



OCS e-JOURNAL

วารสาร กฤษฎีกา

เล่ม 1 ตอน 3

JULY 2021

ocs

e-Journal

Volume 1 Part 3

unบรรณาธิการ

สวัสดีค่ะ ช่วงนี้สุขภาพเป็นอย่างไรกันบ้างคะ กองบรรณาธิการหวังว่าท่านผู้อ่านทุกท่านจะมีสุขภาพที่แข็งแรง และปลอดภัยจากโรคโควิด ๑๙ นะคะ และหากท่าน WFH หรืออยู่ที่ไหนอย่าลืม !! เข้ามาอ่านวารสารกฎหมาย เล่ม ๑ ตอน ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๔ กันนะคะ เพราะฉบับนี้มีบทความที่น่าสนใจหลายเรื่องที่กองบรรณาธิการภูมิใจนำเสนอ ไม่ว่าจะเป็น

- บทความ เรื่อง “ข้อบกพร่องที่ต้องการแก้ไขอย่างเร่งด่วน : ผลการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติที่ผ่านมา” โดยท่านสุธรรม สงศิริและคณะ (ซึ่งท่านเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านยุทธศาสตร์ชาติตัวจริง ให้เกียรติอนุเคราะห์บทความมาให้ ขอขอบพระคุณมากค่ะ)

- บทความ เรื่อง “การคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาตตุลาการ : ความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไข” โดยท่านพลิชฐ์ อัสววัฒนาพร (ผู้อำนวยการสถาบันอนุญาตตุลาการ ให้เกียรติอนุเคราะห์ ตอนที่ ๑ ให้กับวารสารฉบับนี้ ขอขอบพระคุณมากค่ะ)

- บทความ เรื่อง “การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับธุรกรรมสินเชื่อระหว่างบุคคลกับบุคคล (Peer to Peer Lending: P2P Lending) ในสหรัฐอเมริกา” โดยนางสาวกมลกานต์ ศรีสุวรรณ

- บทความ เรื่อง “สถานะทางกฎหมายของ “ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล (Legal Framework for Digital Platform Labour)” โดยนางปกิตตา นิภาวรรณ โชติกิตติกุล

- บทความ เรื่อง “การตายดี : สิทธิซึ่งทุกคนพึงได้รับกับปัญหาในทางปฏิบัติ” โดยนายยงยุทธ ภูประดับกฤต

- บทความ เรื่อง “การจัดการร่างของผู้วายชนม์แบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม” โดยนางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

- บทความ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) ตอนที่ ๒” โดยนายคณันท์ ชัยชนะ

- บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฎหมายที่น่าสนใจ เรื่อง “หน้าที่ในการดูแล “ป่าที่อยู่บนเกาะ” ที่มีใช้ป่าชายเลนและป่าชายหาด (เรื่องเสร็จที่ ๓๖๑/๒๕๖๔) โดยนางสาวปจรรย์ จำเนียรกุล และที่ผู้อ่านขอกันเข้ามา คือ แนะนำเว็บไซต์การค้นหากฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษ (<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>) โดยนายรักไท เทพปัญญา และ “แนะนำเว็บไซต์กฎหมายสำคัญของฝรั่งเศส (<https://www.legifrance.gouv.fr>) โดยนางสาวธมณัญฐ์ พรหมณัติ

ก่อนจากกัน กองบรรณาธิการหวังว่า บทความที่จัดสรรมานี้จะถูกใจท่านผู้อ่าน และอย่าลืมรักษาสุขภาพกันด้วยนะคะ พบกันใหม่กับวารสารกฎหมาย เล่ม ๑ ตอน ๔ ค่ะ

สารบัญ

วารสารกฎหมาย

บทความทางกฎหมาย

๓	ข้อบกพร่องที่ต้องการการแก้ไขอย่างเร่งด่วน : ผลการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติที่ผ่านมา	สุธรรม สังศิริ และคณะ
๒๐	การคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาตตุลาการ : ความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไข	พลิชฐ์ อัครวัฒนาพร
๒๗	การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับธุรกรรมสินเชื่อระหว่างบุคคลกับบุคคล (Peer to Peer Lending: P2P Lending) ในสหรัฐอเมริกา	กมลกานต์ ศรสุวรรณ
๔๘	สถานะทางกฎหมายของ“ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล” (Legal Framework for Digital Platform Labour)	ปกิตตา นิภาวรรณ โชติกิตติกุล
๗๔	การตายดี : สิทธิซึ่งทุกคนพึงได้รับกับปัญหาในทางปฏิบัติ	ยงยุทธ ภู่ระดับกฤต
๙๗	การจัดการร่างของผู้ขายขนมแบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม	กัลยา เกียรติถาวรชัย
๑๑๗	มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) ตอนที่ ๒	คนันท์ ชัยชนะ

เรื่องน่ารู้

๑๔๕	บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ : หน้าที่ในการดูแล “ป่าที่อยู่บนเกาะ” ที่มีใช้ป่าชายเลนและป่าชายหาด (เรื่องเสร็จที่ ๓๖๑/๒๕๖๔)	ปจรรีย์ จำเนียรกุล
๑๕๒	แนะนำเว็บไซต์ค้นหากฎหมายของประเทศญี่ปุ่นฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษ http://www.japaneselawtranslation.go.jp/	รักไท เทพปัญญา
๑๕๙	แนะนำเว็บไซต์กฎหมายสำคัญของฝรั่งเศส (https://www.legifrance.gouv.fr)	ธมนณัฐ พราหมณ์ดี

ข้อบกพร่องที่ต้องการการแก้ไขอย่างเร่งด่วน : ผลการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติที่ผ่านมา*

สุธรรม สงศิริ และคณะ**

ผลการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติประจำปี ๒๕๖๒

- เป้าหมายระดับประเด็นมี ๓๗ เป้าหมาย
บรรลุเป้าหมาย ๔ เป้าหมาย คิดเป็นร้อยละ ๑๐.๘๑ (สีเขียว)
ไม่บรรลุเป้าหมาย ๓๓ เป้าหมาย คิดเป็นร้อยละ ๘๙.๑๙ (สีแดง-สีส้ม-สีเหลือง)
- เป้าหมายระดับแผนแม่บทย่อย มี ๑๔๐ เป้าหมาย
บรรลุเป้าหมาย ๑๙ เป้าหมาย คิดเป็นร้อยละ ๑๓.๕๗ (สีเขียว)
ไม่บรรลุเป้าหมาย ๑๒๑ เป้าหมาย คิดเป็นร้อยละ ๘๖.๔๓ (สีแดง-สีส้ม-สีเหลือง)

ผลการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติประจำปี ๒๕๖๓

- เป้าหมายระดับประเด็น มี ๓๗ เป้าหมาย
บรรลุเป้าหมาย ๗ เป้าหมาย คิดเป็นร้อยละ ๑๘.๙ (สีเขียว)
- เป้าหมายระดับแผนแม่บทย่อย มี ๑๔๐ เป้าหมาย
บรรลุเป้าหมาย ๒๗ เป้าหมาย คิดเป็นร้อยละ ๑๙.๒๙ (สีเขียว)
ไม่บรรลุเป้าหมาย ๑๑๓ เป้าหมาย คิดเป็นร้อยละ ๘๐.๗๑ (สีแดง-สีส้ม-สีเหลือง)

(ที่มา : รายงานสรุปผลการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติประจำปี ๒๕๖๒ – ๒๕๖๓

จากสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติ)

จากผลการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ได้แสดงให้เห็นดูข้างบนนี้จะเห็นได้ว่าหน่วยงานราชการระดับกระทรวงและระดับกรม สอบตกอย่างไม่น่าเป็นท่า ถ้าพูดกันตามภาษาชาวบ้าน ซึ่งสะท้อนให้เห็นประสิทธิภาพของการบริหารจัดการของภาครัฐนั้น อ่อนแอทั้งผลการดำเนินงาน รวมทั้งวิธีบริหารองค์กรที่ไม่มุ่งเน้นการบรรลุเป้าประสงค์ที่ตั้งไว้ ถ้าคุณจะมีมองย้อนหลังไปอีก ๑๐ – ๑๕ ปี ก็จะมีผลในทำนองเดียวกัน ซึ่งความหวังของประชาชนที่จะได้รับอานิสงส์จากการบรรลุเป้าหมายในการพัฒนาประเทศก็ไม่ได้รับอานิสงส์คือตามความหวัง น่าเสียดายเงินงบประมาณที่ใช้ในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติก็ละลายหายไป ทำให้ได้รับผลตอบแทนองค์การขับเคลื่อนนี้น้อยมากจริง

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** มูลนิธินโยบายสาธารณะเพื่อสังคมและธรรมาภิบาล

คำถามที่น่าจะถามกลับก็คือ ทำไมถึงเป็นเช่นนี้ คำตอบที่น่าจะเป็นไปได้ก็คือ รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง และอธิบดี ที่ทำการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของตน ต้องรับผิดชอบและตอบคำถามนี้ ว่า Why ? Why ? และก็ Why ?

แต่จากการศึกษาจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติได้ให้ข้อมูลที่น่าสนใจว่าความล้มเหลวที่ไม่บรรลุเป้าหมายทั้งระดับประเด็นและระดับแผนแม่บทย่อยนั้น คณะผู้จัดทำได้รวบรวมมาได้ดังนี้

๑. ชั้น Formulation การกำหนด และถ่ายทอด (Strategy Cascading) เช่น ตัวชี้วัด (KPI) เป้าหมายที่จะนำไปสู่ความสำเร็จ (Critical Success Factors) ไม่เชื่อมโยงกับยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บทที่ตั้งไว้ (ของระดับโครงการแผนงาน)

๒. ชั้น Implementation ของระดับกระบวนการคิดออกแบบ (Protect DES ๑๖ ปี) ที่ส่งผลกระทบ (Impact) ต่อยุทธศาสตร์หลัก และการบริหารโครงการขาดประสิทธิภาพและความตั้งใจที่บรรลุเป้าหมาย รวมทั้งขาดความพร้อมของบุคลากรในด้านความรู้ ความสามารถในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์

(Strategy Readiness : Human capital Organization capital Information capital and Collaboration capital Among Strategic partners)

๓. ชั้น Evaluation ขาดเครื่องมือในการประเมินผลสัมฤทธิ์ที่มีต่อเป้าหมาย และความสำเร็จของแผนที่ตั้งไว้

๔. ขาด Baseline Data ที่ถูกต้องและเชื่อถือได้ หรือนำมาวิเคราะห์ในการวางแผน เพื่อให้ทราบว่าในปัจจุบันนี้เราอยู่ตรงไหน ห่างจากเป้าหมายเท่าไร และต้องทำอะไรจึงบรรลุเป้าหมายได้

(ที่มา : จากการประมวลผลการสัมภาษณ์ผู้รับผิดชอบในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ภาครัฐ)

ถ้าปัญหาเป็นอย่างนี้ การแก้ปัญหาควรเป็นอย่างไร ?

คณะผู้จัดทำขอเสนอแนวทางสู่ความสำเร็จของการขับเคลื่อนโครงการและแผนงานในระดับกรมหรือหน่วยงานโดยใช้หลัก

- มองภาพสุดท้ายแห่งความสำเร็จของโครงการว่าเป็นอย่างไร และเชื่อมโยงกับเป้าหมายของแผนแม่บทหรือไม่
- ตั้งเป้าหมายให้ชัดเจน และเชื่อมโยงกับเป้าหมายของแผนแม่บท (ต้องทำเท่าไร)
- ถ้าต้องการเป้าหมายในระดับนี้ ต้องทำอะไร ? ทำอย่างไร ?
- วิเคราะห์ข้อบกพร่อง และอุปสรรคที่ผ่านมาว่ามีอะไรบ้าง และจะก้าวข้ามไปอย่างไร

- การเตรียมความพร้อมของทุนมนุษย์ ทุนองค์กร ทุนข้อมูลข่าวสาร และทุนการบูรณาการกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง พร้อมหรือไม่
 - และสุดท้ายผู้บริหารระดับสูงมีเจตนารมณ์ที่บรรลุเป้าหมายของการขับเคลื่อนโครงการ แผนงานของยุทธศาสตร์ในระดับใด มี Political will ใหม่
- ถ้าใช้หลักการข้างบนนี้ ผลสำเร็จก็คงบรรลุเป้าหมายตามความคาดหวัง เพราะหลักนี้ คือหัวใจของยุทธศิลป์ครับ

บทที่ ๑

ปัญหาในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติ – การตั้งโจทย์

ยุทธศาสตร์ชาติเป็นเครื่องมืออันทรงพลังในความคาดหวังของผู้บริหารประเทศที่จะนำความมั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืนมาสู่ประเทศชาติ และประชาชนสมเจตนารมณ์ที่ได้ตั้งไว้ แต่หลังจากการนำยุทธศาสตร์ชาติลงสู่การปฏิบัติมา ๑ ปี คณะผู้จัดทำเห็นว่ายุทธศาสตร์ชาตินั้น “ดีแล้ว” หากแต่การนำลงสู่การปฏิบัติยังมีข้อบกพร่องที่ต้องแก้ไขอีกหลายประการในการที่จะบรรลุเป้าประสงค์หลัก (Strategy Objective) ทั้งนี้จากการประชุมคณะรัฐมนตรีวันที่ ๕ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๖๓ ในประเด็นการรายงานสรุปผลการดำเนินการประจำปีตามยุทธศาสตร์ชาติและตามแผนการปฏิรูปประเทศได้เผยให้เห็นประเด็นท้าทายที่น่าสนใจในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติทั้ง ๖ ยุทธศาสตร์ ๒๓ ประเด็นตามยุทธศาสตร์ ๓๗ เป้าหมายนั้น ซึ่งมีเป้าหมายที่อยู่ในระดับต่ำกว่าค่าเป้าหมายในระดับเสี่ยงถึง ๑๘ ค่าเป้าหมาย หรือคิดเป็นร้อยละ ๔๘.๗ อาทิ ความรอบรู้ของประชาชนในด้านสุขภาพ การอำนวยความสะดวกที่มีโครงข่ายความโปร่งใส สัดส่วนการท่องเที่ยวเมืองรอง เป็นต้น โดยประเด็นที่เป็นข้อท้าทายสำคัญนั้นถือเป็นประเด็นที่ถูกพูดถึงในทุกยุคทุกสมัย อาทิ การบูรณาการความร่วมมือระดับหน่วยงาน ความพร้อมของข้อมูลหรือข้อจำกัดในการเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็น การกระจายอำนาจไปสู่ท้องถิ่น และการทบทวนกฎหมายหรือระเบียบทางราชการที่เป็นปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ

ด้วยเหตุนี้คณะผู้จัดทำจึงเกิดแรงบันดาลใจที่จะระดมสมองและร่วมแบ่งปันความคิดเห็น พร้อมเสนอแนะแนวทางในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ที่มีประสิทธิภาพนั้น ควรทำอย่างไร โดยจะใช้หนังสือยุทธศิลป์ : แนวทางบรรลุยุทธศาสตร์อย่างเกินคาดหวัง (หมายความว่า สามารถทะลุเป้าหมายได้) มาเป็นแนวคิดในด้านการขับเคลื่อน และจะใช้บทความที่อยู่ในมือท่านนี้ เป็นแนวทางในการใช้แก้ปัญหาในการขับเคลื่อน ซึ่งเกิดจากการรวบรวมปัญหา และข้อมูลต่าง ๆ เพื่อชี้แนวทางว่าหากเราจะขับเคลื่อนเป้าหมายให้ได้ผลลัพธ์ที่เกินความคาดหวังจะต้องมีกระบวนการดำเนินการอย่างเป็นระบบ เพื่อให้เป้าหมายสามารถบรรลุตามตัวชี้วัดที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามก่อนจะก้าวไปถึงจุดนั้น คณะผู้จัดทำจะนำเสนอภาพรวมของการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ในปัจจุบัน เพื่อชี้ให้เห็นข้อท้าทายในการกำหนดยุทธศาสตร์ ดังนี้

ตารางปัจจัยสำคัญในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์

ประเด็นสำคัญ	คำถามหลัก
๑. สิ่งที่มี (ต้อง) มี : วิสัยทัศน์ เป้าหมาย และ ตัวชี้วัด	ภาพสุดท้ายแห่งความสำเร็จชัดเจนแล้วหรือไม่
๒. สิ่งที่ขาด : ภาพสถานการณ์และเป้าหมาย	ภาพรวมของแต่ละเป้าหมายว่าอยู่ในสถานภาพแบบใดในปัจจุบัน
๓. สิ่งที่ต้องทำ : วัตรระยะห่างระหว่างสถานการณ์ ปัจจุบันและเป้าหมาย	ระยะทางในปัจจุบันระหว่างตำแหน่งที่อยู่และเป้าหมายที่ต้องการบรรลุมีระยะห่างเพียงใด

ที่มา : จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

คำถามและประเด็นเหล่านี้เหมือนจะเป็นคำถามง่าย ๆ และไม่สลับซับซ้อน แต่คณะผู้จัดทำอยากชวนให้ผู้อ่านพิจารณาถึงสภาพของระบบราชการประเทศไทยที่ประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่มีความหลากหลายทั้งในเชิงภารกิจ และวัฒนธรรมในการทำงาน ซึ่งพอจะช่วยให้จินตนาการได้ถึงความโกลาหลที่เกิดขึ้น เมื่อส่วนราชการพยายามที่จะดำเนินโครงการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายเดียวกัน แต่ไม่ได้กำหนดแนวทางการดำเนินงานร่วมกัน ซึ่งย่อมส่งผลให้แนวทางในการดำเนินการมีลักษณะกระจัดกระจาย และไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อย่างไรก็ตามในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งสามารถสรุปความท้าทายในประเด็นต่าง ๆ ได้ดังนี้

๑. ขั้นตอนการกำหนดยุทธศาสตร์ระดับรองจากยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อนำไปสู่การปฏิบัติ (Implementation) ในการกำหนดและถ่ายทอด (Strategy cascading) เป้าหมายต่าง ๆ รวมทั้งตัวชี้วัดของยุทธศาสตร์ชาติไปสู่การปฏิบัติของหน่วยงานที่รับผิดชอบ ซึ่งกรอบยุทธศาสตร์ทั้งระดับกระทรวง และกรม ไม่สามารถเชื่อมโยงกับยุทธศาสตร์ชาติและความต้องการของประชาชนในปัจจุบันได้

๒. ขั้นตอนในการขับเคลื่อน (Implementation) ขาดกระบวนการในการคิดออกแบบ ซึ่งควรจะต้องถ่ายทอดเป้าหมายของยุทธศาสตร์ชาติและกลยุทธ์ของหน่วยงานหลักลงมาเป็นเป้าหมายและโครงการต่าง ๆ ที่ต้องกำหนดปัจจัยแห่งความสำเร็จ (Critical success factor : CSF) ที่สำคัญด้วย ดังนั้นหากขาดหัวข้อนี้อาจจะทำให้บรรลุเป้าหมายได้ยากหรือไม่สำเร็จได้เลย ซึ่งกระบวนการนี้ต้องอาศัยความรู้ความสามารถในการเชื่อมโยงความรู้ ประสบการณ์ เพื่อหา (CSF) ในการนำไปสู่การปฏิบัติ ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยทุนมนุษย์อย่างมีประสิทธิภาพ

๓. ขาดการนำเครื่องมือในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของผลงานในการขับเคลื่อน (Evaluation) เพื่อนำมาใช้ในการปรับปรุงแก้ไขต่อไป ซึ่งเป็นการให้ Feedback ในการทบทวนแผนหรือการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ที่ได้กำหนดไว้แล้ว

๔. ข้อมูลพื้นฐาน (Baseline data) ในการนำมาใช้ประกอบการวิเคราะห์การวางแผนงานที่ถูกต้องและน่าเชื่อถือ

๕. ขาดการบริหารโครงการที่มีประสิทธิภาพและความพร้อมของบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการขับเคลื่อนกลยุทธ์และโครงการ/แผนงานที่ได้กำหนดไว้ จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อสร้างความร่วมมือและประสานงานสู่เป้าหมายเดียวกัน

จากข้อมูลที่ได้มาจากผู้ปฏิบัติในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์กระทรวง กลยุทธ์ของกระทรวง และโครงการ/แผนงานของหน่วยปฏิบัติ ทำให้คณะผู้จัดทำตระหนักถึงปัญหาในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติให้บรรลุเป้าหมายตามเจตนารมณ์ที่ได้ตั้งไว้ จึงมีความคิดและแรงบันดาลใจในการเขียนบทความนี้ เพื่อให้เป็นแนวคิดในการแก้ปัญหาในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์และกลยุทธ์องค์กรให้บรรลุเป้าประสงค์ (Objectives) และเป้าหมาย (Goals) ที่มีความเชื่อมโยงกัน เพื่อให้สอดคล้องเจตนารมณ์ของผู้บริหารประเทศ และคาดหวังว่าประชาชนจะได้รับประโยชน์สูงสุด

บทที่ ๒

คู่มือการนำยุทธศิลป์ไปใช้ในการออกแบบโครงการ : ภาคปฏิบัติ

ในบทก่อนหน้านี้ คณะผู้จัดทำได้นำเสนอกรอบแนวคิดของยุทธศาสตร์ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่ช่วยกำหนดรูปแบบ ลักษณะและวิธีการดำเนินงานของผู้ปฏิบัติงานและผู้ออกแบบให้สามารถเชื่อมโยงโครงการ เข้ากับเป้าหมายของการพัฒนาหรือโครงการต่าง ๆ อย่างไรก็ตามเพื่อให้เห็นภาพแนวทางการปฏิบัติที่ชัดเจน ในส่วนนี้คณะผู้จัดทำจะอธิบายถึงแนวทางการนำยุทธศิลป์ไปใช้ในทางปฏิบัติ โดยมุ่งหวังให้เป็นเหมือนคู่มือ (Manual) และเสริมทศให้ผู้ปฏิบัตินำไปใช้ในการออกแบบโครงการได้ตรงกับเป้าหมายที่ต้องการบรรลุให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม

หัวใจของยุทธศิลป์

ภาพอดีตที่ผ่านมาสะท้อนให้เห็นว่า การออกแบบยุทธศาสตร์หรือโครงการต่าง ๆ ของนักปฏิบัติไม่สอดคล้องกับเป้าหมายขององค์กร แนวคิดของยุทธศิลป์จึงเกิดขึ้นจากความพยายามที่จะช่วยสนับสนุนเชิงความคิดและเป็นเครื่องมือสำคัญในการใช้ออกแบบยุทธศาสตร์โครงการและการดำเนินงานให้แก่ นักปฏิบัติและนักยุทธศาสตร์องค์กร โดยนำแนวคิดของภาคเอกชนมาประยุกต์ใช้กับภาครัฐ เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายที่วางไว้

ในแง่หัวใจของยุทธศิลป์จึงเปรียบเสมือน "แก่น" ที่จะช่วยให้ผู้ปฏิบัติและนักยุทธศาสตร์องค์กรสามารถออกแบบโครงการหรือกิจกรรมที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายได้ในทุกระดับ เนื่องจากหลักการยุทธศิลป์นั้นเป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นเพื่อขับเคลื่อนองค์กรให้สามารถบรรลุเป้าหมายอย่างเกินความคาดหวัง โดยการให้ความสำคัญทั้งปัจจัยภายในนั้นคือ สมรรถนะ

ศักยภาพ และความมุ่งมั่นขององค์กรหนึ่ง ๆ ในการขับเคลื่อนเป้าหมาย อย่างมีจุดหมายและเข้าใจ ในบริบทที่คณะผู้จัดทำเคยสรุปหลักการของวงล้อยุทธศิลป์ไว้ในหนังสือ “ยุทธศิลป์” ดังปรากฏ ตามภาพที่ ๐.๑)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักการยุทธศิลป์จะเป็นเครื่องมือที่ทรงพลัง ซึ่งจะช่วยให้ นักปฏิบัติหรือนักยุทธศาสตร์องค์กรเหล่านั้นสามารถออกแบบยุทธศาสตร์ หรือโครงการต่าง ๆ ที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายได้ ซึ่งในหนังสือเล่มนั้นได้นำเสนอยุทธศิลป์ในฐานะหลักการและ เครื่องมือที่จะทำให้ผู้อ่านเข้าใจการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ขององค์กร แต่ในบทความนี้ผู้อ่านจะได้ เรียนรู้ยุทธศิลป์ในฐานะเครื่องมือที่สามารถนำไปใช้ในการออกแบบและขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ องค์กร แผนงานและโครงการต่าง ๆ เพื่อให้เกิดผลอย่างเกินความคาดหมาย

ในภาพแรกนี้คณะผู้จัดทำต้องการให้ผู้อ่านซึ่งอาจจะเป็นนักยุทธศาสตร์องค์กร เจ้าหน้าที่รัฐ หรือประชาชนทั่วไปที่มีความสนใจในการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ได้เข้าใจภาพกว้าง ของหลักการยุทธศิลป์ก่อน ซึ่งสามารถแบ่งได้ ๒ ระดับ คือ

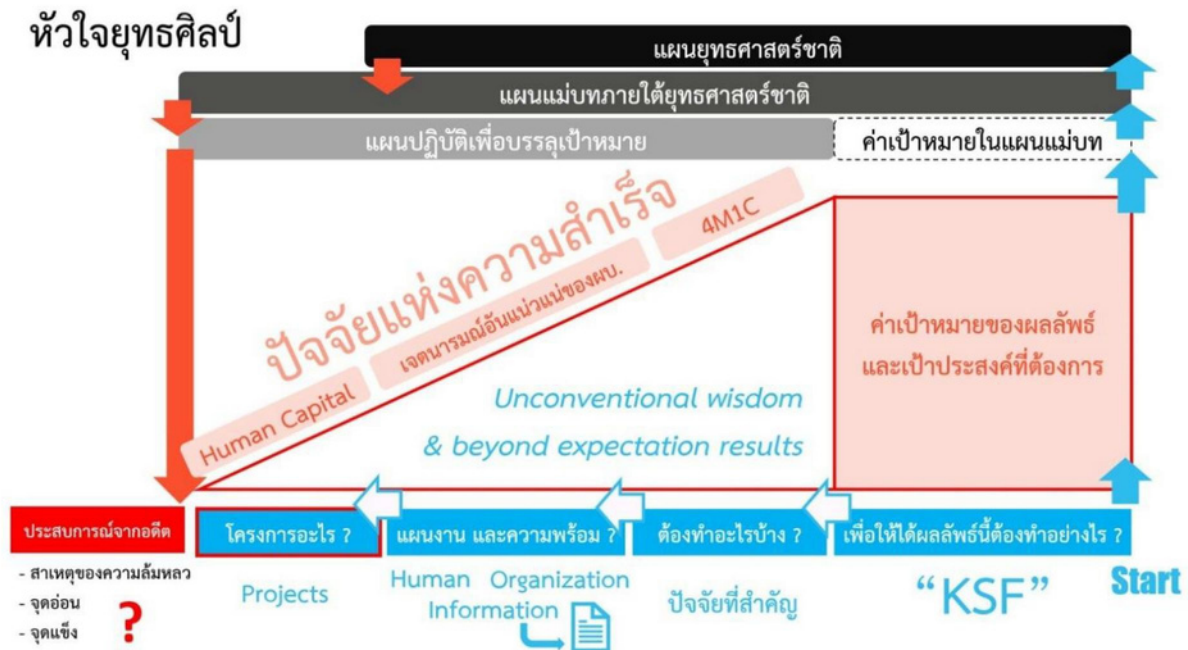
ขั้นตอนที่ ๑ การวางแผนด้วยยุทธศิลป์ของฝ่ายยุทธศาสตร์และแผนงาน

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เป้าหมายในการออกแบบโครงการโดยใช้หลักยุทธศิลป์ใน การเชื่อมโยงเป้าหมายในระดับต่าง ๆ หากพิจารณาในส่วนราชการ คือ การเชื่อมโยงจาก ยุทธศาสตร์ชาติมาสู่แผนแม่บท และส่งต่อเป้าหมายของกระทรวงผู้รับผิดชอบแผนแม่บทนั้น เพื่อให้ส่วนราชการผู้รับผิดชอบสามารถออกแบบแผนพัฒนาของส่วนราชการได้เอง ซึ่งประกอบ ไปด้วยเป้าหมาย และยุทธศาสตร์ของส่วนราชการในบริบทของกระทรวงและกรมหรือส่วนราชการ ที่มีระดับเทียบเท่า ไปจนถึงแผนงานของส่วนราชการ ซึ่งสามารถบรรจุโครงการและกิจกรรม ต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเชื่อมโยงและสอดคล้องในทุกระดับตั้งแต่ยุทธศาสตร์ชาติ ยุทธศาสตร์ องค์กร ไปจนถึงแผนงานโครงการเหล่านั้น นักยุทธศาสตร์องค์กรจำเป็นต้องกำหนดเป้าหมายที่ ต้องการบรรลุให้ชัดเจน เพื่อจะได้ถอดปัจจัยความสำเร็จของเป้าหมายนั้นได้ ดังอภิปรายไว้ใน รูปภาพที่ ๐.๑



รูปภาพที่ ๐.๑ แนวทางการนำยุทธศิลป์ไปใช้สำหรับฝ่ายกำหนดกลยุทธ์ในระดับกระทรวง และกรม
ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

เมื่อผู้วางแผนยุทธศาสตร์เข้าใจถึงค่าเป้าหมายของผลลัพธ์และเป้าประสงค์ที่ต้องการแล้ว ผู้วางแผนจะสามารถใช้องค์ความรู้ที่มีประจักษ์กับประสบการณ์ เพื่อถามคำถามสำคัญในประเด็นที่ว่า “การจะได้ผลลัพธ์ตามที่ต้องการนั้น อะไรคือปัจจัยสำคัญหรือการดำเนินการในลักษณะใดจะสามารถบรรลุความสำเร็จที่ตั้งไว้ได้ ?” ซึ่งจะทำให้ผู้ออกแบบโครงการต้องพิจารณาจุดเจ็บปวด (Pain point) ของประชาชน ซึ่งจะนำมาสู่คำถามที่ ๒ ว่า “เราจะดำเนินงานอะไรเพื่อลดอุปสรรคและข้อจำกัดที่อาจเกิดขึ้น ?” ซึ่งทำให้ผู้วางแผนต้องทบทวนประสบการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตเพื่อวิเคราะห์ปัจจัยแห่งความสำเร็จ โดยอาจนำประสบการณ์ของส่วนงานจากในอดีตมาใช้ในการทบทวน และในขั้นตอนสุดท้าย คือ การตั้งคำถามว่า “ทรัพยากรของเรามีความพร้อมมากน้อยเพียงใด ?” เมื่อทำการประเมินความพร้อมเป็นที่เรียบร้อยแล้ว การจำกัดขอบเขตของการนำไปใช้ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นทั้งในเชิงของพื้นที่ กลุ่มเป้าหมาย และผลสัมฤทธิ์ที่ได้จากการดำเนินการโครงการต่าง ๆ จะนำมาซึ่งขั้นตอนสำคัญในลำดับถัดไป คือ การถ่ายทอดกระบวนการทางความคิดของฝ่ายจัดทำกลยุทธ์ไปสู่ผู้คิดโครงการหรือแผนงานในทางปฏิบัติ ซึ่งจะอยู่ในขั้นตอนที่ ๒ ดังรายละเอียดที่กล่าวในข้างต้น ซึ่งสามารถแสดงไว้ในรูปภาพที่ ๐.๒



รูปภาพที่ ๐.๒ ผลลัพธ์ของการนำยุทธศิลป์ไปใช้สำหรับฝ่ายกำหนดกลยุทธ์ในระดับกระทรวง และกรม
ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

ขั้นตอนที่ ๒ การวางแผนด้วยยุทธศิลป์ของผู้นำไปใช้ (ฝ่ายปฏิบัติ)

จุดเชื่อมโยงสำคัญระหว่างขั้นตอนที่ ๑ และขั้นตอนที่ ๒ นั้นคือประสิทธิภาพในการถ่ายโอนความรู้ระหว่างผู้กำหนดแผนงานและผู้ที่นำแผนงานนั้นไปใช้ในเชิงปฏิบัติ ซึ่งเป็นความท้าทายขององค์กรขนาดใหญ่และมีช่วงลำดับชั้น (Hierarchy) อย่างไรก็ตามการดำเนินการตามขั้นตอนยุทธศิลป์ที่ได้นำเสนอไปข้างต้น โครงการหรือแผนงานที่ออกแบบมาจะมีรายละเอียดให้ผู้ปฏิบัติสามารถนำไปใช้ได้อย่างชัดเจน โดยแนวทางการดำเนินงานนั้นสามารถเติมเต็มและแก้ไขข้อผิดพลาดในอดีตที่ผ่านมาได้ ทั้งนี้ภายใต้รายละเอียดของแผนดำเนินงานต่าง ๆ จะมีการประเมินทรัพยากรอันจำเป็นในการดำเนินโครงการนั้น ๆ ตลอดจนมีความเข้าใจในปัจจัยวิกฤตอันนำไปสู่ความสำเร็จ (Critical Success Factor) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังปรากฏตามรูปภาพที่ ๐.๓



รูปภาพที่ ๐.๓ แนวทางการนำยุทธศิลป์ไปใช้สำหรับฝ่ายปฏิบัติ

ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

เมื่อมาถึงจุดนี้ผู้อ่านคงพอจะเข้าใจภาพรวมของหลักการยุทธศิลป์ที่เน้นการคิดจากเป้าหมาย การวิเคราะห์ปัจจัยความสำเร็จ ความเสี่ยงและทรัพยากร เพื่อใช้ในการออกแบบยุทธศาสตร์ของหน่วยงาน แผนงานและโครงการที่เหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ตามหากผู้อ่านยังคงมีคำถามต่อสิ่งที่นำเสนอขึ้นไม่ใช่เรื่องน่าแปลกใจแต่อย่างใด เพราะหลักการยุทธศิลป์นี้มีรายละเอียดค่อนข้างมาก ซึ่งจะกล่าวในส่วนต่อไปโดยคณะผู้จัดทำจะขยายความกระบวนการหลักการยุทธศิลป์ในแต่ละขั้นตอนอย่างเป็นขั้นเป็นตอน โดยนำเสนอผ่านตัวอย่างของเป้าหมายการพัฒนาการเกษตรของประเทศ เพื่อช่วยให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจได้ดียิ่งขึ้น

ภาพสุดท้ายแห่งความสำเร็จ

ก่อนที่จะประยุกต์ใช้หลักการยุทธศิลป์ หลักการแรกที่ผู้อ่านต้องทำความเข้าใจและต้องจำให้ขึ้นใจ คือ “ภาพสุดท้ายของความสำเร็จ” ซึ่งหมายถึง จุดเริ่มต้นและจุดหมายที่เหล่านักยุทธศิลป์ และนักยุทธศาสตร์องค์กรควร (ต้อง) ทำความเข้าใจเป็นลำดับแรก เพราะบ่อยครั้งการกำหนดโครงการหรือแผนงานต่าง ๆ จำเป็นต้องใช้กลุ่มคนทำงาน ซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลที่มีความหลากหลายในเชิงภูมิหลัง (Background) และความสนใจ (Interest) เข้ามาร่วมออกแบบโครงการและแผนงาน แน่นอนว่าแต่ละปัจเจกย่อมมีภาพเป้าหมายที่แตกต่างกันตาม

แว่นตาที่ตนเองสวม ดังนั้นการเริ่มต้นสร้างความเข้าใจที่ตรงกันเกี่ยวกับเป้าหมายของโครงการ จึงเป็นบทบาทสำคัญของผู้นำที่จะอภิปรายกับสมาชิกในกลุ่มเพื่อหาข้อสรุปในฐานะ “ภาพสุดท้ายของความสำเร็จ” ก่อนการดำเนินการใด ๆ เพื่อให้สมาชิกกลุ่มสามารถกำหนดกรอบแนวคิด และกระบวนการทำงานให้นำไปสู่การบรรลุภาพสุดท้ายของความสำเร็จได้ชัดเจน

การประยุกต์ใช้ยุทธศิลป์เพื่อให้บรรลุเป้าหมายการพัฒนาในระดับประเทศ

เมื่อผู้อ่านเข้าใจความหมายของภาพสุดท้ายของความสำเร็จแล้ว คณะผู้จัดทำจะนำผู้อ่านไปทำความเข้าใจกับการใช้ยุทธศิลป์ในทางปฏิบัติ โดยในส่วนนี้จะหยิบยกกรณีตัวอย่างของการกำหนดโครงการการเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตทางการเกษตร เพื่อให้ตอบสนองตามเป้าประสงค์ของแผนแม่บทตามแผนยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อประกอบการอธิบายให้ผู้อ่านเห็นภาพได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

Re-create projects: เป็นขั้นตอนให้ผู้จัดทำฯ ได้ใช้ผลลัพธ์ของการดำเนินการใน ๓ ขั้นตอนข้างต้น เพื่อใช้ในการกำหนดโครงการ ทั้งนี้การใช้คำว่า “Re-create” แทนคำว่า “Create” นั้น เพื่อเป็นการย้ำเตือนให้ผู้จัดทำฯ ได้ใช้เวลาห้วงหนึ่งเพื่อพิจารณาถึงโครงการที่เคยมีอยู่ก่อน ซึ่งอาจจะสามารถจัดสรรงบประมาณได้ง่ายกว่าการสร้างโครงการใหม่ขึ้นมา แต่การสร้างในที่นี้ยังคงหมายถึงการปรับกระบวนการทำงานที่จะนำไปสู่การเพิ่มประสิทธิภาพของการดำเนินโครงการอีกด้วย

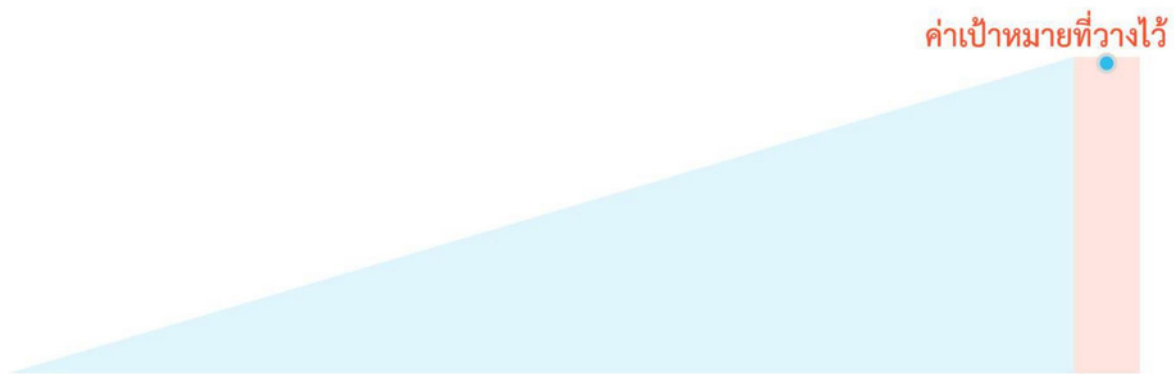
จะเห็นได้ว่ากระบวนการเหล่านี้แท้จริงแล้ว คือ การสรุปหลักการจากวงล้อยุทธศิลป์ โดยนำมาเรียงลำดับและออกแบบอย่างเป็นระบบนั่นเอง ถึงจุดนี้นักยุทธศิลป์ได้เรียนรู้กระบวนการข้างต้นและพิจารณาเห็นว่า แม้ยุทธศิลป์จะมีความสมบูรณ์ในมิติของการออกแบบอย่างเป็นระบบ แต่ความท้าทายของยุทธศิลป์ประการหนึ่ง คือ “ลำดับของการดำเนินงาน” และการนำไปใช้ ดังนั้นทีมนักยุทธศิลป์จะอธิบายถึงขั้นตอนการนำไปใช้อย่างละเอียด เพื่อให้ผู้จัดทำฯ สามารถนำไปใช้เป็น “คู่มือการใช้ยุทธศิลป์” ได้สะดวก (Convenience) และสบาย (Comfort) มากยิ่งขึ้น

ขั้นตอนของการใช้หลักการยุทธศิลป์

ในส่วนนี้คณะผู้จัดทำจะไล่เรียงลำดับขั้นตอนในแต่ละส่วน เพื่อให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจภาพได้ง่ายและชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งคณะผู้จัดทำหวังว่าจะสามารถสร้างเป็นเหมือนคู่มือ (Manual) ที่ผู้อ่านจะสามารถอ่านและดำเนินการตามได้ที่ละขั้นตอน โดยการใช้หลักการยุทธศิลป์มีขั้นตอนดังนี้

๑) เรียนรู้เป้าหมายที่ต้องการบรรลุ

“การเริ่มต้นจากหลังมาหน้าอย่างเป็นระบบ” เป็นแนวคิดที่นักยุทธศิลป์ควรให้ความสำคัญ ดังนั้นจุดเริ่มต้นของการจัดทำโครงการ ผู้จัดทำฯ ควรคำนึงถึงภาพสุดท้ายแห่งความสำเร็จ หรือเป้าหมายที่วางไว้ในแผนแม่บทหรือแผนกระทรวงที่ผู้จัดทำฯ รับผิดชอบ ในส่วนนี้ที่ยุทธศิลป์ขออธิบายด้วยสีในแผนภาพเพื่อความเข้าใจที่ตรงกัน โดย “สีส้ม” หมายถึงภาพสะท้อนถึงการดำเนินงานในรูปแบบเดิมที่ยังมิได้มีการประยุกต์ใช้แนวคิดในเชิงยุทธศิลป์ ส่วน “สีฟ้า” หมายถึงตัวแทนของแนวคิดในเชิงยุทธศิลป์ที่ใช้ในการพัฒนาระบบการคิดของผู้จัดทำฯ

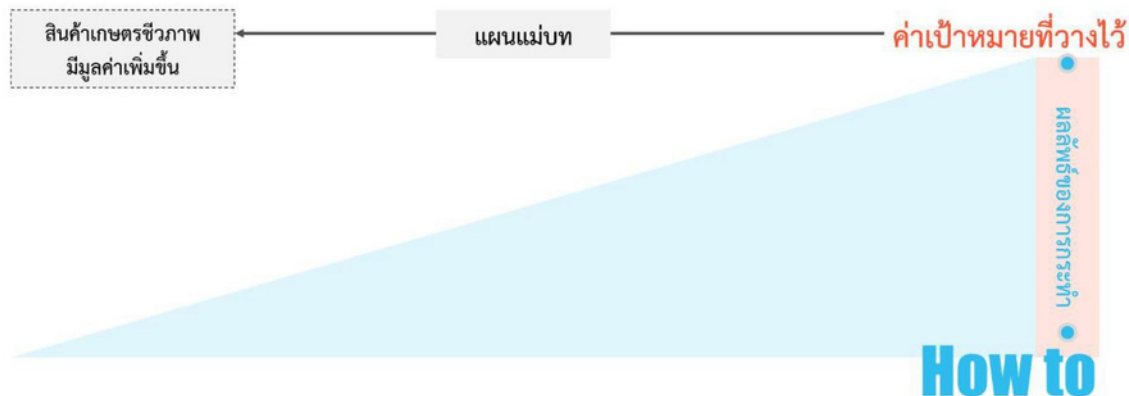


รูปภาพที่ ๐.๕ จุดเริ่มต้นของการประยุกต์ใช้ยุทธศิลป์ในการวางแผนโครงการ

ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

ภาพสุดท้ายแห่งความสำเร็จที่ใช้ในการอธิบายในครั้งนี้ จะใช้เป้าหมายแผนแม่บทกระทรวงเกษตรและสหกรณ์มาอธิบายถึงกระบวนการ โดยมีเป้าหมายสำคัญคือการเพิ่มรายได้สุทธิให้แก่เกษตรกรผ่านการเพิ่มมูลค่าสินค้าเกษตร ทั้งนี้กำหนดค่าเป้าหมายเป็นสินค้าเกษตรชีวภาพที่มีมูลค่าเพิ่มมากขึ้น ๒๐% ดังนั้นเพื่อให้ได้ค่าเป้าหมายที่วางไว้ ผู้จัดทำฯ จำเป็นต้องพิจารณาผลลัพธ์ของการกระทำที่เกิดขึ้น ซึ่งนำมาสู่คำถามแรก คือ “How to” หรือต้องทำอะไร ? จึงจะได้ผลลัพธ์ที่ต้องการ จากประสบการณ์และความรู้ของทียุทธศิลป์ พบว่า การที่จะสามารถเพิ่มมูลค่าสินค้าเกษตรได้นั้น สิ่งสำคัญที่เราควรพิจารณาในการสร้างความแตกต่างทั้งในเชิงการผลิต และคุณภาพของผลผลิต ประกอบกับในยุคปัจจุบันนั้นการใช้เทคโนโลยีเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตนั้นเป็นสิ่งที่พบเห็นเป็นกรณีศึกษาได้มากมาย โดยคำอธิบายข้างต้นสามารถแสดงไว้ในรูปภาพที่ ๐.๕

๒) เรียนรู้ Success Factors ผ่านกรอบคำถาม How to



ต้องทำอะไร? จึงจะได้ผลลัพธ์ที่ต้องการ

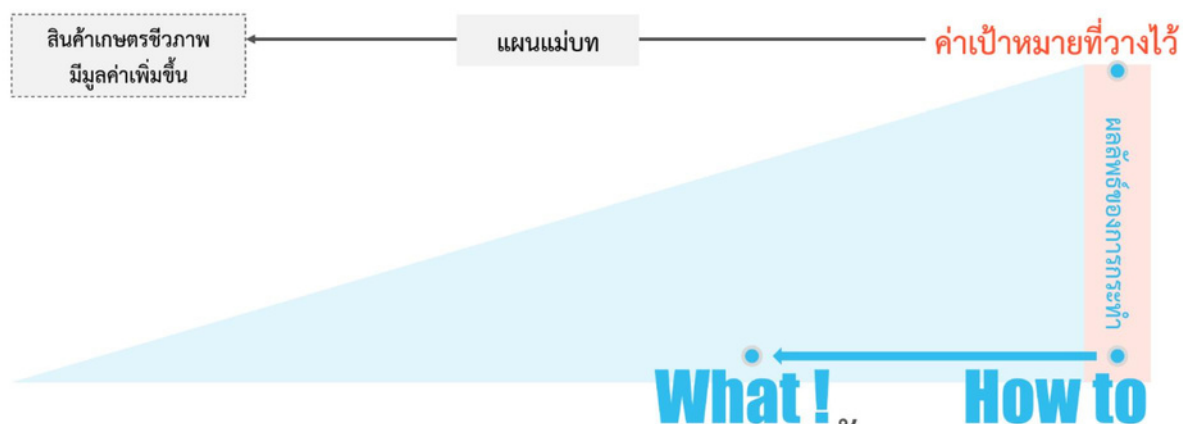
- การผลิตอย่างมีคุณภาพ
- การใช้เทคโนโลยีและผลิตภาพใหม่ในการเพิ่มปริมาณ และคุณภาพ

รูปภาพที่ ๐.๕ ขั้นตอน “How to” ของการประยุกต์ใช้ยุทธศิลป์ในการวางแผนโครงการ
ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

จากข้างต้นจะเห็นได้ชัดเจนว่า ผู้จัดทำประเมินความเป็นไปได้จากประสบการณ์ และสภาพแวดล้อมที่จำกัดของคณะทำงาน ซึ่งแน่นอนว่าย่อมมีความแตกต่างจากความคิดของแต่ละเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ หรือนักยุทธศาสตร์องค์กรของส่วนราชการ อันที่จริง ความแตกต่างเช่นนี้ไม่ได้เป็นเรื่องน่ากังวลใจในการจัดทำโครงการ หากแต่เป็นจุดที่เน้นย้ำถึงความสำคัญของประสบการณ์จากอดีตของผู้จัดทำ อย่างไรก็ตามคณะผู้จัดทำอยากให้ผู้อ่าน ซึ่งอาจเป็นผู้จัดทำโครงการของส่วนราชการหรือนักยุทธศาสตร์องค์กรลงนามมองการดำเนินงานของตนที่อาจเกี่ยวข้องกับสินค้าเกษตรชีวภาพว่า การดำเนินการในปัจจุบันนั้นเพียงพอที่จะสร้างผลกระทบไปสู่เป้าหมายที่วางไว้ได้หรือไม่? หากกิจกรรมดังกล่าวยังไม่สามารถเติมเต็มความคาดหวังก็อาจจำเป็นต้องแสวงหาวิธีการใหม่เพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายดังกล่าว ซึ่งในที่นี้ หลักการยุทธศิลป์จะชวนให้ผู้ปฏิบัติลองนำแนวคิดเชิง Lateral Thinking หรือ การคิดนอกกรอบ เข้ามาช่วยระดมความคิดและแสวงหาแนวทางใหม่ ๆ เพื่อให้สามารถนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายได้สำเร็จ

เมื่อผู้จัดทำได้คำตอบของคำถามแรกที่จะนำไปสู่เป้าหมายทั้งในเชิง “คุณภาพ” และ “ปริมาณ” แล้ว คำถามในลำดับต่อมาที่ผู้จัดทำควรพิจารณา คือ “What should we do? หรือ เราต้องทำอะไร? จึงได้ผลลัพธ์ของคำถามแรก” จากประสบการณ์และความรู้ของคณะผู้จัดทำสำหรับในกรณีของเป้าหมายการเกษตรที่ตั้งไว้ข้างต้น พบว่า มูลค่าส่วนเพิ่มของสินค้าเกษตรนั้นจะขึ้นอยู่กับชนิดของการทำการเกษตร ซึ่งถือเป็นการจำกัดวงที่แคบลงในการเพิ่มมูลค่า

สินค้าเกษตรชีวภาพ แต่ชนิดของพืชในการเพาะปลูกก็มีความแตกต่างในแต่ละพื้นที่เช่นกัน ซึ่งนำมาสู่คำถามในลำดับถัดมาว่า หากจำกัดพื้นที่ในการนำโครงการไปใช้แล้ว พืชชนิดนั้นคือพืชอะไร สามารถเพิ่มมูลค่าจากกลไกการตลาดได้หรือไม่ ลักษณะพื้นที่เป็นอย่างไร สามารถนำเครื่องจักรขนาดใหญ่ไปใช้ในกระบวนการผลิตได้หรือไม่ ความพร้อมในเชิงเทคโนโลยีของพื้นที่นั้นมีมากน้อยเพียงใด ซึ่งคำอธิบายข้างต้นสามารถแสดงไว้ในรูปภาพที่ ๐.๖



เราต้องทำอะไร? จึงได้ผลลัพธ์ตามนี้

- จะปลูกหรือผลิตอะไร
- ที่ดินแบบไหน? ประเภทของแรงงาน? Technology?

รูปภาพที่ ๐.๖ ขั้นตอน “What” ของการประยุกต์ใช้ยุทธศิลป์ในการวางแผนโครงการ

ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

จากแผนภาพจะเห็นได้ว่า คำถามในลำดับนี้เป็นตัวช่วยให้ผู้จัดทำฯ สามารถกำหนดกรอบการทำงานได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น และนำมาซึ่ง “คำถามองค์ประกอบ” ที่ทำให้การกำหนดโครงการสามารถเจาะกลุ่มเกษตรกรในแต่ละพื้นที่ได้มากขึ้น ในขั้นตอนนี้ทีมดำเนินงานยังคงปรารถนาให้ผู้จัดทำฯ ได้พินิจเพิ่มเติมถึงคำตอบข้างต้นว่า ในสภาพแวดล้อมปัจจุบันการนำโครงการเข้าไปใช้กับพืชข้างต้น เมื่อสำเร็จลุล่วงแล้ว “จะสามารถเพิ่มมูลค่าของสินค้าเกษตรชีวภาพนั้นได้มากน้อยเพียงใด” การตั้งคำถามในส่วนนี้จะเป็นการเชื่อมโยง และเตือนผู้จัดทำฯ ให้พิจารณาถึงเป้าหมายของคำถามในลำดับนี้ ว่ายังคงมีความสอดคล้องกับคำถามแรกที่จะส่งผลลัพธ์ของการกระทำอันนำไปสู่ค่าเป้าหมายที่วางไว้หรือไม่

๓) ทำความเข้าใจบทเรียนจากอดีตเพื่อวางแผนสู่อนาคต

ในขั้นตอนนี้ผู้จัดทำแผนจะสามารถระบุชนิดของพืช สถานที่ และวิธีการจัดการที่เหมาะสมได้แล้ว อย่างไรก็ตามคณะผู้จัดทำฯ อยากให้อ่านได้หยุดทบทวนแล้วลองพิจารณา “บทเรียนจากอดีตที่ผ่านมา” และ “ภาพต่าง ๆ” จากแผนแม่บทอีกครั้ง (อธิบายดังรูปด้านล่าง)



ขีดเส้นปักไว้ แล้วกลับไปพิจารณา “ภาพต่าง ๆ” จากแผนแม่บท

รูปภาพที่ ๐.๗ ขั้นตอน “ปักเพื่อพิจารณาภาพต่าง ๆ ในอดีต” ของการประยุกต์ใช้ยุทธศิลป์ในการวางแผนโครงการ

ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

ภาพต่าง ๆ ที่กล่าวถึงนั้น คือ การดำเนินการโครงการใด ๆ ที่ใกล้เคียงหรือสามารถเชื่อมโยงกับ “สิ่งที่เรากำลังให้ความสนใจ” ในอดีตที่ผ่านมา ซึ่งในที่นี้อาจเป็นกลุ่มพืชที่เราสนใจ ดังนั้นการทบทวนบทเรียนจากอดีตนั้นจะช่วยให้เราสามารถประยุกต์ใช้เครื่องมือทางการตลาด หรือเครื่องมือที่มีความเกี่ยวข้องกับสิ่งที่เราสนใจได้ ทีมดำเนินงานจึงควรเลือกใช้การวิเคราะห์ห่วงโซ่อุปทานในการทบทวนบทเรียนจากอดีต ซึ่งสามารถจำแนกออกเป็น ๓ ขั้นตอน ได้แก่ ๑) การทบทวนปัญหาที่เกิดจากการผลิต ๒) การจัดการ และ ๓) การตลาด ทั้งนี้การทบทวนปัญหาในทั้ง ๓ ขั้นตอนจะทำให้สามารถเข้าถึงข้อจำกัดของโครงการในอดีตที่มีความพยายามในการบรรลุค่าเป้าหมายในแบบเดิม ซึ่งคณะผู้จัดทำขออธิบายไว้ในตามรูปภาพที่ ๐.๘

ถึงจุดนี้ หากผู้อ่านได้ใช้เวลาเพื่อทบทวนและครุ่นคิดอย่างจริงจัง เพื่อพิจารณาถึงโครงการที่มีความเกี่ยวข้องกับ “สิ่งที่เรากำลังจะทำในลำดับต่อไป” เป็นที่เรียบร้อยแล้ว คณะผู้จัดทำขอแสดงความยินดีเป็นอย่างยิ่ง เพราะแสดงให้เห็นว่าผู้อ่านได้ใช้ห้วงเวลาหนึ่งในการ “ทบทวนเอกสาร” และบทเรียนจากอดีตเป็นที่เรียบร้อยแล้ว สำหรับขั้นตอนนี้คณะผู้จัดทำขอหยิบยกโครงการที่มีความสอดคล้องกับแผนแม่บท คือ โครงการเพิ่มมูลค่าสินค้าเกษตรให้มีมูลค่ามากกว่าปีก่อนที่มีค่าเป้าหมายประเมินไว้ที่ ๒๐%^{*} ในขั้นตอนนี้ผู้อ่านควรพิจารณาประเด็นปัญหา เพื่อวางแผนการเตรียมตัวที่จะแก้ไขข้อผิดพลาดในอดีต วิเคราะห์ความสามารถและแนวทางที่สามารถทำได้ เพื่อลดข้อผิดพลาดดังกล่าวและหากต้องการพัฒนาต่อยอด จะต้องทำอย่างไร

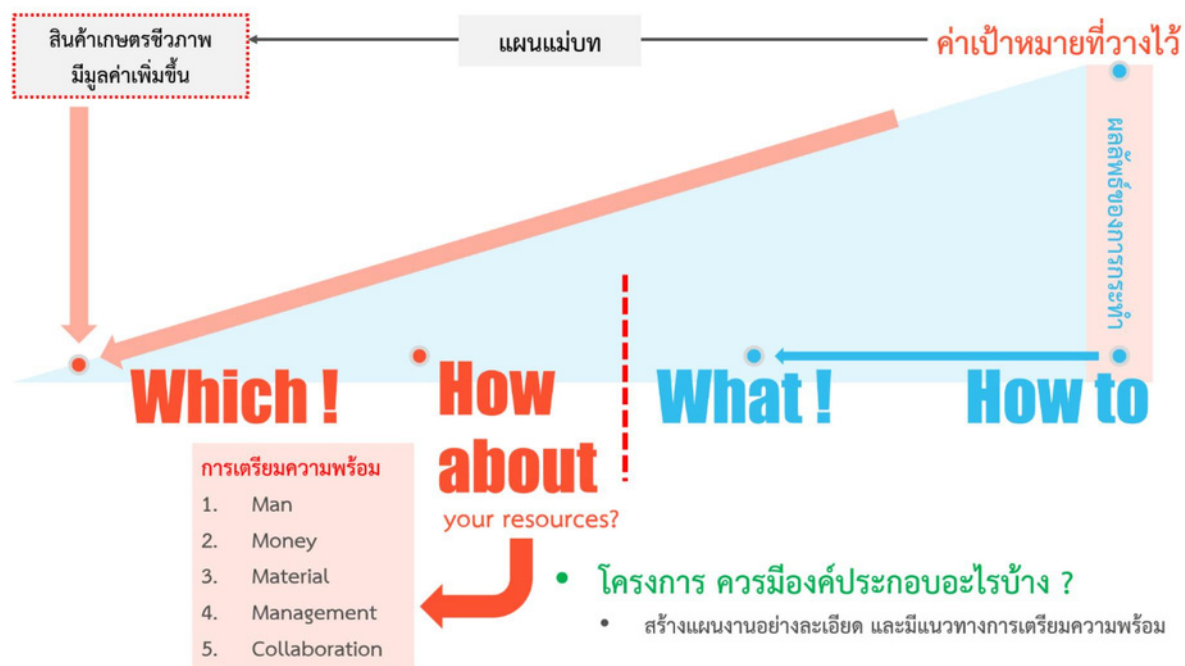
* ตัวอย่างโครงการนี้เป็นตัวอย่างโครงการและเป้าหมายที่คณะผู้จัดทำได้สมมุติขึ้นมาสำหรับการทำความเข้าใจหลักการของการใช้ยุทธศิลป์



รูปภาพที่ ๐.๘ ขั้นตอน “Which !” ของการประยุกต์ใช้ยุทธศิลป์ในการวางแผนโครงการ
ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

๔) เข้าใจทรัพยากรและบริหารให้มีประสิทธิภาพ

เมื่อบันทึกประเด็น และตอบของคำถามที่ให้ไว้ในขั้นตอนข้างต้นได้แล้ว ผู้จัดทำจะพบว่า ปัญหาส่วนหนึ่งที่เกิดขึ้นมีผลมาจากความพร้อมในด้านทรัพยากร ซึ่งนำไปสู่คำถามในลำดับต่อไป คือ “How about your resources?” หรือ “แล้วทรัพยากรของเราความพร้อมของเราเป็นอย่างไรบ้าง” การตั้งคำถามในข้อนี้ ผู้อ่านหรือผู้จัดทำโครงการจะสามารถประเมินตนเองในมิติที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำโครงการได้อย่างครบถ้วน โดยทรัพยากรในที่นี้อาจจัดจำแนกได้ ๕ ด้าน อันได้แก่ทุนมนุษย์ งบประมาณ เครื่องมือเครื่องใช้ กระบวนการจัดการ และการบูรณาการ โดยขั้นตอนดังกล่าวเป็นความคาดหวังถึงผลสัมฤทธิ์ที่ผู้จัดทำฯ ต้องสามารถตอบคำถามให้ได้ว่า “โครงการที่กำลังจะเกิดขึ้นควรมีองค์ประกอบอะไรบ้าง ?” เพื่อให้สามารถตอบคำถามได้อย่างชัดเจน ผู้จัดทำฯ จึงจำเป็นต้องดำเนินงานสร้างแผนงานอย่างละเอียดและมีแนวทางการเตรียมความพร้อมในด้านทรัพยากรข้างต้นที่ชัดเจน โดยรายละเอียดตามปรากฏในรูปภาพที่ ๐.๙



รูปภาพที่ ๐.๙ ขั้นตอน “How about your resources?” ของการประยุกต์ใช้ยุทธศิลป์ในการวางแผนโครงการ

ที่มา: จากการประมวลของคณะผู้จัดทำ

ในขั้นตอนนี้ ทีมดำเนินงานสามารถจำแนกการวิเคราะห์ความพร้อมที่เกี่ยวข้องออกเป็น ๕ ด้าน ได้แก่ ๑) บุคลากร (Man) ๒) งบประมาณ (Money) ๓) เครื่องมือเครื่องใช้ (Material) ๔) กระบวนการจัดการ (Management) และ ๕) การบูรณาการ โดยขั้นตอนดังกล่าวเป็นความคาดหวังถึงผลสัมฤทธิ์ที่ผู้จัดทำโครงการหรือนักยุทธศาสตร์องค์กรต้องสามารถตอบคำถามได้ว่า “โครงการที่กำลังจะเกิดขึ้นควรมีองค์ประกอบอะไรบ้าง ?” เพื่อให้สามารถตอบคำถามได้อย่างชัดเจน ในขั้นนี้ผู้จัดทำโครงการจำเป็นต้องดำเนินงานสร้างแผนงานอย่างละเอียดและมีแนวทางการเตรียมความพร้อมในด้านทรัพยากรดังกล่าวที่ชัดเจน

๕) จัดสรรทรัพยากรให้เหมาะสม

จุดสำคัญของการเชื่อมโยงยุทธศิลป์และการออกแบบโครงการแบบเดิมนั้น อยู่ในขั้นตอนลำดับถัดไป เมื่อผู้จัดทำโครงการหรือผู้อ่านได้ผลลัพธ์ที่คาดหวังไว้แล้ว ผู้จัดทำโครงการจำเป็นต้องใช้ความพยายามในการเชื่อมโยงการ “ใช้ทรัพยากรที่จำกัด” กับ “ทรัพยากรที่จำเป็น” จากข้อคำถาม What ที่ผู้จัดทำหยุดพักไว้ในช่วงแรก เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงทรัพยากรที่มีอยู่และสร้างให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น ในที่นี้ขอยกตัวอย่างด้านการพัฒนาทุนมนุษย์ โดยหากผู้จัดทำฯ เล็งเห็นแล้วว่า “ทักษะด้านดิจิทัล” เป็นสิ่งสำคัญต่อกระบวนการส่งเสริมเกษตรกรในการเพิ่มมูลค่าผลผลิต แต่ทุนมนุษย์ที่มีอยู่ยังมีทักษะดังกล่าวไม่เพียงพอ “เราจะทำอย่างไรให้ทรัพยากรมนุษย์ของเรามีทักษะนั้นอย่างพอเพียง” จึงถือเป็นข้อท้าทายของ

ผู้จัดทำโครงการที่ต้องเร่งดำเนินการออกแบบยุทธศาสตร์หรือโครงการเพื่อให้ได้ผลลัพธ์ในการพัฒนาทุนมนุษย์เหล่านั้น ด้วยการใช้ศิลปะ ประสบการณ์ และเครือข่ายเป็นต้นทุนที่สำคัญ

บทส่งท้าย

จากที่ได้นำเสนอไปข้างต้นผู้อ่านคงได้เห็นแล้วว่ายุทธศิลป์นั้นจะช่วยทำให้นักยุทธศาสตร์องค์กรหรือผู้ออกแบบโครงการสามารถออกแบบยุทธศาสตร์หรือโครงการต่าง ๆ ได้อย่างเป็นระบบ แต่ประเด็นสำคัญที่คณะผู้จัดทำพึงเน้นย้ำให้อ่านตระหนัก คือ ยุทธศิลป์นั้นไม่ได้เป็นกระบวนการที่เป็นเส้นตรงที่จะใช้เพียงครั้งเดียวแล้วจบ หากแต่ดังที่ได้นำเสนอไปข้างต้นว่าเป็นกระบวนการเรียนรู้ การถอดบทเรียนจากประสบการณ์ของนักยุทธศาสตร์ หรือผู้ออกแบบโครงการทั้งที่เป็นแนวทางการปฏิบัติที่ดี หรือความล้มเหลวก็ตาม ล้วนแล้วแต่เป็นทรัพยากรที่มีค่าสำหรับหลักการยุทธศิลป์ในการพัฒนายุทธศาสตร์หรือเป้าหมายให้ดีขึ้นในครั้งต่อ ๆ ไป ในความหมายนี้หลักการทางยุทธศิลป์จึงเป็นเหมือนวัฏจักรของการเรียนรู้ทั้งตนเองและบริบทเพื่อกำหนดเป้าหมายและวิธีการอันนำไปสู่การจัดลำดับ ปรับโครงสร้างองค์กร และทรัพยากรเพื่อให้การขับเคลื่อนแผนยุทธศาสตร์และโครงการมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นไปเรื่อย ๆ ในทุกครั้งที่ใช้หลักการนี้



การคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ:
ความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไข*

พลิชฐ์ อัครวัฒนาพร**

มาตรการสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งมักจะมีคนกล่าวถึงไม่มากนัก คือ การคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ โดยได้บัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา ๑๖ คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่ง ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว”

มาตรา ๑๖ มิได้ให้คำนิยามว่าวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนนั้นหมายถึงอย่างไร แต่กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ ปี ๒๐๐๖ (UNCITRAL Model Law 2006) มาตรา 17 - 17A และแนวทางว่าด้วยข้อบังคับแห่งอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Arbitration Rules for guidance) มาตรา 26(3) and (4) ได้ให้คำนิยามไว้ว่า การคุ้มครองชั่วคราว (interim or conservatory or provisional measures) หมายความว่า มาตรการชั่วคราวในรูปของคำชี้ขาดหรือรูปแบบอื่นในเวลาใด ๆ ก่อนมีคำชี้ขาดข้อพิพาท โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (a) เพื่อดำรงไว้หรือเรียกคืนกลับมาซึ่งสถานะปัจจุบันก่อนมีคำชี้ขาด (b) ดำเนินการใดๆ เพื่อป้องกันหรือละเว้นจากการกระทำใด ๆ ซึ่งอาจนำไปสู่การทำให้เสียหายหรือทำให้เสื่อมเสียแก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นหรือใกล้จะเกิดขึ้น (c) สร้างวิธีการใดๆ ที่จะปกป้องทรัพย์สินซึ่งคำชี้ขาดจะมีผลเกี่ยวข้อง หรือ (d) การปกป้องพยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องหรือเป็นสาระสำคัญต่อการระงับข้อพิพาท

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center: THAC)

จากคำนิยามที่ยกขึ้นดังกล่าว อาจทำให้เกิดความสับสนกับความในมาตรา ๑๖ เนื่องจากความในมาตรา ๑๖ นั้น โยงความคิดเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวไว้กับศาลและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในขณะที่เอกสารทั้งสองฉบับของ UNCITRAL นั้นให้คำนิยามโดยยึดโยงความคิดอยู่กับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งเราจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

การยึดโยงความคิดเรื่องวิธีการชั่วคราวไว้กับศาลนี้ ในมาตรา ๑๖ ให้สิทธิแก่คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่จะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก็ได้ โดยมาตรา ๑๖ กำหนดให้นำวิธีพิจารณาความของศาล ซึ่งปกติแล้วก็คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยหากพิจารณาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว มาตราที่เกี่ยวข้องกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวคือ มาตรา ๒๕๔ ว่าด้วยการยึดอายัดชั่วคราว และมาตรา ๒๖๔ ว่าด้วยการคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณา (ส่วนมาตรา ๒๕๓ ซึ่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้โจทก์วางเงินประกันค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายนั้น ในทางอนุญาโตตุลาการมาตรานี้แทบจะไม่มีที่ได้ใช้เลย เนื่องจากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องวางเงินประกันค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายก่อนกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นขึ้น เพราะหากมิได้วางเงินประกันไว้ล่วงหน้าแล้ว ธรรมเนียมปฏิบัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จะต้องหยุดการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้ก่อนจนกว่าจะมีการวางเงินค่าธรรมเนียมดังกล่าวครบถ้วน และในกรณีของอนุญาโตตุลาการ ผู้เริ่มคดีประสงค์จะได้ผลแพ้ชนะจากการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว จึงเป็นไปได้น้อยมากที่ฝ่ายโจทก์จะไม่วางเงินประกันและปล่อยให้มีการพักการดำเนินคดีไว้) นอกจากนี้แล้ว ในมาตรา ๑๖ ยังให้อำนาจแก่คู่พิพาทที่จะร้องขอวิธีการชั่วคราวก่อนมีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก็ได้ เพียงแต่ผลของคำสั่งชั่วคราวนั้นจะมีผลบังคับให้คู่พิพาทต้องดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายใน ๓๐ วัน มิฉะนั้น วิธีการชั่วคราวจะสิ้นผลไปโดยอัตโนมัติ

ด้วยเหตุที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจในการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะและให้ศาลอิงการใช้อำนาจเช่นนั้นไปกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้เรื่องการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่มีปัญหาให้ขบคิดมากมายนัก เนื่องจากการใช้อำนาจของศาลไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยไม่มีบทบาทของอนุญาโตตุลาการอย่างใด ๆ มาเกี่ยวข้องในส่วนนี้เลย แต่เมื่อได้สำรวจกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยอนุญาโตตุลาการด้านการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ฉบับปี ๒๕๓๗ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985) ซึ่งเป็นต้นร่างกฎหมายที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลและนำมาพัฒนาจนกลายเป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ นั้น จะพบว่ากฎหมายแม่แบบดังกล่าวมีแนวคิดที่แตกต่างไปจากสิ่งที่ปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับปัจจุบัน

ของเรา โดยในกฎหมายแม่แบบ กำหนดให้อำนาจในการกำหนดวิธีการชั่วคราวเป็นอำนาจของ คณะอนุญาโตตุลาการ ดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแม่แบบมาตรา ๑๗ ดังนี้

Article 17 Power of arbitral tribunal to order interim measures.

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ มาตรา ๑๖ มีได้มีที่มาจากกฎหมายแม่แบบ ทั้งที่การออกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการนั้น สาเหตุสำคัญประการหนึ่งก็คือ การเกิดขึ้นและ ผลกระทบของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL เมื่อได้พิจารณาถึงที่มาจึงพบว่า หลักการตาม มาตรา ๑๖ นี้ คงหลักการเดิมจากมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ ซึ่งมีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา ๑๘ ในกรณีที่จำต้องอาศัยอำนาจศาลในการออกหมายเรียกพยาน ให้ พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีใน ระหว่างการพิจารณา หรือให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด อนุญาโตตุลาการ คนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาดังนั้น ถ้าศาล เห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตาม คำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการ นั้น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

เมื่อพิจารณาดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า หลักการเบื้องต้นหลังมาตรา ๑๖ แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ เป็นหลักการที่คงไว้จากหลักการเดิมในมาตรา ๑๘ แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ ที่ได้ยกเลิกไปเพราะมีหลายหลักการที่ไม่สอดคล้อง กับกฎหมายแม่แบบ ๑๙๘๕

เพราะเหตุใด ในทางสากลจึงเห็นว่าอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวนั้น ควรจะเป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการมากกว่าจะมอบให้เป็นอำนาจของ ศาล เมื่อพิจารณาจากบันทึกคำอธิบายของฝ่ายเลขานุการท้ายกฎหมายแม่แบบในข้อ ๒๖ ซึ่งกล่าว อธิบายเกี่ยวกับการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น ในคำอธิบายดังกล่าวไม่ได้กล่าวอะไรไว้มาก นัก คงกล่าวไว้แต่เพียงสั้น ๆ ว่ามาตรา ๑๗ มีหลักการแตกต่างไปจากกฎหมายท้องถิ่นของ หลายประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่ากฎหมายแม่แบบนั้นต้องการโน้มน้าวให้ประเทศต่างๆ ซึ่งมีหลักการในกฎหมายท้องถิ่นต่างจากมาตรา ๑๗ ให้มาใช้มาตรฐานเดียวกับมาตรา ๑๗ แห่ง กฎหมายแม่แบบนั่นเอง นอกจากคำโน้มน้าวเช่นนี้แล้ว ในคำอธิบายก็มีได้กล่าวอย่างใด ๆ อีก

ข้อดีของการให้อำนาจแก่นญาโตตุลาการ

๑. สามารถกระทำไ้รวดเร็วตอบสนองต่อความต้องการเมื่อเกิดข้อพิพาท

ระหว่างประเทศ เราจะพบได้ว่าในประเทศที่ยอมรับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ศูนย์อนุญาโตตุลาการภายในระบบกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดขั้นตอนการขอคำสั่งคุ้มครองจากคณะอนุญาโตตุลาการด้วยความรวดเร็วและหลาย ๆ ศูนย์จะกำหนดให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitration) ในกรณีที่ยังไม่มีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา แต่มีเหตุที่จะต้องขอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในข้อบังคับของ The Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce (SCC) ได้กำหนดวิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินเพื่อให้มีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวไว้ว่า เมื่อมีการยื่นคำขอตั้งคณะอนุญาโตตุลาการโดยฉุกเฉิน คณะกรรมการ SCC จะมีคำสั่งให้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินภายใน ๒๔ ชั่วโมง และคณะอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินจะต้องมีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวภายในระยะเวลา ๕ วัน อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของความเร็ว ยังมีผู้โต้แย้งว่าเมื่อเปรียบเทียบกับศาลในประเทศนอร์ดิกแล้ว การขอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในศาลนอร์ดิกด้วยคำขอฝ่ายเดียว อาจใช้ระยะเวลาที่สั้นกว่า โดยอาจกินระยะเวลาเพียง ๑ - ๓ วันเท่านั้น

๒. ลดข้อโต้เถียงเกี่ยวกับอำนาจศาลว่าศาลใดจะมีอำนาจเหนือข้อพิพาท ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้ในข้อสัญญาจะระบุไว้ว่าให้ทำอนุญาโตตุลาการ ณ ที่ใดก็ตาม แต่ต้องไม่ลืมว่าในบางครั้ง คู่ความอาจจะมียกข้อเถียงว่าศาลใดมีอำนาจเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากมีกรณีที่ต้องการคำสั่งว่าด้วยวิธีการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งโดยสภาพต้องการความรวดเร็วในการได้รับคำสั่ง การโต้เถียงเกี่ยวกับอำนาจของศาลว่า ศาลประเทศใดมีอำนาจที่จะออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวได้ ย่อมเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้คู่พิพาทไม่สามารถได้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมาได้ทันทั่วทั้งที่

๓. ความชำนาญของคณะอนุญาโตตุลาการ เป็นที่เชื่อกันได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะมีความเชี่ยวชาญและชำนาญในเนื้อหาของข้อพิพาทยิ่งกว่าผู้พิพากษาท้องถิ่นในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเวลาที่ทรัพย์สินซึ่งจะต้องบังคับการตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอยู่นอกประเทศ เนื่องจากศาลท้องถิ่นในแต่ละประเทศนั้นมักจะผูกติดอยู่กับการวินิจฉัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาณาเขตของประเทศเท่านั้น

๔. กระบวนการเรียบง่ายและมีความเป็นสากล ด้วยลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นมาตรฐานในการดำเนินคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศ จึงทำให้การขอมีคำสั่งวิธีการชั่วคราวจะมีลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ จะมีความเรียบง่ายและเป็นสากล คู่พิพาทไม่จำเป็นต้องศึกษาหรือทำความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายท้องถิ่นในเรื่องของวิธีการคุ้มครองชั่วคราวอีก และคณะอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะออกคำสั่งในวิธีการชั่วคราวตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมได้

๕. กระบวนการเป็นความลับ ลักษณะพิเศษประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการคือ กระบวนการเป็นความลับ เนื่องจากเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นตามสัญญาระหว่างคู่พิพาท เมื่อการขอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นส่วนหนึ่งและขึ้นอยู่กับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ การยื่นคำขอ การดำเนินกระบวนการจึงเป็นความลับไปด้วย จริงอยู่ แม้กระบวนการขอคุ้มครองชั่วคราวในศาล บางครั้งเปิดโอกาสให้คู่พิพาทยื่นคำขอแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบ แต่เมื่อศาลมีคำสั่งในวิธีการชั่วคราวแล้ว ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในสำนวนศาลย่อมเป็นสาธารณะที่บุคคลใด ๆ สามารถตรวจสอบได้ ในบางครั้ง คู่พิพาทอาจมีความกังวลเกี่ยวกับข้อมูลต่างๆ ที่ต้องเสนอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว การมอบอำนาจให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจึงเป็นทางออกที่เหมาะสมสำหรับกรณีที่คู่พิพาทตกลงเลือกที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตั้งแต่นั้น

อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจให้คณะอนุญาโตตุลาการก็มีข้อเสียหลายประการ เมื่อเปรียบเทียบกับ การขอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากศาล ข้อแรกเลย คือ กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างคู่พิพาท ดังนั้น การมีคำสั่งบังคับตามคำขอชั่วคราวของคู่พิพาทจึงครอบคลุมเฉพาะสิ่งที่คู่พิพาทต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถจะมีคำสั่งเพื่อบังคับให้บุคคลที่สามารถกระทำหรือละเว้นการกระทำได้ นอกจากนี้ การบังคับตามคำสั่งในวิธีการคุ้มครองชั่วคราวนั้น ยังมีความจำกัดอยู่ หลักการพื้นฐานที่สำคัญคือ คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นไม่อยู่ในสถานะของคำชี้ขาด จึงจะนำเอาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำชี้ขาดมาใช้บังคับได้ และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) จึงยังมีปัญหาในการบังคับการระหว่างประเทศ ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการบังคับการตามคำสั่งวิธีการชั่วคราว ผู้เขียนจะได้กล่าวในรายละเอียดเพิ่มเติมในบทความถัดๆ ไป

เมื่อพิจารณาจากข้อดีและข้อเสียดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า การขอคุ้มครองชั่วคราวถือเป็นเรื่องสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีข้อเสียอยู่บ้าง แต่การให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวน่าจะมีเหตุผลในการจูงใจให้คู่พิพาทเลือกใช้อนุญาโตตุลาการมากกว่า เพราะนอกจากจะมีความรวดเร็วแล้ว กระบวนการยังเป็นความลับ ดำเนินการโดยผู้เชี่ยวชาญ และที่สำคัญที่สุดคือ การลดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลซึ่งในบางครั้งเป็นปัญหาที่ซับซ้อนและเปิดโอกาสให้คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะถ่วงรั้งกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ประโยชน์จากจุดนี้ การที่กฎหมายไทยยังคงยึดติดอยู่กับหลักการที่ให้อำนาจแก่ศาลเท่านั้นที่จะมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อให้เกิดข้อเสียอย่างน้อย ๒ ประการ ได้แก่

๑. คู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้ความสนใจหรือให้ความสำคัญในการขอคุ้มครองชั่วคราวจากคณะอนุญาโตตุลาการเลย แม้จะมีความพยายามของศูนย์อนุญาโตตุลาการบางศูนย์ที่จะกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งตามวิธีการชั่วคราวก็ตาม แต่เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๖ ยังคง

กำหนดให้เพียงแต่ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจออกคำสั่งตามวิธีการชั่วคราวและให้เป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นนี้แล้ว คู่พิพาทจะไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับของศูนย์ดังกล่าวเช่นว่านั้นเมื่อใดก็ได้ เพราะคู่พิพาทสามารถยื่นไปขอให้ศาลมีคำสั่งได้ตลอดเวลา เช่นเดียวกัน คู่พิพาทที่ถูกคำสั่งบังคับจากคณะอนุญาโตตุลาการเองก็ไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการ เพราะประสงค์จะบีบให้อีกฝ่ายหนึ่งย้อนกลับไปหาศาลเพื่อขอคำสั่งตามวิธีการชั่วคราว ในขณะที่ คณะอนุญาโตตุลาการเองก็จะมีความรู้สึกเช่นเดียวกันกับความรู้สึกของคู่พิพาทที่เห็นไปว่า ไม่ว่าอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเป็นประการใด ก็คงจะไม่มีประโยชน์มากนัก เพราะคู่พิพาททุกฝ่ายต่างประสงค์จะให้ศาลใช้อำนาจตามมาตรา ๑๖ เสียทีเดียว สู้แนะนำให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีคำขอโดยตรงไปยังศาลจะดีเสียกว่ามาเสียเวลาดำเนินคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ ความรู้สึกไม่กระตือรือร้นในการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวดังที่กล่าวมานี้ทั้งหมด ทำให้พัฒนาการของอนุญาโตตุลาการไทยในการมีคำสั่งตามคำขอคุ้มครองชั่วคราวขาดการพัฒนา ดังจะเห็นได้จากบทความของนักกฎหมายท่านหนึ่งที่ชี้ให้เห็นว่าแทบไม่เคยปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการได้ใช้อำนาจออกคำสั่งว่าด้วยวิธีการชั่วคราวในประเทศไทยเลย สภาพเช่นนี้เองที่จะกลายเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประเทศไทยสูญเสียศักยภาพในการเป็นศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ เพราะหากองคัพยพต่างๆ ในประเทศไม่พร้อมที่จะรองรับการดำเนินคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเสียแล้ว ย่อมมีโอกาสน้อยที่ศูนย์ในประเทศไทยจะได้รับการคัดเลือกจากคู่พิพาทในข้อพิพาทระหว่างประเทศในการใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ

๒. ประเทศไทยจะสูญเสียบทบาทในการเป็นผู้นำด้านอนุญาโตตุลาการในภูมิภาค ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า การมอบอำนาจให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจทำคำสั่งตามวิธีการชั่วคราวนั้น ช่วยส่งเสริมให้คู่พิพาทเลือกใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทมากขึ้น และเมื่อคู่พิพาทประสงค์จะใช้อุญาโตตุลาการเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทแล้ว หากพิจารณาทั้งในส่วนขององคัพยพและในส่วนของกฎหมายแล้ว หากพบกฎหมายภายในของท้องถิ่นประเทศใดไม่เอื้ออำนวยต่อการใช้ศักยภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างเต็มที่ ย่อมก่อให้เกิดความลังเลแก่คู่พิพาทในการที่จะเลือกใช้สถานที่นั้นเป็นสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ เมื่อประเทศไทยไม่มีบทบาทยุติรองรับความสามารถของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งว่าด้วยวิธีการชั่วคราว คู่พิพาทย่อมมีความลังเลที่จะเลือกใช้ไทยเป็นสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ เพราะหากเข้ามาทำอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยแล้ว และกรณีที่ต้องขอความคุ้มครองตามวิธีการชั่วคราว คู่พิพาทไม่สามารถจะใช้ประโยชน์จากกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ตนตั้งใจทำสัญญากันไว้แต่แรกได้เลย และยังอุปสรรคที่คู่พิพาทจำเป็นจะต้องมาศึกษาถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย และต้องศึกษาเกี่ยวกับวิธีการดำเนินกระบวนการต่างๆ ในประเทศไทยอีก ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนแต่เป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายให้แก่คู่พิพาทในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยทั้งสิ้น และยังทำให้

คู่พิพาทเกิดความตึงเครียดเนื่องจากไม่ทราบความแน่นอนในการดำเนินการของศาลในส่วนนี้เพิ่มเติมอีกด้วย

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด จะเห็นได้ว่า หากประเทศไทยต้องการจะส่งเสริมให้ไทยมีบทบาทที่เข้มแข็งมากยิ่งขึ้นในด้านกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในแง่ของกฎหมายแล้ว คงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ให้มีความทันสมัยยิ่งขึ้น โดยอย่างน้อยจะต้องมีบทบัญญัติมอบอำนาจให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งตามวิธีการชั่วคราว เว้นแต่คู่พิพาทจะได้ตกลงกันไม่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในทำนองนี้ ซึ่งเมื่อหากมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในส่วนนี้แล้ว จะช่วยเปิดโอกาสให้ศูนย์อนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ในประเทศไทยได้ปรับตัวและมีข้อบังคับรองรับการทำงานในส่วนนี้ของคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป และยังจะช่วยให้คณะอนุญาโตตุลาการของไทยได้มีโอกาสในการพัฒนาและเรียนรู้กับการออกคำสั่งหรือมาตรการในทำนองนี้ และจะมีส่วนในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitration) ซึ่งยังไม่มีพัฒนาการที่เด่นชัดมากนักในประเทศไทย อันจะเป็นการเพิ่มศักยภาพของประเทศไทยในด้านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้มากขึ้น

เมื่อประเทศไทยยอมรับหลักการที่จะให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้แล้ว ประเทศไทยควรจะมีการปรับปรุงกฎหมายของเราไปในทิศทางใด เมื่อพิจารณากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL แล้วจะพบว่าได้มีการปรับปรุงแก้ไขในส่วนของวิธีการชั่วคราวอย่างขนานใหญ่ในปี ๒๕๔๙ (๒๐๐๖) ซึ่งจะกล่าวถึงในรายละเอียดส่วนนี้ในบทต่อไป และจะกล่าวเพิ่มเติมถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการและการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป



การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์
สำหรับธุรกรรมสินเชื่อระหว่างบุคคลกับบุคคล (Peer to Peer Lending: P2P Lending)
ในสหรัฐอเมริกา*

กมลกานต์ ศรสวรรณ**

๑. บทนำ

สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ ในปัจจุบันส่งผลกระทบเป็นวงกว้างต่อระบบเศรษฐกิจสำคัญของประเทศ โดยเฉพาะอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวซึ่งมีธุรกิจย่อยที่เกี่ยวข้องหลายประเภท การที่ผู้ประกอบการต้องปิดกิจการชั่วคราวหรือต้องปรับเปลี่ยนรูปแบบการทำงาน ทำให้การประกอบธุรกิจหยุดชะงัก ผู้ประกอบธุรกิจบางรายตัดสินใจเลิกประกอบธุรกิจเป็นการถาวรหรือชั่วคราวทำให้ประชาชนในฐานะลูกจ้างจำนวนมากตกอยู่ในภาวะการว่างงาน ถูกเลิกจ้าง หรือลดเงินเดือน และส่งผลให้เกิดปัญหาการขาดสภาพคล่องทางการเงิน ดังนั้น การกู้เงินจึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่ประชาชนจำนวนมากจำเป็นต้องใช้อย่างไรก็ดี โดยที่การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินนั้นมีหลักเกณฑ์ที่ยุ่งยาก รวมทั้งการอนุมัติเงินกู้เป็นไปได้ยากเนื่องจากสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำทำให้สถาบันการเงินระมัดระวังในการปล่อยเงินกู้มากขึ้นด้วยเหตุนี้ ประชาชนจึงมองหาแหล่งเงินกู้ใหม่ ๆ ที่สะดวกรวดเร็ว และสามารถอนุมัติได้ง่าย การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับธุรกรรมสินเชื่อระหว่างบุคคลกับบุคคล (Peer to Peer Lending: P2P Lending) จึงเป็นเครื่องมือทางการเงินรูปแบบใหม่ซึ่งเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจสำหรับประชาชนที่ต้องการเข้าถึงแหล่งเงินทุนแต่อาจจะไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะกู้เงินจากสถาบันการเงิน

การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นธุรกิจเกี่ยวกับเทคโนโลยีทางการเงิน (Financial Technology) รูปแบบหนึ่งที่กำลังเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบุคคลกับบุคคลผ่านช่องทางออนไลน์ โดยมีระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ (platform) เป็นตัวกลางในการจับคู่ระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ (matchmaker) และจัดให้มีการทำสัญญา

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายการเงิน กองกฎหมายการเงินการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มีนาคม ๒๕๖๔)

สินเชื่อ^๑ ซึ่งการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending นั้นมีความแตกต่างจากการกู้ยืมเงินแบบดั้งเดิม กล่าวคือ การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ทำธุรกรรมซึ่งเป็นบุคคล (individuals) ทั้งสองฝ่าย ในขณะที่การกู้ยืมเงินแบบดั้งเดิมมีลักษณะเป็นธุรกรรมระหว่างบุคคล (individuals) กับสถาบันการเงินต่าง ๆ (institutions)^๒

แนวคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เริ่มต้นจากหลักการให้สินเชื่อในระดับจุลภาค (microcredit) อันเป็นที่แพร่หลายต่อสาธารณะในหลายทศวรรษที่ผ่านมา แนวคิดเกี่ยวกับการให้สินเชื่อในระดับจุลภาคนี้ได้ถูกนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์ในหลายประเทศ เช่น กาน่า อินเดีย แมกซิโก ศรีลังกา และโบลิเวีย ซึ่งก่อให้เกิดสถาบันที่ให้สินเชื่อในระดับจุลภาคขึ้นเป็นจำนวนมากในเวลาต่อมา พร้อมกับการเกิดขึ้นของกองทุนสินเชื่อไอริช (the Irish Loan Fund) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือประชาชนยากจนในไอร์แลนด์^๓ ดังนั้น การให้สินเชื่อในระดับจุลภาคในสมัยใหม่จึงเริ่มต้นจากการช่วยเหลือความเป็นอยู่ของประชาชนที่ยากจน โดยนาย Muhammad Yunus ผู้ก่อตั้งธนาคาร Grameen ในบังกลาเทศ ได้รับรางวัลโนเบลสาขาสันติภาพในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ จากความพยายามในการใช้การให้สินเชื่อในระดับจุลภาคเพื่อทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในวงจรความยากจนของลูกหนี้ และทำให้เกิดสถาบันที่ให้สินเชื่อในระดับจุลภาคขึ้นเป็นจำนวน ๑,๐๐๐ – ๒,๕๐๐ แห่งในมากกว่า ๑๐๐ ประเทศทั่วโลก ซึ่งบางแห่งก็ประสบความสำเร็จและบางแห่งก็ล้มเหลว แม้ว่าการให้สินเชื่อในระดับจุลภาคส่วนใหญ่จะจัดทำโดยองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรเนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือประชาชนให้พ้นจากความยากจน แต่บริษัทธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการค้ากำไรก็ได้เล็งเห็นถึงประโยชน์ของการให้สินเชื่อในระดับจุลภาค ซึ่งเป็นสิ่งดึงดูดให้บริษัทเหล่านั้นเข้ามาสู่ภาคธุรกิจนี้^๔

การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๕ โดยความพยายามที่จะให้เป็นทางเลือกสำหรับผู้ที่ไม่สามารถเข้าถึงการให้สินเชื่อจากสถาบันการเงินแบบดั้งเดิมได้เนื่องจากอยู่ระหว่างการถูกระงับเครดิต (credit freeze) อันถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีความเสี่ยงด้านเครดิต โดยผู้กู้เหล่านี้สามารถเข้ามาขอสินเชื่อแบบ

^๑ https://www.bot.or.th/Thai/ConsumerInfo/Documents/P2P_3May2019.pdf [online], เข้าถึงเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๔.

^๒ Jeffrey Luther, Twenty-First Century Financial Regulation: P2P Lending, Fintech, and the Argument for a Special Purpose Fintech Charter Approach, 168 U. PA. L. REV. 1013 (2020), p. 1014.

^๓ Jack R. Magee, Peer-to-Peer Lending in the United States: Surviving after Dodd-Frank, 15 N.C. BANKING Inst. 139 (2011), p. 142.

^๔ *Ibid*, p. 142 - 143.

P2P Lending ได้โดยผู้ประกอบการ P2P Lending (ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม) จะจัดให้มีระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ (platform) ซึ่งผู้กู้และผู้ให้กู้สามารถทำธุรกรรมสินเชื่อขนาดเล็กที่ไม่มีหลักประกันระหว่างกัน แม้ว่าการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลายเหมือนทุกวันนี้ การจับคู่ระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ในตลาดสินเชื่อประเภทนี้ให้มีประสิทธิภาพนั้นดูจะเป็นไปได้ยาก แต่การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ก็เริ่มต้นขึ้นและกลายเป็นส่วนเล็ก ๆ ที่มีความสำคัญต่อระบบการเงินโลก^๕ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา ซึ่งหากพิจารณาบรรดาสินเชื่อเพื่อผู้บริโภคที่ไม่มีหลักประกันทั้งหมดในสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าเป็นบัญชีเงินกู้ประเภท P2P Lending จำนวนมากถึงร้อยละ ๓๖^๖ ของบัญชีเงินกู้ทั้งหมด ด้วยเหตุนี้ การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในสหรัฐอเมริกาก็เป็นที่น่าศึกษาสำหรับนักลงทุนและผู้สนใจทั่วไปเป็นอย่างยิ่ง

๒. ความเป็นมาของการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในสหรัฐอเมริกา

๒.๑ จุดเริ่มต้นการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending^๗

การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในสหรัฐอเมริกาเริ่มต้นและพัฒนาขึ้นตั้งแต่ต้นปี ค.ศ. ๒๐๐๖ โดยการจัดตั้ง Prosper ซึ่งเป็นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มรายแรกในสหรัฐอเมริกา โดย Prosper ได้นำแนวคิดในการจัดตั้ง Zopa ซึ่งเป็นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มในสหราชอาณาจักรมาใช้ทั้งหมด หลังจากนั้นไม่นาน Lending Club และบริษัทอื่น ๆ ที่ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจึงได้ถูกจัดตั้งขึ้น ซึ่งหลักการพื้นฐานของการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending คือ ผู้ให้กู้เข้ามาลงทุนโดยการให้เงินกู้แก่บุคคลที่ต้องการกู้ยืมเงินผ่านระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลที่สามซึ่งเป็นตัวกลางระหว่างผู้ให้กู้และผู้กู้ โดยผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะเป็นผู้ทำการวิเคราะห์และให้คะแนนผู้ยื่นกู้ รวมทั้งบริหารจัดการในการทำธุรกรรมทั้งหมด

^๕ *Ibid*, p. 140.

^๖ Jeffrey Luther, Twenty-First Century Financial Regulation: P2P Lending, Fintech, and the Argument for a Special Purpose Fintech Charter Approach, p. 1014.

^๗ Rongxin Zeng, Legal Regulations in P2P Financing in the U.S. and Europe, 10 US-CHINAL. REV. 229 (2013), p. 231- 234.

ในช่วงแรกสถาบันการเงินแบบดั้งเดิมคือธนาคารไม่มีความกังวลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending มากนัก เนื่องจากธุรกิจประเภทนี้ส่วนใหญ่มีขนาดเล็ก อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ เกิดวิกฤตทางการเงินทั่วโลก ภาคการเงินได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากการขาดสภาพคล่องทำให้ขาดแคลนเงินทุนในการให้กู้ยืม ด้วยเหตุนี้ สถาบันการเงินจึงมีนโยบายการปล่อยสินเชื่อที่เข้มงวดขึ้นอย่างมีนัยสำคัญทำให้การอนุมัติเงินกู้เป็นเรื่องยากโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับลูกค้าที่มีความเสี่ยง นอกจากนี้ ลูกค้าบางรายไม่สามารถรีไฟแนนซ์สัญญาจำนองได้ทำให้เกิดความรู้สึกต่อต้านธนาคารและดินรนที่จะหาทางเลือกอื่น และในขณะนั้นเครือข่ายสังคมออนไลน์กำลังเฟื่องฟู ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending จึงได้เข้าสู่ตลาดการเงินอย่างรวดเร็วเพื่อการเข้าถึงลูกค้าที่กำลังต้องการบริการทางการเงินรูปแบบใหม่ ในขณะเดียวกันธนาคารเองเริ่มมีความกังวลมากขึ้นเกี่ยวกับบริการให้กู้ยืมเงินแบบดั้งเดิม เนื่องจากลูกค้าของธนาคารไม่สนใจที่จะเข้ามาลงทุนแบบใหม่ในเครือข่ายสังคมออนไลน์นี้ ทำให้ชนกลุ่มน้อยในสังคมช่วยเหลือกันเองในการแก้ไขปัญหาการขอสินเชื่อ โดยการใช้วิธีขอสินเชื่อผ่านผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม จึงทำให้สังคมเกิดการรับรู้ว่า ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของประชาชนที่ด้อยโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน

ในระยะแรก การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending นั้นมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้กู้ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาในการคัดเลือกผู้กู้และทำให้เกิดอัตราการผิดสัญญาสูง นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเกี่ยวกับเงินทุนเพราะนักลงทุนหลายรายไม่ชอบลงทุนในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เนื่องจากอาจทำให้ตนขาดสภาพคล่องเพราะสัญญากู้ยืมส่วนใหญ่กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำ ๓ ปี

ต่อมา เมื่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (The Securities and Exchange Commission (SEC)) ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม ต้องจดทะเบียนผลิตภัณฑ์ในฐานะที่เป็นหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ ค.ศ. ๑๙๙๓ (The Securities Act 1993) ซึ่งขั้นตอนการลงทะเบียนดังกล่าวมีความยุ่งยากส่งผลให้ Prosper และ Lending Club ต้องระงับการให้สินเชื่อใหม่เป็นการชั่วคราว ในขณะที่บริษัทอื่น ๆ เช่น Zopa ถูกบังคับให้ถอนตัวออกจากตลาดในสหรัฐอเมริกา

เมื่อ Lending Club และ Prosper ได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้เสนอตัวเงินสำหรับนักลงทุนได้โดยจะได้รับคืนเมื่อได้มีการชำระเงินตามข้อเสนอในสินเชื่อ Prosper แก้ไขคำขอโดยให้สิทธิแก่ธนาคารในการขายสินเชื่อที่ธนาคารได้ลงทุนไปในระบบของ Prosper นอกจากนี้ Lending Club และ Prosper ร่วมกับ FOLIOfn ได้จัดตั้งตลาดรองสำหรับตัวเงินเพื่อให้เกิดสภาพคล่องแก่นักลงทุน การแก้ไขปัญหาเรื่องสภาพคล่องนี้

ทำให้การขอสินเชื่อในธุรกิจนี้มีความโปร่งใสมากขึ้นสำหรับผู้ให้กู้หรือนักลงทุนซึ่งสามารถเข้าถึงข้อมูลสินเชื่อแต่ละรายได้ในรายละเอียดก่อนที่จะตัดสินใจว่าจะลงทุนหรือไม่ โดยผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มต้องให้รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเสนอในหนังสือชี้ชวนที่เป็นปัจจุบัน และต้องรายงานต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อย่างเปิดเผยผ่านระบบ EDGAR (Electronic Data-Gathering, Analysis, and Retrieval)

การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นที่นิยมมากขึ้นในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ เมื่อ Zidisha ซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรในสหรัฐอเมริกา ได้เริ่มจับคู่ผู้กู้และผู้ให้กู้โดยตรงผ่านระบบของ Zidisha และสามารถเชื่อมโยงผู้กู้และผู้ให้กู้ข้ามเขตแดนระหว่างประเทศได้โดยไม่จำเป็นต้องผ่านตัวกลางในท้องถิ่น เนื่องจากในโลกดิจิทัลไม่มีบันทึกทางการเงินทำให้ไม่มีการวิเคราะห์ความเสี่ยงของผู้กู้ ประกอบกับความล้มเหลวของธนาคารในการขยายสินเชื่อภายหลังเกิดวิกฤตทางการเงินในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ ประชาชนจำนวนมากจึงหันหน้าเข้าหาผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มเพื่อให้กู้และขอกู้ยืมเงิน อย่างไรก็ตาม การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ถูกตรวจสอบอย่างเข้มข้นมากขึ้นจากนักลงทุนเนื่องจากการผิดสัญญาของผู้กู้เกิดขึ้นบ่อยครั้ง และนักลงทุนไม่ต้องการที่จะได้รับความเสี่ยงนั้นโดยไม่จำเป็น

ปัจจุบัน Lending Club เป็นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มที่ใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกาโดยพิจารณาจากรายได้และปริมาณสินเชื่อ ตามด้วย Prosper และบริษัทเล็ก ๆ เช่น Virgin Money US Peerform และ PertuityDirect (ปัจจุบัน Peerform และ PertuityDirect ไม่ได้ดำเนินงานในสหรัฐอเมริกาแล้ว) ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นการลงทุนที่มีอัตราดอกเบี้ยโตอย่างรวดเร็ว โดยมีอัตราดอกเบี้ยอยู่ระหว่างร้อยละ ๖ - ร้อยละ ๓๕ ขึ้นอยู่กับระยะเวลาของสินเชื่อและการจัดอันดับของผู้กู้ และอัตราดอกเบี้ยนั้นอยู่ระหว่างร้อยละ ๑ - ร้อยละ ๑๐ ขึ้นอยู่กับความเสี่ยงของผู้กู้ ธุรกิจนี้กำลังเจริญเติบโตอย่างแข็งแกร่ง โดยสถาบันต่าง ๆ ได้เข้าร่วมธุรกิจนี้มากขึ้นในฐานะผู้ให้กู้ นักลงทุน และสมาชิกที่เป็นคณะกรรมการ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเครื่องมือทางการเงินรูปแบบนี้กำลังกลายเป็นส่วนหนึ่งของตลาดการเงินกระแสหลักอย่างรวดเร็ว

๒.๒ รูปแบบการทำงาน ลักษณะ และรูปแบบทางธุรกิจของการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending^๔

(๑) รูปแบบการทำงาน

โดยทั่วไปการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending จะเริ่มต้นจากการที่ผู้กู้ติดต่อมายังผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม และกำหนด

^๔ Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, 16 N.Y.U. J.L. & Bus. 683 (2020), p. 688-698.

เงื่อนไขการขอสินเชื่อ ต่อมา ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะขอเครดิตและข้อมูลส่วนบุคคลจากผู้กู้เพื่อประเมินความเสี่ยงด้านเครดิต เมื่อรวบรวมและตรวจสอบข้อมูลของผู้กู้เสร็จเรียบร้อยแล้ว ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะพิจารณาว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธคำขอสินเชื่อดังกล่าว ซึ่งหากยอมรับคำขอสินเชื่อก็จะดำเนินการแบ่งประเภทคำขอสินเชื่อตามความเสี่ยงซึ่งมีผลเกี่ยวกับการกำหนดอัตราดอกเบี้ย หากปรากฏว่าผู้กู้มีความน่าเชื่อถือ คำขอนั้นจะถูกแสดงบนระบบในช่วงเวลาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า (a pre-determined period) พร้อมกับข้อมูลด้านความเสี่ยงโดยไม่มีการเปิดเผยชื่อ

ในช่วงเวลานี้ ผู้ให้กู้สามารถเลือกคำขอสินเชื่อโดยพิจารณาจากอัตราความเสี่ยงและวางข้อเสนอที่จะให้เงินกู้ส่วนหนึ่ง และสามารถเสนอราคาสำหรับคำขอสินเชื่อแต่ละฉบับได้จนกว่าจะได้จำนวนเงินครบตามที่ร้องขอ เมื่อจำนวนเงินที่เสนอตรงกับที่ร้องขอ การให้สินเชื่อก็เกิดขึ้น จากนั้นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะรวบรวมเงินจากบัญชีธนาคารของผู้ให้กู้และโอนเงินของผู้ให้กู้แก่ผู้กู้ ในทางกลับกันผู้ให้กู้จะได้รับสิทธิเรียกร้องทางเครดิต (credit claim) เมื่อการทำธุรกรรมเสร็จสมบูรณ์ ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ให้กู้และผู้กู้ทั้งสองฝ่าย

(๒) ลักษณะและรูปแบบทางธุรกิจ

แม้ว่ารูปแบบการทำงานของผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มส่วนใหญ่จะมีความคล้ายคลึงกัน แต่ลักษณะและรูปแบบทางธุรกิจผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มแต่ละรายนั้นมีความแตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นประเภทสินเชื่อ ประเภทของผู้ให้กู้ ข้อเสนอในการให้กู้ วิธีการจับคู่ กลไกการกำหนดอัตราดอกเบี้ย และวิธีการปล่อยสินเชื่อ โดยอาจจำแนกเป็นประเภทได้ดังต่อไปนี้

๑) ประเภทสินเชื่อ

ประเภทสินเชื่อที่ ปรากฏอยู่ในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในสหรัฐอเมริกามีอยู่มากมายหลายประเภท เช่น สินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภค สินเชื่อเพื่อธุรกิจ สินเชื่อเพื่ออสังหาริมทรัพย์ และสินเชื่อเพื่อการเงินระดับจุลภาค (microfinance) แต่ส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นไปที่สินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภค ซึ่งสินเชื่อประเภทนี้โดยมากจะเป็นสินเชื่อที่ไม่มีประกันและอัตราดอกเบี้ยสูง ตัวอย่างในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ Prosper กำหนดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ ๕.๓ - ๓๒.๓ สำหรับสินเชื่อจำนวน ๒,๐๐๐ - ๔๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ ระยะเวลาสัญญา ๓-๕ ปี

ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มบางรายมุ่งเน้นการให้สินเชื่อเพื่อภาคธุรกิจสำหรับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ไม่สามารถขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินแบบดั้งเดิมได้ สินเชื่อประเภทนี้โดยมากจะไม่มีหลักประกัน แต่ถ้าผู้กู้เป็นบริษัทจำกัด

จะต้องมีบุคคลค้ำประกันด้วย นอกจากนี้ ยังมีสินเชื่ออีกประเภทหนึ่งที่อยู่ในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending คือ สินเชื่อเพื่อส่งหาริมทรัพย์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นสินเชื่อที่มีความเสี่ยงน้อยที่สุด อัตราดอกเบี้ยต่ำที่สุด และเป็นสินเชื่อที่มีหลักประกัน

สินเชื่อที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจำนวนมากให้ความสนใจอีกประเภทหนึ่ง คือ สินเชื่อเพื่อการเงินระดับจุลภาค (microfinance) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาความยากจนของโลก ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มสำหรับสินเชื่อประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไร ตัวอย่างเช่น Kiva เป็นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มระหว่างประเทศ มีสำนักงานใหญ่อยู่ในซานฟรานซิสโก แคลิฟอร์เนีย พันธกิจของ Kiva คือ การขยายการเข้าถึงทางการเงินเพื่อช่วยเหลือชุมชนและผู้ด้อยโอกาส โดย Kiva ให้คู่ค้าในพื้นที่ (field partners) เป็นผู้ประเมินผู้กู้ที่อยู่ในประเทศกำลังพัฒนาและกำหนดเงื่อนไขเงินกู้ ซึ่งการให้ตัวกลางในพื้นที่เป็นผู้ดำเนินการประเมินผู้กู้ทำให้ Kiva สามารถเข้าถึงผู้กู้ที่อยู่ในชนบทและพื้นที่ห่างไกลได้มากขึ้น สินเชื่อประเภทนี้ผู้ให้กู้จะไม่ได้รับดอกเบี้ยจากผู้กู้ แต่คู่ค้าในพื้นที่จะได้รับดอกเบี้ยรวมถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานด้วย ดังนั้น Kiva จึงมีความแตกต่างจากผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มรายอื่นในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการดำเนินการของ Kiva จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์

๒) ประเภทของผู้ให้กู้

ที่ผ่านมา ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ส่วนใหญ่ถูกออกแบบมาสำหรับผู้ให้กู้อย่างย่นย่อเท่านั้น แต่ปัจจุบันได้มีการเปิดรับผู้ให้กู้ที่มีลักษณะเป็นองค์กรมากขึ้น เช่น ธนาคารกองทุนป้องกันความเสี่ยง (hedge funds) และกองทุนเงินบำนาญ โดยมีข้อเสนอในการให้กู้ ๒ แนวทางคือ ๑) การให้กู้ยืมทั้งหมด และ ๒) การให้กู้ยืมบางส่วน ซึ่งจากข้อมูลที่ปรากฏจาก Prosper ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ - ค.ศ. ๒๐๑๙ มีผู้ให้กู้อย่างย่นย่อลงทุนในสินเชื่อประเภทนี้เพียงร้อยละ ๘.๔ ของจำนวนสินเชื่อทั้งหมด ในขณะที่ในปี ค.ศ. ๒๐๑๕ - ค.ศ. ๒๐๑๗ นักลงทุนที่เป็นองค์กรได้ลงทุนในสินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภคเพิ่มขึ้นจากร้อยละ ๕๓ เป็นร้อยละ ๙๗

๓) วิธีการจับคู่

โดยทั่วไปผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะเสนอวิธีการจับคู่ ๒ แบบ คือ ๑) การจับคู่แบบ active (active matching) คือ ผู้ให้กู้สามารถเสนอราคาได้โดยตรงสำหรับคำขอสินเชื่อตามข้อมูลที่ได้รับจากผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม โดยผู้ให้กู้จะประเมินข้อมูลที่ได้รับจากผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม และพิจารณาว่าจะยื่นข้อเสนอเพื่อลงทุนในคำขอสินเชื่อนั้นหรือไม่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงด้วยตนเอง และ ๒) การจับคู่แบบ passive (passive matching) เป็นกรณีที่ผู้ให้กู้จะไม่ได้รับข้อมูลใดเกี่ยวกับคำขอสินเชื่อนั้นเป็นการเฉพาะ แต่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะคัดเลือกคำขอที่มีระดับความเสี่ยง

และวันหมดอายุของตราสารหนี้ตามที่ตรงกับความต้องการของผู้ให้กู้และจับคู่ให้ ซึ่งปัจจุบันผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มส่วนใหญ่จะนิยมใช้วิธีการจับคู่แบบ passive ให้แก่ผู้ลงทุน เนื่องจากการจับคู่แบบ active อาจทำให้เกิดความสับสนแก่ผู้ให้กู้ และไม่มีความหลากหลาย

๔) การกำหนดอัตราดอกเบี้ย

ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มแต่ละรายจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยแตกต่างกันไป ในระยะแรกอัตราดอกเบี้ยถูกกำหนดผ่านรูปแบบการประมูลเพื่อซื้อ (reverse auction model) โดยผู้กู้จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่ต้องการจะจ่าย และผู้ให้กู้จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นต่ำที่ตนต้องการได้รับโดยพิจารณาจากประเภทความเสี่ยง จากนั้นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะจัดให้มีการประมูลเพื่อซื้อ โดยในการประมูลจะค่อย ๆ มีการเสนออัตราดอกเบี้ยที่ต้องชำระสำหรับสินเชื่อนั้นจนกระทั่งเพียงพอสำหรับการให้กู้ยืมเงินเต็มจำนวน โดยที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะจับคู่อัตราดอกเบี้ยที่ต่ำที่สุดให้ก่อน ดังนั้น ถ้าผู้ให้กู้เสนออัตราดอกเบี้ยยิ่งต่ำก็จะมีโอกาสในการปล่อยกู้ให้กับคำขอสินเชื่อรายนั้นมากขึ้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกำหนดอัตราดอกเบี้ยในรูปแบบการประมูลนั้นมีความซับซ้อนและทำให้นักลงทุนสับสน อีกทั้งยังไม่เป็นที่น่าสนใจสำหรับผู้กู้เพราะผู้กู้ไม่สามารถประเมินค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในการขอสินเชื่อนั้นได้ล่วงหน้า ต่อมา จึงมีการนำรูปแบบอัตราดอกเบี้ยคงที่ซึ่งเป็นการกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ล่วงหน้าสำหรับสินเชื่อที่มีความเสี่ยงในแต่ละประเภทเข้ามาใช้แทนที่การกำหนดอัตราดอกเบี้ยแบบเดิม ซึ่งรูปแบบอัตราดอกเบี้ยคงที่นั้นทำให้ผู้ให้กู้สามารถวิเคราะห์หาดอกเบี้ยที่เหมาะสมกับความเสี่ยงของคำขอกู้แต่ละประเภทได้ ในขณะเดียวกันผู้กู้ก็สามารถคำนวณค่าใช้จ่ายทั้งหมดรวมถึงดอกเบี้ยในการขอสินเชื่อได้ล่วงหน้าด้วย

๕) วิธีการปล่อยสินเชื่อ (financing process)

โดยทั่วไปผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มมีวิธีการปล่อยสินเชื่อหลายรูปแบบ เช่น ๑) Balance Sheet Model เป็นรูปแบบที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มเป็นผู้ปล่อยสินเชื่อให้แก่ผู้กู้ไปก่อน แล้วจึงนำสินเชื่อที่ปล่อยไปแล้วมาขายต่อให้กับนักลงทุน ๒) Guaranteed Return Model เป็นรูปแบบที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะประกันอัตราดอกเบี้ยขั้นต่ำที่ผู้ให้กู้จะได้รับ ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวจะได้มาจากค่าธรรมเนียมที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มเก็บจากผู้กู้^๙ ๓) Client Segregated Account Model เป็นรูปแบบที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มเป็นผู้ปล่อยสินเชื่อ แต่จะบริหารจัดการบัญชีเงินลงทุนของลูกค้าแยกต่างหากจากบัญชีของผู้ประกอบธุรกิจ เหตุผลเนื่องมาจากในกรณีที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มประสบปัญหาล้มละลาย ผู้ให้กู้และเงินกู้จะไม่ได้รับผลกระทบ รวมทั้ง

^๙ <https://www.nestifly.com/post/what-is-p2p-ep4> [online], เข้าถึงเมื่อ ๓ มีนาคม

สัญญาเงินกู้จะมีผลใช้บังคับได้ต่อไป ซึ่งกรณีเช่นนี้จะถือว่าผู้ให้กู้เป็นเจ้าของหนี้ ซึ่งรูปแบบการปล่อยสินเชื่อประเภทนี้เป็นที่นิยมสำหรับผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มในสหราชอาณาจักร เช่น Zopa และประเทศจีน เช่น Lufax

นอกจากนั้น วิธีการปล่อยสินเชื่อซึ่งเป็นที่นิยมสำหรับผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มอีกวิธีหนึ่ง คือ ๔) วิธีการปล่อยสินเชื่อแบบ Notary Model ซึ่งเป็นกรณีที่สินเชื่อถูกอนุมัติโดยธนาคารที่เป็นคู่ค้ากับผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม ดังนั้น ผู้ให้กู้และผู้กู้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างกันโดยตรง วิธีการปล่อยสินเชื่อรูปแบบนี้ถูกนำมาใช้โดยผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากในสหรัฐอเมริกาเฉพาะธนาคารที่ได้รับอนุญาตเท่านั้นที่มีสิทธิในการปล่อยสินเชื่อ ตัวอย่างเช่น Prosper ออกตัวเงินสำหรับสินเชื่อแต่ละราย ต่อมาธนาคารคู่ค้า คือ WebBank เป็นผู้อนุมัติและจ่ายเงินกู้ให้กับผู้กู้ แล้วขายให้ Prosper อีกทอดหนึ่ง ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ และหากผู้กู้ผิดสัญญา ผู้ให้กู้สามารถเรียกร้องได้จากผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่าวิธีการปล่อยสินเชื่อรูปแบบนี้ทำให้เกิดความเสี่ยงแก่ผู้ให้กู้เป็นอย่างมาก

๒.๓ ประโยชน์และความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending

(๑) ประโยชน์และความเสี่ยงสำหรับผู้กู้

ประโยชน์ที่สำคัญที่สุดและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending สำหรับผู้กู้ คือ การเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงสินเชื่อสำหรับผู้ด้อยโอกาส ที่ผ่านมาประชาชนจำนวนมากไม่สามารถเข้าถึงสินเชื่อจากสถาบันการเงินแบบดั้งเดิมได้เนื่องจากเป็นผู้ที่ไม่มีประวัติเครดิต หรือผู้ที่มีประวัติเครดิตแต่น้อยเกินกว่าที่จะจัดคะแนนเครดิต (credit invisible)^{๑๐} เช่น ผู้ที่ไม่มีรายได้ประจำ ผู้ที่ไม่สามารถพิสูจน์รายได้ และผู้ที่ไม่มียศพลที่สามารถใช้เป็นหลักประกัน แต่โดยที่การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending นั้นใช้เครื่องมือที่เรียกว่า ข้อมูลทางเลือก (alternative data) ในการพิจารณาว่าผู้กู้มีความน่าเชื่อถือทางการเงินหรือไม่ จึงช่วยให้บุคคลที่มีรายได้น้อยหรือปานกลางซึ่งเป็นผู้ที่มีความเสี่ยงสูงที่ธนาคารไม่สามารถอนุมัติสินเชื่อให้ได้มีโอกาสในการเข้าถึงสินเชื่อมากขึ้น

ข้อมูลทางเลือกที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะนำมาใช้พิจารณา เช่น ข้อมูลในการชำระหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการชำระค่าน้ำ ค่าไฟ ค่าโทรศัพท์ พฤติกรรมการซื้อขายออนไลน์ เพื่อประเมินความสามารถ (ability) หรือความเต็มใจ (willingness) ในการชำระหนี้

^{๑๐} Jeffrey Luther, Twenty-First Century Financial Regulation: P2P Lending, Fintech, and the Argument for a Special Purpose Fintech Charter Approach, p. 1024.

ของผู้ขอสินเชื่อแทนหลักฐานรายได้หรือหลักประกัน ซึ่งข้อมูลเหล่านี้อาจได้มาจากภาพถ่ายดาวเทียม ข้อมูลความคิดเห็น ทักษะคนดี พฤติกรรมใช้เงิน และการเข้าถึงข้อมูลดิจิทัลในช่องทางต่าง ๆ^{๑๑} ซึ่งการใช้ข้อมูลทางเลือกเป็นข้อมูลประกอบในการขอสินเชื่อทำให้ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ประสบความสำเร็จ เช่น LendingClub สามารถเจาะตลาดสินเชื่อสำหรับผู้ด้อยโอกาส โดยเฉพาะในพื้นที่ที่มีสาขานาการจำนวนน้อย พื้นที่ที่มีประชากรจำนวนมาก หรือสาขาของธนาคารไม่ได้สัดส่วนกับจำนวนประชากร^{๑๒}

นอกจากนั้น ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ทำให้ผู้กู้มีความสะดวกสบายในการยื่นคำขอกู้มากขึ้นเนื่องจากการกู้ยืมลักษณะนี้ใช้เอกสารน้อย ผู้กู้สามารถกรอกคำขอสินเชื่อผ่านระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ และผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มพิจารณาคำขอโดยใช้อัลกอริทึมประมวลผลจากฐานข้อมูลที่มีอยู่ซึ่งขั้นตอนทั้งหมดเป็นแบบออนไลน์ทำให้การอนุมัติเงินกู้สามารถทำได้รวดเร็วยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี โดยที่ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นการให้กู้ยืมเงินประเภทหนึ่ง ดังนั้น ผู้กู้ย่อมมีความเสี่ยงในการกู้เงินรูปแบบดังกล่าวเช่นเดียวกับการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินแบบดั้งเดิม เช่น ความเสี่ยงที่จะเกิดปัญหาความเข้าใจผิดในระยะเวลาการให้สินเชื่อ การกำหนดเครดิตโดยเลือกปฏิบัติ หรือการทวงถามหนี้ที่ไม่เหมาะสม นอกจากนี้ โดยที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มต้องเก็บรักษาข้อมูลที่มีความอ่อนไหวของลูกค้าเป็นจำนวนมากจึงมีความเสี่ยงที่ข้อมูลเหล่านั้นอาจถูกละเมิด (data breach) ได้^{๑๓}

ความเสี่ยงสำคัญอีกประการหนึ่งของผู้กู้ในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending คือ ความเสี่ยงจากการนำฐานข้อมูลที่มีอยู่มาใช้ เนื่องจากผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มใช้อัลกอริทึมในการประมวลผลว่าผู้กู้นั้นมีความน่าเชื่อถือทางการเงินหรือไม่ ดังนั้น หากในขั้นตอนการรวบรวม วิเคราะห์และประมวลผลข้อมูลไม่ถูกต้อง อาจนำไปสู่การถูกปฏิเสธการให้สินเชื่อ หรือการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ไม่เหมาะสมได้

นอกจากนั้น การที่ข้อมูลของผู้กู้อาจถูกเปิดเผยบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์และผู้ให้กู้สามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้กู้อาจทำให้เกิดการถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ให้กู้ ไม่ว่าจะเป็นการถูกเลือกปฏิบัติทางเพศ เชื้อชาติ อายุ ความมีเสน่ห์น่าดึงดูด เช่น คำขอสินเชื่อที่ไม่มีรูปภาพ หรือเป็นรูปภาพของคนผิวดำหรือผู้สูงอายุมีโอกาสน้อยที่จะได้รับอนุมัติสินเชื่อ หรือผู้กู้ที่เป็น

^{๑๑} <https://www.smethailandclub.com/startups-6371-id.html> [online], เข้าถึงเมื่อ ๕ มีนาคม ๒๕๖๔.

^{๑๒} Jeffrey Luther, Twenty-First Century Financial Regulation: P2P Lending, Fintech, and the Argument for a Special Purpose Fintech Charter Approach, p. 1025.

^{๑๓} *Ibid*, p. 1025-1026.

คนผิวดำมีแนวโน้มที่จะต้องจ่ายดอกเบี้ยในอัตราที่สูงกว่าผู้กู้ผิวขาวที่มีคะแนนเครดิตใกล้เคียงกัน หรือผู้กู้เพศหญิงมีแนวโน้มต้องจ่ายอัตราดอกเบี้ยสูงแม้ว่าจะมีความน่าเชื่อถือทางเครดิต หรือผู้กู้ที่ดูมีเสน่ห์น่าดึงดูดมีความเป็นไปได้ที่จะได้รับการอนุมัติสินเชื่อ^{๑๔}

(๒) ประโยชน์และความเสี่ยงสำหรับผู้ให้กู้

ผู้ให้กู้ในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์จะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนสูงเมื่อเปรียบเทียบกับ การให้กู้ยืมเงินแบบดั้งเดิม ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจะเสนออัตราดอกเบี้ยสูงเพื่อดึงดูดนักลงทุนผู้ที่ต้องการการลงทุนที่มีความหลากหลายในสินทรัพย์ใหม่ๆ และเพื่อชดเชยความเสี่ยงที่อาจมีสูงขึ้นหากผู้ให้กู้เข้ามาลงทุนในสินเชื่อนั้น เช่น การไม่มีประกันเงินฝาก หรือไม่มีสัญญาว่าจะได้รับผลตอบแทน นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับผู้ให้บริการ P2P Lending จะมีระบบการจับคู่โดยอัตโนมัติหากเป็นไปได้ตามเงื่อนไขที่นักลงทุนกำหนดไว้ล่วงหน้าซึ่งจะช่วยให้การลงทุนมีความหลากหลายและเหมาะสมยิ่งขึ้น^{๑๕} ดังนั้น การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับผู้ให้บริการ P2P Lending จึงทำให้เจ้าของธุรกิจขนาดเล็กและผู้ประกอบวิสาหกิจแต่ละรายสามารถเข้าสู่ตลาดสินเชื่อได้ และทำให้ผู้ที่มีรายได้น้อยมีโอกาสในการสร้างธุรกิจ สร้างความเป็นอิสระทางการเงิน และการมีส่วนร่วมในโครงการของชุมชน โดยผู้ให้กู้จะได้รับอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าการให้กู้แบบดั้งเดิม ในขณะที่ผู้กู้ก็อาจจะได้รับอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าการกู้เงินจากสถาบันการเงินแบบดั้งเดิมเนื่องจากการตัดสถาบันการเงินที่เป็นตัวกลางออกไป

อย่างไรก็ดี ผู้ให้กู้ในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับผู้ให้บริการ P2P Lending นั้นมีความเสี่ยงที่จะถูกเปิดเผยเครดิต และมีความเสี่ยงอื่นที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุนในสินเชื่อประเภทนี้ เช่น ความเสี่ยงจากการที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เงินกู้ และความเสียหายทางการเงินที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดคิดอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม กล่าวคือ ปัจจุบันรายได้ของการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับผู้ให้บริการ P2P Lending ส่วนใหญ่มาจากค่าธรรมเนียม ดังนั้น ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มจึงต้องพยายามปล่อยสินเชื่อให้ได้มากที่สุด ซึ่งสินเชื่อที่ถูกอนุมัติออกไปอาจเป็นสินเชื่อที่มีคุณภาพต่ำ ซึ่งทำให้ผู้ให้กู้มีระดับความเสี่ยงมากขึ้นโดยปราศจากผลตอบแทน^{๑๖} นอกจากนี้ การให้สินเชื่อประเภทนี้ส่วนใหญ่ไม่มีหลักประกัน และการลงทุนของผู้ให้กู้แต่ละรายในสินเชื่อแต่ละประเภทก็มีขนาดเล็กเกินกว่าที่จะนำไปฟ้องคดี และยากเกินกว่าที่จะรวมตัวกันดำเนินการฟ้องคดีแบบกลุ่มได้

^{๑๔} Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, p. 714.

^{๑๕} *Ibid*, p. 715.

^{๑๖} Jeffrey Luther, Twenty-First Century Financial Regulation: P2P Lending, Fintech, and the Argument for a Special Purpose Fintech Charter Approach, p. 1025-1026.

ทำให้การบังคับชำระหนี้ในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending นี้กระทำได้อย่างยิ่งไปกว่านั้น ผู้ให้กู้โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกาอาจต้องประสบกับความเสี่ยงกรณีที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มล้มละลาย โดยผู้ให้กู้มีฐานะเป็นเพียงเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันของผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มเท่านั้น^{๑๗}

ความเสี่ยงประการสุดท้ายที่ผู้ให้กู้ในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending อาจต้องประสบเมื่อเข้าลงทุนในธุรกิจนี้คือ ความเสี่ยงเกี่ยวกับการขาดสภาพคล่อง อันเนื่องมาจากการถูกห้ามขายการลงทุนของตนก่อนครบกำหนดซึ่งอาจเป็นระยะเวลานานหลายปี^{๑๘}

(๓) ประโยชน์และความเสี่ยงสำหรับตลาดการเงิน^{๑๙}

การที่ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นมีผลเป็นการผลักดันการเติบโตทางเศรษฐกิจโดยการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมีทางเลือกในการหาแหล่งเงินทุน เนื่องจากวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเป็นที่มาของการจ้างงานและการเติบโตทางเศรษฐกิจ ที่ผ่านมาผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมประสบปัญหาจากการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินแบบดั้งเดิมหลายประการ เช่น ค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมสูง การจ่ายเบี้ยประกันความเสี่ยงสูง เมื่อการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้จึงกลายเป็นแหล่งเงินทุนสำคัญของวิสาหกิจดังกล่าว และเป็นแรงจูงใจให้สถาบันการเงินแบบดั้งเดิมคิดค้นนวัตกรรมใหม่ที่เป็นการลดต้นทุนและเพิ่มประสิทธิภาพในการขอสินเชื่อด้วย

อย่างไรก็ดี ในอีกมุมหนึ่งการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending อาจเป็นการคุกคามระบบการเงินในอนาคต เช่น การแยกบัญชีสินเชื่อของผู้ให้กู้และผู้กู้ออกจาก balance sheet ของผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มซึ่งเมื่อผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มล้มละลาย ผู้ให้กู้ไม่ได้ล้มละลายด้วย หรือกรณีที่การให้สินเชื่อในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกาที่ส่วนใหญ่มีอายุมากกว่าหนึ่งปีซึ่งแตกต่างจากธนาคารที่ให้เงินกู้ระยะสั้นเพื่อให้เกิดสภาพคล่อง การให้สินเชื่อในธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending จึงมีลักษณะคล้ายการลงทุนในหลักทรัพย์มากกว่าการให้กู้ยืมเงินตามปกติ ดังนั้น ผลกระทบในกรณีที่การประกอบธุรกิจระบบ

^{๑๗} Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, p. 716.

^{๑๘} Ibid, p. 718.

^{๑๙} Ibid, p. 718-720.

หรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ประสบความสำเร็จจึงจำกัดกว่าในกรณีการล้มเหลวของธนาคาร

๓. การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในสหรัฐอเมริกา

กฎระเบียบเกี่ยวกับบริการทางการเงินของสหรัฐอเมริกานั้นค่อนข้างที่จะมีความซับซ้อน กล่าวคือ ธุรกิจทุกประเภทในตลาดบริการทางการเงินรวมทั้งธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบทั้งหมดที่ได้จัดทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นกฎระเบียบของท้องถิ่น มลรัฐ หรือรัฐบาลกลาง อย่างไรก็ตาม โดยที่การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นรูปแบบทางธุรกิจที่มีความเฉพาะตัว จึงทำให้ต้องมีกฎเกณฑ์ที่ก่อให้เกิดภาระมากขึ้นแก่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายหลักทรัพย์ของสหพันธรัฐ นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ยังต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบของสหพันธรัฐเกี่ยวกับการให้กู้ยืมเงินฉบับอื่น ๆ ด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยการทวงถามหนี้ กฎหมายว่าด้วยการเปิดเผยการให้กู้ยืม รวมทั้งกฎหมายอื่นของมลรัฐซึ่งบางฉบับมีความซ้ำซ้อนหรือมีความเข้มงวดมากกว่ากฎหมายของสหพันธรัฐ^{๒๐}

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๑ U.S. Government Accountability Office (GAO) ได้เสนอรายงานต่อสภาองเกรสเกี่ยวกับการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วเป็น ๒ แนวทาง^{๒๑} แนวทางแรกคือการคุ้มครองผู้ให้กู้ผ่านหน่วยงานที่กำกับดูแลหลักทรัพย์ คือ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (the Securities and Exchange Commission: SEC) และการคุ้มครองผู้กู้ผ่านหน่วยงานกำกับดูแลบริการทางการเงินซึ่งจะถูกจัดตั้งขึ้นใหม่ คือ สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคทางการเงิน (the Consumer Financial Protection Bureau: CFPB) แนวทางที่สอง คือ การรวมการคุ้มครองผู้ให้กู้และผู้กู้ไว้ภายใต้หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐบาลกลางเพียงหน่วยงานเดียว คือ CFPB ซึ่งบทสรุปและข้อเสนอของ GAO คือ ยังไม่มีวิธีการใดที่เหมาะสมในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending อย่างแท้จริง จึงเสนอให้ใช้วิธีการรอดูก่อนที่จะดำเนินการ (a wait and-see approach) เนื่องจากการประกอบธุรกิจระบบ

^{๒๐} Jeffrey Luther, Twenty-First Century Financial Regulation: P2P Lending, Fintech, and the Argument for a Special Purpose Fintech Charter Approach, p. 1028.

^{๒๑} Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, p. 723.

หรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending มีการเสนอผลิตภัณฑ์หรือบริการใหม่และเติบโตอย่างรวดเร็ว ทำให้ยากที่จะกำหนดว่าการกำกับดูแลรูปแบบใดจะเป็นตัวเลือกที่เหมาะสมที่สุดในอนาคต ดังนั้น การกำกับดูแลธุรกิจนี้จึงยังคงเป็นไปตามแนวทางแรกโดยยังไม่มีเปลี่ยนแปลง

๓.๑ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ให้กู้และการกำกับดูแลผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม

(๑) กฎหมายเกี่ยวกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

แม้ว่าการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending จะเป็นธุรกิจรูปแบบใหม่และเริ่มขึ้นในระยะเวลาไม่นาน แต่ธุรกิจนี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบที่สำคัญในสหรัฐอเมริกา เมื่อ Prosper และ Lending Club เริ่มให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม ขณะนั้นยังไม่มี การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจนี้ อย่างเคร่งครัดมากนักทำให้เกิดปัญหาหลายประการ เช่น ผู้ให้กู้ที่เข้าร่วมในธุรกิจนี้มีความเสี่ยงสูง เนื่องจากได้รับข้อมูลที่ไม่เพียงพอ และมีอัตราการผิดสัญญาสูงมาก โดยในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ อัตราการผิดสัญญาของผู้กู้ของ Prosper อยู่ในอัตราสูงถึงร้อยละ ๒๔^{๒๒} ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (the Securities and Exchange Commission: SEC) จึงได้เข้าแทรกแซงตลาดการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending โดยการออกคำสั่งห้ามดำเนินการ (a cease-and-desist order) ต่อ Prosper^{๒๓}

คำสั่งห้ามดำเนินการดังกล่าวอ้างอิงหลักที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางไว้ในคดี *SEC v. W.J. Howey Co.* และในคดี *Reves v. Ernst & Young* โดยในคดี *SEC v. W.J. Howey Co.*^{๒๔} ศาลวางหลักไว้ว่า ตัวเงินที่ออกโดย Prosper เข้าองค์ประกอบทั้งสามประการของการเป็นสัญญาการลงทุน ได้แก่ ๑) มีการลงทุนด้วยเงินเมื่อผู้ให้กู้ซื้อสินเชื่อ ๒) มีวิสาหกิจสามัญ^{๒๕} (a common enterprise) กล่าวคือ ผู้กู้และผู้ให้กู้ต้องอาศัย Prosper ในการจัดหาสินเชื่อเพื่อการลงทุน เพื่อการรับรองการชำระเงินคืนภายในกำหนดระยะเวลา หรือเพื่อให้เกิดความหลากหลาย

^{๒๒} Jack R. Magee, Peer-to-Peer Lending in the United States: Surviving after Dodd-Frank, p. 150-151.

^{๒๓} Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, p. 721-722.

^{๒๔} Jack R. Magee, Peer-to-Peer Lending in the United States: Surviving after Dodd-Frank, p. 153-158.

^{๒๕} a common enterprise หมายถึง วิสาหกิจที่ผลประโยชน์ของนักลงทุนจะขึ้นอยู่กับความพยายามและความสำเร็จในการเสนอหรือการขายการลงทุน หรือขึ้นอยู่กับความพยายามและความสำเร็จของบุคคลที่สาม

ในการลงทุนระหว่างผู้ให้กู้จำนวนมาก และ ๓) ผลประโยชน์ของผู้ให้กู้ได้มาจากการรวบรวมเงินที่ผู้กู้ชำระคืน ตัวเงินที่ออกโดย Prosper จึงมีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ตามมาตรา 2 (a) (1) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์

ในคดี *Reves v. Ernst & Young*^{๒๖} ศาลได้วินิจฉัยว่า ตัวเงินถูกสันนิษฐานว่าเป็นหลักทรัพย์ เว้นแต่ตัวเงินนั้นจะมีลักษณะเช่นเดียวกับสิ่งที่กำหนดไว้ในรายการสิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นหลักทรัพย์ เมื่อตัวเงินที่ออกโดย Prosper ไม่ได้อยู่ในรายการสิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นหลักทรัพย์ จึงต้องพิจารณาองค์ประกอบ ๔ ประการที่เรียกว่า “family resemblance test” เพื่อที่จะได้แย่งข้อสันนิษฐานที่ว่า ตัวเงินของ Prosper เป็นหลักทรัพย์ ซึ่งปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาว่าตัวเงินเป็นหลักทรัพย์หรือไม่นั้นจะพิจารณาจาก ๑) ผู้ซื้อและผู้ขายมีแรงจูงใจ ๒) มีแผนการจัดจำหน่าย (plan of distribution) ๓) ความคาดหวังของประชาชนในการลงทุน ๔) ความเป็นไปได้ในการกำกับดูแล ซึ่งศาลเห็นว่า ผู้ให้กู้ของ Prosper มีแรงจูงใจที่จะให้สินเชื่อต่อผู้กู้เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวได้รับอัตราผลตอบแทนสูง และตัวเงินของ Prosper มีการซื้อขายกันตามปกติ โดยตัวเงินของ Prosper ถูกเสนอขายต่อสาธารณะผ่านทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งผู้ให้กู้ของ Prosper ไม่จำเป็นต้องเป็นนักลงทุนที่มีความรู้ละเอียดลึกซึ้ง เนื่องจากสามารถอาศัยข้อมูลที่ได้จาก Prosper เพื่อช่วยในการตัดสินใจลงทุน ประกอบกับตัวเงินของ Prosper ในคดี *Reves* ถูกโฆษณาในฐานะการลงทุน โดย Prosper ได้โฆษณาตัวเงินนี้ในเว็บไซต์ว่าเป็นการลงทุน โดยมีการเปรียบเทียบผลตอบแทนของตัวเงินดังกล่าวกับผลตอบแทนของการลงทุนแบบดั้งเดิม ทำให้ผู้ให้กู้ของ Prosper คาดหวังว่าการซื้อตัวเงินในระบบของ Prosper เป็นการลงทุน และในเวลาที่เหมาะสมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จะออกคำสั่งห้ามดำเนินการ (a cease-and-desist order) ยังไม่มีผู้ที่กำกับดูแลที่มีอำนาจในการตรวจสอบการดำเนินงานของ Prosper เพื่อคุ้มครองนักลงทุนแต่อย่างใด ผู้ให้กู้ต้องอาศัยข้อมูลจาก Prosper และข้อมูลจากผู้กู้แต่ละรายในการตัดสินใจว่าจะการลงทุนหรือไม่ โดยไม่มีความเห็นของผู้กำกับดูแล ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดให้ตัวเงินของ Prosper เป็นหลักทรัพย์เพื่อที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ที่จำเป็นในการลดความเสี่ยงให้แก่ผู้ลงทุน

เมื่อศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยในคดี *SEC v. W.J. Howey Co.* และในคดี *Reves v. Ernst & Young* ว่า ตัวเงินที่ออกโดย Prosper เป็นหลักทรัพย์ การที่ Prosper ไม่ได้จดทะเบียนตัวเงินของตนต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตัวเงินนั้นจึงเป็นหลักทรัพย์ที่ไม่ได้จดทะเบียนซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 5 (a) และ (c) แห่งพระราชบัญญัติ

^{๒๖} Jack R. Magee, Peer-to-Peer Lending in the United States: Surviving after Dodd-Frank, p. 153-158.

หลักทรัพย์ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จึงได้ออกคำสั่งห้ามดำเนินการ (a cease-and-desist order) แก่ Prosper^{๒๗} นอกจากนั้น คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลดังต่อไปนี้^{๒๘}

๑) ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มแต่ละรายต้องจดทะเบียนต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

๒) การอนุมัติสินเชื่อแต่ละรายโดยผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มต้องมีการจดทะเบียนต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์ ค.ศ. ๑๙๓๔ (the Securities Exchange Act 1934) และต้องยื่นรายงานรายไตรมาสและรายปีตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย

๓) ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มแต่ละรายถูกปฏิบัติในลักษณะเดียวกับบริษัทมหาชนซึ่งต้องมีการเปิดเผยรายงานทางการเงิน การอนุมัติสินเชื่อ และการดำเนินงาน

การเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ทำให้เกิดอุปสรรคและข้อจำกัดในการเติบโตของธุรกิจนี้ โดย Prosper ต้องหยุดการดำเนินการจนถึงวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ ในขณะที่ Lending Club หยุดการดำเนินการตั้งแต่วันที่ ๗ เมษายนถึงวันที่ ๑๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ส่วน Zopa ถอนตัวจากตลาดในสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ เนื่องจากเหตุผลด้านกฎระเบียบ และ Loanio ซึ่งเคยเป็นคู่แข่งสำคัญของ Prosper และ Lending Club ยุติการดำเนินการหลังจากยื่นคำขอจดทะเบียนในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ ทำให้ต่อมาคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้กำหนดข้อยกเว้นโดยอนุญาตให้ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มไม่ต้องดำเนินการจดทะเบียนหลักทรัพย์ได้หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด^{๒๙}

นอกจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และพระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับสหพันธรัฐแล้ว การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ยังต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลักทรัพย์ของมลรัฐด้วย (Blue Sky Laws/State Securities Laws) ซึ่งกฎหมายหลักทรัพย์ของมลรัฐหลายแห่งกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนหลักทรัพย์ในทุกรัฐที่มีการเสนอขายต่อสาธารณะ เว้นแต่จะเป็นไปตามข้อยกเว้น ซึ่งตัวเงินที่ออกโดย

^{๒๗} Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, p. 722.

^{๒๘} Ibid, p. 723 -724.

^{๒๙} Ibid, p. 722-724.

ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มส่วนใหญ่จะไม่ได้รับการยกเว้นการจดทะเบียน เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐไม่ได้จำกัดสิทธิของมลรัฐในการกำหนดให้หลักทรัพย์บางประเภทต้องดำเนินการจดทะเบียน^{๓๐}

(๒) กฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมและการอนุญาตให้กู้ยืม^{๓๑}

โดยที่การให้สินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภคในสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายสหพันธรัฐและกฎหมายมลรัฐ ดังนั้น เมื่อธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending มีการให้บริการทั่วประเทศจึงมีความเป็นไปได้ที่ธุรกิจนี้จะต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลหลายแห่งตามแต่ละมลรัฐ รวมทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมและกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตให้กู้ยืมของแต่ละมลรัฐด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา (Usury Laws) กฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความลับของธนาคาร (Bank Secrecy Act Regulations) และข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตของมลรัฐ (State licensing requirements)

๑) กฎหมายว่าด้วยการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา (Usury Laws)

มลรัฐส่วนใหญ่ใช้กฎหมายเพื่อควบคุมอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่ผู้ให้กู้กำหนดไว้ใน การให้สินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภค ซึ่งหมายความว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดอาจแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ หลายรัฐใช้อัตราดอกเบี้ยสูงสุดคงที่ในการกำหนดดอกเบี้ยสูงสุด ในขณะที่บางรัฐอาจใช้อัตราดอกเบี้ยลอยตัว จึงทำให้เป็นการยากต่อผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มที่ประกอบธุรกิจในหลายมลรัฐในการที่จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุดเป็นอัตราเดียวสำหรับการขอสินเชื่อ การที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มดำเนินธุรกิจบนมาตรฐานเดียวกันในแต่ละมลรัฐซึ่งมีเขตอำนาจของศาลที่แตกต่างกัน

๒) กฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความลับของธนาคาร (Bank Secrecy Act Regulations)

โดยที่ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มไม่ใช่ธนาคารจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับการกำกับดูแลโดยตรงของธนาคารกลางสหรัฐ (Federal Bank) และหน่วยงานที่มีอำนาจในการกำกับดูแลสถาบันการเงินอื่น ๆ เช่น Office of Comptroller of Currency (OCC) หรือบริษัทประกันเงินฝากแห่งสหรัฐ (Federal Deposit Insurance Corporation: FDIC) อย่างไรก็ตาม โดยที่ผู้ประกอบการเหล่านี้ต้องดำเนินการร่วมกับธนาคารในการลงทุน จึงมีความเป็นไปได้ที่ธนาคารจะกำหนดไว้ในสัญญาให้ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับธนาคารด้วย แม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่ได้ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending โดยตรงก็ตาม ดังนั้น ผู้ให้บริการ P2P Lending

^{๓๐} Rongxin Zeng, Legal Regulations in P2P Financing in the U.S. and Europe, p. 239.

^{๓๑} Ibid, p. 239-241.

แพลตฟอร์มจึงถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลธนาคารหลายประการ เช่น การตรวจสอบตัวตนที่แท้จริงของทั้งผู้ให้กู้และผู้กู้ การพิจารณาว่าผู้ที่จะเข้ามาใช้บริการอยู่ในรายชื่ออาชญากรที่ต้องสงสัยหรือสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายตามข้อมูลของหน่วยงานของรัฐบาลกลางหรือไม่ และหากเป็นเช่นนั้นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มต้องปฏิเสธผู้กู้หรือผู้ให้กู้อย่างนั้น การรายงานข้อที่น่าสงสัยของกิจกรรมในบัญชี รวมทั้งดำเนินการแบ่งปันข้อมูลและรายการต่อต้านการฟอกเงินเพื่อเป็นการช่วยเหลือการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

๓) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตของมลรัฐ (State Licensing)

แต่ละมลรัฐมีเขตอำนาจในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในด้านการให้บริการและการอนุมัติสินเชื่อ เช่น การกำหนดให้ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มที่มีการทวงถามหนี้จะต้องได้รับอนุญาตในการเป็นตัวแทนทวงถามหนี้ด้วย

๓.๒ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้กู้

การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในสหรัฐอเมริกามุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างจริงจัง โดยมีการจัดตั้งสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคทางการเงิน (the Consumer Financial Protection Bureau: CFPB) เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และมาตรการกำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์และบริการทางการเงิน^{๓๒} นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ยังต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบริษัทประกันเงินฝากแห่งสหรัฐ (Federal Deposit Insurance Corporation: FDIC) และคณะกรรมการการค้าแห่งสหรัฐ (the Federal Trade Commission: FTC) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย^{๓๓}

เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection ขึ้นใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๐ ลักษณะ ๑๐ (Title X) ได้กำหนดให้มีสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคด้านการเงิน (the Consumer Financial Protection Bureau: CFPB) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending นั้นอยู่ในความหมายของนิยาม “ผลิตภัณฑ์หรือบริการทางการเงินเพื่อการอุปโภคบริโภค” (a consumer financial product or service) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๐๐๒ ของกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่าย

^{๓๒} Wang Yanli, P2P Development and Regulatory Scheme in China, 3 CHINA LEGAL Sci. 24 (2015), p. 39.

^{๓๓} Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, p. 724.

อิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ดำเนินการในลักษณะการเป็นนายหน้ากระจายสินเชื่อ โอน และแลกเปลี่ยนเงินทุน และทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลกองทุนและเครื่องมือทางการเงิน ดังนั้น CFPB จึงมีอำนาจเข้ามากำกับดูแลธุรกิจนี้เพื่อให้มีความโปร่งใส มีประสิทธิภาพ สะดวกต่อการเข้าถึง และทำให้เกิดนวัตกรรม^{๓๔} ที่ผ่านมา CFPB ได้ดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย Truth in Lending Act กับการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending โดยมุ่งที่จะคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องการออกใบเสร็จชำระเงินกู้ที่ไม่ถูกต้องและไม่ยุติธรรม นอกจากนั้น ยังได้บังคับใช้กฎหมาย Equal Opportunity Act ซึ่งกำหนดให้การที่ผู้ให้สินเชื่อเลือกปฏิบัติต่อผู้ขอสินเชื่อไม่ว่าจะเป็นด้านใดในธุรกรรมนั้นเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และกฎหมาย Fair Debt Collection Practices Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำจัดการทวงหนี้ที่มีลักษณะเป็นการคุกคามลูกหนี้^{๓๕}

นอกจากนั้น หน่วยงานที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคอีกหน่วยงานหนึ่ง คือ คณะกรรมาธิการการค้าแห่งสหรัฐ (the Federal Trade Commission: FTC) โดยหลายปีที่ผ่านมา FTC ได้เข้ามากำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เช่น ในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ FTC ได้ยื่นฟ้อง Lending Club ในข้อหาทำสัญญาเงินกู้ที่ไม่มีค่าธรรมเนียมแอบแฝงโดยทุจริต^{๓๖}

๔. บทสรุป

การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นบริการทางการเงินรูปแบบใหม่ซึ่งเป็นที่นิยมมากขึ้นอย่างรวดเร็วในหลายประเทศทั่วโลก เนื่องจากธุรกิจนี้เพิ่มโอกาสของผู้กู้ที่ด้อยโอกาสในการเข้าถึงสินเชื่อ มีขั้นตอนที่ง่ายและสะดวกรวดเร็ว และในขณะเดียวกันผู้ให้กู้ได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนในอัตราสูง อย่างไรก็ตาม การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending นั้นมีความเสี่ยงหลายประการ ในกรณีของผู้กู้นอกจากจะมีความเสี่ยงเช่นเดียวกับการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินแบบดั้งเดิม เช่น ความเสี่ยงที่จะเกิดปัญหาความเข้าใจผิดในระยะเวลาการให้สินเชื่อ การกำหนดเครดิตโดยเลือกปฏิบัติหรือการทวงถามหนี้ที่ไม่เหมาะสม ผู้กู้อาจถูกผู้ให้กู้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติในการขอสินเชื่อในธุรกิจนี้ได้ ส่วนผู้ให้กู้เองก็มีความเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหายทางการเงินเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เงินกู้หรือความล้มเหลวของผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม รวมทั้งการขาด

^{๓๔} Jack R. Magee, Peer-to-Peer Lending in the United States: Surviving after Dodd-Frank, p. 160-162.

^{๓๕} Moran Ofir & Ido Sadeh, A Revolution in Progress: Regulating P2P Lending Platforms, p. 723 -724.

^{๓๖} Ibid, p 723-724.

สภาพคล่อง ยิ่งไปกว่านั้น ความเสี่ยงสำคัญที่อาจเกิดขึ้นได้กับทั้งผู้กู้และผู้ให้กู้ คือ ความเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหายจากการละเมิดข้อมูล (data breach) อันเนื่องมาจากข้อมูลที่รั่วไหลหรือข้อมูลที่ผิดพลาด

ด้วยเหตุนี้ แต่ละประเทศจึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ของสหรัฐอเมริกาเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ที่กำกับดูแลธุรกิจนี้มุ่งเน้นการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งหมายความว่าผู้กู้และผู้ให้กู้ โดยได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม ผู้ให้กู้ และผู้กู้ไว้ในกฎหมายระดับสหพันธรัฐและกฎหมายระดับมลรัฐ และใช้กลไกของกฎหมายเกี่ยวกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ประกอบกับกฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมและการอนุญาตให้กู้ยืมในการกำกับดูแลผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มและคุ้มครองผู้ให้กู้ รวมทั้งใช้กลไกกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการคุ้มครองผู้กู้โดยการจัดตั้ง CFPB ขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคด้านการเงินโดยเฉพาะ นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ยังอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานกลางที่กำกับดูแลกิจการธนาคารในสหรัฐอเมริกา เช่น FDIC OCC และ FTC โดยปริยายอันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending มีความเกี่ยวพันเป็นอย่างมากกับธุรกิจธนาคาร

ปัจจุบันประเทศไทยมีผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มซึ่งอยู่ระหว่างการทดสอบภายใต้ Regulatory Sandbox ของธนาคารแห่งประเทศไทย จำนวน ๓ ราย (ข้อมูลเมื่อ ๒๘ กันยายน ๒๕๖๓) ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบธุรกิจนี้ต้องทดสอบการให้บริการในวงจำกัดภายใต้ Regulatory Sandbox จนประสบความสำเร็จ เพื่อให้มั่นใจว่ามีการบริหารความเสี่ยงและการดูแลผู้ใช้บริการอย่างเหมาะสม จึงจะสามารถยื่นขอใบอนุญาตจากกระทรวงการคลังเพื่อประกอบธุรกิจในวงกว้าง^{๓๗} โดยธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending เป็นกิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ ๕ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ ตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ ๕ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ (เรื่อง ธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับธุรกรรมสินเชื่อระหว่างบุคคลกับบุคคล) ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๓ และธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. ๑๔/๒๕๖๓ เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending (peer to peer lending

^{๓๗} https://www.bot.or.th/Thai/PaymentSystems/FinTech/Pages/P2_PLendingSandbox.aspx?fbclid=IwAR147heB0KGaltufQRuEdshmDh9VF03cKm3VBC0FXnZ8CHgovHpOepPGEwE [online], เข้าถึงเมื่อ ๑๐ มีนาคม ๒๕๖๔.

platform) เพื่อกำกับดูแลผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มให้มีระบบงานที่มั่นคง มีเสถียรภาพ และให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้ใช้บริการ นอกจากนั้น กระทรวงการคลังได้เสนอ ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เพื่อกำหนดให้ผู้ให้บริการข้อมูลเครดิตสามารถรับผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มเป็นสมาชิกของบริษัทข้อมูลเครดิตได้ และเพื่อให้สามารถนำส่งข้อมูลของผู้กู้ให้แก่บริษัทข้อมูลเครดิต เนื่องจากผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มไม่ใช่ธุรกิจที่ให้สินเชื่อโดยตรงแต่เป็นตัวกลางเท่านั้น และไม่ใช่สถาบันการเงินที่จะสามารถเป็นสมาชิกบริษัทข้อมูลเครดิตและเข้าถึงข้อมูลเครดิตได้ การแก้ไขกฎหมายดังกล่าว มีเหตุผลเพื่อให้ผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์มสามารถเป็นสมาชิกของบริษัทข้อมูลเครดิต ซึ่งจะช่วยให้มีประวัติการเงินอยู่ในระบบข้อมูลเครดิต และมีข้อมูลในการวิเคราะห์ความเสี่ยงที่เพียงพอ ในการปล่อยกู้ ซึ่งทำให้สามารถลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจนี้

การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในประเทศไทยนั้นยังอยู่ในระยะเริ่มต้นซึ่งต้องมีการศึกษา ทดสอบ และพัฒนาการดำเนินธุรกิจนี้ต่อไป ดังนั้น การนำกรณีศึกษาของสหรัฐอเมริกามาพิจารณาเป็นตัวอย่างในการดำเนินการและกำกับดูแล การประกอบธุรกิจระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับ P2P Lending ในประเทศไทย ย่อมจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจนี้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการ P2P Lending แพลตฟอร์ม นักลงทุน ผู้ให้กู้ และผู้กู้ รวมทั้งจะเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลธุรกิจนี้ ในประเทศไทยด้วย



สถานะทางกฎหมายของ “ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล” (Legal Framework for Digital Platform Labour)*

ปกิตตา นิภาวรรณ โชติกิตติกุล**

๑. ปัญหาสถานะทางกฎหมายของ “ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล”

ในช่วงสถานการณ์ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ คนจำนวนมากได้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมในการทำงานและการซื้อสินค้าอุปโภคบริโภคจากเดิมที่ต้องเดินทางไปด้วยตนเองมาเป็นการทำงานหรือทำธุรกรรมต่าง ๆ ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น อัตราการเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมดิจิทัล^๑ โดยเฉพาะการให้บริการแพลตฟอร์มการขนส่งอาหารหรือสิ่งของที่ผู้ใช้บริการสามารถเรียกผ่านแอปพลิเคชันได้โดยตรง (on-demand delivery)^๒ จึงได้ขยายตัวขึ้นอย่างรวดเร็ว เช่น Lineman, Food Panda, Lalamove, Shopee Express, Uber Eats, Grab Food เป็นต้น จุดเด่นของการให้บริการประเภทนี้ คือ ความสะดวก รวดเร็ว ปลอดภัย และผู้ใช้บริการสามารถติดตามสถานะของการขนส่งได้อย่างเป็นปัจจุบัน ตั้งแต่ขั้นตอนการชำระเงิน การจัดเตรียมสินค้าหรืออาหาร เส้นทางการเดินทางของคนขับรถ จนกระทั่งการจัดส่งสำเร็จถึงมือลูกค้า

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย (พฤษภาคม ๒๕๖๔)

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายสวัสดิการสังคม กองกฎหมายสวัสดิการสังคม/ฝ่ายกิจการพิเศษ กองกฎหมายไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (๒๕๖๓); ปริญญาเอก กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยกลาสโกว สหราชอาณาจักร (๒๕๕๙); ปริญญาโท กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (๒๕๕๑) และปริญญาตรี กฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยออง-ฌูแลง ลียง ๓ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (๒๕๔๙)

^๑ ในปี ค.ศ. ๒๐๒๑ นี้ องค์การแรงงานระหว่างประเทศให้ความสำคัญผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลด้วยกัน; โปรดดู World Employment and Social Outlook, The Role of Digital Labour Platform in transforming the world of work, ILO Flagship Report 2021; https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang-en/index.htm

^๒ การบริการรับส่งของตามความต้องการของลูกค้า (on-demand delivery) เป็น “gig industries” ประเภทหนึ่ง หมายถึง งานที่เกิดขึ้นเป็นครั้งคราวตามความต้องการของผู้บริโภค ณ เวลานั้น ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นเป็นประจำ

ปรากฏการณ์แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลนี้เกิดจาก “ความไม่มี” ของบุคคล ๓ กลุ่ม ได้แก่ (๑) ร้านค้าร้านอาหารที่ไม่มีบริการส่งของไปยังบ้านลูกค้า (๒) ลูกค้าที่ไม่มีเวลาเดินทางออกมารับสินค้าด้วยตนเอง และ (๓) “บริษัทผู้ให้บริการขนส่งผ่านแอปพลิเคชัน” (app-based companies) ที่ไม่มีพนักงานขนส่งเป็นของตนเอง ในการซื้อขายสินค้าอาหาร ลูกค้าจะสั่งสินค้าหรืออาหารผ่านแอปพลิเคชันหรือ “แพลตฟอร์มดิจิทัล” (Digital platform) ที่บริษัทผู้ให้บริการขนส่งสร้างขึ้นมาเพื่อจับคู่ความต้องการซื้อของลูกค้ากับความต้องการขายของร้านค้า และเพื่อเสนองานให้กับ “ผู้รับจ้างขนส่งอิสระ” (freelance drivers) ซึ่งมารับงานเป็นรายชิ้น โดยทั้งลูกค้า ร้านค้า และผู้รับจ้างขนส่งอิสระจะต้องลงทะเบียนเพื่อใช้บริการแอปพลิเคชัน โดยการสร้างบัญชีดิจิทัลบนแพลตฟอร์มเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการติดต่อสื่อสารกันได้ ในกรณีนี้จึงมี “สัญญาการใช้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลหรือแอปพลิเคชัน” เกิดขึ้น ๒ สัญญา ได้แก่ สัญญาระหว่างลูกค้ากับบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลสัญญาหนึ่ง และสัญญาระหว่างผู้รับจ้างขนส่งอิสระกับบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลอีกสัญญาหนึ่ง โดยร้านค้าและผู้รับจ้างขนส่งอิสระจะต้องเสียค่าธรรมเนียมการใช้แพลตฟอร์มดิจิทัลก็ต่อเมื่อมีการจับคู่ทำธุรกรรมสำเร็จระหว่างร้านค้า ลูกค้า และผู้รับจ้างขนส่งอิสระ

เมื่อลูกค้ามีคำสั่งซื้อผ่านแอปพลิเคชัน ระบบแอปพลิเคชันจะแจ้งเตือนผู้รับจ้างขนส่งอิสระที่อยู่ในบริเวณนั้นเพื่อให้ตัดสินใจว่าจะรับ “งานไปซื้อสินค้ามาส่งให้ลูกค้า” หรือไม่ โดยทั่วไปแล้ว ผู้รับจ้างขนส่งอิสระจะมีเสรีภาพในการเลือกรับหรือปฏิเสธงานตามที่ต้องการได้ (self-employed หรือ independent contractors) ไม่ว่าจะเป็นชั่วโมงการทำงาน สถานที่ทำงาน เส้นทางเดินทาง หรือวิธีการในการปฏิบัติงานให้สำเร็จลุล่วง การรับงานดังกล่าวจึงเป็นการที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น ซึ่งเข้าลักษณะ “สัญญาจ้างทำของ”^๓ ระหว่างบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้รับจ้างขนส่งอิสระ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่บริษัทผู้ให้บริการแพลตฟอร์มการขนส่งผ่านแอปพลิเคชันมักจะเรียกผู้รับจ้างขนส่งอิสระว่า “หุ้นส่วน” (partners) อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าบริษัทผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลมิได้เห็นว่า ผู้รับจ้างขนส่งอิสระมีสถานะเป็นลูกจ้าง แต่เป็นการประกอบธุรกิจแบบพึ่งพากันมากกว่า (Sharing Economy Businesses)

อย่างไรก็ดี ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทผู้ให้บริการขนส่งผ่านแอปพลิเคชันกับผู้รับจ้างขนส่งอิสระดูเหมือนจะได้ไม่อยู่ในระดับที่เท่าเทียมกันในลักษณะของหุ้นส่วนที่ต้องร่วมหัวจมท้ายกันแบ่งปันกำไรขาดทุนตามที่บริษัทผู้ให้บริการขนส่งผ่านแอปพลิเคชันกล่าวอ้าง แต่มีข้อตกลงกำหนดอำนาจและหน้าที่เพิ่มเติมบางประการที่มากไปกว่าการทำงานให้สำเร็จ

^๓ ลักษณะ ๗ จ้างทำของ มาตรา ๕๘๗ ถึงมาตรา ๖๐๗

ดังเช่นสัญญาจ้างทำของ ในการทำสัญญาใช้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนี้ ผู้รับจ้างขนส่งไม่มีสิทธิเจรจาต่อรองข้อตกลงในการทำงาน แต่ต้องยอมรับเงื่อนไขต่าง ๆ ในการรับจ้างที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้า (pre-fixed terms and conditions) โดยบริษัทผู้ให้บริการขนส่งผ่านแอปพลิเคชันเพียงฝ่ายเดียวในลักษณะสัญญาสำเร็จรูป (contract of adhesion) สัญญาการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลระหว่างบริษัทผู้ให้บริการขนส่งผ่านแอปพลิเคชันกับผู้รับจ้างขนส่งอิสระจึงอาจไม่ได้เป็นเพียงสัญญาการให้บริการแพลตฟอร์มเพื่อเชื่อมโยงระหว่างลูกค้า ร้านค้า และผู้รับจ้างขนส่งอิสระเท่านั้น แต่มีลักษณะของ “สัญญาจ้างแรงงาน” (labour agreement) ที่นายจ้างและลูกจ้างมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน (employer-employee relationship) โดยนายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง สามารถสั่งการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการทำงาน และยังมีอำนาจลงโทษในกรณีที่การปฏิบัติงานนั้นไม่สัมฤทธิ์ผลตามเป้าหมายที่วางไว้ ในขณะที่เดียวกัน นายจ้างก็มีหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้างด้วยภายใต้กฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายแรงงานสัมพันธ์

เนื่องจากการกำหนดสถานะทางกฎหมายของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลมีความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานให้กับแรงงานทุกคนทั้งในระบบและนอกระบบ ทั้งยังสามารถกำหนดทิศทางในการพัฒนาประเทศทางด้านเศรษฐกิจดิจิทัลอย่างมีนัยสำคัญ การศึกษากฎหมายต่างประเทศในปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวจึงอาจเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลของประเทศไทยได้

๒. สถานะของ “ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล” ตามกฎหมายต่างประเทศ

สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่จำนวนมาก และมีการใช้แรงงานแพลตฟอร์มดิจิทัลในชีวิตประจำวันอย่างแพร่หลาย ปรากฏข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัลและผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นคดีขึ้นสู่ศาลหลายคดี และยังได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นการเฉพาะ กรณีจึงสมควรศึกษาคำพิพากษาของศาล และกฎหมายที่เกี่ยวข้องของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตามลำดับ

๒.๑ สหรัฐอเมริกา

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ (พ.ศ. ๒๕๖๑) เป็นครั้งแรกที่ศาลฎีกาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ได้วางหลักในการพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของผู้ใช้แรงงาน

บนแพลตฟอร์มดิจิทัลไว้ในคดี *Dynamex Operations West, Inc. vs. Superior Court of Los Angeles*^๔

บริษัท Dynamex Operations West (“บริษัท Dynamex”) เป็นบริษัท ที่ให้บริการขนส่งพัสดุแบบด่วนที่รับประกันว่าสามารถส่งพัสดุถึงมือผู้รับได้ภายในวันเดียว มีลูกค้าประจำเป็นบริษัทใหญ่ ๆ อย่างเช่น Office Depot และ Home Depot โดยก่อนปี ค.ศ. ๒๐๐๔ (พ.ศ. ๒๕๔๗) บริษัท Dynamex ถือว่าคนขับรถที่รับงานขนส่งพัสดุให้บริษัท มีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” (employees) มีสิทธิได้รับการค่าจ้างขั้นต่ำและต้องทำงานไม่เกินจำนวน ชั่วโมงที่กฎหมายกำหนด แต่ตั้งแต่ ค.ศ. ๒๐๐๔ เป็นต้นมา บริษัท Dynamex ได้เปลี่ยนนโยบาย มาถือว่าคนขับรถเหล่านี้เป็น “ผู้รับจ้างอิสระ” (independent contractors) เพื่อลดค่าใช้จ่าย ผู้ที่ต้องการรับงานขนส่งพัสดุของบริษัท Dynamex จึงต้องมีพาหนะที่ใช้ในการขนส่งพัสดุ และต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เช่น ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าน้ำมัน ค่าซ่อมแซมพาหนะ ค่าประกันภัยอุบัติเหตุ รวมไปถึงภาษีอื่น ๆ ด้วยตัวเอง

ในคดีนี้ โจทก์ซึ่งเป็นคนขับรถที่รับงานขนส่งพัสดุของบริษัท Dynamex ได้เป็น ตัวแทนในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ฟ้องบริษัท Dynamex ว่าบริษัท Dynamex จงใจจัดแรงงาน ผิดประเภท (misclassification) เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายแรงงาน อันได้แก่ มาตรา ๑๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (ว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์)^๕ ประมวลกฎหมายแรงงาน^๖ และคำสั่งคณะกรรมการสวัสดิการแรงงานภาคอุตสาหกรรม เรื่องค่าจ้างขั้นต่ำ^๗ (ฉบับที่ ๙) (Industrial Welfare Commission Wage Order No.9) โดยถือว่าคนขับรถที่รับงานขนส่งพัสดุ มิใช่ “ลูกจ้าง” แต่เป็น “ผู้รับจ้างอิสระ” การหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงานดังกล่าวยังทำให้บริษัท Dynamex ถูกฟ้องในข้อหาดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมและไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unfair

^๔ *Dynamex Operations W. v. Superior Court* - 4 Cal. 5th 903, 232 Cal. Rptr. 3d 1, 416 P.3d 1 (2018).

^๕ California Constitution, Article XIV Labor Relations.

Section 1. The Legislature may provide for minimum wages and for the general welfare of employees and for those purposes may confer on a commission legislative, executive, and judicial powers. (Sec. 1 added June 8, 1976, by Prop. 13. Res.Ch. 5, 1976.).

^๖ Labour Code, Section 1173, Section 1178, Section 1178.5, Section 1182, Section 1185.

^๗ อัตราค่าจ้างขั้นต่ำของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (มีผลใช้บังคับวันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๒๑) (พ.ศ. ๒๕๖๔) กำหนดไว้ที่ชั่วโมงละ ๑๓ ดอลลาร์สหรัฐสำหรับสถานประกอบการที่มีลูกจ้างไม่เกิน ๒๕ คน และชั่วโมงละ ๑๔ ดอลลาร์สหรัฐสำหรับสถานประกอบการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ ๒๖ คนขึ้นไป; โปรดดู California Minimum Wage Effective January 1, 2021. https://www.dir.ca.gov/dlse/faq_minimumwage.htm

and unlawful business practices) ตามมาตรา ๑๗๒๐๐^๘ แห่งประมวลกฎหมายธุรกิจ และการประกอบอาชีพ (Business and Professions Code) ด้วย

ในคดีนี้ศาลฎีกาได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ที่ได้พิพากษาว่า การที่บริษัท Dynamex จัดประเภทผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลว่า มิใช่ “ลูกจ้าง” แต่เป็น “ผู้รับจ้างอิสระ” นั้น ศาลฎีกาได้พิจารณาประวัติศาสตร์และเจตนารมณ์ ของกฎหมายแรงงานแคลิฟอร์เนียประกอบกันแล้ว เห็นสมควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ของบริษัท แพลตฟอร์มดิจิทัลผู้ว่าจ้าง (hiring entity) ที่จะต้องพิสูจน์ว่าผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล คนนั้นเป็นแรงงานประเภท “ผู้รับจ้างอิสระ” ที่ไม่ประสงค์จะอยู่ภายใต้กฎหมายแรงงานที่ให้การ ค้ำครองขั้นต่ำ กล่าวคือ โดยหลักแล้ว กฎหมายสันนิษฐานว่าผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล ซึ่งรับงานผ่านแอปพลิเคชันมีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัล แต่บทสันนิษฐานนี้ มิใช่บทสันนิษฐานเด็ดขาด ซึ่งศาลฎีกาเห็นควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัล ในการพิสูจน์ มิใช่ให้เป็นหน้าที่ของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยการทำแบบทดสอบ มาตรฐานการทำงาน ๓ ประการ (the “suffer or permit to work” standard: the ABC test)^๙ เพื่อแสดงให้เห็นถึง “ปัจจัยและสภาพแวดล้อมต่าง ๆ” (“multifactor”^{๑๐}, all the circumstances)

^๘ Business and Professions Code.

Section 17200. As used in this chapter, unfair competition shall mean and include any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice and unfair, deceptive, untrue or misleading advertising and any act prohibited by Chapter 1 (commencing with Section 17500) of Part 3 of Division 7 of the Business and Professions Code. (Amended by Stats. 1992, Ch. 430, Sec. 2. Effective January 1, 1993.).

^๙ Yellow Cab Cooperative, Inc. v. Workers’ Compensation Appeals Board (1991) 226 Cal.App.3d 1288.; Labor Commissioner’s Office Opinion Letter May 3, 2019, Re: Application of the “ABC” Test to Claims Arising Under Wage Orders.

ดูประกอบ <https://www.dir.ca.gov/dlse/opinions/2019-05-03.pdf>

^{๑๐} “The Borello test” in S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations (1989) 48 Cal.3d 341; ศาลฎีกาแคลิฟอร์เนียได้วางหลักเกณฑ์ “the Borello test” ในคดี S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations (1989) 48 Cal.3d 341. ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้สำหรับ พิจารณาว่าผู้ใช้แรงงานดังกล่าวเป็นลูกจ้างหรือเป็นผู้รับจ้างอิสระ แต่ The Borello test จะแตกต่างกับ The ABC Test ตรงที่ The Borello test จะพิจารณาปัจจัยหลาย ๆ ประการ (multifactor) ประกอบกันรวมถึง ความเป็นไปได้ของผู้ว่าจ้างที่จะมีอำนาจควบคุมเหนือรายละเอียดและวิธีการที่ผู้รับจ้างต้องปฏิบัติงานให้สำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม ศาลในคดีนี้ไม่ได้กำหนดปัจจัยที่ตายตัวในการพิจารณา (no single factor) แต่ศาลจะพิจารณาความเป็นไปได้ทุกประการ (circumstances) เป็นรายกรณีไป (on case-by-case basis) โดยคำนึงถึงลักษณะของงาน ข้อตกลงทั้งหมดระหว่างคู่สัญญา และเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ (เอ) ผู้ใช้แรงงานดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือสั่งการของบริษัทผู้ว่าจ้างในการปฏิบัติงาน ไม่ว่าจะปฏิบัติตามข้อสัญญาหรือตามความเป็นจริง (บี) ผู้ใช้แรงงานดังกล่าวไม่ได้ทำงานภายใต้กรอบการดำเนินธุรกิจตามปกติของบริษัทผู้ว่าจ้าง และ (ซี) ผู้ใช้แรงงานดังกล่าวสามารถที่จะรับงานหรือประกอบธุรกิจที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับงานที่รับมาทำได้ นอกจากนี้ การที่ผู้ว่าจ้างใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียวให้ผู้รับจ้างทำสัญญาโดยในสัญญาเรียกผู้รับจ้างว่า “ผู้รับจ้างอิสระ” หรือกำหนดเป็นเงื่อนไขว่าหากประสงค์จะใช้แอปพลิเคชันของบริษัท ผู้รับจ้างจะต้องลงนามในฐานะ “ผู้รับจ้างอิสระ” และไม่ถือว่าเป็น “ลูกจ้าง” ของบริษัทแต่อย่างใด นั้น ไม่ส่งผลต่อสถานะตามกฎหมายแรงงานของผู้รับจ้าง ศาลฎีกาเน้นย้ำว่า การพิจารณาว่าผู้ใช้แรงงานดังกล่าวเป็นลูกจ้างหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของข้อตกลงและบริบทในการทำงานตามความเป็นจริง ดังนั้น จึงเป็นภาระของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลที่จะต้องพิสูจน์ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น หากบริษัทสามารถแสดงให้ศาลเห็นถึงปัจจัยทั้งสามประการที่กล่าวมานี้ ผู้ใช้แรงงานดังกล่าวจึงจะถือว่าเป็น “ผู้รับจ้างอิสระ” ที่บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่ต้องให้สิทธิประโยชน์ขั้นต่ำตามกฎหมายแรงงาน

หลังจากที่ศาลฎีกาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีคำพิพากษาในคดี *Dynamex Operations West, Inc.* ผู้ว่าการมลรัฐแคลิฟอร์เนีย Gavin Newsom ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแรงงาน (แก้ไขปรับปรุงมาตรา ๓๓๕๑ และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๒๗๕๐.๓) และแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายประกันสังคมกรณีว่างงาน (มาตรา ๖๐๖.๕ และมาตรา ๖๒๑) โดยการตรากฎหมาย Assembly Bill No. 5 ว่าด้วยสถานะของแรงงาน (AB-5 Worker status: employees and independent contractors), Chapter 296^{๑๑} ลงวันที่ ๑๘ กันยายน ค.ศ. ๒๐๑๙ (พ.ศ. ๒๕๖๒) และนำหลักเกณฑ์ตาม “แบบทดสอบเอบีซี” (“the ABC test”) จากคดี *Dynamex* มากำหนดเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย ซึ่งกฎหมาย AB-5 Worker status ฉบับนี้มีชื่อเรียกอย่างไม่เป็นทางการว่า “กฎหมายฟรีแลนซ์” (“the Gig Worker Bill”) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๒๐ (พ.ศ. ๒๕๖๓) มีสาระสำคัญเป็นการจัดประเภทของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลให้เป็น “ลูกจ้าง” ตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เว้นเสียแต่ว่าผู้ว่าจ้างสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าแรงงานดังกล่าวเป็นเพียง “ผู้รับจ้างอิสระ” โดยได้กำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับแรงงานบางประเภท กฎหมายฉบับนี้จึงส่งผลให้ผู้ใช้งานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลในมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานอย่างเป็นรูปธรรม

^{๑๑} Assembly Bill No. 5, Chapter 296, An act to amend Section 3351 of, and to add Section 2750.3 to, the Labor Code, and to amend Sections 606.5 and 621 of the Unemployment Insurance Code, relating to employment, and making an appropriation therefor. https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=2019202000AB5

ต่อมาในเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. ๒๐๒๐ คณะกรรมการแรงงานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Labor Commissioner)^{๑๒} ได้ฟ้องคดีบริษัท Uber กับบริษัท Lyft^{๑๓} ซึ่งเป็นบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ที่ให้บริการขนส่งผู้โดยสารสาธารณะในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (ride-hailing business) ข้อหา “ขโมยเงินค่าจ้างของลูกจ้าง” (Wage Theft) เนื่องจากบริษัท Uber กับบริษัท Lyft ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย Assembly Bill No. 5 ว่าด้วยสถานะของแรงงาน โดย “เจตนาจัดแรงงานให้ไม่อยู่ในประเภทที่ถูกต้อง” (willful misclassification)^{๑๔} ซึ่งความผิดนี้มีระวางโทษปรับทางแพ่งระหว่าง ๕,๐๐๐ ถึง ๒๕,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒๒๖.๘^{๑๕}

^{๑๒} สำนักงานคณะกรรมการแรงงานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (Labor Commissioner's Office) หรือ Division of Labor Standards Enforcement (DLSE) มีหน้าที่และอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายแรงงานในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เพื่อสร้างคามยุติธรรมในทางเศรษฐกิจ โดยการปรามปรามการให้เงินค่าจ้างต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด (wage theft) ปกป้องแรงงานจากการตอบโต้อย่างไม่เป็นธรรมของนายจ้าง ให้การศึกษาแก่ผู้ใช้แรงงานและประชาชนทั่วไป และส่งเสริมให้ผู้ใช้แรงงานมีอำนาจการเจรจาต่อรองเท่าเทียมกับนายจ้างในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพการจ้าง; โปรดดู <https://www.dir.ca.gov/dlse/>.

^{๑๓} คดีนี้มีอัยการสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นโจทก์ฟ้องบริษัท Uber กับบริษัท Lyft โดยมีอัยการเมืองลอสแอนเจลิส ซานดิเอโก และซานฟรานซิสโก เข้าร่วมเป็นโจทก์ด้วย

^{๑๔} “เจตนาจัดแรงงานให้ไม่อยู่ในประเภทที่ถูกต้อง” (willful misclassification) หมายถึง การจัดประเภทแรงงานโดยสมัครใจและโดยรู้ว่าแรงงานนั้นต้องเป็นลูกจ้าง ไม่ใช่ผู้รับจ้างอิสระ

^{๑๕} California Labor Code, Section 226.8

(a) It is unlawful for any person or employer to engage in any of the following activities:

(1) Willful misclassification of an individual as an independent contractor.

(2) Charging an individual who has been willfully misclassified as an independent contractor a fee, or making any deductions from compensation, for any purpose, including for goods, materials, space rental, services, government licenses, repairs, equipment maintenance, or fines arising from the individual's employment where any of the acts described in this paragraph would have violated the law if the individual had not been misclassified.

(b) If the Labor and Workforce Development Agency or a court issues a determination that a person or employer has engaged in any of the enumerated violations of subdivision (a), the person or employer shall be subject to a civil penalty of not less than five thousand dollars (\$5,000) and not more than fifteen thousand dollars (\$15,000) for each violation, in addition to any other penalties or fines permitted by law.

(c) If the Labor and Workforce Development Agency or a court issues a determination that a person or employer has engaged in any of the enumerated violations of subdivision (a) and the person or employer has engaged in or is engaging in a pattern or practice

แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน คณะกรรมการคุ้มครองแรงงานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียเห็นว่า บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลเหล่านี้ใช้อำนาจในการบังคับบัญชาและควบคุมการทำงานของผู้ใช้แรงงาน^{๑๖} และไม่ได้ทำหน้าที่เป็นเพียง “ตลาดเสมือน” (virtual marketplaces) เท่านั้นตามที่บริษัทแพลตฟอร์มกล่าวอ้าง การจงใจจัดผู้ใช้แรงงานที่เข้าลักษณะเป็น “ลูกจ้าง” ให้เป็นเพียง “ผู้รับจ้างอิสระ” ย่อมทำให้ผู้ใช้แรงงานเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายแรงงาน

ในคดีนี้ ศาลฎีกาแคลิฟอร์เนียได้มีคำสั่งยกฎีกาของบริษัท Uber กับบริษัท Lyft ซึ่งเท่ากับว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แคลิฟอร์เนียที่พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นเป็นที่สุด ดังนั้น ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลที่รับงานผ่านแอปพลิเคชันของบริษัท Uber กับบริษัท Lyft จึงมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” และบริษัททั้งสองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย Assembly Bill No. 5 ว่าด้วยสถานะของแรงงานด้วย กล่าวคือ ผู้รับจ้างขับรถผ่านแอปพลิเคชันของบริษัท Uber กับบริษัท Lyft จะรับการคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ตามกฎหมายแรงงานเท่ากับพนักงานของบริษัท Uber กับบริษัท Lyft คนอื่น ๆ เช่น จำนวนชั่วโมงในการทำงาน เงินค่าจ้างล่วงเวลา เงินค่าชดเชยกรณีเลิกจ้าง เงินค่าทดแทนกรณีว่างงาน สิทธิการรักษาพยาบาล สิทธิในการลา และประกันสุขภาพ เป็นต้น นอกจากนี้ คนขับรถ Uber และ Lyft ในฐานะ “ลูกจ้าง” ยังมีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการคุ้มครองแรงงานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียเพื่อให้มีคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติตามกฎหมายหรือระงับข้อพิพาทระหว่างนายจ้างและลูกจ้างได้ ในขณะที่ “ผู้รับจ้างอิสระ” ไม่สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการคุ้มครองแรงงานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ แต่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลชั้นต้นโดยตรงในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาจ้าง

ต่อมา เพื่อลดแรงกดดันจากบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย^{๑๗} รัฐสภาแคลิฟอร์เนียจึงได้ตรา “กฎหมายฉบับที่ ๒๒๕๗ ว่าด้วยประเภทของแรงงานที่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับที่ ๕” (Assembly Bill 2257:

of these violations, the person or employer shall be subject to a civil penalty of not less than ten thousand dollars (\$10,000) and not more than twenty-five thousand dollars (\$25,000) for each violation, in addition to any other penalties or fines permitted by law.

,etc.

^{๑๖} หนังสือคณะกรรมการคุ้มครองแรงงานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ลงวันที่ ๕ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๒๐ (พ.ศ. ๒๕๖๓) ถึงคนขับรถของบริษัท Uber และ Lyft ที่ได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการฯ แจ้งว่า คณะกรรมการฯ จะดำเนินการฟ้องบริษัท Uber และ Lyft ขอให้ฝ่าฝืนประมวลกฎหมายแรงงาน

โปรดดู <https://www.dir.ca.gov/dlse/Lawsuit-UL/Ltr-Wage-Claimants-Ube-Lyft-852020.pdf>

^{๑๗} เช่น บริษัท Uber บริษัท Lyft บริษัท Doordash เป็นต้น

Exempts Many Workers From AB5)^{๑๘} โดยผู้ว่าการมลรัฐได้ลงนามเพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ ๔ กันยายน ค.ศ. ๒๐๒๐ (พ.ศ. ๒๕๕๓) ซึ่งมีผลใช้บังคับทันที กฎหมายฉบับที่ ๒๒๕๗ นี้ได้ทบทวนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล รวมทั้งกำหนดประเภทของผู้ใช้แรงงานที่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับที่ ๕ โดยประเภทของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลที่สำคัญที่ได้รับการสนับสนุนว่าไม่ใช่ “ลูกจ้าง” เว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น เช่น นักเขียนอิสระ ช่างวิดีโอ ช่างภาพ นักแปล ศิลปิน นักร้อง นักแสดง เป็นต้น แต่ไม่ว่าอย่างไร กฎหมายใหม่นี้ยังคงถือว่าคนขับรถ Uber และ Lyft เป็น “ลูกจ้าง” ของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัล ซึ่งยังคงสร้างความไม่พอใจให้กับบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลอย่างมาก

บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่เหล่านี้จึงได้รวมตัวกันรณรงค์ผลักดัน^{๑๙} “ข้อเสนอแคลิฟอร์เนีย ๒๒” (“California Proposition 22”)^{๒๐} เพื่อแก้ไขกฎหมายแรงงานแคลิฟอร์เนียให้คนขับรถ Uber และ Lyft มีสถานะเป็นเพียง “ผู้รับจ้างขับรถอิสระ” ที่บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบดูแลในฐานะลูกจ้าง อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลยังคงเป็นเพียง “ผู้รับจ้างขับรถอิสระ” และไม่ใช่ “ลูกจ้าง” ของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลก็ตาม ข้อเสนอฉบับนี้ก็ให้สิทธิผู้รับจ้างขับรถอิสระที่จะได้รับการคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ใน “ช่วงเวลาที่ขับรถ” (“engaged time”) เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าประกันอุบัติเหตุ และค่าประกันชีวิต เป็นต้น รวมทั้งกำหนดให้ได้รับค่าจ้างขับรถในอัตราสูงกว่าค่าแรงขั้นต่ำถึงร้อยละ ๒๐ และให้มีสิทธิเบิกค่าบำรุงรักษาพาหนะ และค่าเดินทางไม่เกินอัตราที่กำหนดได้ด้วย ซึ่งอัตราเหล่านี้กำหนดขึ้นเป็นการเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายแรงงานปัจจุบัน ข้อเสนอดังกล่าวได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากการทำประชามติถึงร้อยละ ๕๙ ของชาวแคลิฟอร์เนียที่มาลงคะแนนเสียงในวันที่ ๓ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๒๐

^{๑๘} Assembly Bill No. 2257, Chapter 38, An act to add Article 1.5 (commencing with Section 2775) to Chapter 2 of Division 3 of, and to repeal Section 2750.3 of, the Labor Code, and to amend Sections 17020.12 and 23045.6 of, and to add Sections 18406, 21003.5, and 61001 to, the Revenue and Taxation Code, relating to employment, and declaring the urgency thereof, to take effect immediately. [Approved by Governor, September 04, 2020.]

โปรดดู https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB2257

^{๑๙} การรณรงค์นี้เป็นการรณรงค์เพื่อผลักดันร่างกฎหมายที่ใหญ่และใช้เงินจำนวนมากที่สุดในประวัติศาสตร์การออกกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย.

โปรดดู https://ballotpedia.org/California_2020_ballot_propositions

^{๒๐} Text of proposed law: California Proposition 22.

โปรดดู <https://vig.cdn.sos.ca.gov/2020/general/pdf/topl-prop22.pdf>

และด้วยผลของกฎหมายฉบับนี้ ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลประเภทคนขับรถจึงได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแรงงานทั่วไป อันได้แก่ ประมวลกฎหมายแรงงานแคลิฟอร์เนีย (the California Labor Code) ประมวลกฎหมายประกันการว่างงาน (the Unemployment Insurance Code) และคำสั่งคณะกรรมการสวัสดิการภาคอุตสาหกรรม เรื่อง ค่าจ้างขั้นต่ำ (the Industrial Welfare Commission's Wage Orders) อีกต่อไป กฎหมายฉบับนี้จึงนับเป็นการพบกันครั้งแรกทางระหว่างบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลและผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล

หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ “ข้อเสนอแคลิฟอร์เนีย ๒๒” เป็นกฎหมายได้ไม่นาน เมื่อวันที่ ๑๒ มกราคม ค.ศ. ๒๐๒๑ (ค.ศ. ๒๕๖๔) ประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียที่ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายดังกล่าว ก็ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลฎีกาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามข้อเสนอแคลิฟอร์เนีย ๒๒ ที่กำหนดให้ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่อยู่ภายใต้กฎหมายแรงงานทั่วไป และตรวจสอบด้วยการทำประชาติของข้อเสนอดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยให้เหตุผลประการแรกว่านอกจากกฎหมายฉบับนี้จะลดทอนการคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ตามกฎหมายแรงงานแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังขัดกับมาตรา ๑๔ วรรคสี่^{๒๑} ของรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียด้วย เนื่องจากมาตรการ

^{๒๑} Section 4 of Article XIV of the California Constitution

§ 1. The Legislature is hereby expressly vested with plenary power, unlimited by any provision of this Constitution, to create, and enforce a complete system of workers' compensation, by appropriate legislation, and in that behalf to create and enforce a liability on the part of any or all persons to compensate any or all of their workers for injury or disability, and their dependents for death incurred or sustained by the said workers in the course of their employment, irrespective of the fault of any party. A complete system of workers' compensation includes adequate provisions for the comfort, health and safety and general welfare of any and all workers and those dependent upon them for support to the extent of relieving from the consequences of any injury or death incurred or sustained by workers in the course of their employment, irrespective of the fault of any party; also full provision for securing safety in places of employment; full provision for such medical, surgical, hospital and other remedial treatment as is requisite to cure and relieve from the effects of such injury; full provision for adequate insurance coverage against liability to pay or furnish compensation; full provision for regulating such insurance coverage in all its aspects, including the establishment and management of a state compensation insurance fund; full provision for otherwise securing the payment of compensation; and full provision for vesting power, authority and jurisdiction in an administrative body with all the requisite governmental functions to determine any dispute or matter arising under such legislation, to the end that

ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทนในการทำงานของแรงงานทั้งระบบ (a complete system of workers' compensation) ซึ่งโดยหลักแล้วในการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแรงงานนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะแก้ไขได้เป็นการทั่วไป ประการที่สอง ข้อเสนอแคลิฟอร์เนีย ๒๒ ยังเป็นการทำประชามติร่างกฎหมายที่มีแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในหลายประเด็น ซึ่งขัดกับหลัก “หนึ่งประเด็น หนึ่งประชามติ” (“single-subject rule”) ตามบทบัญญัติมาตรา ๒ วรรคสอง^{๒๒} และวรรคแปด^{๒๓} ของรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียด้วย ในที่สุดในวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๒๑ (พ.ศ. ๒๕๖๔) ที่ผ่านมา ศาลฎีกาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีคำสั่งไม่รับพิจารณาคำร้องดังกล่าว^{๒๔} ส่งผลให้กฎหมายตามข้อเสนอแคลิฟอร์เนีย ๒๒ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับต่อไป

อย่างไรก็ดี เนื่องจากกฎหมายแรงงานเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลของแต่ละมลรัฐในสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกัน ดังนั้น การรับงานผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลจึงจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายแรงงานของมลรัฐนั้น ๆ ด้วย เนื่องจากแรงงานคนหนึ่งอาจมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” ตามกฎหมายแรงงานของมลรัฐหนึ่ง แต่เป็น “ผู้รับจ้างอิสระ” ตามกฎหมายแรงงานของอีกมลรัฐหนึ่งก็ได้ ขณะนี้มีมลรัฐอื่น ๆ เช่นกันที่กำลังพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล เช่น มลรัฐอิลลินอยส์ มลรัฐนิวยอร์ก เป็นต้น

the administration of such legislation shall accomplish substantial justice in all cases expeditiously, inexpensively, and without incumbrance of any character; all of which matters are expressly declared to be the social public policy of this State, binding upon all departments of the state government.

^{๒๒} California Constitution, Article 2, Section 2:

(a) A United States citizen 18 years of age and resident in this State may vote.
 ,etc.

^{๒๓} California Constitution, Article 2, Section 8:

(a) The initiative is the power of the electors to propose statutes and amendments to the Constitution and to adopt or reject them.
 ,etc

(d) An initiative measure embracing more than one subject may not be submitted to the electors or have any effect. (*The single-subject rule*)
 ,etc

^{๒๔} *Castellanos v. State of California*, 3 Feb 2021, Division SF, Case No. S266551.

๒.๒ สหราชอาณาจักร

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๖ (พ.ศ. ๒๕๕๙)^{๒๕} นาย Aslam และพวกซึ่งเป็นคนขับรถรับจ้างอิสระผ่านแอปพลิเคชัน Uber ในสมาร์ทโฟน ได้เป็นโจทก์ฟ้องบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัล Uber BV เนเธอร์แลนด์^{๒๖} ต่อศาลแรงงานกลางของสหราชอาณาจักร (Employment Tribunal) เพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่า นาย Aslam และพวกมีฐานะเป็น “ผู้ใช้แรงงาน” (workers) ของบริษัท Uber BV เนเธอร์แลนด์หรือไม่ ศาลแรงงานกลางพิจารณาคำว่า “ผู้ใช้แรงงาน” ตามมาตรา ๒๓๐ (๓) แห่งพระบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ๑๙๙๖^{๒๗} และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องแล้ว เห็นว่า คำว่า “ผู้ใช้แรงงาน” มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ลูกจ้าง” (employees)^{๒๘} โดยคำว่า “ลูกจ้าง” หมายความว่าบุคคลที่ได้รับการว่าจ้างให้ทำงานภายใต้ “สัญญาจ้างแรงงาน” (a contract of employment) เท่านั้น ในขณะที่คำว่า “ผู้ใช้แรงงาน” หมายความว่าบุคคลที่รับจ้างอิสระ (self-employed) ที่รับจ้างทำงานโดยมิได้ทำสัญญาในลักษณะสัญญาจ้างแรงงานด้วย ดังนั้น ศาลแรงงานกลางจึงวินิจฉัยว่า นาย Aslam และพวกทำงานภายใต้ “สัญญาผู้ใช้แรงงาน” (worker’s contract) ให้แก่บริษัท Uber London ส่งผลให้บริษัทจะต้องจ่ายค่าแรงในอัตราค่าจ้างขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนดด้วย โดย “สัญญาผู้ใช้แรงงาน” (worker’s contract) นี้ดูเหมือนจะเป็นสัญญาแรงงานอีกประเภทหนึ่งที่อยู่ตรงกลางระหว่างพนักงานของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้รับเหมาอิสระ ตามแนวทางการใช้คำว่า

^{๒๕} ในช่วงปี ค.ศ. ๒๐๑๖ (พ.ศ. ๒๕๕๙) มีคนขับ Uber ในสหราชอาณาจักรประมาณ ๔๐,๐๐๐ คน โดย ๓ ใน ๔ ของทั้งหมดให้บริการขับ Uber ในเมืองหลวง กรุงลอนดอน

^{๒๖} บริษัท Uber BV เนเธอร์แลนด์ บริหารงานผ่านบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัล Uber London ซึ่งเป็นบริษัทสาขา (subsidiary licensed) ที่ตั้งอยู่ที่กรุงลอนดอน

^{๒๗} Section 230 (3) of the Employment Rights Act 1996

In this Act “worker” (except in the phrases “shop worker” and “betting worker”) means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under)—

(a) a contract of employment, or

(b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual;

^{๒๘} Section 230 (1) of the Employment Rights Act 1996

In this Act “employee” means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a contract of employment.

“ผู้ใช้แรงงาน” (workers) ซึ่งเป็นคำรวมของผู้ใช้แรงงานทั้งหมดที่ใช้ในอนุสัญญาต่าง ๆ ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ^{๒๙} โดยไม่แบ่งแยกว่าผู้ใช้แรงงานนั้นอยู่ภายใต้สัญญาจ้างแรงงานหรือไม่

บริษัท Uber BV ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลแรงงานกลาง จึงได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แผนกคดีแรงงาน (Employment Appeal Tribunal) ซึ่งศาลอุทธรณ์แผนกคดีแรงงานได้ยกคำร้องอุทธรณ์ของบริษัท Uber BV

บริษัท Uber BV จึงได้ยื่นฎีกาต่อศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักร ศาลฎีกาได้ตัดสินคดี *Uber BV and Others (Appellants) v. Aslam and Others (Respondents) [2021]*^{๓๐} โดยได้กำหนดประเด็นปัญหาทางกฎหมาย ๒ ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่ ๑ คนขับ Uber ถือเป็น “ผู้ใช้แรงงาน” (workers) ของบริษัท Uber BV ตามกฎหมายแรงงานของสหราชอาณาจักร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างขั้นต่ำรายวัน สิทธิที่จะมีวันหยุดวันลาประจำปี โดยได้รับค่าจ้าง หรือสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่น ๆ หรือไม่

บริษัท Uber BV เห็นว่าคนขับ Uber ไม่เป็น “ผู้ใช้แรงงาน” ของบริษัท เนื่องจากบริษัท Uber BV ทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล (technology provider) โดยมีบริษัท Uber London เป็นบริษัทสาขาที่ทำหน้าที่เป็นเพียง “ตัวแทนจองรถ” (booking agent) ให้กับผู้โดยสารที่ต้องการใช้บริการคนขับ Uber และทำหน้าที่เป็นเพียง “ตัวแทนทวงหนี้” ให้กับคนขับ Uber เท่านั้น เมื่อผู้โดยสารจองรถผ่านแอปพลิเคชัน Uber และคนขับ Uber ตอรับข้อเสนอของผู้โดยสารดังกล่าว สัญญารับขน (transportation service agreement) ก็จะเกิดขึ้นระหว่างผู้โดยสารกับคนขับ Uber โดยตรง มิได้มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างผู้โดยสารกับบริษัท Uber BV แต่อย่างใด แอปพลิเคชัน Uber ทำหน้าที่เพียง (๑) คำนวณอัตราค่าโดยสารที่ผู้โดยสารต้องจ่ายให้แก่คนขับ Uber (๒) หักค่าธรรมเนียมการใช้แอปพลิเคชัน (service fee)^{๓๑} และ (๓) จ่ายเงินค่าโดยสารหลังจากค่าธรรมเนียมให้แก่คนขับ Uber ในการนี้ บริษัท Uber BV อ้างว่า คนขับ Uber ได้ทำสัญญากับบริษัท Uber BV เพื่อใช้บริการแอปพลิเคชัน และจะต้องเสียค่าธรรมเนียมเพื่อการใช้บริการนั้น โดยคนขับ Uber มีอิสระที่จะขับรับจ้างให้แก่ผู้โดยสารหรือไม่ เพียงใด และในเวลาที่ได้ บริษัท Uber BV ไม่สามารถออกคำสั่งใด ๆ

^{๒๙} อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ โปรดดู <https://www.ilo.org>

^{๓๐} *Uber BV and Others (Appellants) v. Aslam and Others (Respondents) [2021]*, UKSC 5 On appeal from [2018] EWCA Civ 2648 [UKSC 2019/0029]

^{๓๑} ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ คนขับ Uber ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมการใช้แอปพลิเคชัน Uber ให้บริษัท Uber BV ในอัตราร้อยละ ๒๐ ของค่าโดยสารแต่ละครั้ง

ต่อคนขับ Uber ให้ต้องทำงานได้ ดังนั้น คนขับ Uber จึงเป็น “ผู้รับจ้างอิสระ” (independent contractors) มิได้เป็น “ผู้ใช้แรงงาน” ที่บริษัท Uber BV จะต้องจัดให้คนขับ Uber ได้รับสิทธิตามกฎหมายแรงงานแต่อย่างใด

ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาไม่เห็นด้วยกับข้อเถียงของบริษัท Uber BV โดยเห็นว่า ด้วยเหตุที่ไม่มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างบริษัท Uber BV กับคนขับ Uber การพิจารณาว่าความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบริษัท Uber BV กับคนขับ Uber เป็นเช่นไร กล่าวคือ คนขับ Uber ถือเป็น “ผู้ใช้แรงงาน” ของบริษัท Uber BV หรือไม่ ต้องอนุมานจาก ลักษณะความสัมพันธ์ของคู่สัญญาประกอบกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแรงงาน กฎหมายแรงงาน มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ใช้แรงงานที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าและไม่สามารถเจรจาต่อรอง สภาพการจ้างของตนเองกับผู้ว่าจ้าง (employers)^{๓๒} ที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าได้ ดังนั้น กฎหมายแรงงานจึงห้ามมิให้ผู้ว่าจ้างทำสัญญาจ้างที่ให้ค่าตอบแทนและสิทธิประโยชน์ต่อผู้ใช้แรงงาน ต่ำกว่าที่กฎหมายคุ้มครอง

ศาลฎีกาพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลแรงงานกลางที่ได้ใช้หลักเกณฑ์ ในการพิจารณาว่า คนขับ Uber ถือเป็น “ผู้ใช้แรงงาน” ของบริษัท Uber BV ๕ ประการ ดังนี้

(๑) เมื่อผู้โดยสารจอร์จผ่านแอปพลิเคชัน Uber บริษัท Uber BV จะเป็น ผู้กำหนดค่าโดยสาร โดยคนขับ Uber ไม่สามารถเก็บค่าโดยสารแพงกว่าอัตราที่แอปพลิเคชัน Uber ระบุได้ ดังนั้น บริษัท Uber BV จึงเป็นผู้กำหนดอัตราค่าจ้างของคนขับ Uber

(๒) คนขับ Uber จะต้องทำสัญญาที่มีเงื่อนไขตามที่บริษัท Uber BV กำหนดเท่านั้น โดยไม่สามารถเจรจาต่อรองแก้ไขสัญญาได้

(๓) ทันทีที่คนขับ Uber เปิดระบบแอปพลิเคชัน Uber คนขับ Uber จะถูกจำกัดสิทธิในการเลือกรับผู้โดยสาร แอปพลิเคชัน Uber จะคอยตรวจสอบอัตราการตอบรับ หรือการปฏิเสธผู้โดยสารของคนขับ Uber และจะลงโทษหากคนขับ Uber ปฏิเสธงานหรือยกเลิกงานเป็นจำนวนครั้งมากกว่าที่บริษัท Uber BV ได้กำหนดไว้ โดยการปิดระบบแอปพลิเคชันเพื่อไม่ให้ คนขับคนนั้นมีสิทธิได้รับงานเป็นเวลา ๑๐ นาที จึงจะเปิดระบบให้กลับเข้ามารับงานใหม่ได้

(๔) ทุกครั้งที่ผู้โดยสารใช้บริการ แอปพลิเคชัน Uber จะให้ผู้โดยสารให้คะแนน คนขับ Uber ระหว่าง ๑ ถึง ๕ คะแนน คนขับ Uber คนใดที่ไม่สามารถรักษามาตรฐานคะแนนเฉลี่ย เอาไว้ได้ จะได้รับการเตือน และถ้าคะแนนยังไม่ดีขึ้น คนขับคนนั้นก็จะถูกเลิกสัญญา และ

^{๓๒} Section 230 (4) of the Employment Rights Act 1996

In this Act “employer”, in relation to an employee or a worker, means the person by whom the employee or worker is (or, where the employment has ceased, was) employed.

(๕) บริษัท Uber BV จำกัดการติดต่อสื่อสารระหว่างคนขับ Uber กับผู้โดยสารให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อป้องกันมิให้คนขับสามารถสร้างสายสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้โดยสารในการที่จะเรียกใช้บริการคนขับ Uber โดยตรง

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า การให้บริการรับขนส่งผู้โดยสารของคนขับ Uber มิได้กระทำโดยอิสระ แต่ถูกกำหนดและควบคุมโดยบริษัท Uber แทบจะทุกขั้นตอน คนขับ Uber เป็นผู้ใช้แรงงานที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าบริษัท Uber ถึงขนาดที่คนขับ Uber ไม่มีทางที่จะยกระดับอาชีพและระดับทางเศรษฐกิจของตัวเองให้เป็นอิสระจากบริษัท Uber ได้เลย ทางเดียวที่คนขับ Uber จะได้รับเงินค่าจ้างมากขึ้นคือขับรถให้กับบริษัท Uber มากขึ้นตามเกณฑ์ที่บริษัท Uber กำหนด

นอกจากนี้ ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อผู้โดยสารทำการจองรถผ่านแอปพลิเคชัน Uber สัญญารับขนก็ได้เกิดขึ้นระหว่างบริษัท Uber London กับผู้โดยสาร ประกอบกับไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่าบริษัท Uber London ทำหน้าที่เป็น “ตัวแทน” ของคนขับ Uber ในลักษณะเดียวกับ “ตัวแทนจองโรงแรม” หรือ “ตัวแทนจองตั๋วเครื่องบิน” ที่ทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเพียงอย่างเดียว ส่วนสัญญาเช่าโรงแรมหรือสัญญาซื้อขายตัวเครื่องบินเกิดขึ้นระหว่างลูกค้ากับโรงแรมหรือสายการบินโดยตรง

ประเด็นที่ ๒ เนื่องจากคนขับ Uber ไม่ได้ทำงานให้กับบริษัท Uber BV เต็มเวลา ในเวลาใดบ้างจึงจะถือว่าคนขับ Uber เป็น “ผู้ใช้แรงงาน” (workers) ของบริษัท Uber BV และเวลาใดบ้างที่ถือเป็น “เวลาทำงาน” (working time) ของคนขับ Uber

ศาลฎีกาตัดสินยืนตามศาลแรงงานกลางว่า ช่วงเวลาที่คนขับ Uber ทำงานให้กับบริษัท Uber BV มิใช่เป็นเพียงช่วงที่กำลังขับรถส่งผู้โดยสารตามที่บริษัท Uber BV กล่าวอ้างเท่านั้น แต่ต้องเริ่มนับตั้งแต่เวลาที่คนขับ Uber เปิดแอปพลิเคชัน Uber เพื่อเข้าใช้ระบบ ณ เวลาที่เปิดระบบนั้น คนขับ Uber ได้อยู่ในเขตพื้นที่ที่ตนได้รับอนุญาตให้ให้บริการและพร้อมที่จะให้บริการทันทีที่แอปพลิเคชันร้องเตือนว่ามีผู้โดยสารต้องการใช้รถแล้ว จึงสรุปได้ว่า แนวทางของศาลฎีกาสหราชอาณาจักรเป็นการตัดสินไปในเชิงคุ้มครองผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลแต่ยังไม่มีมีการแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลแต่อย่างใด

๒.๓ สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา L.๗๓๔๑-๑ ถึง L.๗๓๔๑-๖ แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน^{๓๓} โดยรัฐบัญญัติฉบับที่ ๒๐๑๖-๑๐๘๘^{๓๔} ลงวันที่ ๘ สิงหาคม

^{๓๓} Titre IV. Travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique

^{๓๔} Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

ค.ศ. ๒๐๑๖ (พ.ศ. ๒๕๕๙) กำหนดว่า หากบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขการคิดค่าบริการหรือราคาสินค้า^{๓๕} บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้นมีหน้าที่ต้องจัดให้มีความคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ขั้นต่ำให้กับ “ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล” เช่น สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลที่เกิดจากการทำงานตามกฎหมายประกันสังคม^{๓๖} สิทธิที่จะได้รับการศึกษาเพื่อพัฒนาอาชีพและการโอนหน่วยกิตเพื่อให้ได้รับวุฒิการศึกษาที่สูงขึ้น^{๓๗} สิทธิที่จะรวมกลุ่มกันโดยชอบด้วยกฎหมายและปฏิเสธการให้บริการเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อเจรจาต่อรองหรือเรียกร้องให้แก้ไขปรับปรุงสภาพการจ้าง โดยบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่สามารถยกการกระทำดังกล่าวมาเป็นเหตุในการเลิกจ้างหรือลงโทษหรือให้ต้องรับผิดชอบตามสัญญาได้^{๓๘} รวมทั้งสิทธิในการ

^{๓๕} Code du Travail, Chapitre II « Responsabilité sociale des plateformes

Art. L. 7342-1.-Lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix, elle a, à l'égard des travailleurs concernés, une responsabilité sociale qui s'exerce dans les conditions prévues au présent chapitre.

^{๓๖} Art. L. 7342-2 du Code du Travail

Lorsque le travailleur souscrit une assurance couvrant le risque d'accidents du travail ou adhère à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail mentionnée à l'article L. 743-1 du code de la sécurité sociale, la plateforme prend en charge sa cotisation, dans la limite d'un plafond fixé par décret. Ce plafond ne peut être supérieur à la cotisation prévue au même article L. 743-1.

Le premier alinéa du présent article n'est pas applicable lorsque le travailleur adhère à un contrat collectif souscrit par la plateforme et comportant des garanties au moins équivalentes à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail mentionnée au premier alinéa, et que la cotisation à ce contrat est prise en charge par la plateforme.

^{๓๗} Art. L. 7342-3 du Code du Travail

Le travailleur bénéficie du droit d'accès à la formation professionnelle continue prévu à l'article L. 6312-2. La contribution à la formation professionnelle mentionnée à l'article L. 6331-48 est prise en charge par la plateforme.

Il bénéficie, à sa demande, de la validation des acquis de l'expérience mentionnée aux articles L. 6111-1 et L. 6411-1. La plateforme prend alors en charge les frais d'accompagnement et lui verse une indemnité dans des conditions définies par décret.

^{๓๘} Art. L. 7342-5 du Code du Travail

Les mouvements de refus concerté de fournir leurs services organisés par les travailleurs mentionnés à l'article L. 7341-1 en vue de défendre leurs revendications professionnelles ne peuvent, sauf abus, ni engager leur responsabilité contractuelle,

รวมกลุ่มกันจัดตั้งหรือเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานที่ดูแลผลประโยชน์ให้กลุ่มผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล^{๓๙} อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่ได้ไปไกลถึงขนาดยอมรับสถานะตามกฎหมายของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัล และยังมีได้กำหนดบทสันนิษฐานว่าผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นลูกจ้างหรือไม่ (presumption de non-salariat) แต่อย่างไร

ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานของฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยประเด็นสถานะทางกฎหมายของคนขับรถรับจ้างอิสระที่รับงานผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลครั้งแรกในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ (พ.ศ. ๒๕๖๑) **คดี Take Eat Easy**^{๔๐} ว่า คนขับรถจักรยานส่งอาหารผ่านแอปพลิเคชัน Take Eat Easy กับบริษัทแอปพลิเคชัน Take Eat Easy มีความสัมพันธ์กันในลักษณะนายจ้าง – ลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งคำพิพากษานี้ได้กลายเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ศาลล่างได้ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยในคดีต่อ ๆ มา

คดีนี้เริ่มต้นจากคนขับรถจักรยานส่งอาหารผ่านแอปพลิเคชัน Take Eat Easy เป็นโจทก์ฟ้องบริษัท Take Eat Easy เป็นจำเลยต่อศาลแรงงาน (Conseil de Prud'hommes) ซึ่งศาลแรงงานได้ยกฟ้อง โจทก์จึงได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์ก็ยกฟ้องอีกเช่นกัน โดยศาลแรงงานและศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลว่า คนขับรถส่งอาหารสามารถกำหนดตารางเวลาในการทำงานได้เองและสามารถเลือกหรือปฏิเสธงานได้ตามความสะดวกของตนเอง ทั้งยังไม่มีข้อสัญญาในการห้ามคนขับรถส่งอาหารมิให้ทำงานในลักษณะเดียวกันในเชิงแข่งขันกัน (lien d'exclusivité หรือ de non-concurrence) กับบริษัท Take Eat Easy ด้วย ดังนั้น คนขับรถ ส่งอาหารผ่านแอปพลิเคชัน Take Eat Easy จึงมิใช่ลูกจ้างของบริษัท Take Eat Easy

ระหว่างที่ศาลอุทธรณ์กำลังพิพากษาคดีดังกล่าว กิจการของบริษัท Take Eat Easy ประสบปัญหาจนศาลต้องมีคำสั่งให้ชำระบัญชี (la liquidation judiciaire de la société) ในการดำเนินการชำระบัญชี ผู้ชำระบัญชีได้ปฏิเสธที่จะนำหนี้ค่าจ้างของคนขับรถจักรยานส่งอาหารผ่านแอปพลิเคชัน Take Eat Easy เข้าไปรวมกับหนี้ที่บริษัทต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ด้วย โจทก์จึงได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานเพื่อให้วินิจฉัยว่า การทำงานของคนขับรถ

ni constituer un motif de rupture de leurs relations avec les plateformes, ni justifier de mesures les pénalisant dans l'exercice de leur activité.

^{๓๙} Art. L. 7342-6 du Code du Travail

Les travailleurs mentionnés à l'article L.7341-1 bénéficient du droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer et de faire valoir par son intermédiaire leurs intérêts collectifs. »

^{๔๐} Arrêt n°1737 du 28 novembre 2018 (17-20.079) - Cour de cassation - Chambre sociale.

จักรยานส่งอาหารผ่านแอปพลิเคชัน Take Eat Easy อยู่ภายใต้การบังคับบัญชา (lien de subordination) ของบริษัทแอปพลิเคชัน Take Eat Easy หรือไม่

ในการนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานได้พิจารณาความหมายของคำว่า “ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มออนไลน์” (opérateur de plateforme en ligne) ตามมาตรา L.๑๑๑-๗ I แห่งประมวลกฎหมายผู้บริโภค^{๔๑} โดย “ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มออนไลน์” หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใดที่ประกอบอาชีพให้บริการสื่อสารสาธารณะออนไลน์ เพื่อเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอื่นในการคัดเลือกสินค้าหรือบริการผ่านระบบชุดคำสั่งอัตโนมัติ (algorithm) ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ บริษัท Take Eat Easy ใช้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลและใช้แอปพลิเคชันเป็นตัวกลางในการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างร้านอาหารในเครือ (des restaurateurs partenaires) ลูกค้าที่สั่งอาหารผ่านแพลตฟอร์ม (des clients) และคนขับรถจักรยานส่งอาหารที่เข้ามารับงานโดยอิสระ (des livreurs à vélo) ดังนั้น บริษัท Take Eat Easy จึงเป็นผู้ประกอบการแพลตฟอร์มออนไลน์

ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานได้พิจารณาปัจจัยภาวะวิสัยต่าง ๆ (des éléments objectifs) ว่ากรณีนี้เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะลูกจ้างหรือไม่ ที่ผ่านมา ศาลฝรั่งเศสถือว่า ลูกจ้าง (salié) คือ ผู้ที่ทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง (autorité d'un employeur) นายจ้างมีอำนาจออกคำสั่งหรือสั่งการใด ๆ มีอำนาจในการควบคุมการปฏิบัติงาน และมีอำนาจในการลงโทษผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาในกรณีที่ทำผิดพลาดหรือขาดตกบกพร่อง^{๔๒} นอกจากนี้

^{๔๑} Article L111-7 du Code de la consommation (Modifié par LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 49 (V))

I.-Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.

^{๔๒} Soc., 13 novembre 1996, Bull. 1996, V, n° 386, pourvoi n° 94-13.187

ศาลยังเห็นว่า เจตนาของคู่สัญญา^{๔๓} หรือชื่อสัญญา^{๔๔} ไม่ใช่ปัจจัยที่จะกำหนดว่าเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้าง – ลูกจ้างแต่อย่างใด เนื่องจากสิ่งที่จะกำหนดสถานะตามกฎหมายของคู่สัญญา คือ เงื่อนไขในการทำงานและสภาพการจ้าง

ศาลได้ให้เหตุผลสองประการเกี่ยวกับการควบคุมและการใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ ประการแรก บริษัท Take Eat Easy ได้ใช้ระบบ GPS ในการติดตามการทำงานและที่ตั้งของคนขับรถจักรยานส่งอาหารอย่างเป็นปัจจุบัน (real time) ในการคำนวณระยะทางในการทำงาน ในลักษณะที่มีได้เป็นเพียงการจับคู่ระหว่างร้านอาหาร ลูกค้าที่ส่งอาหาร และคนขับรถจักรยานส่งอาหารเท่านั้น ประการที่สอง บริษัทมีอำนาจในการลงโทษคนขับรถจักรยานส่งอาหาร กำหนดค่าบริการ และทิศทางการเดินทาง ดังนั้น ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานจึงเห็นว่า บริษัท Take Eat Easy มิได้เป็นเพียงผู้ประกอบการแพลตฟอร์มออนไลน์เท่านั้น แต่ยังเป็นนายจ้างของคนขับรถจักรยานส่งอาหารผ่านระบบแอปพลิเคชันด้วย

ล่าสุดในปี ค.ศ. ๒๐๒๐ (พ.ศ. ๒๕๖๓) ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานได้ตัดสินคดีใหญ่ที่มีผลกระทบต่อผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลในฝรั่งเศสอย่างมากเพราะเป็นการตัดสินคดีระหว่างคนขับรถ Uber และบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีชื่อเสียงอย่างบริษัท Uber^{๔๕} ในคดีนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ปารีส^{๔๖} ว่าคนขับรถ Uber ไม่ได้เป็นอาชีพรับจ้างอิสระ แต่อยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาของแพลตฟอร์มดิจิทัล ดังนั้น สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคนขับรถ Uber และบริษัท Uber เป็นสัญญาจ้างแรงงาน^{๔๗} (la qualification de contrat de travail) เนื่องจากบริษัท Uber เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขในการให้บริการระหว่างคนขับ Uber และผู้โดยสาร โดยคนขับ Uber ไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขหรือตกลงราคาให้แตกต่างจากที่บริษัทกำหนด คนขับ Uber ไม่สามารถเลือกเส้นทางอื่นนอกเหนือจากเส้นทางที่แอปพลิเคชันได้ใช้อัลกอริธึมคำนวณเส้นทางที่มีประสิทธิภาพสูงสุดได้ มิฉะนั้นจะถูกหักคะแนน นอกจากนี้ คนขับ Uber ยังไม่สามารถสร้างฐานลูกค้าของตัวเองขึ้นมาได้ อย่างคนขับรับจ้างอิสระทั่วไป

นอกจากเรื่องเงื่อนไขในการทำงานแล้ว ระบบแอปพลิเคชัน Uber สามารถตัดการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้งานของคนขับ Uber ได้เป็นการชั่วคราวเพื่อลงโทษ เช่น กรณีที่คนขับ

^{๔๓} Ass. plén., 4 mars 1983, Bull. 1983, Ass. plén., n° 3, pourvois n° 81-11.647 et 81-15.290

^{๔๔} Soc., 17 avril 1991, Bull. 1991, V, n°200, pourvoi n° 88-40.121

^{๔๕} Arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316) - Cour de cassation - Chambre sociale

^{๔๖} Cour d'Appel de Paris, Pole 6, Ch. 2, 10 Janvier 2019, N°18/08357.

^{๔๗} ในปี ค.ศ. ๒๐๑๙ (พ.ศ. ๒๕๖๒) มีคนขับ Uber ประมาณ ๒๘,๐๐๐ คนในกรุงปารีส

Uber ปฏิเสธผู้โดยสารตามที่แอปพลิเคชันได้จัดสรรให้ ๓ ครั้ง กรณีที่ผู้โดยสารจำนวนหนึ่งได้รายงาน “พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม” (comportement problématique) หรือให้คะแนนคนขับ Uber ต่ำกว่ามาตรฐานที่บริษัทกำหนด ซึ่งบริษัทจะตัดการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้งานของคนขับ Uber ทันทีโดยไม่มีการสอบสวนถึงเหตุผลความจำเป็นหรือให้โอกาสคนขับ Uber แก่ตัวแต่อย่างใด ซึ่งการลงโทษดังกล่าวอาจไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดของคนขับ Uber เฉพาะรายก็ได้

ส่วนข้ออ้างที่บริษัท Uber ยกขึ้นมาว่าคนขับ Uber สามารถเลือกเวลาทำงานและเลือกรับงานได้นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นคนละส่วนกับการใช้อำนาจบังคับบัญชา ออกคำสั่งควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติงาน รวมทั้งการลงโทษในกรณีที่คนขับ Uber ไม่สามารถทำงานได้ตามเงื่อนไขที่บริษัทกำหนด ปัจจัยเหล่านี้นำไปสู่ข้อสรุปที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยชี้ขาดว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Uber และคนขับ Uber เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้าง – ลูกจ้าง ดังนั้นสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างบริษัท Uber และคนขับ Uber จึงเป็นสัญญาจ้างแรงงาน

ประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลได้มีการวินิจฉัยโดยสภารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ด้วยเช่นกันในคำวินิจฉัย **สภารัฐธรรมนูญที่ ๒๐๑๙-๗๙๔^{๔๘} ลงวันที่ ๒๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๙ (พ.ศ. ๒๕๖๒)** สภารัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติที่ ๒๐๑๙-๑๔๒๘ ว่าด้วยการคมนาคมขนส่ง (la loi d'orientation des mobilités) ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๙ (พ.ศ. ๒๕๖๒)^{๔๙} ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายคมนาคมขนส่ง (Code du Transport)^{๕๐} และประมวลกฎหมาย

^{๔๘} Décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019 คำวินิจฉัยของสภารัฐธรรมนูญฉบับนี้กล่าวถึงบทบัญญัติหลายมาตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่บทความนี้ได้้นำประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแรงงานมาพิจารณาเท่านั้น,

โปรดดู <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019794DC.htm>

^{๔๙} Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités

โปรดดู <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039666574/>

^{๕๐} Projet de loi d'orientation des mobilités. Session ordinaire de 2019-2020, 19 novembre 2019 (Texte définitif). Le titre II du livre III de la Première Partie du Code des Transports, Chapitre VI, les articles L. 1326-1. à L. 1326-4. *Dispositions spécifiques à la mise en relation de travailleurs ayant recours à des plateformes pour exercer une activité de conduite d'une voiture de transport avec chauffeur ou de livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues.*

โปรดดู https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15t0349_texte-adopte-seance

แรงงาน (Code du Travail)^{๕๑} บางส่วนไม่ชอบด้วยมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดเรื่องที่ต้องตราเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น ไม่สามารถตราเป็นกฎหมายระดับอื่นหรือตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่กระทบหรือจำกัดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เรื่องที่ต้องตราเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัตินี้ย่อมรวมถึงกฎหมายแรงงานและกฎหมายประกันสังคมด้วย^{๕๒}

ร่างมาตรา ๔๔ แห่งรัฐบัญญัติที่ ๒๐๑๙-๑๔๒๘ ว่าด้วยการคมนาคมขนส่งซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา L. 7342-9 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส บัญญัติให้บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งให้บริการจับคู่โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ระหว่างคนขับรถรับจ้างอิสระไม่ว่าจะเป็นรถจักรยานหรือรถจักรยานยนต์ กับผู้โดยสารหรือลูกค้า เพื่อขนส่งผู้โดยสารหรือสินค้า สามารถออกข้อบังคับว่าด้วยบรรษัทบริบาล (des chartes de reponsabili  sociale des plateformes électronique) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ผู้รับจ้างขับรถอิสระที่ประสงค์จะใช้แอปพลิเคชันของบริษัทต้องปฏิบัติตามได้ สภารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นว่า บทบัญญัติในส่วนนี้ขัดต่อมาตรา ๓๔ แห่งรัฐธรรมนูญโดยให้เหตุผลว่าการที่ร่างกฎหมายให้อำนาจบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลในการออกข้อบังคับว่าด้วยบรรษัทบริบาลเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการทำงานของผู้ขับรถรับจ้างอิสระ คุณภาพของการให้บริการ การควบคุม ติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงาน ที่สามารถนำไปสู่การลงโทษหรือเลิกสัญญาการใช้แอปพลิเคชันระหว่างบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขับรถรับจ้างอิสระได้นั้น ข้อบังคับดังกล่าวย่อมเป็นข้อตกลงที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจในการบังคับบัญชาของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลเหนือผู้ขับรถรับจ้างอิสระ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ขับรถรับจ้างอิสระกลายเป็นลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลตามกฎหมายแรงงาน

ในการออกข้อบังคับว่าด้วยบรรษัทบริบาล บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ (๑) ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้รับจ้างขับรถอิสระเสียก่อน (๒) นำข้อบังคับดังกล่าวไปขอให้หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบรับรองว่าข้อบังคับนี้ชอบด้วยประมวลกฎหมายแรงงาน (l'homologation) แล้วจึงจะ (๓) นำไปประกาศ

^{๕๑} Le chapitre II du titre IV du livre III de la septième partie du code du travail, les articles L. 7342-3   L. 7342-4 (Dispositions communes) et les articles L. 7342-8   L. 7342-11 (Dispositions particulières).

โปรดดู https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15t0349_texte-adoptee-seance

^{๕๒} Article 34 de la Constitution. La loi fixe les règles concernant:
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

ให้ผู้รับจ้างอิสระทราบเป็นการทั่วไปว่าหากต้องการรับผู้โดยสารถือลูกค้าผ่านแอปพลิเคชันของบริษัท ผู้รับจ้างอิสระจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย

สภารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นว่า ถึงแม้ร่างมาตราดังกล่าวจะกำหนดให้บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลต้องดำเนินการปรึกษาหารือหรือรับฟังความคิดเห็นของผู้รับจ้างอิสระก่อนที่จะออกข้อบังคับว่าด้วยบริษัทบริหาร แต่เนื่องจากร่างมาตรานี้กำหนดให้เป็นอำนาจของบริษัทในการที่จะออกข้อบังคับว่าด้วยบริษัทบริหารหรือไม่ก็ได้ (facultatif) จึงเป็นการให้อำนาจบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลเพียงฝ่ายเดียว (engagement unilateral) ที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ในการทำงานและสภาพการจ้างของผู้รับจ้างอิสระ ซึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่กระทบหรือจำกัดสิทธิในการทำงานนี้จะต้องตราเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น

อย่างไรก็ดี สภารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นว่า การที่บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลได้ออกข้อบังคับว่าด้วยบริษัทบริหาร การที่ข้อบังคับว่าด้วยบริษัทบริหารได้รับการรับรองจากหน่วยงานของรัฐ หรือการที่ผู้รับจ้างอิสระได้ปฏิบัติตามข้อบังคับดังกล่าว ไม่ได้เป็นการแสดงให้เห็นว่า สัญญาการใช้แอปพลิเคชันระหว่างบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้รับจ้างอิสระเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายแต่อย่างไร ในกรณีที่มีข้อโต้แย้ง คู่กรณียังสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาเนื้อหาของสัญญาว่ามีข้อตกลงที่กำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะของการมีอำนาจบังคับบัญชา (l'existence d'un lien de subordination juridique) ของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลเหนือผู้รับจ้างอิสระหรือไม่ (la requalification du contrat de travail vs. contrat commercial) ได้

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ด้วยว่า เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงสิทธิของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลในการร่วมเจรจาต่อรองสภาพการจ้างแต่อย่างใด ร่างกฎหมายมาตรานี้จะขัดต่อ “หลักการมีส่วนร่วมของผู้ใช้แรงงานในการร่วมเจรจาต่อรองสภาพการจ้าง” (le « principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ») หรือไม่ ในประเด็นนี้ สภารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลที่รับงานผ่านแอปพลิเคชันเป็นผู้รับจ้างอิสระ (travailleurs indépendants) ที่ไม่ได้ทำงานให้กับบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลใดเป็นการเฉพาะ แต่สามารถรับงานผ่านบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลได้หลายบริษัทในเวลาเดียวกัน (non exclusives) ดังนั้น บริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้รับจ้างอิสระเหล่านี้จึงมิได้เป็นการจัดตั้งชุมชนคนทำงาน (une communauté de travail) ในลักษณะเดียวกับผู้ใช้แรงงานที่ทำงานในสถานประกอบการเดียวกัน อันจะได้สิทธิตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ในการร่วมเจรจาต่อรองสภาพการจ้าง การที่ร่างกฎหมายฉบับนี้มีได้ให้สิทธิเป็นการทั่วไปแก่ผู้รับจ้างอิสระซึ่งเป็นแรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลในการร่วมเจรจาต่อรองสภาพการจ้างกับบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัล จึงไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ตั้งแต่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลครั้งแรกในปี ค.ศ. ๒๐๑๘^{๕๓} รัฐบาลฝรั่งเศสก็เริ่มมีแนวคิดที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายแรงงานที่เกี่ยวข้องกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลให้มีความชัดเจน ซึ่งขณะนี้กระทรวงแรงงานฝรั่งเศสอยู่ระหว่างการตั้งคณะทำงานเพื่อพิจารณาว่าควรกำหนดสถานะของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลอย่างไร ระหว่างพนักงานของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้รับเหมาอิสระ หรือควรกำหนดให้เป็นแรงงานอีกประเภทหนึ่งที่อยู่ตรงกลางระหว่างพนักงานของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้รับเหมาอิสระ ในทำนองเดียวกับ “ผู้ใช้แรงงาน” (workers scheme) ของสหราชอาณาจักรหรือ “*collaborazione coordinata e continuative*” (สัญญาการประสานงานและการทำงานร่วมกันอย่างต่อเนื่อง) หรือ “*collaborazione a progetto*” (สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวเพื่อปฏิบัติงานตามโครงการ) ของประเทศอิตาลี จึงเป็นกรณีที่ต้องติดตามทิศทางการแก้ไขกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสต่อไป

๓. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลของประเทศไทย

จากกรณีศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งสามประเทศข้างต้นจะเห็นได้ว่าสถานะทางกฎหมายของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลยังมีความแตกต่างกัน สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ที่ดูเหมือนจะเป็นประเทศแรกที่มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไปในเชิงคุ้มครองประโยชน์ของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลโดยถือว่าผู้ใช้แรงงานแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็น “ลูกจ้าง” ซึ่งนายจ้างต้องจัดสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ให้ตามที่กฎหมายกำหนด กลับออกกฎหมายที่ผ่านการประชามติด้วยความเห็นชอบของประชาชนส่วนใหญ่ในมลรัฐว่าควรจัดประเภทคนขับรถผ่านแอปพลิเคชันเป็นเพียง “ผู้รับจ้างอิสระ” แต่ก็เป็นผู้รับจ้างอิสระที่ได้รับการคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายแรงงานมากกว่าผู้รับจ้างอิสระทั่วไป ซึ่งก็เหมือนกับเป็นแรงงานอีกประเภทหนึ่งที่อยู่ตรงกลางระหว่าง “ผู้รับจ้างอิสระ” และ “ลูกจ้าง”

ในส่วนของสหราชอาณาจักร ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คนขับรถรับจ้างผ่านแอปพลิเคชันเป็น “ผู้ใช้แรงงาน” ภายใต้ “สัญญาผู้ใช้แรงงาน” (worker’s contract) ซึ่งคำว่า “ผู้ใช้แรงงาน” นี้เป็นคำกลาง ๆ ที่ใช้เรียกรวมทั้งพนักงานขับรถซึ่งเป็น “ลูกจ้าง” ที่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้างและ “ผู้รับจ้างขับรถอิสระ” ที่รับงานและทำงานโดยตนเองในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแรงงานเพื่อให้ตอบสนองต่อการพัฒนาของแรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลบางประการและมีคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับสถานะของคนขับรถรับจ้างผ่านแอปพลิเคชันว่าเป็นลูกจ้าง แต่ก็ยังไม่ถึงขนาดที่จะกำหนดเป็น

^{๕๓} คดี Take Eat Easy, อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ ๔๐

บทสันนิษฐานทางกฎหมายว่าคนขับรถรับจ้างผ่านแอปพลิเคชันเป็นลูกจ้าง แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและสภารัฐธรรมนูญยังคงชี้ให้เห็นว่า การพิจารณาสถานะของผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลยังคงต้องพิจารณาข้อตกลงและบริบทในการทำงานเป็นรายกรณีไป

ถึงแม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลจะยังมีความแตกต่างกัน แต่หากพิจารณาจากคำพิพากษาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วจะพบว่า กฎหมายของทุกประเทศมีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกันบางประการในการพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทผู้ให้บริการแพลตฟอร์มการขนส่งผ่านแอปพลิเคชันกับผู้รับจ้างขนส่งอิสระเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้าง – ลูกจ้างหรือไม่ ความสัมพันธ์ของนายจ้าง – ลูกจ้างนี้ไม่สามารถพิจารณาได้จากชื่อของสัญญาเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาลงไปในรายละเอียดและเงื่อนไขของข้อตกลงในสัญญาด้วยว่าสัญญาดังกล่าวนั้นมีลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ หากเนื้อหาของสัญญาระบุถึงอำนาจในการบังคับบัญชา การที่นายจ้างเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างให้ลูกจ้างโดยตรง การลงโทษทางวินัย หรือการไล่ออก ฯลฯ ย่อมเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ที่จะทำให้อาจสามารถได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ตามกฎหมายแรงงานได้

สำหรับประเทศไทย ถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายคุ้มครองแรงงานเป็นการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ขั้นต่ำของผู้ใช้แรงงาน แต่ปัจจุบันก็ยังมีข้อโต้แย้งในลักษณะเดียวกันกับปัญหาข้อกฎหมายของต่างประเทศว่า คนขับรถรับจ้างที่รับงานผ่านแอปพลิเคชันมีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานหรือไม่ ประกอบกับผู้รับจ้างอิสระส่วนใหญ่ของประเทศไทยเป็นแรงงานชั่วคราวและเป็นแรงงานนอกระบบทำให้ไม่สามารถเข้าถึงสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่รัฐบาลจัดให้ตามกฎหมายได้ การที่จะให้ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาว่า สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคนขับรถรับจ้างอิสระกับบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นสัญญาประเภทใด หากสัญญาดังกล่าวเป็น “สัญญาจ้างทำของ” ตามมาตรา ๕๘๗^{๕๔} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้างย่อมเป็นเพียง “ผู้รับจ้างอิสระ” ซึ่งจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแรงงาน และหากไม่สามารถทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างจนสำเร็จ ผู้รับจ้างก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ว่าจ้างจ่ายสินจ้าง แต่หากสัญญาดังกล่าวเป็น “สัญญาจ้างแรงงาน” ตามมาตรา ๕๗๕^{๕๕} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่สัญญา

^{๕๔} มาตรา ๕๘๗ อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ตนนั้น

^{๕๕} มาตรา ๕๗๕ อันว่าสัญญาจ้างแรงงานนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้างและนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างแก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

ฝ่ายผู้รับจ้างย่อมเป็น “ลูกจ้าง” โดยพิจารณาประกอบกับนิยามคำว่า “ลูกจ้าง” ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่ตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑^{๕๖} พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. ๒๕๑๘^{๕๗} พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓^{๕๘} และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. ๒๕๓๗^{๕๙} เป็นต้น ซึ่งนอกจากนายจ้าง จะมีหน้าที่ตามกฎหมายแรงงานแล้ว เช่น นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างตลอดเวลา ที่ลูกจ้างทำงานให้โดยไม่คำนึงถึงว่าลูกจ้างจะดำเนินการสำเร็จหรือไม่ เพียงใด เนื่องจากหากลูกจ้าง ดำเนินการไม่สำเร็จ นายจ้างจะสามารถให้อำนาจสั่งการบังคับบัญชาหรือลงโทษได้ นอกจากนี้ นายจ้างยังต้องร่วมรับผิดชอบในกรณีลูกจ้างได้กระทำละเมิดไปในทางการที่จ้าง (vicarious liability) เช่น คนขับรถขนส่งพัสดุขับรถชนผู้อื่นเสียหายระหว่างทางที่กำลังขนส่ง ตามมาตรา ๔๒๕^{๖๐} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

เนื่องจากสัญญาจ้างงานระหว่างบริษัทผู้ให้บริการแพลตฟอร์มการขนส่งผ่าน แอปพลิเคชันกับผู้รับจ้างขนส่งอิสระเป็นสัญญารูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย หากไม่มี กฎหมายที่เข้ามากำกับดูแลสัญญาดังกล่าวเป็นการเฉพาะแล้ว คู่สัญญาอาจต้องรอให้เกิดคดีความ ขึ้นเสียก่อนเพื่อที่ศาลจะได้ตัดสินเป็นรายคดีไปอย่างเช่นในต่างประเทศที่ได้ยกตัวอย่างแล้วข้างต้น

^{๕๖} มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑

ฯลฯ

ฯลฯ

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่อ อย่างไร

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๕๗} มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่ นายจ้างเพื่อรับค่าจ้าง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๕๘} มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่อ อย่างไร

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๕๙} มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๖๐} มาตรา ๔๒๕ นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไป ในทางการที่จ้างนั้น

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า ผู้รับจ้างขนส่งอิสระมีสถานะตามกฎหมายไทยอย่างไร และได้รับการคุ้มครองหรือสิทธิประโยชน์แค่ไหน เพียงไร อาจมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงนิยามคำว่า “ลูกจ้าง” ตามกฎหมายแรงงานให้มีความชัดเจนว่าครอบคลุมไปถึงผู้รับจ้างขนส่งอิสระด้วยหรือไม่ก็อาจจำเป็นต้องให้ผู้รับจ้างขนส่งอิสระซึ่งถือเป็น “แรงงานนอกระบบ” เข้ามาเป็น “แรงงานในระบบ” โดยการขึ้นทะเบียนกับกระทรวงแรงงานเพื่อที่จะได้รับสวัสดิการหรือสิทธิประโยชน์ที่จำเป็น ซึ่งในขณะนี้หน่วยงานที่รับผิดชอบ ได้แก่ กระทรวงแรงงาน โดยกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ได้ยกร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาแรงงานนอกระบบแห่งชาติ พ.ศ. มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คนทำงานที่มีอายุตั้งแต่ ๑๕ ปีขึ้นไปที่ไม่ได้มีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือเป็นผู้ประกันตนตามกฎหมายประกันสังคมเป็น “แรงงานนอกระบบ” ที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน การส่งเสริมคุณภาพของมาตรฐานความปลอดภัยในการทำงาน และการพัฒนาทักษะและสมรรถนะในทางวิชาชีพ

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าจะให้ผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายมากน้อยเพียงใด สมควรที่จะต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (สิทธิในการลาหยุด ลาป่วย ลาพักร้อน โดยได้รับค่าตอบแทนจำนวนชั่วโมงขั้นต่ำในการทำงาน การใช้แรงงานของสตรีและเด็ก ฯลฯ) กฎหมายประกันสังคม (กรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย กรณีทุพพลภาพ กรณีตาย กรณีคลอดบุตร กรณีสงเคราะห์บุตร กรณีชราภาพ และกรณีว่างงาน) กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ (กรณีการนัดหยุดงานโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อร่วมเจรจาต่อรองสภาพการจ้าง กรณีการรวมกลุ่มสหภาพแรงงาน) รวมไปถึงสิทธิต่าง ๆ ตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

นอกจากนี้ ยังต้องตระหนักถึงผลกระทบอื่น ๆ ด้วยว่า การยอมรับว่าผู้รับจ้างขนส่งอิสระเป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน อาจทำให้ความพยายามในการทำธุรกิจแบบพึ่งพากัน (Sharing Economy Businesses) เปลี่ยนเป็นการทำธุรกิจเพื่อการแสวงหากำไร และอาจส่งผลกระทบเป็นลูกโซ่ในระบบเศรษฐกิจในภาพรวม เนื่องจากการที่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มการขนส่งผ่านแอปพลิเคชันต้องแบกรับค่าใช้จ่ายมากขึ้นจะส่งผลให้ผู้ประกอบการร้านค้าร้านอาหารต้องจ่ายค่าธรรมเนียมในการใช้บริการแพลตฟอร์มมากขึ้น สุดท้ายแล้วผู้ประกอบการร้านค้าร้านอาหารก็จะผลักภาระดังกล่าวมาให้ลูกค้าซึ่งเป็นผู้บริโภคชั้นสุดท้ายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น ในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับผู้ใช้แรงงานบนแพลตฟอร์มดิจิทัลในประเทศไทยจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงผลกระทบให้รอบด้านด้วย

การตายดี : สิทธิซึ่งทุกคนพึงได้รับกับปัญหาในทางปฏิบัติ*

ยงยุทธ ภูประดับกฤต**

๑. ความเบื้องต้น

“สิ่งใดในโลกล้วนอนิจจัง ยกเว้นความตายและภาษี” (nothing can be said to be certain, except death and taxes) โดยปัจจุบันนี้หลายประเทศ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา หรือแม้กระทั่งประเทศไทย ได้ตระหนักถึงความสำคัญและยอมรับให้มีการดูแลรักษาผู้ป่วยแบบประคับประคอง (palliative care) เมื่อวาระสุดท้ายของชีวิตใกล้จะมาถึงหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย อันจะนำไปสู่ความปรารถนาสุดท้ายของชีวิต นั่นก็คือ “การตายดี” (good death) สำหรับในประเทศไทย นั้น ได้ยอมรับสิทธิการตายดี (right to a good death) ผ่านระบบกฎหมาย โดยผลของมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา ๑๒ บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดชอบ”

จากนั้น ได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขหรือ living will^๑

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย.

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายการเมืองการปกครอง กองกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ในการนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ แสง บุญเฉลิมวิภาส (กรรมการกฤษฎีกา) ซึ่งเป็นแรงบันดาลใจและผลักดันให้เขียนบทความนี้จนแล้วเสร็จ.

^๑ ปัจจุบันมีผู้แปลคำว่า living will เป็น “พินัยกรรมชีวิต” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การแปลเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากพินัยกรรมจะมีผลเมื่อบุคคลผู้ทำพินัยกรรมตาย แต่หนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขหรือ living will ตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ จะมีผลก่อนตาย.

ตามมาตรา ๑๒ ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทได้ใช้บังคับมาสิบกว่าปี และมีกฎกระทรวงที่ใช้บังคับมาครบสิบปีแล้วก็ตาม แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ได้แย้งจนเกิดเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎกระทรวงดังกล่าว ในศาลปกครองสูงสุด และมีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้นอีกหลายประการ ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากการไม่แพร่หลายของตัวบทกฎหมายหรือขาดการประชาสัมพันธ์ทำความเข้าใจในวงกว้างกับทั้งผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุข ประชาชน หรือแม้กระทั่งกับนักกฎหมายเอง จนทำให้มีผู้เข้าใจถึงขนาดว่ามาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ทำ “การุณยฆาต” (mercy killing) ได้ รวมทั้งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติจริง เช่น การที่แพทย์ถอดเครื่องช่วยหายใจผู้ป่วย สามารถกระทำได้หรือไม่ และถือว่าเป็นการทอดทิ้งผู้ป่วยให้ถึงแก่ความตายหรือไม่

ในการนี้ เพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายกระจ่างชัดเจนนยิ่งขึ้น บทความนี้จะนำเสนอหลักการของมาตรา ๑๒ ดังกล่าว และการดูแลรักษาแบบประคับประคอง ที่ทำให้การดำเนินการตาม living will ไม่ใช่การุณยฆาต พร้อมกับวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างมุมมองของข้อกฎหมายกับมุมมองทางด้านการแพทย์ รวมทั้งจะได้มีข้อเสนอแนะ เพื่อให้การเข้าถึงสิทธิการตายดีตามกฎหมายเกิดผลสัมฤทธิ์ต่อไป

๒. หลักการ Living Will ตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐

เบื้องต้นเห็นควรนำเสนอแนวความคิดของต่างประเทศในเรื่องการจัดการให้ผู้ป่วยตายดี (euthanasia) รวมทั้งวิวัฒนาการเรื่องนี้ของต่างประเทศและประเทศไทย ก่อนจะนำเสนอสาระสำคัญของมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ต่อไป

๒.๑ การจัดการให้ผู้ป่วยตายดี (Euthanasia)

แม้ว่ามาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการแสดงเจตนาไม่รับการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิต แต่ยังคงปรากฏว่ามีความเข้าใจว่าเป็นเรื่องการุณยฆาตหรือสิทธิที่จะตายเมื่อไรก็ได้ ดังนั้น ในการพิจารณาหลักการของมาตรา ๑๒ นี้ จึงต้องศึกษาแนวความคิดเรื่อง “การจัดการให้ผู้ป่วยตายดี” หรือ euthanasia ให้ชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนจากหลักการของบทบัญญัติมาตรานี้

โดยการจัดการให้ผู้ป่วยตายดี อาจจำแนกได้ ดังนี้

๒.๑.๑ ลักษณะของการกระทำ ซึ่งแบ่งเป็น ๒ ประเภท^๒ คือ

^๒ Kimberly Holland and Timothy J. Legg, “Euthanasia: Understanding the Facts”, <<https://www.healthline.com/health/what-is-euthanasia>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

(๑) active euthanasia หมายถึง การทำให้ผู้ป่วยตายโดยตรงเพื่อให้พ้นจากการทรมานทุกข์ทรมานจากโรคหรือภาวะที่เป็นอยู่ เช่น การให้ยานอนหลับหรือยาระงับประสาทเพื่อให้ผู้ป่วยหลับแล้วตายไป หรือการหยุดเครื่องช่วยหายใจเพื่อให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ การกระทำในลักษณะนี้น่าจะตรงกับคำว่า “การุณยฆาต”^๓ หรือการฆ่าด้วยความประสงค์ที่จะให้ผู้นั้นพ้นจากความทุกข์ทรมาน^๔ ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งหลักกฎหมายและหลักจริยธรรมทางการแพทย์ยังไม่ยอมรับเป็นการทั่วไปให้กระทำได้ เว้นแต่บางประเทศที่มีกฎหมายรองรับไว้เป็นการเฉพาะ เช่น เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม หรือรัฐออริกอน (Oregon) ของสหรัฐอเมริกา

(๒) passive euthanasia หมายถึง การงดหรือระงับการรักษาที่เป็น การยืดชีวิตของผู้ป่วยออกไปโดยไม่นำเครื่องมือวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ทันสมัยเข้าไปช่วยชีวิตผู้ป่วย เช่น การใช้เครื่องช่วยหายใจ แต่ยังคงให้การดูแลรักษาแบบประคับประคอง เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากความทุกข์ทรมานในวาระสุดท้ายของชีวิตและจากไปอย่างสงบ อันเป็นการสนับสนุนคุณค่าของชีวิตผู้ป่วยในวาระสุดท้าย

๒.๑.๒ ความสมัครใจของผู้ป่วย ซึ่งแบ่งเป็น ๒ ประเภท^๕ คือ

(๑) voluntary euthanasia หมายถึง การจัดการให้ผู้ป่วยตายดี โดยสมัครใจ ซึ่งเป็นการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบตามความประสงค์ของผู้ป่วยที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์

(๒) non-voluntary euthanasia หมายถึง การจัดการให้ผู้ป่วยตายดี โดยปราศจากความสมัครใจ ซึ่งเป็นการทำให้ผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ได้ตายโดยสงบตามความประสงค์ของผู้ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วย

๒.๒ วิวัฒนาการในต่างประเทศ

สืบเนื่องจากพัฒนาการและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ ส่งผลให้การรักษาพยาบาลในปัจจุบันมีเครื่องมือช่วยยืดชีวิตของผู้ป่วยที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพ เช่น เครื่องช่วยหายใจ หรือการให้อาหารผ่านเครื่องมือต่าง ๆ แต่ในบางกรณีกลับทำให้ผู้ป่วยซึ่งไม่มีทางรักษาพยาบาลให้หายเป็นปกติได้นั้น ตกอยู่ในภาวะทุกข์ทรมานหรือ

^๓ วิฑูรย์ อังประพันธ์, “สิทธิที่จะตาย (The Right to Die)”, กฎหมายการแพทย์สมัยใหม่, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๖๑, น. ๖๑.

^๔ นันทน อินทนนท์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตายโดยสงบ”, บทบัณฑิตย, เล่มที่ ๕๗ ตอน ๔ ธันวาคม ๒๕๔๔ ; น. ๑๒๙-๑๕๗.

^๕ The National Health Service of the United Kingdom, “euthanasia and assisted suicide”, <<https://www.nhs.uk/conditions/euthanasia-and-assisted-suicide/>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

ที่เรียกว่า “*พื้นที่ไม่ได้ ตายก็ไม่ลง*”^๖ ซึ่งการช่วยยืดชีวิตในลักษณะนี้ย่อมเป็นการลดศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ผู้ป่วยเหล่านี้จึงควรมีสิทธิที่จะตาย (right to die) โดยปฏิเสธการรักษาพยาบาลดังกล่าวได้ เพื่อให้การตายมีสภาพความเป็นมนุษย์อย่างแท้จริง สิทธิที่จะตายนี้จึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติ โดยมนุษย์สามารถกำหนดว่าตนเองจะใช้สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่หรือสิทธิที่จะตายได้ตามความมุ่งหมายของแต่ละคน อันเป็นการยอมรับสิทธิในการเป็นเจ้าของร่างกายตนเองและควมมีอิสระในการตัดสินใจชะตาของตนเอง (the right to self-determination) สิทธิที่จะตายจึงแฝงเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นอิสระของมนุษย์นั่นเอง” ซึ่งในหลายประเทศได้พัฒนาการรับรองสิทธิที่จะตาย จากสิทธิตามธรรมชาติให้เป็นสิทธิตามกฎหมายหรือรองรับไว้โดยคำพิพากษา ซึ่งบทความนี้จะนำเสนอกรณีตัวอย่างของประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

๒.๒.๑ ประเทศเนเธอร์แลนด์ นับเป็นประเทศแรกที่ออกกฎหมายรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำการุณยฆาต โดยในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้พยายามทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายมาอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งเมื่อวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๔๓ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของเนเธอร์แลนด์ได้ผ่านร่างกฎหมายอนุญาตให้แพทย์ทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ด้วยคะแนนเสียง ๑๐๔ ต่อ ๔๐ และต่อมาเมื่อวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๔๔ วุฒิสภาของเนเธอร์แลนด์ได้ผ่านร่างกฎหมายฉบับนี้ด้วยคะแนนเสียง ๔๐ ต่อ ๒๘ ท่ามกลางการคัดค้านจากทั้งองค์กรเอกชนและองค์กรด้านศาสนา^๗ ต่อมา ร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ได้ใช้บังคับเป็นกฎหมาย The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act เมื่อวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๕ โดยกำหนดเงื่อนไขการกระทำการุณยฆาตไว้ ดังนี้^๘

^๖ ภาวะที่ผู้ป่วยต้องอาศัยเครื่องช่วยหายใจเพื่อให้ได้รับออกซิเจนอยู่ตลอดเวลา ขณะที่ผู้ป่วยอาจไม่รู้สีกตัวหรือรู้สึกตัวเพียงเล็กน้อย และไม่มีโอกาสที่ผู้ป่วยจะฟื้นกลับเป็นคนปกติได้, รายนะเอียดโปรดดู วิฑูรย์ อังประพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๓*, น. ๕๓.

^๗ มีผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายการแพทย์บางท่านเห็นว่า สิทธิที่จะตายเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง สิทธิเช่นนี้เป็นทั้งสิทธิตามธรรมชาติและสิทธิตามกฎหมาย อันเป็นส่วนหนึ่งของควมมีอิสระในการตัดสินใจชะตาของตนเองและเป็นสิทธิที่กฎหมายต่างประเทศให้การยอมรับ, รายนะเอียดโปรดดู วิฑูรย์ อังประพันธ์, *เพ็งอ้าว*, น. ๕๔-๕๕, แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า สิทธิที่จะตายไม่ควรเป็นสิทธิมนุษยชน เพราะภายใต้บริบทของสิทธิมนุษยชน สิทธิประเภทหนึ่งย่อมเชื่อมโยงกับสิทธิประเภทอื่นด้วย เมื่อพิจารณาสิทธิที่จะตายซึ่งไม่อาจเอื้อประโยชน์ต่อการใช้สิทธิของบุคคลประเภทอื่นแม้แต่น้อย สิทธิที่จะตายจึงควรถูกจำกัดอยู่เพียงสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลเท่านั้น, รายนะเอียดโปรดดู นันทน อินทนนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๔*, น. ๑๒๙-๑๕๗.

^๘ “Legalizing Euthanasia in Holland and “the Slippery Slope””, <<http://www.euthanasia.com/nethlegal.html>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^๙ Article 2 of The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act.

- (๑) คำขอของผู้ป่วยต้องเป็นไปโดยสมัครใจและให้ความเชื่อมั่นว่าได้รับการพิจารณาเป็นอย่างดี
- (๒) ผู้ป่วยได้รับความทุกข์ทรมานสาหัสและหมดหนทางรักษา
- (๓) แพทย์ผู้รักษาได้แจ้งให้ผู้ป่วยทราบเกี่ยวกับอาการที่เป็นอยู่และโอกาสรอดชีวิตตามผลของการวินิจฉัย
- (๔) ได้ข้อสรุปว่าไม่มีวิธีการอื่นที่เหมาะสมแล้ว
- (๕) แพทย์ผู้รักษาได้ปรึกษากับแพทย์อิสระอย่างน้อยหนึ่งคนซึ่งได้พิจารณาอาการผู้ป่วยและแพทย์นั้นได้ให้ความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับกรณีตาม (๑)-(๔) และ
- (๖) การยุติชีวิตหรือการช่วยทำให้ผู้ป่วยตายต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวัง

๒.๒.๒ ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะตายไว้โดยตรง แต่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษารับรองไว้ว่าสิทธิที่จะตายเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญในคดีของ Nancy Beth Cruzan ซึ่งประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์และสลบอยู่นานกว่าห้าปีใน “สภาพผักถาวร” (persistent vegetative state)^{๑๐} บิดามารดาของผู้ป่วยจึงยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ปล่อยผู้ป่วยตาย โดยงดการให้อาหารและน้ำแก่ผู้ป่วย ซึ่งศาลสูงมิสซูรีตัดสินว่า ศาลอาจนุญาตให้ยุติการรักษาพยาบาลได้ก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานชัดเจนแสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยไม่ต้องการรับการรักษาพยาบาล เมื่อไม่ปรากฏพยานหลักฐานเช่นนี้ต่อศาล รัฐจึงมีหน้าที่รักษาชีวิตคนในรัฐต่อไป คดีนี้ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา และด้วยมติ ๕ ต่อ ๔ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลสูงมิสซูรี รวมทั้งวินิจฉัยด้วยว่าสิทธิที่จะตายมีอยู่จริงและเป็นสิทธิที่มาจากรัฐธรรมนูญซึ่งประกันสิทธิของปัจเจกชน รวมทั้งเป็นสิทธิของแต่ละมลรัฐในการออกกฎหมายเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ต่อมา บิดามารดาของผู้ป่วยยื่นคำร้องขอนำเพื่อนผู้ป่วยมาแสดงให้เห็นว่า ก่อนที่ผู้ป่วยจะประสบอุบัติเหตุเคยแจ้งว่าผู้ป่วยไม่ต้องการการรักษาพยาบาลหากอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถรักษาได้อีกต่อไป ศาลจึงสั่งหยุดให้อาหารและน้ำแก่ผู้ป่วย ทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายภายหลังจากอยู่ในสภาพผักถาวรมานานกว่าเก้าปี^{๑๑} จากนั้น

^{๑๐} “สภาพผักถาวร” (persistent vegetative state) เป็นศัพท์ที่แพทย์ใช้กันในความหมายเกี่ยวกับภาวะของผู้ป่วยที่ได้รับการวินิจฉัยตามมาตรฐานทางวิชาการแพทย์ว่ามีการสูญเสียหน้าที่อย่างถาวรของเปลือกสมองใหญ่ที่ทำให้ขาดความสามารถในการรับรู้และติดต่อสื่อสารอย่างถาวร โดยปราศจากพฤติกรรมตอบสนองใด ๆ ที่แสดงถึงการรับรู้ได้ จะมีเพียงปฏิกิริยาสนองตอบอัตโนมัติเท่านั้น, รายละเอียดโปรดดูความหมายของนิยามคำว่า “วาระสุดท้ายของชีวิต” ในกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓.

^{๑๑} Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ มลรัฐออริกอนได้ผ่านกฎหมาย The Death with Dignity Act ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการอนุญาตให้แพทย์สามารถให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ป่วยซึ่งสมัครใจจะสิ้นสุดชีวิตของตนเองได้

๒.๓ วิวัฒนาการในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าด้วยความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบัน ทำให้สามารถยืดความตายของมนุษย์ออกไปได้ อันเป็นเรื่องที่ดีในการทำให้ผู้ป่วยซึ่งยังไม่ถึงวาระสุดท้ายของชีวิตได้กลับมามีชีวิตจากเครื่องมือช่วยชีวิตที่ทันสมัย แต่โรคบางโรคหรืออาการเจ็บป่วยบางอาการอาจรักษาไม่หายและทำให้ผู้ป่วยเข้าสู่วาระสุดท้ายของชีวิต ซึ่งกรณีนี้เครื่องมือช่วยชีวิตเหล่านั้นจะไม่จำเป็นในการยืดชีวิตของผู้ป่วยและยังนำมาซึ่งความทุกข์ทรมานก่อนตายเสียด้วยซ้ำไป จากสภาพการณ์เช่นนี้นั้นทำให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับการจัดการให้ผู้ป่วยตายดีหรือการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบทั้งจากวงการกฎหมายและวงการแพทย์ของประเทศตะวันตก รวมทั้งในประเทศไทยเองได้มีการถกเถียงในเรื่องนี้มานานนับสิบปี อย่างไรก็ตามประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่มีพัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในระยะที่ผ่านมาแบบก้าวกระโดดเมื่อเทียบกับประเทศในภูมิภาคเดียวกัน ก็ได้รับเอาแนวความคิดในเรื่องการจัดการให้ผู้ป่วยตายดีหรือการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบมาปรับใช้เช่นเดียวกับกรณีของประเทศตะวันตกเช่นกัน เพียงแต่บริบทของสังคมไทยมีการประนีประนอมข้อโต้แย้งระหว่างความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ กฎหมาย จริยศาสตร์ และความเชื่อทางศาสนา ส่งผลให้ประเทศไทยมีบทกฎหมายตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ โดยเปิดโอกาสให้มีการแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้ หรือที่เรียกกันว่า “living will” ซึ่งบทกฎหมายดังกล่าวมีความเป็นมา ดังนี้

สืบเนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. เมื่อวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๔๗ ตามที่สำนักงานปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติเสนอ และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา^{๑๒} โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอให้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ตรวจพิจารณา และมีผู้แทนสำนักงานปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ผู้แทนแพทยสภา ผู้แทนทันตแพทยสภา ผู้แทนสภาการพยาบาล และผู้แทนสภาเภสัชกรรม เป็นผู้ชี้แจงรายละเอียด ซึ่งร่างพระราชบัญญัติที่สำนักงานปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติเสนอนั้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ living will ปรากฏอยู่ในร่างมาตรา ๒๔ ความว่า

“มาตรา ๒๔ บุคคลมีสิทธิในการแสดงความจำนงค์ที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนเอง เพื่อยุติการตายอย่างสงบ และมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

^{๑๒} หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๕๐๓/๑๑๘๘๘ ลงวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๔๗ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

การแสดงความจำนองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้แก้ไขการกำหนดให้บุคคลมีสิทธิในการแสดงความจำนองที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนเองจากร่างมาตรา ๒๔ ข้างต้น โดยวางหลักการให้ชัดเจนว่าการแสดงความจำนองดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือเพื่อแสดงเจตนาว่าตนไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน และเพิ่มเติมให้บุคคลมีสิทธิปฏิเสธการรักษาพยาบาลเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้ อันเป็นการแสดงเจตนาที่จะยุติการรักษาที่เป็นการทรมานโดยการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงดังกล่าวจะกำหนดหลักเกณฑ์ว่าผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขจะต้องมีแนวทางปฏิบัติอย่างไรในการดำเนินการตามความจำนองของผู้ป่วย และกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลดังกล่าว และเมื่อได้ดำเนินการตามเจตนาแล้วมิให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขที่ได้ปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาของผู้ป่วยไม่ต้องรับผิดในทางอาญา^{๓๓} จากหลักการดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้แก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติที่สำนักงานปฏิรูปสุขภาพแห่งชาติเสนอ และเรียงลำดับเลขมาตราใหม่เป็นร่างมาตรา ๑๐ ความว่า

“มาตรา ๑๐ บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่ง และเมื่อได้ปฏิบัติตามเจตนาดังกล่าวแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”

ต่อมา คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ตรวจพิจารณาแล้ว ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาตามขั้นตอน ซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำตามเจตนาของผู้ป่วยที่กำหนดไว้ตามร่างมาตรา ๑๐ ไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่แพทย์ต้องกระทำ และได้ลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เมื่อวันที่ ๔ มกราคม ๒๕๕๐ เพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป^{๓๔}

^{๓๓} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ ๔๔๒/๒๕๔๘).

^{๓๔} บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๑/๒๕๕๐.

และประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ ๑๙ มีนาคม ๒๕๕๐ โดยให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ซึ่งผลจากการแก้ไขเพิ่มเติมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำให้ต้องเรียงลำดับเลขมาตราใหม่ โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับ living will ปรากฏตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ดังนี้

“มาตรา ๑๒ บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”

๒.๔ สาระสำคัญของมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.

๒๕๕๐

เมื่อพิจารณามาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ แล้วผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการเปิดโอกาสและรับรองสิทธิให้บุคคลสามารถแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าว่า เมื่ออยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย จะขอจากไปตามวิถีธรรมชาติโดยไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข หรือคือไม่ประสงค์จะให้ใช้เครื่องมือต่าง ๆ มาพันนาการหรือเหนี่ยวรั้งร่างกายของตนเพื่อยืดการตายออกไป หรือเป็นการขอใช้สิทธิที่จะตายตามธรรมชาติหรือสิทธิการตายดี นั่นเอง ดังนั้น เมื่อจะกล่าวถึงมาตรา ๑๒ ควรต้องระบุให้ครบถ้วนว่า มาตรา ๑๒ นี้ คือ บทกฎหมายที่รับรองสิทธิที่จะขอตายตามธรรมชาติหรือสิทธิการตายดี

หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๑๒ เปรียบเทียบกับแนวความคิดการจัดการให้ผู้ป่วยตายดีหรือ euthanasia แล้วจะเห็นได้ว่า การบัญญัติมาตรา ๑๒ นี้มีที่มาเพื่อรองรับการกระทำในลักษณะ passive euthanasia โดยให้บุคคลสามารถแสดงความต้องการไว้ล่วงหน้า ซึ่งก็คือ การเขียน living will หรือ advance directives^{๑๕} แต่ไม่ใช่อำนาจอนุญาตให้เร่งการตาย

^{๑๕} advance directives คือ เอกสารหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรของบุคคลเกี่ยวกับการดูแลรักษาพยาบาลในอนาคต ซึ่งจะมีผลต่อเมื่อบุคคลนั้นอยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตและไม่สามารถตัดสินใจหรือสื่อสารความต้องการของตนได้ โดย advance directives แบ่งเป็น ๒ ชนิด ได้แก่

๑. living will เป็นเอกสารทางกฎหมายเพื่อแสดงเจตนาของบุคคลว่าไม่ประสงค์จะรับการรักษาพยาบาลใดๆ เมื่ออยู่ในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต

๒. durable medical (health care) power of attorney การที่ผู้ทำเอกสารระบุให้บุคคลใกล้ชิดมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิตตน ในกรณีที่ living will นั้นระบุความต้องการของผู้ป่วยไว้ไม่ชัดเจน ดังนั้น ผู้ป่วยควรได้พูดคุยและอธิบายความต้องการของตนให้บุคคลใกล้ชิดเข้าใจและรู้เจตนาของผู้ทำเอกสารเป็นอย่างดี เนื่องจากการตัดสินใจดังกล่าวถือเป็นการตัดสินใจในนาม

ให้เร็วขึ้นหรือการทำการุณยฆาตตามการกระทำในลักษณะ active euthanasia ดังเช่นกรณีกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์หรือรัฐออริกอนของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลเนื่องจากเมื่อมีหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยแล้ว หากเป็นการกระทำในลักษณะ passive euthanasia จะงดการรักษาหรือการระงับการรักษาโดยไม่นำเครื่องมือวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ทันสมัยเข้าไปช่วยชีวิตผู้ป่วย กล่าวคือ งดการรักษาโดยไม่ใช้เครื่องมือหรือกรรมวิธีรักษาเพื่อพยุงชีพผู้ป่วยตั้งแต่ต้น หรือระงับการรักษาโดยการระงับการใช้เครื่องมือหรือกรรมวิธีรักษาเพื่อพยุงชีพผู้ป่วยที่ได้ให้ไปแล้ว กระบวนการงดหรือระงับการรักษานี้เป็นขั้นตอนปกติของการรักษาพยาบาลโดยขึ้นอยู่กับความเห็นของแพทย์ที่จะให้แก่ผู้ป่วยและญาติ ซึ่งแพทย์ต้องประเมินความประสงค์ของผู้ป่วยตลอดจนสภาพและอาการของโรคนั้น ๆ เป็นสำคัญ ดังนั้น การปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตตามธรรมชาติโดยงดการรักษาหรือระงับการรักษาตามเจตนาของผู้ป่วยจึงเป็นการปล่อยให้โรคดำเนินไปตามธรรมชาติ ไม่ใช่การทำการุณยฆาตหรือการเร่งให้ตายเร็วขึ้น แต่อย่างใด

ประเด็นพิจารณาต่อเนื่องมีว่า การที่แพทย์งดการรักษาหรือระงับการรักษาจะถือว่าเป็นกรณีงดเว้นการที่จกต้องกระทำตามมาตรา ๕๙^{๑๖} วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือไม่ นั้น เห็นว่า การงดเว้นตามประมวลกฎหมายอาญาต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดและเป็นหน้าที่ที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล คือ ถ้าไม่กระทำตามหน้าที่แล้ว ผลร้ายนั้นจะเกิด จึงจะถือว่าผลร้ายเกิดจากการงดเว้นปฏิบัติหน้าที่นั้น แต่กรณีของแพทย์ซึ่งงดหรือระงับการรักษา

ของผู้ป่วย มิใช่การตัดสินใจของบุคคลใกล้ชิดนั้น, รายละเอียดโปรดดู รุ่งนิรันดร์ ประดิษฐ์สุวรรณ, “การทำหนังสือแสดงเจตนาเกี่ยวกับการดูแลรักษาผู้ป่วยในระยะสุดท้ายของชีวิต (advance directives) และการดูแลรักษาผู้ป่วยแบบประคับประคอง (palliative care)”, นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๖, น. ๑๘๗-๑๘๘.

^{๑๖} ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๕๙ บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำความผิดมีได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้นมีได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย.

ตามลักษณะ passive euthanasia นี้ แม้แพทย์มีหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วย แต่เมื่อถึงวาระสุดท้ายของชีวิตที่ผู้ป่วยต้องจากไปอย่างแน่อน ย่อมไม่มีแพทย์คนใดทำให้ผู้ป่วยที่ต้องตายตามธรรมชาติไม่ตายได้ การงดหรือระงับการรักษาดังกล่าวจึงไม่ใช่การงดเว้นในความหมายมาตรา ๕๙ วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เหตุผลประการต่อมา คือ มาตรา ๑๒ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติรับรองสิทธิปฏิเสธการรักษาพยาบาล (right to refuse medical treatment) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ป่วยไว้ โดยเด็ดขาด กล่าวคือ รับรองสิทธิปฏิเสธการรักษาพยาบาลที่เป็นไปเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้าย หรือที่เป็นไปเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยไว้ล่วงหน้า โดยทำเป็นหนังสือแสดงเจตนาไว้ก่อน ในขณะที่ผู้ป่วยมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ ซึ่งแพทย์ผู้ให้การรักษาจะให้การรักษาที่ผู้ป่วยปฏิเสธไว้ไม่ได้ โดยการทำหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๒ วรรคสอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การรักษาพยาบาลผู้ป่วยต้องเป็นไปด้วยความยินยอมของผู้ป่วยตามหลักที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีอัตภาพ (autonomy) ที่จะกำหนดว่าบุคคลอื่นสามารถปฏิบัติต่อร่างกายของเขาอย่างไร กรณีนี้ ศาลอุทธรณ์นิวยอร์กของสหรัฐอเมริกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาคดี Schloendorff v. Society of New York Hospital ว่ามนุษย์ทุกคนซึ่งเป็นผู้ใหญ่และสติสัมปชัญญะสมบูรณ์มีสิทธิตัดสินใจว่าการกระทำใดจะกระทำกับร่างกายของเขาได้ และศัลยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยต้องรับผิดชอบต่อความเสียหาย เว้นแต่กรณีฉุกเฉินที่ผู้ป่วยหมดสติและจำเป็นต้องกระทำก่อนที่จะได้รับความยินยอม^{๑๗} ซึ่งเป็นการยอมรับว่าผู้ป่วยเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาพยาบาลที่มีอิสระในการตัดสินใจเลือกวิธีการรักษาด้วยตนเองได้ (patient autonomy) ดังนี้ จึงเห็นได้ว่ามาตรา ๑๒ วรรคหนึ่ง มุ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยที่จะตัดสินใจในการรักษาพยาบาลตนเองในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต โดยผู้ป่วยขอใช้สิทธิที่จะตายได้ ไม่มีเครื่องมือใดมาเหนี่ยวรั้งไว้ การแสดงเจตนาเช่นนี้จึงไม่ใช่เรื่องการอนุญาตหรือการเร่งให้ตายเร็วขึ้น

นอกจากนั้น สิทธิการตายดีซึ่งกฎหมายรับรองผ่านบทบัญญัติมาตรา ๑๒ นี้ ยังเรียกร้องให้แพทย์และญาติผู้ป่วยละเว้นการใช้เครื่องมือแพทย์หรือกรรมวิธีการรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยเห็นว่าเป็นการยื้อชีวิตของตนออกไปโดยไม่ทำให้กลับเป็นปกติ เนื่องจากขณะป่วยหนักและอยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิต ผู้ป่วยย่อมไม่มีสติสัมปชัญญะพอที่จะแสดงเจตนารับหรือปฏิเสธการรักษาได้ด้วยตนเอง ทำให้ผู้ป่วยอาจถูกให้การรักษาตามที่แพทย์หรือญาติตัดสินใจ ทั้งที่การรักษาเหล่านั้นเป็นไปเพียงเพื่อยืดเวลาตายและเพิ่มความทุกข์ทรมานให้แก่ตัวผู้ป่วยเอง ซึ่งท้ายที่สุดแล้วผู้ป่วยก็ต้องจากไปอยู่ดี ดังนั้น มาตรา ๑๒ จึงเปิดโอกาสให้มีการแสดงเจตนาไม่รับบริการสาธารณสุขได้ตามสิทธิปฏิเสธการรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยมีอยู่

ประเด็นพิจารณาต่อไปมีว่า กรณีที่บุคคลใดแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมาน

^{๑๗} Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914).

จากการเจ็บป่วยไว้แล้ว โดยแสดงเจตนาใน living will ว่าไม่ประสงค์จะให้ใส่เครื่องช่วยหายใจ แต่หากไม่ใช่วาระสุดท้ายของชีวิต เช่น ประสบอุบัติเหตุและอยู่ในภาวะไม่รู้สีกตัว จากนั้นมีผู้นำส่งห้องฉุกเฉินของโรงพยาบาล แพทย์และพยาบาลต้องช่วยชีวิตบุคคลนั้นตามความรู้และจริยธรรมวิชาชีพ เนื่องจากหลักการของ living will ตามมาตรา ๑๒ ใช้เฉพาะเมื่อเข้าสู่วาระสุดท้ายของชีวิตเท่านั้น^{๑๘}

สำหรับการที่มาตรา ๑๒ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ บัญญัติให้เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง นั้น เมื่อมีการทำ living will โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุข เช่น แพทย์ พยาบาล ไม่ใช้เครื่องมือยื้อชีวิตในวาระสุดท้ายของผู้ป่วยตามเจตนาที่ได้แสดงไว้แล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขนั้นย่อมไม่มีความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาด้วยผลของมาตรา ๑๒ วรรคสาม อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นอำนาจกระทำได้ (justification) ในมุมมองกฎหมายอาญา ทั้งนี้ หากไม่มีการทำ living will เมื่อบุคคลนั้นเข้าสู่วาระสุดท้ายของชีวิตและมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ก็สามารถแสดงเจตนาแบบ living will ได้ทันทีเช่นกัน แต่หากบุคคลนั้นไม่มีสติสัมปชัญญะ การรักษาแบบยื้อชีวิตกับการดูแลรักษาแบบประคับประคองคงเป็นเรื่องการยินยอมของญาติใกล้ชิด ซึ่งหากญาติใกล้ชิดเลือกการดูแลรักษาแบบประคับประคอง ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขก็ไม่มี ความรับผิดใด ๆ เช่นกัน^{๑๙}

กล่าวโดยสรุป การแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย หรือ living will ตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ นั้น เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลเพื่อที่จะไม่ถูกเครื่องมือทางการแพทย์ยื้อชีวิตแบบไม่จำเป็นในวาระสุดท้ายของชีวิต อันเป็นการใช้สิทธิที่จะตายตามธรรมชาติหรือสิทธิการตายดี หลักการของมาตรา ๑๒ จึงไม่ใช่การเร่งให้ตายเร็วขึ้น แต่ก็ไม่ได้ยื้อความตายออกไปเรื่อย ๆ และไม่ได้เป็นการทอดทิ้งผู้ป่วยด้วยเหตุที่ว่าการดูแลรักษาแบบประคับประคองยังคงกระทำอยู่^{๒๐}

^{๑๘} แสง บุญเฉลิมวิภาส, “หลักการมาตรา ๑๒ ของ พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ คือ สิทธิที่จะขอตายตามธรรมชาติ”, ฐีให้รอบตอบเรื่องมาตรา ๑๒ พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, ๒๕๕๙, น. ๔๘.

^{๑๙} ปกป้อง ศรีสนิท, “Living will. Palliative care. Hospice และศูนย์ธรรมศาสตร์ ธรรมรักษ์”, ร่วมสานแนวคิดสู่การพัฒนา HOSPICE CARE, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๑, น. ๙๘.

^{๒๐} แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๘, น. ๕๙.

๓. การดูแลรักษาแบบประคับประคอง (Palliative Care)

โดยที่กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการดำเนินการตาม living will ได้กำหนดไว้ในข้อ ๒ ว่า “บริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย” หมายความว่า วิธีการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนำมาใช้กับผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาเพื่อประสงค์จะยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตออกไป โดยไม่ทำให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาพ้นจากความตายหรือยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย ทั้งนี้ ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ยังคงได้รับการดูแลรักษาแบบประคับประคอง” ดังนั้น เมื่อมีการทำ living will หรือไม่มีการทำ living will ก็ตาม แต่การที่ผู้ป่วยเลือกแนวทางการรักษาแบบไม่ยื้อชีวิต การดูแลรักษาผู้ป่วยในวาระสุดท้ายของชีวิต โดยจริยธรรมแห่งวิชาชีพจะใช้วิธีการดูแลรักษาแบบประคับประคองจนกระทั่งผู้ป่วยเสียชีวิต ดังนั้น จึงไม่มีการถือว่าผู้ป่วยจะถูกทอดทิ้ง ด้วยเหตุนี้ การดูแลรักษาแบบประคับประคองจึงเป็นพื้นฐานสำคัญที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ หากต้องการมุ่งสู่จุดหมาย “การตายดี” ตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐

สำหรับการดูแลรักษาแบบประคับประคอง นั้น คือ การดูแลครอบคลุมทุกด้าน นอกจากการดูแลทางการแพทย์ยังรวมถึงการดูแลด้านจิตใจของผู้ป่วยและการพูดคุยกับญาติ เพื่อให้เกิดความเข้าใจร่วมกัน ซึ่งเป็นวิธีการรักษาพยาบาลที่ยอมรับในระดับสากล โดยองค์การอนามัยโลก (World Health Organization) ให้ความหมายการดูแลรักษาแบบประคับประคองว่าเป็นการดูแลสุขภาพที่ช่วยเพิ่มคุณภาพชีวิตของผู้ป่วยและครอบครัวของผู้ป่วยซึ่งกำลังเผชิญกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บป่วยที่คุกคามถึงชีวิต โดยให้การป้องกัน บรรเทาความทุกข์ทรมาน และปัญหาอื่น ๆ แบบองค์รวมไม่ว่าจะเป็นทางร่างกาย (physical) จิตสังคม (psychosocial) และจิตวิญญาณ (spiritual)^{๒๑} จากความหมายนี้จะเห็นได้ว่า หลักการสำคัญของการดูแลรักษาแบบประคับประคอง คือ การบรรเทาความทุกข์ทรมาน (relief suffering) และการดูแลคุณภาพชีวิตของผู้ป่วย (improve quality of life) อย่างมีมนุษยธรรม^{๒๒} โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพื่อทำให้คุณภาพชีวิตของผู้ป่วยและครอบครัวดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ บรรเทาและป้องกัน

^{๒๑} World Health Organization (WHO), <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๖ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๒๒} หลักการนี้เป็นคำกล่าวของศาสตราจารย์เกียรติคุณ แพทย์หญิงสุมาลี นิมนานนิตย์ ครูแพทย์ผู้บุกเบิกงานด้าน palliative care และ end-of-life care ของคณะแพทยศาสตร์ ศิริราชพยาบาล, อ้างถึงใน แสงว บัญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๘, น. ๕๘.

ความทุกข์ทรมานทั้งทางกายและจิตใจของผู้ป่วยและครอบครัว และช่วยให้ผู้ป่วยได้มีชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี โดยไม่ประสงค์ที่จะเร่งให้ผู้ป่วยตายเร็วขึ้นและไม่ยืดชีวิตของผู้ป่วยอย่างฝืนธรรมชาติ^{๒๓} ทั้งนี้ การดูแลรักษาแบบประคับประคองควรเริ่มทำตั้งแต่ระยะเริ่มแรกที่แพทย์วินิจฉัยโรคไปจนถึงวาระสุดท้ายของชีวิตผู้ป่วย และควรครอบคลุมถึงการดูแลสภาพจิตใจที่โศกเศร้าของญาติหลังจากที่ผู้ป่วยเสียชีวิตด้วย

ในปัจจุบัน แพทยสมาคมโลก (World Medical Association) ได้ออกประกาศเกี่ยวกับการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย ที่กรุงมอนเตวิเดโอ ประเทศอุรุกวัย เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ โดยให้คำแนะนำแก่องค์กรวิชาชีพเวชกรรมในทุกประเทศให้นำการดูแลรักษาแบบประคับประคองมาใช้ดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย และพัฒนานโยบายระดับชาติเพื่อส่งเสริมการดูแลรักษาแบบประคับประคองด้วย^{๒๔} สำหรับกรณีประเทศไทย ได้ถือว่าการดูแลรักษาแบบประคับประคองเป็นเวชปฏิบัติมาตรฐานของโรงพยาบาลทั่วไปในการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้ายที่จะต้องดูแลรักษาด้วยการบรรเทาอาการ ตอบสนองความต้องการด้านจิตใจ สังคม และจิตวิญญาณ ของผู้ป่วยและครอบครัว ภายใต้การร่วมกันตัดสินใจ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรฐานโรงพยาบาลและบริการสุขภาพ ฉบับที่ ๔ ของสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน)^{๒๕}

จากความหมายและหลักการของการดูแลรักษาแบบประคับประคองดังกล่าว อาจสรุปลักษณะของการดูแลรักษาแบบประคับประคองได้ ดังนี้

๑. เป็นการดูแลรักษาด้วยการป้องกันและบรรเทาความทุกข์ทรมานต่าง ๆ ที่เกิดกับผู้ป่วยและครอบครัว โดยมีการจัดทำแผนการดูแลรักษาล่วงหน้า (advance care plan)

๒. มุ่งเน้นการยกระดับคุณภาพชีวิตของผู้ป่วยให้มีชีวิตที่สะดวกสบายตามสมควร และมีความสุขมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

๓. ไม่เร่งการตายและไม่ยืดความตายของผู้ป่วย

๔. ช่วยเหลือครอบครัวของผู้ป่วยให้สามารถรับมือกับความเจ็บป่วยและการสูญเสียผู้ป่วย

๕. ดูแลรักษาในรูปแบบของทีมซึ่งประกอบด้วยหลายภาคส่วน เช่น แพทย์ พยาบาล นักสังคมสงเคราะห์ พระหรือนักบวช

๖. ดูแลรักษาแบบมนุษยธรรมและเห็นอกเห็นใจกันในช่วงสุดท้ายของชีวิต รวมทั้งการดูแลทางจิตใจของผู้ป่วยด้วย (spiritual healing)

^{๒๓} รุ่งนิรันดร์ ประดิษฐ์สุวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๕*, น. ๑๘๗-๑๘๘.

^{๒๔} World Medical Association, <<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-on-end-of-life-medical-care/>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๖ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๒๕} สถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน), *มาตรฐานโรงพยาบาลและบริการสุขภาพ ฉบับที่ ๔*, นนทบุรี: สถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน), ๒๕๖๑, น. ๒๘, ๑๔๘.

๗. ควบคุมอาการ (symptom control) และความเจ็บปวดของผู้ป่วย (pain management) เพื่อผู้ป่วยจะได้ใช้เวลาในวาระสุดท้ายอย่างมีศักดิ์ศรีท่ามกลางครอบครัวอันเป็นที่รัก

นอกจากนั้น การดูแลรักษาแบบประคับประคองไม่ใช่เพียงแค่ดำเนินการได้ภายในสถานพยาบาลเท่านั้น แต่การดูแลรักษาแบบนี้ยังสามารถทำได้ที่บ้านของผู้ป่วยซึ่งมีความพร้อมภายใต้คำแนะนำของแพทย์ และการดูแลรักษาแบบประคับประคองอาจทำได้ใน hospice center อันเป็นสถานที่แยกออกจากสถานพยาบาลและมีบรรยากาศถึงบ้านถึงสถานพยาบาล โดยมีผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและสหวิชาชีพ เช่น นักสังคมสงเคราะห์ พระหรือนักบวช ให้การดูแลผู้ป่วย เพื่อให้ผู้ป่วยได้ใช้ชีวิตในวาระสุดท้ายที่มีคุณภาพตามสมควรกับครอบครัว ดังเช่น ศูนย์ธรรมศาสตร์ ธรรมรักษ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่เป็นสถานที่เพื่อการดูแลรักษาแบบประคับประคองในรูปแบบ hospice center

กล่าวโดยสรุป การดูแลรักษาแบบประคับประคองเปรียบเสมือน software ที่ผู้ป่วยหรือญาติใกล้ชิดเลือกใช้ในช่วงสุดท้ายของชีวิต และมีสถานพยาบาล บ้าน หรือ hospice center เป็น hardware^{๒๖} โดยการดูแลรักษาแบบประคับประคองเป็นการเปลี่ยนมุมมองในการรักษาพยาบาลให้หายขาดเป็นการอยู่ร่วมกันกับโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายได้โดยมีสภาพชีวิตที่ดีตามสมควร และไม่ใช่เครื่องมือที่ทันสมัยทางการแพทย์เพื่อยื้อชีวิตของผู้ป่วย เพื่อให้ความตายอันหลีกเลี่ยงไม่ได้นี้เป็นไปอย่างสงบและนำไปสู่การตายดี

๔. สภาพปัญหาของการใช้บังคับมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐

แม้ว่าพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ และกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ ได้ใช้บังคับมาหลายปีแล้วก็ตาม แต่ปรากฏว่ายังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในหลักการของการทำ living will ตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวอยู่มาก รวมทั้งการรักษาพยาบาลด้วยการดูแลรักษาแบบประคับประคองตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวก็ไม่ได้มีการดำเนินการอย่างทั่วถึงเพียงพอที่ประชาชนจะเข้าถึง “การตายดี” ได้ ทั้งนี้ ปัญหาเหล่านี้ อาจเกิดขึ้นจากความไม่แพร่หลายหรือขาดการทำความเข้าใจต่อบทกฎหมายในวงกว้าง หรืออาจเกิดขึ้นจากมุมมองของนักกฎหมายและแพทย์ที่ไม่สอดคล้องต้องกันนัก ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจึงได้ประมวลปัญหาจากการใช้บังคับกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ และนำเสนอเป็น

^{๒๖} ปกป้อง ศรีสนิท, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๙, น. ๙๙-๑๐๐.

ประเด็นสำคัญ ๆ รวมทั้งพิจารณาปัญหาต่าง ๆ อันจะนำไปสู่หนทางแก้ไขปัญหามิใช่ในปลายทางได้ดังนี้

๔.๑ ปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย

ปัญหานี้ สืบเนื่องจากการออกกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการทำหนังสือแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าว่าไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย โดยในหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าว (living will) ต้องลงลายมือชื่อหรือลายพิมพ์นิ้วมือของผู้ทำหนังสือ พยาน และผู้เขียนหรือผู้พิมพ์ไว้ด้วย รวมทั้งระบุประเภทของบริการสาธารณสุขที่ไม่ต้องการจะรับ ทั้งนี้ อาจระบุรายละเอียดอื่น ๆ เช่น ความประสงค์จะเสียชีวิต ณ สถานที่ใด ความประสงค์จะได้รับการเยียวยาทางจิตใจ และการปฏิบัติตามประเพณีและความเชื่อทางศาสนา และให้สถานบริการสาธารณสุขให้ความร่วมมือตามสมควร โดยหนังสือแสดงเจตนานี้สามารถทำ ณ สถานที่ใดก็ได้ และสามารถทำได้หลายฉบับ โดยให้ยึดฉบับที่ทำหลังสุด เป็นฉบับที่มีผลบังคับ นอกจากนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาเมื่อวาระสุดท้ายของชีวิตใกล้จะมาถึงหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย เช่น ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบการรักษาอธิบายให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาทราบถึงภาวะและความเป็นไปของโรคในขณะนั้น เพื่อขอคำยืนยันหรือปฏิเสธก่อนที่จะปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นข้อกฎหมายว่าการออกกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และได้มีการนำคดีไปสู่ศาลปกครองสูงสุด รายละเอียดปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.๑๑/๒๕๕๘ สรุปได้ดังนี้

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (นายกรัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข) ออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ ก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการจัดทำบริการสาธารณสุขด้านสาธารณสุข และไม่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้รับการศึกษาและรับการฝึกฝนในโรงเรียนแพทย์ซึ่งไม่เคยมีการเรียนการสอนถึงนิยามและความหมายของคำว่า “บริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย” “วาระสุดท้ายของชีวิต” และ “การทรมานจากการเจ็บป่วย” ตามกฎหมายดังกล่าว เพียงได้รับการศึกษาอบรมให้ช่วยชีวิตผู้ป่วยให้ดีที่สุดตามภาวะวิสัยและพฤติการณ์ในขณะนั้น และจะต้องไม่ทอดทิ้งผู้ป่วย

เสียชีวิต สำหรับหลักการตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวเรียกว่า การุณยฆาต (mercy killing หรือ euthanasia) เป็นการปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตลงโดยดเว้นไม่ให้การรักษาหรือการใช้เครื่องมือทางการแพทย์บางอย่างเพื่อยืดชีวิต อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ ยังขัดต่อมโนสำนึกในความเป็นแพทย์ที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งปวงได้ถูกปลูกฝัง ฝึกอบรมและปฏิบัติต่อผู้ป่วยสืบต่อกันมา และไม่ต้องด้วยมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ ทั้งการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในการออกกฎหมายกระทรวงเกินขอบเขตอำนาจ เพราะไม่ปรากฏว่าได้ผ่านขั้นตอนการพิจารณาและองค์การที่รับผิดชอบตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ ผู้ฟ้องคดีทั้งสามจึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดยกเลิกเพิกถอนกฎหมายกระทรวงดังกล่าวทั้งฉบับ

คดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยความชอบของกฎหมายกระทรวงพิพาททั้งในด้านกระบวนการออกกฎหมายและเนื้อหาสาระของกฎหมายกระทรวงดังกล่าว สรุปได้ดังนี้

เมื่อพิจารณาหลักการและเหตุผลของกฎหมายกระทรวงพิพาทอันเป็นเรื่องสิทธิในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้ ตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นสาระเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายที่บุคคลพึงมีตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการออกกฎหมายที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ เมื่อสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติได้จัดสัมมนาหลายครั้งและได้เสนอให้คณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติพิจารณาก่อนเสนอร่างกฎหมายกระทรวงดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติร่างกฎหมายนี้และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา หลังจากนั้นจึงได้นำเสนอผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองลงนามในร่างกฎหมายกระทรวงดังกล่าว และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังนั้น การออกกฎหมายกระทรวงพิพาทจึงเป็นไปตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติ

สำหรับเนื้อหาสาระของกฎหมายกระทรวงพิพาท นั้น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปได้ว่า การที่บุคคลแสดงเจตนาในการไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย ซึ่งมีผลทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องเคารพการตัดสินใจดังกล่าวนั้น การดังกล่าวย่อมเรียกว่าสิทธิของบุคคลในการที่จะเลือกปฏิเสธการรักษาพยาบาลเพื่อที่จะได้ตายโดยธรรมชาติ และเมื่อพิจารณาบทนิยามของกฎหมายกระทรวงพิพาทแล้วย่อมเห็นได้ว่า การทำหนังสือดังกล่าวเป็นการแสดงสิทธิในชีวิตและร่างกายตามรัฐธรรมนูญ การยื่นความประสงค์ไว้ล่วงหน้าเพื่อประกาศให้สาธารณชนทราบความประสงค์ของตนว่าจะใช้สิทธิเช่นใด จึงหาเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ และเมื่อพิจารณากฎกระทรวงพิพาทแล้ว กฎกระทรวงดังกล่าวได้กำหนดองค์ประกอบของการแสดงสิทธิไว้ ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขหาอำนาจหน้าที่

ในการทำให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาถึงแก่ความตายโดยวิธีการใด ๆ ไม่ และผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ยังคงได้รับการดูแลรักษาแบบประคับประคอง รวมทั้งผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ดังกล่าว จะต้องมีความตามที่กฎกระทรวงพิพาทกำหนด ตลอดจนผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่รับผิดชอบการรักษา มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยพยากรณ์โรคตามมาตรฐานทางการแพทย์ ทั้งนี้ หากผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ดังกล่าว ต้องการตายอย่างธรรมชาติ ดังนั้น ตามองค์ประกอบของกฎกระทรวงพิพาท จึงหาใช่การปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตลงโดยดเว้นไม่ ให้การรักษา หรือ การใช้ยาและเครื่องมือทางการแพทย์บางอย่างเพื่อยุติชีวิต นอกจากนั้น กฎกระทรวงพิพาท ก็มี得有เนื้อหาสาระเกินกว่าพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นแต่เพียงการอธิบาย และกำหนดขั้นตอนรวมทั้งวิธีการในการจัดทำหนังสือแสดงเจตนา ไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย เท่านั้น ดังนั้น กฎกระทรวงพิพาท มิได้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และองค์ประกอบอันมีความหมายในการปล่อยให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา เสียชีวิตลงโดยดเว้นไม่ ให้การรักษา หรือ การใช้ยาและเครื่องมือทางการแพทย์บางอย่างเพื่อยุติชีวิต แต่เป็นการรักษาอย่างประคับประคอง เพื่อให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ดังกล่าว ตายอย่างเป็นธรรมชาติ เพื่อมิให้ยื้อความตายอย่างสิ้นหวัง หรือ ทำให้ผู้นั้นต้องทรมานจากการเจ็บป่วยอยู่ตลอดเวลา ด้วยเหตุนี้ กฎกระทรวงพิพาท จึงไม่ปรากฏว่า ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

เมื่อพิจารณาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งคดี ซึ่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดแล้ว อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการไม่แพร่หลายของตัวบทกฎหมาย หรือ อาจเพราะการทำความเข้าใจในสาระสำคัญเกี่ยวกับมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ และกฎกระทรวงดังกล่าว ยังไม่มีความทั่วถึงหรือมีน้อยเกินไป ทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย และแม้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนแล้วว่า เนื้อหาสาระทั้งของมาตรา ๑๒ และของกฎกระทรวงนี้ มิได้เป็นการปล่อยให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา เสียชีวิตลงโดยดเว้นไม่ ให้การรักษา หรือ การใช้ยาและเครื่องมือทางการแพทย์บางอย่างเพื่อยุติชีวิต แต่เป็นการดูแลรักษาแบบประคับประคอง เพื่อให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ดังกล่าว ได้ตายอย่างเป็นธรรมชาติ ก็ตาม แต่ในช่วงเวลาปี พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่ผ่านมานี้ กลับปรากฏข้อถกเถียงในวงการกฎหมายและวงการแพทย์เกี่ยวกับการทำการุณยฆาตว่า สามารถทำได้ในประเทศไทยหรือไม่ ทั้งจากกรณีผู้ป่วยชาวไทยเดินทางไปทำการุณยฆาตที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งในบันทึกของผู้ป่วยคนนี้ระบุว่า แพทย์ให้ผ้าดัดสู้จนถึงที่สุด โดยมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า กรณีนี้ หากได้รับการรักษาจากแพทย์ที่รู้เรื่องการดูแลรักษาแบบประคับประคอง ผู้ป่วยท่านนี้อาจไม่ตัดสินใจเลือกวาระสุดท้ายของชีวิตเช่นนี้^{๒๗}

^{๒๗} <<https://news.thaipbs.or.th/content/278179>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๖ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

๔.๒ ปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการปฏิเสธการดำเนินการตาม living will

ด้วยผลของบทมาตรา ๑๒ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ เมื่อแพทย์ได้ปฏิบัติตาม living will แล้ว การกระทำของแพทย์นั้นไม่มีความผิดใด ๆ แต่หากมีการปฏิเสธการดำเนินการตาม living will อาจด้วยสาเหตุจากการที่ญาติผู้ป่วยซึ่งผูกพันกันมาก ขอให้แพทย์ใส่เครื่องช่วยหายใจเพื่อยืดเวลาออกไปสักระยะเพื่อให้ญาติผู้ป่วยได้พบหน้า และดูแลกันเป็นครั้งสุดท้าย เหตุผลเช่นนี้ แพทย์สามารถใส่เครื่องช่วยหายใจเพื่อการดังกล่าวได้ แต่บางกรณีอาจเกิดความขัดแย้งระหว่างญาติผู้ป่วยกับแพทย์หรือระหว่างญาติผู้ป่วยด้วยตนเอง และคำขอของญาติผู้ป่วยที่ให้ยืดการตายออกไปนั้นอาจเป็นไปด้วยความไม่รู้ แพทย์ก็ควรปฏิบัติตามข้อ ๖ (๒) แห่งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ โดยอธิบายถึงภาวะและความเป็นไปของโรคให้ญาติผู้ป่วยทราบ และแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการตาม living will ก่อนที่จะปฏิบัติตาม living will ให้สมดังเจตนาของผู้ป่วย แต่ในทางกลับกัน กรณีผู้ป่วยอยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิต ซึ่งไม่รู้สีกตัว และอาจทำหรือไม่ได้ทำ living will ไว้ กรณีนี้เมื่อญาติเห็นแล้วเกิดความประสงค์ให้ผู้ป่วยจากไปอย่างสงบโดยไม่ต้องมีเครื่องมือทางการแพทย์ใด ๆ มาพันนาการไว้ แต่เมื่อญาติแสดงความประสงค์ดังกล่าว แพทย์กลับไม่ยอมถอดเครื่องมือออกหรือถอดเครื่องมือออกแต่ให้ญาติรับผู้ป่วยกลับไปดูแล ปัญหาเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดความคลงแคลงใจระหว่างญาติกับแพทย์ ซึ่งนำมาสู่ปัญหาของการฟ้องร้องเป็นคดีกันอยู่เสมอ ในกรณีนี้การสื่อสารพูดคุยทำความเข้าใจกับญาติผู้ป่วยอย่างกัลยาณมิตรจึงเป็นเรื่องที่สำคัญมากในเวชปฏิบัติ^{๒๘} เพราะหากได้ปรึกษาหารือกันด้วยเหตุและผลโดยมุ่งเป้าไปยังสิ่งดีที่สุดในชีวิตสำหรับผู้ป่วยแล้ว ผลที่ได้จากการปรึกษาหารือดังกล่าว ย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วยแน่นอน

๔.๓ ปัญหาในการเข้าถึงการดูแลรักษาแบบประคับประคอง

แม้ว่าการดูแลรักษาแบบประคับประคองถือได้ว่าเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่สำคัญซึ่งจะนำไปสู่ “การตายดี” แต่จากรายงานขององค์การอนามัยโลกเกี่ยวกับสถานการณ์การดูแลรักษาแบบประคับประคองทั่วโลก พบว่า แต่ละปีทั่วโลกจะมีผู้ป่วยในวาระสุดท้ายของชีวิตราว ๔๐ ล้านคน ที่ต้องการการดูแลรักษาแบบประคับประคอง ในจำนวนนี้มีถึงร้อยละ ๗๘ ที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่มีรายได้ต่ำและรายได้ปานกลาง อย่างไรก็ตาม จะมีผู้ป่วยในวาระสุดท้ายของชีวิตเพียงร้อยละ ๑๔ เท่านั้น ที่ได้รับการดูแลรักษาแบบประคับประคอง^{๒๙} ทั้งนี้ อาจด้วยข้อจำกัดที่เข้มงวดในการใช้มอร์ฟินหรือกลุ่มยาบรรเทาปวดอื่น ๆ สำหรับบรรเทาอาการทรมานก่อนเสียชีวิต หรืออาจเกิดจากความเข้าใจและการฝึกอบรมผู้เชี่ยวชาญด้านสาธารณสุขซึ่งไม่ใช่เพียงแค่แพทย์ แต่รวมถึงพยาบาลและอาสาสมัครทางการแพทย์ในชุมชนที่ยังมีน้อยเกินไป

^{๒๘} แสง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๘*, น. ๕๔.

^{๒๙} World Health Organization (WHO), *supra* note 21.

หรืออาจเกิดจากความเข้าใจผิดเรื่องการดูแลผู้ป่วยในวาระสุดท้ายของชีวิต เช่น เข้าใจว่าเป็นการดูแลผู้ป่วยเฉพาะกลุ่มมะเร็ง หรือเข้าใจคำว่า “วาระสุดท้ายของชีวิต” คือการมีชีวิตเหลืออยู่เพียงแค่วันเดียว เช่น ผู้ป่วยเหลือเวลาอีกแค่หนึ่งสัปดาห์^{๓๐} ทั้งนี้ โดยเมื่อพิจารณาจากตัวเลขขององค์การอนามัยโลกดังกล่าวแล้ว แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยก็จัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มีการเข้าถึงการดูแลรักษาแบบประคับประคองในระดับที่น้อยมาก

นอกจากสาเหตุซึ่งนำไปสู่ปัญหาการเข้าถึงการดูแลรักษาแบบประคับประคองดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว หากพิจารณาประเด็นทางกฎหมายอาจเป็นเพราะว่า การที่กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ กำหนดนิยามคำว่า “บริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย” หมายความว่า วิธีการที่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมนำมาใช้กับผู้ที่ทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตออกไป โดยไม่ทำให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาพ้นจากความตายหรือยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย ทั้งนี้ ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนายังคงได้รับการดูแลรักษาแบบประคับประคอง” โดยไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การดูแลรักษาแบบประคับประคอง” ไว้ให้ชัดเจน รวมทั้งไม่มีจุดเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ในการที่จะไปกำหนดลักษณะหรือรายละเอียดเกี่ยวกับการดูแลรักษาแบบประคับประคองในกฎกระทรวงได้ จึงส่งผลให้ประสบกับปัญหาในการที่จะกำหนดให้การดูแลรักษาแบบประคับประคองเป็นภารกิจของสถานพยาบาลของรัฐและส่งผลกระทบต่อการจัดสรรงบประมาณและการตรวจสอบ ตลอดจนปัญหาที่การดูแลรักษาแบบประคับประคองมีการเรียนการสอนกันน้อยมากในประเทศไทย รวมทั้งไม่เป็นที่แพร่หลายหรือรับรู้กันอยู่แต่เฉพาะผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขเพียงบางกลุ่มเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว การดูแลรักษาแบบประคับประคองควรมีอยู่ในทุกสถานพยาบาล

๕. ข้อเสนอแนะ

กล่าวโดยสรุป มาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นบทบัญญัติที่มีสาระสำคัญในการเปิดโอกาสและรับรองสิทธิให้บุคคลสามารถแสดงเจตนาเป็นหนังสือไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อตนอยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย จะขอจากไปตามวิถีธรรมชาติโดยไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย อันเป็นการขอใช้

^{๓๐} สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, “ผู้ป่วยระยะสุดท้าย ๔๐ ล้านคนทั่วโลก มีเพียง ๑๔ % เท่านั้น ที่ได้รับการดูแลแบบ palliative care”, <<https://www.hfocus.org/content/2019/05/17152>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๖ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

สิทธิที่จะตายตามธรรมชาติหรือสิทธิการตายดี โดยเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลดังกล่าวแล้ว มิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง ซึ่งการบัญญัติมาตรา ๑๒ ในลักษณะนี้ เป็นไปเพื่อรองรับแนวคิด passive euthanasia โดยให้บุคคลสามารถแสดงความต้องการของตนไว้ล่วงหน้าด้วยการเขียน living will แต่มาตรานี้ไม่ใช่บทกฎหมายที่อนุญาตให้เร่งการตายให้เร็วขึ้นหรือการทำการุณยฆาตตามการกระทำในลักษณะ active euthanasia และไม่ใช่อะไรที่ความตายออกไปเรื่อย ๆ รวมทั้งไม่ได้เป็นการทอดทิ้งผู้ป่วย เพราะยังคงมีการดูแลรักษาผู้ป่วยอยู่ด้วยวิธีการดูแลรักษาแบบประคับประคอง

สำหรับประเด็นปัญหาเรื่องการใช้บังคับมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งผู้เขียนได้หยิบยกขึ้นมาแลกเปลี่ยนในบทความนี้ ทั้งประเด็นความเข้าใจเกี่ยวกับการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย ประเด็นทางปฏิบัติเกี่ยวกับการปฏิเสธการดำเนินการตาม living will ตลอดจนประเด็นการเข้าถึงการดูแลรักษาแบบประคับประคอง นั้น ล้วนเป็นปัญหาที่กำลังคุกคามต่อการพัฒนาระบบสุขภาพของประเทศไทย ในขณะนี้ จึงสมควรที่นักกฎหมาย แพทย์ และผู้เกี่ยวข้อง จะร่วมกันสร้างสมดุลเพื่อหาทางออกให้กับปัญหา และนำไปสู่การสร้างเสริมระบบสุขภาพของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพและทั่วถึง สมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ โดยผู้เขียนเห็นควรเสนอแนวทางแก้ไขประเด็นปัญหาเหล่านั้น ดังนี้

กรณีประเด็นปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย นั้น อาจสืบเนื่องมาจากความไม่แพร่หลายของกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมาตรา ๗๗ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้รัฐพึงดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง และมาตรา ๕ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ดังนั้น จึงสมควรที่สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติจะดำเนินการอย่างจริงจังเพื่อเผยแพร่พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ และกฎหมายลำดับรองที่ครบถ้วนและเป็นปัจจุบัน พร้อมทั้งจัดทำคำอธิบายโดยสรุปซึ่งประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยสะดวกและเข้าใจได้ง่าย ประกอบกับมาตรา ๗๗ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป และมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้การประเมินผลสัมฤทธิ์ให้ดำเนินการประเมินผลที่เกิดจากการบังคับใช้

กฎหมายและกฎที่ออกตามกฎหมายนั้นในคราวเดียวกัน กรณีจึงเป็นการสมควรที่คณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ สมัชชาสุขภาพ และสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ จะได้ส่งคายนาราชราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะเรื่องการจัดทำ living will และการดูแลรักษาแบบประคับประคอง เสียในคราวเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้สาระสำคัญของเรื่องดังกล่าวมีความชัดเจนและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

กรณีประเด็นปัญหาทางปฏิบัติเกี่ยวกับการปฏิเสธการดำเนินการตาม living will กรณีนี้มักจะเกิดขึ้นเมื่อมีความขัดแย้งระหว่างแพทย์ผู้รับผิดชอบการรักษา กับญาติผู้ป่วย จึงควรมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนเพื่อบริหารจัดการปัญหานี้ โดยอาจใช้รูปแบบของคณะกรรมการจริยธรรมในสถานพยาบาล (ethic committee) ทำหน้าที่พิจารณาปัญหาที่มีความซับซ้อนทางจริยธรรม ดังเช่นกรณีความขัดแย้งที่เกิดจากการทำและการดำเนินการตาม living will กล่าวคือ เมื่อแพทย์ผู้รับผิดชอบการรักษานั้นไม่สามารถตัดสินใจกับปัญหาดังกล่าวได้ ก็ส่งเรื่องให้คณะกรรมการจริยธรรมเป็นผู้พิจารณา ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการจริยธรรมควรประกอบด้วยสามฝ่าย คือ ญาติผู้ป่วยฝ่ายหนึ่ง แพทย์ผู้รับผิดชอบการรักษาฝ่ายหนึ่ง และแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ นักกฎหมาย นักสังคมสงเคราะห์ หรือผู้นำชุมชน ทำหน้าที่เป็นคนกลางอีกฝ่ายหนึ่ง และหากเป็นไปได้ควรมีแพทย์หรือบุคลากรซึ่งรับผิดชอบการดูแลรักษาแบบประคับประคองเข้าร่วมด้วย เพื่อพิจารณาและยึดประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นหลักนั่นเอง อันจะทำให้เกิดความเข้าใจที่ตรงระหว่างแพทย์ผู้รับผิดชอบการรักษา กับญาติผู้ป่วยได้ระดับหนึ่ง ทั้งนี้ ในสถานพยาบาลทุกแห่งสมควรจะมี counseling room เพื่อให้ญาติผู้ป่วยสามารถขอคำปรึกษาหรือพูดคุยเรื่องการรักษาพยาบาลได้ อย่างไรก็ตามเพื่อความชัดเจน ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ เพื่อกำหนดขั้นตอนและวิธีการดำเนินการของคณะกรรมการจริยธรรมดังกล่าวด้วย

สำหรับกรณีประเด็นปัญหาการเข้าถึงการดูแลรักษาแบบประคับประคอง นั้น แม้ว่าปัจจุบันการดูแลรักษาแบบประคับประคองเป็นเวชปฏิบัติมาตรฐานดังที่กล่าวมาแล้ว แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านงบประมาณและบุคลากร ทำให้การดูแลรักษาแบบประคับประคองไม่เป็นที่แพร่หลายและทำให้ประชาชนไม่อาจเข้าถึงบริการสาธารณสุขเช่นนี้ได้ ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นควรเสนอการแก้ไขปัญหาระยะสั้น โดยให้มีการกำหนดนิยามคำว่า “การดูแลรักษาแบบประคับประคอง” ไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ และธรรมนูญว่าด้วยระบบสุขภาพแห่งชาติ เสียก่อน ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นกรอบและแนวทางในการกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์ และการดำเนินการด้านการดูแลรักษาแบบประคับประคองต่อไป สำหรับการแก้ไขปัญหในระยะต่อไป นั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติระบบสุขภาพปฐมภูมิ พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้กำหนดกลไกการให้บริการสุขภาพปฐมภูมิในเชิงรุกซึ่งแตกต่างจากการให้บริการสาธารณสุขในปัจจุบันที่ตั้งรับรอผู้ป่วยอยู่ในสถานพยาบาล โดยบริการสุขภาพปฐมภูมิดังกล่าวจะมีแพทย์เวชศาสตร์ครอบครัวและคณะผู้ให้บริการสุขภาพปฐมภูมิ เช่น ทันตแพทย์ พยาบาล เภสัชกร นักวิชาการ

สาธารณสุข นักกำหนดอาหาร หรืออาสาสมัครสาธารณสุขประจำหมู่บ้าน ร่วมกันให้บริการสุขภาพปฐมภูมิในหน่วยบริการปฐมภูมิซึ่งรวมถึงโรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบล (สถานีอนามัย) ที่มีความพร้อมอยู่ทั่วประเทศ และการให้บริการสุขภาพปฐมภูมินอกหน่วยบริการปฐมภูมิ เช่น ที่บ้านของผู้ป่วย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะได้จัดการเรียนการสอนเกี่ยวกับการดูแลรักษาแบบประคับประคองเพิ่มขึ้น ในการนี้ สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติและสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข สมควรที่จะประสานความร่วมมือกันเพื่อทำให้การดูแลรักษาแบบประคับประคองเป็นหนึ่งในขอบเขตของบริการสุขภาพปฐมภูมิซึ่งบุคคลมีสิทธิได้รับตามพระราชบัญญัติระบบสุขภาพปฐมภูมิ พ.ศ. ๒๕๖๒ และสามารถเข้าถึงได้อย่างมีมาตรฐาน เพราะแม้ปัจจุบัน การดูแลรักษาแบบประคับประคองได้ถูกกำหนดเป็นบริการสุขภาพปฐมภูมิที่บุคคลมีสิทธิได้รับตามประกาศคณะกรรมการระบบสุขภาพปฐมภูมิ เรื่อง บริการสุขภาพปฐมภูมิที่บุคคลมีสิทธิได้รับ พ.ศ. ๒๕๖๓ แล้วก็ตาม แต่การเข้าถึงการดูแลรักษาแบบประคับประคองซึ่งถือว่าเป็นเรื่องใหม่ของสวัสดิการหรือสิทธิในการรักษาพยาบาลยังมีข้อจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าใช้จ่ายของผู้ป่วยในการรับบริการดูแลรักษาแบบประคับประคอง จึงจำเป็นต้องมีการขยายสวัสดิการหรือสิทธิของบุคคลซึ่งมีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลหรือรับบริการสาธารณสุขตามสวัสดิการหรือตามสิทธิที่บุคคลนั้นได้รับอยู่ตามกฎหมาย ดังนั้น สมควรที่คณะกรรมการระบบสุขภาพปฐมภูมิ กระทรวงการคลัง คณะกรรมการประกันสังคม คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับสวัสดิการการรักษาพยาบาล จะต้องไปทำความตกลงกันในเรื่องค่าใช้จ่ายสำหรับการดูแลรักษาแบบประคับประคองต่อไป ตามมาตรา ๑๖ วรรคสอง ประกอบกับมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระบบสุขภาพปฐมภูมิ พ.ศ. ๒๕๖๒

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ในมุมมองทางกฎหมายแล้ว ประเด็นปัญหาเหล่านั้นอาจเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายนั่นเอง ในชั้นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นสมควรเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยควรเพิ่มเติมนิยามคำว่า “การดูแลรักษาแบบประคับประคอง” ในบทนิยามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ ให้ชัดเจน และปรับปรุงมาตรา ๑๒ ให้ครบถ้วนตรงตามเจตนารมณ์ของการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย โดยเพิ่มเติมเรื่องการดูแลรักษาแบบประคับประคองเข้าไปด้วย ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นฐานอำนาจสำหรับการปรับปรุงรายละเอียดที่เกี่ยวข้องในกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. ๒๕๕๓ ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความในมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๑๒ บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

ให้บุคคลซึ่งทำหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ยังคงได้รับการดูแลรักษาแบบประคับประคอง

การจัดทำและการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง และการดูแลรักษาแบบประคับประคองตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”

นอกจากนั้น ในการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ควรมีบทเฉพาะกาลรองรับหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่ได้ดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ นั้น เป็นเรื่องที่จะต้องย้อนมาก จึงสมควรมีการศึกษาวิจัยเพื่อวิเคราะห์ผลกระทบรวมทั้งรับฟังความคิดเห็นในเรื่องนี้ให้รอบคอบตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒

ท้ายที่สุด ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อหลักการของมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นเรื่องสิทธิในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย โดยผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวยังคงได้รับการดูแลรักษาแบบประคับประคองเพื่อให้ผู้นั้นได้ตายอย่างเป็นธรรมชาติหรือนำไปสู่การตายดี ซึ่งผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาพึงได้รับสิทธิเช่นเดียวกับมนุษย์ทุกคน จึงสมควรที่ทั้งวงการกฎหมาย วงการแพทย์ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะร่วมกันสนับสนุนและพัฒนาการดูแลรักษาแบบประคับประคองในประเทศไทยให้เข้มแข็ง มีคุณภาพ และมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนชาวไทยสามารถเข้าถึงการดูแลรักษาแบบประคับประคองได้อย่างทั่วถึง อันเป็นประโยชน์แก่คุณภาพชีวิตของประชาชนมากกว่าการถกเถียงกันว่า ประเทศไทยควรให้มีการทำกรณียาได้หรือไม่

การจัดการร่างของผู้ขายนมแบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม*

กัลยา เกียรติถาวรชัย**

การเปลี่ยนแปลงสภาวะสิ่งแวดล้อมของโลกส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตมนุษย์เป็นอย่างมาก ทั้งสภาวะโลกร้อน (Global Warming) มลพิษทางอากาศ ค่าฝุ่น PM ๒.๕ การขาดแคลนแหล่งน้ำจืด ป่าไม้ลดลงและการเสื่อมสภาพของดิน โดยสาเหตุการเปลี่ยนแปลงสภาวะแวดล้อมของโลกอาจเกิดขึ้นจากธรรมชาติ เช่น การเกิดอุทกภัยทำให้กระแสน้ำพัดพาและชะล้างสิ่งสกปรก สารพิษที่ปนเปื้อนในดินลงสู่แหล่งน้ำจนกลายเป็นมลพิษทางน้ำ การเกิดภูเขาไฟระเบิดก่อให้เกิดเถ้าฝุ่นฟุ้ง ความร้อนและกระจายไปในอากาศ หรือการเกิดไฟป่าทำให้เกิดเขม่าควันไฟฟุ้งกระจายในบรรยากาศและเป็นการทำลายสารอาหาร แร่ธาตุที่เป็นประโยชน์ต่อพืชและผิวดิน แต่ปัจจัยสำคัญของการเปลี่ยนแปลงสภาวะสิ่งแวดล้อมนั้นเกิดจากการกระทำของมนุษย์ ซึ่งเป็นกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อการยังชีพ เพื่อการแข่งขันและอยู่รอด ล้วนแล้วแต่สร้างผลกระทบต่อความสมดุลของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก เพราะขาดความสำนึกและความรับผิดชอบต่อสังคม^๑ แม้กระทั่งเมื่อมนุษย์สิ้นลมหายใจแล้วการจัดการกับร่างของผู้เสียชีวิตก็ได้ตระหนักถึงมลพิษและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม จากแนวคิดดังกล่าวนี้เองจึงมีความพยายามพัฒนาและใช้เทคโนโลยีเพื่อจัดการกับร่างผู้ขายนมด้วยวิธีการที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม บทความนี้จึงมุ่งประสงค์จะนำเสนอวิธีการจัดการในรูปแบบที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะการแปลงสภาพร่างของผู้ขายนมให้เป็นปุ๋ย (Human Composting) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ข้อดีและข้อเสียของระบบการจัดการแบบใหม่นี้และนำไปสู่การเสนอแนวโน้มนโยบายการจัดการของประเทศไทย

๑. วิธีการจัดการร่างผู้ขายนมกับกฎหมาย

การจัดการร่างของมนุษย์เมื่อสิ้นลมหายใจแล้ว ร่างจะถูกนำไปประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อทางศาสนาและมีวิธีจัดการอยู่สามวิธีหลัก ได้แก่ การฝัง การลอยแม่น้ำ และการฌาปนกิจ^๒ ซึ่งวิธีการเหล่านี้ล้วนแล้วแต่สร้างมลพิษแก่ดิน น้ำ และอากาศทั้งสิ้นกล่าวคือ การฝังซึ่งโดยธรรมเนียมประเพณี ต้องใช้คอนกรีตสำหรับเทลงในหลุม ใช้ไม้สำหรับทำโลงศพ (ในกรณีชาวตะวันตกต้องมีเหล็กเป็นส่วนประกอบของโลงศพด้วย) และใช้ฟอร์มาลดีไฮด์ (หรือฟอร์มาลีน)

*บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

**นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายบริหารหลักสูตร สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (พฤษภาคม ๒๕๖๔)

^๑ ธีรพร ยวงเงิน, “โลกและสิ่งแวดล้อม”, <<https://geogtechpnru.files.wordpress.com/pdf/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^๒ ฌาปนกิจ น. การเผาศพ.

สำหรับต้องศพเพื่อฉีดไม่ให้ร่างเน่าเปื่อยเร็ว ซึ่งเป็นสารมีพิษและเพิ่มมลพิษทางน้ำให้กับโลกจากกระบวนการดองด้วยขั้นตอนปล่อยของเหลวในร่างผู้วายชนม์ลงสู่ท่อระบายน้ำ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่ทำให้เกิดการปนเปื้อนของเชื้อโรค สารเคมีในดินและแหล่งน้ำทั้งใต้ดินและบนดิน การลอยแม่น้ำก็เป็นการปนเปื้อนเช่นเดียวกัน ส่วนการฌาปนกิจซึ่งเป็นวิธีที่นิยมของพุทธศาสนิกชน และได้รับความนิยมมากขึ้นแม้แต่ชาวตะวันตก เช่น ในประเทศเยอรมัน คนเยอรมันไม่สามารถเลือกฝังศพได้ตามอำเภอใจ ร่างของผู้วายชนม์จะต้องฝังหรือฌาปนกิจในสถานที่รัฐกำหนดเท่านั้น ส่วนใหญ่เลือกฌาปนกิจเพราะค่าใช้จ่ายถูกกว่าการฝังและประหยัดค่าเช่าสุสาน ไม่มีการนำอังคารไปลอยน้ำไปโปรยในสวน หรือเก็บอัฐิไว้ที่บ้าน เพราะผิดกฎหมาย^๓ หรือในประเทศสหราชอาณาจักรที่มีสถิติการจัดการด้วยการฌาปนกิจว่าในช่วงปี ๑๙๖๐ ถึง ๑๙๘๐ นิยมการฌาปนกิจร้อยละหกสิบห้า และตั้งแต่ปี ๒๐๐๐ เป็นต้นมา เพิ่มขึ้นอีกเป็นร้อยละเจ็ดสิบที่ใช้วิธีการฌาปนกิจ^๔ เป็นต้น จึงถือได้ว่าเป็นการสร้างมลพิษทางอากาศ เช่น เขม่าควัน คาร์บอนไดออกไซด์ หรือปรอท (จากวัสดุอุดฟัน) เป็นต้น ดังนั้น จึงมีความพยายามสร้างทางเลือกใหม่ในการจัดการกับร่างของผู้วายชนม์แบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม ได้แก่

๑. การฝังแบบรักษ์โลก^๕ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา มีหน่วยงานที่ชื่อว่า Green Burial Council (GBC) ที่มาขับเคลื่อนรณรงค์การทำพิธีฝังศพที่ดีต่อสิ่งแวดล้อม โดยทำหน้าที่ให้เครื่องหมายรับรองกับบริษัทที่รับจัดงานศพที่ให้บริการและใช้ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับงานศพที่ใช้วัตถุดิบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม ไม่ใช่สารเคมีแต่ใช้สารคงสภาพศพที่ไม่เป็นพิษ ทำจากน้ำมันธรรมชาติที่ย่อยสลายได้ หรือจะเป็นโลงศพที่ทำมาจากไม้เนื้ออ่อนที่ย่อยสลายตามธรรมชาติได้ง่าย เช่น ต้นไผ่ ต้นหลิว หรือแม้แต่ที่ทำมาจากกระดาษแข็ง^๖

^๓ งานศพเยอรมัน, <<https://twne.eu/german-funeral-traditions/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^๔ Golden Charter, “A short history of cremation in the UK” (29 Nov 2018), <<https://www.goldencharter.co.uk/news-and-info/2018/a-short-history-of-cremation-in-the-uk/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^๕ เทพพิทักษ์ มณีพงษ์ “ตายแล้ว (จะ) ไปไหน? : 5 วิธีจบชีวิตแบบกรีนๆ ที่ดีต่อโลก” (21 Nov 2017), <<https://www.the101.world/green-burial/>>, สืบค้นเมื่อ ๓๐ เมษายน ๒๕๖๔.

^๖ Green Burial Council, <https://www.greenburialcouncil.org/green_burial_defined.html>, สืบค้นเมื่อ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

สำหรับโรงศพที่สามารถย่อยสลายได้นั้น ในปี ๒๕๖๓ บริษัทสตาร์ทอัพที่ชื่อว่า Loop ในเนเธอร์แลนด์ได้คิดค้นนวัตกรรมโรงศพมีชีวิตขึ้นเป็นชิ้นแรกของโลก (Living Coffin)^๗ ที่ทำจากเห็ดไมซีเลียม (Mycelium) ซึ่งจะเติบโตใต้ดินในโครงสร้างรากที่ซับซ้อนของต้นไม้และเชื้อรา ทำให้โรงศพมีชีวิตสามารถย่อยสลายได้และได้ถูกนำไปใช้งานจริงแล้วในเนเธอร์แลนด์ โดยไมซีเลียมจะกระตุ้นการสลายตัวและดูดซึมสารพิษต่างๆ ที่อยู่ในร่างกายมนุษย์ที่ส่งผลเสียต่อคุณภาพดิน ด้วยการปรับคุณภาพของดินให้ดีขึ้นและให้สารอาหารแก่ทุกสิ่ง que เติบโตเหนือพื้นดินได้ ทั้งยังสามารถเปลี่ยนร่างกายมนุษย์ที่เน่าเปื่อยให้กลับคืนสู่ธรรมชาติได้เร็วกว่าโรงศพทั่วไปที่ใช้เวลาในการย่อยสลายนานหลายสิบปี และยังคงกลายเป็นปุ๋ยชั้นดีให้กับต้นไม้ ด้วยนวัตกรรมดังกล่าวทำให้ร่างผู้วายชนม์ได้กลับไปเป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติพร้อมกับช่วยลดขยะและลดมลพิษพร้อมกันไปอีกทางหนึ่ง



A living Cocoon fungi coffin made by Dutch startup.

เครดิตภาพ <https://www.theguardian.com/society/2020/sep/15/first-funeral-living-coffin-made-mushroom-fibre-netherlands>

นอกจากความพยายามของนักวิทยาศาสตร์ในการคิดค้นโรงศพที่ทำขึ้นมาจากเห็ดไมซีเลียม หรือเส้นใยของเห็ดแล้วยังมีการคิดค้นชุดเห็ดย่อยศพ Mushroom Burial Suit^๘ โดยศิลปินสาวชาวอเมริกัน แจ รีม ลี (Jae Rhim Lee) และเป็นผู้ร่วมก่อตั้งบริษัท Coeio ในสหรัฐ



เครดิตภาพ <http://www.ilovenature.world/i-love-nature-news/2019/10/25/you-can-wear-a-mushroom-burial-suit-to-turn-your-body-into-clean-compost>

อเมริกา ซึ่งชุดเห็ดย่อยศพดังกล่าวผลิตมาจากผ้าฝ้ายที่ทอด้วยสปอร์ของเห็ด เมื่อร่างของผู้วายชนม์ที่สวมชุดเห็ดย่อยศพนี้ถูกฝังลงดิน ชุดเห็ดนี้จะค่อย ๆ ย่อยสลายร่างอย่างช้า ๆ พร้อมกับการปรับสภาพดินที่ปนเปื้อน

^๗ <https://www.loop-of-life.com/product>

^๘ Jesslyn Shields, “Mushroom Burial Suit Creates Life After Death” (May 10, 2019), <<https://science.howstuffworks.com/environmental/green-science/mushroom-burial-suit.htm>>, สืบค้นเมื่อ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๔

ให้มีความเป็นกลางและกลับกลายเป็นมีความอุดมสมบูรณ์ด้วยแร่ธาตุต่าง ๆ ที่ติดต่อดันไม้ไปด้วย^๙

๒. การกลับคืนสู่ธรรมชาติ^{๑๐} เป็นการจัดการศพแบบธรรมชาติในสุสานที่หน้าตาเหมือนป่า (Woodland Burial) ซึ่งวิธีการนี้สอดคล้องกับวิธีการแรกคือเป็นการจัดการแบบการฝัง



เครดิตภาพ <https://www.funeraldirectors.uk.com/funeral-services/green-funeral-woodland-burials/>

แต่เป็นการนำร่างกายหรือเถ้าของผู้วายชนม์ฝังลงในหลุมบนผืนดินตามธรรมชาติ โดยไม่ต้องมีโกศ หินสลักชื่อในสุสาน หรือโลงศพแบบดั้งเดิม (ที่ทำจากไม้และเหล็ก) ในพื้นที่ป่าสีเขียวซึ่งหากมองจากภายนอกจะไม่ทราบว่าเป็นสุสาน

วิธีการนำร่างกายฝังโดยไม่ต้องบรรจุใส่โลงศพหรือบรรจุใส่โลงศพที่ทำจาก

วัสดุธรรมชาติที่ย่อยสลายได้โดยศพจะต้องไม่ผ่านการดองหรือฉีดฟอร์มาลินนี้สอดคล้องกับที่ศาสตราจารย์ด้านชีววิทยาสืบพันธุ์ แห่งมหาวิทยาลัยเมลเบิร์น โรเจอร์ ชอร์ต (Professor Roger Short) แนะนำว่า คนเราควรยกเลิกการฌาปนกิจและหันไปใช้วิธีการบรรจุศพไว้ในกล่องกระดาษแข็งแล้วนำไปฝังไว้ใต้ต้นไม้เพื่อให้ศพค่อย ๆ เน่าสลายกลายเป็นสารอาหารของต้นไม้ โดยที่ต้นไม้จะทำหน้าที่เปลี่ยนก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ในอากาศให้กลายเป็นก๊าซออกซิเจน ซึ่งจะเป็นวิธีที่สามารถช่วยเหลือสิ่งแวดล้อมได้ภายหลังการเสียชีวิต^{๑๑}

สำหรับในประเทศไทยมีโครงการปลูกต้นไม้ด้วยเถ้ากระดูก^{๑๒} ซึ่งเป็นการกักเก็บร่างกายมนุษย์สู่ธรรมชาติ โดยชมรมอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่เห็นว่าการที่ชาวบ้านนำอัฐิของผู้วายชนม์ไปลอยอังคารในแม่น้ำพร้อมกับผ้าขาว หม้อ ไห ตามความเชื่อในฤดูแล้งที่น้ำแห้งขอด เถ้ากระดูกรวมทั้งผ้าขาว หม้อ ไห จะติดอยู่ตามเกาะแก่งแม่น้ำ นอกจากเป็นภาพที่ไม่น่าดูแล้วสิ่งต่าง ๆ ที่ใช้ประกอบในการลอยอังคารจะกลับกลายเป็นขยะและก่อให้เกิดมลพิษต่อ

^๙ Coeio, The science behind the suit, <<https://coeio.com/faqs/#mushrooms>>, สืบค้นเมื่อ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

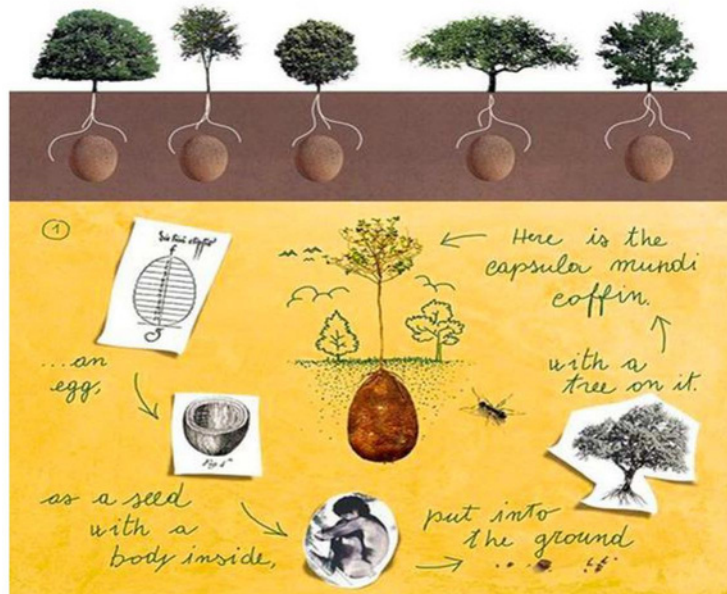
^{๑๐} เทพพิทักษ์ มณีพงษ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๕.

^{๑๑} Staff Writers Sydney (AFP), “Scientist Says Cremation Should Meet A Timely Death” (April 18, 2007), <https://www.terradaily.com/reports/Scientist_Says_Cremation_Should_Meet_A_Timely_Death_999.html>, สืบค้นเมื่อ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๑๒} มิ่งขวัญ รัตนคช, “Life after Life โครงการปลูกต้นไม้ด้วยเถ้ากระดูก การกักเก็บร่างกายมนุษย์สู่ธรรมชาติที่เปลี่ยนความรัก ปราบปรามต่อผู้ตายให้กลายเป็นป่า”, <<https://readthecloud.co/yod-lauan/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

สิ่งแวดล้อม จึงได้มีการนำเอ้ากระดูกเหล่านั้นซึ่งประกอบไปด้วย ธาตุไนโตรเจน โพแทสเซียม ฟอสฟอรัส แคลเซียม แมกนีเซียม ซึ่งช่วยกระตุ้นให้ต้นไม้แตกรากได้ดี ช่วยเร่งการออกดอกผล ไปผสมกับดินเป็นส่วนหนึ่งของการปลูกต้นไม้ คั้นร่างกายมนุษย์กลับคืนสู่แผ่นดิน โดยถือว่าเหมือนกับคืนสู่ธรรมชาติในการลอยอังคารตามความเชื่อดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม วิธีการปลูกต้นไม้ด้วยเอ้ากระดูกนี้เป็นเพียงการจัดการกับเอ้ากระดูกเท่านั้น โดยร่างผู้วายชนม์ยังคงต้องผ่านการฃาปนกิจตามประเพณี และวัฒนธรรมไทยตามปกติอยู่เช่นเดิม

๓. การเปลี่ยนร่างกายเป็นเมล็ดพันธุ์ (Capsula Mundi)^{๑๓} เป็นผลงานของทีมวิศวกรจากภาควิชา Biosystems Engineering and Soil Science ที่ University of Tennessee ร่วมกับนักออกแบบชาวอิตาลีนำเสนอแนวคิดโรงศพทรงแคปซูลรูปไข่ที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นตัวเลือกในการจัดการกับร่างผู้วายชนม์ โดยทำมาจากพลาสติกที่ย่อยสลายได้ตามธรรมชาติสามารถบรรจุได้ทั้งร่างของผู้วายชนม์ (ในท่าเหมือนตอนที่อยู่ในครรภ์มารดา) หรืออาจเป็นอัฐิก็ได้ ในกรณีที่เป็นการบรรจุร่าง กระบวนการย่อยสลายใต้ดินทั่วไปมักจะมีปัญหาย่อยไม่หมด และเกิด



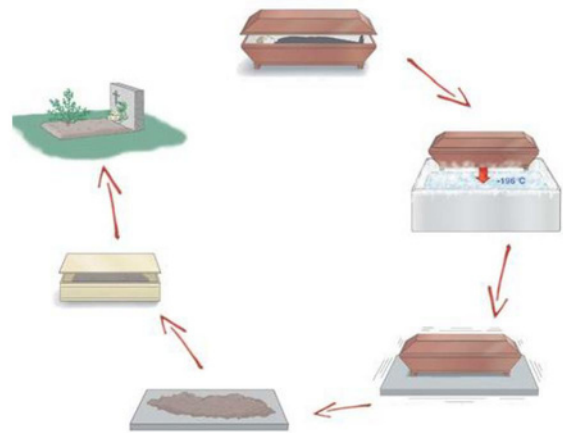
เครดิตภาพ facebook.com/CapsulaMundi/

ก๊าซมีเทน (Methane) เนื่องจากเป็นการย่อยแบบไม่ใช้ออกซิเจน แต่แบ่งที่อยู่ในพลาสติกชีวภาพจะช่วยเพิ่มคาร์บอนเพื่อไปสร้างสมดุลในระบบย่อยสลาย ให้ไนโตรเจนทำงานได้อย่างเต็มที่ร่างที่ย่อยสลายใต้ดินในสภาวะที่เหมาะสม จะช่วยให้เราได้อากาศที่บริสุทธิ์เพิ่มขึ้น เมื่อนำไปฝังใต้ดินพร้อมกับปลูกต้นอ่อนของต้นไม้ที่ผู้วายชนม์เลือกไว้ในขณะที่ยังมีชีวิต ร่างที่ย่อยสลายของผู้วายชนม์ก็จะกลายเป็นสารอาหารของต้นไม้ ซึ่งในปัจจุบันยังอยู่ในระหว่างการศึกษา ยังไม่มีการนำมาใช้จริงแต่อย่างใด^{๑๔}

^{๑๓} Paula Erizanu, "The biodegradable burial pod that turns your body into a tree" (January 11, 2018), <<https://cnn.it/2TO0U7s>>, สืบค้นเมื่อ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๑๔} Capsula Mundi, "WHAT IS CAPSULA MUNDI?", <<https://www.capsulamundi.it/en/project/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

๔. การแช่แข็งด้วยไนโตรเจนเหลว (กระบวนการ Promession) ที่คิดค้นโดยนักวิทยาศาสตร์ชาวสวีเดน โดยใช้การแช่แข็งร่างผู้ตายที่อุณหภูมิ -๑๘ องศาเซลเซียส จากนั้นจึงย้ายไปแช่ในอ่างที่มีไนโตรเจนเหลวเพื่อลดอุณหภูมิลงให้เหลือ -๑๙๖ องศาเซลเซียส เมื่อร่างแข็งตัวแล้วจะถูกวางลงบนแท่นที่จะสั่นจนกลายเป็นผง นำเอาส่วนที่เป็นน้ำออกด้วยการ freeze-dried ในห้องสุญญากาศ แยกโลหะอุดฟันที่อาจเป็นมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมออกไป จนเหลือเป็นอัฐิอนุภาคเล็ก ๆ ขนาดเส้นผ่านศูนย์กลางเพียงหนึ่งมิลลิเมตรเพื่อให้ญาตินำไปทำพิธี หรือเก็บไว้ระลึกถึงต่อไป ซึ่งวิธีการนี้จะไม่ปล่อยมลพิษให้กับโลก แต่เนื่องจากวิธีการดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างไปจากวิธีการฝังหรือฌาปนกิจแบบที่มนุษย์คุ้นเคยกัน การจัดการกับร่างของผู้วายชนม์โดยวิธีนี้ควรต้องมิกฎหมายรองรับ ซึ่งยังเป็นທີ່ถกเถียงในเชิงทฤษฎีถึงความเชื่อทางศาสนากับความชอบด้วยกฎหมาย ในปัจจุบันวิธีการดังกล่าวจึงยังไม่ได้ให้บริการแต่อย่างใด^{๑๕}



Promession process, via Area Cremations

เครดิตภาพ <https://spartanideas.msu.edu/2014/02/19/new-morbid-terminology-promession/>

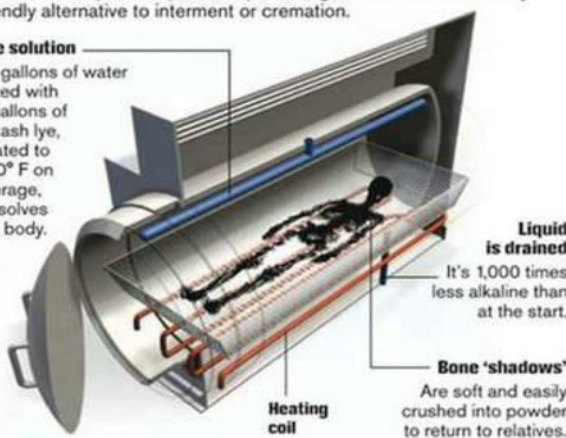
๕. การละลายร่างในน้ำ^{๑๖} เป็นวิธีที่มีการใช้ในหลายรัฐของสหรัฐอเมริกา เรียกว่า Alkaline Hydrolysis หรือ Water Cremation (ฌาปนกิจด้วยน้ำ) ซึ่งพัฒนาขึ้นในสหรัฐอเมริกา

A green return to dust

A three-hour procedure known as alkaline hydrolysis mimics a faster, natural decomposition process, promising a more environmentally friendly alternative to interment or cremation.

The solution

92 gallons of water mixed with 4 gallons of potash lye, heated to 300° F on average, dissolves the body.



เครดิตภาพ <https://fcaofmn.org/alkaline-hydrolysis-green-cremation.html>

เมื่อสืบทกปีที่แล้วเพื่อใช้ในการกำจัดซากสัตว์หรือร่างของมนุษย์ที่บริจาคเพื่องานวิจัย และต่อมาได้นำมาใช้กับผู้วายชนม์ โดยนำร่างผู้วายชนม์เข้าไปในเครื่องรีโซมิเตอร์ (Resomator) ที่ด้านในจะถูกเติมด้วยสารละลายโพแทสเซียมไฮดรอกไซด์ จากนั้นใส่ความร้อนเข้าไปอีกหนึ่งร้อยห้าสิบองศาเซลเซียสเพื่อละลายร่างผู้วายชนม์ให้เหลือเพียงโครงกระดูกในเวลาสิบสองชั่วโมง กระบวนการ Water Cremation ได้รับการยอมรับว่าสร้างมลพิษน้อยที่สุด เพราะสร้างคาร์บอนฟุตพริ้นท์เพียงหนึ่งในสี่ของการเผาโดยทั่วไป และเนื่องจากมิได้ใช้แก๊ส

^{๑๕} Chris Raymond, What is Promession and How Does it Work? (Sep 1, 2020), <<https://www.funeralhelpcenter.com/what-is-promession-and-how-does-it-work/>>, สืบค้นเมื่อ ๒๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔

^{๑๖} เทพพิทักษ์ มณีพงษ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๕.

ในการเผาทำให้ค่าใช้จ่ายของ Alkaline Hydrolysis ถูกกว่าการฃาปนกิจถึงสิบเท่า^{๑๗} นอกจากนี้ยังสร้างคาร์บอนฟุตพริ้นท์เพียงหนึ่งในหกเมื่อเทียบกับการฝังแบบปกติ ส่วนของเหลวที่เหลือจากกระบวนการยังปราศจากเชื้อไม่สร้างมลภาวะให้กับโลก อย่างไรก็ตาม แม้จะถือได้ว่าเป็นวิธีการที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมแต่อาจเป็นวิธีการที่ยากจะยอมรับได้ในเวลาอันรวดเร็ว^{๑๘} ดังจะเห็นได้จากในปี ๒๐๑๗ สภาท้องถิ่นเมืองแซนด์เวลล์ (Sandwell Metropolitan Borough Council) สหราชอาณาจักรอนุมัติให้จัดซื้อเครื่องรีไซเคิลเป็นเงินประมาณสามแสนปอนด์ แต่ยังไม่สามารถใช้เครื่องดังกล่าวได้เนื่องจากบริษัทกำจัดน้ำเสียในท้องถิ่นปฏิเสธการรับของเหลวจากกระบวนการ Alkaline Hydrolysis เข้าสู่ระบบบำบัดน้ำเสีย โดยยืนยันว่าบริษัทจะยังไม่ดำเนินการใด ๆ จนกว่าจะมีแนวทางปฏิบัติจากรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมและจากกรมคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและมาตรฐานอาหาร การเกษตรและการประมง^{๑๙} (Department for Environment, Food & Rural Affairs) เสียก่อน

๖. การแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ย^{๒๐} (Human Composting) เป็นผลงานวิจัยจากมหาวิทยาลัยรัฐวอชิงตัน โดยมุ่งประสงค์สร้างทางเลือกอื่นนอกจากการฝังหรือการฃาปนกิจร่างผู้วายชนม์ โดยวิธีการนี้ตามกฎหมายของมลรัฐวอชิงตันใช้คำว่า “natural organic reduction” คือการลดปริมาณสารอินทรีย์ตามธรรมชาติ ซึ่งกระบวนการจะเริ่มจากการนำร่างผู้วายชนม์ใส่ในตู้คอนเทนเนอร์



A body in a visiting room, left, and an open vessel for organic reduction in an artist's rendering of Recompose Seattle. (Olson Kundig Images)

เครดิตภาพ <https://www.geekwire.com/2020/human-composting-company-recompose-raises-4-7m-hires-gm-ahead-2021-seattle-openin>

^{๑๗} Katie M. Alfus, “Better Homes and Scattered Gardens : Why Iowa Should Legalize “Human Composting” as a Method of Final Disposition”, IOWA LAW REVIEW, Vol. 106:325, 2020, <<https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR-106-1-Alfus.pdf>>, สืบค้นเมื่อ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๖๔

^{๑๘} Alex Matthews-King, “Council plan to liquefy bodies in eco-friendly alternative to cremation hits blockage” (17 Dec, 2017), <<https://www.independent.co.uk/climate-change/news/cremation-councils-death-liquefy-burial-chemical-eco-friendly-a8115321.html>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๑๙} ดูประกอบ หน้าที่และความรับผิดชอบของกรมคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและมาตรฐานอาหาร การเกษตรและการประมง <<https://www.gov.uk/government/organisations/departments-for-environment-food-rural-affairs/about>>

^{๒๐} <https://recompose.life/our-model/>, สืบค้นเมื่อ ๒๕ เมษายน ๒๕๖๔.



Finished materials from the human-body composting process. Photo via Washington State University. Washington State University

เครดิตภาพ <https://www.oregonlive.com/nation/2019/04/washington-passes-bill-to-become-first-state-to-compost-human-bodies.html>

เหล็กรูปหมกเหลี่ยม (vessel) ที่นำกลับมาใช้ใหม่ได้ พร้อมกับเศษไม้หั่นชิ้นเล็ก ๆ หย้า ดันอัลฟัลฟา (พืชตระกูลถั่ว) และฟาง ระบบที่ควบคุมความชื้นและสัดส่วนของคาร์บอนไดออกไซด์ทำให้เหมาะกับการเจริญเติบโตของแบคทีเรียชนิดหนึ่งเพื่อช่วยเร่งอัตราการย่อยสลายให้เร็วขึ้น สำหรับชิ้นส่วนของอุปกรณ์ที่ฝังอยู่ในร่างกาย เช่น สะโพกเทียม เครื่องควบคุมจังหวะการเต้นของหัวใจจะถูกคัดออกและนำไปรีไซเคิล ดินที่ได้จะมีแบคทีเรียโคลิฟอร์มในปริมาณต่ำ ซึ่งเป็นตัวชี้วัดความปลอดภัยทางชีวภาพ ญาติของผู้วายชนม์ก็สามารถนำดินที่คล้ายกับเถาถ่านหรืออัฐินี้ไปเก็บไว้ หรือใช้ปลูกต้นไม้ได้ ซึ่งกระบวนการนี้ใช้พลังงานเพียงหนึ่งในแปดของการฌาปนกิจเท่านั้น

เมื่อพิจารณาวิธีการที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้ว อาจกล่าวได้ว่าวิธีที่หนึ่งการฝังแบบรักษาสภาพ วิธีที่สองการกลั่นคืนสู่ธรรมชาติ และวิธีที่สามการเปลี่ยนร่างกายเป็นเมล็ดพันธุ์ก็ยังคงพัฒนาจากวิธีการดั้งเดิมคือการฝังร่างของผู้วายชนม์ โดยสองวิธีแรกสามารถดำเนินการได้ภายใต้วัฒนธรรม ประเพณี ความเชื่อ และกฎหมายของแต่ละประเทศ วิธีการที่สามการเปลี่ยนร่างกายเป็นเมล็ดพันธุ์ยังอยู่ในระหว่างการวิจัยเพื่อให้มั่นใจว่าเป็นวิธีการที่ดีต่อสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง ส่วนวิธีการที่สี่การแช่แข็งด้วยไนโตรเจนเหลวยังไม่ปรากฏว่ามีการรองรับไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด สำหรับวิธีการที่ห้าการละลายร่างในน้ำและวิธีการที่หกการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยนี้ จากการตรวจสอบพบว่า กฎหมายว่าด้วยการฌาปนกิจ สถานที่เก็บศพ และศพของมนุษย์ (Revised Code of Washington (RCW) Title 68 : Dispositions CEMETERIES, MORGUES, AND HUMAN REMAINS) ของมลรัฐวอชิงตันซึ่งมีผลบังคับใช้ในมลรัฐวอชิงตันเมื่อเดือนพฤษภาคม ๒๐๒๐ ซึ่งได้แก้ไขในปี ๒๐๑๙ โดยแก้ไขบทบัญญัติบางส่วนเพื่อรองรับวิธีการละลายร่างในน้ำ (ซึ่งมีการกำหนดรองรับไว้ในกฎหมายของมลรัฐอื่นบ้างแล้ว) พร้อมกับกำหนดรองรับวิธีการจัดการแบบใหม่คือ การแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยซึ่งจุดนี้เองถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของโลกที่รองรับว่าการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยเป็นวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย^{๒๑} นอกเหนือไปจากวิธีการที่นิยมแบบดั้งเดิมคือการฝังและการฌาปนกิจ โดยแก้ไขนิยามเพื่อให้คำว่า “ศพหรือร่างผู้วายชนม์” ไม่จำกัดแต่เฉพาะการถูกจัดการโดยวิธีการฝังหรือเผาเท่านั้น แต่สามารถรวมไปถึงการจัดการโดย

^{๒๑} Brendan Kiley, “Washington becomes first state to legalize human composting” (May 22, 2019), <https://www.seattletimes.com/seattle-news/washington-becomes-first-state-to-legalize-human-composting/>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ มีนาคม ๒๕๖๔.

กระบวนการละลายร่างในน้ำและวิธีการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยด้วย^{๒๒} เพิ่มนิยามอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับกระบวนการใหม่คือ “Alkaline Hydrolysis” หรือ “natural organic reduction” ซึ่งเป็น การให้ความหมายของกระบวนการจัดการร่างของผู้วายชนม์ในรูปแบบใหม่^{๒๓}

กฎหมาย RCW ดังกล่าวกำหนดให้จัดการร่างของผู้วายชนม์ไม่ว่าจะโดยวิธีฝัง วิธี ฌาปนกิจ การละลายร่างในน้ำ หรือการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ย ให้ดำเนินการอย่างเหมาะสมและกระทำ ในเวลาที่เหมาะสม และกำหนดโทษสำหรับผู้จัดการกับร่างผู้วายชนม์ในสถานที่ที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย กล่าวคือภายหลังจากที่ร่างผู้วายชนม์ผ่านกระบวนการ Alkaline Hydrolysis จนมี สภาพเป็นของเหลวหรือกระบวนการแปลงสภาพ natural organic reduction ให้เป็นปุ๋ยแล้ว ญาติสามารถนำไปฝังไว้ในสถานที่เอกชนแต่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้น หรือฝังในสถานที่ที่รัฐจัดไว้ให้หรือแหล่งน้ำโดยต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่รับผิดชอบ เกี่ยวกับการดูแลที่ดินและน้ำเท่านั้น^{๒๔} ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ถึงแก่กรรมมีสิทธิแสดงเจตจำนงใน การจัดการกับร่างของตนเองหลังจากสิ้นลมหายใจแล้ว โดยต้องแสดงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร กำหนดถึงสถานที่หรือวิธีการจัดการร่างของตนเอง พร้อมทั้งลงลายมือชื่อของตนเองต่อหน้าพยาน

^{๒๒} RCW 68.04.020

"Human remains," "remains."

"Human remains" or "remains" means the body of a deceased person, including remains following the process of cremation, alkaline hydrolysis, or natural organic reduction. This also includes the body in any stage of decomposition.

^{๒๓} RCW 68.04.290

"Alkaline hydrolysis" or "hydrolysis."

"Alkaline hydrolysis" or "hydrolysis" means the reduction of human remains to bone fragments and essential elements in a licensed hydrolysis facility using heat, pressure, water, and base chemical agents.

RCW 68.04.310

"Natural organic reduction."

"Natural organic reduction" means the contained, accelerated conversion of human remains to soil.

^{๒๔} RCW 68.50.130

Unlawful disposal of remains.

Every person who performs a disposition of any human remains, except as otherwise provided by law, in any place, except in a cemetery or a building dedicated exclusively for religious purposes, is guilty of a misdemeanor. Disposition of human remains following cremation, alkaline hydrolysis, or natural organic reduction may also occur on private property, with the consent of the property owner; and on public or government lands or waters with the approval of the government agency that has either jurisdiction or control, or both, of the lands or waters.

หนึ่งคน^{๒๕} ในกรณีที่ไม่ได้มีการแสดงเจตจำนงเกี่ยวกับการจัดการร่างของตนเองเอาไว้และผู้ว่าชนม์เป็นผู้รับราชการทหารของทุกเหล่าทัพ ทหารกองเกิน หรือทหารรักษาดินแดนจะมีการกำหนด

^{๒๕} RCW 68.50.160

Right to control disposition of remains—Liability of funeral establishment or cemetery authority—Liability for cost.

(1) A person has the right to control the disposition of his or her own remains without the predeath or postdeath consent of another person. A valid written document expressing the decedent's wishes regarding the place or method of disposition of his or her remains, signed by the decedent in the presence of a witness, is sufficient legal authorization for the procedures to be accomplished.

(2) Prearrangements that are prepaid, or filed with a licensed funeral establishment or cemetery authority, under RCW 18.39.280 through 18.39.345 and chapter 68.46 RCW are not subject to cancellation or substantial revision by survivors. Absent actual knowledge of contrary legal authorization under this section, a licensed funeral establishment or cemetery authority may not be held criminally nor civilly liable for acting upon such prearrangements.

(3) If the decedent has not made a prearrangement as set forth in subsection (2) of this section or the costs of executing the decedent's wishes regarding the disposition of the decedent's remains exceeds a reasonable amount or directions have not been given by the decedent, the right to control the disposition of the remains of a deceased person vests in, and the duty of disposition and the liability for the reasonable cost of preparation, care, and disposition of such remains devolves upon the following in the order named:

(a) The person designated by the decedent as authorized to direct disposition as listed on the decedent's United States department of defense record of emergency data, DD form 93, or its successor form, if the decedent died while serving in military service as described in 10 U.S.C. Sec. 1481(a) (1)-(8) in any branch of the United States armed forces, United States reserve forces, or national guard;

(b) The designated agent of the decedent as directed through a written document signed and dated by the decedent in the presence of a witness. The direction of the designated agent is sufficient to direct the type, place, and method of disposition;

(c) The surviving spouse or state registered domestic partner;

(d) The majority of the surviving adult children of the decedent;

(e) The surviving parents of the decedent;

(f) The majority of the surviving siblings of the decedent;

(g) A court-appointed guardian for the person at the time of the person's death.

(4) If any person to whom the right of control has vested pursuant to subsection (3) of this section has been arrested or charged with first or second degree murder or first degree manslaughter in connection with the decedent's death, the right of control is relinquished and passed on in accordance with subsection (3) of this section., ect.

ตัวผู้มีอำนาจจัดการร่างผู้วายชนม์เอาไว้ในเอกสารที่ชื่อว่า record of emergency data หรือในกรณีผู้วายชนม์เป็นเป็นพลเรือนก็สามารถกำหนดตัวผู้มีอำนาจจัดการเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มีการลงชื่อ วันเดือนปีไว้เป็นหลักฐาน หากมิได้กำหนดเจตจำนงใด ๆ ไว้ ผู้มีอำนาจจัดการร่างผู้วายชนม์ได้แก่ สามีหรือภรรยาที่มีชีวิตอยู่ ทายาท (โดยฝ่ายข้างมาก) หรือบุพการี พี่น้อง (การตัดสินใจโดยฝ่ายข้างมาก) ของผู้วายชนม์ หรือผู้ที่ศาลแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ดังกล่าว

ในด้านของผู้ที่จะประกอบกิจการฅาปนกิจ การฝัง การละลายร่างในน้ำ หรือการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ย นั้น ใน RCW Title 68 กำหนดให้ต้องได้รับใบรับรองหรือใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบกิจการจัดการศพ^{๒๖} โดยมีสิทธิและหน้าที่อื่น ๆ เช่น หน้าที่ในการจัดการร่างของผู้วายชนม์ได้ครั้งละหนึ่งร่าง เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้มีอำนาจจัดการร่างผู้วายชนม์หรือเป็นกรณีที่มีเครื่องมือและเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ สามารถระบุตัวและแยกดำเนินการกับร่างผู้วายชนม์ได้ครั้งละหลายร่างพร้อมกัน^{๒๗} และต้องมีบันทึกการดำเนินการดังกล่าวไว้เป็นหลักฐาน เช่น ชื่อของผู้วายชนม์แต่ละคน เก็บไว้ ณ สถานที่ดำเนินการ^{๒๘}

จากการแก้ไขกฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้เอง ทำให้มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับอาชีพการจัดการศพ RCW Title 18 : BUSINESSES AND PROFESSIONS (Chapter 18.39 RCW Embalmers-

^{๒๖} RCW 68.05.175

License or endorsement required for cremation, alkaline hydrolysis, and natural organic reduction.

A license or endorsement issued under chapter 18.39 RCW is required in order to operate a crematory or conduct a cremation, operate or conduct alkaline hydrolysis, operate or conduct natural organic reduction, or operate a natural organic reduction facility.

^{๒๗} RCW 68.50.185

Individual final disposition—Exception—Penalty.

(1) A person authorized to dispose of human remains may not perform or cause to be performed final disposition of more than one human remains at a time unless written permission, after full and adequate disclosure regarding the manner of disposition, has been received from the person or persons under RCW 68.50.160 having the authority to order final disposition. This restriction does not apply when equipment, techniques, or devices are employed that keep human remains separate and distinct before, during, and after the final disposition process.

(2) Violation of this section is a gross misdemeanor.

^{๒๘} RCW 68.50.240

Record of human remains to be kept.

The person in charge of any premises on which final dispositions are made must keep a record of all human remains on the premises under his or her charge, in each case stating the name of each deceased person, date of final disposition, and name and address of the funeral establishment.

Funeral Directors) โดยกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับการจัดการฅาปนกิจ การละลายร่างในน้ำ หรือการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยต้องมีใบอนุญาตประกอบอาชีพ ผู้ที่ดำเนินการโดยไม่มีใบอนุญาตก็จะมีความรับผิดชอบทางอาญา^{๒๙} ซึ่งเมื่อได้ออกใบอนุญาตแล้ว เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและควบคุมดูแล กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตสามารถแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อเข้าไปในสถานประกอบการ หรือสถานที่ให้บริการการฅาปนกิจ การละลายร่างในน้ำ หรือการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยได้^{๓๐} นอกจากการแก้ไขบทบัญญัติในระดับกฎหมายมลรัฐ (RCW) แล้ว มลรัฐวอชิงตันยังต้องดำเนินการ ออกกฎหมายลำดับรองออกมาเพื่อรองรับกระบวนการทั้งสองดังจะเห็นได้จากการที่คณะกรรมการ สุขภาพแห่งมลรัฐวอชิงตันกำลังดำเนินการจัดทำกฎ ระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยร่วมกับ เจ้าหน้าที่ด้านสาธารณสุขด้านการออกใบอนุญาต และด้านนิเวศวิทยาและถือเป็นโจทย์ที่ต้องรีบ ดำเนินการเพื่อใช้ดำเนินการกับกรณีที่เกิดโรคติดต่อซึ่งรวมถึง COVID-19 ด้วย^{๓๑}

อย่างไรก็ตาม ในขณะที่มนุษย์เริ่มตระหนักถึงความสำคัญของการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม โดยพัฒนาวิธีการจัดการกับร่างของผู่วยชนม์ด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่ ยังมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับ

^{๒๙} RCW 18.39.217

License or endorsement required for cremation, alkaline hydrolysis, and natural organic reduction—Penalty.

(1) A license or endorsement issued under this chapter or chapter 68.05 RCW is required in order to operate a crematory, alkaline hydrolysis, or natural organic reduction facility or conduct a cremation, alkaline hydrolysis, or natural organic reduction.

(2) Conducting a final disposition without a license or endorsement is a misdemeanor. Each such action is a separate violation.

^{๓๐} RCW 18.39.170

Inspector of funeral establishments, crematories, alkaline hydrolysis, natural organic reduction facilities, directors, and embalmers—Appointment—Eligibility—Term—Powers and duties.

The director must appoint an agent whose title is "inspector of funeral establishments, crematories, alkaline hydrolysis, and natural organic reduction facilities, funeral directors, and embalmers of the state of Washington." A person is not eligible for such appointment unless he or she has been a licensed funeral director and embalmer in the state of Washington, with a minimum experience of not less than five consecutive years.,etc.

(2) The inspector is authorized to:

(a) Enter the office, premises, establishment, or place of business, where funeral directing, embalming, alkaline hydrolysis, or natural organic reduction is carried on for the purpose of inspecting the premises;

(b) Inspect the licenses and registrations of funeral directors, embalmers, funeral director interns, and embalmer interns; etc.

^{๓๑} Katie M. Alfus, *supra note*, 16.

กระบวนการ Alkaline Hydrolysis ซึ่งเคยนำมาใช้กับการกำจัดซากสัตว์ทดลองว่าเป็นการปฏิบัติที่ไม่ให้เกียรติต่อผู้วายชนม์ที่ตายที่สุดแล้วต้องโทษของเหลวที่ได้จากการสลายกระดูก เลือด เนื้อเยื่อ อวัยวะของมนุษย์ลงสู่แหล่งน้ำ^{๓๒} และถือได้ว่ายังไม่เป็นที่ยอมรับมากนักเมื่อเทียบกับการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยที่มีหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาให้ความสนใจมากขึ้นภายหลังจากการทดลองสำเร็จ แต่การแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยนี้ก็ยังไม่อาจจัดได้ว่าเป็นการฝังหรือการฃาปนกิจตามขนบธรรมเนียมประเพณีดั้งเดิม จึงไม่สามารถใช้กับผู้ที่มีความเชื่อทางศาสนาอันแน่นแฟ้นว่าเมื่อมนุษย์ตายลงจะต้องฝังร่างเพียงอย่างเดียว^{๓๓} ความคิดในเชิงจริยธรรมว่าการกระทำการดังกล่าวจะเป็นการไม่ให้เกียรติแก่ผู้วายชนม์เช่นเดียวกับกระบวนการ Alkaline Hydrolysis หรือแม้กระทั่งความเชื่อส่วนบุคคลที่ว่ากร่อยสลายร่างผู้วายชนม์จะไม่หลงเหลือโครงของมนุษย์ให้คนรุ่นหลังได้ศึกษาดังเช่นมัมมี่หรือโครงกระดูกที่นำมาจัดแสดงตามพิพิธภัณฑ์ต่าง ๆ ทั่วทุกมุมโลก ประกอบกับผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการดังกล่าวอาจมีปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์สารพันธุกรรม (DNA) ในแต่ละบุคคล ดังนั้น กระบวนการจัดการวิธีดังกล่าวจึงเป็นเพียงทางเลือกที่ให้ผู้ที่ต้องการช่วยลดการก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมแต่อาจไม่เหมาะสมกับมนุษย์ทุกคน ซึ่งในหัวข้อที่ ๒ จะนำเสนอข้อดีและข้อเสียของการจัดการร่างของผู้วายชนม์แบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมเฉพาะกระบวนการ natural organic reduction เพื่อการมองย้อนกลับมายังกฎหมายไทยและข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการจัดการร่างของผู้วายชนม์ในหัวข้อที่ ๓ ต่อไป

๒. ข้อดีและข้อเสียของการจัดการร่างของผู้วายชนม์แบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม

เมื่อพิจารณากระบวนการ natural organic reduction แล้วพบว่า สิ่งที่ต้องคำนึงถึงวิธีการจัดการร่างของผู้วายชนม์ว่าควรจะเลือกใช้วิธีการใดนั้น ควรคำนึงถึงข้อดีและข้อเสียของวิธีการดั้งเดิมและวิธีการที่นำนวัตกรรมเข้ามาใช้ดังนี้

๒.๑ ข้อดีของการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ย

๑) กระบวนการทางเทคโนโลยีที่แปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยทำให้อัตราการเกิดมลพิษทางอากาศที่เกิดจากการฃาปนกิจ ได้แก่ กลิ่น ฝุ่นละออง ซึ่งรวมถึงฝุ่นละอองขนาดเล็กไม่เกิน ๒.๕ ไมครอน ก๊าซคาร์บอนมอนอกไซด์ ก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์ และซีเอ็นเอจากการเผาไหม้เชื้อเพลิง ซึ่งมักเกิดขึ้นเนื่องจากการเผาไหม้ที่ไม่สมบูรณ์หรืออุณหภูมิไม่สูงพอ ซึ่งก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญและมี

^{๓๒} Valerie Keene, Alkaline Hydrolysis Laws in your State, <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/alkaline-hydrolysis-laws-your-state.html>>, สืบค้นเมื่อ ๒๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔

^{๓๓} JOHN HORVAT II, “Human Composting: The Ultimate Denial of the Soul” (January 21, 2019), <<https://www.crisismagazine.com/2019/human-composting-the-ultimate-denial-of-the-soul>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

ผลกระทบต่อสุขภาพจิตของประชาชน^{๓๔} นอกจากนี้ กระบวนการดังกล่าวยังลดมลพิษทางน้ำที่เกิดจากของเสีย เช่น พอร์มาลีนที่ออกจากโรงผู้วายชนม์เมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการฝัง

๒) ความปลอดภัยจากการประกอบอาชีพของเจ้าหน้าที่ผ่าและรักษาศพ ซึ่งเป็นอาชีพที่มีความเสี่ยงต่อการรับสัมผัสสารฟอร์มาลดีไฮด์กล่าวคือ ในขั้นตอนการรักษาโรงผู้วายชนม์ (การดองหรือฉีดพอร์มาลีน) มีความจำเป็นต้องใช้สารดังกล่าว ซึ่งเป็นสารก่อมะเร็งในมนุษย์และอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ที่ต้องสัมผัสสารดังกล่าวทางการหายใจเป็นประจำในระยะยาวได้ โดยมีผลงานวิจัยพบว่ามีความเสี่ยงต่อการเกิดมะเร็งเม็ดเลือดขาวและการเกิดมะเร็งสมองโดยการเกิดมะเร็งมีความสัมพันธ์กับปริมาณการรับสัมผัสสารฟอร์มาลดีไฮด์ที่เพิ่มขึ้นและอายุงานที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ^{๓๕} ดังนั้น กระบวนการการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยที่ไม่ต้องมีการฉีดรักษาสภาพโรงผู้วายชนม์จึงเป็นวิธีการช่วยลดโอกาสเสี่ยงต่อการเกิดมะเร็งดังกล่าว

๓) การแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยทำให้สามารถนำที่ดินไปใช้ประโยชน์ในด้านอื่น (เช่น การนำที่ดินไปปลูกป่าเพื่อช่วยให้สิ่งแวดล้อมดีขึ้น เกิดความหลากหลายทางชีวภาพและความสมดุลของระบบนิเวศ หรือแม้แต่การนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์) ได้มากกว่าการใช้เป็นที่ฝังของโรงผู้วายชนม์เพียงอย่างเดียว และยังช่วยลดปัญหาการต้องแสวงหาที่ดินที่เหมาะสมในการฝังโรงผู้วายชนม์ด้วย

๔) การจัดการโรงผู้วายชนม์โดยวิธีการดั้งเดิมมีความจำเป็นต้องใช้โลศพ ซึ่งส่วนใหญ่นิยมทำมาจากไม้ โดยในอดีตที่ป่าไม้ในโลกนี้ยังอุดมสมบูรณ์ การใช้ประโยชน์จากต้นไม้ส่วนหนึ่งคือการนำมาประกอบเพื่อใช้ในกิจกรรมสุดท้ายของชีวิต กรณีที่เป็นผู้มีฐานะพอสมควรจะนิยมใช้ไม้ชั้นดีมีราคา โลศพของชาวจีนในอดีตทำโดยวิธีชุดซุงทั้งต้น แต่ต่อมามีการพัฒนาแบบโดยการใช้อย่างประกอบเป็นรูปท่อนซุง ซึ่งล้วนแต่ทำให้สิ้นเปลืองไม้^{๓๖} เหล่านี้คือส่วนหนึ่งของการนำไม้ไปใช้ที่ไม่เกิดประโยชน์สูงสุดเมื่อเทียบกับการนำไม้ไปใช้ประโยชน์ด้านอื่น

๕) การเผาปนกิจในแต่ละครั้งย่อมเป็นการเผาไหม้เชื้อเพลิง ซึ่งมีการประเมินกันว่าใช้น้ำมันดีเซลประมาณ ๓๕-๕๐ ลิตรต่อศพ หรือก๊าซ LPG ๔๐-๕๕ กิโลกรัมต่อศพ^{๓๗} แม้ในปัจจุบันจะเปลี่ยนรูปแบบเป็นเตาเผาแบบไฟฟ้าก็ตาม ก็ล้วนแล้วแต่ใช้พลังงานที่ค่อนข้างมาก

^{๓๔} กรมควบคุมมลพิษ, “หลักเกณฑ์การยกระดับมาตรฐานเตาเผาศพ” (๑๖ เมษายน ๒๕๕๓), <<https://www.pcd.go.th/airandsound/หลักเกณฑ์การยกระดับมาตรฐานเตาเผาศพ>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๓๕} วรกมล บุญโยธิน วันทนี พันธุ์ประสิทธิ์และทัศน์พงษ์ ตันติปัญจพร, “การประเมินความเสี่ยงต่อการเกิดมะเร็งจากการสัมผัสฟอร์มาลดีไฮด์ทางการหายใจของเจ้าหน้าที่ผ่าและรักษาศพ”, เวชสารแพทยทหารบก ปีที่ ๗๑ ฉบับที่ ๑ มกราคม-มีนาคม ๒๕๖๑.

^{๓๖} วิชากรณ แสงมณี, “หีบศพของชาวจีน” (๓๐ ตุลาคม ๒๐๑๔), <<https://www.silpathai.net/หีบศพของชาวจีน/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๓๗} <http://pollutioncare.co.th/home/เตาเผาศพลดมลพิษ>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

๖) การประหยัดค่าใช้จ่ายในการจัดการกับงานศพ กล่าวคือเมื่อไม่ต้องมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการซื้อที่ดินเพื่อทำสุสานฝังร่างผู้วายชนม์ ค่าช่องเก็บอัฐิ ค่าฌาปนกิจ หรือค่าโลงศพ ทำให้ค่าใช้จ่ายในการจัดการมีเพียงค่าดำเนินการ natural organic reduction เท่านั้น โดยบริษัท Recompose ซึ่งเป็นผู้ให้บริการแปลงสภาพร่างของผู้วายชนม์ให้เป็นปุ๋ยในมลรัฐวอชิงตันได้ประเมินค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดงานศพและการฝัง (รวมทั้งโลงศพ ที่ฝังศพ และการบริการฝัง) ว่าอยู่ที่ห้าหมื่นดอลลาร์หรืออาจมากกว่านั้น ส่วนค่าใช้จ่ายการฌาปนกิจนั้นประมาณมากกว่าหกพันดอลลาร์ แต่สำหรับกระบวนการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยจะมีค่าใช้จ่ายทั้งสิ้นอยู่ที่ประมาณห้าพันห้าร้อยดอลลาร์^{๓๘}

๗) การแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยยังมีความปลอดภัยและสามารถใช้ควบคุมเชื้อโรคได้ดี โดยบริษัท Recompose ได้อธิบายว่า ด้วยกระบวนการนำร่างผู้วายชนม์ใส่ในตู้คอนเทนเนอร์เหล็กรูปหกลเหลี่ยม (vessel) เป็นเวลาสามสัปดาห์ในอุณหภูมิที่มากกว่าหนึ่งร้อยสามสิบเอ็ดฟาเรนไฮต์เพื่อย่อยสลาย จะเป็นการลดเชื้อโรคต่าง ๆ โดยจากการวิจัยพบว่าเชื้อไวรัส SARS เกิดจากเชื้อไวรัสในตระกูลโคโรนาไวรัส (Coronavirus) เหมือนกับโรคโควิด-๑๙ ที่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ที่อุณหภูมิมากกว่าหนึ่งร้อยสามสิบเอ็ดฟาเรนไฮต์น้อยกว่าเก้าสิบนาที่^{๓๙} ดังนั้น นอกเหนือจากการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยจะเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมแล้ว วิธีการนี้อาจสามารถตอบโจทย์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันที่มีภาวะการระบาดของโควิด-๑๙ และมีจำนวนผู้เสียชีวิตสูงขึ้นทั่วโลกได้เป็นอย่างดี

๒.๒ ข้อเสียของการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ย ได้แก่

๑) เมื่อพิจารณาในแง่ความเชื่อและคุณค่าเชิงจิตใจของญาติผู้วายชนม์แล้ว เห็นได้ว่า ญาติของผู้วายชนม์ที่มีความคิดในเชิงอนุรักษ์จะเป็นการยากที่จะยอมรับได้ว่าบุคคลที่รักในครอบครัวจะถูกย่อยสลายกลายเป็นปุ๋ยให้กับต้นไม้ ตัวอย่างของความเชื่อ เช่น ในสมัยก่อนคนจีนมีความเชื่อว่า พลังของดวงวิญญาณผู้ตายไม่ได้ดับสูญไปตามร่างกาย แต่ถูกส่งไปพักเป็นหนึ่งเดียวกับผืนแผ่นดิน ทำให้เกิดเป็นธรรมชาติในการฝังศพ และเมื่อมีการฝังศพผู้ตายไว้ในที่ที่เหมาะสมแล้ว พลังชีวิตของผู้ตายก็จะคอยส่งเสริมให้ทายาทของผู้นั้นมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น เจริญก้าวหน้าในการทำงานและเรื่องต่าง ๆ^{๔๐}

สำหรับคุณค่าเชิงจิตใจนั้น ในกรณีที่ครอบครัวใดมีความรักความผูกพันกันอย่างแน่นแฟ้นอาจต้องการสิ่งที่เป็นอนุสรณ์หรือของที่ระลึกของบุคคลที่จากไปเก็บไว้ ซึ่งแม้ตัวผู้วายชนม์อาจต้องการเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาสิ่งแวดล้อม แต่ญาติของผู้วายชนม์อาจมีความเห็นที่ต่างและไม่ดำเนินการจัดการตามกระบวนการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ย ซึ่งจะไม่เป็นไปตามเจตจำนงของผู้วายชนม์อย่างแท้จริง (กรณีนี้อาจเห็นตัวอย่างได้ชัดเจนจากการที่ผู้ป่วยได้เคยแสดงเจตนาในการรับบริการหรือปฏิเสธการรับบริการทางการแพทย์ที่แสดงความต้องการครั้งสุดท้าย

^{๓๘} <https://recompose.life/death-care/#pricing>, สืบค้นเมื่อ ๒๕ เมษายน ๒๕๖๔.

^{๓๙} <https://recompose.life/our-model/#faq>, สืบค้นเมื่อ ๒๕ เมษายน ๒๕๖๔.

^{๔๐} มุลนิธิเล็ก-ประไพ วิริยะพันธุ์, “ชาวจีน...อย่างไรหลังความตาย” (๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๙), <<https://lek-prapai.org/home/view.php?id=905>>, สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

ของชีวิต (Living Will) แต่การแสดงเจตนาดังกล่าวขัดกับความประสงค์ของญาติที่ต้องการแสดงความกตัญญูโดยการยื้อชีวิตของผู้ป่วยทั้ง ๆ ที่ขัดต่อความประสงค์ของผู้ป่วย)

นอกจากนี้ การมีอัฐิหรือร่างที่ฝังอยู่ในสุสานทำให้เกิดประเพณีที่ถือปฏิบัติมาแต่ในอดีต ดังจะเห็นได้จากการที่ลูกหลานที่ทำบุญตักบาตรอุทิศบุญกุศลครั้งใหญ่ให้แก่บรรพบุรุษพร้อมกับนำกระดูกของญาติมาประพรมน้ำอบน้ำหอม ซึ่งถือได้ว่าเป็นกิจกรรมที่สำคัญในวันครอบครัวและเป็นโอกาสที่ลูกหลานจะได้พบปะกันในช่วงเทศกาลอันสำคัญนี้ท่ามกลางยุคสมัยที่ทุกคนต้องแยกย้ายกันปฏิบัติหน้าที่ทำให้มีโอกาสพบปะกับญาติพี่น้องน้อยมาก

๒) ลักษณะเด่นของการย่อยสลายกลายเป็นปุ๋ยทำให้นักโบราณคดีไม่อาจหาหลักฐานความเป็นมาและความเป็นอยู่ของมนุษย์เพื่อศึกษาวิจัยเรื่องราวในอดีต และแหล่งวัฒนธรรมของมนุษย์ในสมัยโบราณ รวมถึงไม่อาจทำการวิจัยโบราณวัตถุหรือหาหลักฐานเพื่ออ้างอิงหรือเปรียบเทียบได้

๓) ผู้ให้บริการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยจะต้องแน่ใจว่าผู้วายชนม์ที่จะนำมาเข้าสู่กระบวนการย่อยสลายมิได้เสียชีวิตลงเนื่องจากการถูกฆาตกรรม เนื่องจากเมื่อเข้าสู่กระบวนการ natural organic reduction แล้ว สิ่งที่ย่อยสลายจะมีสภาพเป็นปุ๋ยแล้วซึ่งอาจทำให้ไม่อาจสืบสวนหาพยานหลักฐานในกรณีการถูกฆาตกรรมได้ ประกอบกับเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการแล้วนับได้ว่าคุ้มค่าต่อการไม่ต้องรับโทษเพราะสามารถทำลายหลักฐานที่สำคัญไปจนหมดสิ้น ดังนั้น บทบัญญัติใน RCW 68.50.160 จึงกำหนดให้เป็นสิทธิของแต่ละบุคคลในการแสดงเจตจำนงในการดำเนินการเผื่อตายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อป้องกันการอำพรางหรือทำลายอัตลักษณ์ของผู้วายชนม์ รวมถึงกำหนดกระบวนการบันทึกเพื่อแยกแยะและพิสูจน์ทราบถึงร่างของผู้วายชนม์

๔) การแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยยังมีข้อจำกัดที่ไม่อาจใช้ได้กับผู้วายชนม์ทุกประเภท กล่าวคือ บริษัท Recompose ได้อธิบายว่า ไม่เหมาะกับผู้วายชนม์ที่เสียชีวิตเพราะโรคอีโบล่า โรคสมองเสื่อม และวัณโรค ซึ่งเชื้อโรคอาจหลงเหลือหลังจากการย่อยสลาย ดังนั้น หากในอนาคตเกิดโรคอุบัติใหม่ วิธีการฝังหรือการฃาปนกิจที่ถูกหลักวิชาการสาธารณสุขอาจยังคงมีความจำเป็นและเป็นทางเลือกที่ดีกว่า

๕) ปรัชญาและรูปแบบของธุรกิจการจัดการศพโดยการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยที่ต้องการให้กระบวนการจัดการเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมและเรียบง่าย กล่าวคือ ไม่ต้องใช้โลงศพ ไม่ต้องมีพิธีกรรมเนื่องจากจะไม่มีพิธีศพมาสิ้นเพื่อให้เป็นมลพิษอีกต่อไป ทำให้อาจขัดกับขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมที่การจัดการงานศพในแต่ละครั้งจะต้องมีธุรกิจอื่นข้างเคียง เช่น การจัดพวงหรีด การจัดดอกไม้หน้าเมรุเผาศพ การทำดอกไม้จันทน์ ธุรกิจการผลิตเงินกระดาษ (heaven banknote) เพื่อเผาให้กับบรรพบุรุษ หินทำป้ายชื่อผู้วายชนม์ในสุสาน โลงศพไม้ โลงศพแช่เย็น การจัดสวนในสุสาน เป็นต้น เหล่านี้แม้บางส่วนอาจไม่ใช่มิตรต่อสิ่งแวดล้อม แต่เป็นอาชีพหรือธุรกิจที่สร้างรายได้ให้กับผู้คนจำนวนหนึ่ง เมื่อไม่มีความจำเป็นต้องฝังหรือฃาปนกิจ ธุรกิจและองค์ความรู้ในเชิงศิลปวัฒนธรรมจะหายไปพร้อมกับผู้มีอาชีพหรือทำธุรกิจดังกล่าว

นอกจากนี้ เทคโนโลยี natural organic reduction ถือได้ว่าอาจทำให้ ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิม เช่น การวางดอกไม้จันทน์ในงานศพ ซึ่งเป็นการแสดงความอาลัยครั้งสุดท้ายต่อผู้วายชนม์ และเป็นการส่งดวงวิญญาณของผู้วายชนม์ไปสู่ภพภูมิที่ดี เป็นสิ่งสุดท้ายซึ่งผู้มีชีวิตจะทำได้เพื่อผู้ล่วงลับสูญหายไป

๓. กฎหมายไทยและข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการจัดการร่างของผู้วายชนม์

๓.๑ จากการศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการจัดการร่างของผู้วายชนม์แล้ว พบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในสองด้านคือ ด้านของผู้แสดงเจตจำนงและด้านของผู้ประกอบกิจการสุสานและฌาปนสถาน

ในด้านของผู้แสดงเจตจำนงนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้สองมาตราคือ มาตรา ๑๖๔๖ บัญญัติว่า “บุคคลใดจะแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้” และมาตรา ๑๖๔๗ บัญญัติว่า “การแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายนั้นย่อมทำได้ด้วยคำสั่งครั้งสุดท้ายกำหนดไว้ในพินัยกรรม”

บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้กำหนดให้บุคคลสามารถแสดงเจตนาไว้ในพินัยกรรมเพื่อกำหนดการเผื่อตาย ซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นการจัดการในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง รวมไปถึงอาจแสดงเจตนา กำหนด “การต่าง ๆ” นอกเหนือจากเรื่องทรัพย์สินก็ได้โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๗๔/๒๕๐๘^{๔๑} และการแสดงเจตนาเผื่อตายนี้อาจแสดงได้หลายครั้ง เช่น ในครั้งแรกประสงค์จะให้ฌาปนกิจแต่ต่อมาภายหลังประสงค์จะบริจาระร่างกายให้แก่โรงเรียนแพทย์เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาต่อนักศึกษาแพทย์ ผู้แสดงเจตนา ก็สามารถกระทำได้โดยกฎหมายจึงกำหนดให้ถือเอาคำสั่งครั้งสุดท้ายกำหนดไว้ในพินัยกรรม

สำหรับในด้านของผู้ประกอบกิจการสุสานและฌาปนสถานนั้น พระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถาน พ.ศ. ๒๕๒๘ ที่กำหนดเกี่ยวกับสถานที่ที่จัดไว้สำหรับเก็บ ฝัง หรือเผาศพ ซึ่งผู้ใดจัดตั้งสุสานและฌาปนสถานสาธารณะหรือสุสานและฌาปนสถานเอกชนต้องได้รับใบอนุญาตจากท้องถิ่น และเมื่อได้จัดตั้งสุสานและฌาปนสถานสาธารณะหรือสุสานและฌาปนสถาน

^{๔๑} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๗๔/๒๕๐๘ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๔๖ นอกจากผู้ตายจะแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังแสดงเจตนาในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้ คำว่าการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น ก็สุดแต่ผู้ตายจะแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในการต่าง ๆ ใด หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรมเมื่อตนตายแล้ว และการต่าง ๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้าง ผู้ตายได้แสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตายโดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่กรมมหาวิทยาลัย แพทย์ศาสตร์ โดยทำถูกต้องตามแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๕๖ พินัยกรรมของผู้ตายนั้นย่อมสมบูรณ์

เอกชนเสร็จแล้ว ห้ามมิให้ดำเนินการ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น (มาตรา ๖ และมาตรา ๗)

จากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถานฯ จะเห็นได้ว่า กำหนดวิธีการจัดการกับร่างของผู้วายชนม์ในประเทศไทยในปัจจุบันไว้เพียงสองวิธีการคือการฝังและการฌาปนกิจเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากนิยาม “สุสานและฌาปนสถานเอกชน” หมายความว่า สถานที่ที่จัดไว้สำหรับเก็บ ฝัง หรือเผาศพ สำหรับตระกูลหรือครอบครัว หรือมิตรของตระกูลหรือครอบครัว แต่ไม่รวมถึงสถานที่ที่ใช้สำหรับเก็บศพชั่วคราวในเคสสถาน ดังนั้น แม้ในปัจจุบันจะมีโครงการปลูกต้นไม้ด้วยเก้ากระดูกซึ่งเป็นภารกิจคืนร่างกายมนุษย์สู่ธรรมชาติ โดยชมรมอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่หวังจะนำอัฐิและเถ้าของผู้วายชนม์เป็นปุ๋ยของต้นไม้เพื่อคืนชีวิตกลับสู่ธรรมชาติ^{๔๒} ซึ่งเป็นแนวคิดอนุรักษ์ธรรมชาติและถือได้ว่ามีผลลัพธ์เดียวกันกับการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ย แต่มีกระบวนการที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงเนื่องจากต้องผ่านการจัดการร่างผู้วายชนม์ตามวิธีการฌาปนกิจซึ่งเป็นวิธีการดั้งเดิมเสียก่อน

๓.๒ ข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการจัดการร่างของผู้วายชนม์

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วอาจกล่าวได้ว่า ในขณะนี้นอกจากประเทศไทยยังไม่มีองค์ความรู้ด้านเทคโนโลยีเกี่ยวกับการจัดการกับร่างผู้วายชนม์ในวิธีการใหม่ที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมแล้ว กฎหมายไทยที่มีอยู่ยังมิได้เปิดช่องให้จัดการโดยวิธีการอื่น ๆ โดยสิ่งที่ควรคำนึงที่สุดสำหรับการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยคือ หากในอนาคตประเทศไทยมีการนำนวัตกรรมมาใช้ natural organic reduction วิธีการดังกล่าวควรเป็นเพียงทางเลือกสำหรับผู้ที่ต้องการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและประสงค์จะให้ตนเองเป็นหนึ่งในเดียวกับธรรมชาติ การประชาสัมพันธ์จึงต้องมีความรอบด้านถึงข้อดีและข้อเสีย ผลกระทบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นการให้ความสำคัญระหว่างสิ่งแวดล้อมกับความเชื่อ ขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม เศรษฐกิจ สังคม และประเด็นสำคัญที่ต้องคำนึงถึงคืออาชญากรรม

ในแง่ของอาชญากรรม การแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยควรเป็นรูปแบบการจัดการที่มาจากการแสดงเจตจำนงเพื่อตายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของผู้แสดงเจตนาเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการอำพรางหรือทำลายศพ เนื่องจากเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการทำลายหรืออำพรางศพที่พบได้ในข่าวทั่วไป เช่น การหั่นศพและนำศพไปทิ้งหรือเอาไปฝัง การใส่ไว้ในถังน้ำมันโบกปูน หรือการเผาอย่าง เพื่อทำลายหลักฐานไม่ให้รู้ว่าเป็นใคร แต่วิธีการดังกล่าวผู้เชี่ยวชาญยังสามารถเก็บรายละเอียดของสถานที่ ตรวจดีเอ็นเอ เพื่อหาพยานหลักฐานประกอบและบ่งชี้ว่าผู้ตายเป็นใครเพื่อเชื่อมโยงว่าผู้ใดคือคนร้าย จึงมีความจำเป็นอย่างมากที่ต้องมีบทบัญญัติที่สร้างกลไกอย่างรัดกุมเพื่อไม่ให้เกิดการสวมรอยหรือปลอมแปลงเอกสารแสดงเจตจำนงของตัวผู้วายชนม์ให้แตกต่างและเป็นช่องทางหนึ่งของอาชญากร หรือเป็นช่องทางหนึ่งที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เรียกว่า “การอำพราง” หรือ “การบังคับบุคคลให้สูญหาย” (enforced

^{๔๒} มิ่งขวัญ รัตนคช, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๑๑.

disappearance) ซึ่งถูกใช้เป็นเครื่องมือของเจ้าหน้าที่รัฐหรือกลุ่มผู้มีอิทธิพลในหลายประเทศ เพื่อจัดการผู้เห็นต่างที่มองว่าเป็นตัวปัญหา ส่วนใหญ่เหยื่ออัมหายจบลงด้วยความตาย แต่เมื่อไม่มีศพ ก็ไม่มีความจริงว่าเกิดอะไรขึ้นกันแน่ และยิ่งหากสังคมนั้นไม่มีกฎหมายที่ระบุเรื่องอัมหายเป็นการเฉพาะก็ยิ่งทำให้ผู้กระทำผิดพ้นผิดโดยง่าย ทำให้ผู้สูญหายและครอบครัวไม่อาจเข้าถึงความยุติธรรม^{๔๓}

สำหรับรูปแบบของกฎหมาย อาจทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถานฯ เพื่อให้สิทธิแก่เอกชนในการประกอบธุรกิจการจัดการร่างผู้วายชนม์ โดยการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยโดยเพิ่มบทบัญญัติใหม่เพื่อรองรับกระบวนการ natural organic reduction พร้อมทั้งบทบัญญัติที่เป็นกลไกให้มีการนำกระบวนการดังกล่าวไปใช้ในทางที่ก่ออาชญากรรม เช่น นอกจากจะมีการแสดงเจตจำนงจากผู้วายชนม์ที่ได้แสดงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ควรต้องมีหลักฐานอื่นประกอบเช่น ใบรับรองการเสียชีวิตจากแพทย์ในกรณีที่เสียชีวิตในโรงพยาบาล หรือในกรณีที่มิได้เป็นการเสียชีวิตในโรงพยาบาลควรต้องมีการชันสูตรพลิกศพ และมีใบรับรองการเสียชีวิตจากแพทย์จากเจ้าพนักงานท้องถิ่น นอกจากนี้ ผู้ที่จะประกอบธุรกิจให้บริการการจัดการร่างผู้วายชนม์โดยการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยควรต้องมีใบประกอบวิชาชีพ และกำหนดให้ต้องมีการบันทึกรายละเอียดต่าง ๆ ของร่างผู้วายชนม์ทั้งก่อนและขณะดำเนินการกระบวนการ natural organic reduction รวมถึงการจดรายละเอียดหลังจากที่เสร็จสิ้นกระบวนการแล้ว และเมื่อร่างผู้วายชนม์กลายเป็นปุ๋ยแล้วก็ควรกำหนดให้ฝัง ณ สถานที่ที่กำหนดหรือให้ญาติรับไปดำเนินการต่อไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการจัดการร่างผู้วายชนม์โดยวิธีการใหม่นี้เป็นเรื่องที่กระทบถึงความเชื่อ ขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม เศรษฐกิจ สังคม จึงควรมีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนทุกภาคส่วนเพื่อให้มีการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายหรือทางเลือกต่าง ๆ พร้อมทั้งวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านอย่างเป็นระบบและความคุ้มค่า รวมถึงเมื่อแก้ไขในเรื่องดังกล่าวแล้วเศรษฐกิจหรือสังคมมีการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้เพียงใด ตามที่มาตรา ๗๗ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้^{๔๔} ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายที่จะบังคับใช้ในเรื่องดังกล่าวเกิดประโยชน์สูงสุด

^{๔๓} วจนา วรรณยางกุล, “‘อัมหาย’ ไม่ใช่อาชญากรรม ‘ซุ่มทรมาณ’ ไม่มีคนผิด” (๑๔ ธันวาคม ๒๐๑๘), <<https://www.the101.world/suppression-of-tortureand-enforced-disappearances-act/>>, สืบค้นเมื่อ ๗ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๔๔} ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

๓. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กระบวนการจัดการกับร่างผู้วายชนม์แบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งนักวิจัยหรือนักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมพยายามคิดค้นเพื่อให้เป็นทางเลือกต่อมวลมนุษยชาติ เมื่อพิจารณากับกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า การฝังแบบรักษาสภาพ การกลับคืนสู่ธรรมชาติ การเปลี่ยนร่างกายเป็นเมล็ดพันธุ์ จัดได้ว่ายังอยู่ในวิธีการดั้งเดิมคือการฝัง ซึ่งกฎหมายไทยมีบทบัญญัติรองรับเอาไว้แล้ว ส่วนการแช่แข็งด้วยไนโตรเจนเหลว การละลายร่างในน้ำนั้น ผลที่ได้จากกระบวนการย่อยสลายคือร่างของผู้วายชนม์มีอนุภาคเล็กลงโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการฅาปนกิจหรือการฝังตามวิธีการดั้งเดิม จึงไม่อาจจัดได้ว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดรองรับเอาไว้แล้ว สำหรับการแปลงสภาพให้เป็นปุ๋ยนั้นมีการกำหนดไว้ในกฎหมายของรัฐวอชิงตันซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกของโลกที่รองรับกระบวนการ natural organic reduction และเป็นที่น่าสนใจของหลายรัฐในสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐไอโอวา^{๔๕} มลรัฐลอสแอนเจลิส^{๔๖} มลรัฐนิวยอร์ก^{๔๗} และประเทศอื่น ๆ เช่น ประเทศออสเตรเลีย^{๔๘} ในอนาคตหากมีการให้บริการจัดการกับร่างผู้วายชนม์ด้วยเทคโนโลยีดังกล่าวในประเทศไทยเพื่อเป็นทางเลือกให้กับผู้ที่ต้องการช่วยอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ก็ควรต้องมีการศึกษาข้อดีข้อเสีย ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมไทย รวมไปถึงความเหมาะสมและความปลอดภัยที่จะเกิดขึ้นแก่สังคมโดยรวมเนื่องจากเทคโนโลยีดังกล่าวอาจทำให้เป็นช่องทางของการทำลายหรืออำพรางศพ และหากเห็นสมควรว่า คุณค่าในเชิงอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่จำเป็นและควรลดการฅาปนกิจและการฝังซึ่งเป็นกระบวนการที่ก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม ก็เป็นความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (พระราชบัญญัติสุสานและฅาปนสถานฯ) เพื่อรองรับเทคโนโลยีดังกล่าว พร้อมทั้งกำหนดกลไกป้องกันมิให้กฎหมายถูกใช้เป็นเครื่องมือของผู้กระทำความผิด ดังนั้น ก่อนการตรากฎหมาย หน่วยงานที่รับผิดชอบหลักซึ่งในที่นี้คือกระทรวงมหาดไทยและกระทรวงสาธารณสุขควรต้องดำเนินการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนทุกภาคส่วนเพื่อให้มีการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย พร้อมทั้งวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้าน เพื่อให้การจัดการร่างผู้วายชนม์แบบเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมบรรลุวัตถุประสงค์ด้านการลดมลพิษ ช่วยรักษาสิ่งแวดล้อมเพื่อคุณภาพชีวิตที่ดีต่อไป

^{๔๕} Katie M. Alfus, *supra* note, 16.

^{๔๖} Melody Gutierrez, “Compost your departed loved one and save the planet, L.A. lawmaker says” (February. 24, 2020), <<https://www.latimes.com/california/story/2020-02-24/california-human-compost-legislation>>, สืบค้นเมื่อ ๗ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๔๗} JOE MAHONEY, “NY bill would let corpses be used for composting” (Mar 3, 2020), <<https://www.uticaod.com/news/20200303/ny-bill-would-let-corpses-be-used-for-composting>>, สืบค้นเมื่อ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^{๔๘} Choosi, W4 funeral trends on the rise in Australia”, <<https://www.choosi.com.au/blog/lifestyle/4-funeral-trends-on-the-rise-in-australia>>, สืบค้นเมื่อ ๗ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี
กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)
ตอนที่ ๒*

คนันท์ ชัยชนะ**

ในบทความตอนที่แล้ว^๑ ผู้เขียนได้นำเสนอที่มาและวิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบในประเทศเยอรมนี ตลอดจนภาพรวมของกฎหมายและกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ สำหรับบทความตอนนี้ผู้เขียนขอเสนอหลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบและความสัมพันธ์ระหว่างคดีความผิดต่อกฎระเบียบกับคดีอาญาตามกลไกที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

๑. หลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ

๑.๑ กฎหมายอาญาลดรูป

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบได้ทำการยกร่างโดยใช้ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นต้นแบบ โดยมีการปรับให้สอดคล้องกับลักษณะของความผิดต่อกฎระเบียบ (ความผิดที่ไม่ร้ายแรง) ซึ่งมีหลักคิด^๒ ดังนี้

(๑) เมื่อบุคคลกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง สิ่งที่คุณนั้นสมควรได้รับจึงต้องเป็นมาตรการที่ไม่รุนแรงเพื่อให้ได้สัดส่วนกับสิ่งที่คุณนั้นได้กระทำและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ดังนั้น มาตรการบังคับที่จะใช้กับการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ร้ายแรงตามกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบจึงมีเพียงมาตรการเดียว คือ การปรับ ไม่มีการจำคุกหรือกักขัง ตลอดจนอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการสอบสวนการกระทำความผิดก็จำเป็นที่จะต้องสอดคล้องกับ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มีนาคม ๒๕๖๔), Diplom-Jurist (Georg-August-Universität Göttingen), Erste juristische Staatsprüfung (Niedersachsen).

^๑ คนันท์ ชัยชนะ, “มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) ตอนที่ ๑” (๒๕๖๔) ๑ วารสารกฤษฎีกา OCS e-Journal ๗๒ < https://www.krisdika.go.th/data/ebook/journal/OCS_E-journal_1.2.pdf > สืบค้นเมื่อ ๒๕ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

^๒ Wolfgang Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl., Springer, 2005, § 14.

ความร้ายแรงของความผิดด้วย ในกรณีความผิดต่อกฎระเบียบจึงมีการจำกัดอำนาจสอบสวนของเจ้าหน้าที่ไม่ให้เทียบเท่ากับอำนาจของพนักงานสอบสวนในคดีอาญา

(๒) เมื่อมาตรการบังคับที่จะใช้กับผู้กระทำความผิดเป็นมาตรการที่ไม่รุนแรง (ปรับสถานเดียว) ในขณะที่ปริมาณของการกระทำความผิดมีจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นต้องลดขั้นตอนและความยุ่งยากในกระบวนการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบ โดยเฉพาะการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสอบสวน สั่งปรับ และยึดอายัดทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระค่าปรับได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล

(๓) เมื่อกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการสอบสวน สั่งปรับ และบังคับตามคำสั่งได้ด้วยตัวเอง ทำให้คดีความผิดต่อกฎระเบียบจำนวนมากสิ้นสุดลงในชั้นฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่จึงมีความสำคัญมากในกระบวนการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบ และอาจกล่าวได้ว่าเป็นบุคลากรกลุ่มหลักที่บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในประเทศเยอรมนีส่วนใหญ่ถูกกำหนดให้เป็นอำนาจของราชการส่วนท้องถิ่น ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบในเยอรมนีส่วนใหญ่จึงเป็นข้าราชการท้องถิ่น ซึ่งไม่ได้เป็นนักกฎหมายเสมอไป การนำประมวลกฎหมายอาญามาเป็นต้นแบบของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบจึงต้องปรับให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจและการใช้งาน โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ใช้ไม่ใช่ นักกฎหมาย ในขณะที่กฎหมายในส่วนวิธีสบัญญัติก็ต้องมีความละเอียดเพียงพอให้สามารถปฏิบัติได้โดยไม่ต้องตีความ

๑.๒ หลักการสำคัญในกระบวนการพิจารณา

(๑) หลักดุลพินิจ

หลักการสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบที่มีความแตกต่างจากกฎหมายอาญา คือ การกระทำความผิดต่อกฎระเบียบไม่เป็นผลให้ต้องชำระค่าปรับเสมอไป แต่เป็น “ดุลพินิจ” ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง พนักงานอัยการ หรือศาล ในการพิจารณาตามความเหมาะสมในแต่ละกรณีว่าสมควรสั่งปรับหรือไม่ โดยกฎหมายจะใช้คำว่า “...อาจสั่งให้ชำระค่าปรับจำนวนไม่เกิน ... ยูโร” ในขณะที่หากเป็นการกระทำความผิดอาญา กฎหมายจะใช้คำว่า “...ต้องระวางโทษปรับ...” ซึ่งหากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการเห็นว่ามีความผิดอาญาเกิดขึ้นจริง โดยหลักแล้วก็จะต้องดำเนินคดีอาญาเสมอ

อย่างไรก็ดี พบว่าในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันก็มีการใช้ “หลักดุลพินิจ” อยู่บ้าง แต่เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีความผิดอาญาที่มีโทษไม่สูงมาก อัยการมีดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องหรือสั่งชะลอการฟ้องโดยกำหนดเงื่อนไขบางประการให้ผู้ต้องหาปฏิบัติภายในระยะเวลาที่กำหนด^๓ แต่สำหรับในกฎหมายความผิดต่อกฎระเบียบนั้น ดุลพินิจถือเป็น “หลัก” ที่จะต้องใช้ในทุกกรณี โดยมาตรา ๔๗ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิด

^๓ มาตรา ๑๕๓ ถึงมาตรา ๑๕๕ ปี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน

ต่อกฎระเบียบได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและพนักงานอัยการมีอำนาจดุลพินิจในการยุติการดำเนินการสั่งปรับได้ตลอดเวลาในชั้นการพิจารณาของตน และเมื่อคดีถึงศาลแล้ว ศาลก็มีดุลพินิจในการสั่งจำหน่ายคดีในคดีที่มีจำนวนค่าปรับไม่เกิน ๑๐๐ ยูโร หรือในกรณีที่อัยการเห็นชอบด้วย

การที่กฎหมายเยอรมันใช้หลักดุลพินิจกับความผิดต่อกฎระเบียบนั้นมิมีเหตุผลเนื่องจากปัจจุบันประเทศเยอรมนีมีกฎหมายในปริมาณมากและกฎหมายเหล่านี้ก็เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของประชาชนทั่วไปในเกือบจะทุกเรื่อง การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย (ความผิดต่อกฎระเบียบ) จึงมีโอกาสดังขึ้นในแต่ละวันได้เป็นจำนวนมาก แต่ส่วนใหญ่เป็นเพียงการฝ่าฝืนตัวบทกฎหมายโดยไม่มีผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือสังคม ความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าไปลงโทษจึงมีไม่มากเท่ากับกรณีของความผิดอาญา ประกอบกับจำนวนบุคลากรภาครัฐที่มีอยู่จำกัด ในความเป็นจริงจึงไม่สามารถสอบสวนดำเนินคดีกับความผิดต่อกฎระเบียบในทุกกรณีได้ หากกำหนดให้เจ้าหน้าที่มี “หน้าที่” ต้องดำเนินคดีในทุกกรณี (ซึ่งไม่มีทางเป็นไปได้) อาจมีผลให้เกิดการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่จนกลายเป็นเรื่องปกติ เยอรมนีจึงกำหนดให้การสอบสวนและสั่งปรับความผิดต่อกฎระเบียบเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้การใช้ทรัพยากรบุคคลที่มีอยู่จำกัดเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด แต่ทั้งนี้ต้องอยู่บนพื้นฐานการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (ไม่มีเหตุผลอันควร) ประชาชนสามารถร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาได้ และถือเป็นความผิดอาญาอีกด้วย^๔

(๒) การพิจารณาในชั้นหน่วยงานทางปกครอง

(๒.๑) อำนาจของหน่วยงานทางปกครอง

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบกำหนดให้ “หน่วยงานทางปกครอง” มีอำนาจดำเนินการเกี่ยวกับความผิดต่อกฎระเบียบ ดังนี้

๑) มีอำนาจสอบสวน โดยให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานสอบสวน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยกเว้นอำนาจในการดำเนินมาตรการบางอย่างที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพจนเกินสมควรแก่เหตุ เช่น การจับกุมคุมขัง การดังฟังโทรศัพท์ เป็นต้น

๒) มีอำนาจออกคำสั่งปรับ โดยไม่ต้องส่งอัยการเพื่อฟ้องเป็นคดีต่อศาล (ต่างจากการดำเนินคดีอาญา) ทั้งนี้ เมื่อกำหนดให้ความผิดต่อกฎระเบียบมีผลเป็นเพียงการชำระค่าปรับเท่านั้น โดยไม่ใช่โทษอาญาและไม่มีโทษจำคุก จึงไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา ๙๒ ซึ่งบัญญัติให้ “อำนาจตุลาการเป็นอำนาจของผู้พิพากษา”

๓) มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งปรับโดยไม่จำเป็นต้องฟ้องศาลในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่ได้แย้งคำสั่งปรับภายใน ๒ สัปดาห์ โดยให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง (การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน) มาใช้โดยอนุโลม กล่าวคือ

^๔ Wolfgang Mitsch, *supra* note 2, § 23.

ใช้วิธีการยึดอายัดทรัพย์สินและนำไปขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับ กรณีจึงต่างจากความผิดอาญาที่เปรียบเทียบได้ตามกฎหมายไทย ในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่ยอมชำระค่าปรับตามที่มีการเปรียบเทียบ พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจบังคับตามที่ได้เปรียบเทียบ แต่จะต้องส่งสำนวนไปยังอัยการเพื่อฟ้องศาลต่อไป

(๒.๒) อำนาจในการสอบสวน

มาตรา ๔๖ วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่และอำนาจเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการสอบสวนบางมาตรการที่รุนแรงและกระทบสิทธิเสรีภาพมากเกินไปจนเกินสัดส่วนกับความผิดมาใช้บังคับ เช่น

- การสั่งให้ควบคุมตัวในสถานพยาบาลจิตเวชเพื่อตรวจสอบสภาวะทางจิต
- การกักขังเพื่อป้องกันหลบหนีหรือยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน
- การจับกุมชั่วคราว
- การยึดจดหมาย โทรเลข

นอกจากนี้ ยังมีมาตรการอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดเงื่อนไขว่า ใช้เฉพาะกับความผิดอาญาที่มีโทษสูงเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถนำมาใช้กับความผิดต่ออวัยวะเปียบได้โดยปริยาย เช่น

- การขอและใช้ข้อมูลส่วนบุคคล
- การดักฟังและบันทึกการสนทนาผ่านโครงข่ายโทรคมนาคม
- การดักฟังและบันทึกการสนทนาในเคหสถาน
- การใช้สายลับ
- การตั้งด่านตรวจ
- การบันทึกและใช้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้จากด่านตรวจ
- การเฝ้าสังเกตพฤติกรรม

(๒.๓) สิทธิของผู้ต้องหาในกระบวนการสอบสวน

โดยที่ความผิดต่ออวัยวะเปียบเป็นความผิดที่มีโทษไม่รุนแรง (ปรับสถานเดียว) และเจ้าหน้าที่ก็ไม่มีอำนาจใช้มาตรการสอบสวนอันรุนแรงกับผู้ต้องหา กฎหมายจึงไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาในกระบวนการสอบสวนความผิดต่ออวัยวะเปียบเท่ากับผู้ต้องหาในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิของผู้ต้องหาในการชี้แจงข้อเท็จจริงนั้น เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องเรียกผู้ต้องหามาสอบปากคำดังเช่นในคดีอาญา เพียงแต่ให้ผู้ต้องหาได้มีโอกาสตามสมควรในการชี้แจงข้อกล่าวหาที่เป็นอันเพียงพอแล้ว^๕

^๕ มาตรา ๕๕ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

(๒.๔) การดักเตือน^๖

นอกจากเจ้าหน้าที่จะมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าสมควรปรับหรือไม่แล้ว ในกรณีที่เป็นการผิดเล็กน้อย เจ้าหน้าที่ยังสามารถเลือกที่จะดักเตือนโดยไม่สั่งปรับก็ได้ หรือจะดักเตือนและให้ชำระค่าปรับเพียงเล็กน้อย (ไม่เกิน ๕๕ ยูโร) ก็ได้ ซึ่งในกรณีหลังนี้จะมีผลให้คดีความผิดต่อกฎระเบียบเป็นอันระงับ และไม่ถือว่ามี การวินิจฉัยการกระทำความผิดต่อกฎระเบียบ

(๒.๕) เขตอำนาจของหน่วยงานทางปกครอง

หน่วยงานใดจะมีอำนาจสอบสวนและสั่งปรับความผิดในเรื่องใด เป็นสิ่งที่ต้องกำหนดไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดต่อกฎระเบียบให้ชัดเจน ในกรณีที่เหตุการณ์ใด ประกอบด้วยการกระทำความผิดหลายกรรมและแต่ละกรรมเป็นความผิดต่างกฎหมายกัน อาจส่งผลให้มีหน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวนและสั่งปรับมากกว่า ๑ หน่วยงาน ซึ่งมาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง^๗ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ กำหนดว่า ในกรณีดังกล่าว ให้มีเพียงหน่วยงานเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจสอบสวนและสั่งปรับ คือ หน่วยงานที่ริเริ่มกระบวนการสอบสวนเป็นหน่วยงานแรก โดยให้หน่วยงานดังกล่าวมีอำนาจสอบสวนและสั่งปรับความผิดตามกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของตนและตามกฎหมายของหน่วยงานอื่นด้วย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาให้ต้องถูกดำเนินการสอบสวนซ้ำซ้อนโดยหลายหน่วยงานสำหรับความผิดในเรื่องเดียวกัน^๘ อันเป็นผลสืบเนื่องมาจาก “หลักห้ามลงโทษซ้ำ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๓ วรรคสาม^๙ ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ตีความหลักกฎหมายเรื่องนี้ว่า มิได้ห้ามเฉพาะการลงโทษซ้ำใน “กรรม” เดียวกันเท่านั้น แต่หมายรวมไปถึงการห้ามลงโทษซ้ำใน “เรื่องหรือเหตุการณ์” เดียวกันด้วย และหลักห้ามลงโทษซ้ำก็ได้ห้ามเฉพาะการลงโทษ

^๖ มาตรา ๕๖ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^๗ มาตรา ๓๙ ในกรณีที่มิใช่หน่วยงานมากกว่าหนึ่งหน่วยงานมีอำนาจสอบสวนตามมาตรา ๓๖ ถึงมาตรา ๓๘ ให้หน่วยงานที่ได้สอบปากคำผู้ต้องหาเป็นหน่วยงานแรก หน่วยงานที่มอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจสอบปากคำผู้ต้องหาเป็นหน่วยงานแรก หรือหน่วยงานที่ได้รับสำนวนการสอบสวนจากเจ้าพนักงานตำรวจเป็นหน่วยงานแรก เป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบในการสอบสวนและสั่งปรับ หน่วยงานดังกล่าวจะแยกสำนวนการสอบสวนในกรณีตามมาตรา ๓๘ ก็ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

^๘ Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Auflage, C.H. Beck, 2018, § 39 Rn. 1.

^๙ มาตรา ๑๐๓

ฯลฯ

ฯลฯ

บุคคลย่อมไม่ถูกลงโทษซ้ำสำหรับความผิดเดียวกันภายใต้กฎหมายอาญาทั่วไป

แต่ห้ามตั้งแต่การสอบสวนและการดำเนินการใด ๆ ที่จะนำไปสู่การลงโทษด้วย ไม่ว่าจะเป็นการสอบสวนอีกรอบ(ในภายหลัง) หรือการสอบสวนซ้ำซ้อนกัน (พร้อม ๆ กัน) โดยหลายหน่วยงาน^{๑๐}

อนึ่ง ปัญหาในเรื่องนี้ไม่เกิดขึ้นในคดีอาญาเนื่องจากไม่ว่าจะเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายใด ผู้ที่มีอำนาจสอบสวนดำเนินคดีก็มีเพียงคนเดียว คือ พนักงานสอบสวน ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกับมาตรา ๓๙ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออาชญากรรม ค.ศ. ๑๙๖๘

(๒.๖) ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเจ้าพนักงานตำรวจ

โดยที่ในทางปฏิบัติ ผู้ที่ค้นพบการกระทำความผิดเป็นคนแรกมักจะเป็นเจ้าพนักงานตำรวจเนื่องจากมีบุคลากรปฏิบัติหน้าที่ครอบคลุมทุกพื้นที่ และประชาชนส่วนใหญ่ก็ไม่ทราบว่าหน่วยงานใดรับผิดชอบกฎหมายฉบับใด จึงมักจะมากล่าวโทษร้องทุกข์ในทุก ๆ เรื่องกับเจ้าพนักงานตำรวจ กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออาชญากรรมจึงกำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจสอบสวนการกระทำความผิดในเบื้องต้น ไม่ว่าจะเป็นความผิดตามกฎหมายใด โดยให้มีอำนาจดำเนินมาตรการใด ๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลเสียหายแก่การแสวงหาข้อเท็จจริงในภายหลัง และเมื่อสอบสวนได้ความเป็นประการใดแล้ว ก็ให้ส่งสำนวนการสอบสวนไปยังหน่วยงานทางปกครองโดยไม่ชักช้า^{๑๑}

อนึ่ง อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการสอบสวนการกระทำความผิดในเบื้องต้นนี้เป็นอำนาจ “ดุลพินิจ” เช่นเดียวกับกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ค้นพบการกระทำความผิดเอง

นอกจากอำนาจในการสอบสวนการกระทำความผิดในเบื้องต้นแล้ว เจ้าพนักงานตำรวจยังมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดและต้องดำเนินการสอบสวนบางอย่างแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเมื่อได้รับการร้องขอจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น การสอบปากคำพยาน การสอบปากคำผู้ต้องหา แล้วรายงานผลการดำเนินการไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อดำเนินการต่อไป

^{๑๐} Erich Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17. Aufl., 2017, § 39 Rn. 3; Christoph Degenhart, in: Michael Sachs, *Grundgesetz*, 8. Aufl., C.H. Beck 2018, Art. 103 Rn. 79.

^{๑๑} มาตรา ๕๓ เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการสอบสวนการกระทำความผิดต่ออาชญากรรมและดำเนินมาตรการใด ๆ ที่มีอำนาจใช้ได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลเสียหายแก่การแสวงหาข้อเท็จจริงในภายหลัง ในการสอบสวนการกระทำความผิดต่ออาชญากรรม ให้เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจและหน้าที่เช่นเดียวกับการสอบสวนในคดีอาญา เว้นแต่กฎหมายนี้จะกำหนดเป็นอย่างอื่น ให้เจ้าพนักงานตำรวจส่งสำนวนการสอบสวนไปยังหน่วยงานทางปกครองโดยไม่ชักช้า แต่ในกรณีความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาให้ส่งไปยังพนักงานอัยการ

(๓) คำสั่งปรับ

คำสั่งปรับต้องทำเป็นหนังสือและระบุข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อให้ผู้ต้องหาทราบได้แน่ชัดว่าถูกปรับในข้อหาใดและสมควรโต้แย้งหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง^{๑๒}

๑) ข้อมูลเกี่ยวกับตัวบุคคลของผู้ต้องหาและผู้มีส่วนร่วมกระทำความผิด

๒) ข้อกล่าวหา เวลาและสถานที่กระทำความผิด องค์ประกอบความผิด และบทมาตราที่ยกขึ้นปรับ

๓) พยานหลักฐาน

๔) จำนวนค่าปรับ

นอกจากนี้ คำสั่งปรับต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องหาในการโต้แย้งและผลของการไม่ใช้สิทธิโต้แย้ง ตลอดจนสิทธิในการขอขยายระยะเวลาการชำระค่าปรับหรือขอผ่อนชำระด้วย

นอกเหนือจากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในคำสั่งปรับไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลใด ๆ เพิ่มเติม^{๑๓} เดิมทีกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบฉบับปี ๑๙๕๒ เคยกำหนดให้ต้องระบุเหตุผลโดยละเอียดไว้ในคำสั่งปรับเนื่องจากกฎหมายฉบับปี ๑๙๕๒ ได้ให้อำนาจศาลตรวจสอบเพียงแค่ว่าความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง ไม่ได้ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีใหม่ทั้งหมด คำสั่งปรับของหน่วยงานทางปกครองจึงต้องมีความครบถ้วนสมบูรณ์เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยเฉพาะต้องมีการเขียนเหตุผลโดยละเอียด เพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบเหตุผลในการออกคำสั่งได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบฉบับปี ๑๙๖๘ เห็นว่า หลักการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับคดีความผิดต่ออวัยวะเปียบซึ่งมีปริมาณมากและก่อให้เกิดภาระแก่เจ้าหน้าที่อย่างมากในทางปฏิบัติ กฎหมายฉบับปี ๑๙๖๘ จึงเปลี่ยนมาใช้หลัก “ความยินยอมของผู้กระทำความผิด” (Selbstunterwerfung) โดยถือว่าคำสั่งปรับมิได้มีสถานะเทียบเท่ากับคำพิพากษาศาล แต่เป็นเพียง “ข้อเสนอ” ให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับเพื่อให้เรื่องจบลงโดยไม่ต้องไปศาล การออกคำสั่งปรับจึงไม่จำเป็นต้องเขียนเหตุผลละเอียดมากเพราะถ้าผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับก็ถือว่ายินยอม แต่ถ้าผู้กระทำความผิดโต้แย้งคำสั่งนั้น เรื่องก็จะไปถึงศาลและศาลก็จะมีอำนาจพิจารณาและพิพากษาโดยไม่จำกัด ซึ่งจะสามารถแก้ปัญหาในกรณีที่ศาลมีความเห็นไม่ตรงกับฝ่ายปกครอง ศาลก็สามารถสั่งปรับตามที่ศาลเห็นสมควรได้โดยไม่ต้องเพิกถอนคำสั่งแล้วส่งเรื่องกลับไปให้ฝ่ายปกครองพิจารณาใหม่ตามที่เคยเป็นในกฎหมายฉบับปี ๑๙๕๒ ซึ่งช่วยลดขั้นตอนและต้นทุนภาครัฐสำหรับความผิดเล็กน้อยได้เป็นอย่างมาก^{๑๔}

^{๑๒} มาตรา ๖๖ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๑๓} มาตรา ๖๖ วรรคสาม แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๑๔} Bundestag Drucksache V/1269 S. 32.

คำสั่งปรับที่มีสาระสำคัญไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดถือเป็น “คำสั่งที่มีข้อผิดพลาด” สามารถแบ่งออกได้เป็น ๓ ประเภท^{๑๕} ดังนี้

๑) คำสั่งที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อย เช่น มีคำสะกดผิด คำสั่งประเภทนี้สามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้ ข้อผิดพลาดลักษณะนี้ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่ง

๒) คำสั่งที่ไม่สมบูรณ์ คือ คำสั่งที่มีข้อผิดพลาดในระดับที่ทำให้ไม่สามารถนำคำสั่งไปใช้ในการฟ้องคดีต่อศาลได้ เช่น

- ระบุเหตุการณ์ไม่ชัดเจน เช่น ไม่ระบุวันเวลาสถานที่
- ระบุตัวผู้ต้องหาไม่ชัดเจน
- ระบุโทษไม่ถูกต้อง

หากพนักงานอัยการหรือศาลพบว่าคำสั่งปรับมีข้อผิดพลาดในลักษณะนี้ ก็จะสั่งให้ยุติการดำเนินคดีในทันที เพราะไม่สามารถดำเนินคดีต่อไปได้ กรณีคล้ายกับการฟ้องคลุมเครือหรือฟ้องไม่ชัดเจน แต่ถ้าผู้ต้องหาปล่อยให้คำสั่งปรับเป็นที่สุดโดยไม่ใช้สิทธิโต้แย้งภายใน ๒ สัปดาห์ เจ้าหน้าที่ย่อมสามารถดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้ เว้นแต่เป็นคำสั่งที่เป็นโมฆะ

สำหรับข้อผิดพลาดเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการ ส่วนใหญ่ไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของคำสั่ง เช่น การไม่ให้โอกาสผู้ต้องหาได้ชี้แจงก่อนมีคำสั่งปรับ การไม่อนุญาตให้ผู้ต้องหาตรวจดูสำนวนการสอบสวน เป็นต้น

๓) คำสั่งที่เป็นโมฆะ คือ คำสั่งที่มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด แม้ผู้ต้องหาจะไม่ได้ใช้สิทธิโต้แย้งภายใน ๒ สัปดาห์ ก็ไม่เป็นผลให้คำสั่งเป็นที่สุดและไม่อาจใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้ เช่น คำสั่งที่ระบุจำนวนค่าปรับไม่ชัดเจน หรือกำหนดจำนวนค่าปรับที่ไม่ถูกต้อง เป็นต้น

(๔) การโต้แย้งคำสั่งปรับของหน่วยงานทางปกครอง

(๔.๑) การโต้แย้งคำสั่งปรับ

ผู้ต้องหาที่มีสิทธิโต้แย้งคำสั่งปรับของหน่วยงานทางปกครองภายใน ๒ สัปดาห์ นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว โดยยื่นเป็นหนังสือหรือลงบันทึก ณ หน่วยงานที่ออกคำสั่งนั้น^{๑๖} โดยสามารถทำได้ด้วยตนเอง ไม่จำเป็นต้องมอบหมายให้ทนายความดำเนินการแทน เนื่องจากไม่จำเป็นต้องเขียนเหตุผลใด ๆ ประกอบ และไม่จำเป็นต้องใช้ภาษาที่ถูกต้องในการโต้แย้ง แม้จะใช้ถ้อยคำอื่น เช่น คำว่า “คัดค้าน” “อุทธรณ์” หรือ “ร้องเรียน” ก็ยังถือว่าเป็น

^{๑๕} Erich Göhler, *supra* note 10, § 66 Rn. 31 ff.

^{๑๖} มาตรา ๖๗ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

การโต้แย้งที่สมบูรณ์ทางกฎหมาย หากทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า ผู้ต้องหาประสงค์จะโต้แย้งคำสั่งปรับของฝ่ายปกครอง

หากผู้ต้องหาไม่โต้แย้งภายใน ๒ สัปดาห์ จะมีผลให้คำสั่งปรับเป็นที่สุด และเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล

(๔.๒) การพิจารณาคำโต้แย้งโดยเจ้าหน้าที่

ในการพิจารณาคำโต้แย้งของผู้ต้องหา เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสอบสวนหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมและอาจให้โอกาสผู้ต้องหาชี้แจงหรือแสดงพยานหลักฐานเพิ่มเติมภายในระยะเวลาที่กำหนดเพื่อพิจารณาว่าจะยืนยันหรือจะเพิกถอนคำสั่งปรับ^{๑๗}

การเพิกถอนคำสั่งปรับมีผลเป็นเพียงการลบล้างคำสั่งเดิม แต่กระบวนการพิจารณายังคงค้างอยู่ ดังนั้น เมื่อเพิกถอนคำสั่งปรับแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีทางเลือกดำเนินการ ดังต่อไปนี้

๑) มีคำสั่งยุติการพิจารณา หากเห็นว่าไม่สมควรสั่งปรับ

๒) ออกคำสั่งปรับใหม่ เพื่อแก้ไขเนื้อหาในคำสั่งเดิม เช่น กำหนดจำนวนค่าปรับหรือฐานความผิดใหม่ ฯลฯ

๓) ส่งเรื่องให้หน่วยงานอื่นหากเห็นว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น หรือส่งให้พนักงานสอบสวนหากเห็นว่าเป็นความผิดอาญา

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่เห็นด้วยกับคำโต้แย้งและยังคงยืนยันตามคำสั่งปรับ ให้ส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อฟ้องคดีต่อศาลต่อไป^{๑๘}

การสอบสวนเพิ่มเติมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในขั้นนี้ นอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถตัดสินใจได้ว่าจะยืนยันหรือจะเพิกถอนคำสั่งปรับแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อเตรียมสำนวนการสอบสวนให้มีความสมบูรณ์และมีข้อเท็จจริงพร้อมสำหรับการพิจารณาในชั้นศาลด้วย เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาคดีได้ด้วยความสะดวก โดยเฉพาะการรับฟังพยานโดยการอ่านบันทึกคำให้การตามมาตรา ๗๗ เอ^{๑๙} เพื่อให้การพิจารณาในชั้นศาลสามารถจบลงได้ในนัดเดียว

(๔.๓) การถอนคำโต้แย้ง

ผู้ต้องหาสามารถถอนคำโต้แย้งได้ตลอดเวลา ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา โดยใช้วิธีการเดียวกับการยื่นคำโต้แย้ง คือ ทำเป็นหนังสือหรือลงบันทึก ณ หน่วยงานทางปกครอง ที่ออกคำสั่ง พนักงานอัยการ หรือศาล แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม เมื่อการดำเนินคดีไปถึงชั้นศาล

^{๑๗} มาตรา ๖๙ วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๑๘} มาตรา ๖๙ วรรคสาม แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๑๙} มาตรา ๗๗ เอ ในการรับฟังพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ร่วมกระทำความผิด ศาลจะใช้วิธีการอ่านบันทึกคำให้การที่ได้จากการสอบปากคำในชั้นก่อนหน้านั้นหรืออ่านเอกสารที่มีข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าของบุคคลนั้นแทนก็ได้

แล้ว หากมีการออกนั่งพิจารณาคดี การถอนคำโต้แย้งจำเป็นต้องได้รับคำยินยอมจากพนักงานอัยการเสียก่อน เว้นแต่ในคดีนั้นพนักงานอัยการจะไม่เข้าร่วมการพิจารณาในชั้นศาล^{๒๐} ทั้งนี้ เพื่อให้พนักงานอัยการมีโอกาสคัดค้านในกรณีที่เห็นว่าในคดีนั้นมีการกระทำที่เข้าข่ายเป็นความผิดอาญาและสมควรได้รับการพิพากษาโดยศาล

การถอนคำโต้แย้งมีผลเป็นการรื้อฟื้นคำสั่งปรับให้กลับมามีผลบังคับอีกครั้งหนึ่งและทำให้คำสั่งนั้นมีผลเป็นที่สุดในทันที ส่งผลให้เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งปรับได้ทันที เนื่องจากถือว่าผู้ต้องหายอมรับในคำสั่งและไม่ติดใจที่จะโต้แย้งอีกต่อไป^{๒๑}

นอกจากการถอนคำโต้แย้งโดยชัดแจ้งแล้ว การชำระค่าปรับ ณ เวลาใด ๆ หลังจากที่ได้ยื่นคำโต้แย้งไปแล้ว ก็อาจถือได้ว่าเป็นการถอนคำโต้แย้งโดยพฤตินัย^{๒๒}

อย่างไรก็ดี เมื่อผู้ต้องหาถอนคำโต้แย้งแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการถอนคำโต้แย้งในชั้นการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครอง ในชั้นการพิจารณาของพนักงานอัยการ หรือในระหว่างการพิจารณาของศาล ผู้ต้องหาจะต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานของบุคลากรในชั้นต่าง ๆ เพราะถือเป็นการใช้ทรัพยากรบุคคลของรัฐโดยไม่จำเป็น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ต้องหาใช้การโต้แย้งในการประวิงเวลาชำระค่าปรับ

(๕) การพิจารณาในชั้นอัยการ

เมื่อหน่วยงานทางปกครองยืนยันคำสั่งปรับและส่งสำนวนการพิจารณาไปยังพนักงานอัยการแล้ว อำนาจในการสอบสวนก็จะถ่ายโอนไปเป็นของพนักงานอัยการ^{๒๓} ส่งผลให้พนักงานอัยการมีสถานะเป็น “หน่วยงานผู้มีอำนาจสอบสวน” (Verfolgungsbehörde) และมีอำนาจสั่งยุติการพิจารณาได้เมื่อเห็นเป็นการเหมาะสม (อำนาจดุลพินิจ) หลังจากอำนาจสอบสวนได้ถูกโอนไปให้พนักงานอัยการแล้ว หน่วยงานทางปกครองย่อมไม่มีสถานะเป็นเจ้าของเรื่องอีกต่อไป จึงไม่สามารถเพิกถอนคำสั่งปรับได้ ต่างจากในคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองซึ่งหน่วยงานทางปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตลอดเวลา

ในฐานะหน่วยงานผู้มีอำนาจสอบสวน พนักงานอัยการสามารถสอบสวนเพิ่มเติมหรือสั่งให้หน่วยงานทางปกครองดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อรวบรวมข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณา^{๒๔} ซึ่งผลการพิจารณามีได้ ๒ ทาง ดังนี้

๑) สั่งยุติคดี หากเห็นว่าไม่มีความผิดหรือไม่สมควรปรับ

^{๒๐} มาตรา ๗๕ วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๒๑} Klaus Ellbogen, in: Wolfgang Mitsch, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Auflage, C.H. Beck, 2018, § 67 Rn. 109 ff.

^{๒๒} Klaus Ellbogen, *supra* note 21, § 67 Rn. 103.

^{๒๓} มาตรา ๖๙ วรรคสี่ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๒๔} มาตรา ๖๙ วรรคสี่ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

๒) ส่งสำนวนไปยังศาลเพื่อฟ้องเป็นคดีความผิดต่ออวัยวะเปียบ

การสั่งยุติคดีเปรียบเทียบได้กับคำสั่งไม่ฟ้องในคดีอาญา แต่จะไม่มีการทำความเห็นแย้งโดยหน่วยงานทางปกครอง เนื่องจากเป็นเพียงคดีความผิดเล็กน้อย ไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนถ่วงดุลการตัดสินใจของพนักงานอัยการเช่นเดียวกับในคดีอาญา^{๒๕}

ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรฟ้องเป็นคดีต่อศาล พนักงานอัยการสามารถดำเนินการโดยส่งสำนวนการพิจารณาไปให้ศาลโดยไม่จำเป็นต้องเขียนคำฟ้องและให้ถือว่าคำสั่งปรับเป็นคำฟ้อง ทั้งนี้ เพื่อลดภาระของพนักงานอัยการไม่ให้อายุเสียเวลาเขียนคำฟ้องสำหรับคดีความผิดเล็กน้อย

เดิมกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบฉบับปี ๑๙๕๒ เคยให้อำนาจฝ่ายปกครองฟ้องคดีเองได้โดยตรงไม่ต้องผ่านอัยการ แต่ในทางปฏิบัติพบว่ามีปัญหาเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องส่งสำเนาคำสั่งปรับ (หรือคำสั่งยุติคดี) แจ้งให้อัยการทราบเสมอ เพื่อให้อัยการคอยตรวจสอบว่าในเรื่องนั้นมีการกระทำความผิดอาญาอยู่ด้วยหรือไม่ ต่อมากฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ (ฉบับปัจจุบัน) จึงได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการกำหนดให้ฝ่ายปกครองยื่นเรื่องผ่านพนักงานอัยการเสมอ แต่ทั้งนี้ ก็ได้กำหนดให้เป็นดุลพินิจของพนักงานอัยการว่าจะเข้าหรือไม่เข้าร่วมการพิจารณาคดีในชั้นศาลก็ได้ หากพนักงานอัยการเห็นว่าเป็นคดีที่ไม่มีการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวข้องเลย หรือเป็นคดีที่ไม่ยุ่งยาก ไม่จำเป็นต้องสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม ก็สามารถฟ้องคดีโดยการส่งเพียงสำนวนการสอบสวนไปยังศาลโดยจะไม่เข้าร่วมการพิจารณาในชั้นศาลก็ได้ เพื่อนำเวลาไปทำคดีอาญาหรือคดีอื่นที่มีความยุ่งยาก^{๒๖} ทั้งนี้ วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดให้ฝ่ายปกครองส่งเรื่องไปยังอัยการ คือ เพื่อให้อัยการตรวจสอบในมิติของกฎหมายอาญา โดยพิจารณาว่ามีการกระทำความผิดอาญาหรือไม่ ในกรณีที่ไม่มีเหตุให้สงสัยว่าเป็นความผิดอาญา อัยการก็สามารถส่งเรื่องต่อไปยังศาลได้โดยไม่ต้องเข้าร่วมการพิจารณาคดี^{๒๗}

(๖) การพิจารณาในชั้นศาล

(๖.๑) ภาพรวม

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีความผิดต่ออวัยวะเปียบ คือ ศาลแขวง (ศาลยุติธรรม) ที่มีเขตอำนาจในท้องที่อันเป็นที่ตั้งของหน่วยงานทางปกครองที่ออกคำสั่งปรับ^{๒๘}

^{๒๕} Klaus Ellbogen, *supra* note 21, § 67 Rn. 114 ff.

^{๒๖} Lothar Senge, in: Wolfgang Mitsch, *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5. Auflage, C.H. Beck, 2018, § 75 Rn. 1 ff.; Bundestag Drucksache V/1269 S. 34.

^{๒๗} Bundestag Drucksache V/1269 S. 34.

^{๒๘} มาตรา ๖๘ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

เหตุผลที่เยอรมนีเลือกศาลยุติธรรมให้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีความผิดต่ออวัยวะโดยไม่เลือกศาลปกครองนั้น ได้มีการอธิบายในชั้นการยกร่างกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะปี ๑๙๕๒ ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ของคณะทำงานยกร่างมีความเห็นดังนี้^{๒๙}

๑) โครงสร้าง องค์ประกอบ และหลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดต่ออวัยวะมีความคล้ายคลึงกับความผิดอาญา หลักกฎหมายอาญาส่วนใหญ่ก็นำมาใช้กับความผิดต่ออวัยวะด้วย จึงสมควรให้ศาลยุติธรรมซึ่งมีความเชี่ยวชาญในหลักกฎหมายอาญาพิจารณาคดีความผิดต่ออวัยวะด้วย

๒) เพื่อความเป็นเอกภาพของคำพิพากษา เนื่องศาลยุติธรรมมีแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายอาญาในเรื่องต่าง ๆ ไว้แล้ว หากให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาความผิดต่ออวัยวะก็อาจวินิจฉัยข้อกฎหมายเดียวกันแตกต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรม

๓) ความผิดอาญาและความผิดต่ออวัยวะจำนวนมากมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน ต่างกันแค่เพียงในรายละเอียดข้อเท็จจริงบางประการ เช่น การขับรถโดยมีนเมาอาจเป็นได้ทั้งความผิดอาญาหรือความผิดต่ออวัยวะ ขึ้นอยู่กับปริมาณแอลกอฮอล์ในกระแสเลือด (เกินร้อยละ ๐.๑๑ เป็นความผิดอาญา เกินร้อยละ ๐.๐๕ แต่ไม่เกินร้อยละ ๐.๑๑ เป็นความผิดต่ออวัยวะ)

๔) ศาลปกครองมีจำนวนน้อยกว่าศาลยุติธรรม อาจไม่เพียงพอต่อการพิจารณาความผิดต่ออวัยวะซึ่งเป็นความผิดที่มีจำนวนมาก

ในคดีความผิดต่ออวัยวะ ผู้นำคดีมาฟ้องต่อศาลคือพนักงานอัยการ ซึ่งต่างจากคดีปกครองที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องนำเรื่องมาฟ้องต่อศาลเองหากยังไม่พอใจในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง

คดีความผิดต่ออวัยวะถือเป็นคดีอีกประเภทหนึ่ง ไม่ใช่คดีอาญา แม้จะนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้เป็นหลัก แต่กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะก็ได้ปรับเปลี่ยนวิธีพิจารณาในชั้นศาลให้แตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาหลายประการ โดยให้มีความกระชับ รวดเร็ว ไม่ยุ่งยาก และลดขั้นตอน เนื่องจากเป็นคดีที่มีโทษไม่ร้ายแรง

ผู้ที่มีบทบาทหลักในกระบวนการพิจารณาคดีความผิดต่ออวัยวะในชั้นศาลคือ ผู้พิพากษา ซึ่งกฎหมายให้อำนาจเป็นผู้กำหนดขอบเขตการรับฟังพยานหลักฐาน โดยสามารถปฏิเสธคำร้องขอสืบพยานหลักฐานของคู่ความได้ง่ายกว่าในคดีอาญา หรือจะพิจารณาจากสำนวนการสอบสวนของพนักงานอัยการโดยไม่สืบพยานเพิ่มเติมเลยก็ได้หากเห็นว่าข้อเท็จจริงเป็นที่

^{๒๙} Bundestag Drucksache I/2100 S. 20 f.

น่าเชื่อถือและมีความชัดเจนเพียงพอแล้ว^{๓๐} นอกจากนี้ในคดีที่มีค่าปรับเพียงเล็กน้อยหรือมีข้อเท็จจริงชัดเจนโดยปราศจากการโต้แย้งใด ๆ พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และผู้ต้องหาจะไม่เข้าร่วมการพิจารณาก็ได้

(๖.๒) ขั้นตอนในวันออกนั่งพิจารณาคดี

ขั้นตอนการพิจารณาของศาลในวันออกนั่งพิจารณาคดี มีดังนี้

๑) พนักงานอัยการอ่านเนื้อหาคำสั่งปรับของฝ่ายปกครอง เทียบได้กับการบรรยายฟ้องในคดีอาญา แต่ในกรณีที่พนักงานอัยการไม่เข้าร่วมในการพิจารณาคดี ศาลจะเป็นผู้อ่านคำสั่งเองเพื่อริเริ่มกระบวนการพิจารณา

๒) ศาลถามคำให้การจากผู้ต้องหา

๓) เริ่มการไต่สวนพยานหลักฐาน

๔) การแถลงปิดคดี (ในกรณีที่พนักงานอัยการไม่เข้าร่วมในการพิจารณาคดี จะไม่มีการแถลงปิดคดีจากฝ่ายอัยการ)

๕) ศาลประชุมหารือและอ่านคำพิพากษา

(๖.๓) การพิจารณาคดีโดยไม่ออกนั่งพิจารณา^{๓๑}

ในขณะที่การพิจารณาคดีอาญายึดหลักการพิจารณาคดีโดย “เปิดเผย” อย่างเคร่งครัด ข้อเท็จจริงที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยหลักแล้วจะต้องได้มาจากการสืบพยานหลักฐานต่อหน้าจำเลยเท่านั้น เนื่องจากการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยการออกนั่งพิจารณาคดีย่อมมีประสิทธิภาพมากกว่าและปกติแล้วจะรวดเร็วกว่าการพิจารณาทางเอกสาร พยานเอกสารทุกชิ้นจะต้องส่งสำเนาให้ผู้ต้องหาทราบเพื่อให้มีโอกาสโต้แย้งได้ การพิจารณาคดีทางเอกสารจึงต้องใช้เวลาในการส่งเอกสารไปมาระหว่างคู่ความในคดี^{๓๒}

แต่สำหรับคดีความผิดอาญากระทำความผิดที่มีโทษเพียงค่าปรับเท่านั้น กฎหมายเห็นว่าไม่จำเป็นต้องยึดหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยในทุกกรณีไป เพื่อลดขั้นตอนการพิจารณาให้น้อยลงและสอดคล้องกับความเล็กน้อยของโทษ ดังนั้น หากศาลเห็นว่าป็นคดีที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน เช่น ในสำนวนการสอบสวนปรากฏข้อเท็จจริงครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว ไม่จำเป็นต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม หรือเป็นกรณีที่ผู้ต้องหาคัดค้านเฉพาะจำนวนค่าปรับหรือคัดค้านเฉพาะข้อกฎหมายเท่านั้น^{๓๓} ศาลจะพิจารณาพิพากษาโดยไม่ออกนั่งพิจารณาคดีก็ได้ถ้าผู้ต้องหาและพนักงานอัยการมิได้คัดค้านวิธีการดังกล่าว โดยศาลจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาและพนักงานอัยการ

^{๓๐} มาตรา ๗๗ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดอาญากระทำความผิด ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๓๑} มาตรา ๗๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดอาญากระทำความผิด ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๓๒} Bundestag Drucksache V/1269 S. 34.

^{๓๓} Lothar Senge, supra note 26, § 72 Rn. 2 ff.; Bundestag Drucksache V/1269 S.

ทราบก่อนเพื่อให้มีโอกาสแสดงความเห็นหรือยื่นคำคัดค้านภายใน ๒ สัปดาห์ เว้นแต่เป็นกรณีที่ศาลจะพิพากษายกฟ้อง ศาลจะไม่แจ้งให้ผู้ต้องหาทราบหรือไม่ฟังคำคัดค้านของผู้ต้องหาได้^{๓๔}

ในกรณีที่ศาลจะพิพากษาโดยไม่ออกนัยพิจารณาคดี ศาลมีอำนาจกำหนดคำพิพากษา ดังต่อไปนี้

๑) พิพากษายกฟ้องผู้ต้องหา (กรณีที่ศาลเห็นว่าผู้ต้องหาไม่ได้กระทำความผิด)

๒) สั่งยุติการพิจารณาคดีและจำหน่ายคดี (กรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจเห็นว่าเป็นกรณีที่สมควรปรับ)

๓) พิพากษาสั่งปรับ แต่ปรับได้ไม่มากกว่าไปกว่าที่กำหนดไว้ในคำสั่งของฝ่ายปกครอง

(๖.๔) การพิจารณาคดีลับหลังผู้ต้องหา^{๓๕}

ในคดีอาญามีหลักกฎหมายที่สำคัญ คือ การพิจารณาคดีต้องเป็นไปต่อหน้าจำเลย โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันกำหนดให้จำเลยมีหน้าที่ต้องมาปรากฏตัวระหว่างการพิจารณาคดีในชั้นศาลโดยตลอด ถ้าไม่มาโดยไม่มีเหตุอันควร ศาลมีอำนาจออกหมายจับ แต่ถ้าได้ขออนุญาตต่อศาลเป็นการล่วงหน้า ศาลจะสั่งให้เลื่อนนัดการพิจารณาคดีโดยไม่ออกหมายจับก็ได้

สำหรับในคดีความผิดต่อกฎระเบียบซึ่งมีโทษที่ไม่รุนแรงนั้น มีการผ่อนปรนหลักการพิจารณาคดีต่อหน้าผู้ต้องหาหลายประการ ดังนี้

๑) การที่พนักงานอัยการ “ส่ง” สำนวนการสอบสวนไปยังศาล ให้ถือเป็น การฟ้องคดี ซึ่งสามารถดำเนินการได้ในทางเอกสารและไม่จำเป็นต้องนำตัวผู้ต้องหาไปส่งฟ้องที่ศาลดังเช่นในคดีอาญา

๒) ในระหว่างการพิจารณาคดี ผู้ต้องหาไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมการพิจารณา หากผู้ต้องหาได้ชี้แจงในข้อกล่าวหาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หรือผู้ต้องหาไม่ประสงค์จะใช้สิทธิชี้แจงข้อกล่าวหาในชั้นการพิจารณาของศาล ในกรณีดังกล่าว หากศาลเห็นว่าการเข้าร่วมการพิจารณาของผู้ต้องหาไม่มีความจำเป็นสำหรับการแสวงหาข้อเท็จจริงในประเด็นสำคัญแห่งคดี ศาลจะอนุญาตให้ผู้ต้องหาไม่ต้องเข้าร่วมการพิจารณาคดีก็ได้ และให้ศาลดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีลับหลังผู้ต้องหาต่อไป โดยบรรดาคำให้การและคำชี้แจงของผู้ต้องหาที่ได้เคยให้ไว้ในชั้นหน่วยงานทางปกครองหรือในชั้นอัยการ ให้นำเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาลได้โดยการอ่านบันทึกหรือสรุปใจความสำคัญ

^{๓๔} มาตรา ๗๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๓๕} มาตรา ๗๔ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

ในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่เข้าร่วมการพิจารณาโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ศาลจะไม่ออกหมายจับ แต่จะมีคำพิพากษายกคำโต้แย้งของผู้ต้องหา^{๓๖} มีผลให้คำสั่งปรับของฝ่ายปกครองเป็นที่สุด และฝ่ายปกครองสามารถดำเนินมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ในทันที

(๖.๕) บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีในชั้นศาล

๑) พนักงานอัยการ

ในขณะที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันกำหนดให้พนักงานอัยการต้องเข้าร่วมการพิจารณาคดีในชั้นศาลตลอดเวลา แต่กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบได้กำหนดให้เป็นดุลพินิจของพนักงานอัยการในการพิจารณาว่าจะเข้าหรือไม่เข้าร่วมการพิจารณาคดี หากพนักงานอัยการเห็นว่าเป็นกรณีที่ไม่มีผลกระทบต่อความผิดอาญาเกี่ยวข้องเลย หรือเป็นคดีที่ไม่ยุ่งยาก ไม่จำเป็นต้องสืบพยานหลักฐานมากมาย ก็สามารถที่จะไม่เข้าร่วมการพิจารณาในชั้นศาล^{๓๗} เพื่อนำเวลาไปทำคดีอาญาหรือคดีอื่นที่มีความยุ่งยาก^{๓๘} ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายเยอรมันกำหนดบทบาทของอัยการในคดีความผิดต่อกฎระเบียบไว้ ๒ เรื่องด้วยกัน ได้แก่ ๑) การตรวจสอบในมิติของกฎหมายอาญา และ ๒) การแสวงหาข้อเท็จจริงในกรณีที่ต้องสืบพยานยุ่งยาก

ในคดีที่พนักงานอัยการไม่เข้าร่วมการพิจารณาในชั้นศาล กระบวนการพิจารณาจะมีแนวทาง ดังนี้

(๑) ศาลจะเป็นผู้บรรยายฟ้องด้วยตนเอง โดยการอ่านเนื้อหาของคำสั่งของฝ่ายปกครอง

(๒) ไม่มีการแถลงปิดคดีโดยพนักงานอัยการ

(๓) การสั่งยุติการพิจารณาคดีโดยศาลหรือการถอนคำโต้แย้งโดยผู้ต้องหา ไม่จำเป็นต้องขอคำยินยอมจากพนักงานอัยการ

๒) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ในคดีความผิดต่อกฎระเบียบ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช่คู่ความในคดี การฟ้องคดีความผิดต่อกฎระเบียบเป็นเรื่องระหว่างอัยการกับผู้ต้องหา^{๓๙} แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิขออนุญาตต่อศาลเพื่อเข้าไปชี้แจงข้อเท็จจริงในคดีได้ เว้นแต่ศาลจะเห็นว่าไม่จำเป็นเพราะเป็นคดีที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนหรือไม่จำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

^{๓๖} มาตรา ๗๔ วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๓๗} มาตรา ๗๕ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๓๘} Lothar Senge, supra note 26, § 75 Rn. 1 ff.; Bundestag Drucksache V/1269 S.

^{๓๙} Lothar Senge, supra note 26, § 76 Rn. 1 ff.

ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการวินิจฉัยคดี^{๔๐} ฝ่ายปกครองจึงมีบทบาทเป็นเพียงผู้ให้ข้อมูลที่เป็นความรู้เฉพาะทาง (Fachfragen) เพื่อนำไปประกอบการพิจารณาของศาล

เมื่อศาลมีคำพิพากษาเป็นประการใดแล้ว จะต้องแจ้งให้หน่วยงานทางปกครองทราบด้วย^{๔๑}

(๖.๖) วิธีพิจารณาคดีอย่างง่าย

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบได้นำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาปรับให้มีวิธีการที่ง่ายขึ้นและมีขั้นตอนน้อยลง ดังนี้

๑) ในการรับฟังพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ร่วมกระทำความผิด ศาลจะใช้วิธีการอ่านบันทึกคำให้การที่ได้จากการสอบปากคำบุคคลดังกล่าวในชั้นก่อนหน้านั้นหรืออ่านเอกสารที่มีข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าของบุคคลนั้นแทนก็ได้^{๔๒}

๒) ในการรับฟังคำชี้แจงของส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ศาลจะใช้วิธีการอ่านคำชี้แจงนั้นแทน หรือจะรับฟังผ่านทางโทรศัพท์แล้วประกาศสาระสำคัญในห้องพิจารณาคดีก็ได้^{๔๓}

๓) ในการรับฟังพยานเอกสาร ศาลจะใช้วิธีอ่านสรุปสาระสำคัญหรือส่งเอกสารให้คู่ความอ่านล่วงหน้าก็ได้^{๔๔}

(๖.๗) คำพิพากษาของศาล

การพิจารณาของศาลในคดีความผิดต่อกฎระเบียบแตกต่างจากการพิจารณาคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองตรงที่ ศาลยุติธรรมในคดีความผิดต่อกฎระเบียบจะไม่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งปรับ แต่ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเองทั้งหมดว่ามีการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาหรือไม่ คำพิพากษาของศาลมิได้เป็นการยืนยันหรือเพิกถอนคำสั่งปรับของฝ่ายปกครอง แต่เป็นการพิพากษาสั่งปรับผู้ต้องหาตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อศาล ซึ่งอาจกำหนดจำนวนค่าปรับต่ำกว่าหรือสูงกว่าจำนวนค่าปรับของฝ่ายปกครองก็ได้^{๔๕} คำสั่งปรับของฝ่ายปกครอง (ประกอบกับสำนวนการสอบสวน) เมื่อมาถึงในชั้นการพิจารณาของศาลแล้วจะแปรสภาพเป็นคำฟ้องในคดีความผิดต่อกฎระเบียบ ในขณะที่ในคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจะตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และพิพากษายืนยันหรือเพิกถอนคำสั่งโดยไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระของคำสั่ง

^{๔๐} มาตรา ๗๖ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๑} มาตรา ๗๖ วรรคสี่ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๒} มาตรา ๗๗ เอ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๓} มาตรา ๗๗ เอ วรรคสาม แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๔} มาตรา ๗๘ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๕} Lothar Senge, supra note 26, § 71 Rn. 6.

ในกรณีที่ศาลในคดีความผิดต่อกฎระเบียบมีคำพิพากษาสั่งปรับ การบังคับคดีจะเป็นการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดยนำกลไกตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้^{๔๖} มิใช่การบังคับตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง ต่างจากกรณีที่ศาลปกครองพิพากษายืนยันความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งจะเป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยมาตรการบังคับทางปกครอง (ดำเนินการโดยหน่วยงานทางปกครอง)

เพื่อเป็นการลดภาระของศาลในคดีเล็กน้อยที่มีปริมาณมาก กฎหมายได้กำหนดให้ศาลสามารถมีคำพิพากษาได้โดยไม่ต้องระบุเหตุผลในคำพิพากษาหากคู่ความไม่ประสงค์จะยื่นอุทธรณ์คำพิพากษานั้น^{๔๗}

(๓) การอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น

ด้วยความที่คดีความผิดต่อกฎระเบียบเป็นคดีที่มีเพียงการปรับซึ่งถือเป็นโทษที่ไม่รุนแรง กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบจึงกำหนดให้คู่ความในคดี (ผู้ต้องหาและพนักงานอัยการ) มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาศาลได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น โดยศาลอุทธรณ์จะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีเป็นชั้นสุดท้าย และคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ให้ถือเป็นที่สุด

นอกจากการจำกัดจำนวนชั้นศาลในการอุทธรณ์แล้ว กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบยังได้จำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ให้สามารถอุทธรณ์ได้เฉพาะในข้อกฎหมายเท่านั้น^{๔๘} และจะต้องเป็นกรณีที่ศาลชั้นต้นพิพากษาสั่งปรับมากกว่า ๒๕๐ ยูโร หรือศาลชั้นต้นยกฟ้องในคดีที่หน่วยงานทางปกครองได้มีคำสั่งปรับมากกว่า ๖๐๐ ยูโร สำหรับกรณีอื่นที่ไม่เข้าเกณฑ์ดังกล่าว หากประสงค์จะอุทธรณ์จะต้องได้รับอนุญาตให้อุทธรณ์เสียก่อน โดยศาลอุทธรณ์จะอนุญาตให้อุทธรณ์ได้ในกรณีต่อไปนี้^{๔๙}

- ๑) เพื่อการพัฒนาหลักกฎหมาย
- ๒) เพื่อสร้างความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาศาล หรือ
- ๓) ผู้ต้องหาโต้แย้งว่าไม่ได้รับโอกาสชี้แจงข้อกล่าวหาอย่างเหมาะสมเพียงพอ

การอนุญาตให้อุทธรณ์ “เพื่อพัฒนาหลักกฎหมาย” อาจแบ่งเป็น ๒ กรณี ได้แก่ (๑) การวางหลักการตีความกฎหมาย และ (๒) การสร้างหรือวางหลักกฎหมายในกรณีไม่มีกฎหมายใช้บังคับหรือเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ทั้งนี้ ต้องเป็นกรณีกฎหมายใหม่ที่มีความไม่ชัดเจนและยังไม่เคยมีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือยังเป็นที่ถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการ และสามารถนำคำพิพากษานี้ไปใช้กับคดีอื่นได้ สำหรับการอนุญาตให้อุทธรณ์ “เพื่อสร้างความเป็นเอกภาพของคำพิพากษา” ศาลอุทธรณ์จะพิจารณาอนุญาตให้อุทธรณ์ในกรณีต่อไปนี้

^{๔๖} มาตรา ๙๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๗} มาตรา ๗๗ บี แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๘} มาตรา ๗๙ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๔๙} มาตรา ๘๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

เป็นเอกภาพของคำพิพากษาศาล” นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดหรือป้องกันไม่ให้เกิดความลักลั่นของคำพิพากษาศาลต่าง ๆ^{๕๐}

(๘) การบังคับชำระค่าปรับ

(๘.๑) การบังคับตามคำสั่งปรับของฝ่ายปกครอง

เมื่อเจ้าหน้าที่มีคำสั่งปรับและผู้ต้องหาไม่ได้แย้งภายใน ๒ สัปดาห์ จะมีผลให้คำสั่งนั้นเป็นที่สุด และเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล กรณีจึงต่างจากความผิดอาญาที่เปรียบเทียบได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ซึ่งพนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจบังคับตามที่ได้เปรียบเทียบ หากผู้ต้องหาไม่ยอมชำระค่าปรับตามที่มีการเปรียบเทียบ พนักงานสอบสวนก็ต้องส่งสำนวนไปยังอัยการเพื่อฟ้องคดีต่อศาล

สำหรับวิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งปรับนั้น กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง (การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน) มาใช้โดยอนุโลม^{๕๑} กล่าวคือ ใช้วิธีการยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้ต้องชำระค่าปรับและขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับ

(๘.๒) การบังคับตามคำพิพากษาของศาล

ในกรณีที่คดีความผิดต่อกฎระเบียบไปถึงชั้นศาลและศาลมีคำพิพากษาสั่งปรับ หากผู้ต้องหาไม่ยินยอมชำระค่าปรับ ให้บังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยวิธีการเดียวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาลงโทษปรับอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการบังคับคดี และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจหน้าที่ยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้ต้องคำพิพากษาและขายทอดตลาดตามที่ได้รับแจ้งจากพนักงานอัยการ

นอกการยึดอายัดทรัพย์สินและขายทอดตลาดแล้ว กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกักขังแทนค่าปรับและไม่ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม การบังคับตามคำพิพากษาของศาลในคดีความผิดต่อกฎระเบียบจึงแตกต่างจากการบังคับตามคำพิพากษาในคดีอาญาตรงที่ไม่มีการกักขังแทนค่าปรับ เนื่องจากความผิดต่อกฎระเบียบเป็นเพียงความผิดที่ไม่ร้ายแรง จึงไม่สมควรนำมาตรการจำกัดเสรีภาพมาเป็นมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว อันจะเป็นการขัดต่อหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip)

^{๕๐} Benjamin Krenberger/Carsten Krumm, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 6. Auflage, C.H. Beck, 2020, § 80 Rn. 12 ff.

^{๕๑} มาตรา ๙๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

(๘.๓) การกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับ

อย่างไรก็ดี ในการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งปรับของฝ่ายปกครองหรือคำพิพากษาสั่งปรับของศาล หากผู้กระทำความผิดไม่ยินยอมชำระค่าปรับทั้งที่ตนอยู่ในฐานะที่จะชำระได้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือพนักงานอัยการ แล้วแต่กรณี อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อสั่งให้นำตัวผู้กระทำความผิดมาบังคับเพื่อ “บังคับ” ให้ชำระค่าปรับได้ โดยมีเงื่อนไข ดังนี้^{๕๒}

(๑) ในคำสั่งปรับได้มีการแจ้งเตือนไว้โดยชัดแจ้งว่า อาจมีการใช้มาตรการกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่ชำระค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยระบุเงื่อนไขตามกฎหมายไว้อย่างชัดเจน

(๒) ผู้ต้องหาไม่ได้ชี้แจงเหตุที่ไม่สามารถชำระค่าปรับ

(๓) ไม่ปรากฏพฤติการณ์อื่นใดอันเป็นเหตุให้ศาลเชื่อได้ว่าผู้ต้องหาอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระค่าปรับได้

มาตรการกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับ ไม่ใช่ “โทษ” สำหรับการกระทำความผิดกฎหมาย^{๕๓} และต่างจากการกักขังแทนค่าปรับตามกฎหมายอาญาตรงที่ การกักขังแทนค่าปรับเป็น “โทษ” อีกประเภทหนึ่งที่น่ามาใช้กับผู้กระทำความผิดในกรณีที่ไม่สามารถลงโทษโดยวิธีการปรับได้ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดยังคงได้รับรู้ถึงผลร้ายของการกระทำความผิด (โดยการกักขัง) แม้ว่าตนจะไม่มีทรัพย์สินให้ยึดก็ตาม ในขณะที่การกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับเป็น “มาตรการบังคับ” เพื่อกดดันให้ผู้กระทำความผิดซึ่งสามารถชำระค่าปรับได้แต่ไม่ยอมชำระค่าปรับนำเงินมาชำระค่าปรับในที่สุด ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อมาแทนที่โทษปรับ แต่มีเพื่อบังคับโทษปรับผู้กระทำความผิดยังคงมีหน้าที่ต้องชำระค่าปรับต่อไป หากเป็นกรณีการกักขังแทนค่าปรับเมื่อได้มีการกักขังแล้วโทษปรับย่อมเป็นอันหมดสิ้นไปด้วยเพราะถือว่าได้รับโทษกักขัง “แทน” แล้ว ในขณะที่กรณีการกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับนั้น ผู้ถูกกักขังยังมีหน้าที่ต้องชำระค่าปรับ และจะถูกกักขังจนกว่าจะยอมชำระค่าปรับ (หรือพ้นระยะเวลาที่ศาลกำหนด)^{๕๔}

มาตรการในลักษณะเดียวกันนี้สามารถพบได้ในกฎหมายอื่นที่ประสงค์ให้บุคคลกระทำความผิดบางอย่างซึ่งเป็นการกระทำเฉพาะตัวที่ไม่อาจกระทำแทนกันได้ กฎหมายก็จะใช้มาตรการกักขังเพื่อบังคับให้บุคคลนั้นกระทำความผิดในสิ่งที่กฎหมายต้องการ เช่น การบังคับให้พยานยอมให้ปากคำในคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง^{๕๕} การบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษายื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินเพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถดำเนินการยึดอายัดทรัพย์สินได้^{๕๖} เป็นต้น

^{๕๒} มาตรา ๙๖ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๕๓} Wolfgang Mitsch, in: Wolfgang Mitsch, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Auflage, C.H. Beck, 2018, § 96 Rn. 1.

^{๕๔} Nina Nestler, in: Jürgen Graf, BeckOK OWiG, 30. Ed., C.H. Beck, 2021, § 96 Rn. 1 ff.

^{๕๕} § 70 II StPO, § 390 II ZPO, § 98 VwGO.

^{๕๖} § 802g ZPO

มาตรการกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับมีมาตั้งแต่กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ โดยถือว่า มาตรการนี้ไม่ใช่ผลของการกระทำผิดกฎหมาย แต่เป็นผลของการไม่ยอมชำระค่าปรับทั้งที่ตนอยู่ในสถานะที่จะชำระได้ จึงไม่ใช่มาตรการลงโทษ แต่เป็นมาตรการบังคับบุคคลที่มีเงินแต่ไม่ยอมจ่าย ทั้งนี้ เป็นไปตามแนวคิดที่ว่า ค่าปรับไม่ใช่ “หนี้เงิน” ทั่วไปที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ การปรับผู้กระทำความผิดกฎหมายมิได้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเพิ่มรายได้ให้แก่รัฐ แต่เป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับรู้ถึงผลร้ายของการกระทำผิด กฎหมายเยอรมันจึงได้กำหนดให้มีการกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับเป็นมาตรการบังคับอีกมาตรการหนึ่ง นอกเหนือไปจากการยึดอายัดทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระค่าปรับ^{๕๗}

อย่างไรก็ดี หากผู้กระทำความผิดชี้แจงให้ศาลเชื่อได้ว่าตนไม่มีทรัพย์สินที่จะนำมาชำระค่าปรับจริง ศาลก็ไม่อาจสั่งกักขังได้ เพราะรัฐย่อมไม่อาจบังคับให้บุคคลกระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้^{๕๘} ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ต้องหาหายากจนจริง ๆ ก็จะต้องรีบแจ้งให้เจ้าหน้าที่ได้รับทราบเพื่อป้องกันมิให้มีการสั่งกักขังเพื่อบังคับค่าปรับ

ในการใช้ดุลพินิจ ศาลจะต้องพิจารณาว่า มาตรการบังคับโดยวิธีอื่น (การยึดอายัดทรัพย์สิน) สามารถทำได้สะดวกและรวดเร็วหรือไม่ ในกรณีความผิดที่เกิดขึ้นบ่อยเป็นจำนวนมาก การยึดอายัดทรัพย์สินอาจก่อให้เกิดภาระต่อรัฐอย่างมาก ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่สามารถไปปฏิบัติการกิจในเรื่องอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ การสั่งกักขังจึงอาจเป็นทางเลือกในการบังคับชำระค่าปรับที่มีประสิทธิภาพในบางกรณี ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่มีสิทธิเลือกกระหว่าง การยึดอายัดทรัพย์สิน กับ การกักขังเพื่อบังคับให้ชำระค่าปรับ โดยอาจเลือกวิธีที่น่าจะประสบความสำเร็จรวดเร็วและง่ายกว่า แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย^{๕๙}

๑.๓ หลักกฎหมายสารบัญญัติ

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบกระเปียบได้นำหลักกฎหมายสารบัญญัติมาจากประมวลกฎหมายอาญา โดยมีการเปลี่ยนแปลงหลักการในบางเรื่องให้เหมาะสมกับลักษณะความผิดเล็กน้อยของความผิดต่อกระเปียบและปรับหลักการในบางเรื่องให้ง่ายต่อการใช้งานดังนี้

(๑) การคำนวณค่าปรับให้รวมผลประโยชน์ที่ได้รับด้วย

การริบผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการกระทำความผิดในคดีอาญานั้นจะต้องมีคำสั่งริบต่างหาก ซึ่งมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ค่อนข้างซับซ้อนยุ่งยาก ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกระเปียบจึงได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถนำผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับมาคำนวณรวมอยู่ในค่าปรับได้โดยไม่ต้องออกคำสั่งริบเป็นการต่างหาก แต่ให้ถือเป็นส่วนหนึ่ง

^{๕๗} Bundestag Drucksache V/1269 S. 39.

^{๕๘} Bundestag Drucksache V/1269 S. 39.

^{๕๙} Erich Göhler, supra note 10, § 96 Rn. 9.

ของค่าปรับ แม้จะมีผลให้ค่าปรับมีจำนวนรวมสูงกว่าอัตราค่าปรับขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม ก็สามารถสั่งปรับได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ง่ายต่อการปฏิบัติ^{๖๐}

(๒) ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบไม่แยกแยะระหว่างตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน แต่เรียกบุคคลเหล่านี้ด้วยคำคำเดียวว่า “ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด” และไม่ได้กำหนดไว้ตายตัวว่าตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน จะต้องถูกสั่งปรับเป็นสัดส่วนเท่าใดของกันและกัน ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เพื่อลดความยุ่งยากของการใช้กฎหมาย^{๖๑} ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถสั่งปรับได้โดยไม่จำเป็นต้องชี้ชัดว่าบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นมีสถานะเป็นอะไร ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดแต่ละคนจะได้รับโทษแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับบทบาทและสัดส่วนในการมีส่วนร่วมในความผิดนั้น ซึ่งเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี โดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่าแต่ละคนมีสถานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ซึ่งบ่อยครั้งเป็นปัญหายุ่งยาก

(๓) ความผิดต่อกฎระเบียบไม่มีค่าปรับขั้นต่ำ

ตามที่ได้กล่าวในข้อ ๑.๒ (๑) การสอบสวนและสั่งปรับความผิดต่อกฎระเบียบเป็นไปโดยหลักดุลพินิจ แม้ในกรณีที่มีการกระทำความผิดจริง เจ้าหน้าที่ก็มีดุลพินิจที่จะไม่ปรับเลยแม้เพียงเล็กน้อยหากมีเหตุผลอันสมควร ดังนั้น กฎหมายแต่ละฉบับที่กำหนดฐานความผิดต่อกฎระเบียบจึงไม่กำหนดจำนวนค่าปรับขั้นต่ำของแต่ละความผิด เพื่อให้สอดคล้องกับหลักดุลพินิจดังกล่าว

(๔) ไม่มีมาตรการคุมประพฤติ

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบไม่ได้กำหนดให้มีมาตรการคุมประพฤติหรือติดตามความประพฤติ เช่น

- มาตรการแทนการลงโทษสำหรับเด็กและผู้เยาว์ที่กระทำความผิด
- วิธีการเพื่อความปลอดภัย
- การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ

ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรการเหล่านี้ที่มีขั้นตอนยุ่งยาก ต้องใช้บุคลากรเจ้าหน้าที่จากหลายหน่วยงาน และมีต้นทุนที่ไม่ได้สัดส่วนกับจำนวนค่าปรับ ประกอบกับผู้กระทำความผิดต่อกฎระเบียบส่วนใหญ่ไม่ใช่คนชั่วร้าย แต่เป็นคนทั่วไปที่อาจมีพลังเหลือหรือมั่งง่ายบ้าง จึงไม่มีความ

^{๖๐} Kai Sackreuther, in: Jürgen Graf, BeckOK OWiG, 30. Ed., C.H. Beck, 2021, § 17 Rn. 113.

^{๖๑} Christoph Coen, in: Jürgen Graf, BeckOK OWiG, 30. Ed., C.H. Beck, 2021, § 14 Rn. 2 ff.

จำเป็นต้องใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย (ซึ่งมีไว้สำหรับคนที่มีอันตรายต่อสังคม) หรือมาตรการคุมประพฤติประเภทอื่น^{๖๒}

ในกรณีที่ผู้เยาว์ (อายุระหว่าง ๑๔ ถึง ๑๘ ปี) กระทำความผิด หากเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าอยู่ในภาวะที่สามารถรู้ผิดชอบชั่วดีแล้ว ก็สามารถสั่งปรับได้ มีเช่นนั้นให้ยกเว้นการปรับโดยไม่มีมาตรการอื่นมาใช้แทน

(๕) ความรับผิดชอบของนิติบุคคล^{๖๓}

เนื่องจากกฎหมายอาญาเยอรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความชั่ว” (Schuldprinzip) กล่าวคือ กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการลงโทษบุคคลที่มีความชั่วเท่านั้น ในกรณีนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลสมมุติตามกฎหมายไม่มีชีวิตจิตใจและไม่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี จึงไม่อาจมีความชั่วได้ กฎหมายอาญาเยอรมันจึงไม่ได้กำหนดความผิดสำหรับนิติบุคคล^{๖๔} แต่ในกรณีความผิดต่อกฎระเบียบนั้น บุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายเล็กน้อยเหล่านี้ส่วนใหญ่ไม่ใช่คนชั่ว แต่เป็นบุคคลปกติทั่วไปที่อาจพลั้งเผลอหรือมกง่ายบ้าง กฎหมายความผิดต่อกฎระเบียบจึงไม่ได้ลงโทษบุคคลเหล่านี้เพราะเป็นคนชั่วร้าย แต่เป็นการปรับเพื่อตักเตือนให้รู้ตัวว่าตนได้กระทำความผิด จึงได้กำหนดให้มีการปรับนิติบุคคลด้วย^{๖๕} แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้แทนของนิติบุคคล ผู้จัดการ หรือบุคคลอื่นใดที่รับผิดชอบในการดำเนินกิจการของนิติบุคคลได้กระทำความผิดอาญา หรือความผิดต่อกฎระเบียบ อันมีผลให้นิติบุคคลนั้นฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้น โดยให้ปรับนิติบุคคลเป็นเงินไม่เกิน ๑๐ ล้านยูโร ในกรณีที่การกระทำของผู้แทนนิติบุคคลเป็นความผิดอาญา และปรับไม่เกิน ๑๐ เท่าของค่าปรับขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดสำหรับผู้แทนนิติบุคคลในกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิดต่อกฎระเบียบ

(๖) อายุความ^{๖๖}

การกำหนดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจะกำหนดให้สอดคล้องกับระดับความรุนแรงของโทษ โดยมีอายุความสั้นที่สุดจำนวน ๓ ปี สำหรับความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน ๑ ปี หรือความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือโทษประเภทอื่น ในกรณีความผิดต่อกฎระเบียบซึ่งถือว่ามิใช่โทษรุนแรงน้อยกว่าโทษอาญา จึงกำหนดอายุความสูงสุดไว้ที่ ๓ ปี สำหรับความผิดที่กฎหมายกำหนดค่าปรับสูงกว่า ๑๕,๐๐๐ ยูโร และอายุความต่ำที่สุดจำนวน ๖ เดือน สำหรับความผิดที่กฎหมายกำหนดค่าปรับไม่เกิน ๑,๐๐๐ ยูโร

^{๖๒} Wolfgang Mitsch, supra note 2, § 14 Rn. 4.

^{๖๓} มาตรา ๓๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๖๔} Alexander Meyberg, in: Jürgen Graf, BeckOK OWiG, 30. Ed., C.H. Beck, 2021, § 30 Rn. 1.

^{๖๕} Ibid, § 30 Rn. 8 ff.

^{๖๖} มาตรา ๓๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

(๓) การกระทำกรรมเดียวเป็นทั้งความผิดต่อกฎระเบียบและความผิดอาญา^{๖๗}

ในกรณีที่การกระทำใดอันเป็นกรรมเดียวเป็นทั้งความผิดต่อกฎระเบียบและความผิดอาญา ให้ใช้กฎหมายที่กำหนดโทษอาญา เนื่องจากถือว่าโทษอาญาเป็นโทษหนักกว่าค่าปรับสำหรับความผิดต่อกฎระเบียบ

อย่างไรก็ดี หากมีเหตุที่ไม่สามารถดำเนินคดีหรือลงโทษตามกฎหมายที่กำหนดโทษอาญาได้ ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิฝ่ายปกครองหรือศาลที่จะสั่งปรับการกระทำนั้นในฐานะที่เป็นความผิดต่อกฎระเบียบ

๒. ความสัมพันธ์ระหว่างคดีความผิดต่อกฎระเบียบกับคดีอาญา

๒.๑ การเปลี่ยนจากคดีความผิดต่อกฎระเบียบไปเป็นคดีอาญา

ในระหว่างการกระบวนการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบ หากปรากฏพยานหลักฐานเพิ่มเติมว่าอันที่จริงแล้วเป็นกรณีความผิดอาญา กฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้สามารถสลับเปลี่ยนไปเป็นการดำเนินคดีอาญาได้โดยไม่ต้องไปเริ่มต้นกระบวนการใหม่ ดังนี้

(๑) ในชั้นเจ้าหน้าที่ – หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าการกระทำที่ตนกำลังสอบสวนนั้นเป็นความผิดอาญา หรือเห็นว่าในเรื่องที่ตนกำลังสอบสวนนั้นมีการกระทำที่เป็นความผิดอาญาร่วมอยู่ด้วย ให้ยุติการสอบสวนและโอนสำนวนการสอบสวนไปให้พนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินการต่อไปเป็นคดีอาญา^{๖๘}

(๒) ในชั้นอัยการ – ในระหว่างการพิจารณาคำโต้แย้งของผู้ถูกปรับและสำนวนการสอบสวนความผิดต่อกฎระเบียบ หากพนักงานอัยการเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีการกระทำที่เป็นความผิดอาญาร่วมอยู่ด้วย ให้ดำเนินการต่อไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยต้องเรียกตัวผู้ต้องหามาสอบปากคำและแจ้งข้อกล่าวหาในคดีอาญาอย่างน้อย ๑ ครั้ง ก่อนฟ้องร้องเป็นคดีอาญาต่อไป^{๖๙}

(๓) ในชั้นศาล – ในระหว่างการพิจารณาคดีความผิดต่อกฎระเบียบ หากศาลเห็นว่ากรณีเป็นความผิดอาญาหรือเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีการกระทำที่เป็นความผิดอาญาร่วมอยู่ด้วย ศาลมีอำนาจพิพากษาลงโทษอาญาได้แม้พนักงานอัยการไม่ได้ร้องขอในฟ้อง แต่ศาลจะต้องแจ้งผู้ต้องหาทราบก่อนเพื่อให้มีโอกาสชี้แจงข้อกล่าวหาในส่วนความผิดอาญา และเมื่อศาลได้แจ้งผู้ต้องหาแล้ว ให้ถือว่าคดีนั้นเปลี่ยนไปเป็นคดีอาญานับตั้งแต่วันที่ผู้ต้องหาได้รับแจ้ง และให้ดำเนินการต่อไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

^{๖๗} มาตรา ๒๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๖๘} มาตรา ๔๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๖๙} Klaus Ellbogen, supra note 21, § 69 Rn. 107 ff.

การที่กฎหมายเยอรมันกำหนดให้สามารถสลับเปลี่ยนจากคดีความผิดต่อ
กฎระเบียบไปเป็นการดำเนินคดีอาญาได้โดยไม่ต้องไปเริ่มต้นกระบวนการใหม่นั้นมีเหตุผล ดังนี้^{๗๐}

๑) เพื่อเป็นการลดขั้นตอนและลดต้นทุนของภาครัฐ (Prozesswirtschaftlichkeit)

๒) เพื่อคุ้มครองสิทธิและอำนวยความสะดวกให้กับประชาชน ไม่ให้ต้องถูก
ดำเนินคดีเป็นระยะเวลายาวนาน หรือถูกดำเนินคดีหลายครั้งในเรื่องเดียวกัน (Wahrung des
Interesses des Betroffenen)

นอกจากนี้ เหตุผลที่กฎหมายเยอรมันกำหนดให้ศาลในคดีความผิดต่อกฎระเบียบ
มีอำนาจพิพากษาลงโทษอาญาได้แม้พนักงานอัยการไม่ได้ร้องขอในฟ้อง ก็เพื่อป้องกันมิให้ศาล
มีคำพิพากษาแตกต่างกันในเรื่องเดียวกัน มิเช่นนั้นแล้วศาลก็ต้องยกฟ้องคดีความผิดต่อ
กฎระเบียบ แล้วส่งเรื่องไปยังพนักงานสอบสวนเพื่อเริ่มกระบวนการใหม่ตั้งแต่ในชั้นสอบสวน และ
เมื่อคดีกลับมาสู่ชั้นศาลเป็นคดีอาญา ก็มีความเป็นไปได้ว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น (เช่น
ศาลจังหวัด ไม่ใช่ศาลแขวง) หรืออาจได้รับการพิจารณาโดยองค์คณะอื่นไม่ใช่องค์คณะเดิมในคดี
ความผิดต่อกฎระเบียบ ซึ่งศาลใหม่หรือองค์คณะใหม่อาจมีความเห็นต่อข้อกฎหมายหรือ
ข้อเท็จจริงแตกต่างจากองค์คณะเดิมก็เป็นได้^{๗๑}

๒.๒ การเปลี่ยนจากคดีอาญาไปเป็นคดีความผิดต่อกฎระเบียบ

(๑) ในชั้นการสอบสวน - ในระหว่างการสอบสวนความผิดอาญา หากพนักงาน
สอบสวนพบว่าเป็นเพียงความผิดต่อกฎระเบียบ ให้ยุติการสอบสวนแล้วส่งสำนวนการสอบสวนให้
เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาดำเนินการต่อไป

(๒) ในชั้นการพิจารณาสั่งฟ้อง - หากพนักงานอัยการเห็นว่ากรณีเป็นเพียงความผิด
ต่อกฎระเบียบ ไม่ใช่ความผิดอาญา พนักงานอัยการจะสั่งไม่ฟ้องแล้วส่งสำนวนไปให้เจ้าหน้าที่
ฝ่ายปกครองพิจารณาดำเนินการต่อไป

(๓) ในชั้นศาล - ในกรณีที่อัยการฟ้องคดีอาญาต่อศาล หากศาลในคดีอาญาเห็นว่า
กรณีเป็นเพียงความผิดต่อกฎระเบียบ ไม่ใช่ความผิดอาญา ศาลมีอำนาจพิพากษาสั่งปรับความผิด
ต่อกฎระเบียบได้ แม้พนักงานอัยการไม่ได้ระบุฐานความผิดดังกล่าวไว้ในฟ้อง และไม่จำเป็นต้องส่ง
เรื่องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรับไปดำเนินการต่อ เนื่องจากมาตรา ๘๒^{๗๒} กำหนดให้ศาล
ในคดีอาญาจะต้องพิจารณาการกระทำทั้งในแง่มูลทางอาญาและทางความผิดต่อกฎระเบียบด้วย

^{๗๐} Bundestag Drucksache V/1269 S. 37.

^{๗๑} Ibid.

^{๗๒} มาตรา ๘๒ ในการพิจารณาคดีอาญา ให้ศาลพิจารณาด้วยว่า การกระทำที่ระบุในคำฟ้อง
นั้นเป็นความผิดต่อกฎระเบียบด้วยหรือไม่

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งประทับฟ้องเฉพาะในส่วนที่เป็นความผิดต่อกฎระเบียบ ให้ศาลดำเนิน
กระบวนการพิจารณาต่อไปตามกฎหมายนี้

ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง แม้ศาลจะไม่รับฟ้องในส่วนความผิดอาญา แต่ถ้าศาลเห็นว่ามีความผิดต่อภาระเบียบ ศาลก็มีอำนาจรับฟ้องในส่วนความผิดต่อภาระเบียบ และพิจารณาคดีต่อไปตามกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อภาระเบียบ โดยไม่ต้องส่งเรื่องไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อให้เริ่มกระบวนการใหม่ตั้งแต่ต้น

เหตุผลที่กฎหมายเยอรมันกำหนดให้ศาลในคดีอาญามีอำนาจสั่งปรับความผิดต่อภาระเบียบด้วยโดยไม่ต้องไปเริ่มการสอบสวนในโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาไม่ให้ต้องถูกดำเนินคดีเป็นระยะเวลายาวนาน มิเช่นนั้นแล้วศาลจะต้องยกฟ้องคดีอาญาแล้วส่งเรื่องไปให้ฝ่ายปกครองเริ่มกระบวนการใหม่ตั้งแต่ต้น และคดีอาญาจะวนกลับมาที่ศาลอีกครั้งในที่สุด ซึ่งเป็นจะภาระแก่ผู้ต้องหาอย่างมาก และมีความเป็นไปได้ว่าคดีจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น (เช่น ศาลแขวง ไม่ใช่ศาลจังหวัด) หรืออาจได้รับการพิจารณาโดยองค์คณะอื่นไม่ใช่องค์คณะเดิมในคดีอาญา ซึ่งศาลใหม่หรือองค์คณะใหม่อาจมีความเห็นต่อข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงแตกต่างจากองค์คณะเดิมก็เป็นได้^{๗๓}

๒.๓ การพิจารณาคดีความผิดต่อภาระเบียบร่วมกับคดีอาญา

ในกรณีที่มีการกระทำหลายกรรมโดยมีทั้งกรรมที่เป็นความผิดต่อภาระเบียบและกรรมที่เป็นความผิดอาญา หากเป็นการกระทำใน “เรื่องเดียวกัน” กฎหมายกำหนดให้ดำเนินการไปพร้อมกันโดยยึดการดำเนินคดีอาญาเป็นหลักและให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลในคดีอาญามีอำนาจดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดต่อภาระเบียบด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตาม “หลักห้ามลงโทษซ้ำ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๓ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ตีความหลักกฎหมายเรื่องนี้ว่ามิได้ห้ามเฉพาะการลงโทษซ้ำใน “กรรม” เดียวกัน แต่หมายรวมถึงการห้ามลงโทษซ้ำใน “เรื่องหรือเหตุการณ์” เดียวกันด้วย และหลักห้ามลงโทษซ้ำก็ได้ห้ามเฉพาะการลงโทษ แต่ยังไม่ห้ามรวมไปถึงการสอบสวนและการดำเนินการใด ๆ ที่จะนำไปสู่การลงโทษด้วย^{๗๔}

(๑) ในชั้นการสอบสวนคดีอาญา – ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนการกระทำที่เป็นความผิดต่อภาระเบียบด้วย แต่ไม่มีอำนาจสั่งปรับในส่วนของความผิดต่อภาระเบียบ^{๗๕}

(๒) ในชั้นการฟ้องคดี – พนักงานอัยการมีอำนาจยื่นฟ้องคดีความผิดต่อภาระเบียบไปพร้อมกับความผิดอาญาเป็นคดีเดียวกัน^{๗๖}

^{๗๓} Bundestag Drucksache V/1269 S. 37.

^{๗๔} Joachim Lampe, *supra* note 8, § 40 Rn. 2 ff.

^{๗๕} มาตรา ๔๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อภาระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๗๖} มาตรา ๖๔ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อภาระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

(๓) ในชั้นศาล – ศาลในคดีอาญามีอำนาจพิพากษาสั่งปรับความผิดต่ออวัยวะเปื้อน

ด้วย^{๗๗}

๒.๔ ผลของคำสั่งปรับของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

เมื่อคำสั่งปรับความผิดต่ออวัยวะเปื้อนของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดแล้ว การกระทำในเรื่องเดียวกันนั้นจะถูกสั่งปรับเป็นความผิดต่ออวัยวะเปื้อนอีกไม่ได้^{๗๘} แม้เจ้าหน้าที่จะสั่งปรับไม่ครบกระทรวงความผิดในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เช่น มีการกระทำความผิดตามกฎหมายหลายฉบับ แต่เจ้าหน้าที่สั่งปรับเฉพาะความผิดตามกฎหมายที่ตนรับผิดชอบเท่านั้น ในกรณีนี้หากคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุดแล้ว หน่วยงานอื่นที่รับผิดชอบกฎหมายฉบับจะไม่สามารถสั่งปรับได้อีก เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานที่ริเริ่มการสอบสวนเรื่องใดเป็นหน่วยงานแรก มีหน้าที่และอำนาจพิจารณาและสั่งปรับแทนหน่วยงานอื่นด้วย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองประชาชนไม่ให้ต้องถูกดำเนินคดีหลายรอบจากหลายหน่วยงาน^{๗๙}

อย่างไรก็ดี คำสั่งปรับของฝ่ายปกครองแม้จะเป็นที่สุดแล้ว ก็ไม่มีผลเป็นการตัดสิทธิพนักงานสอบสวนในการดำเนินคดีอาญาในเรื่องเดียวกันอีก เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนืออำนาจของฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองก็ไม่มีหน้าที่ต้องแจ้งพนักงานสอบสวนให้ทราบเกี่ยวกับการสั่งปรับ (เว้นแต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความผิดอาญาเข้ามาเกี่ยวข้อง) กฎหมายจึงไม่ตัดสิทธิพนักงานสอบสวนที่จะดำเนินคดีอาญาในภายหลัง และหากต่อมาบุคคลนั้นถูกศาลพิพากษาลงโทษอาญาในการกระทำที่เคยถูกฝ่ายปกครองสั่งปรับไปแล้ว ศาลจะพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปรับดังกล่าว และหากได้มีการชำระค่าปรับไปแล้วให้นำจำนวนเงินดังกล่าวหักออกจากจำนวนโทษปรับทางอาญาที่จะต้องชำระ^{๘๐}

๒.๕ ผลของคำพิพากษาในคดีความผิดต่ออวัยวะเปื้อนและคดีอาญา

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาสั่งปรับความผิดต่ออวัยวะเปื้อน และคำพิพากษานั้นเป็นที่สุดแล้ว พนักงานสอบสวนจะไม่มีอำนาจดำเนินคดีอาญาสำหรับการกระทำเดียวกันนั้นอีก^{๘๑} เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้ทั้งอัยการและศาลมีหน้าที่พิจารณาความผิดในแต่ละเรื่องให้รอบด้านและครอบคลุมทั้งในแง่มูลที่เป็นความผิดต่ออวัยวะเปื้อนและในแง่มูลของความผิดอาญาแล้ว^{๘๒} หากทั้งอัยการและศาลละเลยไม่ได้พิจารณาประเด็นกฎหมายอาญาและสั่งปรับเฉพาะ

^{๗๗} มาตรา ๘๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปื้อน ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๗๘} มาตรา ๘๔ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปื้อน ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๗๙} Benjamin Krenberger/Carsten Krumm, supra note 50, § 84 Rn. 5.

^{๘๐} มาตรา ๘๖ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปื้อน ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๘๑} มาตรา ๘๔ วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปื้อน ค.ศ. ๑๙๖๘

^{๘๒} Bundestag Drucksache V/1269 S. 38.

ความผิดต่อกฎระเบียบเท่านั้น กรณีย่อมไม่อาจดำเนินคดีในเรื่องเดียวกันนี้อีก เนื่องจากจะเป็นการขัดต่อหลักห้ามลงโทษซ้ำตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา ๑๐๓ วรรคสาม^{๘๓}

เมื่อศาลมีคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นที่สุดแล้ว ย่อมเป็นการต้องห้ามดำเนินการปรับความผิดต่อกฎระเบียบในเรื่องเดียวกันนี้อีก^{๘๔} เนื่องจากถือว่าเรื่องดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาอย่างรอบด้านจากทั้งอัยการและศาลแล้ว หากศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่มีความผิดอาญาเพียงเท่านั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจดำเนินการปรับความผิดต่อกฎระเบียบได้อีก

๓. บทสรุป

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบของประเทศเยอรมนีเป็นตัวอย่างของการออกแบบมาตรการทางกฎหมายเพื่อนำมาใช้กับความผิดที่ไม่ร้ายแรงเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของโทษ และลักษณะของผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหลายประการ นับตั้งแต่การประกาศใช้ในปี ๑๙๕๒ เป็นต้นมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบจำนวนหลายครั้งเพื่อแก้ไขปัญหาและข้อขัดข้องที่พบเจอในทางปฏิบัติ โดยมีการปรับปรุงครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. ๑๙๖๘ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญของกฎหมายหลายประการ นอกจากนั้น เป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมในรายละเอียดซึ่งมีวัตถุประสงค์ส่วนใหญ่เพื่อลดขั้นตอน ลดความซับซ้อน และปรับปรุงให้กระบวนการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบเป็นไปอย่างสั้น กระชับ และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และในปัจจุบันก็ไม่พบว่ามีเสียงเรียกร้องให้แก้ไขปรับปรุงในหลักการสำคัญแต่อย่างใด

ประโยชน์ของการมีกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบอาจพิจารณาได้จาก ๒ มุมมอง ได้แก่

(๑) ในมุมมองประชาชน

- ประชาชนได้รับโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับระดับความผิด โดยเป็นโทษที่ไม่มีผลกระทบต่อชีวิต หน้าที่การงาน ไม่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง และไม่มีการบันทึกประวัติอาชญากรรม
- ลดภาระและลดต้นทุนในการดำเนินชีวิตของประชาชน ประชาชนไม่ต้องเข้ามาข้องเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาอันซับซ้อนและใช้เวลายาวนาน
- เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างจำกัดเมื่อเทียบกับอำนาจของพนักงานสอบสวนในคดีอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความเล็กน้อยของความผิดและความเล็กน้อยของโทษ

^{๘๓} Hans-Joachim Lutz, in: Wolfgang Mitsch, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Auflage, C.H. Beck, 2018, § 84 Rn. 10.

^{๘๔} มาตรา ๘๔ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

(๒) ในมุมมองของรัฐ

- การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และต้นทุนต่ำ เพราะฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายในแต่ละเรื่องอยู่แล้ว มีอำนาจออกคำสั่งปรับได้เอง โดยไม่ต้องส่งเรื่องให้หน่วยงานอื่น (ตำรวจ อัยการ หรือศาล)
- รัฐประหยัดทรัพยากร ทั้งเวลา บุคลากร และงบประมาณ เนื่องจากไม่ต้องใช้กระบวนการพิจารณาเต็มรูปแบบดังเช่นในคดีอาญา
- การที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบังคับชำระค่าปรับได้เองโดยไม่ต้องไปถึงศาล เป็นการแบ่งเบาภาระของศาลและอัยการ ทำให้ศาลและอัยการสามารถให้ความสำคัญกับคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนได้
- หลักดุลพินิจทำให้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถบริหารจัดการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน แม้ว่าจะได้เริ่มมีมาตรการอื่นมาใช้แทนโทษอาญาบ้างแล้ว เช่น โทษปรับทางปกครอง แต่ก็ยังเป็นเพียงการบัญญัติฐานความผิดและกำหนดโทษไว้ในกฎหมายต่าง ๆ โดยที่ยังไม่มีกฎหมายกลางกำหนดหลักกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้เกิดปัญหาในการใช้และตีความ ตลอดจนความไม่ชัดเจนในเรื่องต่าง ๆ เช่น อายุความของโทษปรับทางปกครอง การใช้กฎหมายกรณีกรรมเดียวผิดหลายบท (เป็นความผิดตามกฎหมายหลายฉบับ) หรือกรณีกรรมเดียวผิดทั้งกฎหมายที่กำหนดโทษปรับทางปกครองและกฎหมายที่กำหนดโทษอาญา เป็นต้น

หากประเทศไทยมีกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาลงโทษสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรง การโต้แย้งคำสั่งลงโทษ การพิจารณาในชั้นศาล และมาตรการบังคับโทษ ตลอดจนหลักกฎหมายสารบัญญัติสำหรับการพิจารณาความผิดลักษณะดังกล่าว ก็จะทำให้การดำเนินการเกี่ยวกับความผิดที่ไม่ร้ายแรงที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่าง ๆ เป็นไปอย่างมีเอกภาพและมีมาตรฐานเดียวกัน นอกจากนี้ยังจะเป็นการวางรากฐานทางกฎหมายเพื่อรองรับมาตรการสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ตลอดจนรองรับการเปลี่ยนโทษอาญาในกรณีความผิดที่ไม่ร้ายแรงมาเป็นโทษหรือมาตรการประเภทอื่น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ :
หน้าที่ในการดูแล “ป่าที่อยู่บนเกาะ” ที่มีใช้ป่าชายเลนและป่าชายหาด
(เรื่องเสร็จที่ ๓๖๑/๒๕๖๔)*

ปจรรย์ จำเนียรกุล**

พื้นที่ป่าไม้ธรรมชาติเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของพืชและสัตว์นานาชนิด ซึ่งประกอบด้วย สิ่งมีชีวิตและสิ่งไม่มีชีวิตอาศัยอยู่ร่วมกัน จึงเรียกบริเวณดังกล่าวว่า “ระบบนิเวศของป่าไม้” (Forest Ecosystem) ระบบนิเวศของป่าไม้มีบทบาทสำคัญในการช่วยปรับสภาพอากาศของโลกให้สมดุล สร้างออกซิเจนเพื่อใช้ในการหายใจ และช่วยรักษาสมดุลของคาร์บอนไดออกไซด์ในชั้นบรรยากาศ นอกจากนี้ ป่าไม้ยังช่วยป้องกันการพังทลายของดิน เพิ่มปริมาณน้ำฝน และทำให้อากาศบริสุทธิ์^๑ ถึงแม้ว่าทุกคนต่างตระหนักรู้ว่าพื้นที่ป่าไม้มีความสำคัญเพียงใด แต่ที่ผ่านมาประเทศไทยกลับประสบ ปัญหาการลดลงของพื้นที่ป่าไม้มาโดยตลอด พิจารณาได้จากสถิติของพื้นที่ป่าไม้ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๑๖ ซึ่งประเทศไทยมีพื้นที่ป่าไม้ทั้งหมด ๑๓๘,๕๖๖,๘๗๕ ไร่ หรือร้อยละ ๔๓.๒๑ ของพื้นที่ประเทศ แต่จากข้อมูลสถิติล่าสุดในปี พ.ศ. ๒๕๖๐ - ๒๕๖๑ ประเทศไทยเหลือพื้นที่ป่าไม้ทั้งหมด ๑๐๒,๔๘๘,๓๐๒.๑๙ ไร่ หรือร้อยละ ๓๑.๖๘ ของพื้นที่ประเทศ^๒ ภาครัฐจึงได้กำหนดมาตรการ หลายด้านเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมาตรการทางกฎหมายจัดเป็นหนึ่งในมาตรการ ที่ถูกนำมาใช้ในการบริหารจัดการด้วยเช่นกัน โดยปัจจุบันการบริหารจัดการพื้นที่ป่าไม้จะอยู่ภายใต้ การกำกับดูแลของกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งบางครั้งอาจพบปัญหาการแบ่งเขตพื้นที่ป่าไม่ว่าจะอยู่ ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับใด และนำมาสู่ประเด็นปัญหาที่กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ได้ขอหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในครั้งนี้

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มิถุนายน ๒๕๖๔)

^๑ Earth Reminder, “Forest Ecosystem Definition – Types of Forest Ecosystem and Characteristics” (Earth Reminder, February 11, 2020) < <https://www.earthreminder.com/forest-ecosystem-types-characteristics/> > สืบค้นเมื่อ ๑ มิถุนายน ๒๕๖๔

^๒ สำนักจัดการที่ดินป่าไม้ กรมป่าไม้, บทสรุปสำหรับผู้บริหาร โครงการจัดทำข้อมูลสภาพพื้นที่ ป่าไม้ ปี พ.ศ. ๒๕๖๑ - ๒๕๖๒, ๑.

กรณีตามข้อหาหรือของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง^๓ สืบเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการบริหารจัดการพื้นที่ป่าที่อยู่บนเกาะในบริเวณพื้นที่รอยต่อที่คาบเกี่ยวกันระหว่างป่าชายเลนและป่า และบริเวณพื้นที่ที่มีการเปลี่ยนแปลงสภาพจากป่าชายเลนเป็นป่า ว่าจะอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานใดระหว่างกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งหรือกรมป่าไม้ เนื่องจากการก่อสร้างถนนตัดผ่านป่าชายเลน ทำให้อิทธิพลของน้ำทะเลเข้าไม่ถึงพื้นที่ป่าชายเลนบางส่วนและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณดังกล่าว

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๗) ได้พิจารณาความหมายของบทนิยามคำว่า “ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง” ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘^๔ แล้ว มีความเห็นว่า กฎหมายมุ่งหมายให้กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งคุ้มครองดูแลสิ่งที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือที่มนุษย์สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ระบบนิเวศทางทะเลและชายฝั่ง ตลอดจนพื้นที่ในบริเวณทะเลและชายฝั่งเป็นหลัก ซึ่งคำว่า “เช่น” ที่ปรากฏในบทนิยามนั้นเป็นการยกตัวอย่างเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนว่า พื้นที่ปากแม่น้ำที่มีพื้นที่ติดต่อกับทะเลหรืออิทธิพลของน้ำทะเลเป็นพื้นที่ลักษณะใดบ้าง ด้วยเหตุนี้การพิจารณาว่าป่าที่อยู่บนเกาะนอกเหนือจากป่าชายเลน ป่าชายหาด ในลักษณะเช่นใดเป็นทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งที่อยู่ในความดูแลรับผิดชอบของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีว่าโดยสภาพแล้วเกาะนั้นได้รับอิทธิพลของน้ำทะเลเข้าถึงพื้นที่ได้ถึงจุดใด หากสภาพข้อเท็จจริงของป่าที่อยู่บนเกาะเป็นไปตามหลักการข้างต้นแล้ว ย่อมถือเป็นทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง อย่างไรก็ตาม สำหรับพื้นที่เกาะที่อยู่ในเขตทะเลของประเทศไทยหรือพื้นที่บนเกาะทั้งเกาะนั้น ไม่อาจถือว่าอยู่ในความหมายของคำว่า “ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง” ได้ทั้งหมด ซึ่งเกาะใดมีปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาอิทธิพลของน้ำทะเลเข้าถึง แต่หากกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งเห็นว่ามีลักษณะอันสมควรจะคุ้มครองดูแลเกาะและป่าที่อยู่บนเกาะนั้น

^๓ หนังสือกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ด่วนที่สุด ที่ ทส ๐๔๐๒/๒๕๘ ลงวันที่ ๒๑ มกราคม ๒๕๖๔ ถึงเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๔ มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง” หมายความว่า สิ่งที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นตามธรรมชาติในบริเวณทะเลและชายฝั่ง รวมถึงพืชมะพร้าว พื้นที่ชุ่มน้ำชายฝั่ง คลอง คูแพรก ทะเลสาบ และบริเวณพื้นที่ปากแม่น้ำที่มีพื้นที่ติดต่อกับทะเลหรืออิทธิพลของน้ำทะเลเข้าถึง เช่น ป่าชายเลน ป่าชายหาด หาด ที่ชายทะเล เกาะ ภูเขาทะเล ปะการัง ดอนหอย ปิซและสัตว์ทะเล หรือสิ่งที่มีมนุษย์สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ระบบนิเวศทางทะเลและชายฝั่ง เช่น ปะการังเทียม แนวลดแรงคลื่น และการป้องกันการกัดเซาะชายฝั่ง

ก็อาจดำเนินการโดยกำหนดให้เกาะดังกล่าวเป็นพื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งตามมาตรา ๒๐^๕ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อให้กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งสามารถกำหนดมาตรการดูแลทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ดังกล่าวได้^๖

การพิจารณาข้อหาหรือของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับพื้นที่ป่าไม้ซึ่งอาจมีการใช้กฎหมายหลายฉบับในการบริหารจัดการเนื่องจากพื้นที่ป่าไม้แห่งหนึ่งอาจเป็นได้ทั้งป่าสงวนแห่งชาติ พื้นที่อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าหรือพื้นที่ป่าไม้ถาวร จึงได้ทำการตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรีเฉพาะกรณีที่กำหนดเขตพื้นที่ป่าไม้ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

๑. พื้นที่ป่าไม้ ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช ๒๔๘๔ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ และพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยมีกรมป่าไม้เป็นผู้รับผิดชอบซึ่งปรากฏอำนาจหน้าที่ตามข้อ ๒ แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมป่าไม้ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๕๑

๒. พื้นที่ป่าอนุรักษ์ ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยมีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งปรากฏอำนาจหน้าที่ตามข้อ ๒ แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๔๗

^๕ มาตรา ๒๐ เพื่อประโยชน์ในการสงวน การอนุรักษ์ และการฟื้นฟูทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งที่มีใช้พื้นที่ป่าชายเลนตามมาตรา ๑๘ ให้คงสภาพธรรมชาติและมีสภาพแวดล้อมและระบบนิเวศที่มีความสมบูรณ์ ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดให้พื้นที่ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นพื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง

(๑) พื้นที่ที่มีทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งอยู่ในสภาพสมบูรณ์อันสมควรสงวนไว้ให้คงอยู่ในสภาพทางธรรมชาติเดิม

(๒) พื้นที่ที่เป็นถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์และพืชตามสภาพทางธรรมชาติที่สมบูรณ์

(๓) พื้นที่ที่มีความสำคัญด้านระบบนิเวศทางทะเลและชายฝั่งอันควรแก่การอนุรักษ์

พื้นที่ที่กำหนดให้เป็นพื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งตามวรรคหนึ่งต้องเป็นพื้นที่ที่มีได้อยู่ในเขตอนุรักษ์ หรือเขตที่ได้รับอนุญาตให้ทำการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำตามกฎหมายว่าด้วยการประมง

การออกกฎกระทรวงตามวรรคหนึ่ง ให้กำหนดมาตรการคุ้มครองตามมาตรา ๒๓ และให้มีแผนที่แสดงแนวเขตพื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งแนบท้ายกฎกระทรวงด้วย

^๖ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๓๖๑/๒๕๖๔ เรื่อง หน้าที่ในการดูแล “ป่าที่อยู่บนเกาะ” ที่ไม่ใช่ป่าชายเลนและป่าชายหาด

๓. พื้นที่ป่าติดต่อกับทะเลหรืออทธิพลของน้ำทะเลเข้าถึง เช่น ป่าชายเลน ป่าชายหาด ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยมี กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งปรากฏหน้าที่และอำนาจตามข้อ ๒ แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๖๓

๔. เขตอนุรักษ์^๗ หรือพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม^๘ ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษา คุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕

๕. พื้นที่ป่าตามมติคณะรัฐมนตรี ได้แก่ พื้นที่ป่าไม้ถาวร และพื้นที่ลุ่มน้ำ

ปัญหาเรื่องการทับซ้อนของพื้นที่ป่าไม้มักจะเกิดขึ้นในบริเวณพื้นที่ของเขตอุทยาน แห่งชาติ หรือเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า กับเขตพื้นที่ป่าสงวน เนื่องจากการกำหนดเขตอุทยานแห่งชาติ หรือเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าโดยส่วนใหญ่เป็นการนำเขตพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติแห่งเดียวหรือหลายแห่ง มากำหนดเป็นเขตพื้นที่ดังกล่าว^๙ ซึ่งกรณีการทับซ้อนของพื้นที่เขตอุทยานแห่งชาติกับเขตป่าสงวน แห่งชาติ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๗) ได้เคยให้ความเห็นในกรณีดังกล่าว สรุปความได้ว่า กฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติและกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติมีเจตนารมณ์และการบังคับใช้ กฎหมายที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติต้องการคุ้มครองและอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติให้คงอยู่ในสภาพธรรมชาติเดิมไม่ให้อุทกภัยหรือเปลี่ยนแปลงไป โดยไม่มี ข้อยกเว้นให้บุคคลหรือหน่วยงานของรัฐเข้าไปใช้ประโยชน์นอกจากการคุ้มครองและดูแลรักษา อุทยานแห่งชาติ ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติมุ่งประสงค์ในการรักษาทรัพยากรของชาติ

^๗ มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“เขตอนุรักษ์” หมายความว่า เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตสงวนเพื่อการ ท่องเที่ยว และเขตพื้นที่คุ้มครองอย่างอื่นเพื่อสงวนและรักษาสภาพธรรมชาติตามที่กฎหมายกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

^๘ มาตรา ๔๓ ในกรณีที่ปรากฏว่าพื้นที่ใดมีลักษณะเป็นพื้นที่ต้นน้ำลำธาร หรือมีระบบนิเวศน์ ตามธรรมชาติที่แตกต่างจากพื้นที่อื่นโดยทั่วไป หรือมีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติที่อาจถูกทำลาย หรืออาจได้รับผล กระทบกระเทือนจากกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ได้โดยง่าย หรือเป็นพื้นที่ที่มีคุณค่าทางธรรมชาติหรือศิลปกรรม อันควรแก่การอนุรักษ์ และพื้นที่นั้นยังมิได้ถูกประกาศกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำ ของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดให้พื้นที่นั้นเป็นเขตพื้นที่คุ้มครอง สิ่งแวดล้อม

^๙ ไพรมา สิงห์รักษ์, “ปัญหาการทับซ้อนในพื้นที่ป่าไม้ในเขตอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ” (LAW for ASEAN, ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๑) <<https://lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?id=441&Type=1>> สืบค้นเมื่อ ๘ มิถุนายน ๒๕๖๔

แต่เพื่อให้กระทบต่ออาชีพเกษตรกรรมของประชาชนจากผลของการทำลายป่า จึงมีบทบัญญัติให้บุคคลหรือหน่วยงานของรัฐเข้าไปใช้ประโยชน์ได้ เช่น ทำเหมืองแร่ เก็บหาของป่า เลี้ยงสัตว์ หรือการใช้ประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการอนุญาตดังกล่าวเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ การกำหนดเขตอุทยานแห่งชาติที่ทับซ้อนกับเขตป่าสงวนแห่งชาติจึงจำเป็นต้องเพิกถอนการเป็นป่าสงวนแห่งชาติตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ เพื่อมิให้เป็นปัญหาในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายสองฉบับในเขตป่าเดียวกัน^{๑๐}

สำหรับกรณีการทับซ้อนของพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่ากับเขตป่าสงวนแห่งชาตินั้น ไม่พบแนวปฏิบัติในกรณีที่มีการกำหนดเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าทับซ้อนกับป่าสงวนแห่งชาติ แต่อย่างไรก็ดี ในปี พ.ศ. ๒๕๒๑ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางแนวปฏิบัติเป็นการภายในว่า หากเกิดกรณีที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าทับซ้อนกับเขตป่าสงวนแห่งชาติ ไม่จำเป็นต้องยกเลิกเพิกถอนเขตป่าสงวนแห่งชาติในบริเวณนั้น เนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับเปิดช่องให้กำหนดแนวทับซ้อนกันได้ ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติมุ่งหมายในการคุ้มครองต้นไม้ ต้นน้ำ ลำธาร ส่วนกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่ามุ่งหมายในการคุ้มครองสัตว์ ส่วนสภาพแวดล้อมอื่น เช่น ต้นไม้ ต้นน้ำ ลำธาร เป็นเพียงสภาพแวดล้อมและส่วนประกอบให้ป่าคงสภาพไว้เพื่อให้สัตว์ได้อยู่อาศัยเท่านั้น กรณีจึงกำหนดให้พื้นที่ทับซ้อนกันได้ หากมีการยกเลิกเขตป่าสงวนแห่งชาติและต่อมาภายหลังสัตว์ป่าได้ย้ายที่อยู่อาศัยหรือที่หากินไปแหล่งอื่น การกำหนดเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าไว้อีกต่อไปจะขัดกับข้อเท็จจริง ทางเราก็จำเป็นต้องประกาศยกเลิกเขตพื้นที่ดังกล่าวนั้นเสีย และบริเวณนั้นจะกลายเป็นพื้นที่รกร้างว่างเปล่า การออกกฎกระทรวงกำหนดให้เป็นป่าสงวนแห่งชาติอีกจะเป็นการออกกฎหมายซ้ำในบริเวณเดียวกันหลายครั้งทำให้ไม่ตรงตามความมุ่งหมายที่จะรักษาป่าให้คงเดิม จึงไม่ควรให้มีการยกเลิกเขตป่าสงวนแห่งชาติ^{๑๑}

ในส่วนของบทบัญญัติทางกฎหมาย พบแนวทางในการป้องกันปัญหาอันเนื่องมาจากการบริหารจัดการพื้นที่ป่า ป่าสงวนแห่งชาติ และพื้นที่ป่าชายเลน ปรากฏตามมาตรา ๑๙^{๑๒} แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ หรือกรณี

^{๑๐} ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๗๓/๒๕๕๔ เรื่อง การออกกฎกระทรวงเพิกถอนป่าสงวนแห่งชาติในส่วนที่ทับซ้อนกับเขตอุทยานแห่งชาติ

^{๑๑} ไพรมา สิงห์รักษ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๙, น. ๙.

^{๑๒} มาตรา ๑๙ ในกรณีที่พื้นที่ป่าชายเลนหรือป่าชายเลนอนุรักษ์อยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติหรือป่า ให้บรรดาอำนาจหน้าที่ของอธิบดีกรมป่าไม้ตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติหรือกฎหมายว่าด้วยป่าไม้เป็นอำนาจหน้าที่ของอธิบดี

ของเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ซึ่งมาตรา ๔๗^{๑๓} แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่แม้ไม่ได้กำหนดเรื่องเขตพื้นที่ไว้อย่างชัดเจน แต่หากกฎหมายอื่นกำหนดมาตรการบังคับหรือมาตรการคุ้มครองไว้ต่ำกว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็ให้ใช้มาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัติฉบับนี้แทน รวมถึงกรณีของเขตอุทยานแห่งชาติที่มาตรา ๖^{๑๔} แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งได้กำหนดบทบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน

การกำหนดเขตพื้นที่ไม่ว่าจะเป็นเขตพื้นที่ป่าสงวน เขตพื้นที่ป่าชายเลน เขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติ หรือเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ต่างมีพื้นฐานมาจากพื้นที่ป่าไม้ด้วยกันทั้งสิ้น จึงหลีกเลี่ยงปัญหาเรื่องการทับซ้อนของพื้นที่ไม่ได้ แต่การทับซ้อนนั้นอาจมีทั้งกรณีที่เป็นปัญหาในทางกฎหมายหรือไม่เป็นปัญหาในทางกฎหมาย โดยกรณีที่เป็นปัญหาทางกฎหมายหากพิจารณาแนวทางการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางหลักให้พิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับเป็นสำคัญ และถึงแม้ว่าจะมีหน้าที่และอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายแต่หน้าที่และอำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกฉบับหนึ่งก็ไม่สามารถดำเนินการได้นอกจากนี้ มีข้อสังเกตสำหรับเรื่องเสร็จที่ ๓๖๑/๒๕๖๔^{๑๕} โดยเห็นว่า การกำหนดให้การพิจารณาป่าบนเกาะที่เข้าลักษณะของทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งต้องพิจารณาว่าได้รับอิทธิพลของน้ำทะเลเข้าถึงพื้นที่ได้ถึงจุดใด ซึ่งตีความได้ว่าพื้นที่ดังกล่าวย่อมมีลักษณะของป่าชายเลน แต่โดยที่ปัจจุบัน

^{๑๓} มาตรา ๔๗ เมื่อปรากฏว่าบริเวณพื้นที่ใดมีสภาพธรรมชาติสมควรต้องอนุรักษ์ไว้ให้เป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าอย่างปลอดภัย และรักษาไว้ซึ่งพันธุ์สัตว์ป่า ตลอดจนคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือระบบนิเวศให้คงเดิม เพื่อประโยชน์ในการอนุรักษ์และคุ้มครองสัตว์ป่า และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและให้มีแผนที่แสดงแนวเขตนั้นด้วย บริเวณที่กำหนดนี้เรียกว่า “เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า”

เมื่อพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งมีผลใช้บังคับแล้ว ให้มาตรการบังคับหรือมาตรการคุ้มครองในพื้นที่ดังกล่าวเป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กฎหมายอื่นจะได้กำหนดมาตรการในเรื่องดังกล่าวไว้ไม่ต่ำกว่ามาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

^{๑๔} มาตรา ๖ เมื่อปรากฏว่าพื้นที่ใดมีลักษณะเหมาะสมที่จะกำหนดเป็นอุทยานแห่งชาติ ให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและให้มีแผนที่แสดงแนวเขตซึ่งจัดทำด้วยระบบภูมิสารสนเทศหรือระบบอื่นซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกันแนบท้ายพระราชกฤษฎีกานั้นด้วย

เมื่อพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งมีผลใช้บังคับแล้ว ให้มาตรการบังคับหรือมาตรการคุ้มครองในพื้นที่ดังกล่าวเป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กฎหมายอื่นจะได้กำหนดมาตรการในเรื่องดังกล่าวไว้ไม่ต่ำกว่ามาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

^{๑๕} อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๖, น. ๓.

ปรากฏข้อเท็จจริงว่าโลกมีสภาวะที่ร้อนขึ้นทำให้น้ำแข็งจากขั้วโลกละลายเป็นจำนวนมากส่งผลให้ปริมาณน้ำทะเลหนุนสูงและอาจท่วมพื้นที่ป่าบนบกได้ ในการพิจารณาว่าพื้นที่ใดเข้าลักษณะป่าชายเลนอาจจำเป็นต้องพิจารณาชนิดของพันธุ์ไม้รวมถึงองค์ประกอบอื่นของระบบนิเวศป่าชายเลนร่วมด้วยหรือไม่ เนื่องจากพื้นที่เกาะที่น้ำทะเลท่วมถึงในระยะแรกอาจเป็นพื้นที่ป่าบนบกที่มีระบบนิเวศต่างจากป่าชายเลนโดยสภาพ ประกอบกับไม่มีกฎหมายฉบับใดให้คำจำกัดความลักษณะของป่าชายเลนไว้อย่างชัดเจน ในการพิจารณากำหนดเขตพื้นที่จึงต้องรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วน เพื่อไม่ให้เกิดการกำหนดเขตพื้นที่เกิดความซ้ำซ้อน



แนะนำเว็บไซต์ค้นหากฎหมายของประเทศญี่ปุ่นฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษ
<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>*

รักไท เทพปัญญา**

เว็บไซต์ Japanese Law Translation เป็นเว็บไซต์ที่รวบรวมกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษ สวณลิขสิทธิ์โดยกระทรวงยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่น



ภายในเว็บไซต์นี้มีการให้บริการข้อมูลกฎหมายที่สำคัญคือการค้นหากฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและคำแปลของกฎหมายดังกล่าว (Law Search) ซึ่งสามารถทำการค้นหาได้หลายรูปแบบ ได้แก่

- ๑) การค้นหาด้วยคำสำคัญ (Keyword)
- ๒) การค้นหาด้วยหัวเรื่อง (Title)
- ๓) การค้นหาด้วยหมายเลขของกฎหมาย (Number)
- ๔) การค้นหาตามหมวดหมู่ของกฎหมาย (Category)
- ๕) การค้นหาตามองค์กรที่รับผิดชอบในการจัดทำคำแปล

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ

ในภาพด้านล่างนี้เป็นตัวอย่างของการค้นหากฎหมายตามหัวเรื่อง โดยระบุถ้อยคำ “agriculture” และปรากฏผลการค้นหาดังนี้

Search by Keyword

Search by Title

Search by Number

Search by Category

Search by Org

Search results 6

Results per Page : 20 Display

Search results of (Include tentative translation)(Include outline)
"agriculture"(Search by Title)

...Outline

...Public notices, Messages, etc.

...Untranslated laws

...Past laws

...Repealed laws

...Tentative translation

- [Act on Promotion of Organic Agriculture](#)
- [Act on Promoting the Generation of Electricity from Renewable Energy Sources Harmonized with Sound Development of Agriculture, Forestry and Fisheries](#)
- [Operation Guidelines on the "Policy on the Operation of Systems Related to the Residence Status of the "Specified Skilled Worker" in the Agriculture Sector"](#)
- [Policy on the Operation of Systems Related to the Residence Status of the "Specified Skilled Worker" in the Agriculture Sector](#)
- [Public Notice of the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries No. 857 of 2005 \(the person whom the Minister of Agriculture, Forestry and Fisheries designates under Article 3, item \(i\) of the Act on Regulation of Fishing Operation by Foreign Nationals\)](#)
- [Food, Agriculture and Rural Areas Basic Act](#)

To Previous

1

To Next

จากผลการค้นหาดังกล่าว เมื่อเรากดเข้าไปที่ชื่อของกฎหมายแล้วเราสามารถเลือกให้
แสดงผลบทบัญญัติของกฎหมายนั้นได้สี่รูปแบบ กล่าวคือ

๑) แสดงบทบัญญัติเป็นภาษาญี่ปุ่นก่อนแล้วตามด้วยบทบัญญัติภาษาอังกฤษ

有機農業の推進に関する法律 (暫定版)
Act on Promotion of Organic Agriculture (Tentative translation)

平成十八年十二月十五日法律第百十二号
Act No. 112 of December 15, 2006

(目的)

(Purpose)

第一条 この法律は、有機農業の推進に関し、基本理念を定め、並びに国及び地方公共団体の責務を明らかにするとともに、有機農業の推進に関する施策の基本となる事項を定めることにより、有機農業の推進に関する施策を総合的に講じ、もって有機農業の発展を図ることを目的とする。

Article 1 The purpose of this Act is to comprehensively take measures for the promotion of organic agriculture by establishing basic principles and clarifying responsibilities of the national and local governments with regard to the promotion of organic agriculture, as well as establishing basic matters for measures for the promotion of organic agriculture, and thereby to promote the development of organic agriculture.

๒) แสดงบทบัญญัติเป็นภาษาญี่ปุ่นและภาษาอังกฤษควบคู่กันไปในลักษณะตาราง

有機農業の推進に関する法律 (暫定版)	Act on Promotion of Organic Agriculture (Tentative translation)
平成十八年十二月十五日法律第百十二号	Act No. 112 of December 15, 2006
(目的)	(Purpose)
第一条 この法律は、有機農業の推進に関し、基本理念を定め、並びに国及び地方公共団体の責務を明らかにするとともに、有機農業の推進に関する施策の基本となる事項を定めることにより、有機農業の推進に関する施策を総合的に講じ、もって有機農業の発展を図ることを目的とする。	Article 1 The purpose of this Act is to comprehensively take measures for the promotion of organic agriculture by establishing basic principles and clarifying responsibilities of the national and local governments with regard to the promotion of organic agriculture, as well as establishing basic matters for measures for the promotion of organic agriculture, and thereby to promote the development of organic agriculture.

๓) แสดงบทบัญญัติเป็นภาษาอังกฤษอย่างเดียว

Act on Promotion of Organic Agriculture (Tentative translation)

Act No. 112 of December 15, 2006

(Purpose)

Article 1 The purpose of this Act is to comprehensively take measures for the promotion of organic agriculture by establishing basic principles and clarifying responsibilities of the national and local governments with regard to the promotion of organic agriculture, as well as establishing basic matters for measures for the promotion of organic agriculture, and thereby to promote the development of organic agriculture.

(Definitions)

Article 2 The term "organic agriculture" in this Act means agriculture carried out using agricultural production methods that have as low an environmental load resulting from agricultural production as possible on the basis that no chemically synthesized fertilizers and agricultural chemicals are used and that no genetically modified technology is used.

๔) แสดงบทบัญญัติเป็นภาษาญี่ปุ่นอย่างเดียว

有機農業の推進に関する法律 (暫定版)

平成十八年十二月十五日法律第百十二号

(目的)

第一条 この法律は、有機農業の推進に関し、基本理念を定め、並びに国及び地方公共団体の責務を明らかにするとともに、有機農業の推進に関する施策の基本となる事項を定めることにより、有機農業の推進に関する施策を総合的に講じ、もって有機農業の発展を図ることを目的とする。

(定義)

第二条 この法律において「有機農業」とは、化学的に合成された肥料及び農薬を使用しないこと並びに遺伝子組換え技術を利用しないことを基本として、農業生産に由来する環境への負荷をできる限り低減した農業生産の方法を用いて行われる農業をいう。

นอกจากนี้ ในเว็บไซต์นี้ยังสามารถค้นหากฎหมายตามถ้อยคำในพจนานุกรม (Dictionary Search) และค้นหากฎหมายจากคำสำคัญในบริบท (Keyword in Context Search) ได้อีกด้วย ดังนี้

การค้นหากฎหมายตามถ้อยคำในพจนานุกรม (Dictionary Search) เป็นการค้นหาคำศัพท์ทางกฎหมายมาตรฐานตามพจนานุกรม จากภาพด้านล่างเป็นตัวอย่างของการใช้วิธีการ

ค้นหาแบบนี้ โดยได้ทำการค้นหาคำว่า “referendum” ซึ่งแสดงผลการค้นหาคำออกเป็นคำศัพท์ทั้ง ภาษาญี่ปุ่นและภาษาอังกฤษ

Dictionary Search

Search and display entries in the Standard Legal Terms Dictionary by entering a legal term or translation that appears in the dictionary (keyword) or by selecting the kana or letter with which it begins.

Search by Keyword

Search in Japanese/English

Download

Updated Versions

Search results 1 Results per Page : 20

Search results of "referendum"(Search is and)(Search by Keyword)

- 国民審査 [[Laws which use this term](#)]
 1. national referendum [[Laws which use this term](#)]

1

จากผลการค้นหาดังกล่าว เราสามารถให้แสดงรายชื่อกฎหมายที่มีคำศัพท์ที่เราค้นหา ได้ดังตัวอย่างด้านล่างนี้ (หมายเหตุ: การแสดงรายชื่อกฎหมายจากคำศัพท์ที่เป็นภาษาญี่ปุ่นกับ ภาษาอังกฤษอาจได้ผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน)

Search by Keyword

Search in Japanese/English

Download

Updated Versions

Search results 4 Results per Page : 20

...Outline
 ...Public notices, Messages, etc.
 ...Untranslated laws
 ...Tentative translation

- [Act on Cooperation with United Nations Peacekeeping Operations and Other Operations](#)
- [Court Act](#)
- [Basic Act for Persons with Disabilities](#)
- [The Constitution of Japan](#)

1

การค้นหากฎหมายจากคำสำคัญในบริบท (Keyword in Context Search)

การค้นหาในรูปแบบนี้จะแสดงผลเป็นบทบัญญัติที่มีถ้อยคำที่ค้นหาอยู่ โดยแสดงผลทั้งภาษาอังกฤษ และภาษาญี่ปุ่นคู่กันไปในลักษณะตาราง และยังระบุชื่อกับมาตราของกฎหมายนั้น อีกด้วย ด้านล่างนี้เป็นตัวอย่างของการค้นหาในรูปแบบนี้ด้วยคำว่า “personal data”

[illegible]

นอกจากการค้นหากฎหมายแล้ว ในเว็บไซต์นี้ยังให้บริการข้อมูลอื่น ๆ ซึ่งสามารถเลือกได้จากแถบด้านบนของเว็บไซต์ เช่น การแสดงเค้าโครงของกฎหมายแต่ละฉบับ (Outline) กฎหมายใหม่ ๆ (What's New) หรือลิงก์ไปยังหน่วยงานอื่น ๆ ของประเทศญี่ปุ่น (Links) เป็นต้น



ทั้งนี้ เว็บไซต์นี้ได้ระบุเงื่อนไขของการใช้บริการเอาไว้ด้วย ดังนั้น ในการใช้งาน และการอ้างอิงข้อมูลจากเว็บไซต์นี้ก็ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวด้วย



แนะนำเว็บไซต์กฎหมายสำคัญของฝรั่งเศส (<https://www.legifrance.gouv.fr>)*

ธมนณ์ ฐิติพรพรหมณี**

<https://www.legifrance.gouv.fr> เป็นเว็บไซต์ของรัฐบาลฝรั่งเศสที่ให้บริการข้อมูลทางกฎหมายแก่ประชาชน โดยเว็บไซต์ดังกล่าวจะเผยแพร่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และข้อมูลด้านกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศฝรั่งเศส เว็บไซต์นี้ประกอบไปด้วยข้อมูลกฎหมายที่ยังคงมีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๕๓๙ แนวคำวินิจฉัยของศาลสูงตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๘๖ รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของทุกศาลตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๘๗๕ โดยเว็บไซต์รูปแบบใหม่นี้ได้เริ่มให้บริการเมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๐๒๐ ซึ่งเว็บไซต์รูปแบบใหม่นี้จะไม่มีการแปลภาษาเป็นภาษาอังกฤษ หรือภาษาอื่น ๆ เช่น ภาษาสเปน ภาษาเยอรมัน ดังเช่นเว็บไซต์รูปแบบเดิม^๑

เว็บไซต์ legifrance เกิดขึ้นจากมาตรา ๒ แห่งรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๒๐๐๒ - ๑๐๖๔ วันที่ ๗ สิงหาคม ๒๐๐๒ ว่าด้วยบริการสาธารณะด้านการเผยแพร่กฎหมายทางอินเทอร์เน็ต^๒ ที่กำหนดให้มีการจัดทำเว็บไซต์เพื่อเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกในการค้นคว้ากฎหมาย ความตกลง

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ ฝ่ายวิเคราะห์การร่างกฎหมาย กองหลักนิติบัญญัติ

^๑ สืบค้นจาก <https://iall.org/here-comes-the-new-legifrance> เมื่อวันที่ ๑๐ พฤษภาคม ๒๕๖๔

^๒ Décret n° 2002 - 1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet

Article 2 Il est créé un site dénommé Légifrance (<https://www.legifrance.gouv.fr>), placé sous la responsabilité du secrétaire général du Gouvernement et exploité par la Direction des Journaux officiels.

Ce site donne accès, directement ou par l'établissement de liens, à l'ensemble des données mentionnées à l'article 1er. Il met à la disposition du public des instruments destinés à faciliter la recherche de ces données. Il offre la faculté de consulter les autres sites publics nationaux, ceux des Etats étrangers, ceux des institutions de l'Union européenne ou d'organisations internationales assurant une mission d'information juridique. Il rend compte de l'actualité législative, réglementaire et juridictionnelle.

Les autres sites exploités par les administrations de l'Etat qui participent à l'exécution du service public de la diffusion du droit par l'internet sont désignés par arrêté du Premier ministre, pris après avis du comité mentionné à l'article 5 du présent décret.

ระหว่างประเทศ แนวคำวินิจฉัยของศาล และเอกสารอื่น ๆ ของทางราชการ และกำหนดให้การเข้าถึงข้อมูลด้านกฎหมายเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยไม่มีค่าใช้จ่ายใด ๆ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังกำหนดให้เว็บไซต์ต้องมีเครื่องมือที่จะช่วยให้สามารถค้นหาข้อมูลได้ และต้องเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นปัจจุบัน รวมทั้งต้องมีการปรับปรุงข้อความในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ต่อมาได้มีรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๒๐๒๐ - ๑๑๑๙ วันที่ ๘ กันยายน ๒๐๒๐ ว่าด้วยการปรับปรุงบริการสาธารณะด้านการเผยแพร่กฎหมายทางอินเทอร์เน็ตให้ทันสมัย (Décret n° 2020 - 1119 du 8 septembre 2020 relatif à la modernisation du service public de la diffusion du droit par l'internet) จึงได้มีการปรับปรุงเว็บไซต์ในรูปแบบใหม่ขึ้น เพื่อให้รองรับการให้บริการทั้งทางคอมพิวเตอร์ สมาร์ทโฟน และแท็บเล็ต

<https://www.legifrance.gouv.fr> สามารถสืบค้นได้ทั้งประมวลกฎหมาย (Codes) กฎหมาย กฎ และข้อบังคับ (Textes législatifs et réglementaires) รัฐกิจจานุเบกษา (Journal officiel) แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (Jurisprudences constitutionnelles) แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (Jurisprudences administratives) แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม (Jurisprudences judiciaires) แนวคำวินิจฉัยของศาลตรวจเงินแผ่นดิน (Jurisprudences financières) หนังสือเวียน และข้อสั่งการ (Circulaires et instructions) ข้อตกลงร่วมและผลการตกลงร่วมระหว่างบริษัทและลูกจ้างในการออกข้อกำหนดเพื่อบังคับใช้ประมวลกฎหมายแรงงาน (Conventions collectives et accords d'entreprises) เอกสารทางนิติบัญญัติ (Dossiers législatifs) เอกสารของฝ่ายปกครอง (Documents administratifs) การอภิปรายในรัฐสภา (Débats parlementaires) กระตุ้ถามเป็นหนังสือในรัฐสภา (Les questions écrites parlementaires) แลกเปลี่ยนข้อตกลงร่วมอย่างเป็นทางการของสหภาพแรงงานระหว่างลูกจ้างและนายจ้าง (Les bulletins officiels des conventions collectives (BOCC)) ซึ่งวิธีการค้นหาสามารถค้นหาโดยใช้บางส่วนของคำ เช่น หมายเลขกฎหมาย NOR^๓ เลขมาตรา ชื่อหัวข้อหรือคำในเนื้อหาของกฎหมาย โดยสามารถค้นหาด้วยการใช้รูปแบบเลขมาตราที่แตกต่างกันได้ เช่น L 112-2 , L.112-2 , L. 112-2 ซึ่งทุกกรณีจะหมายถึงมาตรา L112-2

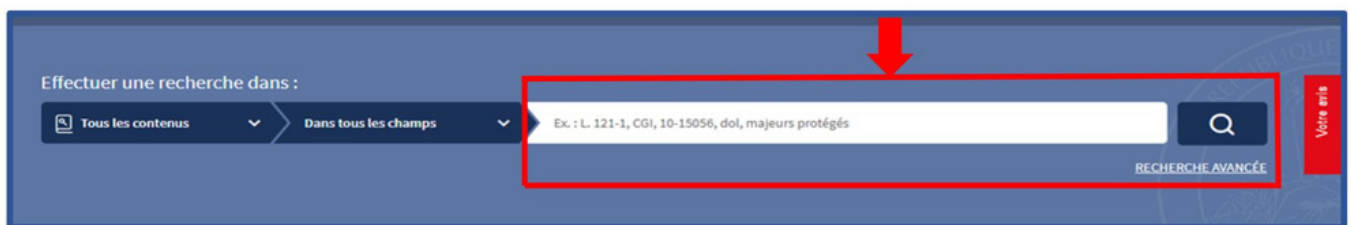
การสืบค้นของเว็บไซต์ legifrance สามารถแบ่งได้เป็น ๓ ประเภท คือ การสืบค้นทั่วไป (recherche globale) การสืบค้นโดยเฉพาะเจาะจง (recherche précise) และการสืบค้นขั้นสูง (recherche avancée)

๑. การสืบค้นทั่วไป (recherche globale)

การสืบค้นประเภทนี้เป็นการสืบค้นอย่างง่าย ผู้ใช้สามารถสืบค้นเนื้อหาของเอกสารโดยไม่จำเป็นต้องทราบถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายฝรั่งเศส วิธีการสืบค้นสามารถพิมพ์คำค้นหาได้

^๓ ระบบการจัดเรียงลำดับหมายเลขกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่มีการพิมพ์เผยแพร่ ตั้งแต่วันที่

โดยตรงในช่องพิมพ์คำค้น (รูปภาพ ๑) เมื่อพิมพ์คำค้นแล้วจะปรากฏรายการแสดงผลการสืบค้น โดยแบ่งตามประเภทของเอกสาร สามารถเลือกเพื่อเข้าไปดูข้อมูลที่ต้องการค้นหาได้โดยตรง (รูปภาพ ๒) ซึ่งตัวเลขที่ปรากฏในวงเล็บท้ายเอกสารแต่ละประเภทจะเป็นจำนวนของเอกสารที่สืบค้นได้ อย่างไรก็ตาม การสืบค้นประเภทนี้จะไม่สามารถสืบค้นเอกสารทางนิติบัญญัติ (Dossiers législatifs) เอกสารของฝ่ายปกครอง (Documents administratifs) การอภิปรายในรัฐสภา (Débats parlementaires) กระหู่ถามเป็นหนังสือในรัฐสภา (Les questions écrites parlementaires) และแถลงการณ์ ข้อตกลงร่วมอย่างเป็นทางการของสหภาพแรงงานระหว่างลูกจ้างและนายจ้าง (Les bulletins officiels des conventions collectives (BOCC)) ได้

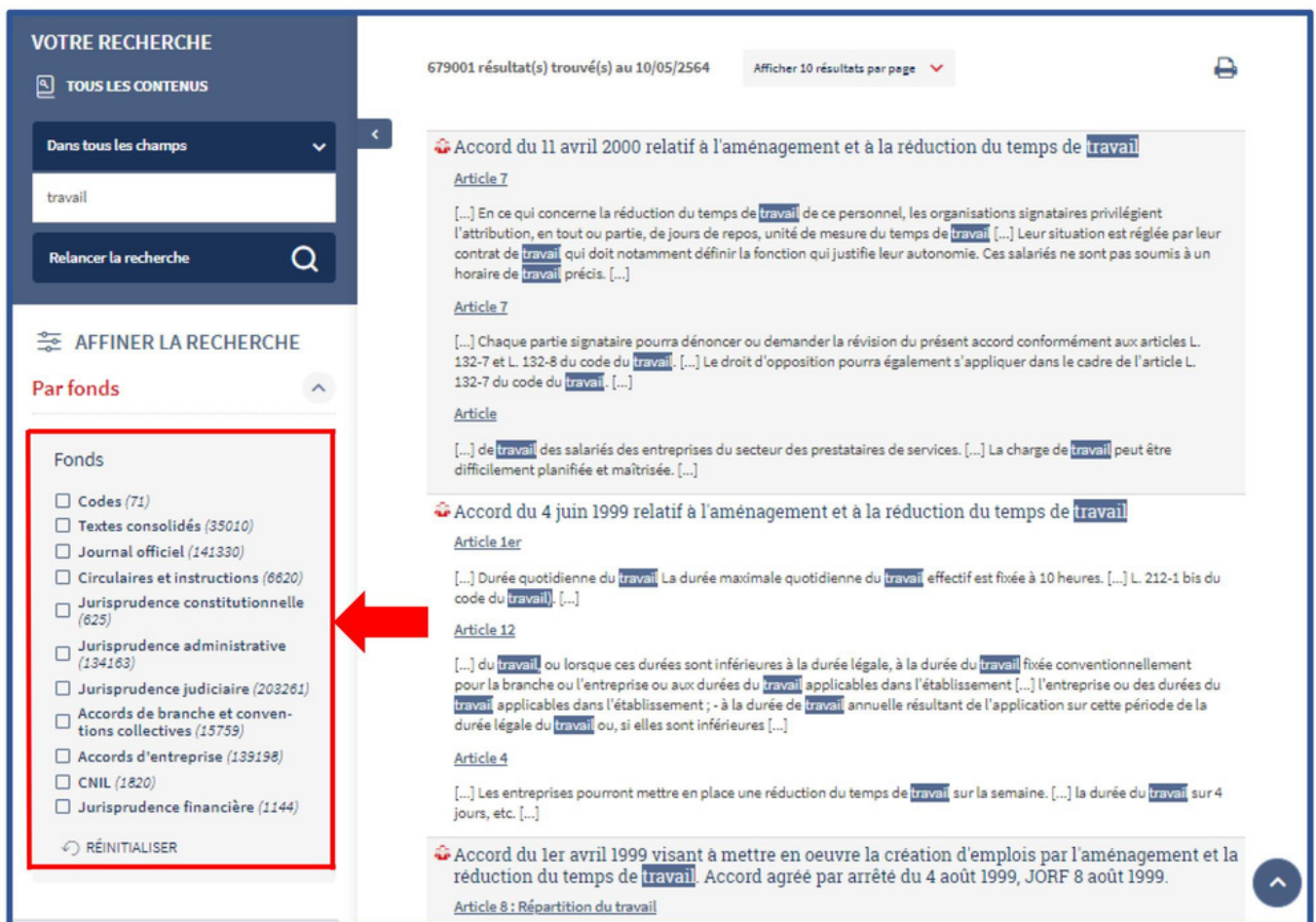


Effectuer une recherche dans :

Tous les contenus Dans tous les champs Ex : L. 121-1, CGI, 10-15056, dol, majeurs protégés

RECHERCHE AVANCÉE

รูปภาพ ๑



VOTRE RECHERCHE

TOUS LES CONTENUS

Dans tous les champs

travail

Relancer la recherche

AFFINER LA RECHERCHE

Par fonds

Fonds

- ☐ Codes (71)
- ☐ Textes consolidés (35010)
- ☐ Journal officiel (141330)
- ☐ Circulaires et instructions (6620)
- ☐ Jurisprudence constitutionnelle (625)
- ☐ Jurisprudence administrative (134163)
- ☐ Jurisprudence judiciaire (203261)
- ☐ Accords de branche et conventions collectives (15759)
- ☐ Accords d'entreprise (139198)
- ☐ CNIL (1820)
- ☐ Jurisprudence financière (1144)

REINITIALISER

679001 résultat(s) trouvé(s) au 10/05/2564 Afficher 10 résultats par page

Accord du 11 avril 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail

Article 7

[...] En ce qui concerne la réduction du temps de travail de ce personnel, les organisations signataires privilégient l'attribution, en tout ou partie, de jours de repos, unité de mesure du temps de travail [...] Leur situation est réglée par leur contrat de travail qui doit notamment définir la fonction qui justifie leur autonomie. Ces salariés ne sont pas soumis à un horaire de travail précis. [...]

Article 7

[...] Chaque partie signataire pourra dénoncer ou demander la révision du présent accord conformément aux articles L. 132-7 et L. 132-8 du code du travail. [...] Le droit d'opposition pourra également s'appliquer dans le cadre de l'article L. 132-7 du code du travail. [...]

Article

[...] de travail des salariés des entreprises du secteur des prestataires de services. [...] La charge de travail peut être difficilement planifiée et maîtrisée. [...]

Accord du 4 juin 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail

Article 1er

[...] Durée quotidienne du travail La durée maximale quotidienne du travail effectif est fixée à 10 heures. [...] L. 212-1 bis du code du travail. [...]

Article 12

[...] du travail ou lorsque ces durées sont inférieures à la durée légale, à la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou aux durées du travail applicables dans l'établissement [...] l'entreprise ou des durées du travail applicables dans l'établissement ; - à la durée de travail annuelle résultant de l'application sur cette période de la durée légale du travail ou, si elles sont inférieures [...]

Article 4

[...] Les entreprises pourront mettre en place une réduction du temps de travail sur la semaine. [...] la durée du travail sur 4 jours, etc. [...]

Accord du 1er avril 1999 visant à mettre en oeuvre la création d'emplois par l'aménagement et la réduction du temps de travail. Accord agréé par arrêté du 4 août 1999, JORF 8 août 1999.

Article 8 : Répartition du travail

รูปภาพ ๒

๒. การสืบค้นโดยเฉพาะเจาะจง (recherche précise)

การสืบค้นประเภทนี้จะเป็นการสืบค้นตามประเภทเอกสาร คือ ประมวลกฎหมาย (Codes) รัฐบัญญัติ (lois) , รัฐกำหนด (ordonnances) , รัฐกฤษฎีกา (décrets) กฎกระทรวง (arrêtés) รัฐกิจจานุเบกษา (Journal officiel) แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (Jurisprudences constitutionnelles) แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (Jurisprudences administratives) แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม (Jurisprudences judiciaires) แนวคำวินิจฉัยของศาลตรวจเงินแผ่นดิน (Jurisprudences financières) หนังสือเวียนและข้อสั่งการ (Circulaires et instructions) (รูปภาพ ๓) เมื่อเลือกประเภทของเอกสารที่ต้องการสืบค้นแล้ว ต่อจากนั้นสามารถระบุขอบเขตของการสืบค้น โดยเฉพาะเจาะจงได้ เช่น ประเภทของกฎหมาย ชื่อเรื่อง (titres) หมายเลขกฎหมาย (numéros de texte) เลขมาตรา (numéro d'articles) (รูปภาพ ๔ และรูปภาพ ๕)



รูปภาพ ๓



รูปภาพ ๔

Effectuer une recherche dans :

Textes consolidés ▾ Dans tous les champs ▾ Ex. : L. 121-1, CGI, 10-15056, dol, majeurs protégés

Dans tous les champs ▾ Dans les titres Dans les NOR

Dans les numéros de texte Dans les numéros d'articles Dans les contenus d'articles

Dans les visas ou les notices Dans les signatures

RECHERCHE AVANCÉE

รูปภาพ ๕

๓. การสืบค้นขั้นสูง (recherche avancée)

การสืบค้นประเภทนี้สามารถเข้าถึงได้โดยการคลิกที่คำว่า <<RECHERCHE AVANCÉE>> (รูปภาพ ๖) ซึ่งเป็นการสืบค้นที่สามารถเพิ่มเติมเงื่อนไขในการสืบค้นให้มีความละเอียดได้มากยิ่งขึ้น โดยมีวิธีการในการสืบค้น (รูปภาพ ๘) ดังต่อไปนี้

(๑) เลือกประเภทของเอกสารที่ต้องการสืบค้น (รูปภาพ ๗) แล้วเลือกขอบเขตของเอกสารที่ต้องการค้นหา (หมายเลข ๑)

(๒) เลือกขอบเขตของการสืบค้น (หมายเลข ๒)

(๓) พิมพ์คำที่ต้องการสืบค้น (หมายเลข ๓)

(๔) เลือกประเภทของการสืบค้นว่าต้องการสืบค้นทุกคำที่พิมพ์ (tous les mots) กลุ่มคำเฉพาะเจาะจง (expression exacte) การสืบค้นโดยไม่ปรากฏคำที่พิมพ์ (aucun de ces mots) และคำใดคำหนึ่งจากหลายคำที่สืบค้น (un de ces mots) (หมายเลข ๔)

(๕) สามารถเพิ่มเติมเกณฑ์หรือเงื่อนไขอื่น ๆ ในการสืบค้นได้ (หมายเลข ๕)

(๖) สามารถใช้ตัวดำเนินการ “และ” (ET)/ “หรือ” (OU) เพื่อเป็นเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการสืบค้นได้ (หมายเลข ๖)

Effectuer une recherche dans :

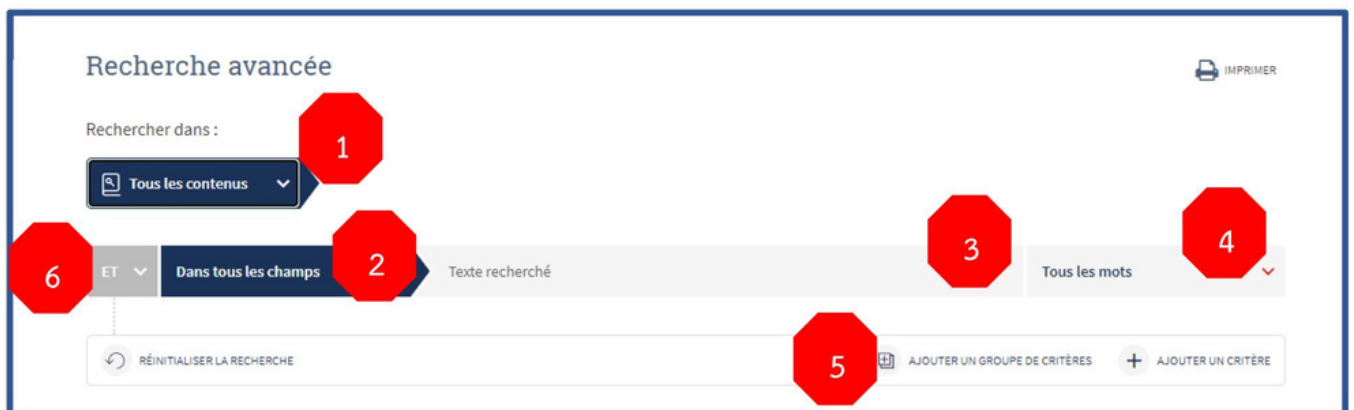
Tous les contenus ▾ Dans tous les champs ▾ Ex. : L. 121-1, CGI, 10-15056, dol, majeurs protégés

RECHERCHE AVANCÉE

รูปภาพ ๖



รูปภาพ ๗



รูปภาพ ๘

นอกจากการสืบค้นทั้ง ๓ ประเภทข้างต้นแล้ว เว็บไซต์ legifrance ยังได้เพิ่มระบบการทำงานในรูปแบบใหม่ คือ <<ChronoLégi>> เป็นฟังก์ชันการทำงานที่ทำให้ทราบถึงลำดับเหตุการณ์หรือความเป็นมาของกฎหมายต่าง ๆ และ <<Comparaison>> เป็นฟังก์ชันการทำงานที่ทำให้ทราบถึงการแก้ไขเพิ่มเติมหรือการยกเลิกกฎหมาย โดยจะมีการแสดงการแก้ไขเพิ่มเติมเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายฉบับเก่าและกฎหมายฉบับใหม่ ซึ่งจะส่งผลให้การเข้าถึงกฎหมายเป็นไปโดยง่ายและมีความสะดวกมากยิ่งขึ้น



เจ้าของ



สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
Office of the Council of State

ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

นางสาวคณินิจ แซ่เฮง

นางสาวรมณณัญฐ์ พรหมณัติ

นายจตุรงค์ ตรีเพชร

นางสุปราณี เพ็ญหนู

นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์

นางสาวรัชนิกร ลาภวนิชชา

นางสาวพรรณพร สนธิไชย

นางสาวเสาวนีย์ จันทรชวลิต

ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

เจริญญิก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง