ. 2004) เพื่อให้มีความทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายองค์กรธุรกิจของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปประเทศอื่น โดยการแก้ไขดังกล่าวได้กำหนดให้มีองค์กรธุรกิจหลายรูปแบบ แต่ที่ได้รับความนิยมในการจัดตั้งเพื่อประกอบธุรกิจ Startup มี ๒ รูปแบบ คือ

(๑) Società per Azioni (SPA) (Joint Stock Companies) อยู่ในมาตรา ๒๓๒๕ ถึงมาตรา ๒๔๕๑ กำหนดให้มีการแบ่งทุนเป็นหุ้น โดยจะถือหุ้นในกลุ่มบุคคลจำนวนไม่มากนัก หรือจะเสนอขายหุ้นแก่บุคคลทั่วไปในตลาดหลักทรัพย์ก็ได้ และสามารถออกหุ้นกู้ได้ ส่วนการบริหารงานนั้นดำเนินการโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นและมีฝ่ายบริหารซึ่งเลือกโครงสร้างของคณะกรรมการได้ ๓ ทางเลือก และต้องมีทุนอย่างน้อย ๕๐,๐๐๐ ยูโร รวมทั้งต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจที่เข้มงวด และเฉพาะบริษัทที่เสนอขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์เท่านั้นที่สามารถซื้อหุ้นของตนเองได้ (Treasury Shares) ทั้งนี้ จะมีการถือหุ้นโดยบุคคลเพียงคนเดียวก็ได้ แต่ผู้ถือหุ้นนั้นจะไม่จำกัดความรับผิดชอบในกรณีล้มละลายถ้าไม่ได้เปิดเผยต่อบุคคลภายนอกว่ามีผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียว

(๒) Società a responsabilità limitata (SRL) (Limited Liability Company) กำหนดไว้ตั้งแต่มาตรา ๒๔๖๒ ถึงมาตรา ๒๔๘๓ โดยองค์กรธุรกิจประเภทนี้ไม่มีการแบ่งทุนเป็นหุ้น แต่จะแบ่งเป็นสัดส่วน (quota) โดยต้องมีทุนอย่างน้อย ๑๐,๐๐๐ ยูโร และมีโครงสร้างการบริหารงานที่มีความยืดหยุ่นสูง

^{๕๖} Ibid.

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ (ค.ศ. 2012) ได้มีการออก The Decree-Law No. 179/2012 on “Further Urgent Measures for Italy’s Economic Growth” ซึ่งต่อมาได้รับการรับรองเป็นรัฐบัญญัติ No. 221/2012 โดยกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่เป็นที่รู้จักกันในชื่อว่า Italy’s Startup Act มากกว่า เนื่องจากในหมวด ๙ (Section 9) ของกฎหมายดังกล่าว (มาตรา ๒๕ ถึงมาตรา ๓๒) ได้กำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องในการส่งเสริมธุรกิจ Startup โดยให้มีการนำนวัตกรรมทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีระดับสูงมาใช้ประโยชน์ และหมวด ๑๐ (Section 10) กำหนดให้มี “Desk Italy” ซึ่งเป็นศูนย์ให้บริการเบ็ดเสร็จในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้มาลงทุนในอิตาลี^{๕๗}

นอกจากการมีกฎหมายเพื่อส่งเสริม Startup แล้ว รัฐบาลอิตาลียังกำหนด มาตรการและโครงการสนับสนุนธุรกิจ Startup ภายใต้ Italy’s Startup Act เป็นจำนวน ๑๕ มาตรการและโครงการ ดังนี้^{๕๘}

(๑) Free and digital incorporation เป็นมาตรการลดค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนธุรกิจ โดย Startup สามารถจดทะเบียนธุรกิจและแก้ไขทะเบียนธุรกิจในภายหลังทาง online ได้ทั้งหมด โดยจะเสียเพียงค่าภาษีทั่วไป จำนวน ๓๕๐ ยูโร ซึ่งลดจากค่าใช้จ่ายปกติในการจดทะเบียนธุรกิจที่ประมาณ ๒,๐๐๐ ยูโร

(๒) Exemption from stamp duties and other fees normally due to the Chambers of Commerce ได้รับยกเว้นจากการเสียค่าธรรมเนียมรายปีให้แก่หอการค้าท้องถิ่น

(๓) Exceptions to general company law เป็นมาตรการที่น่าสนใจ เพราะ SRL จะได้รับยกเว้นจากการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายบริษัท ดังนี้ ๑) Startup สามารถสร้าง Class of Shares ได้โดยอิสระ เช่น หุ้นที่ไม่มีสิทธิลงคะแนน หรือหุ้นที่มีสิทธิลงคะแนนเหนือกว่าหุ้นสามัญ ๒) สามารถทำธุรกรรมเกี่ยวกับหุ้นของตนเอง ๓) สามารถออกและใช้เครื่องมือทางการเงินสมัยใหม่ได้ เช่น Stock Options และ Work-for-Equity ซึ่งเป็นการจ่ายเงินค่าหุ้นด้วยแรงงาน และ ๔) สามารถเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปได้

(๔) Extension of the deadline to cover losses เนื่องจากในช่วงแรกของการประกอบธุรกิจจะต้องมีการลงทุนเป็นจำนวนมาก ในกรณีที่ Startup ขาดทุนจนส่วนทุนของบริษัทลดลงเกินกว่า ๑ ใน ๓ ซึ่งตาม Italian Civil Code บริษัทจำกัดจะต้องแก้ไขภายในปีงบการเงินถัดไป กรณีเช่นนี้ Startup จะได้รับการขยายเวลาแก้ไขเพิ่มอีกหนึ่งปี เป็นภายใน ๒ ปีงบการเงินถัดไป

^{๕๗} Italian Ministry of Economic Development, The Italian Startup Act - Italy’s policy framework to support innovative startups - Executive Summary <https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Executive%20summary%20ISA%2007_2019.pdf> accessed 15 August 2022.

^{๕๘} Ibid.

(๕) Derogation from the rules on dummy companies and companies reporting systematic losses มาตรการลงโทษทางภาษีในส่วนที่เกี่ยวกับการสร้างบริษัทบังหน้าที่ไม่ได้มีการประกอบธุรกิจจริง (dummy companies) หรือมีการรายงานรายได้ที่ต่ำผิดปกติ จะได้รับการยกเว้นไม่นำมาใช้กับ Startup

(๖) Exemption from the obligation to affix a conformity visa for VAT credits compensation Startup จะได้รับยกเว้นการเสียและติดอากรแสตมป์ในกรณีที่ต้องการขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มซึ่งมีมูลค่าเกินกว่า ๕,๐๐๐ ยูโร แต่ไม่ถึง ๕๐,๐๐๐ ยูโร

(๗) Tailor-made labor regulations Startup จะได้รับยกเว้นจากข้อกำหนดในสัญญาจ้างแรงงานมาตรฐานตามกฎหมายแรงงาน เช่น Startup สามารถจ้างแรงงานในสัญญาระยะสั้น (fixed-term contracts) และสามารถต่อสัญญาได้โดยไม่จำกัดจำนวนครั้ง และไม่อยู่ภายใต้บังคับของสัดส่วนระหว่างสัญญาจ้างแรงงานระยะสั้นต่อสัญญาจ้างแรงงานถาวร (permanent contracts)

(๘) Possibility of remunerating staff in a flexible way Startup สามารถกำหนดวิธีการจ่ายค่าตอบแทนและวิธีการประเมินผลงานให้กับพนักงานได้อย่างยืดหยุ่นกว่าที่กฎหมายแรงงานกำหนด แต่ทั้งนี้ อัตราโดยรวมจะต้องไม่ต่ำกว่าอัตราค่าแรงขั้นต่ำ

(๙) Remuneration through equity instruments Startup สามารถให้ค่าตอบแทนแก่พนักงานประจำและพนักงาน outsource เป็นหุ้นหรือหุ้นของบริษัท เช่น Stock Options โดยค่าตอบแทนที่ให้เป็นหุ้นดังกล่าวจะไม่ต้องนำไปคำนวณรวมในการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

(๑๐) Tax incentives for equity investors ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่นักลงทุนทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่ลงทุนใน Innovative Startup ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๐ แต่มีข้อสังเกตว่า อิตาลีมีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีน้อยมากเพราะไม่ได้เป็นการยกเว้นภาษีเหมือนกับประเทศอื่น แต่เป็นเพียงให้ค่าลดหย่อนเท่านั้น ดังนี้ ๑) สำหรับบุคคลธรรมดา หักค่าลดหย่อนภาษีเงินได้ (IRPEF) ในอัตราร้อยละ ๓๐ แต่ไม่เกิน ๑ ล้านยูโร ๒) สำหรับนิติบุคคล ไม่ว่าจะเป็นิติบุคคลที่เป็น Startup เองหรือนิติบุคคลที่มาลงทุนใน Startup จะได้รับการหักค่าลดหย่อนภาษีเงินได้ (IRES) ในอัตราร้อยละ ๓๐ แต่ไม่เกิน ๑.๘ ล้านยูโร ทั้งนี้ หลังจากปี พ.ศ. ๒๕๖๐ บุคคลที่ได้รับการลดหย่อนภาษีจะต้องถือหุ้นมาแล้วไม่น้อยกว่า ๓ ปีด้วย (ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ช่วงระยะเวลาของการที่ธุรกิจมีสถานะเป็น Startup จะเพียงแค่ ๕ ปีเท่านั้น การที่ต้องถือหุ้นมาแล้วไม่น้อยกว่า ๓ ปี ทำให้สิทธิในการได้รับการลดหย่อนจะมีเพียง ๒ ปีหลังเท่านั้น)

(๑๑) Fundraising through equity crowdfunding campaigns Startup สามารถระดมทุนทางออนไลน์ผ่าน crowdfunding market ภายใต้การกำกับดูแลของ The Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) ซึ่งทำหน้าที่เช่นเดียวกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของประเทศไทย

(๑๒) Simplified access to the SME Guarantee Fund อิตาลีไม่มีกองทุนของรัฐบาลที่จะให้เงินแก่ Startup โดยตรง แต่ Startup จะได้รับการสนับสนุนให้เข้าถึงแหล่งทุนโดยหน่วยงานที่มีชื่อว่า The Guarantee Fund for Small and Medium Enterprises เป็นผู้ค้ำประกันเงินกู้จากธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินอื่น ๆ ให้แก่ Startup รายละไม่เกิน ๒.๕ ล้านยูโร ซึ่งเป็นการค้ำประกันโดยอัตโนมัติหากเอกสารที่ยื่นขอสินเชื่อมีความถูกต้องครบถ้วน แต่หน่วยงานจะไม่พิจารณาความเป็นไปได้หรือความสามารถในการสร้างรายได้ของกิจการ โดยให้สถาบันการเงินเป็นผู้พิจารณา ทั้งนี้ Startup จะได้รับความช่วยเหลือก่อนองค์กรธุรกิจอื่น ไม่มีค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียม และสถาบันการเงินจะไม่สามารถเรียกร้องหลักประกันเพิ่มเติมในหนี้ส่วนที่หน่วยงานได้ให้หลักประกันแล้ว

(๑๓) Internationalization of startups มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ชื่อว่า The Italian Trade Agency โดยจะอำนวยความสะดวกและเป็นตัวกลางในการประสานงานให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนใน Startup ทำหน้าที่คล้ายกับสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) เพียงแต่จะทำหน้าที่สนับสนุน Startup โดยเฉพาะ

(๑๔) “Fall fast” ในกรณีที่ Startup ไม่ประสบความสำเร็จจะสามารถเลิกกิจการและชำระบัญชีได้สะดวกและรวดเร็วกว่าองค์กรธุรกิจอื่น เช่น ได้รับยกเว้นจากขั้นตอนทั่วไปตามกฎหมายล้มละลาย การเจรจาต่อรองกับเจ้าหนี้ซึ่งโดยปกติแล้วกฎหมายจะบังคับให้ต้องเจรจาต่อรองและทำบันทึกข้อตกลงก่อนที่จะไปศาล นอกจากนี้ ยังได้รับยกเว้นในการชำระบัญชีบางประการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อลดค่าใช้จ่าย ระยะเวลา และตราบาปทางสังคมจากการล้มละลาย

(๑๕) Conversion into an innovative SME คือ หาก Startup ประกอบธุรกิจต่อเนื่อง เมื่อพ้นระยะเวลา ๕ ปีแล้ว Startup จะสามารถแปลงสภาพเป็น Innovative SMEs แต่ยังคงได้รับสิทธิประโยชน์บางประการ เช่น การได้รับยกเว้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายบริษัท (Exceptions to general company law) เช่น การเปลี่ยนแปลงหุ้นในระดับ (class) ต่าง ๆ (ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่น่าสนใจสำหรับประเทศไทยเพราะหากมีการกำหนดสถานะของ Startup ไว้ ๕ ปี แต่ก็ยังได้รับประโยชน์ในบางเรื่องต่อไปได้ หรือเรื่องการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่พนักงานที่มีความยืดหยุ่น (Possibility of remunerating staff in a flexible way) การระดมทุน (Fundraising through equity crowdfunding campaigns) และการได้รับการสนับสนุนจาก Italian Trade Agency เป็นต้น)

สำหรับแหล่งทุนที่ส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup นั้น ประเทศอิตาลีไม่มีกองทุนที่ให้เงินแก่ Startup โดยตรง แต่มีการจัดตั้ง National Innovation Fund (NIF) โดยรัฐบาลอิตาลี (Ministry of Economic Development (MISE)) จะนำเงินประมาณ ๒ พันล้านยูโรไปลงทุนหรือซื้อหุ้นในกองทุน CVC ที่บริหารโดย Cdp Venture Capital SGR แทน ทั้งนี้ ประเทศอิตาลีมีมาตรการภาษีที่ค่อนข้างจำกัด โดยไม่ได้มีการยกเว้นภาษีให้แก่ธุรกิจ Startup แต่เป็นเพียงมาตรการลดหย่อนเพิ่มเติมเท่านั้น^{๕๙}

^{๕๙} Ibid.

II. ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางการสนับสนุนธุรกิจ Startup ของต่างประเทศ

เมื่อได้วิเคราะห์กฎหมายหรือมาตรการส่งเสริมระบบนิเวศ Startup ของประเทศต่าง ๆ ที่ได้อภิปรายในวารสารฉบับที่แล้วและฉบับนี้ อาจพอจะสรุปได้ว่าแนวทางส่งเสริม Startup ในต่างประเทศ แบ่งออกได้เป็น ๒ กลุ่ม คือ

(๑) กลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายรองรับการประกอบธุรกิจ Startup และระบบนิเวศเข้มแข็งอยู่แล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา (Silicon Valley) (Ecosystem อันดับที่ ๑) สหราชอาณาจักร (ลอนดอน) (Ecosystem อันดับที่ ๒) และสิงคโปร์ (Ecosystem อันดับที่ ๑๘) ซึ่งประเทศเหล่านี้มักจะไม่ค่อยมีปัญหาอุปสรรคทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ ขณะเดียวกันก็เป็นประเทศที่มีเทคโนโลยีระดับสูง และมีนักลงทุนจำนวนมาก รัฐบาลจึงมักจะมีบทบาทในการส่งเสริม Startup โดยอ้อมในลักษณะของการร่วมดำเนินการกับนักลงทุนในภาคเอกชนเป็นสำคัญ นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าประเทศเหล่านี้ล้วนแต่ไม่มีการกำหนดบทนิยามของธุรกิจ Startup ไว้ในกฎหมายโดยชัดเจน แต่เป็นเรื่องที่เข้าใจกันได้ในทางธุรกิจ ส่วนในกฎหมายอาจมีเพียงการกำหนดนิยามของวิสาหกิจขนาดเล็กลงและขนาดกลาง (SMEs) เท่านั้น และขณะเดียวกันหน่วยงานของรัฐก็สามารถเลือกให้การสนับสนุนธุรกิจ Startup ที่เข้าเงื่อนไขตรงตามที่หน่วยงานของรัฐต้องการภายใต้ข้อกำหนดเฉพาะในโครงการหรือมาตรการหนึ่ง ๆ โดยไม่ได้มีการอิงกับหลักเกณฑ์ทั่วไปทางกฎหมาย ซึ่งเป็นการดำเนินการพุ่งเป้าไปสู่เป้าหมายเป็นสำคัญ รวมถึงพบว่าประเทศในกลุ่มนี้ยังมีการสนับสนุนปัจจัยสำคัญอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสำเร็จของธุรกิจ Startup ด้วย โดยเฉพาะการผลิตบัณฑิตทางวิทยาศาสตร์และการวิจัย การสนับสนุนสถานที่ประกอบการ การเข้าร่วมลงทุนโดยหน่วยงานของรัฐ การให้คำแนะนำในการประกอบธุรกิจที่มีคุณภาพ การดึงดูดบุคลากรชาวต่างชาติที่มีความสามารถ ตลอดจนมาตรการอื่นที่หลากหลายครอบคลุมวงจรการประกอบธุรกิจของธุรกิจ Startup ในระยะต่าง ๆ

(๒) กลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายยังไม่รองรับการประกอบธุรกิจ Startup หรือระบบนิเวศยังไม่เข้มแข็ง เช่น อินเดีย อิตาลี และอินโดนีเซีย จะพบว่าประเทศในกลุ่มนี้มักจะมีปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ ขณะที่เทคโนโลยียังมีการพัฒนาที่จำกัดเฉพาะในบางสาขา มีนักลงทุนจำนวนไม่มากนัก และปัญหาของการที่ธุรกิจ Startup มักมีการย้ายไปประกอบธุรกิจในประเทศอื่นที่มีระบบนิเวศเข้มแข็งกว่า โดยในประเทศกลุ่มนี้รัฐบาลมักจะเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมธุรกิจ Startup โดยตรง เน้นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้รองรับแนวทางการประกอบธุรกิจและการลงทุนใน Startup ระดับนานาชาติ การใช้มาตรการทางภาษี การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานการวิจัยและนวัตกรรม การปรับปรุงระบบทรัพย์สินทางปัญญา การให้ทุนโดยหน่วยงานของรัฐ การค้ำประกันเงินกู้ยืมโดยสถาบันการเงินของรัฐและการดึงดูดบุคลากรชาวต่างชาติที่มีความสามารถ ในขณะเดียวกันก็มีการกำหนดนิยามความหมายของ Startup ในกฎหมายไว้โดยเฉพาะด้วย

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาความสำเร็จของการส่งเสริมธุรกิจ Startup ของทั้งสองกลุ่มประเทศแล้ว อาจได้ข้อสรุปว่าปัจจัยที่ส่งผลต่อความสำเร็จของ Startup ที่พบได้ในทุกประเทศ ได้แก่ (๑) การทำให้ธุรกิจ Startup ต้องเกิดขึ้นได้ง่าย เติบโตได้เร็ว และเลิกได้ง่าย ทั้งในทางกฎหมายและในการประกอบธุรกิจ (๒) การมีกลไกพัฒนาบุคลากรให้มีความสามารถทางเทคโนโลยี นวัตกรรมและการประกอบการ มีการให้คำแนะนำที่มีประสิทธิภาพ และมีการอำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ (๓) การมีกฎหมายและระบบการเงินที่รองรับวิธีการบริหารจัดการองค์กรธุรกิจและการเงินการลงทุนโดยใช้เครื่องมือสมัยใหม่ โดยลดความเสี่ยงและต้นทุนของผู้ประกอบการและนักลงทุนให้ได้มากที่สุด เช่น การใช้หุ้นบุริมสิทธิ (Preferred Shares) การให้หุ้นกับผู้บริหารและพนักงาน (ESOP/Vesting) การแปลงหนี้เป็นทุน (Convertible Debt) หรือการใช้สัญญาลงทุนมาตรฐานระดับนานาชาติ เช่น SAFE (Simple Agreement for Future Equity) และ KISS (Keep-It-Simple-Security)^{๖๐} (๔) มีมาตรการในการดึงดูดนักลงทุนและแรงงานฝีมือต่างชาติให้เข้ามาทำงานในประเทศ และจุดใจธุรกิจ Startup ที่ประสบความสำเร็จแล้วไม่ให้ย้ายออกไปประกอบกิจการที่ประเทศอื่นและในขณะเดียวกันก็สามารถเป็นต้นแบบให้กับ Startup รุ่นน้องที่จะเดินรอยตามความสำเร็จของ Startup รุ่นพี่เหล่านั้นอย่างมีพลวัตรุ่นสู่รุ่นสืบเนื่องกันต่อไป

จากข้อมูลแนวทางการดำเนินการของต่างประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจะได้นำเสนอแนวทางการนำมาประยุกต์ใช้ในการดำเนินการของประเทศไทยในบทความตอนที่ ๓ ต่อไป

^{๖๐} SAFE (Simple Agreement for Future Equity) จัดทำโดย Y Combinator และ KISS (Keep-It-Simple-Security) เป็นสัญญาที่พัฒนาขึ้นจาก SAFE ซึ่งจัดทำโดย 500 Startup โดยสัญญามาตรฐานทั้งสองรูปแบบมีลักษณะเช่นเดียวกัน คือ ห้ามมิให้คู่สัญญาแก้ไขข้อความใด ๆ โดยคู่สัญญาสามารถใส่ตัวเลขเงินลงทุน ตัวเลขเพดานมูลค่าของกิจการ ณ วันที่ลงทุน อัตราดอกเบี้ย ส่วนลด และวันที่ถึงกำหนดได้เท่าที่น้อยอย่างไรก็ตาม KISS มีลักษณะที่ปกป้องนักลงทุนมากกว่า SAFE โดยสามารถแบ่งได้เป็น ๒ ประเภทย่อย คือ (๑) ประเภทหนี้ (Debt Version/Debt KISS) มีลักษณะเช่นเดียวกับ Convertible Note คือ มีข้อกำหนดเรื่องอัตราดอกเบี้ยซึ่งมักจะกำหนดไว้ร้อยละ ๕ และมีวันถึงกำหนด (maturity date) ในการแปลงมูลค่าการลงทุนเป็นหุ้นบุริมสิทธิหลังจากวันที่ตกลงกันล่วงหน้า ซึ่งมักกำหนดไว้ ๑๘ เดือน และ (๒) ประเภททุน (Equity Version/Equity KISS) มีลักษณะเช่นเดียวกับ SAFE คือ ไม่มีข้อกำหนดอัตราดอกเบี้ยและวันถึงกำหนด เมื่อบริษัทระดมทุนในขั้น Price Round/Equity Round ได้อย่างน้อย ๑ ล้านดอลลาร์สหรัฐ KISS จะแปลงเงินต้นและดอกเบี้ยเป็นหุ้นบุริมสิทธิโดยอัตโนมัติ.

มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ
ในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง
ตอนที่ ๒ : การป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายต่างประเทศกับสิทธิและเสรีภาพ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*

นริศรา แดงไม้**

บทนำ

ในวารสารฉบับที่แล้วผู้เขียนได้นำเสนอหลักการของพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕ เปรียบเทียบกับมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๑๐ พระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. ๒๕๕๙ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ สำหรับตอนที่ ๒ นี้ ผู้เขียนจะขอนำเสนอผลการศึกษากับแนวทางในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายต่างประเทศ มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งจะนำมาสู่การวิเคราะห์มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรงฯ ต่อไป

๑. แนวทางในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายต่างประเทศ^๑

๑.๑ เครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิคตอเรีย ตรากฎหมายชื่อ The Serious Offenders Act 2018 ซึ่งเป็นกฎหมายที่สร้างกระบวนการควบคุม สอดส่อง เฝ้าระวัง หรือคุมขังผู้ที่พ้นโทษจากข้อหาความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้ความรุนแรง (serious sex violence) หรือความผิดที่ใช้ความรุนแรงให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย (serious violence) โดยเฉพาะผู้พ้นโทษที่มีความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำที่ไม่อาจยอมรับได้ (un acceptable risk of re-offending) ซึ่งมุ่งคำนึงถึงความปลอดภัยและการปกป้องสังคมจากการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดและช่วยเหลือส่งเสริมให้มีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยกฎหมายดังกล่าว

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ผู้อำนวยการกองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ ๑๕๗๕/๒๕๖๕), หน้า ๘-๑๐.

ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลฎีกาออกคำสั่งคุมประพฤติภายหลังพ้นโทษ (supervision order) เป็นเวลาไม่เกินสิบห้าปีภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด หรือออกคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ (detention order) เป็นเวลาไม่เกินสามปีในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นมาตรการสุดท้าย (last resort) ที่จะใช้ป้องกันมิให้ผู้พ้นโทษไปกระทำความผิดซ้ำ หรือออกคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน (emergency detention order) เป็นเวลาไม่เกินเจ็ดวันในกรณีที่พบว่าผู้พ้นโทษแสดงถึงพฤติการณ์ใกล้ที่จะกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้ความรุนแรงหรือความผิดที่ใช้ความรุนแรงให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย (imminent risk of committing a serious sex offence or a serious violence offence or both) และไม่มีมาตรการอื่นใดที่ยับยั้งได้ รวมทั้งกำหนดให้มีกระบวนการตรวจสอบความจำเป็นและการปฏิบัติตามคำสั่ง (periodic review) ตามกรอบระยะเวลาที่กำหนดเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

๑.๒ ประเทศแคนาดา

ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา PART XXIV Dangerous Offenders and Long-term Offenders กำหนดให้บุคคลซึ่งตกเป็นจำเลยในคดีอาญาและถูกพิจารณาว่า เป็นผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษที่เป็นภัยร้ายแรง อาจจะต้องรับโทษจำคุกอย่างไม่มีกำหนด แม้ว่าคดีความผิดจะไม่ถูกตัดสินให้รับโทษจำคุกตลอดชีวิตก็ตาม ซึ่งมาตรการที่กำหนดนี้จะใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษซึ่งเป็นภัยร้ายแรง แต่จะไม่ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดฐานฆ่าคนตายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด กฎหมายนี้มีเจตนารมณ์มุ่งเน้นเพื่อป้องกันประชากรแคนาดาทุกคน โดยจะกำหนดจากผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายร้ายแรงและผู้กระทำความผิดทางเพศ และการที่บุคคลคนหนึ่งจะถูกบังคับตามมาตรการสำหรับผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษที่เป็นภัยร้ายแรง (Dangerous Offender) ในระหว่างได้รับการตัดสินลงโทษนั้นต้องแสดงให้เห็นว่า บุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีความเสี่ยงสูงที่จะกระทำความผิดซ้ำหรือมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำในคดีอาญาที่มีฐานความผิดตามที่กฎหมายกำหนดเป็นอาชญากรรมร้ายแรงหรือความผิดอุกฉกรรจ์ และอาจจำเป็นต้องจำคุกหรือควบคุมตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวไว้ตลอดไปจนกว่าความเสี่ยงที่บุคคลนั้นจะกระทำผิดซ้ำหมดไป โดยอาศัยอำนาจศาลในการวินิจฉัยรับรอง นอกจากนี้ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องนี้โดยเพิ่มฐานความผิดที่เป็นการทำร้ายร่างกายอย่างโหดร้าย (serious personal injury offence) เพื่อที่จะใช้เป็นฐานในการกำหนดมาตรการสำหรับผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษที่เป็นภัยร้ายแรงตลอดจนการขยายระยะเวลาที่จะทบทวนมาตรการสำหรับผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษที่เป็นภัยร้ายแรงจากที่ต้องพิจารณาทบทวนใหม่ตามรอบระยะเวลาที่กำหนด

๑.๓ ประเทศเดนมาร์ก

ประเทศเดนมาร์กได้กำหนดมาตรการสำหรับผู้กระทำความผิดหรือจำเลยที่ได้ก่อคดีที่เป็นอาชญากรรมอันตรายร้ายแรง ได้แก่ ฆ่าคนตาย วางเพลิง ทำร้ายร่างกาย ข่มขืน กระทำชำเรา กระทำอนาจารเด็ก หรือปล้นทรัพย์ จะต้องได้รับโทษเพิ่มในลักษณะควบคุมตัวพิเศษ (Custody Sentence (Danish: forvaringsdom)) ซึ่งจะไม่กำหนดระยะเวลาสิ้นสุด

ตามมาตรการดังกล่าวที่จะพิจารณาจากลักษณะนิสัยของผู้กระทำความผิดหรือจำเลยที่มีลักษณะที่เรียกว่า ความประพฤติผิดปกติต่อต้านสังคม (antisocial personality disorder) โดยจะแยกคุมตัวไว้ต่างหากในสถาบันเฉพาะที่เรียกว่า the Institution of Herstedvester ที่ทำหน้าที่เฉพาะในการบำบัดฟื้นฟูนักโทษหรือผู้ถูกคุมตัวจากกิจการราชทัณฑ์หรือการคุมประพฤติของประเทศ โดยจะรับเฉพาะนักโทษร้ายแรงหรือผู้ที่มีปัญหาทางจิต และมาตรการในลักษณะควบคุมตัวพิเศษในเดนมาร์กนี้จะมีระยะเวลาควบคุมตัวโดยเฉลี่ยคือสิบสี่ปีเจ็ดเดือนก่อนที่จะได้รับการปล่อยตัวหรืออภัยโทษ

๑.๔ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal Code) ได้กำหนดประเด็นเกี่ยวกับการจำกัดอิสรภาพเพิ่มเติมของผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษจำคุกแล้ว โดยบัญญัติในลักษณะ ๓ ผลในทางกฎหมายของการปรับใช้ประมวลกฎหมาย (Chapter 3 Legal consequences) หมวด ๖ มาตรการการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมและการป้องกันความรุนแรงจากการกระทำความผิด มาตรา ๖๑ กำหนดวิธีการดำเนินการไว้ ๖ มาตรการย่อย คือ การออกคำสั่งให้นำตัวผู้กระทำความผิดไปรักษาตัวยังโรงพยาบาลทางจิต การออกคำสั่งให้ต้องเข้ารับการรักษาเพิ่มเติมในสถานพยาบาลจากการกระทำความผิดในขณะมีเมามาหรือเสพสารเสพติดต่าง ๆ ที่เป็นอันตรายต่อร่างกาย การออกคำสั่งเพื่อควบคุมตัวหรือกักกันเพื่อเป็นการป้องกันภัยแก่สังคม การควบคุมพฤติกรรมหรือความประพฤติของผู้กระทำความผิด หรือการเฝ้าระวังไม่ให้ผู้กระทำความผิดออกจากรั้วไปกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งเป็นมาตรการเพิ่มเติมจากมาตรการออกคำสั่งเพื่อควบคุมตัวหรือกักกันเพื่อเป็นการป้องกันภัยแก่สังคม การกำหนดลักษณะต้องห้ามในการขับชี่ยานพาหนะ และการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ นอกจากนั้นในการดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการจำกัดอิสรภาพเพิ่มเติมของผู้กระทำความผิด ซึ่งถูกลงโทษจำคุกแล้วจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) ที่ศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนกันระหว่างความรุนแรงของข้อหาหรือฐานความผิดที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้นหรือที่คาดว่าจะก่อขึ้นกับระดับอันตรายที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อสังคม อีกทั้งการดำเนินมาตรการเพื่อควบคุมตัวหรือกักกันเพื่อเป็นการป้องกันภัยแก่สังคมนี้ต้องดำเนินการในสถานที่พิเศษ (institutions) ซึ่งจะสามารถเอื้อประโยชน์ต่อผู้ถูกควบคุมหรือกักกันตัวในการดำเนินการตามแผนฟื้นฟูหรือบำบัดให้เหมาะสมกับลักษณะความผิดที่กำหนดให้ใช้เป็นมาตรการเฉพาะรายกับผู้ถูกควบคุมหรือกักกัน โดยจะต้องดำเนินการอย่างเข้มงวดและเหมาะสมในการบำบัดหรือฟื้นฟูสภาพทางจิตใจและการกลับคืนสู่สังคม

๑.๕ สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามีแนวคิดในเรื่องผู้กระทำความผิดออกจากรั้วหรือนักโทษที่เป็นภัยร้ายแรง (Dangerous Offender) โดยมีกฎหมายเฉพาะเรื่องหลายฉบับ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือกฎหมายเพื่อรักษาความปลอดภัยของชุมชน ที่กำหนดให้

ผู้กระทำความผิดในบางฐานความผิดที่สำคัญซึ่งมีอัตราโทษสูงและมีบัญญัติของกฎหมายที่จะให้ศาลสามารถพิจารณาถึงสภาพความเป็นผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษที่เป็นภัยร้ายแรงตั้งแต่ในขั้นการกำหนดโทษ โดยจะแบ่งระดับความร้ายแรงตามฐานความผิดและอัตราโทษตามที่ศาลจะตัดสิน ซึ่งหลักทั่วไปจะไม่ต่างจากการพิจารณาโทษตามฐานความผิดทางอาญาที่ผู้กระทำความผิดทั่วไปได้กระทำลง แต่สำหรับผู้ที่ถูกศาลกำหนดให้เป็นผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษซึ่งเป็นภัยร้ายแรง จะมีบทบัญญัติเพิ่มเติมให้ต้องพิจารณาถึงสภาวะทางจิต และความเหมาะสม หรือความเป็นได้ที่จะถูกปล่อยตัวหลังจากได้รับโทษเต็มตามหมายจำคุกแล้ว สำหรับผู้ที่ถูกศาลกำหนดให้เป็นผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์หรือนักโทษที่เป็นภัยร้ายแรงนั้น จะมีเงื่อนไขในการพิจารณานอกเหนือไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดแล้วยังต้องพิจารณาถึงความผิดปกติทางจิต (mental disorder) ว่ายังมีสภาพบกพร่องไม่อาจควบคุมตนเองได้อันจะเป็นภัยหรืออาจก่ออันตรายต่อสังคมภายนอกเรือนจำ

๑.๖ สหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำ คือ พระราชบัญญัติกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 2003 (The Criminal Justice Act 2003) และพระราชบัญญัติการลงโทษ ค.ศ. 2020 (The Sentencing Act 2020) โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่จัดว่าเป็น “ผู้กระทำความผิดที่อันตราย” (dangerous offenders) คือ ความผิดที่กระทำด้วยความรุนแรง คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือคดีก่อการร้าย จะอยู่ภายใต้มาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำในสามลักษณะ คือ การขยายระยะเวลาจำคุก การปล่อยตัวภายใต้การพักโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตอย่างแท้จริง และการคุมประพฤติตลอดชีวิต

๑.๗ สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการกำหนดเรื่องการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์กลับมากระทำความผิดซ้ำไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรียกว่า “มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเฉพาะราย” (suivi socio-judiciaire) ใน Subsection 6 ของ Articles 131-36-1 à 131-36-8 ซึ่งประกอบด้วยสองส่วน คือ การแก้ไขฟื้นฟูบำบัด (Injonction de soins) ในขณะรับโทษในเรือนจำหรือภายหลังพ้นโทษที่ศาลอาจออกคำสั่งให้ใช้การบำบัดทางการแพทย์โดยการใช้อาหรือนสารเคมีจะกระทำต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้กระทำความผิด และการเฝ้าระวัง (Mesure de surveillance) ผู้กระทำความผิดซึ่งพ้นโทษแล้วแต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขคุมประพฤติภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยหากผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนเงื่อนไขที่ศาลกำหนด จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี (délit) และจะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีสำหรับผู้กระทำความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป (crime)

๒. มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕ ได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรงตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ โดยผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้รับการถูกจำคุกตามคำพิพากษาจนพ้นกำหนดโทษ และจะได้รับการปล่อยตัวสู่สังคม แต่กฎหมายกำหนดให้ผู้นั้นต้องเข้าสู่มาตรการเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ได้แก่ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด การเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ การคุมขังภายหลังพ้นโทษ และการคุมขังฉุกเฉิน ซึ่งเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้ต้องคำสั่งดังกล่าว ดังต่อไปนี้

๒.๑ กระบอบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล โดยการจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติตามมาตรา ๒๘ วรรคหนึ่งและวรรคสอง^๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๒.๒ กระบอบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล โดยบุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ตามมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง^๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และหลักการดังกล่าวยังเป็นหลักอาญาที่สำคัญที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา ๒ วรรคหนึ่ง^๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ด้วยว่า “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (nullum

^๒ มาตรา ๒๘ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

๑๓๓

๑๓๓

^๓ มาตรา ๒๙ บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี

๑๓๓

๑๓๓

^๔ มาตรา ๒ บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

๑๓๓

๑๓๓

crimen, nulla poena, sine lege) ซึ่งมีผลว่าการกำหนดความผิดอาญาต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยชัดแจ้งทั้งการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดและทั้งโทษที่จะพึงมี สำหรับการกระทำความผิด ต่อกฎหมายนั้น เหตุนี้การตีความกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษอาญานั้น ตามปกติจะต้องตีความโดยเคร่งครัด^๕

๒.๓ กระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามมาตรา ๓๒^๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หมายความว่า สิทธิในการดำเนินชีวิตของบุคคลผู้หนึ่งในสังคมที่เขาอยู่อาศัยอย่างมีความสงบ โดยปราศจากการเข้ารบกวน หรือนำไปเปิดเผยต่อสาธารณชนที่จะทำให้เกิดความรู้สึกรำคาญ เบื่อหน่าย หรือสูญเสียศักดิ์ศรีในความเป็นตัวเอง ในการดำเนินชีวิตเช่นนั้น ทั้งนี้ ความหมายของการดำเนินชีวิตของบุคคลมีการดำเนินได้หลากหลายรูปแบบ โดยคำนึงถึงสภาพการปกครองในสังคม การเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม เทคโนโลยี ความก้าวหน้า และยุคสมัยเป็นองค์ประกอบ^๗

๒.๔ กระทบต่อเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ตามมาตรา ๓๘^๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๓. การวิเคราะห์มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นมาตรการป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและที่ใช้ความรุนแรง ได้แก่ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด การเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ การคุมขังภายหลังพ้นโทษ การคุมขังฉุกเฉิน เมื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เช่น วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา วิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามกฎหมายว่าด้วยวิธี

^๕ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๙, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ. ๒๕๓๖, หน้า ๓๑.

^๖ มาตรา ๓๒ บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อยุติการกระทำความผิดหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

^๗ ทิพาพร นະมาร์ท, สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, พ.ศ. ๒๕๕๑, หน้า ๑๐.

^๘ มาตรา ๓๘ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

ปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรการคุมประพฤติและแก้ไขฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติ มาตรการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังให้ กลับตนเป็นคนดีตามกฎหมายว่าด้วยการราชทัณฑ์ มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ตามแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงการพิจารณาผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพบุคคล ตามรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้เขียนขอเสนอข้อมูลที่เป็นประเด็นสำคัญและน่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ศึกษา กฎหมายฉบับนี้ ดังต่อไปนี้

๓.๑ การกำหนดชื่อกฎหมายว่า “พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕” เป็นกรณีที่ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) แก้ไขเพิ่มเติมชื่อกฎหมายให้ตรงกับเนื้อหาและสาระสำคัญของตัวบทกฎหมายซึ่งกำหนดมาตรการที่ใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในหลายมาตรการ โดยแต่ละมาตรการมีหลักคิดและกระบวนการตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การแก้ไขฟื้นฟู ผู้กระทำผิด การเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ การคุมขังภายหลังพ้นโทษ และการคุมขังฉุกเฉิน เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่จิตใจ ไม่ปกติหรือมีพฤติการณ์ที่ต้องได้รับการแก้ไข โดยมาตรการตามกฎหมายฉบับนี้มีหลักคิด เช่นเดียวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นการบัญญัติวิธีการ เพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายเฉพาะคือตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อป้องกันสังคมจากการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง

๓.๒ ความว่า “การกระทำความผิดซ้ำ” ตามพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง การกระทำความผิดซ้ำในฐานความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรงตามมาตราหนึ่งมาตราใด ตามที่ได้ระบุไว้ในมาตรา ๓ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์ในการกำหนดมาตรการ เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งมาตรการดังกล่าว ได้แก่ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ และ มาตรการคุมขังฉุกเฉิน โดยมาตรการข้างต้นถือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายฉบับนี้ ที่จะป้องกันสังคมจากปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้น จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ากระทำความผิดซ้ำ ตามฐานความผิดเดิมหรือไม่ เพียงมีการกระทำความผิดซ้ำไม่ว่าจะความผิดใดตามที่ได้ระบุไว้ใน มาตรา ๓ จะต้องเข้าสู่มาตรการป้องกันเพื่อมิให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดซ้ำอีก

๓.๓ กำหนดบทนิยามคำว่า “คุมขัง” หมายความว่า การควบคุมนักโทษเด็ดขาด ภายหลังพ้นโทษหรือผู้ถูกเฝ้าระวังไว้ในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำไว้ใน มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้ โดยนำแนวทางการยกเว้นมาจากบทนิยามคำว่า “กักกัน” ตามมาตรา ๔๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือ การควบคุมผู้กระทำความผิดติดนิสัยไว้ใน เขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อดัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ ซึ่งการคุมขัง ตามพระราชบัญญัตินี้ คือ การนำบุคคล ได้แก่ นักโทษเด็ดขาดและผู้ถูกเฝ้าระวังไปควบคุม ตามมาตรการที่กฎหมายกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ และการใช้ถ้อยคำว่า “คุมขัง”

หมายความว่า การควบคุมนักโทษเด็ดขาดเพื่อให้ความเชื่อมโยงไปยังการควบคุมตามที่กำหนดไว้ในบทนิยามคำว่า “คุมขัง” ตามมาตรา ๑ (๑๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า คุมตัวควบคุม ขัง กักขัง หรือจำคุก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ใดหลบหนีไปในระหว่างที่ถูกคุมขังตามอำนาจของศาล ของพนักงานอัยการ ของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา ผู้นั้นมีความผิดฐานหลบหนีที่คุมขังและต้องรับโทษตามมาตรา ๑๙๐^๙ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

๓.๔ การระบุฐานความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ คือ ความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรงนำแนวทางมาจากกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ The Serious Offenders Act 2018 ของรัฐวิกตอเรีย เครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำซ้ำใน “ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้ความรุนแรง” (serious sex violence) และ “ความผิดที่ใช้ความรุนแรงให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย” (serious violence)^{๑๐} ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับพระราชบัญญัติกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. ๒๐๐๓ (The Criminal Justice Act 2003) ของสหราชอาณาจักร ที่กำหนดบทนิยามคำว่า “ผู้กระทำความผิดที่อันตราย” (dangerous offender) หมายความว่า ผู้กระทำความผิดตามฐานความผิดที่บัญญัติไว้ใน Schedule 15B แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้แก่ คดีฆาตกรรม ทำร้ายร่างกายสาหัส การใช้ระเบิดกระทำความผิด อาวุธปืน ใช้อาวุธขัดขืนการจับกุม พกพาอาวุธเพื่อกระทำความผิด ความผิดลักทรัพย์โดยมีอาวุธ ครอบครองภาพอนาจารเด็ก ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ข่มขืนกระทำชำเรา อนาจารโดยการสอดใส่ เป็นรัฐจัดหาให้มีการร่วมประเวณีโดยไม่ยินยอม

^๙ มาตรา ๑๙๐ ผู้ใดหลบหนีไประหว่างที่ถูกคุมขังตามอำนาจของศาล ของพนักงานอัยการ ของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดดังกล่าวมาในวรรคแรกได้กระทำโดยแหกที่คุมขัง โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือโดยขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่สามคน ขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ในสองวรรคก่อนข้างหนึ่ง

^{๑๐} “ความผิดออกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง” มีที่มาจากคำว่า “ความผิดเกี่ยวกับเพศที่รุนแรง” (serious sexual offences) ใน schedule 1 และ “ความผิดที่ใช้ความรุนแรงให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย”(serious violence offences) ใน schedule 2 แห่ง The Serious Offenders Act 2018. ซึ่งศาลอาจสั่งให้มีการคุมประพฤติแบบพิเศษภายหลังพ้นโทษ (supervision orders) หรือคุมขังภายหลังพ้นโทษได้ (detention order)

ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมที่ ปกป้อง ศรีสนิท, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการจ้างเหมาบริการผู้เชี่ยวชาญเพื่อศึกษา “แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันอันตรายจากผู้กระทำความผิดหรือผู้พ้นโทษที่มีพฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคมระยะที่ ๑” เสนอสำนักงานกิจการยุติธรรม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พ.ศ. ๒๕๖๔), หน้า ๑๒๘.

ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก เอาคนลงเป็นทาส บังคับใช้แรงงาน ค้ำมนุษย์ กำหนดให้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำกับผู้กระทำความผิดที่กระทำด้วยความรุนแรง หรือคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือคดีก่อการร้าย อีกทั้งยังสอดคล้องกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่เข้าข่ายจะใช้มาตรการ suivi socio judiciaire จะถูกกำหนดไว้ในฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส แยกเป็นกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศและกลุ่มความคิดที่ใช้ความรุนแรง ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กระทำอนาจาร ความผิดฐานกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ความผิดฐานล่อลวงเด็ก ความผิดฐานทำหรือเผยแพร่ภาพลามกเด็ก ความผิดฐานทำหรือเผยแพร่ภาพลามกเฉพาะที่เป็นสื่อรุนแรงหรือสื่อที่กระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความผิดฐานฆาตกรรมและวางยาพิษ ความผิดฐานลักพาตัว ความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส ความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหาย ความผิดฐานทำร้ายร่างกายสาหัส^{๑๑}

สำหรับการระบุฐานความผิดที่ให้นำมาตรการตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับจะเป็นความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติฯ สามารถแบ่งกลุ่มความผิดอาญาได้ ๒ กลุ่ม คือ กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ ความผิดตามมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ มาตรา ๒๗๙ มาตรา ๒๘๓ ทวิ มาตรา ๒๘๔ และกลุ่มที่สอง กลุ่มความผิดที่ใช้ความรุนแรง ได้แก่ ความผิดต่อชีวิต คือ ความผิดตามมาตรา ๒๘๘ มาตรา ๒๘๙ และมาตรา ๒๙๐ ความผิดต่อร่างกาย คือ ความผิดตามมาตรา ๒๙๗ และมาตรา ๒๙๘ และความผิดต่อเสรีภาพ คือ ความผิดตามมาตรา ๓๑๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งความผิดตามที่กล่าวมาเป็นฐานความผิดหลัก เช่น การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา ๒๗๖ วรรคหนึ่ง หรือมาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ซึ่งไม่ใช่ฐานความผิดที่เป็นเหตุเพิ่มโทษ กล่าวคือไม่ใช่ฐานความผิดที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลของการกระทำความผิดนั้น เช่น การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ผู้นั้นรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา ๒๗๗ ทวิ^{๑๒}

เมื่อพิจารณาฐานความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง เทียบเคียงกับฐานความผิดซึ่งผู้กระทำความผิดได้กระทำลงตามที่กำหนดไว้ในวิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีกักกันตามมาตรา ๔๑^{๑๓} แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายกลาง

^{๑๑} อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๗, หน้า ๑๒๘ - ๑๓๐.

^{๑๒} มาตรา ๒๗๗ ทวิ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๖ วรรคหนึ่ง หรือมาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(๑) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(๒) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

^{๑๓} มาตรา ๔๑ เมื่อศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉินแล้ว ให้พนักงานคุมประพฤติดำเนินการให้มีการเสนอความเห็นไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาเสนอต่อศาลให้มีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษที่ศาลมีคำสั่งตามหมวด ๔ หรือเพื่อเสนอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามหมวด ๕ เพื่อป้องกันผู้ถูกคุมขังฉุกเฉินกระทำความผิดซ้ำ

ที่กำหนดโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ใช้เป็นการทั่วไปได้กำหนดฐานความผิดไว้หลากหลายซึ่งจะสามารถใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้กว้างขวาง แต่การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยกับผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะต้องปรากฏด้วยว่าผู้กระทำความผิดนั้นเป็นผู้เคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้วหรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้ง และภายในเวลาสิบปีนับแต่วันที่พ้นจากการกักกันหรือพ้นโทษซึ่งผู้นั้นได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ระบุไว้ในอีกจนศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนสำหรับการกระทำความผิด ทั้งนี้ ศาลอาจถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยและจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้ โดยจะนำตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวมาควบคุมตัวไว้ในเขตกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิด ตัดนิสัย และฝึกหัดอาชีพ การกำหนดให้บุคคลต้องกระทำความผิดมากกว่าสองครั้งและความผิดที่หลากหลาย จึงเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาเพื่อเข้าสู่วิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีกักกันซึ่งแตกต่างจากการใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่กำหนดให้ความผิดตามที่กฎหมายระบุเป็นความผิดอาญาร้ายแรงและผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลจิตใจไม่ปกติหรือมีพฤติการณ์บางอย่างที่ต้องได้รับการแก้ไข ถึงแม้ว่าผู้นั้นจะได้กระทำความผิดเพียงครั้งเดียวก็ตาม

๓.๕ การกำหนดให้มีคณะกรรมการสองคณะในกฎหมาย ได้แก่ คณะกรรมการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานกรรมการฯ มีหน้าที่และอำนาจกำหนดนโยบายและแผนการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดรวมทั้งให้ความเห็นเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่คณะรัฐมนตรีขอให้พิจารณา (มาตรา ๘ และมาตรา ๑๒)^{๙๔} และคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำ

^{๙๔} มาตรา ๘ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ” ประกอบด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงมหาดไทย อธิบดีกรมการปกครอง อธิบดีกรมการแพทย์ อธิบดีกรมราชทัณฑ์ อธิบดีกรมสุขภาพจิต ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม อัยการสูงสุด และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ หรือมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านกฎหมาย ด้านอาชญาวิทยา ด้านพันธุวิทยา ด้านการบริหารงานยุติธรรม ด้านสังคมวิทยา และมานุษยวิทยา ด้านสังคมสงเคราะห์ ด้านจิตวิทยา ด้านจิตเวชศาสตร์ หรือด้านอื่น ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำจำนวนไม่เกินห้าคน เป็นกรรมการ

ให้อธิบดีเป็นกรรมการและเลขานุการ และให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการในกรมคุมประพฤติจำนวนหนึ่งคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ และให้อธิบดีกรมราชทัณฑ์แต่งตั้งข้าราชการในกรมราชทัณฑ์จำนวนหนึ่งคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา ๑๒ คณะกรรมการมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดนโยบายและแผนการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ รวมทั้งพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่คณะรัฐมนตรีขอให้พิจารณา

ความผิดซ้ำ ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจแต่งตั้งคณะหนึ่งหรือหลายคณะ โดยมีรองปลัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งปลัดกระทรวงยุติธรรมมอบหมายเป็นประธานกรรมการ มีหน้าที่และอำนาจพิจารณา กำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ และปฏิบัติการอื่นตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗)^{๑๕} ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการของฝ่ายบริหารที่จะพิจารณากำหนดมาตรการและยื่นคำร้องเสนอให้ศาลพิจารณาออกคำสั่งว่าสมควรใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำกับผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนด

๓.๖ วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นมาตรการที่นำมาใช้กับบุคคลซึ่งมีสภาพที่อาจเป็นอันตรายต่อสังคม โดยมีวัตถุประสงค์ ๓ ประการ คือ (๑) เพื่อป้องกันการกระทำความผิดได้แก่ กักกันและห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง (๒) เพื่อตัดนิสัยและเพื่อฝึกอาชีพ ได้แก่ กักกัน และ (๓) เพื่อความปลอดภัยของประชาชน ได้แก่ ห้ามเข้าเขตกำหนด เรียกประกันทัณฑ์บน และคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของโทษอาญาเทียบกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย เห็นได้ว่า ถึงแม้ว่าโทษจะเป็นการเพ่งเล็งถึงการป้องกันมิให้เกิดความผิดขึ้นในอนาคตเช่นเดียวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่ยังมุ่งประสงค์ที่จะทดแทนความผิดที่ได้กระทำขึ้น

(๒) ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งให้คำแนะนำแก่คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ กรมคุมประพฤติ และกรมราชทัณฑ์ในการออกระเบียบหรือปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

(๓) ให้คำปรึกษา ข้อคิดเห็น และข้อเสนอแนะแก่ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ และองค์กรต่าง ๆ เกี่ยวกับการบริหารและการดำเนินงานป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

(๔) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการหรือตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย

^{๑๕} มาตรา ๑๖ ให้รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่งหรือหลายคณะ เรียกว่า “คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ” ประกอบด้วย รองปลัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งปลัดกระทรวงยุติธรรมมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกรมคุมประพฤติ ผู้แทนกรมราชทัณฑ์ และผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นกรรมการ โดยให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการในกรมคุมประพฤติ เป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการจำนวนไม่เกินสองคน

มาตรา ๑๗ คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(๑) พิจารณากำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๓ และมาตรา ๒๗

(๒) พิจารณากำหนดมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๔ และมาตรา ๓๔

(๓) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่พระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ หรือตามที่คณะกรรมการ หรือรัฐมนตรีมอบหมาย

แล้วนั้นด้วย ส่วนวิธีการเพื่อความปลอดภัยแห่งสิ่งแวดล้อมเฉพาะสภาพในตัวบุคคลที่น่าจะเป็นภัยแก่ผู้อื่น โดยไม่คำนึงถึงจิตใจอันชั่วร้ายของเขา สำหรับมูลเหตุที่ต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดที่แห่งสิ่งแวดล้อมบุคคลซึ่งกระทำโดยวิธีลวงโทษให้หลบจำ ไม่ได้ผลเพียงพอ การลงโทษมีระยะเวลาจำกัดสั้นเกินไป ไม่ได้ผลในทางตัดนิสัยผู้ต้องโทษ จะต้องมีการกักกันผู้นั้นต่อไปเป็นระยะเวลาอีกนานพอสมควรเพื่อมีเวลาตัดนิสัย ซึ่งการลงโทษจะทำได้ ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว ก่อนที่ผู้ใดจะได้กระทำความผิดขึ้นถึงแม้ว่าจะมีพฤติการณ์ที่น่ากลัวอันตรายแสดงว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดขึ้นก็ดี ยังไม่มีทางที่จะลงโทษผู้นั้นได้ จึงต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อที่จะปฏิบัติต่อผู้นั้นที่น่าจะกระทำผิดขึ้นในอนาคต^{๑๖}

เนื่องจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ใช่โทษและผู้กระทำความผิดซึ่งถูกดำเนินการตามมาตรการนี้ไม่ใช่นักโทษ จึงไม่อาจปฏิบัติกับบุคคลดังกล่าวเสมือนเป็นนักโทษได้ นอกจากนี้ไม่อาจนำหลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หรือ “nullum crimen, nulla poena sine lege” อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา กรณีกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังมาใช้บังคับกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้^{๑๗} กล่าวคือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่อยู่ในบังคับตามมาตรา ๒^{๑๘} แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่ว่าการลงโทษต้องใช้กฎหมายในขณะที่กระทำความผิด โดยกฎหมายไม่บังคับย้อนหลังในทางเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิด แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยจะใช้กฎหมายในขณะที่ศาลพิพากษาตามมาตรา ๑๒^{๑๙} แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีผลให้ใช้กฎหมายย้อนหลังแก่ผู้กระทำความผิดได้

๓.๗ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามหมวด ๓ แห่งพระราชบัญญัตินี้ นำแนวคิดมาจากมาตรการ *suvi socio-judiciaire* หรือมาตรการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรงกลับมากระทำความผิดซ้ำ^{๒๐} ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส Subsection 6, Articles 131-36-1 ถึง Articles 131-36-8 ที่กำหนดมาตรการใช้แก้ไขบำบัดเฉพาะรายกับผู้กระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรงในขณะที่รับโทษในเรือนจำและภายหลังพ้นโทษ และ Articles 131-36-4 กำหนดมาตรการแก้ไขฟื้นฟูบำบัด (*injunction de soins*) ผู้กระทำความผิดร้ายแรง

^{๑๖} จิตติ ติงศรัทธี, กฎหมายอาญา ภาค ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๙, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ. ๒๕๓๖, หน้า ๑๐๒๘-๑๐๓๑.

^{๑๗} ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ ๔๖ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๖๕), หน้า ๔๘.

^{๑๘} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๔, ข้างต้น

^{๑๙} มาตรา ๑๒ วิธีการเพื่อความปลอดภัยจะใช้บังคับแก่บุคคลใดได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ใช้บังคับได้เท่านั้น และกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นให้ใช้กฎหมายในขณะที่ศาลพิพากษา

^{๒๐} ปกป้อง ศรีสนิท, แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันอันตรายจากผู้กระทำความผิดหรือผู้พ้นโทษที่มีพฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคมระยะที่ ๑ *Legal Development to Prevent Danger from Offenders or Ex-Prisoners Who have Harmful Behaviours to Society, Phase 1*, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. ๒๕๖๕, หน้า ๕๐๔-๕๓๑.

บางกรณีที่อาจต้องใช้มาตรการทางการแพทย์ที่จำเป็นต้องใช้ยาหรือสารเคมี รวมทั้งการลดหรือระงับความรู้สึกทางเพศ (chemical castration) ซึ่งต้องได้รับความยินยอมจากผู้กระทำความผิด (informed consent)^{๒๑}

สำหรับการนำมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับ ต้องให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย (Individualization) โดยในชั้นการฟ้องคดีอาญาเพื่อให้ผู้กระทำความผิดรับโทษ ให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในระหว่างรับโทษจำคุกเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งศาลจะพิจารณาสำนวนการสอบสวนของพนักงานอัยการ การรับฟังคำคัดค้านจากผู้กระทำความผิด หรือให้พนักงานคุมประพฤติดำเนินการสืบเสาะผู้กระทำความผิด เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมแต่ละราย ได้แก่ มาตรการทางการแพทย์และมาตรการอื่นตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนดในกฎกระทรวง โดยข้อเสนอแนะของคณะกรรมการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามมาตรา ๑๙^{๒๒}

โดยมาตรา ๑๙ แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดเฉพาะขั้นตอนการดำเนินการของพนักงานอัยการที่ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในระหว่างรับโทษจำคุกเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำโดยจะขอรวมกันไปในการฟ้องคดีความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ หรือก่อนศาลมีคำพิพากษาเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการ

^{๒๑} ตารางเปรียบเทียบร่างกฎหมายและคำอธิบายร่างพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม, หน้า ๔.

^{๒๒} มาตรา ๑๙ ในคดีที่มีการฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ให้พนักงานอัยการมีอำนาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในระหว่างรับโทษจำคุกเพื่อป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำ โดยจะขอรวมกันไปในการฟ้องคดีดังกล่าวหรือก่อนศาลมีคำพิพากษาก็ได้

มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้แก่

(๑) มาตรการทางการแพทย์

(๒) มาตรการอื่นใดตามที่รัฐมนตรีกำหนดในกฎกระทรวงโดยข้อเสนอแนะของคณะกรรมการการมีคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งความรุนแรงของคดี สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ประวัติการกระทำความผิด ภาวะแห่งจิต นิสัย และลักษณะส่วนตัวอื่นของผู้กระทำความผิด ความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคม โอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ และการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

ในการไต่สวนศาลอาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการเพื่อประกอบการพิจารณารับฟังคำคัดค้านของผู้กระทำความผิด หรือมีคำสั่งให้พนักงานคุมประพฤติดำเนินการสืบเสาะและพินิจตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติก็ได้

ให้ศาลระบุเหตุผลในการออกคำสั่งพร้อมทั้งคำสั่งให้ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไว้ในคำพิพากษาและให้ระบุคำสั่งไว้ในหมายจำคุกด้วย

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการออกคำสั่งของศาล ให้เป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา

ตามกฎหมายอื่นไว้ ได้แก่ การดำเนินการของพนักงานสอบสวนที่จะต้องรวบรวมข้อมูลและพยานหลักฐานต่างๆ ตามมาตรา ๑๓๑^{๒๓} และมาตรา ๑๓๘^{๒๔} แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งพนักงานสอบสวนจะต้องดำเนินการสืบสวนสอบสวนให้ได้สำนวนการสอบสวนซึ่งมีการรวบรวมข้อมูลพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา และมีน้ำหนักเพียงพอที่พนักงานอัยการจะยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งพนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนเองหรือส่งประเด็นไปสอบสวนเพื่อทราบความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติอันเป็นอาชญาของผู้ต้องหา แต่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบข้อความทุกข้อที่ได้มา ส่วนคำว่า “มีอำนาจ” นั้นย่อมหมายความว่า “มีหน้าที่” ด้วย พนักงานสอบสวนจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

๓.๘ สำหรับการดำเนินการตามมาตรการทางการแพทย์เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่ศาลมีคำสั่งตามมาตรา ๑๘ (๑) นั้น ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) กำหนดให้ดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างน้อยสองคนซึ่งมีความเห็นพ้องต้องกัน หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเห็นว่าจำเป็นต้องมีการใช้ยาให้กระทำได้เฉพาะเมื่อผู้กระทำความผิดยินยอม ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้มาตรการทางการแพทย์ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อย่างไรก็ตาม ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ วุฒิสภา ได้มีการปรับแก้ไขให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างน้อยสองคนจะต้องเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในสาขาจิตเวชศาสตร์และสาขาอายุศาสตร์อย่างน้อยสาขาละหนึ่งคนซึ่งมีความเห็นพ้องต้องกัน หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเห็นว่า มีความจำเป็นต้องมีการใช้ยาหรือด้วยวิธีการรูปแบบอื่นที่ใช้ในการแก้ไขฟื้นฟูจะกระทำต่อเมื่อผู้กระทำความผิดยินยอม เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น โดยเห็นควรกำหนดสาขาความรู้ความเชี่ยวชาญของแพทย์ซึ่งเป็นผู้ใช้มาตรการดังกล่าวให้ชัดเจนว่า เป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในสาขาจิตเวชศาสตร์และสาขาอายุศาสตร์อย่างน้อยสาขาละหนึ่งคน และมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนอกจากการใช้ยาแล้วเห็นควรเพิ่มกรณีการใช้วิธีการรูปแบบอื่นด้วยเพื่อให้ครอบคลุมถึงวิธีการแก้ไขฟื้นฟูทั้งหมด ซึ่งทุกวิธีต้องได้รับความยินยอมจากผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ต้องใช้มาตรการดังกล่าวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้กระทำความผิด เช่น พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑ ส่วนที่ ๒ ผู้ป่วยคดี^{๒๕} มาตรา ๓๗

^{๒๓} มาตรา ๑๓๑ ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา

^{๒๔} มาตรา ๑๓๘ พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนเองหรือส่งประเด็นไปสอบสวนเพื่อทราบความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติอันเป็นอาชญาของผู้ต้องหา แต่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบข้อความทุกข้อที่ได้มา

^{๒๕} มาตรา ๓ พระราชบัญญัตินี้

วรรคหนึ่ง^{๒๖} ที่กำหนดให้ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ส่งผู้ป่วยคดีไปคุมตัวหรือรักษาไว้ในสถานพยาบาล ตามมาตรา ๔๘^{๒๗} และมาตรา ๔๙ วรรคสอง^{๒๘} แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือตาม มาตรา ๒๔๖ (๑)^{๒๙} แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ศาลส่งสำเนาคำสั่ง ไปพร้อมกับผู้ป่วยคดีและให้สถานบำบัดรักษารับผู้ป่วยคดีไว้ควบคุมและบำบัดรักษาโดยไม่ต้อง ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยคดี จึงได้กำหนดข้อยกเว้นการใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวไว้ด้วยในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติ เป็นอย่างอื่น (มาตรา ๒๑ วรรคหนึ่ง) นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมโดยข้อเสนอแนะ ของคณะกรรมการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำมีอำนาจออกกฎกระทรวงการกำหนดมาตรการอื่น เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดด้วยเช่นกัน (มาตรา ๑๙ วรรคหนึ่ง)

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการนำมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด กรณีมาตรการทางการแพทย์ตามที่กล่าวมาข้างต้นเทียบเคียงกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย

ฯลฯ

ฯลฯ

“ผู้ป่วยคดี” หมายความว่า ผู้ป่วยที่อยู่ระหว่างการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณา ในคดีอาญา ซึ่งพนักงานสอบสวนหรือศาลสั่งให้ได้รับการตรวจหรือบำบัดรักษา รวมทั้งผู้ป่วยที่ศาลมีคำสั่งให้ ได้รับการบำบัดรักษาภายหลังมีคำพิพากษาในคดีอาญาด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๒๖} มาตรา ๓๗ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ส่งผู้ป่วยคดีไปคุมตัวหรือรักษาไว้ในสถานพยาบาล ตามมาตรา ๔๘ และมาตรา ๔๙ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือตามมาตรา ๒๔๖ (๑) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ศาลส่งสำเนาคำสั่งไปพร้อมกับผู้ป่วยคดี และให้สถานบำบัด รักษาผู้ป่วยคดีรับผู้ป่วยคดีไว้ควบคุมและบำบัดรักษาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๒๗} มาตรา ๔๘ ถ้าศาลเห็นว่าควรปล่อยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่ต้อง รับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา ๖๕ จะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ ในสถานพยาบาลก็ได้ และคำสั่งนี้ศาลจะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้

^{๒๘} มาตรา ๔๙ ในกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกหรือพิพากษาว่ามีความผิดแต่รอ การกำหนดโทษหรือรอการลงโทษบุคคลใด ถ้าศาลเห็นว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเสพยา สุราเป็นอาชญา หรือการเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษ ศาลจะกำหนดในคำพิพากษาว่าบุคคลนั้นจะต้องไม่เสพยา สุราเสพติดให้โทษอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่างภายในระยะเวลาไม่เกินสองปีนับแต่วันพ้นโทษ หรือ วันปล่อยตัวเพราะรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ได้

ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวในวรรคแรกไม่ปฏิบัติตามที่ศาลกำหนด ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ใน สถานพยาบาลเป็นเวลาไม่เกินสองปีก็ได้

^{๒๙} มาตรา ๒๔๖ เมื่อจำเลย สามมี ภริยา ญาติของจำเลย พนักงานอัยการ ผู้บัญชาการเรือนจำ หรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่จัดการตามหมายจำคุกร้องขอ หรือเมื่อศาลเห็นสมควร ศาลมีอำนาจสั่งให้ทุเลา การบังคับให้จำคุกไว้ก่อนจนกว่าเหตุอันควรทุเลาจะหมดไป ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) เมื่อจำเลยวิกลจริต

ฯลฯ

ฯลฯ

กรณีการคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลตามมาตรา ๔๘ และมาตรา ๔๙ แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะมีความแตกต่างกัน จึงไม่อาจนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีการคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล ดังกล่าวมาใช้กับผู้กระทำความผิดซึ่งได้รับการแก้ไขฟื้นฟูตามพระราชบัญญัตินี้ได้ กล่าวคือ การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา ในกรณีที่ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดแล้วเห็นว่าความปลอดภัยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรคลจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษจะไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลอาจสั่งให้ส่งผู้นั้นไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล (มาตรา ๔๘) จนกว่าจะหาย^{๓๐} หรือกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก หรือพิพากษาว่าบุคคลใดมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ และเห็นว่าบุคคลกระทำความผิดเนื่องจากการเสพสุราเป็นอาชญาหรือเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษ ศาลอาจกำหนดในคำพิพากษาว่าบุคคลนั้นจะต้องไม่เสพสุราหรือยาเสพติดให้โทษภายในเวลาไม่เกินสองปีนับแต่วันพ้นโทษหรือวันปล่อยตัวเพราะรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ ถ้าไม่ปฏิบัติตามที่ศาลกำหนด ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเป็นเวลาไม่เกินสองปีก็ได้ (มาตรา ๔๙) แต่การใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดกรณีมาตรการทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นกรณีที่พนักงานอัยการขอให้ศาลมีคำสั่งใช้มาตรการดังกล่าวในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดรับโทษจำคุก เพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำอีก (มาตรา ๑๙ วรรคหนึ่ง)

นอกจากนี้ในการดำเนินงานของกรมคุมประพฤติตามมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติ คุมประพฤติ พ.ศ. ๒๕๕๙ ที่กำหนดให้อำนาจพนักงานคุมประพฤติสืบเสาะและพินิจและ คุมความประพฤติผู้ถูกคุมความประพฤติให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามคำสั่งหรือหนังสือแจ้ง ของศาล หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ รวมทั้งการใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยกฎหมายให้อำนาจพนักงานคุมประพฤติในการดำเนินการดังกล่าว เพื่อให้ผู้ถูกคุม ความประพฤติปฏิบัติตามเงื่อนไขและสามารถแก้ไขปรับปรุงตนเองได้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ ในการคุมความประพฤติตลอดจนการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและการป้องกันอาชญากรรม ในสังคมด้วยเช่นกัน แต่เนื่องจากมีข้อจำกัดการใช้มาตรการตามกฎหมายที่ใช้ได้แต่เฉพาะกับ ผู้ที่ได้รับการรอการลงโทษตามคำพิพากษา ผู้ที่อยู่ในเงื่อนไขการปล่อยชั่วคราว หรือผู้ที่ได้รับคำสั่ง พักการลงโทษตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์เท่านั้น โดยกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติ กำหนดให้ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดในระหว่างที่รับโทษจำคุกแต่ไม่กำหนดให้ใช้บังคับกับ ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษจากเรือนจำไปแล้ว^{๓๑}

๓.๙ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามพระราชบัญญัตินี้ มีแนวคิดมาจากคำสั่งคุมประพฤติหรือเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ (supervision orders)

^{๓๐} แม้จำเลยจะได้รับยกเว้นโทษเพราะกระทำความผิดขณะไม่รู้ผิดชอบ (คำพิพากษาฎีกา ที่ ๓๑๐๖/๒๕๓๕ ฎส.๑๐ หน้า ๑๔๒) แต่ต้องส่งตัวไปควบคุมในโรงพยาบาลจนกว่าจะหาย (คำพิพากษาฎีกา ที่ ๕๓๐/๒๕๔๒ ฎส.๓ หน้า ๗๔) ดูจากทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ ครั้งที่ ๔๒, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๖๒, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, หน้า ๑๑๔.

^{๓๑} ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๒๐, หน้า ๕๒๑.

ตาม The Serious Offenders Act 2018 Part 3 section 19 (1) ของเครือรัฐออสเตรเลีย เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเข้าข่ายจะพ้นโทษ ฝ่ายบริหารจึงประเมินความเสี่ยงและยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลออกคำสั่งคุมประพฤติหรือเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษซึ่งเป็นคำสั่งควบคุมดูแลและติดตามผู้พ้นโทษซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดที่ใช้ความรุนแรงอื่น โดยศาลจะมีคำสั่งให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขเป็นระยะเวลาไม่เกินสิบห้าปีนับแต่วันพ้นโทษ ตาม section 3 กำหนดให้บุคคลต้องอยู่ภายใต้การดูแลของกฎหมายและเจ้าหน้าที่ (The Authority) เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำภายในระยะเวลาที่อยู่ในการปฏิบัติตามคำสั่งอันจะทำให้สังคมเกิดความปลอดภัย^{๓๒} นอกจากนี้ ตามมาตรา ๑๓๑-๓๖-๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ได้กำหนดมาตรการเฝ้าระวัง (measure de surveillance) โดยผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้ว จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขคุมประพฤติภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ต้องรายงานตัวต่อศาลปรับใช้โทษหรือเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์และเจ้าพนักงานคุมประพฤติ ได้รับการเยี่ยมโดยเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์และเจ้าพนักงานคุมประพฤติ แจ้งให้เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์และเจ้าพนักงานคุมประพฤติทราบถึงการย้ายที่ทำงาน ย้ายภูมิลำเนาหรือเปลี่ยนที่พักที่เกินสิบห้าวัน แจ้งให้ศาลปรับใช้โทษทราบถึงการเดินทางออกนอกประเทศ^{๓๓}

โดยพระราชบัญญัตินี้ได้นำแนวทางการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียและสาธารณรัฐฝรั่งเศสมากำหนดไว้ โดยกำหนดให้ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ หากศาลเห็นว่ามีเหตุควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปกระทำความผิด ศาลอาจกำหนดมาตรการเฝ้าระวังแต่ละมาตรการได้ตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันพ้นโทษ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ความรุนแรงแห่งคดี พฤติกรรมเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด และความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคมประกอบด้วย^{๓๔} โดยในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ

^{๓๒} ปกป้อง ศรีสนิท, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๒๐, หน้า ๕๑๓.

^{๓๓} ปกป้อง ศรีสนิท, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๒๐, หน้า ๕๑๘.

^{๓๔} มาตรา ๒๓ ก่อนปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ให้กรมราชทัณฑ์จัดทำรายงานจำแนกลักษณะของนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์เป็นรายบุคคล พร้อมทั้งความเห็นว่่านักโทษเด็ดขาดผู้ใดสมควรให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังตามมาตรา ๒๒ เสนอต่อคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อพิจารณาว่าสมควรกำหนดให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังตามมาตรา ๒๒ แก่นักโทษเด็ดขาดผู้นั้น รวมทั้งกำหนดวิธีการและระยะเวลาที่เหมาะสมในการใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

เมื่อคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำพิจารณาว่าสมควรกำหนดให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังตามมาตรา ๒๒ กับนักโทษเด็ดขาดผู้ใดแล้ว ให้เสนอรายงานและความเห็นต่อพนักงานอัยการภายในเวลาอันสมควรก่อนปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลให้กำหนดมาตรการเฝ้าระวัง

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาและจัดทำรายงานตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

สภาผู้แทนราษฎร ได้แก้ไขระยะเวลาการใช้มาตรการเฝ้าระวัง จาก “ไม่เกินห้าปี” เป็น “ไม่เกินสิบปี” เพื่อให้ระยะเวลาการใช้มาตรการเฝ้าระวังยาวนานออกไป ซึ่งในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) เห็นควรกำหนดระยะเวลาการใช้มาตรการเฝ้าระวัง “ไม่เกินห้าปี” เนื่องจากเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้โดยพิจารณาเทียบเคียงกับหลักการวิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีกักกันตามมาตรา ๔๑ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กำหนดให้ศาลพิพากษากักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปี และไม่เกินสิบปีก็ได้ ซึ่งในการดำเนินการตามมาตรการเฝ้าระวังนั้น กรมราชทัณฑ์จะเป็นผู้จำแนก ว่าสมควรใช้มาตรการใดในการเฝ้าระวังแล้วเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำพิจารณาและเสนอพนักงานอัยการ^{๓๕} เพื่อเสนอศาลให้มีคำสั่งต่อไป^{๓๖} และพนักงานคุมประพฤติจะเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามคำสั่งศาลโดยนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุมประพฤติ ได้แก่ อำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงาน การสืบเสาะและพินิจ และการคุมความประพฤติตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติมาใช้บังคับโดยอนุโลม^{๓๗}

^{๓๕} มาตรา ๒๔ เมื่อได้รับรายงานและความเห็นแล้ว หากพนักงานอัยการเห็นสมควรให้ใช้มาตรการการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ ให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่เรือนจำหรือสถานที่คุมขังของนักโทษเด็ดขาดก่อนการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดเพื่อมีคำสั่งกำหนดมาตรการเฝ้าระวังดังกล่าว

คำร้องตามวรรคหนึ่งประกอบด้วยคำขอที่มีข้อเสนอและเงื่อนไข ตลอดจนระยะเวลาที่ศาลจะกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ เพื่อประกอบการพิจารณาของศาลในการมีคำสั่งตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดที่ระบุไว้ในมาตรา ๒๒ วรรคสอง

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณายื่นคำร้องของพนักงานอัยการ ให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยข้อบังคับของอัยการสูงสุด

^{๓๖} มาตรา ๒๖ ให้พนักงานคุมประพฤติตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามคำสั่งของศาล โดยให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงาน การสืบเสาะและพินิจ และการคุมความประพฤติตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หากผู้ถูกเฝ้าระวังไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่กำหนดโดยคำสั่งศาล ให้พนักงานคุมประพฤติดูแลตรวจสอบถึงเหตุดังกล่าวและแก้ไข

เมื่อครบกำหนดหกเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งตามมาตรา ๒๒ และในทุกรอบหกเดือน ให้พนักงานคุมประพฤติดำเนินการรายงานการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเสนอศาล หากศาลเห็นสมควร ศาลอาจสั่งแก้ไขเพิ่มเติม ลดหรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกคำสั่งมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษก็ได้

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามมาตรานี้ ให้กรมคุมประพฤติจัดทำฐานข้อมูลในระบบสารสนเทศศูนย์เฝ้าระวังความปลอดภัยของประชาชน

^{๓๗} มาตรา ๒๗ ในกรณีที่พฤติการณ์ที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษของผู้ถูกเฝ้าระวังได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อพนักงานอัยการหรือผู้ถูกเฝ้าระวังร้องขอหรือศาลเห็นเอง ศาลอาจสั่งแก้ไขเพิ่มเติม ลดหรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษบางมาตรการหรือทุกมาตรการก็ได้ และเมื่อมีคำสั่งอย่างใดแล้ว ให้ศาลแจ้งให้ผู้ถูกเฝ้าระวังและผู้เกี่ยวข้องทราบ

เมื่อพิจารณามาตรการเฝ้าระวังผู้กระทำความผิดภายหลังพ้นโทษที่กล่าวมาข้างต้น เทียบเคียงกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา เห็นว่ามีมาตรการ เป็นอย่างเดียวกัน เช่น ห้ามเข้าเขตกำหนด ให้พักอาศัยในสถานที่ที่กำหนด ให้ใช้มาตรการ ทางการแพทย์ แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการดำเนินการแตกต่างกัน โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีห้ามเข้าเขตกำหนดตามมาตรา ๔๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดว่าเมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใดและเห็นว่าเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ศาลอาจสั่งในคำพิพากษาว่าเมื่อผู้นั้นพ้นโทษตามคำพิพากษาแล้วห้ามเข้าในเขตกำหนดเป็นเวลา ไม่เกินห้าปี หรือการดำเนินการตามวิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีกักกันตามมาตรา ๔๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการกระทำความผิดมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้ง โดยพนักงานอัยการต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งใช้มาตรการดังกล่าว จึงแตกต่างจากมาตรการ เฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามพระราชบัญญัติ^๓ ที่กำหนดให้ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้ มาตรการเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษมาตรการเดียวหรือหลายมาตรการได้ตามที่พนักงานอัยการ ร้องขอตั้งแต่มีการกระทำความผิดครั้งแรก ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติ และกฎหมายว่าด้วยการราชทัณฑ์ไม่ได้กำหนดให้ใช้มาตรการป้องกันตามกฎหมายกับผู้พ้นโทษ ซึ่งรับโทษจนครบกำหนดไว้ ที่ผ่านมาในการปฏิบัติงานของกรมคุมประพฤติจะจัดตั้งศูนย์เฉพาะกิจ เฝ้าระวังความปลอดภัยของประชาชนหรือ JSOC โดยจำแนกรายชื่อนักโทษเด็ดขาดซึ่งกระทำ ความผิดที่ใช้ความรุนแรง ส่วนใหญ่เป็นคดีความผิดต่อชีวิตที่สมควรมีการติดตามโดยใช้มาตรการ เฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งต้องเป็นผู้ยินยอมเข้าร่วมโครงการ และมีคณะกรรมการคณะหนึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิเป็นผู้พิจารณาจำแนกผู้กระทำความผิด และกำหนดแนวทางการสั่งใช้มาตรการเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย อย่างเหมาะสม แต่การดำเนินการในศูนย์ JSOC นี้ไม่มีสภาพบังคับหากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติ ตามมาตรการเฝ้าระวังในการยกร่างมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือที่ใช้ความรุนแรง จึงนำแนวทางที่กล่าวมาข้างต้นมากำหนดไว้ให้ชัดเจน

๓.๑๐ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามพระราชบัญญัติ^๓ นำแนวทางการยกร่าง มาจาก detention orders, The Serious Offenders Act 2018 Parts 5 section 69 และ Human Rights Committee, General Comment no. 35 para. 21 ซึ่งเป็นมาตรการที่ไม่ใช่การลงโทษ ผู้กระทำความผิดเพราะเหตุว่าผู้กระทำความผิดได้รับโทษจำคุกสำหรับการกระทำความผิดของตนแล้ว แต่เป็นมาตรการสุดท้าย (last resort) ที่ใช้ในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในอนาคต ศาลจะ พิจารณาจากความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษจำคุกไปแล้วมาเป็นเหตุในการคุมขังภายหลัง พ้นโทษไม่ได้ ศาลจึงสั่งคุมขังผู้กระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรงภายหลังพ้นโทษได้เท่าที่จำเป็นคือ

การยื่นคำร้องของพนักงานอัยการตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการโดยพนักงานคุมประพฤติ จัดทำรายงานพฤติการณ์ดังกล่าว และความเห็นเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำเพื่อพิจารณาเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการ

ไม่เกินสามปี^{๓๘} โดย The Serious Offenders Act 2018 Parts 5 section 61 ของเครือรัฐออสเตรเลียกำหนดให้การคุมขังภายหลังพ้นโทษจะเกิดขึ้นได้ในสองกรณี คือ กรณีแรก เมื่อผู้กระทำความผิดอยู่ในระหว่างการเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ และในระหว่างเฝ้าระวังดังกล่าวพนักงานคุมประพฤติเห็นว่ามีเหตุจำเป็นที่จะต้องคุมขังผู้ถูกเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ จึงขอให้ศาลมีคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ และกรณีที่สอง เมื่อศาลเห็นว่าการเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษไม่อาจป้องกันการกระทำความผิดซ้ำได้ ศาลมีอำนาจสั่งให้มีการคุมขังภายหลังพ้นโทษพร้อมกับคำสั่งให้มีการเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษในระหว่างการขอให้ศาลมีคำสั่งเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ โดยพนักงานอัยการจะยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ นอกจากนี้ section 64 (1) และ Human Rights Committee, General comment No. 35, para 21. และข้อ ๑๔ แห่ง International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) กำหนดให้ศาลจะมีคำสั่งดังกล่าวได้ เมื่อพนักงานอัยการพิสูจน์ให้เห็นว่า (๑) ผู้กระทำความผิดแสดงหรือจะแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงที่ไม่อาจยอมรับได้ (unacceptable risk) ในการกระทำความผิด หากปล่อยตัวไปโดยไม่มีคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ และ (๒) ความเสี่ยงที่กระทำความผิดซ้ำไม่อาจยอมรับได้ (unacceptable risk) เว้นแต่จะมีการออกคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ เมื่อศาลมีคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษแล้ว ห้ามปฏิบัติกับผู้ถูกคุมขังภายหลังพ้นโทษเหมือนกับผู้ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิด (unconvicted prisoner) รวมทั้งไม่คุมขังในสถานที่เดียวกันกับนักโทษเด็ดขาด เว้นแต่เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฟื้นฟู เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือผู้ถูกคุมขังภายหลังพ้นโทษยินยอม^{๓๙}

สำหรับ “การคุมขังภายหลังพ้นโทษ” ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้นำแนวทางของกฎหมายเครือรัฐออสเตรเลียมาเป็นแนวทาง โดยให้ดำเนินการในกรณีดังกล่าวได้ ๒ กรณี คือ กรณีที่หนึ่ง คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำเห็นว่ามี ความจำเป็นต้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษกับผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง มีกำหนดไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษหรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดเมื่อครบกำหนดคุมขังภายหลังพ้นโทษต่อเนื่องกันไปแต่นับระยะเวลารวมกันต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ (มาตรา ๓๒)^{๔๐} และกรณีที่สอง

^{๓๘} ตารางเปรียบเทียบร่างกฎหมายและคำอธิบายร่างพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม, หน้า ๓๐.

^{๓๙} ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๒๐, หน้า ๖๑ - ๖๒.

^{๔๐} มาตรา ๓๒ ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษมีกำหนดระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ

ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๒๙ วรรคสอง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษมีกำหนดระยะเวลาเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดซ้ำซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่พ้นโทษ หรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลัง

ในระหว่างดำเนินการตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ หากมีเหตุขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษหรือผู้ถูกเฝ้าระวังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ พนักงานคุมประพฤติต้องเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลในท้องที่ที่ผู้ถูกเฝ้าระวังมีที่อยู่หรือท้องที่ที่พบตัวผู้ถูกเฝ้าระวังเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษหรือใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ ร่วมกับการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไปก็ได้ (มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่งและวรรคสอง)^{๔๑} ซึ่งศาลจะมีคำสั่งให้ใช้มาตรการดังกล่าวไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้ถูกเฝ้าระวังถูกควบคุมตัว หรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดเมื่อครบกำหนดคุมขังภายหลังพ้นโทษต่อเนื่องกันไป แต่เมื่อนับระยะเวลาที่ศาลเคยมีคำสั่งให้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและระยะเวลาในการใช้มาตรการครั้งนี้รวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินสิบปี นับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ และให้ถือว่ามาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษของศาลสิ้นสุดลง (มาตรา ๓๓ วรรคหนึ่งและวรรคสอง)^{๔๒}

พ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไปตามที่พนักงานอัยการร้องขอก็ได้ โดยให้นำหมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่เมื่อนับระยะเวลาทั้งหมดรวมกันแล้วจะต้องมีระยะเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ

^{๔๑} มาตรา ๓๐ ในระหว่างดำเนินการตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๒ หากมีเหตุที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๘ หรือผู้ถูกเฝ้าระวังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ ให้พนักงานคุมประพฤติเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลในท้องที่ที่ผู้ถูกเฝ้าระวังมีที่อยู่หรือท้องที่ที่พบตัวผู้ถูกเฝ้าระวังเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวัง เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

พนักงานคุมประพฤติอาจเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาหรือพนักงานอัยการเห็นสมควรอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษร่วมกับการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไปก็ได้

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการทำความเห็นของพนักงานคุมประพฤติและการพิจารณายื่นคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๓๐ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรือข้อบังคับของอัยการสูงสุด แล้วแต่กรณี

^{๔๒} มาตรา ๓๓ ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวังโดยมีกำหนดระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้ถูกเฝ้าระวังถูกควบคุมตัว แต่เมื่อนับระยะเวลาที่ศาลเคยมีคำสั่งให้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและระยะเวลาในครั้งนี้ทั้งหมดรวมกันแล้ว จะต้องมีระยะเวลาไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ถือว่าคำสั่งการใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษของศาลสิ้นสุดลง

ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๓๐ วรรคสอง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวังโดยมีกำหนดระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้ถูกเฝ้าระวังถูกควบคุมตัว หรือมีคำสั่งให้ใช้

๓.๑๑ การกำหนดหลักคิดเรื่อง “การคุมขังภายหลังพ้นโทษ” มีหลักคิดเช่นเดียวกับ “การกักกัน” ซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการควบคุมผู้กระทำความผิดติดนิสัยไว้ภายในเขตกำหนด โดยมาตรา ๕ กำหนดบทนิยามคำว่า “การคุมขัง” หมายความว่า การควบคุมนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษหรือผู้ถูกเฝ้าระวังไว้ในเขตกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ^๓ ซึ่งสอดคล้องกับบทนิยามคำว่า “คุมขัง” ตามมาตรา ๑ (๑๒)^๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง คุมตัว ควบคุม ขัง กักขัง หรือจำคุก ซึ่งคำว่า “ควบคุม” ไม่ได้หมายถึง การควบคุมผู้ต้องหา นักโทษเด็ดขาด จำเลย ไว้ในเรือนจำ จึงไม่นำเรื่องการควบคุมนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์มาใช้บังคับกับบุคคลดังกล่าว แต่การคุมขังตามมาตรานี้ถือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามพระราชบัญญัตินี้โดยจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักขังตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๑๐ ซึ่งส่งผลให้ผู้หลบหนีในระหว่างถูกคุมขังตามอำนาจของศาลตามพระราชบัญญัตินี้มีความผิดฐานหลบหนีในระหว่างถูกคุมขังซึ่งต้องระวางโทษตามมาตรา ๑๙๐^๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณากรณีคุมขังภายหลังพ้นโทษไว้ในพระราชบัญญัตินี้เทียบเคียงกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีกักกันตามมาตรา ๔๐^๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญา แล้ว เห็นว่ามีเจตนารมณ์เป็นอย่างเดียวกันที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้นอีก แต่การ

มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังดังกล่าวต่อเนื่องกันไปตามที่พนักงานอัยการร้องขอก็ได้ โดยให้นำหมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่เมื่อนับระยะเวลาที่ศาลเคยมีคำสั่งให้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและระยะเวลาในครั้งนี้อย่างครบถ้วนแล้ว จะต้องมียุทธศาสตร์ไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ

^๓ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“คุมขัง” หมายความว่า การควบคุมนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษหรือผู้ถูกเฝ้าระวังไว้ในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

ฯลฯ

ฯลฯ

^๔ มาตรา ๑ ในประมวลกฎหมายนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑๒) “คุมขัง” หมายความว่า คุมตัว ควบคุม ขัง กักขัง หรือจำคุก

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๙, ข้างต้น

^๖ มาตรา ๔๐ กักกัน คือการควบคุมผู้กระทำความผิดติดนิสัยไว้ภายในเขตกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อตัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ

ดำเนินการกรณีกักกันจะต้องเป็นไปตามมาตรา ๔๑^{๔๗} และมาตรา ๔๒^{๔๘} แห่งประมวลกฎหมายอาญา ด้วย กล่าวคือ ต้องเป็นการดำเนินการกับผู้ที่เคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันหรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๔๑ หากกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกภายในสิบปีนับแต่วันพ้นโทษ อาจถูกกักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินสิบปี แต่การคุมขังภายหลังพ้นโทษตามพระราชบัญญัตินี้จะใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้กระทำความผิดตั้งแต่ครั้งแรกและผู้กระทำความผิดรับโทษจนพ้นโทษแล้ว อีกทั้งการกักกันเป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจสั่งกักกันในเวลาที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยแตกต่างจากมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษซึ่งศาลอาจใช้ดุลพินิจสั่งให้คุมขังภายหลังพ้นโทษ หรือใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษร่วมกับมาตรการเฝ้าระวังเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไป จึงไม่อาจนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยกรณีกักกันมาใช้กับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้

^{๔๗} มาตรา ๔๑ ผู้ใดเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งในความผิดดังต่อไปนี้ คือ

- (๑) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๐๙ ถึงมาตรา ๒๑๖
- (๒) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๑๗ ถึง

มาตรา ๒๒๔

- (๓) ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๔๐ ถึงมาตรา ๒๔๖
- (๔) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ ถึงมาตรา ๒๘๖
- (๕) ความผิดต่อชีวิต ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๘ ถึงมาตรา ๒๙๐ มาตรา ๒๙๒

ถึงมาตรา ๒๙๔

- (๖) ความผิดต่อร่างกาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙๕ ถึงมาตรา ๒๙๙
- (๗) ความผิดต่อเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐๙ ถึงมาตรา ๓๒๐
- (๘) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึงมาตรา ๓๔๐ มาตรา ๓๕๔ และ

มาตรา ๓๕๗

และภายในเวลาสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นได้พ้นจากการกักกัน หรือพ้นโทษ แล้วแต่กรณี ผู้นั้นได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดในบรรดาที่ระบุไว้ข้างต้นอีกจนศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนสำหรับการกระทำความผิดนั้น ศาลอาจถือว่า ผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย และจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้

ความผิดซึ่งผู้กระทำได้กระทำให้ขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีนั้น มิให้ถือเป็นความผิดที่จะนำมาพิจารณากักกันตามมาตรา

^{๔๘} มาตรา ๔๒ ในการคำนวณระยะเวลาที่กักกัน ให้นับวันที่ศาลพิพากษาเป็นวันเริ่มกักกัน แต่ถ้ายังมีโทษจำคุกหรือกักขังที่ผู้ต้องกักกันนั้นจะต้องรับอยู่ก็ให้จำคุกหรือกักขังเสียก่อน และให้นับวันถัดจากวันที่พ้นโทษจำคุกหรือพ้นจากกักขังเป็นวันเริ่มกักกัน

ระยะเวลาที่กักกัน และการปล่อยตัวผู้ถูกกักกัน ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๒๑ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

สำหรับการประเดิมการใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๘^{๔๙} มีผู้ให้ความเห็นว่า^{๕๐} เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของจำเลยหรือนักโทษเด็ดขาดที่จะไม่ถูกจับกุมหรือคุมขังตามอำเภอใจซึ่งได้รับการรับรองสิทธิไว้ตาม ICCPR ข้อ ๙ หรือไม่ เพราะแท้จริงแล้วจำเลยหรือนักโทษยังไม่ได้กระทำความผิดเลย เพียงแต่ศาลเชื่อว่าจะไปกระทำความผิดในอนาคตเท่านั้น ซึ่งต้องแยกจากการกระทำความผิดในอดีตที่พิสูจน์แล้วว่าได้กระทำความผิดจริงและถูกลงโทษไปแล้ว นอกจากนี้ การใช้มาตรการคุมขังดังกล่าวจำเลยหรือนักโทษที่จะต้องถูกมาตรการใช้บังคับนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการในฐานะจำเลยในคดีอาญาซึ่งได้รับการรับรองสิทธิตาม ICCPR ข้อ ๑๔ หรือไม่ เพราะมาตรา ๖ กำหนดเพียงให้นำบทบัญญัติหรือวิธีพิจารณาแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น

๓.๑๒ การคุมขังฉุกเฉินตามพระราชบัญญัตินี้ นำแนวทางการยกเว้นมาจาก The Serious Offenders Act 2018 Parts 7 section 87 section 88 และ section 89 กำหนดให้ผู้ถูกคุมประพฤติภายหลังพ้นโทษที่แสดงพฤติการณ์ใกล้ที่จะกระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรงเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง (imminent risk of committing a serious sex offence or a serious violence offence or both) และไม่มีมาตรการอื่นใดยับยั้งได้ พนักงานคุมประพฤติอาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉินเป็นเวลาไม่เกินเจ็ดวัน โดยไม่ได้กำหนดให้พนักงานอัยการเป็นผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาลเนื่องจากเป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นกรณีใกล้ที่จะกระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรง (imminent risk) และไม่มีมาตรการอื่นใดยับยั้งได้ ศาลอาจมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉินไม่เกินเจ็ดวัน (last resort) ประกอบกับ section 92 section 94 และ section 95 กำหนดให้คำสั่งคุมขังฉุกเฉินมีผลทันที และให้เริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่ผู้ต้องคำสั่งถูกควบคุมตัว ซึ่งกรมราชทัณฑ์เป็นผู้บังคับตามคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน และให้ศาลออกหมายจับผู้ต้องคุมขังฉุกเฉิน โดยให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ดำเนินการจับกุมส่งศาล^{๕๑}

^{๔๙} มาตรา ๒๘ ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ตั้งแต่วันพ้นโทษหรือภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่พนักงานอัยการร้องขอ หากศาลเห็นว่ามีความเห็นสมควรเชื่อได้ว่าผู้นั้นจะไปกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ และไม่มีมาตรการอื่นใดที่อาจป้องกันมิให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดได้

^{๕๐} รณกรณ์ บุญมี, เอกสารประกอบการให้ข้อมูลและความเห็นต่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. วุฒิสภา, เอกสารลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๒๕๖๕.

^{๕๑} ตารางเปรียบเทียบร่างกฎหมายและคำอธิบายร่างพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม, หน้า ๓๘ - ๔๐.

สำหรับพระราชบัญญัตินี้กำหนดหลักการของการคุมขังฉุกเฉินเช่นเดียวกับ The Serious Offenders Act 2018 กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความเสี่ยงที่ผู้ถูกเฝ้าระวัง จะกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ และมีเหตุฉุกเฉิน หากไม่มีมาตรการอื่นใดที่อาจ ป้องกันไม่ให้ผู้ถูกเฝ้าระวังกระทำความผิดดังกล่าวได้ เมื่อพนักงานคุมประพฤติเห็นเสนอ ต่อพนักงานอัยการเพื่อยื่นคำร้องขอต่อศาล ศาลอาจสั่งคุมขังฉุกเฉินผู้ถูกเฝ้าระวังได้ไม่เกินเจ็ดวัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง (มาตรา ๓๗)^{๕๒} ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่ง พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับ ผู้ถูกเฝ้าระวังตามมาตรา ๓๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และห้ามควบคุม ผู้ถูกจับเกินกว่าสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ และเมื่อศาลมีคำสั่งให้คุมขังฉุกเฉิน (มาตรา ๓๘)^{๕๓} และให้กรมราชทัณฑ์รับผิดชอบ ในการดำเนินการบังคับตามคำสั่งคุมขังฉุกเฉินโดยนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกัน ตามระบบกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา ๔๐)^{๕๔}

๓.๑๓ การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินี้นำแนวทางการยกเว้นมาจาก The Serious Offenders Act 2018 Parts 9 ที่กำหนดให้ผู้ร้องและผู้ถูกร้องอาจยื่นอุทธรณ์คำสั่งคุมประพฤติ ภายหลังพ้นโทษ คำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ และคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน ได้ที่ศาลอุทธรณ์ และให้คำสั่ง ศาลอุทธรณ์เป็นที่สุดท้าย ต้องห้ามฎีกา^{๕๕}

^{๕๒} มาตรา ๓๗ กรณีมีความเสี่ยงที่ผู้ถูกเฝ้าระวังจะกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ใน มาตรา ๓ และมีเหตุฉุกเฉิน หากไม่มีมาตรการอื่นใดที่อาจป้องกันมิให้ผู้ถูกเฝ้าระวังกระทำความผิดดังกล่าวได้ เมื่อพนักงานอัยการร้องขอ ศาลอาจสั่งคุมขังฉุกเฉินผู้ถูกเฝ้าระวังได้ไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง

^{๕๓} มาตรา ๓๘ ถ้าปรากฏเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๗ ให้พนักงานคุมประพฤติเสนอ ความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลในท้องที่ที่ผู้ถูกเฝ้าระวังมีที่อยู่หรือท้องที่ที่พบตัว ผู้ถูกเฝ้าระวังขอให้ศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน

ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับผู้ถูกเฝ้าระวัง ตามมาตรา ๓๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ห้ามควบคุมผู้ถูกจับเกินกว่าสี่สิบแปดชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ และเมื่อศาลมีคำสั่งให้คุมขังฉุกเฉิน ผู้ถูกเฝ้าระวังแล้ว ให้กรมราชทัณฑ์นำตัวผู้ถูกเฝ้าระวังไปคุมขังฉุกเฉินตามคำสั่งศาลต่อไป กรณีเช่นนี้ไม่ทำ ให้คำสั่งตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษสิ้นผลไป และให้ดำเนินการตามมาตรการ เฝ้าระวังดังกล่าวต่อไปภายหลังพ้นจากการคุมขังฉุกเฉิน

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการทำความเห็นของพนักงานคุมประพฤติและการพิจารณายื่นคำร้องของพนักงานอัยการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรือข้อบังคับของอัยการ สูงสุด แล้วแต่กรณี

^{๕๔} มาตรา ๔๐ ให้กรมราชทัณฑ์เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน และให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม

^{๕๕} ตารางเปรียบเทียบร่างกฎหมายและคำอธิบายร่างพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม, หน้า ๔๒.

สำหรับหลักการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) กำหนดให้ คำสั่งศาลตามหมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หมวด ๔ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ และหมวด ๕ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งยกคำร้องของพนักงานอัยการ ต้องห้ามอุทธรณ์ ส่วนกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามที่พนักงานอัยการร้องขอ ให้อุทธรณ์ได้เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย โดยเห็นว่ามาตรการตามที่กล่าวมานั้น เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นคำสั่งศาล จึงอุทธรณ์ได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง^{๕๖} และปัญหาข้อกฎหมาย^{๕๗} แต่ที่กำหนดให้อุทธรณ์ได้เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย เนื่องจากต้องการให้มาตรการใช้บังคับได้อย่างรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์ หากให้อุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงด้วยอย่างน้อยต้องใช้เวลาสามปีจึงจะยุติเรื่อง ซึ่งผู้ต้องคำสั่งอาญาพ้นโทษแล้วไม่สามารถใช้มาตรการบังคับกับผู้ต้องคำสั่งตามร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ และเห็นควรกำหนดให้คำสั่งศาลชั้นอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด อย่างไรก็ตาม ในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวุฒิสภา ได้แก้ไขให้ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามที่พนักงานอัยการร้องขอ ให้อุทธรณ์ได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย โดยให้อุทธรณ์ได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง ทั้งนี้ การยื่นอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งของศาลชั้นต้น และให้คำสั่งศาลชั้นอุทธรณ์เป็นที่สุด (มาตรา ๔๒)^{๕๘} เพื่อให้โอกาสผู้ยื่นคำร้อง คือ ผู้ได้รับผลกระทบจากการยื่นคำร้องของพนักงานอัยการ ได้แก่ ผู้กระทำความผิดและนักโทษเด็ดขาดมีสิทธิอุทธรณ์ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย

^{๕๖} ปัญหาข้อเท็จจริง คือ ปัญหาที่ต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานในสำนวนว่า ได้มีการกระทำ เหตุการณ์ หรือมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงดังที่ได้กล่าวอ้างหรือไม่ ซึ่งศาลต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยและชี้แจงนำพยานหลักฐานทั้งปวงว่าจะรับฟังข้อเท็จจริงอย่างไร (ตามมาตรา ๒๒๗ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในคดี ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลตามรูปคดี

^{๕๗} ปัญหาข้อกฎหมาย คือ ปัญหาที่ต้องพิจารณาถึงขอบเขตหรือความหมายของถ้อยคำ ในบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ว่ามีขอบเขตเพียงใด และอาจเป็นการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่รับฟังคดีแล้วนั้น จะปรับเข้ากับหลักกฎหมายได้หรือไม่ เช่น การกระทำของจำเลยตามข้อเท็จจริงที่ศาลอุทธรณ์ฟังมานั้น ถือได้ว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ปัญหาการตีความกฎหมาย การตีความคำพิพากษา คำคู่ความ นิติกรรมสัญญา เอกสาร ปัญหาเกี่ยวกับการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง

ดูข้อมูลเพิ่มเติม จันจิรา นาคาสุ, ปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย: การดำเนินคดีในศาลสูง, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. ๒๕๕๘.

^{๕๘} มาตรา ๔๒ คำสั่งศาลตามหมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หมวด ๔ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ และหมวด ๕ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งยกคำร้องของพนักงานอัยการ ให้เป็นที่สุด ส่วนคำสั่งตามที่พนักงานอัยการร้องขอ ให้อุทธรณ์ได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง

การยื่นอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งของศาลชั้นต้น
คำสั่งศาลชั้นอุทธรณ์ ให้เป็นที่สุด

๓.๑๔ บทเฉพาะกาล กำหนดให้นำมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ และการคุมขังฉุกเฉิน โดยให้นำไปใช้บังคับแก่คดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาล และกรณีที่จะมีการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ อยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ (มาตรา ๔๓)^{๕๙} ทั้งนี้ เพื่อป้องกันสังคมจากปัญหาอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้น หลักคิดตามกฎหมายฉบับนี้เทียบได้กับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดให้เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายเฉพาะฉบับนี้ ซึ่งบทเฉพาะกาลตามที่กำหนดไว้นี้สอดคล้องกับมาตรา ๑๒^{๖๐} แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กำหนดให้วิธีการเพื่อความปลอดภัยจะใช้บังคับกับบุคคลใดได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ใช้บังคับได้เท่านั้น และกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นให้ใช้กฎหมายในขณะศาลพิพากษา

เมื่อพิจารณาบทเฉพาะกาลตามมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัตินี้ และมาตรา ๑๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมายในลักษณะให้มีผลย้อนหลังไปใช้กับผู้กระทำความผิดก่อนวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับนั้น เนื่องจากหลักคิดเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นมาตรการที่ใช้เพื่อป้องกันสังคมจากปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้นเพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อยและปลอดภัย รัฐจึงต้องหาวิธีการมิให้ความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมเกิดขึ้นหรือมิให้เกิดขึ้นอีกอันเป็นการป้องกันการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งรัฐจะนำมาใช้บังคับแก่บุคคลเป็นรายบุคคล แตกต่างจากหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ ตามมาตรา ๒ วรรคหนึ่ง^{๖๑} แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กำหนดให้ บุคคลต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย กล่าวคือ ไม่อาจกำหนดโทษอาญาย้อนหลังแก่บุคคลซึ่งต้องรับโทษในทางอาญาได้ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย^{๖๒} ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า^{๖๓}

^{๕๙} มาตรา ๔๓ ให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับแก่คดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาล และกรณีที่จะมีการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ อยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

^{๖๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๙, ข้างต้น

^{๖๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๔, ข้างต้น

^{๖๒} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น

^{๖๓} รณกรณ์ บุญมี, เอกสารประกอบการให้ข้อมูลและความคิดเห็นต่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. วุฒิสภา, เอกสารลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๒๕๖๕.

การใช้มาตรการคุมขังตามมาตรา ๒๘ โดยมีผลย้อนหลังไปใช้กับผู้ที่กระทำความผิดก่อนพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับจะขัดแย้งกับข้อ ๑๕^{๖๔} แห่ง International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) เพราะมาตรา ๔๓ กำหนดบทเฉพาะกาลให้นำมาตรา ๒๘ ไปใช้กับคดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาลและใช้กับนักโทษเด็ดขาดซึ่งยังไม่ถูกปล่อยตัว ซึ่งการกระทำความผิดทั้งสองกรณีเกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และได้ยกความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติที่วินิจฉัยไว้ในสองคดี ได้แก่ Tillman v Australia และ Fardon v Australia โดยทั้งสองคดีมีสาระสำคัญคล้ายคลึงกัน เกี่ยวกับการใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ (post-sentence detention order) และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนที่จะไม่ถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังและสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม โดยทั้งสองคดีนั้นเป็นการพิจารณากฎหมายคนละฉบับ เนื่องจากผู้ร้องแต่ละคดีอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายมลรัฐที่แตกต่างกันในเครือรัฐออสเตรเลีย โดยคดี Tillman v Australia คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เห็นว่า การที่นาย Tillman ถูกคุมขังต่อหลังจากจำคุกครบสิบปีแล้วเป็นการดำเนินการตามอำเภอใจ (arbitrary) ต้องห้าม ICCPR ตามข้อ ๙^{๖๕} และให้เหตุผลที่สำคัญดังนี้ (๑) ถึงแม้ว่ากฎหมายจะเรียกว่าการคุมขัง (detention)

^{๖๔} ข้อ ๑๕

๑. บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญาเพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดซึ่งในขณะที่กระทำไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้ หากภายหลังการกระทำความผิดนั้นได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดโทษเบาลง ผู้กระทำผิดย่อมได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินั้น

๒. ความในข้อนี้ย่อมไม่กระทบต่อการพิจารณาคดี และการลงโทษบุคคลซึ่งได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดอันเป็นความผิดอาญาตามหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองโดยประชาคมนานาชาติ ในขณะที่มีการกระทำนั้น

^{๖๕} ข้อ ๙

๑. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกลิดรอนเสรีภาพของตนมิได้ ยกเว้นโดยเหตุและโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

๒. ในขณะที่จับกุม บุคคลใดที่ถูกจับกุมจะต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผลในการจับกุม และจะต้องได้รับแจ้งถึงข้อหาที่ถูกจับกุมโดยพลัน

๓. บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือควบคุมตัวในข้อหาทางอาญา จะต้องถูกนำตัวโดยพลันไปยังศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้อำนาจทางตุลาการ และจะต้องมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาอันสมควร หรือได้รับ การปล่อยตัวไป มิให้ถือเป็นหลักทั่วไปว่าจะต้องควบคุมบุคคลที่รอการพิจารณาคดี แต่ในการปล่อยตัวอาจกำหนดให้มีการประกันว่าจะมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีในขั้นตอนอื่นของกระบวนการพิจารณา และจะมาปรากฏตัวเพื่อการบังคับตามคำพิพากษาเมื่อถึงวาระนั้น

๔. บุคคลใดที่ถูกลิดรอนเสรีภาพโดยการจับกุมหรือการควบคุม มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ตัดสินโดยไม่ชักช้าถึงความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมผู้นั้น และหากการควบคุมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แต่เมื่อการคุมขังนั้นดำเนินการอยู่ในเรือนจำเดิมมาตรการที่เรียกว่าคุมขังแท้จริงแล้ว โดยสาระสำคัญคือ โทษจำคุกที่ลงแก่จำเลยใหม่ ซึ่งตามปกติจะลงไม่ได้หากไม่ได้มีการพิพากษาว่ามีความผิดทางอาญาในฐานที่มีโทษจำคุกบัญญัติไว้ (๒) การจำคุกมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาและสามารถใช้ลงโทษได้ต่อเมื่อมีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดในการพิจารณาเดียวกันแต่การลงโทษจำคุกนาย Tillman ครั้งนี้ เป็นการทำคำสั่งภายหลังจากที่ศาลพิพากษาและกำหนดโทษไปแล้วกว่าสิบปี เมื่อกฎหมาย Crimes (Serious Sex Offenders) Acts 2006 (New South Wales) (CSSOA) ตราขึ้นปี พ.ศ. ๒๕๔๙ ภายหลังจากที่นาย Tillman ถูกพิพากษา การใช้กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังและเป็นการลงโทษหนักขึ้น ซึ่งทั้งสองกรณีต้องห้าม ICCPR ข้อ ๑๕ วรรคหนึ่ง^{๖๖} (๓) เมื่อรัฐเรียกกระบวนการดำเนินการออกคำสั่งมาตรการคุมขังครั้งนี้ว่า กระบวนการทางแพ่ง (civil proceedings) การประกันสิทธิต่าง ๆ ของจำเลย จึงย่อมแตกต่างและไม่เคร่งครัดเท่ากับการประกันสิทธิในคดีอาญาที่จะต้องมีการดำเนินการแบบศุภนิติกระบวนการ (Due Process) ซึ่งเป็นหลักประกันว่ากระบวนการดำเนินคดีอาญาเป็นไปอย่างเป็นธรรม (fair trial) การที่เครือรัฐออสเตรเลียใช้กระบวนการทางแพ่งเพื่อลงโทษทางอาญาจึงต้องห้ามตาม ICCPR ข้อ ๑๔^{๖๗} (๔) การออกคำสั่งคุมขังนาย Tillman ในฐานะเป็นนักโทษ ตาม CSSOA นั้น

ก็ให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวไป

๕. บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน

^{๖๖} โปรตดูเชิงวรรคที่ ๖๓, ข้างต้น

^{๖๗} ข้อ ๑๔

๑. บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่ากระทำผิดหรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และเป็นกลาง สื่อมวลชนและสาธารณชนอาจถูกห้ามเข้าฟังการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคงของชาติในสังคมประชาธิปไตยหรือเพื่อความจำเป็นเกี่ยวกับส่วนได้เสียในเรื่องชีวิตส่วนตัวของคู่กรณี หรือในสภาพการณ์พิเศษซึ่งศาลเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่ง เมื่อการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้นอาจเป็นการเสื่อมเสียต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่คำพิพากษาในคดีอาญา หรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอื่นต้องเปิดเผย เว้นแต่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน หรือเป็นกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับข้อพิพาทของคู่สมรสในเรื่องการเป็นผู้ปกครองเด็ก

๒. บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดอาญาต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด

๓. ในการพิจารณาคดีอาญา บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นต่ำ ดังต่อไปนี้ โดยเสมอภาค

(ก) สิทธิที่จะได้รับแจ้งโดยพลันซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพและเหตุแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหาในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้

(ข) สิทธิที่จะมีเวลาและได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี

เป็นเพราะกลัวว่านาย Tillman จะเป็นอันตรายต่อชุมชนในอนาคต และเพื่อประโยชน์ในการแก้ไข ฟันฟูนาย Tillman คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่า แนวคิดเรื่องความหวาดกลัว หรือการคาดการณ์ว่าจะเกิดอันตรายต่อชุมชนเป็นแนวคิดที่มีปัญหาด้วยตัวมันเอง และวางอยู่บนพื้นฐานความเห็นที่ห่างไกลจากพยานหลักฐานที่ปรากฏจริง โดยเฉพาะเมื่อกฎหมาย CSSOA อนุญาตให้ศาลพิจารณาหลักฐานอื่นนอกจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางจิตวิทยา ศาลจึงต้อง คำนึงถึง พฤติกรรมในอนาคตของจำเลยบนพื้นฐานของพฤติกรรมในอดีตของจำเลย ซึ่งพฤติการณ์อาจไม่ปรากฏชัดก็ได้เพื่อหลีกเลี่ยงการคาดการณ์ที่เป็นเรื่องตามอำเภอใจนี้ รัฐควร แสดงให้เห็นว่าการแก้ไขฟันฟูจำเลยไม่สามารถทำได้ด้วยมาตรการที่ล่วงละเมิดสิทธิของจำเลย น้อยกว่าการจำคุกหรือคุมขัง และในคดี Fardon v Australia คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติได้ตัดสินคดีว่า เครือรัฐออสเตรเลียละเมิดสิทธิของนาย Fardon ในลักษณะ เดียวกันกับการละเมิดสิทธิของนาย Tillman โดยวางหลักเหมือนกันแทบจะคำต่อคำในทั้งสองคดี ซึ่งลักษณะเดียวกันกับการละเมิดสิทธิของนาย Tillman

ทนายความที่ตนเลือกได้

- (ค) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้าเกินความจำเป็น
 - (ง) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าบุคคลนั้น และสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเอง และติดต่อกับหรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ตนเลือก สิทธิที่บุคคลได้รับแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย หากบุคคลนั้นไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ในกรณีใดๆ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งมีการแต่งตั้งให้โดยปราศจากค่าตอบแทน ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถรับภาระในการจ่ายค่าตอบแทน
 - (จ) สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน และขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมา ซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน
 - (ฉ) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากไม่สามารถเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้
 - (ช) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความเป็นปรปักษ์ต่อตนเอง หรือให้รับสารภาพผิด
๔. ในกรณีของบุคคลที่เป็นเด็กหรือเยาวชน วิธีพิจารณาความให้เป็นไปโดยคำนึงถึงอายุ และความปรารถนาที่จะส่งเสริมการแก้ไขฟันฟูความประพฤติของบุคคลนั้น
๕. บุคคลทุกคนที่ต้องคำพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา ย่อมมีสิทธิที่จะให้คณะกรรมการระดับเหนือขึ้นไปพิจารณาทบทวนการลงโทษและคำพิพากษาโดยเป็นไปตามกฎหมาย
๖. เมื่อบุคคลใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษในความผิดอาญา และภายหลังจากนั้น มีการกลับคำพิพากษาที่ให้ลงโทษบุคคลนั้น หรือบุคคลนั้นได้รับอภัยโทษโดยเหตุที่มีข้อเท็จจริงใหม่หรือ มีข้อเท็จจริงที่ได้ค้นพบใหม่อันแสดงให้เห็นว่าได้มีการดำเนินการยุติธรรมที่มีขอบ บุคคลที่ได้รับ ความทุกข์อันเนื่องมาจากการลงโทษตามผลของคำพิพากษาลงโทษเช่นว่า ต้องได้รับการชดเชยตามกฎหมาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ยังไม่รู้ให้ทันเวลาเป็นผลจากบุคคลนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน
๗. บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำในความผิดซึ่งบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุด ให้ลงโทษ หรือให้ปล่อยตัวแล้วตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ

๔. บทสรุป

พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕ เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการต่าง ๆ ได้แก่ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดภายหลังพ้นโทษ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ ซึ่งนำมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดตามในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ซึ่งได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง ได้แก่ ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย และความผิดต่อเสรีภาพ ซึ่งรับโทษตามคำพิพากษาจนครบถ้วนและกำลังจะพ้นโทษกลับคืนสู่สังคม เมื่อพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลระหว่างการปล่อยตัวผู้เคยกระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมและผู้นั้นอาจกลับมากระทำความผิดดังกล่าวในอนาคตกับประโยชน์ในการป้องกันสังคมจากการอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้น และเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด จึงเห็นควรกำหนดหลักการให้มาตรการที่กำหนดขึ้นตามกฎหมายถือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายเฉพาะ นอกเหนือจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา ๓๙ ถึงมาตรา ๕๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยหลักคิดเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยมีขึ้นเพื่อป้องกันผู้เสียหายและสังคมจากการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นอีก และเพื่อส่งเสริมการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดโดยสันดานกลับตัวเป็นคนดี กลับคืนสู่สังคม และใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข ไม่หวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก การนำมาตรการดังกล่าวข้างต้นมาบังคับใช้ให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดจะกระทำได้อต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องมีข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดอย่างเพียงพอ ทั้งประวัติครอบครัว และภูมิหลังทางสังคม (family and social background) บุคลิกลักษณะ(character) ประวัติการกระทำความผิด (prior convictions) สภาพร่างกายและภาวะแห่งจิตใจ (physical and mental condition) โดยข้อมูลที่ได้มาต้องครบถ้วนถูกต้องและปราศจากการบิดเบือน จึงจะทำให้การบังคับใช้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสม

อย่างไรก็ตาม โดยที่มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงมีข้อสังเกตในประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับพระราชบัญญัตินี้^{๖๘} ดังต่อไปนี้

(๑) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ ๑๒/๒๕๕๕^{๖๙} สรุปความตอนหนึ่งได้ว่า มาตรา ๒๙

^{๖๘} คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) มีข้อสังเกตเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ เพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ปรากฏตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๒/๑๒๖ ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ๒๕๖๔ ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^{๖๙} คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๕ เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๕๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นกรณีที่ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยในคดีความผิดตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๕๕ ซึ่งโต้แย้งว่า มาตรา ๕๔ ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย

วรรคสอง^{๓๐} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นข้อสันนิษฐานอันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ ๑๑ ที่ว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศและระดับระหว่างประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก

ทั้งนี้ หลักนิติธรรมเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๖^{๓๑} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงมีข้อควรพิจารณาว่า ขนาดเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังห้ามมิให้ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด และการควบคุมหรือคุมขังให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนีเท่านั้น ดังนั้น มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษและมาตรการคุมขังฉุกเฉินตามพระราชบัญญัตินี้จึงอาจขัดแย้งกับ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๙ วรรคสอง (ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด) และมาตรา ๔๐ (๕) ประกอบกับมาตรา ๓๐

^{๓๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น

^{๓๑} มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

(๒) มาตรการตามกฎหมายนี้เป็นเรื่องของวิธีการเพื่อความปลอดภัย การแยกหลักการเรื่องนี้ออกมาจากประมวลกฎหมายอาญาจะทำให้ความเป็นเอกภาพของกฎหมายอาญาตามระบบมีปัญหาได้ และหากจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องนี้ คงต้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงทั้งประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย เนื่องจากวิธีพิจารณาความอาญาก็คือเงาของกฎหมายอาญาที่ต้องดำเนินไปพร้อม ๆ กัน และหากศึกษาให้ดีและปฏิบัติตามกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนี้ยิ่งลึกลงไปแล้วแทบจะไม่จำเป็นที่จะมีกฎหมายฉบับนี้เลยสมควรปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยวิธีการเพื่อความปลอดภัยให้ครอบคลุมยิ่งขึ้น น่าจะเหมาะสมกว่า

(๓) ปัญหาสำคัญของการบังคับโทษทางอาญา คือ อำนาจที่ทับซ้อนกันระหว่างศาลและกรมราชทัณฑ์ ในขณะที่ศาลมีอำนาจทำคำพิพากษาให้จำคุกได้ตามดุลพินิจของศาล แต่กรมราชทัณฑ์กลับลดโทษและพักการลงโทษที่ศาลพิพากษาไว้ได้เช่นกัน ทำให้ผู้กระทำความผิดถูกจำคุกจริงไม่ถึงตามระยะเวลาที่ศาลพิพากษาไว้ กลายเป็นคำพิพากษาของศาลถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยฝ่ายบริหารได้ เป็นปัญหาอำนาจที่ย้อนแย้งกัน สมควรแก้ไขกฎหมายให้คำพิพากษาของศาลมีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นหลักประกันให้กับสังคมได้มากกว่า เพราะหากไม่แก้ไขปัญหาให้ตรงจุด ถึงแม้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแต่อาจจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ สมควรที่คณะรัฐมนตรีจะพิจารณาวางนโยบายในเรื่องนี้อย่างรอบคอบ

นอกจากนี้ผู้เขียนมีความเห็นด้วยว่า การบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ให้มีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผล สำนักงานตำรวจแห่งชาติต้องกำหนดแนวทางให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพื่อทราบความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติอันเป็นอาชญาของผู้ต้องหาตามมาตรา ๑๓๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่ พฤติการณ์แห่งความรุนแรงของคดี สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ประวัติการกระทำความผิด ภาวะแห่งจิตนิสัย และโอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อประโยชน์ในการนำไปพิจารณาประกอบคำร้องของพนักงานอัยการที่จะยื่นขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๑๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ ต้องมีการสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติงานด้านการสอบสวนดังกล่าวข้างต้น การจัดเตรียมความพร้อม การเผยแพร่ประชาสัมพันธ์แนวทางการปฏิบัติงาน ตลอดจนการจัดฝึกอบรมและบรรจุไว้ในหลักสูตรที่เกี่ยวข้องต่อไป อีกทั้งกระทรวงยุติธรรมต้องจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลังที่มีการใช้บังคับกฎหมายมาแล้วระยะหนึ่งเพื่อตรวจสอบว่าสถิติการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรงตามที่กฎหมายกำหนดลดลงไปหรือไม่ ตรวจสอบความรู้สึกลดภัยในชีวิตร่างกายของประชาชนในสังคม รวมทั้งตรวจสอบปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตลอดจนหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้การปฏิบัติตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลต่อไป

Analysis into Cicero's *In Verrem*

Beneath the lines: An amateur's analysis into legal and historical contexts surrounding Cicero's *In Verrem*.

Panwa Nilprapunt

“Nullae sunt occultiores insidiae quam eae quae latent in simulatione officii aut in aliquo necessitudinis nomine.”

“There are no intrigues more difficult to guard against than those which are concealed under a pretence of duty, or under the name of some intimate connection.”

– Cicero, *In Verrem*, I, [39]

Amongst the ranks of emperors, warriors, and statesmen, the figure of Marcus Tullius Cicero (106–43 BC) is perhaps one of the most widely recognised by the enthusiasts of Roman history; this reputation is supported by a number of reasons. Those who partake in the study of Latin literature, for instance, should be familiar with his various speeches and writings, whose rich and inventive styles instrumentally influenced the development of the Latin language. And yet, many of them also tend to view the man with some scorn, largely thanks to his penchant for dramatics and the preternatural ability to speak several lines without using a single verb (O tempora! O mores! Indeed). At the same time, students of law are likely to know him as a staunch advocate of the idea of the Law of Nations (*ius gentium*) and for establishing that the ultimate objective of the law is the people's welfare (*“Salus populi suprema lex esto”*);¹ whilst the multitude of his correspondences, including the letters to his friend Atticus and family members, are also recognised as the priceless evidence that helps historians understand the perceptions of politics, philosophy, and society shared between Cicero and his contemporaries during the last days of the Roman republic.²

¹ Cicero, *De Legibus* 3. 3. 8.

² For examples of works analysing Cicero's letters, see J. Hall, *Politeness and Politics in Cicero Letters*, Oxford 2009; S. McConnell, *Philosophical Life in Cicero's Letters*,

Put simply, while his controversial character and shares of political scandals means that Cicero himself is not the best of men, his conviction towards the idea of the republic and profound contribution to the intellectual flourishing of Roman society remains indisputable; so much so, in fact, that even Emperor Augustus – a man who, alongside Mark Antony and Marcus Lepidus, was behind the death of Cicero – once he found his son reading a work by the condemned statesman, could not help but praise him as ‘a learned man, and a lover of his country’.³

As for myself, while circumstances have ensured that Cicero’s name is not entirely unknown within my household, it was only recently that fortunes decided to grant me an opportunity to deepen my understanding of his life and works. As our society buckles under the weight of crises and social transformation, I have come to realise, after some rumination, that my current knowledge of human affairs is lacking. There are many reasons for this, be it my young age or the absence of experience; yet they are not, and could never be, justifications for one to remain shrouded in ignorance. This recognition thus leads me to become more aware of the importance of history as, in the words of the historian Polybius, ‘there is no better corrective of human behaviour than knowledge of past events.’⁴ Moreover, apart from revealing how our ancestors acted when pressed by challenges, history can also help its pursuers to contextualise the development of ideas throughout the ages; for while it is true that technology has simplified our access to knowledge, it also serves, perhaps unintentionally, to inhibit our desire to reach beyond our first impression of them. Therefore I would like to present an argument in defence of history, for, despite the claim of some people that the past is no longer relevant to us, it is my faith that those who pursue it are most equipped in their quest to understand the world and overcome their inherent prejudice, especially in the time when democracy is crumbling under the weight of its own freedom and wisdom is being replaced by beliefs.

Cambridge 2014; P. White, *Cicero in Letters: Epistolary Relations of the Late Republic*, Oxford 2010.

³ Plutarch, *Parallel Lives* 7. 49.

⁴ Polybius, 1. 1.

And yet, few questions persist among the inquirers of history, just as it has been for our illustrious, and oftentimes damnable, forebears: what is it that we should believe? And at which point should our study begin? Of course, the fact that we put much of our time and effort into answering these problems should come as a surprise for many; though the consideration of human nature should answer their curiosity. For one thing, it has been proven, time after time, that we humans are creatures of bias and partiality. Take, for example, ancient works such as mythologies and religious scriptures from around the world, now try reading them and see how many elements they have in common. Be it the hero's journey, or whatever that has been studied by earlier scholars,⁵ such commonalities often hide, beneath the lines which narrate the stories or manifestos, how their creator – or creators – perceived the world, how it had been in their times, and how it should be. These desires subsequently compelled these individuals into choosing, oftentimes under the guise of anonymity, though time has never been merciful to man's effort to be remembered, to put their thoughts into words, to discuss them with their fellow men; whilst we, whose conventions, ethics, and norms are deeply influenced by such words, are, in turn, shaped by them. Nevertheless, as we can never truly know what lies within the hearts of others, it is best to exercise caution and not to take everything we read from books – including this work – as absolute truths, as they can only reflect the streams of knowledge which their authors choose to derive, or rather interpret, from the great tide of history. The idea of freedom may be sweet for the senses in the same way as tyranny is revolting to the soul, but so are those of gods and devils, and look how many injustices have been conducted throughout the ages in the name of the formers.

In a similar vein, the inconsistency and ironies natural to man should also come as warnings to any who consult the evidence from the past, for we can never truly understand them unless we take into account the circumstances upon which they were created. A man, for instance, may have been driven to write a book as means of expressing his ideas at a certain point in time; yet there is nothing that

⁵ See J. Campbell, *The Hero with a Thousand Faces*, Joseph Campbell Foundation 2008, for an example of works which deal with comparative mythology.

prohibits him from growing distant or becoming resentful of them as time passes. In the meantime, it is equally mistaken to hold a man’s thought as an entity *ex nihilo*, for, as has been suggested since the time of men like Aristotle,⁶ every single piece of idea has its basis upon the preexisting knowledge which, by becoming exposed to us, serves to influence the process of learning that can last throughout one’s life. Consequently, those who opt to employ historical resources, regardless of whatever their objects of interest or intents are, should remember that they must examine them with as much consideration towards objectivity and the contemporary contexts as possible, lest they surrender themselves to bias, misconception, and prejudice which can both damage the integrity of their judgements and, especially in the age where the propagation of one’s thoughts is easier than ever, those of their peers and the societies in which they belong. Still, as one’s quest for knowledge must begin somewhere, such starting point must also be adequate so that the inquirer will be able to determine the course of the event, its underlying causes, and the roles it plays in the subsequent development; again, this follows the advice of Polybius, who claimed that an improper starting point would invalidate whatever follows.⁷

Accordingly, the aforementioned axioms have led me into deciding that the study of so complex an individual like Cicero is a task that merits adequate beginning; and it was upon this basis that *In Verrem* was chosen. Delivered in 70 B.C., the work was a collection of six speeches used by Cicero in the trial of Gaius Verres, the former governor of Sicily. Representing the people of Sicily, Cicero, who was then holding a minor magistrate post of questor, successfully prosecuted Verres, a senior senator who was also aided by the famous orator Quintus Hortensius Hortalus – who later became a consul in 69 B.C. – on the charges of extortion and corruption during his tenure as a governor in Cilicia and Sicily. Driven into the corner by Cicero’s first and second speeches, Verres, who was also advised by Hortensius that there was no point in continuing, chose to punish himself by self-exiling to Massilia (modern-day Marseilles), where he would live in obscurity, his reputation shattered, until his murder

⁶ Aristotle, *Posterior Analytics* 71a1.

⁷ Polybius 4. 1. 5.

in 43 B.C. under the order of Mark Anthony.⁸ On the other hand, Cicero’s success in persecuting Verres means that he was entitled – as per the Roman custom – to the disgraced senator’s position in the Senate, which in return dramatically strengthened his political position and paved the way for further political advancements, including the eventual consulship of 63 B.C.

The Verrine orations, which include the preceding oration *Divinatio In Caecilium* and the four, ultimately unused, speeches that Cicero also published in commemoration of the event, can, therefore, be seen as the marking point of Cicero’s transformation, from a young questor who was making his steady progress across Rome’s political jungle, to the famed orator on his way to become one of the republic’s most renowned statesman. Furthermore, the time in which the work came into existence also possesses monumental historical values, with the republic still recovering from the scars left by several, grievous conflicts: including the Social War (91–87 B.C.), the Second Mithridatic and the Roman Civil Wars (83–81 BC), and the aftermath of the Dictatorship of Lucius Cornelius Sulla (82–78 B.C.). Meanwhile, the same period also witnesses the beginning of the social upheavals that followed in the wake of Rome’s newfound position as the undisputed master of the Mediterranean, whose impacts would eventually lead to the downfall of the Republic and its reorganisation under the Augustan empire. Naturally, the position of *In Verrem* at the crossroad where past and present converge, both for Cicero and for his country, offers an opportunity that, when combined with other pieces of evidence, can provide us with powerful insights into many aspects of the daily life – specifically, its legal and historical dimensions – from the era they originated from, while also helping us see how they managed to link up with the past and the future that was to come.

Surprisingly enough, while the purpose of *In Verrem* should make it an enticing piece of evidence for historians, a survey of existing works that concern the oration also reveals that this is not exactly the case. For instance, the preliminary use of Google Scholar as a search engine (with ‘In Verrem’ as the keyword) revealed only

⁸ H. Chisholm, ‘Verres, Gaius’, in *Encyclopaedia Britannica*, Cambridge 1911, 1038.

a handful of works, out of 16,100 results found, that attempted to analyse the social contexts surrounding the case against Verres. Of which, the work by Frazel⁹ came the closest in its analysis of how Cicero, employing his knowledge of the Roman judicial proceeding, constructed an effective accusation against Verres and Hortensius in their effort to postpone the trial; this discussion, nevertheless, was only there as a part of the text's overall evaluation of *In Verrem*'s circulation among Cicero and his friends, and as such failed to realise its potential. Similarly, the works by Matier¹⁰ and Santamaria¹¹ only offer brief summaries of the event which, especially in Santamaria's case, was also tied into other issues like the development of natural law. These features of the aforementioned papers thus hinder their effectiveness as references in this analysis, though I appreciate their efforts in attempting to discuss the event and its wider social implications. Meanwhile, the application of further search keywords: namely 'history', and 'law', did not have effects aside from reducing the search results; whilst a similar outcome was also identified following the examinations of other search engines: including HeinOnline and the University of Sydney Library. As such, the absence of research into the importance of *In Verrem* outside of its rhetorical values implies the lacuna among the extant literature, which in return is a shortcoming I intend to address.

Given its purpose, the analysis conducted in this work will be twofold. Firstly, I will focus on the manners in which *In Verrem* reveals to us the legal process of the late Republican period. This includes what it tells about the process of choosing a prosecutor (*divinatio*) of the Roman courts – specifically, the court which dealt with the charge of extortion (*questio de repetundis*) – following the reforms promulgated by Sulla; the steps necessary for the legal formula required by such lawsuit; and how

⁹ T. D. Frazel, 'The composition and circulation of Cicero's *In Verrem*', *Classical Quarterly* 2004, 54(1): 128–142.

¹⁰ K. Matier, 'The Historical, Political and Social Background of Rome at the time of Cicero as revealed in the *In Verrem*, *Pro Lege Manilia*, *In Catilinam*, *Pro Milone*, and *Ad Q. Fratrem*', *Akroterion* 1978, https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA03031896_369

¹¹ A. M. Santamaria, '*In Verrem*: The Case That Changed the Course of Jurisprudential History', *Legal Issue J.* 2015, 3(99).

the nature of the courts rendered them vulnerable for exploitation. The second part, meanwhile, will focus on how Verres' crimes could be explained by the nature of Rome's administration in the early first century B.C. along with how the political tensions during the period were also employed by Cicero as a tactic to help ensure Verres' condemnation by the jury. These examinations, I hope, should shed light upon the values of the Verrine orations and the way they corroborate the other evidence from the same period, which in return should give further credence to their worth aside from the already recognised rhetorical value.

To this end, I have chosen a number of resources that I considered, and have thus far been validated, to be useful in this undertaking. First of all, I would like to acknowledge the effort of C.D. Yonge, whose English translations of the works of Cicero: including *In Verrem*, *Divinatio In Caecilium*, and many others, made it possible for this work to exist in the first place. As for works concerning Roman law and its development, William Grapel's introduction to the Institute of Justinian¹² has provided a very concise summary of the development of the Roman legal system from the Archaic period to the Codification during the early Byzantine era; whilst research by George Mousourakis¹³ also offers a very good, and much more updated, evaluation of the same topics. Similarly, the studies by Frank Cowles and the late Abel Greenidge¹⁴ also provide systematic assessments of both the trial of Verres and the aspects of the judicial process during Cicero's time, and whose works have been of great benefit to this research. Meanwhile, I would like to also thank Robin Seager, John Richardson, and every other researcher who participated in *The Cambridge Ancient History project*,¹⁵

¹² W. Grapel, *Sources of the Roman Civil Law: An introduction to the Institute of Justinian*, Cambridge 1857.

¹³ G. Mousourakis, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Routledge 2018.

¹⁴ F. H. Cowles, *Gaius Verres: An Historical Study*, Cornell University Thesis 1917; A. H. J. Greenidge, *The Legal Procedure in Cicero's Time*, Oxford 1901.

¹⁵ J. A. Crooks, A. Lintott & E Rawson (eds), *The Cambridge Ancient History, Volume 9: The Last Age of the Roman Republic 146–43 B.C.*, Cambridge 2008.

whose tireless efforts made it possible to create an extensive account of the ancient world that was the inspiration for this work.

***In Verrem* as legal evidence: judicial proceedings during the late Republican period**

In order to appreciate the Verrine orations and what they inform us about judicial proceedings during Cicero’s time, a brief recourse into the development of Roman law up until that period is necessary. Initially, the charge of resolving disputes belonged to the kings (*rex*), who also acted as the elected leader of the community;¹⁶ this however changed as the early republican era saw the transition of powers, and as such judicial authorities, to the consuls and other positions in the magistracy. The introduction of praetorship in 367 B.C. delegated this task to the praetors, who either settled private disputes between Roman citizens (*praetor urbanus*) or between the citizens and the foreigners (*praetor peregrinus* – introduced as a position in 242 B.C.); specifically, this means that the praetors could handle the case themselves (*actio extraordinaria*) with the help of a consulting body (*consilium*), or imposing the verdicts came up by the judge (*judex*) who conducted the investigation (*actio ordinaria*).¹⁷ Simultaneously, the role of managing criminal jurisdiction was shared between the magistrates and the assemblies (which included the *comitia centuriata* and the *comitia tributa*), with the latter gradually superseding the former and leading to the creation of the early regular courts (*judicia populi*). However, the gradual expansion of the Roman territories and the subsequent increase in legal problems also necessitated again the restructuring of the legal process, which eventually culminated in the formation of the permanent courts (*quaestiones perpetuae*) – starting from the one which concerns the charge of extortion in the provinces (*quaestio de repetundis*) – from the middle of the second century B.C.¹⁸ As it was, the history of Roman law can be seen in the same way as its constitution: as a body that has undergone

¹⁶ Grapel, n. 12, 6.

¹⁷ Mousourakis, n. 13, 128.

¹⁸ Ibid 149.

transformations thanks to various social changes and efforts of many individuals, and as such is ‘not the work of one man, or one age’.¹⁹

Additionally, given the nature of Verres’ trial, some words must be said of the action *de repetundis* and the laws which supported its functions. According to Cowles, it was the *Lex Calpurnia*, a law put forward by L. Calpurnius Piso Furgi in 149 B.C., which established the permanent court that dealt with extortion.²⁰ The process of the *questio* was then supplemented by the *Lex Acilia* of 123 B.C. which abolished senatorial juries and designated a special praetor for handling the cases. The *Lex Cornelia* of 111 B.C. subsequently abolished the ability to re-trial (*ampliatio*) that was provided by *Lex Acilia*, whereas the *Lex Servilia Glaucia* of 101 B.C. separated the trial into roughly two parts: with the first being when both the prosecutor and the defendant presenting their cases and evidence (*actio prima*); whilst the second also involved cross-examinations (*actio secunda*).²¹ Adding to this was the changes made by the *Lex Cornelia* that was introduced by Sulla in 81 B.C.; in it, the *lex* increased the amount of pecuniary up to two times the amount extorted, while also introducing the use of lot (*sortitio*) for choosing jury and the use of banishment as a possible punishment.²² Meanwhile, the absence of a public prosecutor during Cicero’s era also necessitates a preliminary contest (*divinatio*) between the would-be prosecutor in order to determine who gets to take up the case.²³ This in return means that a successful proceeding had to depend upon the goodwill (*bona fides*) of the prosecutor, as it was not unheard of that a malicious accuser could simply drop the charge by not appearing or colluding with the defendants.²⁴

¹⁹ Cicero, *De Re Publica*, 2. 21.

²⁰ Cowles, n. 14, 165.

²¹ Mousourakis, n. 13, 234.

²² Cowles, n. 14, 166.

²³ Greenidge, n. 14, 459.

²⁴ *Ibid.* 468.

Consequently, the application of the knowledge concerning the *actio de repetundis* makes it possible to understand the interactions between those involved in the Verres case. For instance, the required process of *divinatio* did influence the decision on Verres' side to arrange a prosecutor, Q. Caecilius Niger by name, who would then proceed to compromise the lawsuit. This in return prompted a strong reaction by Cicero, who presented in *Divinatio In Caecilium* arguments why he should be chosen over Caecilius, including the claims that it was the Sicilians who asked him for help, and that they would not appear in the trial if Caecilius was chosen;²⁵ even though further examination also shows that it was a complaint made by Sthenius of Himera, a client of Pompey, that caused the consuls to take action.²⁶ At the same time, the very first speech of *In Verrem* can also be seen as representing the results from the *nominis receptio* process, whereby the prosecutor had to state his intention and request for an adjournment to gather his evidence before the appearance against both the full court and the praetor – who was then M. Acilius Glabrio, a *praetor urbanus* who was also the son of the creator of *Lex Acilia*.²⁷ In this case, Cicero's request was accepted and he was granted 110 days for the evidence-gathering process; though he ended up using only sixty of them, largely thanks to cooperation from the populace of Sicily and despite resistance from the pro-Verres town of Messina and the effort of the then-governor and Verres' ally Metellus.²⁸ On the other hand, the process was also adopted as a means to delay the trial by Hortensius who, acting on behalf of Verres, immediately set up a separate lawsuit with the *receptio* process of 108 days; this would mean that the new lawsuit – an extortion case against the governor of Macedonia – would begin before the Verres case and such postponing the latter until it was decided.²⁹ Hence the examination of the early Verrine orations offers us invaluable

²⁵ Cicero, *Div. In Caecilium*, 28.

²⁶ R. Seager, 'The Rise of Pompey', in J. A. Crooks, A. Lintott & E Rawson (eds), *The Cambridge Ancient History, Volume 9: The Last Age of the Roman Republic 146–43 B.C.*, Cambridge 2008, 215.

²⁷ Cowles, n. 14, 169.

²⁸ Cicero, *In Verrem*, 2. 65.

²⁹ Cowles, n. 14, 179.

insights into the preliminary steps of the Roman criminal proceedings, which is compounded by the fact that the *divinatio* is the only surviving example of its kind.

Furthermore, not only the analysis of the Verres case as it was presented in *In Verrem* can help paint a clear picture of the legal process, but it also shows us how such a system can be compromised into producing partial outcomes. Driven by his success in postponing the trial from its established date in May, Hortensius subsequently devised a plan to prolong the hearing process so that it would last into the next year. Relying on both the fact that many of Verres' allies had secured important positions during the elections of 70 B.C., with both himself and Metellus having been elected consuls, and that the new year would force the current officials, including Glabrio, to step down from their duties, Hortensius was aiming to use his strengthened position to compel the new praetor, who could be more susceptible to Verres' control, into dropping the case; moreover, the new year holiday was also likely to impound the current jury, who were admittedly not friendly to Verres, and thus reducing their ability to condemn the former governor. Adding to this was the fact that the courts, as they had been since the time of the early republic, were obliged to adjourn upon the days in which no legal businesses were allowed (*dies nefasti*): including the days devoted to religious ceremonies (*feriae*), public games (*ludi*), and market days (*mundinae*).³⁰ And while the number of die nefasti might have declined following the development of the formulary system in the second century B.C., the end of 70 B.C. also saw a number of holidays, such as the 15-day break from 15 August to celebrate Pompey's military victories in Spain, along with multiple *Ludi* (*Romani*, *Romania* in *Cireo*, *Victoriae*, and *Plebii*) that would stretch across September, October, and November.³¹ The combination of these factors thus convinced the Verrine faction that they would soon be able to decisively influence the trial's outcome; victory was imminent.

³⁰ Mousourakis, n. 13, 129; Grapel, n. 12, 21.

³¹ Cowles, n. 14, 188.

However, the developing situation was also noticed by Cicero, who immediately realised that something drastic must be done to salvage the situation. When the hearing finally began on 5th August, almost three months after its supposed date, the orator of Arpinum changed his tactics. Instead of the long opening speeches followed by witness testimonies, as was the traditional procedure, Cicero opted for a short speech that laid upon all of Verres' crimes as his *actio prima*, before immediately bringing in witnesses; this forced Hortensius to perform cross-examination and answer to his client's charges before the mandatory adjournment day (*comperendinatio*).³² Additionally, the use of short speech also left Cicero with enough time to expose Horatius' attempts to prolong the case, which in return served to justify Cicero's haste and decision to diverge from the traditional process. The consequences of this decision, in Cowles' word, was 'electrical':³³ The defendant was caught off guard, their credibility crumbled in the eyes of the judge and the jury, and they soon found themselves struggling to defend against the evidence presented by Cicero, who now had popular support from the crowd. In the end, after a few days of fighting a losing battle, Verres finally decided to depart for Marseilles, and the rest is history.

***In Verrem* as historical evidence: Rome in the first century B.C.**

Apart from the contemporary legal elements, some considerations must also be taken on the various social contexts upon which Verres' trial was founded, including its relation to what we know about Rome's management of its provinces (*provincia*) during the time of Cicero. As it was, the term *provincia*, as opposed to its modern iteration, was not used for the administrative purpose; rather, it was used to designate an area in which a Roman magistrate or promagistrate could exercise the right to raise and command armies (or *imperium*) following his election or assignment by the Senate.³⁴ Originally used to organise zones of command for the Roman military

³² Frazel, n. 9, 131.

³³ Cowles, n. 14, 189.

³⁴ J. Richardson, 'The administration of the empire', in J. A. Crooks, A. Lintott & E. Rawson (eds), *The Cambridge Ancient History, Volume 9: The Last Age of the Roman Republic 146–43 B.C.*, Cambridge 2008, 564.

in its many wars, as stated by Livy,³⁵ the term eventually expanded its definition into whatever areas the republic had its troops stationed in, including within areas where Rome did not exercise territorial sovereignty like the Spanish provinces (*Hispania Citerior and Hispania Ulterior*) during the Punic Wars in Third Century B.C.; and even in independent kingdoms such as Macedonia up until its dissolution following the end of the Third Macedonian War (171–168 B.C.). Though the nature of their tasks might mean that the governors of the *provinciae* had to maintain, at least, a semblance of order within their territories, it often varies between each *provinciae*, depending on factors like the geopolitical situations within the region, the degree of qualities from the local authorities and their willingness to cooperate, and most importantly the competency, or its lack thereof, of the governor in question and the individuals, such as the functionaries (*apparitores*) and associates (*cohors amicorum*), who served as his staffs.³⁶ However, while existing evidence suggests that a governor could have his *imperium* removed by the Senate due to misconduct, this removal only came after serious military failures that were the results of the governor's own decision, such as when M. Aemilius Porcina was deprived of his *imperium* over Hispania Citerior after he disobeyed the Senate and suffered defeats in the war against the Vaccaei in 136 B.C.;³⁷ and although the presence of bodies like quaestio de repetundis made it possible to charge the governors for their crimes, such lawsuits could only happen following the end of their tenures and could be easily quashed.³⁸

Consequently, the lack of effective oversight means that the governors during the late Republican era often had ample opportunities to illegally accumulate wealth and exercise unlawful powers during their time in the *provinciae*; whilst the cases presented by Cicero in *In Verrem* also provide examples of how such practices were conducted. In particular, the third book of the *actio secunda* saw Cicero accusing

³⁵ Livy 24. 44.

³⁶ Richardson, n. 34, 581, 582.

³⁷ Ibid. 577.

³⁸ Ibid.

Verres of manipulating the sale of grain to acquire extra revenue;³⁹ this practice corresponds with those reported by Livy and Tacitus: whereby a governor can, in the process of acquiring grain for his household (*frumentum in cellam or frumentum aestumatum*), either force his suppliers to sell cheap so that he can pocket the rest of the share assigned by the Senate; or by coercing them into bribing him so that he would buy their produce.⁴⁰ A certain point in the fifth book also saw Cicero claiming that Verres was ordering the construction of ships from the Mamertines to be used as personal merchant fleet;⁴¹ this charge was a contravention of the *Lex Claudia* of 213 B.C. that forbade senators from selling products that were not from their estates.⁴² Meanwhile, during the process of charging the former governor of colluding with both local and private Roman tax collectors (*publicani*), Cicero also provided a brief outline of the taxation system in the provinces: which included 1) the fixed *stipendium*; 2) the taxes managed by the Censors as dictated by the *Lex Sempronia*; and 3), which was a case unique to Sicily, the tithe on grain.⁴³ Therefore, while Cicero's charges against Verres, which apart from corruption also included a long list of murders and impious actions, might have been exaggerated to convince the jury, his accusations nonetheless also reflect the reality in which the late-republic provinciae governors could exploit loopholes as a part of their political careers.

Moreover, aside from what it tells us about political corruption during the last age of the republic, the credential of the Verrine orations is also supported by the underlying social tensions that served as the backdrop of the proceeding. At the time of the trial in 70 B.C., Rome was still recovering from its many conflicts, with the Jugurthine War (112–106 B.C.) and the first and second Mithridatic Wars being infamous for requiring a massive amount of resources to suppress, whereas the widespread provision of Roman citizenships throughout Italy in the aftermath of the Social War

³⁹ Cicero, *In Verrem*, 3. 118.

⁴⁰ Richardson, n. 34, 583.

⁴¹ Cicero, *In Verrem*, 5. 18.

⁴² Mousourakis, n. 13, 160.

⁴³ Cicero, *In Verrem*, 3. 12.

also brings to light the inequalities between different social classes and communities. But perhaps the most notable struggle was between the politicians who championed populist causes through land distribution and the tribunate (*populares*), and those who sought to retain the powers with the Senate (*optimates*), whose clashes eventually erupted into a full-blown civil war followed by the severe political repression during the dictatorship of Sulla. An ardent *optimite*, it was Sulla's main priority to suppress the Tribunician powers through any means necessary. Subsequently, the infamous law of 81 B.C. both abolished the protection of the Tribune while also allowing the Senate, whose power was now greatly amplified, to serve exclusively as jurymen; this resulted in the decline in public trust in the justice system as the subsequent period saw a spike in cases where senators and powerful individuals could rely on collusion with each other to acquit themselves in courts.⁴⁴ It is therefore unsurprising that the period following Sulla saw many efforts to reverse his actions, including the attempt by Lucius Aurelius Cotta, whose *Lex Aurelia* of 70 B.C. aimed to restore other representatives of other social classes of Rome (including the equites and the tribune aerarii) to the jury panel as a means of checking the senators' powers.⁴⁵

Given its circumstances, it is not surprising that the court was deeply concerned by the potential consequences its verdict on the Verres trial could have on its reputation, and it was this tension that Cicero had employed to his advantage. In his *actio prima* Cicero began with the appeal to both the court and the jury, citing the status of the affair as a *cause celebre* while also pointing out that it was also the opportunity for them to ease the public's doubt and prejudice against their class.⁴⁶ This argument later reappeared at the end of the last book of the *actio secunda*, with Cicero claiming that while condemnation of Verres could help restore the Senate's reputation, the decision to acquit him could also earn them retribution from the Roman populace, as 'it is no less laborious a task to preserve those honours and-

⁴⁴ Cowles, n. 14, 164.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Cicero, *In Verrem*, Act i. 29.

kindnesses, conferred on you by the Roman people, than to acquire them.’⁴⁷ Hence Cicero, by offering the court the offer they could not refuse, asked them to convict Verres and thus indirectly provided support to the changes made by the *Lex Aurelia* so that it could prevent future abuse of power; and the jury, who found their safety hanging on the line, found it easier to comply.

Concluding remarks

In this essay, I have taken to examine *In Verrem* and by extension the rest of the Verrine orations to test the claim made by some scholars against using Cicero’s speeches as historical evidence; consequently, what I have observed appears to confirm my initial hypothesis. Apart from possessing the only surviving evidence of the *divinatio* in *In Caecilium*, the speeches of the trial of Verres contain several valuable pieces of information about the judicial and administrative dimensions of the late Republican period which, aside from through works of jurists and historians like Livy, have very little resources that manage to survive down to us. Moreover, the analysis of how *In Verrem* was constructed could also serve as a testimony of the tumult that was the norm by the end of the Republic: as it is apparent that Cicero was capitalising on the feeling of anxiety and resentment in his orations, and the drafts which he had intended to speak, to influence the actions’ of the jury. These myriads of benefits thus provide sufficient credentials to the use of *In Verrem* and other of Cicero’s speeches to interpret the contemporary social dynamics that, alongside other evidence such as archeological findings, can help improve what we know about the time they originate from.

Still, a few words of caution must be said about the application of *In Verrem* and the rest of the Ciceronian material as proof, as they are also vulnerable to human error. As succinctly summarised by Andrew Lintott,⁴⁸ the works of Cicero – and

⁴⁷ Ibid. 5. 175.

⁴⁸ A. Lintott, ‘The crisis of the Republic: Sources and source-problems’, in J. A. Crooks, A. Lintott & E Rawson (eds), *The Cambridge Ancient History, Volume 9: The Last Age of the Roman Republic 146–43 B.C.*, Cambridge 2008, 2.

especially his correspondence – reflect only the truths in which he saw them, and that such things could change from day to day as the situations developed; whilst examinations into the veracity of his famous speeches such as the Catilinarian oration also reveal that he was not beyond omitting some information, or in some case even fabricate lies, to influence his speakers into behaving in the ways he wanted.⁴⁹ And yet, the same issue could also be said when it came to our other source-materials of the period, with those close to the events often not being able to realise the true extent of their implications, whereas the later interpreters were too concerned about some factors they believed were responsible and thus discarding the rest in its entirety.⁵⁰ Moreover, the period before 70 B.C. did not enjoy the richness of evidence provided by Cicero’s writings, to the point where what we know about the Jugurthine and Civil Wars in modern days often stem from sporadic works by antiquarians such as Sallust.⁵¹ Put simply, the existence of these shortcomings often forces historians to carefully assess their information to determine what is true, how and for what purpose was it created, what it tells about the world, and what was its context which, in the words of Umberto Eco, is much harder than simply judging what is false.⁵² Only by applying these steps of interpretation can we rise above our prejudice and thus be able to approach the world for what it is, even if we know what it should or should not be.

Ultimately, the analysis of *In Verrem* and its contexts can be summarised by the old and famous adage: oftentimes you still need to believe in history, even if it is not true.⁵³

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid. 3.

⁵¹ Ibid. 6.

⁵² U. Eco, *The Limits of Interpretation*, Indiana 1990, 42.

⁵³ P. Bryant, *From Cyrus to Alexander: A History of the Persian Empire*, Eisenbraun 2002.

ที่ปรึกษา

นายปรกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมภาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

นางสาวคณินิจ แซ่เฮง

นางสาวรณณัญญา พรหมณดี

นางสาวเสาวนีย์ จันทรชวลิต

นางสุปราณี เพ็งหนู

นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์

นางสาวรัชนิกร ลากวณิชชา

นางสาวพรรณพร สนธิไชย

ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

แรัญญิก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง



OCS

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
Advanced Legal Training Institute