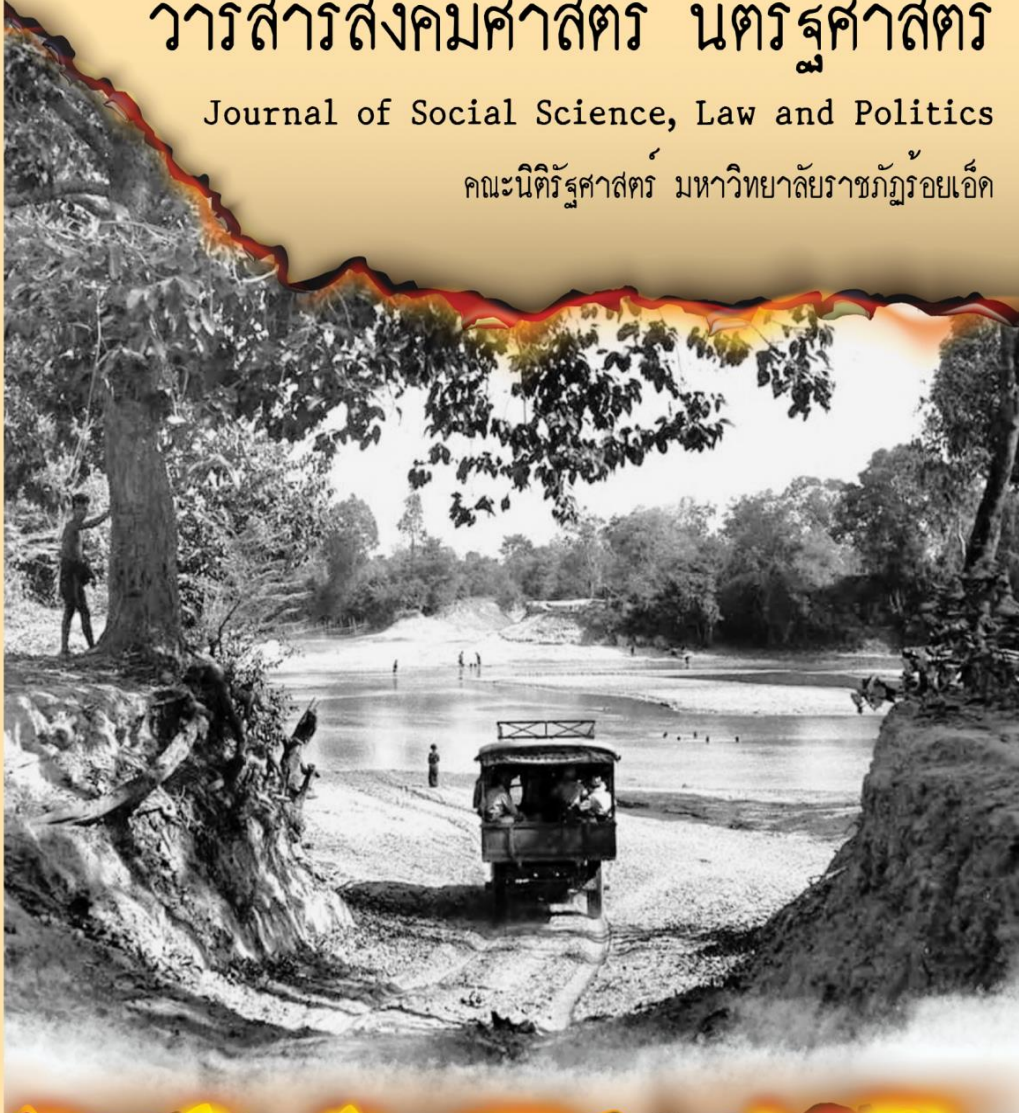




วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์

Journal of Social Science, Law and Politics

คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด



วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์
ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2567

ISSN 2985-2102
(Online)

ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2567
Vol.8 No.2 July - December 2024



วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์
Journal of Social Science, Law and Politics

ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม 2567

Vol. 8 No. 2 July - December 2024

ISSN 2985-2102

วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์

คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด

ปีที่พิมพ์

ISSN

จัดทำโดย

ออกแบบปก

พิมพ์ครั้งที่ 1

ปีที่ 8 พ.ศ. 2567

2985-2102

คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด

113 หมู่ 12 ตำบลเกาะแก้ว อำเภอเสลภูมิ

จังหวัดร้อยเอ็ด 45120

โทร. 0 4355 6036 โทรสาร 0 4355 6037

นายสุรชัย สีดา

กรกฎาคม 2567

วัตถุประสงค์ วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ เป็นวารสารวิชาการด้านมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ของ คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ซึ่งครอบคลุมความรู้ในด้านรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ นิติศาสตร์ และสหวิทยาการ มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ผลงานวิชาการ ทั้งงานวิจัย ความรู้ และแนวความคิด ด้านมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ให้แก่นักวิชาการ คณาจารย์ บุคลากรทางการศึกษา นิสิตนักศึกษา สมาชิก ตลอดจนผู้สนใจ ในลักษณะบทความวิจัย บทความวิชาการ บทความทั่วไป บทความหนังสือ บทความปริทัศน์ และบทความพิเศษ เพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนโลกทัศน์ทางความรู้เชิงวิชาการ และเป็นแหล่งศึกษาค้นคว้าทางวิชาการ อันจะเป็นประโยชน์ต่อสังคม

การเผยแพร่ ปีละ 2 ฉบับ เดือนมกราคม - มิถุนายน และเดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

หน่วยงาน คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด

ที่ปรึกษาวารสาร นายกสภามหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด
อธิการบดีมหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด
รองอธิการบดี ฝ่ายวิชาการและวิเทศสัมพันธ์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด

บรรณาธิการ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เบญจวรรณ บุญโทแสง

กองบรรณาธิการ ประกอบด้วย

กองบรรณาธิการ	รองศาสตราจารย์ ดร.พิศาล มุกดาภิรมี	มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
ผู้ทรงคุณวุฒิ	รองศาสตราจารย์ ดร.สุกัญญา เอ็มอิมธรรม	มหาวิทยาลัยขอนแก่น
ภายนอกมหาวิทยาลัย	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อ่ำไพ	สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรจณี ปัดโรแสง	มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
	รองศาสตราจารย์ ดร.บุษอรีย์ ยี่หะมะ	มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา
	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ	สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ	รองศาสตราจารย์ ดร.กฤติญา สุขเพิ่ม
ผู้ทรงคุณวุฒิ	ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิรักษ์ บุรรุ่งโรจน์
ภายในมหาวิทยาลัย	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรฉัตร วรวิรรณ

เจ้าหน้าที่ นางสาววาสนา เลิศมะเลา

ประจำวารสาร นายสุรชัย สีดา

บทบรรณาธิการ

ในวันนี้ วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ ได้เดินทางมาถึงฉบับท้ายของปีที่ 8 นับแต่วารสารได้ถือกำเนิดขึ้น แลดูเป็นระยะทางที่ยาวไกลสำหรับการยืนหยัดและทุ่มเทสร้างสรรค์วารสารวิชาการ เพื่อขยายพรมแดนของความรู้ และผลักดันให้ความรู้ถูกแพร่กระจายออกไปสู่การปฏิบัติ ในทางที่จะสามารถสร้างคุณูปการให้แก่สังคม โดยหวังลึก ๆ ว่า สักวัน...ผู้คนจะมีปัญญาเพียงพอที่จะสามารถปรับวิถีการดำเนินชีวิตอย่างรู้เท่าทันต่อความเปลี่ยนแปลงทั้งหลายที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตข้างหน้า

หากจะย้อนไปในห้วงระยะเวลาห้าปีที่ผ่าน โลกปัจจุบันภายหลังวิกฤตการณ์การเกิดขึ้นของโรคอุบัติใหม่ โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ทุกสรรพสิ่งล้วนเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว โลกกลายเป็นสังคม “Disruption” ขนาดยักษ์ซึ่งไม่อาจแยกขาดออกจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่พัฒนาขึ้นมาจนถึงจุดที่ก่อให้เกิดเป็นนวัตกรรม (Innovation) โลกใหม่นี้ได้นำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงที่ครอบคลุมปริมณฑลทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ ตลอดจนการผลิตสินค้าและบริการ ทั้งยังเป็นผลให้ความปกติใหม่หรือชีวิตวิถีใหม่ (New Normal) ได้ก่อตัวขึ้น ผู้คนทั่วทั้งโลกตกอยู่ในสภาวะที่วิถีชีวิตถูกสร้างขึ้นใหม่ ในลักษณะที่แตกต่างไปจากที่เคยประพฤติปฏิบัติกันมากระทั่งในวันนี้ โลกได้ก้าวมาถึงจุดที่เรียกว่า “Digital Disruption” หรือโลกแห่งความฟูเฟื่องด้านเทคโนโลยีดิจิทัล แพลตฟอร์ม และนวัตกรรมต่างๆ ที่อิงอาศัยเทคโนโลยีดิจิทัลเป็นหัวใจสำคัญ

อย่างไรก็ดี เจริญมีสามด้าน มุมมองต่อสถานการณ์ความเปลี่ยนแปลงโลกหลังวิกฤตโควิดก็เช่นกัน นับแต่ปี พ.ศ. 2565 เป็นต้นมา ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า เป็นภาวะยากลำบากที่ประชาคมโลกต้องผจญชะตากรรมร่วมกัน บนความแตกต่างของอุดมการณ์การเมือง สงคราม การแข่งขันทางภูมิรัฐศาสตร์ การแข่งขันทางเศรษฐกิจ ภาวะความยากจนขาดแคลนอาหาร ความเหลื่อมล้ำ หรือแม้แต่สภาพอากาศที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ซึ่งประเทศไทยไม่อาจหนีพ้นภาวะรอยต่อของการเปลี่ยนผ่านทั้งหลายนี้ไปได้ ขึ้นอยู่กับศักยภาพและสมรรถนะของประเทศ ความสามารถในการพึ่งพาตนเอง ความสามารถในการแก้ไขปัญหาท้าทาย และความสามารถในการปรับตัวให้ทันต่อพลวัตการเปลี่ยนแปลงของโลก ฉะนั้น การพัฒนาทุนมนุษย์ให้มีความรู้ มีปัญญา มีศักยภาพ มีสมรรถนะ พร้อมรองรับความเปลี่ยนแปลง จึงถือเป็นเงื่อนไข

ที่สำคัญที่สุด อันมีผลต่อความอยู่รอดของประเทศและผู้คนในประเทศ ท่ามกลางภาวะวิกฤติของความท้าทายทุกมิติ

ด้วยเหตุนี้ วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ สังเกตคณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด หนึ่งในหน่วยงานทางการศึกษา จึงให้ความสำคัญกับการสร้างและพัฒนาทุนมนุษย์ เพื่อให้สังคมมีทุนมนุษย์ที่เข้มแข็งและสามารถอยู่รอดในสถานการณ์โลกที่สลับซับซ้อน ด้วยการพยายามรังสรรค์ผลงานในรูปแบบวารสารทางวิชาการให้เป็นแหล่งเรียนรู้ทางรัฐศาสตร์ นิติศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ และสหวิทยาการ เพื่อให้คนในสังคมได้เข้าถึงองค์ความรู้ อันจะสามารถนำไปสู่การสร้างปัญญาและความเข้มแข็งของทุนมนุษย์ได้เป็นอย่างดี

วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 นี้ ประกอบด้วยเก๋าทบทวนคุณภาพ ได้แก่ 1) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง 2) การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น 3) การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ: ศึกษากรณีเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน 4) มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการบุกรุกที่ดินสาธารณะประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน 5) การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด 6) กรณีศึกษามาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนและมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว 7) ปัญหาทางกฎหมายในการจัดระบบโครงสร้างกลไกการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ศึกษากรณี สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน 8) ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย และ 9) ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

ท้ายที่สุด กองบรรณาธิการฯ เชื่อมั่นเป็นอย่างยิ่งว่า บทความทั้งหมดนี้ในวารสารฯ ฉบับนี้ จะเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างและพัฒนาทุนมนุษย์ในสังคมไทยให้มีคุณภาพอย่างเข้มแข็งและยั่งยืน เพื่อนำไปสู่การพัฒนาประเทศที่แท้จริงในอนาคต

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เบญจวรรณ บุญโทแสง
บรรณาธิการ

สารบัญ

	หน้า
กฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง <i>ศิริโรจน์ โรจน์วรพร และตรีเพชร จิตรมहिมา</i>	1
การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น <i>อภิรักษ์ บุรุษโรจน์ และเบญจวรรณ บุญโทแสง</i>	39
การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ: ศึกษา กรณีเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน <i>วรพล วิจิตรพงษา</i>	68
มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการบุกรุกที่ดินสาธารณะประโยชน์ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน <i>สรไกร บำเพ็ญบุญ และสุธี อยู่สถาพร</i>	90
การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด <i>วีรพศุทธิ์ วรธีรฉัตร</i>	111
กรณีศึกษามาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนและ มาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามกฎหมาย ว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว <i>เมตตา เลิศลิน และฉิ่ง ประสพพิชัย</i>	139
ปัญหาทางกฎหมายในการจัดระบบโครงสร้างกลไกการบริหารงานบุคคล ของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ศึกษากรณี สำนักงาน คณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน <i>จิรนนท์ เฟ่งพินิจ และสุธี อยู่สถาพร</i>	162

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย	189
<i>อัสลชี เสือวิจิตร และสุธี อยู่สถาพร</i>	
ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ	216
<i>ณัฐนันท์ แซ่งอั้น และสุธี อยู่สถาพร</i>	
การเสนอบทความเพื่อตีพิมพ์ในวารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์	235
หลักเกณฑ์การเสนอบทความเพื่อตีพิมพ์	235
การจัดเตรียมต้นฉบับเพื่อเสนอบทความ	235
ขั้นตอนการส่งบทความสำหรับผู้ประพันธ์	237
จริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ	238

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง Model Law on Administrative Contract

ศิริโรจน์ โรจน์วรพร, ตรีเพชร จิตรมहिมา

Siroj Rojvoraporn, Tripecth Jitmahuema

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม,

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

Faculty of Law, Sripatum University E-mail: sirioj_lawyer@hotmail.com,

Faculty of Law, Sripatum University E-mail: tripetch1919@gmail.com

รับบทความ (Received): 2 เม.ย. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 11 มิ.ย. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 27 มิ.ย. 2567

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ประเด็นสำคัญ คือ การพิจารณาว่า สัญญาลักษณะใดถือเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้นิยามเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยกำหนดลักษณะสัญญาทางปกครองอันถือเป็นลักษณะด้านเนื้อหาของสัญญาไว้สี่กรณี คือ (1) สัญญาสัมปทาน (2) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ (3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และ (4) สัญญาแสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะสัญญาทางปกครองที่ไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงสัญญาทั้งสี่กรณีตามคำนิยามเท่านั้น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ถือเป็นนิติวิธีในลักษณะเช่นเดียวกับแนวคิดของสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสที่มีพัฒนาการของกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญา

ทางปกครองโดยผ่านคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองของไทยยังมีปัญหาหลายประการ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ รวมถึงไม่มีการกำหนดเนื้อหา เงื่อนไข และลักษณะสัญญาทางปกครอง ไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดความสับสน และมักเกิดเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เนื่องจากประเทศไทยยึดถือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น การแก้ไขปัญหาก็เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถให้ความคุ้มครองและรักษาประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม

คำสำคัญ: กฎหมายต้นแบบ, สัญญาทางปกครอง, คดีพิพาท

Abstract

The Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999), Section 9, paragraph one (4), provides that the Administrative Court has the competence to try and adjudicate or issue orders in a case involving a dispute concerning administrative contracts. Therefore, the principal issue is to consider what type of administrative contract it is. Section 3 of the said Act determines the definition relating to administrative contracts by providing four types of administrative contracts, which are considered to be the nature of contract content: (1) concession contract; (2) contract providing public service; (3) contract for the construction of public works; and (4) contract for the exploitation of natural resources, in order to allow the Administrative Court to develop the criteria regarding administrative contract, which is not limited by these four characteristics of the administrative contract. The enactment of law in this manner is deemed to be a similar juristic method as the concept of administrative contract

according to French law, which has evolved through the judgment of the Supreme Administrative Court. Nonetheless, the administrative contract of Thailand has numerous issues due to the lack of certain legal provisions regarding the administrative contract under Thai law which fail to specify the rights and duties of state official, as well as the contents, the conditions and characteristics of the administrative contract, leading to confusion and often resulting in disputes regarding administrative contracts since Thai legal system adheres to civil law. Therefore, in order to address the said problem, there should be the legislation of law regarding administrative contracts, to provide legal protection and maintain the interests of the state and public effectively.

Keywords: Model law, Administrative Contract, Dispute Case

บทนำ

สัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) เป็นนิติกรรมทางปกครอง (Acte Administratif)¹ ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีความสำคัญและเป็นนิติกรรมซึ่งเริ่มต้นโดยการก่อให้เกิดสิทธิ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ โดยเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองอันเป็นหลักกฎหมายมหาชน (Principle of Public Law)²

¹นิติกรรมทางปกครอง (Acte Administratif) มีลักษณะเป็นนิติกรรม (Acte Juridique) ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีลักษณะทางกฎหมาย อันก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย ทั้งนี้ นิติกรรมทางปกครองโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกระทำการโดยองค์กรทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วองค์กรทางปกครองจะเป็นองค์กรของรัฐที่เรียกว่า หน่วยงานของรัฐ

²ในทางกฎหมายมหาชนฝ่ายปกครองต้องมีเครื่องมือในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎหมายหรือคำสั่งใช้บังคับเพื่อให้กิจกรรมทางปกครองสำเร็จบรรลุผล นอกจากอำนาจฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ได้แล้ว ฝ่ายปกครองยังอาจใช้วิธีการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่าง ฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนขึ้นโดยการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือมีระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน

ฝ่ายปกครอง (Administration)³ อาจสร้างนิติสัมพันธ์ ทางกฎหมายขึ้นโดยการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์ ซึ่งเป็นกระบวนการของสัญญาที่มีรูปแบบในการให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลือกทำสัญญา เพื่อก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (Renders et, 2000) หรือนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่ายซึ่งกระทำโดยการแสดงเจตนาผูกพันกันตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยเป็นไปในรูปของสัญญา ซึ่งดำเนินการโดยกระบวนการทางสัญญา (Renders, 2015) จึงต้องมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง (Civil Contract) อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองนั้น ตามกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงลักษณะของสัญญา การบริหารงานสัญญาอำนาจของฝ่ายปกครองในการดูแลสัญญาและการเลิกสัญญา จึงทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ หลายประการในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง กรณีดังกล่าวควรนำมาศึกษาและวิเคราะห์เพื่อจัดทำเป็นร่างกฎหมายที่อาจนำมาเป็นต้นแบบ (Model Law) เพื่อให้มีความชัดเจนและเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา รวมทั้งเป็นประโยชน์ต่อราชการและการบริหารงานแผ่นดิน ซึ่งจะได้ศึกษาประเด็นสำคัญในรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประเภทของสัญญามีหลายประเภทที่ทั้งส่วนที่เป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดา และส่วนที่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าในประเทศทำให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจในประเทศมีหลายรูปแบบ และเนื่องจากสังคมภายในประเทศมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐ (Public Sector) และภาคเอกชน (Private Sector) ซึ่งภาครัฐและภาคเอกชนจะมีส่วนร่วมกันที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999)) ตามบท

³ฝ่ายปกครอง (administration) ประกอบด้วยหน่วยงานของรัฐ (State Agencies) และเจ้าหน้าที่ของรัฐ (State Officials) หน้าที่ทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง คือ การดำเนินกิจการทางปกครอง เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ (Achievement) โดยการดำเนินการดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองต้องกระทำการทางปกครอง ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้เรียกว่า การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง

นิยามของสัญญาทางปกครองในมาตรา 3⁴ จะเห็นได้ว่ามีกำหนดตัวอย่างของลักษณะสัญญาทางปกครองไว้สี่กรณี คือ (1) สัญญาสัมปทาน (2) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ (3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และ (4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ บทบัญญัติมาตรา 3 เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองอย่างกว้าง เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะสัญญาทางปกครองที่ไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงสัญญาทั้งสี่กรณีเท่านั้น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ถือเป็นนิติวิธี (Méthode Juridique) ในลักษณะเช่นเดียวกับแนวคิดของสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส (Conception du Contrat Administratif en Droit Français) ซึ่งมีพัฒนาการของกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยผ่านคำวินิจฉัยของศาล (พัชมา จิตรมัทธมา, 2565) จึงเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งหรือในทางวิชาการเรียกว่า “สัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือสัญญาทางปกครองตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” ซึ่งทำให้ศาลปกครองหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ต้องกำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาสัญญาทางปกครองโดยสภาพดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของกฎหมาย จากคำวินิจฉัยดังกล่าวตามแนวทางของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล แต่เนื่องจากระบบกฎหมายของไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงไม่อาจทำให้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สอดคล้องกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ด้วยความเป็นมาของปัญหาสัญญาทางปกครองดังกล่าว จากการที่ยังไม่มีบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในการบริหารงานสัญญา การกำหนดอำนาจของฝ่ายปกครองในการทำหรือดูแลสัญญา

⁴มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

๓๑๓

๓๑๓

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

๓๑๓

๓๑๓

และการเลิกสัญญาเป็นการเฉพาะ จึงทำให้ไม่มีกระบวนการหรือกฎเกณฑ์เฉพาะที่จะนำมาใช้บังคับได้

นอกจากลักษณะสัญญาทางปกครองตามบทนิยามใน มาตรา 3 แล้ว ในทางความเป็นจริงนั้น สัญญาทางปกครองยังมีอีกหลายลักษณะที่นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในบทนิยามดังกล่าว ดังนั้น การพิจารณาลักษณะสัญญาทางปกครองที่อาศัยเพียงบทนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ที่มีการกำหนดเพียงสัญญาทั้งสี่กรณีดังกล่าว จึงไม่เพียงพอ และหากพิจารณาเปรียบเทียบกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Civil and Commercial Code) บรรพ 3 (Book III) เอกเทศสัญญา (Specific Contracts) แล้วจะเห็นได้ว่า มีการบัญญัติลักษณะสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน โดยมี 23 ลักษณะ⁵ ซึ่งมีการบัญญัติเนื้อหา เงื่อนไข และลักษณะสัญญาต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจนแต่สัญญาทางปกครองยังไม่มีบทบัญญัติหรือมีกฎหมายใดที่มีการจัดแบ่งโดยแยกลักษณะสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจนอย่างสัญญาทางแพ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงทำให้เกิดการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับลักษณะสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมขึ้นมา ด้วยความเป็นมาของปัญหาสัญญาทางปกครองดังกล่าวจากการที่ยังไม่มีบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ดังนั้น การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในการบริหารงานสัญญา การกำหนดอำนาจของฝ่ายปกครองในการทำหรือดูแลสัญญา และกำหนดการเลิกสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ จึงอาจทำให้มีกระบวนการหรือกฎเกณฑ์เฉพาะที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้อย่างเป็นรูปธรรมได้ จากปัญหาดังกล่าวอันเป็นเหตุเนื่องจากไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ และอำนาจของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ที่อาจเป็นภาคเอกชน รวมถึงการกำหนดเนื้อหา เงื่อนไข และลักษณะสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดความสับสนและมักเกิดเป็นคดีพิพาท

⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญากำหนดลักษณะของสัญญาไว้ 23 ลักษณะ ตั้งแต่มาตรา 453 ถึง มาตรา 1297 โดยลักษณะ 23 สมาคม ตั้งแต่มาตรา 1274 ถึงมาตรา 1297 ได้ยกเลิกไปแล้ว

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (Dispute Case Relating to the Administrative Contract) การแก้ไขปัญหเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงควรที่จะมีการบัญญัติหรือมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้น เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม

ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทยเริ่มมีมากขึ้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐ (Public Sector) ทำให้ต้องรับภาระในการชดเช้ค่าเสียหายตามสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นภาคเอกชน (Private Sector) เป็นเงินจำนวนมาก เหตุเนื่องจากไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นภาคเอกชน จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและมักเกิดเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ศาลปกครองได้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จนมีการวางหลักเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้พอสมควรแล้ว การแก้ไขปัญหเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมาย จึงเห็นว่าถึงเวลาแล้วที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเพื่อให้เกิดความชัดเจน อันจะเป็นการลดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยได้ชี้ให้เห็นถึงประโยชน์ของการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมทั้งเสนอกรอบโครงสร้างของกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม ตลอดจนเป็นการเพิ่มหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผ่านกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดการพัฒนากฎหมายให้ดีและให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

วัตถุประสงค์การวิจัย

การศึกษาวิจัยประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งพิเคราะห์การกำหนดลักษณะสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุดนี้มีวัตถุประสงค์แห่งการศึกษาวิจัย ดังนี้

1. ศึกษาและวิจัยหลักการ หลักกฎหมาย แนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
2. ค้นหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี
3. ศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและแนวบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย
4. วิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้าง รวมถึงรายละเอียดต่าง ๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การทบทวนวรรณกรรม

ศาลปกครองสูงสุด (the Supreme Administrative Court) ในประเทศไทย ได้ให้ความหมายของหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับข้อกำหนดของสัญญาทางปกครอง ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์เพื่อเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Privilege of the Administration) เพื่อพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง และประเด็นปัญหาในเรื่องประเภทของสัญญาทางปกครอง รวมถึงการกำหนดเนื้อหาในสัญญา เงื่อนไข การยกเลิกสัญญา สาระสำคัญแห่งสัญญา สถานภาพของคู่สัญญาหรือสถานะของหน่วยงานทางปกครองหรือรัฐ ตลอดจนหน้าที่ของหน่วยงานที่กำกับดูแลสัญญาทางปกครอง เพื่อป้องกันความเสียหายต่อภาครัฐและคุ้มครองผู้เสียหายจากปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครอง ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีพิพาทสัญญาทางปกครองสามารถอำนวยความสะดวก คู่ครอง และเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเป็นธรรมและรวดเร็ว โดยการศึกษาวิจัยนี้จะนำคำตอบที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวไปจัดทำเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อให้มีร่างกฎหมายที่เป็นต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

ภาพที่ 1

กรอบแนวคิดการวิจัย

ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

- (1) ปัญหาและผลกระทบของบทบัญญัติกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองยังมีความไม่ชัดเจน
- (2) บรรทัดฐานแห่งคำพิพากษายังไม่มีบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร
- (3) ไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นภาคเอกชน จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจน
- (4) การไม่มีรูปแบบ โครงสร้าง หรือหน่วยงานกำกับดูแล เพื่อให้อำนาจหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายในการบริหารจัดการสัญญาทางปกครอง
- (5) ไม่มีการกำหนดเอกลักษณ์ของสัญญาทางปกครอง โดยกำหนดหลักกฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง การบริหารสัญญาทางปกครอง และการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพื่อให้มีร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

นิยามของสัญญาทางปกครองมีเพียงที่กำหนดโดยกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ประกอบกับการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ และอำนาจของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง จึงต้องมีการนำคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองต่าง ๆ โดยกำหนดให้มีหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถบริหารสัญญาทางปกครองได้ โดยเหตุผลดังกล่าว จึงควรมีร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสามารถกำหนดแนวทางในการป้องกันการทุจริต การจัดการ และการบริหารสัญญาทางปกครองให้มีประสิทธิภาพ โดยนำคำวินิจฉัยของศาลปกครองมากำหนดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้สัญญาทางปกครองมีความชัดเจนยิ่งขึ้น

ทฤษฎี แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน ทฤษฎีว่าด้วยการใช้อำนาจของผู้ปกครอง ทฤษฎีความสมดุลทางการเงินของสัญญาทางปกครอง แนวความคิดว่าด้วยประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ แนวความคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แนวความคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แนวความคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในสหราชอาณาจักร แนวความคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา แนวความคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หลักการบริหารสาธารณะ หลักเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครอง หลักความไม่มีส่วนได้เสียในการเข้าทำสัญญา

กฎหมายไทย

- (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ
- (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
- (3) แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2566-2570)
- (4) ประกาศพระราชโองการให้ใช้ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ. 2561-2580)
- (5) พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารงานพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

กฎหมายต่างประเทศ

สัญญาทางปกครองในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

- (1) กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส
- (2) กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สัญญาทางปกครองในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี

- (1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสหราชอาณาจักร
- (2) หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา

วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องสัญญาทางปกครองเพื่อให้มีกฎหมายต้นแบบว่าด้วยกฎหมายสัญญาทางปกครอง ได้กำหนดวิธีวิทยาการวิจัย เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ประกอบด้วย

1. การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) การวิจัยนี้จะใช้ข้อมูลซึ่งรวบรวมได้จากการค้นคว้าเอกสารในรูปแบบต่าง ๆ ที่เป็นทฤษฎี แนวคิด และหลักการของกฎหมาย ทั้งกฎหมายไทยและต่างประเทศ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยข้อมูลที่ได้มานั้นจะนำมาใช้ในการวิเคราะห์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

2. การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) เป็นการรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์แบบเจาะจงรายบุคคล โดยการสนทนาอย่างละเอียดและครอบคลุมกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เป้าหมายของการสัมภาษณ์เชิงลึก คือ การทำความเข้าใจประสบการณ์ การรับรู้ ความคิด และความรู้สึกของผู้เข้าร่วมในหัวข้อหรือประเด็นเฉพาะ โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอย่างละเอียดจากการสอบถามเจาะลึกในประเด็นสัมภาษณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลจากประสบการณ์ในการปฏิบัติงานของผู้รับการสัมภาษณ์ที่มีประสบการณ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรง ประกอบด้วย ตุลาการศาลปกครอง อัยการ เจ้าพนักงานคดีปกครอง คณะกรรมการทฤษฎีการ นิติกร ข้าราชการส่วนราชการ ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น รวมทั้งหน่วยงานของรัฐ นักวิชาการ ทนายความ ประชาชนผู้ซึ่งเป็นผู้มีส่วนร่วม โดยข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึกเป็นข้อมูลที่จำเป็นต่อการนำไปวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาสัญญาทางปกครอง

3. การสนทนากลุ่ม (Focus Group) การวิจัยนี้จะนำเอาวิธีการการสนทนากลุ่มมาใช้ โดยเหตุที่การจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองควรนำข้อคิดเห็นที่ได้จากบุคคลหลายคนที่มีแนวคิดแตกต่างกัน เพื่อนำมาประยุกต์ใช้ในการร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองให้เกิดความเห็นที่มีแนวคิดต่าง ๆ เนื่องจากวิธีการนี้เกิดจากแนวคิดที่มุ่งประสงค์จะให้มีการแสดงความคิดเห็นในเรื่องสัญญาทางปกครองอันมีมุมมองที่หลากหลายทัศนคติ จึงสมควรที่จะให้ผู้มีส่วนหรือมีความสนใจเกี่ยวกับสัญญา

ทางปกครองมาระดมความคิดเห็นในการแก้ไขปัญหาของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนให้ความเห็นถึงผลกระทบจากรูปแบบที่จะกำหนดขึ้นในร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง เพื่อให้ได้รูปแบบของร่างกฎหมายที่เหมาะสมและถูกต้องยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็น ด้านการเสนององค์หรืออำนาจหน้าที่ หรือการให้บริการ หรือจัดทำสัญญาทางปกครอง โดยสามารถตอบสนองความต้องการของผู้ที่เกี่ยวข้องและนำไปใช้ได้อย่างแท้จริง สิ่งที่จะได้รับการสนทนากลุ่มนี้ จะช่วยให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะอันเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ผู้เข้าร่วมสนทนากลุ่มจึงประกอบด้วย เจ้าพนักงานคดีปกครอง จำนวน 3 คน นายความ จำนวน 3 คน นักวิชาการ จำนวน 3 คน ประชาชน ผู้ซึ่งเป็นผู้มีส่วนร่วม จำนวน 3 คน การที่ผู้เข้าร่วมสนทนาเป็นผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีประสบการณ์ที่จะเข้ามาให้ความรู้ ระดมสมอง และสร้างความคิดร่วมกับผู้วิจัย ทำให้การสนทนากลุ่มมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

เพื่อให้ได้ข้อมูลสำหรับการวิเคราะห์ปัญหาของสัญญาทางปกครอง หลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อนำมาพิจารณาประเภทของสัญญาทางปกครอง การกำหนดเนื้อหาของสัญญา เงื่อนไขในการยกเลิกสัญญา สาระสำคัญของสัญญา โดยเมื่อได้คำตอบจากผลของการวิเคราะห์ข้อมูลตามวิธีวิทยาการวิจัยที่กำหนดไว้จะนำไปปรับปรุงแก้ไขประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดจากสัญญาทางปกครองเพื่อให้ได้เป็นคำตอบของการวิจัยที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผลการวิจัย

จากการศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหารวมทั้งทฤษฎี แนวคิด และหลักการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ประกอบกับแนวคิดสัญญาทางปกครอง ในด้านหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ รวมทั้งแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ ทั้งในส่วนของสัญญาทางปกครองของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Written Law) และใน ส่วนสัญญาทางปกครองของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Custom Law)

เพื่อนำมาวิเคราะห์ให้ได้ความหมายของหลักเกณฑ์ข้อกำหนดของสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาของทางราชการที่เป็นสัญญาทางปกครอง วัตถุประสงค์เพื่อเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ และลักษณะพิเศษที่แสดงถึงสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อนำมาพิจารณาความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง และประเด็นปัญหาในเรื่องประเภทของสัญญาทางปกครองการกำหนดเนื้อหาในสัญญา เงื่อนไขในการยกเลิกสัญญา สาเหตุสำคัญแห่งสัญญา สภาพบุคคลหรือสถานะของหน่วยงานทางปกครองหรือรัฐ ตลอดจนหน่วยงานที่กำกับดูแลสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อร่างกฎหมายสัญญาทางปกครองที่สามารถป้องกันการทุจริตและความเสียหายต่อภาครัฐและคุ้มครองผู้เสียหายจากปัญหาสัญญาทางปกครอง ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีพิพาทสัญญาทางปกครองสามารถอำนวยความสะดวก คุ้มครองและเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเป็นธรรมและรวดเร็ว ซึ่งมีประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณา ดังนี้

1. เปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างของกฎหมายสัญญาทางปกครองระหว่างกฎหมายต่างประเทศ ที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณี จากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในต่างประเทศและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย สามารถสรุปรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

1.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองการแบ่งแยกลักษณะสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาแพ่งทั่วไป

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป สัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เกิดขึ้นจากกฎหมายบัญญัติ ได้แก่ ประมวลกฎหมายการพัสดุฝรั่งเศส (Code des Marchés Publics) และหลักที่ศาลได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาที่เป็นกฎหมายบัญญัติ เช่น สัญญาพัสดุ ส่วนสัญญาที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) เช่น สัญญามอบหมายให้เอกชน

ดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปการและดำเนินการหาประโยชน์จากการก่อสร้าง สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาจ้างหรือสรรหาเจ้าหน้าที่ของรัฐ สัญญาที่มีลักษณะพิเศษ สัญญาทางเศรษฐกิจของภาครัฐ นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสยังได้กำหนดแนวทางที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครองอีกด้วย เมื่อเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองจะเลือกทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ได้ เพราะกฎหมายฝรั่งเศสจะกำหนดให้สัญญาที่มีลักษณะเช่นใดต้องทำเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาใดต้องจัดทำเป็นสัญญาทางแพ่งโดยเฉพาะ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) การดำเนินการเรื่องสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจะเป็นไปตามระบบกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2519 หรือ Verwaltungsverfahrgesetz 1976 (VwVfG) ซึ่งมีสาระสำคัญในการบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำสัญญาทางปกครอง โดยเริ่มตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญาจนกระทั่งการสิ้นสุดของสัญญา สัญญาทางปกครองเยอรมันโดยส่วนใหญ่ใช้หลักกฎหมายตามหลักสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป โดยให้สัญญาทางปกครองต้องดำเนินการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร หากบัญญัติของกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

สหราชอาณาจักร (United Kingdom) ไม่มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป (ณรงค์เดช สรุโฆษิ, 2553) เนื่องจากในระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นหลักการทั่วไป (General Principle) คือ กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่งธรรมดาทั่วไปได้นำมาปรับใช้กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครอง และไม่ปรากฏรูปแบบของสัญญาทางปกครองที่กำหนดโดยกฎหมาย (Paul Craig, 2010) แต่อาจมีการจัดทำสัญญาโดยภาครัฐซึ่งถือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง

สหรัฐอเมริกา (United States of America) โดยทั่วไปแล้ว ไม่มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง แต่มีการกำหนดเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งถือเป็นสัญญาของรัฐบาลกลาง หรือสัญญาของแต่ละรัฐ หรือสัญญาของ

องค์กรส่วนท้องถิ่น เช่น ประมวลระเบียบข้อบังคับของรัฐบาลกลาง (Code of Federal Regulations: C.F.R.) เป็นกฎหมายลำดับรองที่บัญญัติรายละเอียดต่าง ๆ ของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลกลาง โดยมีระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง (The Federal Acquisition Regulation: FAR) ซึ่งได้มีการแยกบัญญัติไว้ต่างหากในหมวด 48 ของประมวลระเบียบข้อบังคับดังกล่าว ระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างจะเป็นระเบียบที่กำหนดแนวทางและวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐบาลกลางในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระดับรัฐบาลกลาง โดยเฉพาะ ซึ่งครอบคลุมถึงสัญญาเกือบทุกประเภท เป็นต้น สัญญาของฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาจะแบ่งออกเป็นสามรูปแบบหลัก (Advice and Counsel Incorporated, 2001) ได้แก่ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ สัญญาการอนุญาตหรือการให้สัมปทาน และสัญญาการร่วมทุนหรือเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ

สำหรับประเทศไทยนั้น มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน โดยสัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นจากกฎหมายบัญญัติ เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาพัสดุ หรือสัญญาทางปกครองอาจเกิดจากหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ ซึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเพียงกำหนดนิยามคำว่าสัญญาทางปกครองคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

1.2 คู่สัญญา ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การกำหนดสภาพบุคคลที่เป็นรัฐหรือหน่วยงานรัฐแยกต่างหากจากสภาพบุคคลที่เป็นหน่วยงานทางเอกชนโดยทั่วไป และการกำหนดสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกลิทธิของฝ่ายปกครอง

สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ความผูกพันตามสัญญาทางปกครองการปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ในกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหลักกฎหมายแพ่งที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญามาใช้กับกรณีนี้ได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาต่อไป ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะมีความผิดหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิร้องขอ

ต่อศาล เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิดของฝ่ายปกครองในกรณีไม่ร้ายแรง หากเป็นกรณีร้ายแรงอาจจะขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกสัญญาเท่านั้น เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่จะใช้มาตรการได้อย่างเต็มที่ แม้ไม่มีข้อกำหนดในสัญญากำหนดไว้ก็ตาม การใช้สิทธิหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียว ของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลให้พิสูจน์ความผิดเสียก่อน เพียงแต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเตือนฝ่ายเอกชนให้ทราบก่อนเท่านั้น ดังนั้น ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองกลับปรากฏว่ามีการใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยการออกคำสั่งทางปกครองและสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ที่จะบังคับให้ดำเนินการไปก่อน อันเป็นลักษณะสำคัญของการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองยังสามารถแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขให้ภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีมากขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองการเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถึงแม้ข้อกำหนดจะไม่กำหนดไว้ การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดให้บุคคลธรรมดา (Natürliche Person) นิติบุคคล (Juristische Person) คณะบุคคล (Gruppe Von Leuten) และเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Staatsbeamter) เท่านั้นที่จะมีสิทธิในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง โดยบุคคลที่จะเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรมในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายถึง ความสามารถในการแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาทางปกครอง โดยกฎหมายกำหนดให้นำเรื่องผู้ทำการแทนกับตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับในการทำสัญญาทางปกครอง รวมถึงการก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไข ขอบเขต การตกลงทำสัญญา การเลือกคู่สัญญา รูปแบบของสัญญา การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญา การกระทำในรูปแบบสัญญาทางปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมาย หรือไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ การทำสัญญาทางปกครองไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจในการทำสัญญาดังกล่าว ส่วนสัญญาทางปกครองที่กระทำแทนคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่อื่นได้เข้ามามีส่วนร่วมตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยมีการกำหนดการสิ้นสุดของ

สัญญาทางปกครอง การทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามสัญญา การหักลบกลบหนี้ ยกหนี้ และการยกเลิกสัญญา ซึ่งสัญญาทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันจะเหมือนกับสัญญาทางแพ่ง นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดเรื่องการขอลอนตัวจากสัญญา และการปรับเปลี่ยนสัญญา

สหราชอาณาจักร ในระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ผลบังคับให้ใช้ตามลักษณะของกฎหมายว่าด้วยสัญญาในทางแพ่งทั่วไป แต่สัญญาของฝ่ายปกครองได้กลายมาเป็นกลไกส่วนหนึ่งที่สำคัญของบริการสาธารณะต่าง ๆ เช่น การให้บริการสาธารณสุขแห่งชาติ การให้บริการทางด้านสังคมและการศึกษา และการบริหารจัดการสถานักกัน ภายใต้นโยบายของการกระจายอำนาจและการให้เอกชน (Private Sector) เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ นิติวิธี และวิธีการในการบริหารจัดการ โดยการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือตามกฎหมายอังกฤษเริ่มมีการนำมาใช้อย่างแพร่หลาย จนมีการกล่าวว่สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือของการปฏิรูป

สหรัฐอเมริกา นิติสัมพันธ์ทางด้านสัญญาระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนคู่สัญญาจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการพิเศษที่แตกต่างจากหลักนิติกรรมทั่วไป กล่าวคือ สัญญาระหว่างเอกชนสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญา การเข้าทำสัญญาในนามหน่วยงานของรัฐไม่สามารถกระทำได้โดยเพียงลำพัง การเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่จะต้องได้รับการมอบอำนาจให้เป็นเจ้าหน้าที่สัญญา ซึ่งในการแต่งตั้งมอบหมายให้เป็นเจ้าหน้าที่สัญญาจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF 1402 ที่เรียกว่า หนังสือรับรองการแต่งตั้ง ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ โดยอาศัยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (Compensation) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Private Party) การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง (Administrative Party) ยังเป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐานที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ ข้อกำหนดพิเศษต่าง ๆ ที่แสดงเอกลักษณ์และอำนาจเหนือกว่าฝ่ายเอกชนจะปรากฏอยู่ในระเบียบว่าด้วย

การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลาง และฝ่ายปกครองยังจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบและข้อบังคับว่าด้วยการเข้าทำสัญญาด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองสามารถใช้ได้อย่างเต็มที่ แม้ไม่มีข้อกำหนดในสัญญากำหนดไว้ก็ตาม แต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม การใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้เป็นการตัดสินใจแต่เพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

1.3 การบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครอง และการดำเนินคดีในศาล

สาธารณรัฐฝรั่งเศส ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองที่เข้าทำสัญญาถูกควบคุมโดยฝ่ายปกครองอื่นที่มีอำนาจตามกฎหมาย การจัดทำสัญญาทางปกครองต้องเป็นการดำเนินการที่สามารถตรวจสอบได้ โดยมีหลักเกณฑ์ การเข้าถึงข้อมูล และวิธีปฏิบัติที่เปิดเผยได้ เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครอง โดยต้องเลือกคู่สัญญาตามที่กฎหมายกำหนด และใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้การไกล่เกลี่ยตามที่กฎหมายกำหนดนี้มีผลผูกพันคู่กรณี กฎหมายฝรั่งเศสจึงกำหนดให้อำนาจศาลปกครองวินิจฉัยการไกล่เกลี่ยของคู่กรณี และมีอำนาจสั่งให้มีผลบังคับตามข้อตกลงของการไกล่เกลี่ยนั้นได้ (พัชมา จิตรมหีมา, 2560) ซึ่งจะต้องดำเนินคดีในศาลปกครอง (Juridictions Administratives)

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองตามหลักความมาก่อนของกฎหมายได้แสดงถึงความเกี่ยวพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่มีอยู่ ตามหลักดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ได้หากปราศจากกฎหมาย หลักความมาก่อนของกฎหมายนี้ใช้บังคับแบบไม่มีข้อจำกัด และใช้บังคับสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหมด ด้วยเหตุนี้ จึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย จากหลักดังกล่าวเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครอง คือ การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น การตรวจสอบและป้องกันการทุจริต และหลักที่ว่าสัญญาทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ เจ้าหน้าที่

ของรัฐผู้ตกลงทำสัญญาทางปกครองต้องมีอำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง และเมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการที่กำหนดไว้ โดยสัญญาทางปกครองนั้นได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดที่มีอำนาจในทางเนื้อหาหรือมีอำนาจในการดำเนินการนั้นย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ในระบบกฎหมายเยอรมัน การใกล้เคียงข้อพิพาทจะมีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดเรื่องการใกล้เคียงข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน และต้องดำเนินคดีที่ศาลปกครอง (ณัฐพล สกุลเมฆา, 2561)

สหราชอาณาจักร จะมีการใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law System) กับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองมีกฎเกณฑ์พิเศษ บางอย่างที่เฉพาะกับสัญญาที่สร้างขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นเพียงแนวปฏิบัติจากกระทรวงการคลัง หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครอง การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องปฏิบัติ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการต่าง ๆ ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการต่าง ๆ ในการเข้าทำสัญญาแทนหรือในนามของฝ่ายปกครอง การใกล้เคียงข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองจะดำเนินคดีที่ศาลยุติธรรม (สรวิศ ลิ้มปรงชี, 2550)

สหรัฐอเมริกา ไม่มีการปรับใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีกับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด แต่มีการใช้กฎหมายเฉพาะมาควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่น เรื่องการเข้าทำสัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องทำตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครองข้อตกลงมาตรฐานใดซึ่งจะต้องกำหนดไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครอง แต่เจ้าหน้าที่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดจะต้องถือเสมือนหนึ่งว่า ข้อกำหนดต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นได้กำหนดไว้ในสัญญา หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นได้มีการตราเป็นระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลาง เพื่อให้มีรูปแบบเดียวกันสำหรับสัญญาของฝ่ายปกครอง และสามารถที่จะนำไปปรับใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างโดยหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ การตรวจสอบและป้องกันการทุจริตเอกชนที่พบเห็นการกระทำความผิดนั้น มีกฎหมายกำหนดให้สามารถฟ้องร้องเรียกเงินค่าเสียหายจากเอกชนคู่สัญญาที่กระทำการดังกล่าว

นั้นได้ในนามของรัฐบาล การใกล้เคียงข้อพิพาทจะมีการใกล้เคียงโดยศาลยุติธรรมและดำเนินคดีที่ศาลยุติธรรม

สำหรับประเทศไทยนั้น มีระเบียบจากกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติให้มีการตรวจสอบและป้องกันการทุจริต ก่อนการทำสัญญาทางปกครอง การดำเนินคดีและการใกล้เคียงสามารถดำเนินการได้ที่ศาลปกครองและสามารถดำเนินการโดยใช้อำนาจศาลปกครอง (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2564) และต้องดำเนินคดีที่ศาลปกครอง

2. เปรียบเทียบสัญญาแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับหลักของสัญญาทางปกครอง

2.1 การกำหนดสภาพบุคคลในการทำสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเกี่ยวกับบุคคลและนิติบุคคลทั่วไป ส่วนในกรณีของกฎหมายปกครองแม้จะใช้เรื่องหลักการกำหนดสภาพบุคคลในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไป แต่ในสัญญาทางปกครองนั้น กฎหมายปกครองกำหนดให้ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

2.2 ความสามารถของบุคคลในการเข้าทำสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการจำกัดความสามารถของบุคคลในการเข้าทำสัญญาตาม มาตรา 153 ส่วนในกฎหมายปกครองจะใช้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบการพิจารณาสัญญาทางปกครอง โดยมีอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกำหนดเพิ่มเติมตามบรรทัดฐานของคำวินิจฉัย

2.3 ประเภทสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดประเภทของสัญญา เป็นสัญญาที่มีชื่อกับสัญญาที่ไม่มีชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยสัญญาที่มีชื่อจะบัญญัติไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ส่วนในกฎหมายปกครองจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามบทนิยามในมาตรา 3

2.4 วัตถุประสงค์ของสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประโยชน์หรือความประสงค์ที่คู่กรณีหรือคู่สัญญาตามหลักนิติกรรมหรือสัญญานั้น ประสงค์จะเข้าทำสัญญานั้น หมายถึงจุดมุ่งหมายหรือประโยชน์ที่มุ่งหวังจากการทำสัญญา โดยทั่วไปแล้วจะเป็นการเฉพาะตัว ส่วนในกฎหมายปกครองประโยชน์หรือความประสงค์ที่คู่กรณีหรือคู่สัญญาของนิติกรรมหรือสัญญาประสงค์จะเข้าทำสัญญาจะมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือการบริการสาธารณะ

2.5 ศาลยุติธรรมได้วางหลักประเภทของสัญญาเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีการเพิ่มเติมประเภทของสัญญาหรือวางหลักเพิ่มเติม นอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากกรณีมีสัญญาที่นอกเหนือจากที่ได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้เป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ เพื่อเพิ่มเติมจากสัญญาที่มีชื่อแล้ว ส่วนในกฎหมายปกครองหากกรณีที่มีสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมนอกเหนือจากสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะมีการขยายความหรือเพิ่มเติมสัญญาทางปกครองที่ได้มีการให้คำนิยามไว้ในมาตรา 3 โดยเพิ่มเติมเป็นสัญญาทางปกครองที่เรียกว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

2.6 รูปแบบของสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดอย่างชัดเจนว่าสัญญาประเภทใดต้องมีหลักฐานทำเป็นหนังสือ และมีการบัญญัติรายละเอียดอย่างชัดเจนว่าต้องประกอบด้วยรายละเอียดหรือรายการใดบ้าง ส่วนในกฎหมายปกครองมีการกำหนดรูปแบบตามแบบของแต่ละหน่วยงานของรัฐ ซึ่งไม่มีการกำหนดเป็นลักษณะที่ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเสมือนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับการใช้งานในแต่ละหน่วยงานของรัฐหรือเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบและคู่มือปฏิบัติงานของแต่ละหน่วยงาน

2.7 การกำหนดรายละเอียด วัตถุประสงค์ในสาระสำคัญแห่งสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น มาตรา 867 มีการกำหนดรายละเอียดวัตถุประสงค์ในสัญญาประกันภัย โดยบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจน โดยต้องประกอบด้วย

- (1) วัตถุประสงค์เอาประกันภัย
- (2) ภัยใดซึ่งผู้รับประกันภัยรับเสี่ยง
- (3) ราคาแห่งมูลประกันภัย ถ้าหากได้กำหนดกันไว้
- (4) จำนวนเงินซึ่งเอาประกันภัย
- (5) จำนวนเบี้ยประกันภัย และวิธีส่งเบี้ยประกันภัย
- (6) ถ้าหากสัญญาประกันภัยมีกำหนดเวลา ต้องลงเวลาเริ่มต้นและเวลาสิ้นสุดไว้ด้วย
- (7) ชื่อหรือยี่ห้อของผู้รับประกันภัย
- (8) ชื่อหรือยี่ห้อของผู้เอาประกันภัย
- (9) ชื่อของผู้รับประกันภัย ถ้าจะพึงมี
- (10) วันทำสัญญาประกันภัย
- (11) สถานที่และวันที่ได้ทำกรรมธรรม์ประกันภัย

ในส่วนของสัญญาทางปกครองยังไม่มีการบัญญัติชัดเจนโดยแบ่งแยกประเภทของสัญญาทางปกครองให้มีความแตกต่างเหมือนในสัญญาทางแพ่ง

2.8 การกำหนดของกฎหมายในความสมบูรณ์ของสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาที่กฎหมายกำหนดต้องทำเป็นหนังสือ หากไม่ปฏิบัติตาม อาจทำให้มีผลตามกฎหมาย ดังนี้

(1) โฆษกรรม คือ ความเสียเปล่า ไม่เกิดผลทางกฎหมาย ไม่ทำให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิแต่อย่างใด สิทธิและหน้าที่อย่างใด ๆ คงเป็นหรือมีอยู่เช่นเดียวกับในขณะที่ยังไม่มีการทำนิติกรรมนั้น

(2) การเช่าทรัพย์ การเช่าอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามีกำหนดไม่เกิน 3 ปี ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ มิฉะนั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(3) การเช่าซื้อ เป็นสัญญาซึ่งเจ้าของจะเอาทรัพย์สินออกให้เช่า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือจะให้ทรัพย์สินนั้นตกแก่ผู้เช่าโดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนตามที่ตกลงกัน หากไม่ทำเป็นหนังสือจะตกเป็นโมฆะ

(4) การกู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท ขึ้นไป ถ้าไม่มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืม จะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(5) การค้าประกัน คือ สัญญาบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ค้าประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้นั้นไม่ชำระหนี้ หากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้าประกันจะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(6) การตั้งตัวแทน เพื่อเรียกบุคคลหนึ่งว่า ตัวแทน ซึ่งมีอำนาจแทนบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ตัวการ กฎหมายกำหนดว่ากิจการใดที่กฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้น ต้องทำเป็นหนังสือด้วย

(7) สัญญาประกันภัย จะต้องทำสัญญาโดยมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อของตัวแทนฝ่ายนั้น มิฉะนั้น จะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(8) การประนีประนอมยอมความ สัญญาประนีประนอมยอมความจะต้องทำสัญญาโดยมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้น มิฉะนั้น จะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้

(9) การโอนหุ้นในบริษัทจำกัด โดยเฉพาะการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในหุ้น จะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้โอนกับผู้รับโอน โดยมีพยานอย่างน้อยหนึ่งคนลงชื่อรับรองลายมือชื่อนั้นด้วย มิฉะนั้น สัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

(10) การโอนหุ้น จะนำมาใช้แก่บริษัทหรือบุคคลภายนอกไม่ได้ จนกว่าจะได้จดทะเบียน การโอนทั้งชื่อและสำนักของผู้รับโอนนั้นลงในทะเบียนผู้ถือหุ้น

(11) การโอนสิทธิเรียกร้องมีลักษณะเช่นเดียวกับการโอนทรัพย์สินทั่วไป ซึ่งกระทำได้โดยนิติกรรมสัญญาแสดงเจตนาโอนสิทธิระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอน เพื่อประโยชน์ตอบแทนหรือยกให้โดยเสนหากก็ได้ ดังนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับความสามารถ การแสดงเจตนา และวัตถุประสงค์ เช่นเดียวกับการทำนิติกรรมสัญญาด้วย สำหรับสิทธิเรียกร้องนั้นย่อมโอนให้กันได้ ไม่ว่าสิทธิเรียกร้องนั้นจะเป็นสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ ซึ่งเป็นเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

(12) การโอนหนี้ที่จะพึงชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ต้องทำเป็นหนังสือ จึงจะถือว่าสมบูรณ์ การโอนหนี้จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ยินยอมด้วยในการโอนหนี้ขึ้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ต้องทำเป็นหนังสือ ข้อสำคัญ

เกี่ยวกับการโอนระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอน การที่จะยกการโอนนั้น ขึ้นอยู่กับลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอก

(13) การโอนหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอน การโอนหนี้อันพึงต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น จะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้ ผู้โอนกับผู้รับโอน เพราะเป็นสัญญาระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเฉพาะ

(14) การโอนอันเกี่ยวกับลูกหนี้และบุคคลภายนอก แม้การโอนสิทธิเรียกร้องจะได้ทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนแล้วก็ตาม ผู้โอนหรือผู้รับโอนก็ยังไม่อาจยกเอาการโอนนั้นขึ้นยันกับลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ จนกว่าจะได้บอกกล่าวการโอนนั้นไปยังลูกหนี้เป็นหนังสือ หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น โดยได้ทำเป็นหนังสือแล้ว

ส่วนในสัญญาทางปกครองยังไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนให้ต้องมีการบังคับให้ทำสัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ แต่ในทางปฏิบัติ สัญญาทางปกครองควรดำเนินการทำเป็นหนังสือ ยกเว้นบางหน่วยงานและยกเว้นสัญญาบางประเภทที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ

2.9 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ส่วนในกฎหมายปกครองต้องเป็นไปตามหลักการต่อเนื่องของสัญญาในการบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงการบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ

2.10 ความเสมอภาคของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่สัญญาจะต้องมีความเสมอภาคในการทำสัญญาและให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา กระทำการ ดังนี้

- (1) มีการแสดงเจตนา
- (2) การกระทำด้วยความสมัครใจ
- (3) การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนในกฎหมายปกครองรัฐมีเอกลิทธิหรือสิทธิพิเศษในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขในสัญญาได้

2.11 หน่วยงานกำกับดูแล สัญญาทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น บางกรณีจะมีหน่วยงานรัฐที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแล

ภาคเอกชน จึงมีหน่วยงานกำกับดูแลโดยเฉพาะเรื่อง เช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยกำกับดูแลและควบคุมเรื่องสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประกันภัย สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค กำกับดูแลและควบคุมเรื่องสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภคโดยทั่วไป เช่น สัญญาเช่าซื้อ ส่วนคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จะกำกับดูแลและควบคุมสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์ เช่น สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ส่วนในกฎหมายปกครองนั้น เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงมีหน่วยงานกำกับดูแลภายในเฉพาะหน่วยงานของรัฐนั้น โดยหน่วยงานของรัฐจะมีความเชี่ยวชาญและความชำนาญในการดำเนินการเฉพาะเรื่องที่แตกต่างกัน เช่น สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) กำกับดูแลควบคุมเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือกำหนดคู่มือในการปฏิบัติงานในการบริหารสัญญาของภายในหน่วยงานของรัฐ เช่น กองบริหารการคลัง สำนักงานปลัดกระทรวงคมนาคม ในกรณีเกี่ยวกับการจัดการเรื่องสัญญาภายในหน่วยงาน จึงต้องมีการกำกับและควบคุมดูแลภายใน แต่ยังไม่มีความหมายหรือหน่วยงานกลางในการควบคุมดูแลเป็นการเฉพาะที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ

2.12 ระบบการพิจารณาคดีในศาล สัญญาทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นระบบกล่าวหา ส่วนสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายปกครองจะเป็นระบบไต่สวน

2.13 การกำหนดโทษหรือมีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศาลสามารถพิพากษาตัดสินคดีและกำหนดค่าปรับในเชิงลงโทษได้ ส่วนในกฎหมายปกครองไม่มีการกำหนดหรือมีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นธรรม

2.14 การบอกเลิกสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดอย่างชัดเจนในการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ส่วนตามกฎหมายปกครองไม่มีการบัญญัติไว้ จึงต้องมีการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้

3. สาระสำคัญในโครงสร้างของกฎหมายสัญญาทางปกครอง

จากการนำข้อมูลที่ได้นำมาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไทยและต่างประเทศ สามารถนำมาจัดทำเป็นร่างกฎหมาย

โดยเสนอเป็นโครงสร้างของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วย

3.1 คำนิยาม จากประเด็นทางกฎหมายที่ยังขาดความชัดเจนและต้องมีการตีความในการกำหนดความหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง วิธีการงบประมาณ องค์กรมหาชน องค์กรอิสระ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เช่น ความหมายของคำว่า เจ้าหน้าที่ คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานของรัฐ คู่สัญญาที่เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และคำนิยามอื่น ๆ ที่เป็นประเด็นปัญหาในการตีความกฎหมาย

3.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาทางปกครอง จากการรวบรวมประเด็นความแตกต่างของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป รวมทั้งการกำหนดและการพิจารณาคู่สัญญา ความสามารถของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ เงื่อนไขต่าง ๆ ตลอดจนการกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐ หลักเกณฑ์การทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ โดยกำหนดผู้มีหน้าที่ดูแลและปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยให้มีความต่อเนื่องในการดูแล ปรับปรุง และพัฒนาสัญญาทางปกครอง

3.3 รูปแบบและลักษณะสัญญาทางปกครอง ควรให้มีการกำหนดประเภทรูปแบบ และลักษณะสัญญาทางปกครอง โดยดำเนินการให้เป็นกฎหมายที่มีการกำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน รวมถึงการพิจารณาสัญญาทางปกครองในด้านเนื้อหา โดยมีการกำหนดรายละเอียดให้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อความชัดเจน ก่อให้เกิดความเข้าใจ และปฏิบัติได้อย่างไม่ยุ่งยาก หรือสามารถนำเสนอประเด็นข้อพิพาทต่าง ๆ ให้ศาลต้องวินิจฉัยในประเด็นของสัญญาทางปกครอง เช่น หน่วยงานรัฐ คู่สัญญาของรัฐ ผู้ที่ดำเนินการแทนรัฐ และรายละเอียดของสัญญาทางปกครองต่าง ๆ

3.4 การบริหารสัญญาทางปกครองให้เกิดเป็นรูปธรรมตามแนวทางการดำเนินการและจัดการต่าง ๆ รวมทั้งขั้นตอนในการดำเนินสัญญาทางปกครอง ระเบียบและแนวทางในการปฏิบัติให้เป็นสากล มีการกำหนดกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางการดำเนินการ หรือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง และให้มีการกำหนดคณะกรรมการบริหาร เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์

ระเบียบ และแนวทางในการปฏิบัติ เพื่อให้เป็นไปอย่างมีมาตรฐานสากล และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องสามารถนำไปดำเนินการได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพ

3.5 การกำกับดูแล เป็นการกำหนดให้มีการตรวจสอบกำกับดูแลเกี่ยวกับความถูกต้องของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนขั้นตอนแนวทางการปฏิบัติให้เกิดการนำไปใช้ได้จริง และลดความเสียหายที่อาจเกิดจากการดำเนินการหรือปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้มีการกำหนดคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต มีอำนาจหน้าที่กำหนดแนวทางและวิธีการในการดำเนินงานในการตรวจสอบ และกำกับดูแลเกี่ยวกับการบริหารงานสัญญาทางปกครอง รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

3.6 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานรัฐ กฎหมายกำหนดให้อำนาจในการดำเนินการจัดทำสัญญา หรืออำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ การเริ่มต้นของสัญญาทางปกครอง ตั้งแต่การก่อให้เกิด การแก้ไขเพิ่มเติม การระงับ หรือการยกเลิกสัญญาทางปกครอง

3.7 แนวทางการแก้ไขปัญหาหรือเยียวยา ในกรณีที่มีการดำเนินการไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ระเบียบ หรือขั้นตอนในการดำเนินการ ตลอดจนการยกเลิกสัญญาทางปกครอง หรือการที่ไม่สามารถดำเนินการกิจการทางปกครองได้อย่างต่อเนื่อง หรือมีการปรับเปลี่ยนรายละเอียดของสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และแก้ไขเยียวยาได้ทันเวลาที่ จึงควรมีการกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหา และวิธีการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญา เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในอนาคต

3.8 สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ อำนาจ หน้าที่ และความสามารถทางกฎหมายให้มีความชัดเจน เช่น ในกรณีการงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญา หรือข้อตกลง โดยให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาได้ตามจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวต้องพิจารณาถึงหลักความต่อเนื่องที่ต้องมีการดำเนินการบริการสาธารณะ หลักการเปลี่ยนแปลงได้เสมอ และการดำเนินการใด ๆ ต้องไม่มีผลกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อภาครัฐและประชาชน

3.9 ข้อเสนอแนะอื่น ๆ เห็นควรกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบต่าง ๆ เพื่อปฏิบัติการของหน่วยงานของรัฐ โดยสามารถดูแลโดยการออกกฎหรือระเบียบต่าง ๆ ทำให้มีความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการปรับเปลี่ยน และทันท่วงทีต่อการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องต่อการบริหารงานราชการและการบริหารงบประมาณแผ่นดิน

อภิปรายผลการวิจัยและสรุปผลการวิจัย

จากปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาและความเสียหายทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยนิยามของสัญญาทางปกครองมีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดโดยกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ มากมาย ประกอบกับการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง จึงต้องมีการนำคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และกำหนดหลักเกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ตลอดจนหน่วยงานที่กำกับดูแล เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการบริหารสัญญาทางปกครอง ประกอบกับปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยเริ่มมีมากขึ้น และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐจำนวนมาก ทำให้ภาครัฐต้องรับภาระในการชดเชยค่าเสียหายตามสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นภาคเอกชนเป็นเงินจำนวนมาก จากกรณีที่ไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นภาคเอกชน จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจน ไม่มีรูปแบบ และระบบการตรวจสอบการปฏิบัติงานอย่างต่อเนื่อง เป็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชนที่เกิดจากปัญหาของสัญญาทางปกครอง ดังนั้น กฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง จึงอาจเป็นกฎหมายที่ทำให้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

หลักเกณฑ์ในการจัดทำกฎหมายที่ได้จากการศึกษานี้ เป็นการจัดทำกฎหมายใหม่ โดยเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ต้องมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 68 ประกอบกับ มาตรา 258 ค. ด้านกฎหมาย (1) และ (3) และต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์ การจัดทำร่างกฎหมายและ ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ดังนั้น โครงสร้างของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง พ.ศ. จึงอาจแบ่งเป็นออก 7 หมวด โดยแบ่งรายละเอียด แยกเป็นหมวดหมู่ได้ ดังนี้

1. บทนิยามสำคัญที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยกำหนดนิยามที่สำคัญ และจำเป็น ซึ่งกำหนดความหมายเพื่ออธิบายให้เกิดความชัดเจนของข้อความที่ปรากฏ ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น นิยามคำว่า

“หน่วยงานของรัฐ”

“เจ้าหน้าที่”

“คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานของรัฐ”

“คู่สัญญาที่เป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ”

“สัญญาสัมปทาน”

“สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ”

“สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค”

“สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

“สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมบริการสาธารณะโดยตรง”

“สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของรัฐ”

“สัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ”

2. มาตรารักษาการ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้มีผู้รักษาการตามกฎหมาย เพื่อให้เป็นผู้มีหน้าที่ดูแลและปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ อาจกำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รักษาการตามกฎหมายนี้ และให้มีอำนาจออก กฎกระทรวงและระเบียบเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนี้

3. หมวด 1 บททั่วไป โดยหมวดนี้จะกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งได้แก่

หลักเกณฑ์ที่เป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง

การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง

ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง

การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญา

การรักษาความลับระหว่างคู่สัญญา

ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครอง

หลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครอง

ข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง

4. หมวด 2 การตรวจสอบและป้องกันการทุจริต โดยกำหนดให้มีกลไกในการตรวจสอบและป้องกันการทุจริตในการทำสัญญาทางปกครอง เช่น

หลักเกณฑ์การควบคุมและตรวจสอบ

การดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์ในการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5. หมวด 3 การบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง กำหนดให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง การดำเนินการเพื่อให้สัญญาทางปกครองบรรลุผลในการบริการสาธารณะ และการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยฝ่ายปกครอง

6. หมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครอง โดยกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองในชั้นฝ่ายปกครอง ซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าว

7. หมวด 5 สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากการดำเนินการตามสัญญาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมอีกต่อไป หรือการปฏิบัติตามสัญญาจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนโดยส่วนรวม โดยบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง การเยียวยาให้แก่คู่สัญญาในกรณีที่มีการใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญา ทั้งนี้ การที่จะเลือกใช้คำว่า สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครอง

หรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ควรที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมของข้อความดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางกฎหมายไทย

8. หมวด 6 การดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในชั้นศาล ซึ่งได้แก่

การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

9. หมวด 7 การพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการบังคับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

10. หมวด 8 บทเฉพาะกาล

จากการที่ได้มีการแบ่งรายละเอียดเพื่อให้สามารถกำหนดเป็นหมวดหมู่ จึงนำมาจัดทำเป็นโครงสร้างรายละเอียดของแต่ละมาตราและปรับรายละเอียดของหมวดหมู่ เพื่อให้ได้ความสมบูรณ์ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดได้ ดังนี้

โครงสร้างของกฎหมาย ประกอบด้วย 7 หมวด 54 มาตรา ดังนี้

หมวด 1 บททั่วไป (มาตรา 5 ถึง มาตรา 16)

หมวด 2 การตรวจสอบและป้องกันการทุจริต (มาตรา 17 ถึง มาตรา 26)

หมวด 3 การบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง (มาตรา 27 ถึง มาตรา 39)

หมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครอง (มาตรา 40 ถึง มาตรา 45)

หมวด 5 สิทธิพิเศษของหน่วยงานของรัฐหรือเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ (มาตรา 46 ถึงมาตรา 48)

หมวด 6 การดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (มาตรา 49 ถึง มาตรา 50)

หมวด 7 การรวบรวมพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (มาตรา 51 ถึง มาตรา 52)

หมวด 8 บทเฉพาะกาล (มาตรา 53 ถึง มาตรา 54)

จากการวิเคราะห์ในปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาในกรณีของสัญญาทางปกครอง พิจารณาแล้วเห็นควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเพียงบทนิยามของสัญญาทางปกครองเท่านั้น จึงได้มีการแก้ไขในประเด็นปัญหาต่าง ๆ เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม ตลอดจนเป็นการเพิ่มหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผ่านกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดการพัฒนากฎหมายให้ดียิ่งขึ้น และให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

บทสรุปที่ได้จากการศึกษาวิจัยนี้ สามารถนำไปใช้แก้ไข ปรับปรุง และสนับสนุนให้เกิดการร่างสัญญาทางปกครองอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรและรูปธรรมอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เพื่อให้เป็นมาตรฐาน และใช้เป็นหลักในการตรวจสอบ โดยมีภารกิจกับดูแลสัญญาทางปกครอง เพื่อลดความเสียหายให้แก่ภาครัฐและภาคเอกชน ทั้งนี้ การตรากฎหมายดังกล่าวอาจส่งผลดีและประโยชน์ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. ทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในลักษณะบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาได้ปรับเปลี่ยนแปลงมาอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งสอดคล้องกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ยึดถือในประเทศไทย
2. เป็นผลให้กฎหมายต่าง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาในลักษณะของสัญญาทางปกครองที่อาจมีขึ้นหรือมีอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ ได้มีการรวบรวมมาอยู่ในรูปแบบของกฎหมายเฉพาะ ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่จะกำหนดให้มีขึ้นใหม่ทั้งฉบับ
3. ทำให้เกิดหลักกฎหมายในการดำเนินการและการปฏิบัติการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมีบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเดียวกัน
4. สามารถเพิ่มเติมวิธีการต่าง ๆ หรือลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยอาจกำหนดให้มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อเพิ่มเติมในกรณีดังกล่าวได้

5. สามารถนำหลักการที่เป็นประโยชน์ต่อภาครัฐและประชาชนตามแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสและสัญญาทางปกครอง ไทยที่ศาลได้วางหลักไว้แล้วมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองได้

6. สามารถกำหนดให้มีรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายได้ โดยอาจ กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามกฎหมายนี้ และให้มีอำนาจ ออกกฎกระทรวงและระเบียบเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนี้

7. ทำให้เกิดความแน่นอนเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองระหว่าง คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งกฎหมายสามารถบัญญัติ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ในการก่อให้เกิด สัญญาทางปกครอง ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่าง คู่สัญญาทางปกครอง การรักษาความลับระหว่างคู่สัญญา ความโปร่งใสในการทำสัญญา ทางปกครอง และหลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองได้อย่างชัดเจนและเป็นลายลักษณ์อักษร

8. สามารถกำหนดให้มีหลักประกันที่สร้างความเป็นธรรมการควบคุมและ ตรวจสอบ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนกำหนดกลไกและ วิธีการในการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

9. สามารถกำหนดหลักกฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง การบริหารสัญญาทางปกครอง และการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา โดยฝ่ายปกครอง

10. ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการบริหารและจัดการสัญญาทางปกครอง โดยมี บทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองในการบริหารและจัดการเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองที่ชัดเจน รวมทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองใน ชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งจะช่วยป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐ ทั้งยังช่วย ลดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองและลดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครองลงได้

11. สามารถกำหนดสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น กำหนดการเลิกสัญญาทางปกครองและการเยียวยาให้แก่

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญา แต่เพียงฝ่ายเดียว

12. สามารถกำหนดหลักเกณฑ์การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การพิจารณาตีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การพิพาทภาษีหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการบังคับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

ข้อเสนอแนะการวิจัย

โครงสร้างสำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงการนำเสนอร่างกฎหมาย ซึ่งเห็นว่าจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อภาครัฐและประชาชน อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อจัดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองยังมีรายละเอียดอื่น ๆ อีกหลายประการ ซึ่งจะต้องผ่านกระบวนการในการร่างกฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานต่าง ๆ และประชาชนโดยทั่วไป รวมทั้งต้องผ่านการพิจารณาและตรวงร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองจากคณะกรรมการร่างกฎหมาย และผ่านกระบวนการพิจารณาและกลั่นกรองจากรัฐสภา ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองเป็นกฎหมายที่สามารถพิทักษ์ผลประโยชน์ของแผ่นดิน มีความโปร่งใส และสร้างความเป็นธรรม และสามารถคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับพลวัตและบริบททางกฎหมายของไทยและสามารถออกกฎหมายระดับรอง เพื่อให้สามารถดำเนินการตามกฎหมายนี้ได้เพิ่มเติมด้วย ข้อเสนอแนะที่ได้จากงานวิจัยนี้อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. แนวทางการนำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์

การจัดทำร่างพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครอง พ.ศ. จะทำให้มีจุดเด่นที่จะก่อให้เกิดผลดีต่อภาครัฐและภาคเอกชนในการจัดทำสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งกฎหมายสามารถบัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ในการก่อให้เกิดสัญญาทาง

ปกครอง ความผูกพันตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติที่สำคัญระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ความโปร่งใสในการทำสัญญาทางปกครอง และหลักธรรมาภิบาลในการจัดทำสัญญาทางปกครองได้อย่างชัดเจนและเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ยังสามารถกำหนดให้มีหลักประกันที่สร้างความเชื่อมั่น มีกลไกในการควบคุมและตรวจสอบที่เกี่ยวกับการดำเนินการของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนกำหนดมาตรการในการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญในการผลักดันให้โครงการต่าง ๆ ของภาครัฐสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ประกอบกับสัญญาทางปกครองยังเป็นส่วนหนึ่งในการผลักดันเศรษฐกิจให้เป็นไปตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2566-2570) ประกาศพระราชโองการให้ใช้ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ. 2561-2580) เพื่อความเจริญรุ่งเรืองของประเทศไทยต่อไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

2. ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย

เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครอง พ.ศ. มีผลเป็นกฎหมาย และทำให้สามารถนำไปใช้บังคับได้จริง โดยสามารถปฏิบัติได้อย่างรวดเร็ว หากมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ดังนั้น การวิจัยนี้ จึงเสนอแนะให้มีรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามกฎหมาย โดยอาจกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามกฎหมายนี้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีความเกี่ยวข้องกับงบประมาณแผ่นดิน และให้มีอำนาจดำเนินการตรากฎหมายลำดับรอง คือ ออกกฎกระทรวงและระเบียบ เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนี้

2.1 ข้อบังคับกระทรวงการคลัง โดยอาจทำการยกร่างข้อบังคับกระทรวงการคลัง ซึ่งได้แก่

1. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยคณะกรรมการนโยบายการจัดทำสัญญาทางปกครองและการบริหารสัญญาทางปกครอง พ.ศ.

2. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาสัญญาทางปกครอง การพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน พ.ศ.

3. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการกระทำการทุจริต พ.ศ.

4. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยการบริหารงานทั่วไปและการมอบอำนาจ พ.ศ.

5. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ.

6. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการของตหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง พ.ศ.

7. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยจรรยาบรรณสัญญาทางปกครองและการบริหารสัญญาทางปกครอง พ.ศ.

8. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยการแต่งตั้งผู้ดำเนินการหรือปฏิบัติงานสัญญาทางปกครอง พ.ศ.

9. ร่างข้อบังคับกระทรวงการคลังว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่มีวงเงินเล็กน้อย พ.ศ.

2.2 ระเบียบกระทรวงการคลัง ซึ่งอาจทำการยกเว้นระเบียบกระทรวงการคลังอันได้แก่

1. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบอกเลิก ปรับเปลี่ยน แก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง พ.ศ.

2. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยวิธีการและขั้นตอนการบริหารสัญญาและการตรวจสัญญา พ.ศ.

3. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดประเมินผลการปฏิบัติงานอื่นนอกเหนือจากความสามารถในการปฏิบัติงาน พ.ศ.

4. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยระเบียบกำหนดวิธีการสำหรับไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองหรือการอุทธรณ์ พ.ศ.

5. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าการใช้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐ พ.ศ.

6. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการพิจารณาค่าใช้จ่ายยาและการกำหนดวงเงินค่าเสียหาย พ.ศ.

7. ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและค่าตอบแทน พ.ศ.

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการนำบทบัญญัติกฎหมายนี้ไปใช้บังคับได้อย่างเป็นรูปธรรม และเพื่อให้เกิดประสิทธิผลและประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการในภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับ สัญญาทางปกครอง ตลอดจนมีการกำหนดขั้นตอนการปฏิบัติให้มีมาตรฐานเดียวกัน และสามารถตรวจสอบ กำกับ และดูแลให้เกิดเป็นรูปธรรมนำไปใช้ได้อย่างชัดเจน

3. ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

เนื่องจากการวิจัยมีการกำหนดขอบเขตการวิจัยและวัตถุประสงค์การวิจัยไว้แล้ว ดังนั้น จึงยังคงมีบางประเด็นที่สำคัญและสมควรจะได้มีการวิจัยเพื่อให้เกิดแนวทางในการดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือประเด็นหลังจากที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยแล้ว จึงมีข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป ในประเด็นร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติในการดำเนินการทางด้านการบังคับคดี พ.ศ. ซึ่งมีสาระสำคัญของบทบัญญัติประกอบด้วยแนวทางในการปฏิบัติในการบังคับคดีหลังจากที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัย ทั้งในส่วนการบังคับคดีกับบุคคลภายนอกและส่วนของทางหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้สามารถกำหนดแนวทางในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพและลดปัญหาหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น

พิจารณาจึงเห็นว่า ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยสัญญาทางปกครองจะเป็นประโยชน์ต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชนที่มีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการต่าง ๆ รวมทั้งมีส่วนร่วมการบริการสาธารณะ โดยจะทำให้ได้เกิดเป็นรูปธรรมในด้านการดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตลอดจนสามารถตรวจสอบสัญญาทางปกครองได้ และมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการกำกับและดูแล อย่างต่อเนื่อง ซึ่งการดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามร่างกฎหมายต้นแบบนี้จะเป็นประโยชน์ต่อกิจกรรมต่าง ๆ โดยเฉพาะกฎหมายร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งและมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางปกครองในภาครัฐที่เป็นการบริการสาธารณะ ซึ่งจะส่งผลดีต่อการพัฒนาประเทศให้มีความมั่นคงและก้าวหน้าต่อไป

เอกสารอ้างอิง

- ณรงค์เดช สรุโฆษิต. (2553). การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง
ในประเทศไทย. สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ณัฐพล สกฤตเมฆา. (2561). ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดย
วิธีการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองเยอรมัน. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ตรีเพชร จิตรมहिมา. (2562, 19 ธันวาคม). การควบคุมฝ่ายปกครองโดยหลักความชอบ
ด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง พิเคราะห์จากข้อความคิดไปสู่
ผลการปฏิบัติราชการทางปกครอง [การนำเสนอ]. การประชุมวิชาการระดับชาติ
และนานาชาติ มหาวิทยาลัยศรีปทุม ครั้งที่ 14 ประจำปี พ.ศ. 2562.
กรุงเทพมหานคร, ประเทศไทย.
- นิรัชรา พงศ์อาจารย์. (2562). ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.
วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน, 12(2), 113-146.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2564). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง.
วารสารกฎหมายปกครอง, 33(2). 1-35.
- พัชณา จิตรมहिมา. (2553). ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.
วารสารกฎหมายปกครอง, 27(3), 3-75.
- พัชณา จิตรมहिมา. (2560). แนวคิดและหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง
ฝรั่งเศสที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ค.ศ. 2016 ตามประมวลกฎหมายความยุติธรรม
ทางปกครอง (code de justice administrative) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.
ใน เอกสารเสนอคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เพื่อประกอบการพิจารณา
ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ..)
พ.ศ. เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2560 (น. 1-20). สำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา.
- พัชณา จิตรมहिมา. (2565). พิเคราะห์สัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสและ
กฎหมายไทย และแนวคิดในการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง.
วารสารกฎหมายปกครอง, 34(3), 1-67.

- สรวิศ ลิ้มปรั้งซี่. (2550). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลประเทศอังกฤษ.
วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 1(3). 111-119.
- Advice and Counsel Incorporated. (2001). *Public Contracts*.
<http://law.freeadvice.com.law/613us.html>. December 2001.
- Craig Paul. (2010). *Angleterre et pays de galles/ England and Wales, Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract)*. Bruylant.
- Jean Waline. (2000). *Droit administratif* (18 éd.). Dalloz.
- Renders David. (2015). *Droit administratif general: Collection Centre Montesquieu d'études de l'action publique*. Bruylant.
- Rivero Jean et Jean Waline. (2000). *Droit administratif* (18 éd.). Dalloz.
- Voir, Pierre Serrand. (2015). *Droit administratif Tome I: Les actions administratives*. Presses universitaires de France.

การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

The Enforcement of Judgments or Orders of the Administrative Court of First Instance

อภิรักษ์ บุรรุ่งโรจน์, เบนชญวรรณ บุญโทแสง

Apirak Burarungroj, Benchawan Boontosang

คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด,

คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด

Faculty of Law and Politics E-mail: j_law_1976@reru.ac.th,

Faculty of Law and Politics E-mail: benchawan@reru.ac.th

รับบทความ (Received): 17 เม.ย. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 29 พ.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 31 พ.ค. 2567

บทคัดย่อ

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นเฉพาะกรณีศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะเป็นเพราะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีที่ เป็นผู้ชนะคดีไม่สามารถยื่นคำขอให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นได้ การที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่สามารถให้คู่กรณีฝ่ายแพคดีปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ แต่เป็นหน้าที่คู่กรณีฝ่ายชนะคดีหากประสงค์ให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต้องเป็นผู้ยื่นคำขอต่อศาลปกครองบทความนี้มีจุดมุ่งหวังเพื่อให้ผู้อ่านทราบถึงเหตุผลที่คู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครอง

ชั้นต้นได้ เหตุที่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีไม่อาจยื่นคำให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นได้ และเพราะเหตุคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นไม่ผูกพันคู่กรณี

จากการศึกษา พบว่า เนื่องจากคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีพิพาทนั้นยังไม่ถึงที่สุดจึงยังไม่สามารถขอให้ปฏิบัติตามคำสั่งได้ ประกอบกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองศาลไม่จำเป็นต้องออกคำสั่ง ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีก็ไม่อาจยื่นคำให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นได้ กรณีที่ต้องการให้ฝ่ายที่แพ้คดีเป็นฝ่ายยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้น เพื่อให้ตนไม่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นก่อน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเกิดประโยชน์ต่อสังคมต่อไป

คำสำคัญ: การบังคับคดี, คำพิพากษา, คำสั่ง, ศาลปกครองชั้นต้น

Abstract

Plaintiff is not permitted to submit a request for compliance with the orders of the Administrative Court of First Instance. The Administrative Court of First Instance cannot compel the losing party to comply with the court's judgment, but it is the duty of the winning party if they desire enforcement of the judgment of the Administrative Court of First Instance; they must be the one to submit a request to the Administrative Court. This article aims to inform readers about why the winning party in a case at the Administrative Court of First Instance was unable to comply with the court's orders. The reason the winning party cannot submit a request for compliance with the orders and the judgment of the Administrative Court of First Instance is not binding on the parties.

From the study, it was found that because the judgment or order in the dispute case has not yet been finalized, it is still not possible to request compliance with the order. In conjunction with the revocation

of the administrative order, the court is not required to issue an enforcement order, which means that even the winning party cannot file a request for compliance with the enforcement order of the Administrative Court of First Instance. In cases where the losing party is required to submit a request to the Administrative Court of First Instance, so that he or she does not have to comply with the judgment. The law regarding the execution of judgments or orders of the Administrative Court of First Instance should be amended first to ensure fairness and benefit society in the future.

Keywords: Enforcement, Judgments, Orders, Administrative Court of First Instance

บทนำ

เมื่อมีผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น ฯลฯ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งได้แก่ ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานอื่นในหน่วยงานทางปกครอง ฯลฯ ตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบหรือขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอันเป็นการฟ้องตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีไปถึงศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นต้นก็ต้องดำเนินการตามชั้นตอนที่กำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วและได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง เฉพาะกรณีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็ นเพราะการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตาม กฎหมายก็ดี เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งประการใดแล้ว คำพิพากษา ศาลปกครองชั้นต้นจะไม่ผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งฉบับที่กำหนดใน คำพิพากษานั้นจนถึงวันที่คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรืองดเสีย ตามมาตรา 70 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะในมาตรา 70 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ให้หลักไว้ว่า หากเป็นเพียงคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ยังมีการอุทธรณ์อยู่นั้น คำพิพากษาศาลปกครองก็ไม่ผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งฉบับจนถึงวันที่ คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรืองดเสีย โดยในมาตรานี้กฎหมายได้ บัญญัติให้คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีต้องรอการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครองไว้ จนกว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ให้รอการบังคับคดี ไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

แม้ว่ากฎหมายจะให้ทางออกแก่คู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดี โดยที่กฎหมาย ให้คู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดียื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้น หรือศาลปกครองสูงสุด โดยในคำขอต้องชี้แจงเหตุผลอันสมควรที่จะขอให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของ ศาลปกครองชั้นต้น เมื่อคำขอไปถึงศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการปฏิบัติตามคำสั่ง หรือให้ยกคำขอก็ได้ เพราะการพิจารณาตามคำขอว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็น ประการใดนั้นก็อยู่ในการพิจารณา หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไข ซึ่งก็เป็นตาม หลักเกณฑ์ที่กำหนดประกอบการใช้ดุลพินิจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาคำขอ และมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ปรากฏตามมาตรา 70 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กับระเบียบของที่ประชุม ใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดคดี หลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 แต่ก็ไม่ใช้ทุก คดีที่จะขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นก่อนได้ ซึ่งคดีที่จะขอได้จะต้อง

เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3¹ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดคดี หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ซึ่งการที่จะยื่นคำขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น แม้ว่าศาลจะมีคำสั่งประการใด ถ้าพิจารณาจากมุมของผู้ฟ้องคดีที่เป็นคู่กรณีฝ่ายชนะคดีก็ยิ่งเป็นผลเสียแก่ผู้ฟ้องคดีที่เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย ซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีอยู่นั่นเอง เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้น โดยศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้ว การกระบวนพิจารณาในศาลปกครองชั้นต้นก็ได้มีการดำเนินการพิจารณาโดยตุลาการอย่างน้อย 3 คน ที่เชี่ยวชาญเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาซึ่งจะมีตุลาการ 1 คนจากองค์คณะเป็นตุลาการเจ้าของสำนวน เพื่อเป็นผู้ดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณีและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเป็นต้น นอกจากนี้ในกระบวนพิจารณายังมีตำแหน่งที่มีความสำคัญอีก ได้แก่ ตุลาการผู้แถลงคดี ขั้นตอนการดำเนินคดีปกครองชั้นต้นจะเริ่มตั้งแต่การตรวจคำฟ้อง การแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล การสรุปสำนวนและทำคำแถลงการณ์ การนั่งพิจารณาคดีและการแถลงการณ์ สุดท้ายคือการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นจึงมีความยุติธรรม ความศักดิ์สิทธิ์อยู่ไม่มากนักน้อย ดังนั้นก่อนที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจะได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น ผู้ฟ้องคดีที่เป็นฝ่ายชนะคดีก็ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอยู่ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

¹ข้อ 3 คดีดังต่อไปนี้ เมื่อมีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด คู่กรณีฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้นอาจยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดให้มีการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้นได้ โดยไม่ต้องรอนจนกว่าคดีจะถึงที่สุด

(1) คดีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)

(2) คดีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่เกี่ยวข้องปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองชั้นต้นกำหนดตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2)

(3) คดีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งห้ามตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) (4) (5) และคู่กรณีที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวมิได้อุทธรณ์คำพิพากษา

คำบังคับและการบังคับคดี

1. ความหมายคำบังคับและการบังคับคดี

คำบังคับ หมายความว่า คำสั่งของศาลที่สั่งบังคับให้เพื่อให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดี (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) ปฏิบัติตามคำบังคับ ซึ่งตามกฎหมายปกครองศาลปกครองไม่ได้มีอำนาจที่จะกำหนดคำบังคับได้ทุกกรณี กล่าวคือศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ 1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) 2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร 3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น 5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ปราบกฎหมายตาม มาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เมื่อคู่กรณีฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ ขั้นตอนต่อไปก็จะเป็นเรื่องของการบังคับคดี

การบังคับคดี หมายความว่า การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ซึ่งได้วินิจฉัยให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายชนะคดี การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล ถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญของกฎหมาย เพราะหากไม่อาจบังคับได้ตาม “กฎหมาย” กฎหมายย่อมไม่ศักดิ์สิทธิ์ตามที่ในลักษณะที่กฎหมายเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์และจะทำให้ไม่มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ดังนั้นการทำให้เกิดผลในทางกฎหมายจึงจำเป็นต้องใช้วิธีการบังคับโดยรัฐเพื่อให้มีการดำเนินการตามกฎหมายและตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นคงในทางกฎหมาย ส่วนวิธีการที่จะทำให้กฎหมายมีผลอย่างแท้จริงในทาง

ปฏิบัติก็ต้องอาศัยเครื่องมือหรือกลไกของรัฐ ด้วยการบังคับใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการทำให้บรรลุความมุ่งหมาย กล่าวคือ การทำให้ผลของคำพิพากษาก่อให้เกิดความผูกพัน ซึ่งโดยหลักบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดเรื่องความผูกพันดังกล่าวไว้ในมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ในศาลปกครองนี้ผลผูกพันจะเกิดขึ้นภายหลังจากสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาของศาลแล้ว กล่าวคือเมื่อพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์แล้วไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดอุทธรณ์ หรือในกรณีมีการอุทธรณ์แล้วศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดทำให้คดีถึงที่สุด อีกทั้งเมื่อคดีถึงที่สุดแล้วหากผู้ที่ถูกผูกพันตามคำพิพากษามีได้ดำเนินการตามที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครอง อาจกำหนดมาตรการบังคับโดยการให้หน่วยงานทางปกครองชำระค่าปรับทางปกครอง หรืออาจจะกำหนดให้มีการปรับทางปกครองรายวันจนกว่าจะมีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองได้กรณีเป็นคำบังคับในมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2563)

2. การบังคับคดีตามคำบังคับของศาลแพ่ง

การบังคับคดี ขั้นตอนของการบังคับคดีทางแพ่งจะเกิดขึ้น หลังจากศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะออกคำบังคับ ซึ่งคำบังคับ คือ คำสั่งของศาลที่สั่งบังคับให้เพื่อให้ความฝ่ายที่แพ้คดี (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) ปฏิบัติตามคำบังคับ โดยศาลจะกำหนดระยะเวลาประมาณ 30 วันแล้วกรณี เว้นแต่กรณีเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินสามแสนบาทศาลจะกำหนดระยะเวลาให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีปฏิบัติตามบังคับภายใน 15 วัน หากคู่ความฝ่ายที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามคำบังคับภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด คู่ความฝ่ายที่ชนะคดี (เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา) ขอบที่จะร้องขอให้มีการบังคับคดี โดยวิธียึดทรัพย์สิน อายัดสิทธิเรียกร้อง หรือบังคับคดีโดยวิธีอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้ภายในสิบปีนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่ง และการบังคับคดีจะเริ่มดำเนินการได้ตั้งแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาตามคำบังคับ การบังคับคดีแพ่งจึงมีได้ตั้งแต่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง และแม้ว่าจำเลยจะอุทธรณ์หรือฎีกา คำพิพากษาหรือคำสั่งก็ตามแต่การอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลา

การบังคับตามคำพิพากษา ดังนั้น ถ้าจำเลยไม่ขอทุเลาการบังคับคดีคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีก็ขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดหรืออายัดทรัพย์สินของคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีได้หลังจากได้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแล้ว จึงเห็นได้ว่า คำพิพากษาของศาลแพ่งผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่งนับตั้งแต่วันที่ศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง จนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับหรือดลเสีย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 145 ซึ่งต่างจากกฎหมายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3. การบังคับคดีตามคำบังคับของศาลปกครอง

การดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำบังคับของศาลปกครองกำหนดให้เป็นหน้าที่ของสำนักบังคับคดีปกครอง โดยสำนักบังคับคดีปกครองมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำบังคับของศาลปกครองตามมาตรา 77 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อศาลปกครองได้มีคำพิพากษาในคดีใดแล้ว คำพิพากษานั้นมีผลผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำบังคับนับแต่วันที่กำหนดในคำพิพากษาจนถึงวันที่คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรือดลเสีย ในกรณีที่คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้รอการปฏิบัติตามคำบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ให้รอการบังคับคดีไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีการอุทธรณ์และเป็นคดีที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด คู่กรณีฝ่ายชนะคดีอาจยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นที่พิจารณาและชี้ขาดตัดสินคดีนั้น กรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นนั้นได้มีคำสั่งรับอุทธรณ์แล้วให้ยื่นต่อศาลปกครองสูงสุด แต่ถ้าผู้ยื่นคำขอได้ยื่นขอต่อศาลปกครองชั้นต้นก็ให้ศาลปกครองชั้นต้นรีบส่งคำขอนั้น ไปยังศาลปกครองสูงสุดโดยพลัน และการยื่นคำขอต้องยื่นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พ้นกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้นได้ โดยไม่ต้องรอจนกว่าคดีจะถึงที่สุด โดยชี้แจงเหตุผลอันสมควรที่ขอให้มีการปฏิบัติตามคำบังคับไว้ในคำขอนั้นด้วย และให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคำขอและมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด

โดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (สำนักงานอัยการสูงสุด, 2564)

แนวคิดทฤษฎีการบังคับคดีปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

1. การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นไว้ก่อนตามกฎหมายเยอรมัน

การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการบังคับคดีปกครองในประเทศเยอรมัน มีหลักการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นศาล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายแพคดีมิให้ต้องถูกบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจจากคู่กรณีฝ่ายชนะคดี(เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา) และหลักการทั่วไปของการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล หากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีพิพาทยังไม่ถึงที่สุด คู่กรณีฝ่ายแพคดี(ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) ยังสามารถต่อสู้คดีโดยใช้วิธีอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นได้อยู่และยังสามารถชนะคดีได้หากศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ชนะคดี ด้วยเหตุผลดังกล่าวหากคดียังไม่ถึงที่สุดก็ยังไม่อยู่ในขั้นตอนของการบังคับคดี” อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีพิพาทให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งแพ้คดีแล้ว ย่อมต้องถือว่าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีอยู่ในฐานะลูกหนี้ตามคำพิพากษา การคุ้มครองลูกหนี้จึงย่อมต้องลดระดับความเข้มข้นลง และเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาอาศัยการใช้สิทธิในการโต้แย้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เพื่อถ่วงเวลาการบังคับคดีออกไป

ระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการกำหนดหลักกฎหมายเรื่องการคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดี กล่าวคือ อยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาสามารถที่จะบังคับคดีตาม คำพิพากษาหรือคำสั่ง ของศาลปกครองชั้นต้นไว้ก่อน (Die Vorläufige Vollstreckbarkeit) ในบางกรณี แม้ว่าจะมีคู่กรณีอุทธรณ์ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ทำให้คดียังไม่ถึงที่สุดก็ตาม ซึ่งโดยหลักแล้วคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลชั้นต้นของศาลยุติธรรมยังไม่อาจจะดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ครบใดที่ คำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีพิพาทนั้นยังไม่ถึงที่สุด เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของ

คู่กรณีและเพื่อประสิทธิภาพของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีสามารถที่จะบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นไว้ก่อนก็ตาม แต่กฎหมายของเยอรมันก็ได้กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต้องชดเชยค่าเสียหาย รวมทั้งการวางหลักประกันในกรณีที่ได้อำนาจบังคับคดีไว้ก่อนด้วย อีกทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองของประเทศเยอรมัน ก็มีหลักกฎหมายที่ยังคงคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีกล่าวคืออยู่ในฐานะลูกหนี้ตามคำพิพากษา กล่าวคือลูกหนี้ตามคำพิพากษายังสามารถใช้สิทธิทางกฎหมายเพื่อโต้แย้งหรือคัดค้านการบังคับคดีได้

เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การบังคับคดีของศาลปกครองชั้นต้นเอาไว้ก่อนมีสถานะที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับหลัง (Auflösend Bedingt) กล่าวคือหากต่อมาปรากฏว่า ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้คู่กรณีฝ่ายที่อยู่ในฐานะลูกหนี้ตามคำพิพากษาชนะคดีและมีผลทำให้การบังคับคดีของศาลปกครองชั้นต้นสิ้นสุดลงและให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ถึงที่สุดนั้น กรณีเช่นนี้คู่กรณีฝ่ายที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ต้องรับเอาความเสี่ยงที่เกิดจากการบังคับคดีไว้ก่อนนั้น ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 167² แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง เยอรมัน ปี ค.ศ. 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung หรือเรียกโดยย่อว่า “VwGO”) ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องวางหลักประกันและชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น การที่มาตรา 167 (2) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (VwGO) (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2562)

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้นที่สามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นไว้ก่อนนั้น ทำให้เกิดผลของ

²§ 167 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) (Anwendung der ZPO; vorläufige Vollstreckbarkeit)

(1) Soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt, gilt für die Vollstreckung das Achte Buch der Zivilprozeßordnung entsprechend. Vollstreckungsgericht ist das Gericht des ersten Rechtszugs.

(2) Urteile auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen können nur wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

การบังคับคดีของศาลปกครองปี ค.ศ. 1960 ที่ได้กำหนดไว้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นจะมีคำสั่งบังคับคดีตามคำสั่งหรือคำพิพากษาในเรื่องอื่น ๆ นอกจากเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไม่ได้ เนื่องจากการบังคับคดีไว้ก่อนคำสั่งหรือคำพิพากษาถึงที่สุด เป็นการดำเนินการภายใต้เงื่อนไขบังคับหลัง ซึ่งโดยธรรมชาติของการกระทำทางปกครองนั้น ต้องการความแน่นอนชัดเจนที่ไม่อาจจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับหลังดังกล่าวได้ อีกทั้งคู่กรณีฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองก็ย่อมได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอแล้วภายใต้หลักกฎหมายเรื่องวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษา ดังนั้นจึงเป็นการไม่เหมาะสมที่จะกำหนดหลักการทางกฎหมายให้คู่กรณีฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้นกรณีที่ยังไม่ถึงที่สุดสามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นไว้ก่อนได้ เนื่องจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองในศาลชั้นต้นที่ยังไม่ถึงที่สุด เป็นการใช้อำนาจตุลาการที่ยังไม่แน่นอนชัดเจนและถึงที่สุดเนื่องจากการใช้อำนาจทางปกครองย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเสมอ ดังนั้น การที่คู่กรณีฝ่ายเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจะขอให้ศาลบังคับคดีเอาไว้ก่อน โดยวางหลักประกันหรือยินยอมชดเชยค่าเสียหายก็ไม่อาจจะทดแทนประโยชน์สาธารณะที่เสียไปได้ (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2562)

2. การกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนคำสั่งตามกฎหมายฝรั่งเศส

หัวหน้าคณะพิจารณาตุลาการคดีที่ 9 ของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ประเทศฝรั่งเศส ได้กล่าวไว้ว่าในปี ค.ศ. 1995 ประเทศฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามการหรือดำเนินการใด ๆ หรือกำหนดค่าปรับในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ในส่วนของการออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติ มี 3 กรณี 1) กฎหมายให้อำนาจศาลในกรณีมีเหตุฉุกเฉินต่าง ๆ ที่ศาลจะออกคำสั่งให้กระทำได้ เป็นอำนาจพิเศษของศาลปกครอง 2) เป็นเรื่องที่อยู่ในเนื้อหาของคดีเช่น กรณีที่ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองใดคำสั่งทางปกครองหนึ่ง หลังจากนั้นศาลอาจสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการ เพื่อออกคำสั่งฉบับอื่นขึ้นมาแทนซึ่งเกี่ยวข้องกับคำสั่งที่เพิกถอนไป ซึ่งเป็นการสั่งในตัวคำพิพากษาหลังจากที่ได้มีการเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งแล้ว 3) เป็นอำนาจใน

การที่จะออกคำสั่งกำหนดค่าบังคับ ในกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งไปแล้ว หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือปฏิบัติตาม แต่ไม่ครบถ้วน กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลออกคำสั่งบังคับฝ่ายปกครองได้ แต่อย่างไรก็ดีหลังจากมีคำพิพากษาออกไปแล้วหลายเดือน ความปรากฏต่อศาลว่า คู่กรณีฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นไม่ยอมปฏิบัติตาม ฝ่ายที่ชนะคดีมีอำนาจยื่นอุทธรณ์ต่อศาลเพื่อให้ศาลออกคำสั่งหรือกำหนดค่าปรับ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล คำสั่งประเภทนี้ศาลสามารถออกมาพร้อมคำพิพากษา แต่ศาลไม่สามารถที่จะกำหนดขึ้นมาได้เองหรือเห็นสมควรด้วยตนเอง คู่กรณีต้องมีคำขอเข้ามาถ้าเป็นโจทก์ก็ขอมาพร้อมกับคำฟ้อง การออกคำสั่งกำหนดค่าบังคับนี้มีทางเลือกอยู่ 2 กรณี ซึ่งขึ้นอยู่กับคำฟ้องว่ามีการขอเพิกถอนประการใด และคำวินิจฉัยส่วนต้นว่ามีการเพิกถอนหรือศาลมีคำสั่งอย่างไร 1) ศาลอาจออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติ โดยกำหนดเนื้อหาหรือลักษณะของคำสั่งให้ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องปฏิบัติได้เลย เมื่อดูเนื้อหาจะรู้ว่าฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติอย่างไร เป็นกรณีที่ศาลสามารถออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองตามเนื้อหาของคำสั่งที่ศาลออกมา ซึ่งเป็นเรื่องที่ดีเนื่องจากทำให้ฝ่ายปกครองสามารถเข้าใจได้โดยชัดเจนและปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง การบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศส ซึ่งวิธีการบังคับคดีของศาลได้มีการปฏิรูปรมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1980 เป็นวิธีการที่เรียบง่ายวางอยู่บนพื้นฐานของการตกลงหรือการประนีประนอมหรือความยินยอมพร้อมใจกันทุกฝ่าย แต่ก็อาจมีการบังคับที่จะทำให้ศาลสามารถกำหนดค่าปรับในกรณีที่มีการฝ่าฝืนได้ด้วย (ศาลปกครอง, 2555)

คำพิพากษาของศาลบังคับให้ฝ่ายบริหารที่ออกคำสั่งทางปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองที่ทำให้ผู้ที่ได้รับผลร้ายจากคำสั่งกลับคืนสู่สถานะเดิม เช่น ข้าราชการที่ถูกไล่ออกจากราชการ และมาฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งไล่ออก ข้าราชการที่ถูกลดโทษลดขั้นเงินเดือนหรือตัดเงินเดือนมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งไล่ออก ลดขั้นเงินเดือน หรือตัดเงินเดือน จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะมีคำสั่งให้ส่วนราชการจะต้องดำเนินการให้ข้าราชการที่ได้รับผลร้ายดังกล่าวกลับสู่สถานะเดิมที่มีอยู่ก่อนที่จะถูกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คือ จะต้องให้กลับมามีเงินเดือน มีตำแหน่งในระดับที่ควรจะเป็น ถ้าไม่ถูกไล่ออกหรือลดโทษโดย

มิชอบ ซึ่งเป็นเรื่องที่ว่าหากบุคคลนั้นได้ถูกไล่ออกไปเป็นระยะเวลาอันแล้ว (ศาลปกครอง, 2555) เช่น

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งประธานสภาท้องถิ่น Languedoc Roussillon ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1987 ให้บรรจุผู้เสียหายเป็นลูกจ้างชั่วคราวนั้น มิได้มีผลไปปลงล้างคำสั่งเดิมลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1983 เมื่อครั้งที่ให้บรรจุลูกจ้างชั่วคราวที่ผูกพันด้วยสัญญาจ้างจำนวนหนึ่งซึ่งรวมทั้งนาย Ternon ให้เป็นข้าราชการประจำ จึงต้องถือว่าเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์ไปแล้ว เนื่องจากฝ่ายปกครองมิได้มีการเพิกถอนคำสั่งของตนภายในกำหนด 4 เดือน นับแต่วันมีคำสั่ง ดังนั้น คำสั่งลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1983 จึงมีผลให้ผู้เสียหายมีสถานภาพเป็นข้าราชการประจำและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เมื่อประธานสภาท้องถิ่น Languedoc-Roussillon มีคำสั่งลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1991 ให้ผู้เสียหายออกจากราชการเพราะกระทำผิดวินัย ผู้เสียหายได้โต้แย้งคำสั่งและสภาแห่งรัฐก็พิจารณาแล้ว เห็นว่าเป็นคำสั่งอันมิชอบเนื่องจากกระทำผิดขั้นตอนพิธีการ เพราะไม่ได้ขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการวินัย ตามที่กฎหมายกำหนดจึงวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวด้วยแล้ว (สำนักงานศาลปกครอง, 2551)

หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา (Res Judicata)

สำหรับต้นกำเนิดของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือที่เรียกว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษานั้น ค่อนข้างคลุมเครือและไม่ชัดเจนนัก เนื่องจากเบาะแสทางประวัติศาสตร์บ่งชี้ออกเป็นหลายทาง ทางหนึ่งมองว่า หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษามีต้นกำเนิดมาจากระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน (Anglo-Saxon) โดยเป็นผลผลิตของการดำเนินคดีในระบบกล่าวหาของศาลอังกฤษโดยเฉพาะ ส่วนอีกทางหนึ่งมองว่า หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษามีต้นกำเนิดมาจากระบบกฎหมายโรมัน (Roman Law) ระบบกฎหมายเยอรมานิก (Germanic Law) รวมถึงระบบกฎหมายโบราณอื่นๆ ทั้งนี้ Bracton นักกฎหมายชาวอังกฤษเคยอ้างอิงถึงหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหลายครั้งในคดีที่เกิดขึ้นช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 12 ขณะเดียวกันในระบบกฎหมายโรมันก็พบร่องรอยของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาตั้งแต่

ก่อนยุคของจักรพรรดิจัสติเนียนเช่นกัน (Pre-Justinian Period) ดังนั้น คงสรุปไม่ได้ว่า หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษามีต้นกำเนิดมาจากที่ใด ทั้งนี้ นักวิชาการบางส่วนเชื่อว่า โดยสภาพของระบบกฎหมายทุกประเทศจำเป็นต้องสร้างหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาขึ้นมาใช้บังคับเองอยู่แล้ว

หากจะกล่าวถึงหลักกฎหมายอันเป็น “หลักใหญ่” ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแล้ว ชื่อของ “หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา” หรือที่เรียกว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา ย่อมถูกเอ่ยถึงเป็นอันดับแรก ๆ เพราะนอกจากหลักกฎหมายนี้จะเป็นที่รู้จักและยอมรับในระบบกฎหมายทั่วโลกแล้ว บทบาทของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาในการรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ ยังเป็นแรงผลักดันให้ทุกระบบกฎหมายทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายนี้ไปปรับใช้ในระบบกฎหมายของตนไม่ทางใดก็ทางหนึ่งเสมอ “หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา” เป็นหลักกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) อย่างแท้จริง ที่มาเหตุผลและความสำคัญของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา “หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา” เป็นหลักที่ระบบกฎหมายสากลรู้จักกันในชื่อภาษาละตินว่า “Res Judicata” แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “A thing Adjudicated” หรือ “สิ่งที่ถูกตัดสินแล้ว” โดย Black’s Law Dictionary (Garner, 2009 อ้างใน ไกรพล อรัญรัตน์, 2563)

หลัก Res Judicata เป็นหลักที่ตั้งอยู่บนนโยบายพื้นฐาน (Fundamental Policy) ที่สำคัญประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้ คือ

Res Judicata Pro Veritate Occipitur (A Thing Adjudged is Taken for Truth) หมายความว่า สิ่งที่ศาลได้ตัดสินไว้แล้วย่อมถือว่าถูกต้องเป็นจริงตามนั้น ทั้งนี้ เพราะศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อค้นหาความจริงและยุติข้อพิพาทระหว่างประชาชนในสังคม ดังนั้น เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายไว้อย่างไรแล้ว สังคมก็จำเป็นต้องยอมรับและปฏิบัติตามผลของคำพิพากษานั้น หากสังคมใดไม่ยอมรับความถูกต้องของคำพิพากษาเสียแล้ว ประชาชนย่อมไม่สามารถอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขได้ หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาที่กล่าว ถึงข้างต้นล้วนเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของรัฐและประชาชนทั้งสิ้น จึงไม่ใช่เรื่องแปลกที่หลักความเป็นที่สุด

ของคำพิพากษาจะถูกนำไปปรับใช้กับคำพิพากษาทุกคดี ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครองหรือคดีประเภทอื่น ๆ (ไกรพล อริญรัตน์, 2563)

หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษากล่าวคือ ต้องเป็คำพิพากษาที่เด็ดขาด คำพิพากษาที่เด็ดขาด หมายถึงคำพิพากษาที่ศาลซึ่งมีคำพิพากษานั้นเองไม่สามารถกลับ แก้ไข หรือยกเลิกเพิกถอนได้อีก ทั้งนี้เนื่องจากคำพิพากษาที่จะมีสภาพบังคับหรือผลผูกพันได้นั้น จะต้องมีความแน่นอน ไม่มีเงื่อนไข เพื่อที่คู่ความจะสามารถทราบได้ว่า เขาต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่างไร ฉะนั้น คำพิพากษาเมื่อวินิจฉัยออกมาแล้วต้องไม่อาจแก้ไขได้ต่อไปจึงจะถือว่าเด็ดขาด ทั้งนี้ หากคำพิพากษาเมื่อเด็ดขาดแล้ว แม้จะมีการอุทธรณ์ ฎีกา หรือคำพิพากษาที่เกิดจากการฉ้อฉล หรือเกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบ ก็ย่อมถือว่ามีคำพิพากษาเด็ดขาดในคดีแล้ว เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่า คำพิพากษามีผลเมื่อใดหรือจนกว่าคำพิพากษานั้นจะถูกกลับ แก้ไข หรือยกเลิกเพิกถอนแล้วเท่านั้น คำพิพากษาเดิมจึงจะไม่มีผลเด็ดขาดตามหลัก Res Judicata เวลาเริ่มต้นที่คำพิพากษามีผลตามกฎหมายที่ศาลจะไม่อาจกลับ แก้ไข หรือยกเลิก เพิกถอนคำพิพากษาของตนได้อีก โดยทั่วไปย่อมนับแต่เวลาที่ศาลได้อ่านคำพิพากษาในศาล คำพิพากษาย่อมมีผลตามกฎหมายนับแต่นั้น (Le moment) เป็นต้นไป เพราะการเกิดขึ้นของคำพิพากษา ซึ่งเป็นเรื่องใช้อำนาจรัฐอย่างหนึ่งและเป็นการแสดงเจตนาของศาลที่จำเป็นต้องพิจารณาถึงกำหนดเวลาที่ชัดเจนของควมมีผลของคำพิพากษานั้นในแง่กฎหมายซึ่งไม่ใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการระบุดังการเริ่มต้นของสภาพบังคับหรือมีผลผูกพันของคำพิพากษา แต่เป็นกรณีที่จะรู้ว่าศาลได้แสดงเจตนาของศาลเมื่อใด ซึ่งจะเป็นผลให้ศาลนั้น ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไข คำพิพากษาได้อีกต่อไป และคู่ความจะได้ทราบถึงเรื่องสิทธิที่จะอุทธรณ์ ฎีกาของตนว่าจะสามารถกระทำได้เมื่อใด ส่วนกรณีอื่น ๆ ที่คำพิพากษาจะมีผลในเวลาอื่นนอกจากนับแต่เวลาอ่านคำพิพากษาในศาล คำพิพากษาย่อมจะมีผลตามกฎหมายในเวลาเมื่อได้มีการส่งคำพิพากษาไปถึงคู่ความแล้ว (ชาคริต ชันนาโพธิ์, 2554)

สรุป

1. คดีพิพาทฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่ง

เมื่อพิจารณาจำนวนคดีตามประเภทคดีตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ปรากฏว่า กลุ่มคำวินิจฉัยตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) กล่าวคือคำวินิจฉัยที่มีการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบวงเล็บอื่น เป็นกลุ่มคดีที่ปรากฏคำวินิจฉัยมากที่สุด เช่น การแต่งตั้งอธิการบดีไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การแก้หลักเกณฑ์การสอบคัดเลือกโดยไม่มีอำนาจ การพิจารณาไม่อนุมัติตำแหน่งทางวิชาการ การไม่ต่ออายุราชการให้กับอาจารย์ และเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัย การไม่อนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้าน หรือการออกระเบียบที่สร้างภาระเกินสมควร จากการพิจารณาค่าพิพาทกษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของมหาวิทยาลัย ทั้งในกรณีที่มหาวิทยาลัยเป็นผู้ถูกฟ้องคดี และในกรณีที่มหาวิทยาลัยเป็นผู้ฟ้องคดีจำนวน 507 คำวินิจฉัย กลุ่มคำวินิจฉัยตามมาตรา 9 (1) กล่าวคือคำวินิจฉัยที่มีการฟ้องคดีตามมาตรา 9 (1) ประกอบวงเล็บอื่น เป็นกลุ่มคดีที่ปรากฏคำวินิจฉัยมากที่สุด โดยปรากฏคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดจำนวน 222 คำวินิจฉัย โดยเป็นคดีที่มหาวิทยาลัยเป็นผู้ถูกฟ้องคดี 214 คำวินิจฉัย และคดีที่มหาวิทยาลัยเป็นผู้ฟ้องคดี 8 คำวินิจฉัย เป็นต้น (เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2561)

เห็นได้ว่าข้อมูลในปี พ.ศ.2561 ดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในมหาวิทยาลัยที่ยังไม่รวมกับคดีที่เกิดขึ้นกับหน่วยงานทางปกครองแห่งอื่น หากมีการนับจำนวนคดีที่เกิดจากหน่วยงานทางปกครองแห่งอื่นเข้ามาด้วย คดีที่มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) จนถึงปัจจุบันนี้ คดีที่มีคำวินิจฉัยจะต้องมีจำนวนมากกว่าข้อมูลในปี พ.ศ.2561 อย่างแน่นอน

คดีพิพาทที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นี้ หากเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดี โดยศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานทางปกครองจะไม่ปฏิบัติตาม

คำพิพากษาแต่อย่างไรเนื่องจากมีมาตรา 70 วรคสองบัญญัติไว้ ประกอบกับส่วนใหญ่หน่วยงานทางปกครองที่แพ็คดีก็จะอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งไปยังศาลปกครองสูงสุดทำให้คดียังไม่ถึงที่สุด ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีที่ต้องการให้คู่กรณีฝ่ายแพ็คดีปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับต้องไปใช้หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดคดี หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ.2560 ต่อไป ซึ่งศาลอาจจะเห็นด้วยกับคำขอของผู้ฟ้องคดีหรืออาจไม่เห็นด้วยกับคำขอก็ได้แล้วแต่กรณี ดังนั้นผู้ฟ้องคดีกล่าวคือผู้ได้รับความเดือดร้อนหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายซึ่งเป็นผู้ชนะคดีก็ยังคงได้รับความเดือดร้อนหรืออาจเดือดร้อนเสียหายอยู่ เพราะยังต้องรอการบังคับจนกว่าศาลปกครองสูงสุดจะได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะทำให้คดีถึงที่สุด ดังจะเห็นจากคำพิพากษา ดังต่อไปนี้

คดีที่ 1 เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2561 คดีหมายเลขดำที่ บ. 457/2561 คดีหมายเลขแดงที่ บ. 302/2565 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องมหาวิทยาลัยมหิดล และอธิการบดีมหาวิทยาลัยมหิดล กรณีปลดออกจากงานโดยมิชอบ

ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาสรุปใจความได้ว่า พฤติการณ์การกระทำของผู้ฟ้องคดียังรับฟังไม่ได้ว่าเป็นการจงใจหรือเจตนาฝ่าฝืนทางวิชาการของผู้อื่นมาเป็นของตนโดยไม่ได้อ้างอิงแหล่งที่มา กรณีจึงยังรับฟังไม่ได้ว่าเป็นการประทุษร้ายต่อมหาวิทยาลัยมหิดลมีคำสั่งลงโทษปลดผู้ฟ้องคดี ออกจากการเป็นอาจารย์ของมหาวิทยาลัยมหิดลตามคำสั่งมหาวิทยาลัยมหิดล จึงเป็นคำสั่งที่มีชอบ ศาลปกครองกลางจึงมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว (MRG ONLINE, 2565)

คดีที่ 2 เมื่อวันที่ 28 เมษายน 2566 ศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ บ.12/2565 หมายเลขแดงที่ บ.116/2566 ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับสภามหาวิทยาลัยรามคำแหงที่ 1 อุปนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ทำหน้าที่แทนนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่ 2 และนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหงที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่องถอดถอนผู้ฟ้องคดีออกจากตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนมติและคำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองกลางพิจารณาแล้วเห็นว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ถอดถอนผู้ฟ้องคดีออกจากตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองกลางจึงมีคำพิพากษาเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่มีมติดังกล่าว คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก (ศาลปกครอง, 2566)

จะเห็นได้ว่า ทั้งสองคดีนี้เป็นคดีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งทั้งสองคดีนี้หน่วยงานทางปกครองเป็นฝ่ายแพ้คดี ดังนั้นหากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีก็จะต้องรอโดยไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งได้ คู่กรณีฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้นทำได้เพียงยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นได้ ก็ต้องไปใช้หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดโดย ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดคดี หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ต่อไป ซึ่งไม่แน่ว่าเสมอไปว่าศาลจะเห็นด้วยกับคำขอของคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีหรือไม่

ซึ่งมีปัญหาในทางปฏิบัติว่า หากศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองและคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุด การดำเนินการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนจะดำเนินการอย่างไร ในกรณีดังกล่าวหน่วยงานทางปกครองจะต้องพิจารณาคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นว่าให้การเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งมีผลเมื่อใด เช่น ย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือมีเงื่อนไขประการใด และควรงดการดำเนินการตามกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าวไว้ก่อนเพื่อป้องกันปัญหาว่าเป็นการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีดังกล่าวยังไม่มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน

2. เหตุที่ยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น

กรณีศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองของหน่วยงานทางปกครอง หากมีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีก็ยังไม่สามารถได้รับผลจากการที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ เพราะโดยหลักทั่วไปของศาลปกครองไม่ว่าจะเป็นของประเทศเยอรมัน

ประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศไทย คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นยังไม่อาจจะดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งได้หากคดีพิพาทนั้นยังไม่ถึงที่สุด เหตุผลก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี และเพื่อประสิทธิภาพของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น และยังคงมีเหตุผลที่ศาลปกครองของประเทศไทยและประเทศเยอรมันไม่สามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ก่อนคดีถึงที่สุด ในกรณีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเนื่องจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ยังไม่ถึงที่สุดเป็นการใช้อำนาจตุลาการที่ยังไม่แน่นอนชัดเจน ดังนั้นการบังคับคดีเอาไว้ก่อนมีสถานะที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับหลัง (Auflösend Bedingt) กล่าวคือ หากต่อมาในคดีนี้ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้คู่กรณีฝ่ายที่อยู่ในฐานะลูกหนี้ตามคำพิพากษาชนะคดี ซึ่งมีผลทำให้การบังคับคดีของศาลปกครองชั้นต้นสิ้นสุดลง และคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ถึงที่สุดนั้น กรณีเช่นนี้คู่กรณีฝ่ายที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็ต้องรับเอาความเสี่ยงที่เกิดจากการบังคับคดีไว้ก่อนนั้น ซึ่งโดยธรรมชาติของการกระทำทางปกครองนั้นต้องการความแน่นอนชัดเจนที่ไม่อาจจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับหลังดังกล่าวได้ ดังนั้น จึงเป็นการไม่เหมาะสมที่จะให้คู่กรณีฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้นกรณีที่ยังไม่ถึงที่สุดสามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นไว้ก่อนได้ ประกอบกับยังมีหลักกฎหมายเรื่องวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาที่เป็นช่องทางที่คู่กรณีสามารถยื่นคำขอต่อศาลได้อยู่แล้ว

แต่อย่างไรก็ดี ไม่ใช่ทุกกรณีที่สามารใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาได้เช่น กรณีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างไรก็ได้ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ๆ ก่อนการพิพาทคดี จะต้องไม่เป็นคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองดังที่ปรากฏตามคำสั่งที่ คบ.192/2563 มีหมายเหตุท้ายคำสั่งดังนี้ “ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 75 กำหนดว่า “นอกจากกรณีที่กำลังกล่าวในข้อ 69 ในเวลาใด ๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างไรก็ได้ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพาทคดีหรือคู่กรณีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการ

พิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาได้” ตามข้อกำหนดข้างต้นได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้ในกรณีที่คดีนั้นมิใช่เป็นคดีตามข้อ 69 แห่งระเบียบเดียวกัน เมื่อข้อ 69 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่ศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น” และวรรคสองกำหนดว่า “ผู้ฟ้องคดีอาจขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใด ๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง อันจะมีผลเป็นการชะลอหรือระงับการบังคับตามผลของกฎหรือคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว” แล้วกรณี ตามข้อ 69 จึงเป็นคดีที่ฟ้องขอเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ฉะนั้นเมื่อพิจารณาข้อ 75 ประกอบข้อ 69 วรรคหนึ่งและวรรคสองแล้ว คดีที่ผู้ฟ้องคดีจะมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ๆ ก่อนการพิพากษาได้จะต้องไม่เป็นคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง” (อำพน เจริญชีวิตินทร์, 2565)

3. เหตุที่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีไม่อาจยื่นคำขอให้มีการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้นได้

เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองศาลอาจไม่จำเป็นต้องออกคำบังคับ กล่าวคือ ศาลอาจจะไม่ออกคำบังคับหรืออาจจะออกคำบังคับก็ได้ เนื่องจากคำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นในตัวเอง โดยศาลไม่จำเป็นต้องออกคำบังคับให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลแต่อย่างใด พิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติว่า “คำบังคับถ้ามี” น่าจะแปลความได้ว่า คำพิพากษาในบางเรื่องอาจมีกรณีที่ศาลต้องออกคำบังคับหรืออาจไม่มีกรณีที่ศาลออกคำบังคับ เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามคำบังคับก็ได้ เช่น คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองคำสั่งอื่นหรือเพิกถอนกฎ แต่อย่างไรก็ดีกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษา

ถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎ เป็นตามบทบัญญัติมาตรา 72 วรรคสาม ดังนั้นคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎจะต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก่อนถึงจะมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้นได้ (อำพน เจริญชีวิต, 2565)

ดังนั้น หากพิจารณาตามข้อ 3 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ประเภทคดีที่จะมีคำขอได้ ซึ่งในบทความนี้จะพิจารณาเฉพาะคดีที่พิพาทที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีนี้มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด คู่กรณีฝ่ายชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้นที่ยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้นได้ โดยไม่ต้องรอนจนกว่าคดีจะถึงที่สุดนั้น จะต้องเป็นคดีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำบังคับห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างไรก็ดีหากคดีพิพาทนี้เป็นคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนี้แล้ว ศาลไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งทางปกครองเนื่องจากคำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นในตัวเอง โดยศาลไม่จำเป็นต้องออกคำบังคับให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลแต่อย่างใด กรณีนี้จึงเป็นปัญหาหากศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลปกครองชั้นต้นไม่ได้ออกคำบังคับเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น กรณีคู่กรณีฝ่ายแพ้คดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีก็ไม่สามารถที่จะยื่นคำขอให้มีการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 70 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบข้อ 3 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการใน

ศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ได้เพราะจะขัดกับบทบัญญัติในข้อนี้

ในประเทศไทยที่ใช้ระบบ Civil Law มีทัศนะต่อการตีความกฎหมายว่า ถ้อยคำที่คนทั่วไปเข้าใจว่าสามารถแปลได้ตามความหมายธรรมดานั้นเป็นสิ่งที่ไม่น่าอนสมไป เพราะถ้อยคำที่เข้าใจได้ตามความหมายธรรมดานั้น ความจริงแล้วอาจมีความหมายอย่างอื่นได้อีกด้วยและแม้ถ้อยคำที่คน ๆ หนึ่งเห็นอาจมีอีกบางคนที่เห็นว่า ถ้าแปลเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลประหลาด (absurd) แต่สำหรับอีกคนหนึ่งอาจเห็นว่ามีไม่ได้เป็นเช่นนั้นก็ได้ ด้วยเหตุนี้แนวความคิดดั้งเดิมที่เป็นคำกล่าวในภาษาลาตินว่า “in claris non fit interpretario” (เมื่อถ้อยคำมีความชัดเจนแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องตีความ) นั้น ในปัจจุบันนักกฎหมายของระบบ Civil Law เห็นว่ามีได้เป็นเช่นนั้น กล่าวคือประการแรกศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความจะพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรเป็นหลักถ้าปรากฏว่าจากความหมายของถ้อยคำดังกล่าวนั้นจะก่อให้เกิดผลที่ประหลาดหรือความหมายของถ้อยคำนั้นๆมีความหมายกำกวมอาจแปลได้หลายความหมาย หรือบทบัญญัติในกฎหมายนั้นบกพร่องจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างของกฎหมายศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความ ย่อมสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง (อัคราทร จุฬารัตน, 2553)

ประกอบกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้อธิบายเป้าหมายและนิติวิธีของการใช้และการตีความตามกฎหมายไว้ดังนี้ “ทฤษฎีอัตวิสัย (Die Subjektive Theorie)” ซึ่งเป็นทฤษฎีการตีความกฎหมายโดยยึดถือเอาสิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์หรือต้องการเป็นสำคัญโดยอาศัยการพิจารณาค้นหาจากมูลเหตุที่เกี่ยวกับประวัติการร่างกฎหมาย ส่วน “ทฤษฎีภาวะวิสัย (Die Objektive Theorie)” ได้รับการยอมรับจากศาลและฝ่ายวิชาการเป็นอย่างมากเพราะเป็นทฤษฎีการตีความกฎหมายโดยยึดถือเอาตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเองเป็นสำคัญ โดยจะพิจารณาจากเจตจำนงของผู้ร่างกฎหมายที่ได้แสดงให้เห็นอยู่ในตัวบทกฎหมายและในขณะเดียวกันก็ได้ถูกแปลงสภาพให้เป็นภาวะวิสัยแล้ว และเพื่อให้ได้มาซึ่ง “เป้าหมายหรือผลลัพธ์สุดท้ายในการใช้และการตีความกฎหมาย (Auslegungsziel)” ให้ดำเนินการโดยอาศัยการตีความกฎหมายตามความหมายของถ้อยคำ การตีความตามความสัมพันธ์ของกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และจากเอกสารประกอบการร่างกฎหมายและ

ประวัติเกี่ยวกับการร่างกฎหมาย และเพื่อให้ได้มาซึ่งเจตจำนงทางภาวะวิสัยของผู้ร่างกฎหมายแล้ว วิธีการในการใช้การตีความกฎหมายทั้งหลายย่อมสามารถนำมาใช้ได้ทั้งหมด โดยวิธีการในการใช้การตีความกฎหมายทั้งหลายเหล่านั้นไม่ได้จะขัดแย้งกันเอง หากแต่จะได้มีการสร้างเสริมเติมแต่งซึ่งกันและกันในการใช้การตีความกฎหมาย (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2562)

ดังนั้น หากตีความตามข้อ 3 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 โดยใช้การตีความตามตัวอักษรหรือตีความ โดยใช้ “ทฤษฎีภาวะวิสัย (Die Objektive Theorie)” มาใช้ในการตีความว่าการที่ผู้ฟ้องคดีที่เป็นฝ่ายชนะคดีจะยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้นได้ โดยไม่ต้องรอจนกว่าคดีจะถึงที่สุด คู่กรณีฝ่ายชนะคดีจะต้องยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด และจะต้องเป็นคดีที่ศาลปกครองชั้นต้นมี “คำบังคับ” ห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ดังนั้นหากตีความตามตัวอักษรตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสำคัญ ก็จะเห็นได้ว่า หากศาลปกครองชั้นต้นไม่มี “คำบังคับ” โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถ้อยคำ “ห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)” ผู้ฟ้องคดีที่เป็นฝ่ายชนะคดีก็ไม่สามารถที่จะยื่นคำขอตามข้อ 3 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ฟ้องคดีที่เป็นฝ่ายชนะคดีในคดีพิพาทที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะไม่สามารถยื่นคำขอต่อศาลปกครอง เพื่อให้ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้นได้เลย

4. เหตุคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นไม่ผูกพันคู่กรณี

Res Judicata หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือที่เรียกว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษานี้ เป็นหลักที่ตั้งอยู่บนนโยบายพื้นฐาน (Fundamental Policy) ที่สำคัญประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้ คือ Res Judicata Pro Veritate Occipitur (A thing Adjudged is Taken for Truth) หมายความว่า สิ่ง

ศาลได้ตัดสินไว้แล้วย่อมถือว่าถูกต้องเป็นจริงตามนั้น ดังนั้น เมื่อศาลได้มีคำพิพากษา วินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายไว้อย่างไรแล้ว ก็จำเป็นต้องยอมรับและปฏิบัติตาม ผลของคำพิพากษานั้น เนื่องจากหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือที่เรียกว่าหลัก ความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาต้องเป็นคำพิพากษาที่ได้เด็ดขาดเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด เท่านั้น กล่าวคือคำพิพากษาที่ศาลซึ่งมีคำพิพากษานั้นเองไม่สามารถ กลับ แก้ไข หรือ ยกเลิกเพิกถอนได้อีก ทั้งนี้เนื่องจากคำพิพากษาที่จะมีสภาพบังคับหรือผลผูกพันได้นั้น จะต้องมีความแน่นอนไม่มีเงื่อนไข เพื่อที่คู่กรณีจะสามารถทราบได้ว่าเขาต้องปฏิบัติตาม คำพิพากษาอย่างไร ฉะนั้น คำพิพากษาเมื่อวินิจฉัยออกมาแล้วต้องไม่อาจแก้ไขได้ต่อไป แล้ว จึงจะถือว่าเป็นเด็ดขาด ดังนั้นหากมีคู่กรณีอุทธรณ์ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น จึงไม่ผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อคดีปกครองเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง ชั้นต้น ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นต้นต้องมีตุลาการอย่างน้อย 3 คน ที่เชี่ยวชาญเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา ซึ่งจะมีตุลาการ 1 คนจากองค์คณะ เป็นตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อเป็นผู้ดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณีและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเป็นต้น นอกจากนี้ใน กระบวนการพิจารณายังมีตำแหน่งที่มีความสำคัญอีก ได้แก่ตุลาการผู้แถลงคดี ขั้นตอนการ ดำเนินคดีปกครองชั้นต้นจะเริ่มตั้งแต่การตรวจคำฟ้อง การแสวงหาข้อเท็จจริงของ ศาล การสรุปสำนวนและทำคำแถลงการณ์ การนั่งพิจารณาคดีและการแถลงการณ์ สุดท้ายคือการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี จะเห็นได้ว่ากว่าที่ศาลปกครองชั้นต้นจะมี คำพิพากษาออกมาได้ต้องผ่านขั้นตอนต่าง ๆ มากมาย ดังนั้นหากจะถือเฉพาะ คำพิพากษาถึงที่สุดเท่านั้น จึงจะเข้ากับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา ส่วนคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแม้จะมีกระบวนการที่ถูกต้องชัดเจน คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นไม่ศักดิ์สิทธิ์ เห็นว่าไม่น่าจะเป็นเช่นนั้นเสียทั้งหมด เนื่องจากคำพิพากษาศาลชั้นต้นก็ยังคงศักดิ์สิทธิ์ตลอดมา จนกว่าคำพิพากษานั้นมีการ ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข กลับ หรืองดเสียในภายหลัง

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็ยังคงมีความ ศักดิ์สิทธิ์คงอยู่ตลอด จนกว่าจะมีการกลับ แก้ไข ยกเลิก เพิกถอนคำพิพากษาใน ภายหลัง จึงเห็นว่าหากมีการเพิ่มเติมวรรคหรือถ้อยคำในมาตรา 70 เพื่อให้คู่กรณีที่เป็น

ฝ่ายชนะคดีไม่ต้องเป็นผู้ยื่นคำขอให้ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลปกครองชั้นต้น แต่ให้คู่กรณีที่เป็นแพคดีในศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้ยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี โดยให้คู่กรณีฝ่ายแพคดีเป็นผู้ชี้แจงเหตุผลอันสมควรที่จะขอให้มีการรื้อการปฏิบัติตามคำบังคับไว้ และให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคำขอและมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ก็จะทำให้เห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็มีความศักดิ์สิทธิ์เช่นกัน

องค์ความรู้ใหม่และการนำไปใช้ประโยชน์

1. องค์ความรู้ใหม่ในบทความ

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เฉพาะคดีพิพาทที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกรณีออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบหรือขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับกรณนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอันเป็นการฟ้องตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากบทความนี้ทำให้เห็นว่าเพราะเหตุใดคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นไม่ผูกพันคู่กรณี เพราะเหตุใดผู้ฟ้องคดีที่เป็นคู่กรณีฝ่ายชนะคดีไม่สามารถยื่นคำขอให้ศาลปกครองชั้นต้นปฏิบัติตามคำบังคับได้ และเพราะเหตุใดคู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีต้องเป็นผู้ยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหากประสงค์ให้ปฏิบัติตามคำบังคับ

ประกอบกับในบทความนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นยังคงมีความศักดิ์สิทธิ์คงอยู่ตลอด จนกว่าจะมีการกลับ แก้ไข ยกเลิก เพิกถอนคำพิพากษาในภายหลัง การปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นกรณีเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หากมีการแก้ไขกฎหมายให้คู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพคดีเป็นผู้ยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้น หากคู่กรณีฝ่ายแพคดีไม่ต้องการให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาล

ขั้นต้น แทนที่จะให้ฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ยื่นคำขอตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในปัจจุบัน เหตุผลเนื่องจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดหลายคดีที่พิพากษายืนตามศาลปกครอง ขั้นต้นที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีได้เกษียณอายุราชการ คู่กรณีที่มีความรู้ความสามารถบางรายได้ย้ายไปทำงานในหน่วยงานอื่น ทำให้ราชการ สูญเสียบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถ และสภาพจิตใจของคู่กรณีที่ไม่สามารถ เยียวยาได้เพราะบางคดีกว่าที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาใช้เวลาหลายปี เป็นต้น เมื่อชั่งน้ำหนักแล้วจะเห็นได้ว่าหากศาลปกครองขั้นต้นมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของ หน่วยงานทางปกครองแล้ว หากให้คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีได้กลับเข้ามาทำหน้าที่เดิม ของตนจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ชนะคดี ต่อสังคมมากกว่าที่หน่วยงานของรัฐจะได้รับความ เสียหาย

บทความนี้หากเห็นควรให้คู่กรณีฝ่ายแพ้คดีจะต้องผูกพันตามคำพิพากษาหรือ คำสั่งของศาลขั้นต้นจะต้องดำเนินการแก้ไขอีกหลายมาตราที่เกี่ยวข้อง ในส่วนที่ 3 คำพิพากษาหรือคำสั่งคดีปกครอง โดยเฉพาะมาตรา 70 มาตรา 72 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และยังคง พิจารณาซึ่งนำหนักอีกด้วยว่า ระหว่างการที่ศาลปกครองขั้นต้นมีคำพิพากษาเพิกถอน คำสั่งไล่ออกจากราชการแล้ว หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยมีคำสั่งให้ ผู้ฟ้องคดีเข้ามาปฏิบัติราชการแล้ว ต่อมาศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษากลับ คำพิพากษาศาลขั้นต้น หน่วยงานทางปกครองค่อยมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด กับการที่ศาลปกครองขั้นต้นมีคำพิพากษาเพิกถอน คำสั่งไล่ออกจากราชการแล้ว หน่วยงานของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครอง ขั้นต้นโดยอ้างมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีไม่ได้ปฏิบัติราชการตลอดมา หากศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลปกครองขั้นต้น หน่วยงาน ของรัฐจึงได้มีคำสั่งให้ผู้ชนะคดีกลับเข้ามาปฏิบัติราชการตามคำพิพากษาของ ศาลปกครองสูงสุด แต่คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดีเกษียณอายุราชการแล้ว หรือถึงแก่ความ ตายแล้ว เป็นต้น จาก 2 กรณีดังกล่าว กรณีใดเป็นประโยชน์และเกิดความเป็นธรรม แก่ผู้ฟ้องคดีที่สุด และทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าผู้ฟ้องคดีที่เป็นฝ่ายชนะคดีเป็นบุคคล เป็นมนุษย์ มีอารมณ์ ความรู้สึก มีความเหนียวแน่น มีความต้องการที่ดำรงชีวิตต่อไป การที่ผู้ฟ้องคดีชนะคดีในศาลปกครองชั้นต้น เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายชนะคดีใน ศาลปกครองชั้นต้น โดยศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แล้ว กระบวนพิจารณาในศาลปกครองชั้นต้นก็ได้มีการดำเนินการพิจารณาโดยตุลาการ อย่างน้อย 3 คน ที่เชี่ยวชาญเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา ซึ่งจะมีตุลาการ 1 คน จากองค์คณะเป็นตุลาการเจ้าของสำนวน เพื่อเป็นผู้ดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริง จากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณี และรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น จนกระทั่งได้มีคำพิพากษา คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นจึงมีความยุติธรรม ความศักดิ์สิทธิ์อยู่ไม่มากนักน้อย ดังนั้นควรให้ผู้ชนะคดีกลับเข้ามาปฏิบัติงานตาม คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น トラบที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจะได้มี คำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น ผู้ฟ้องคดีที่เป็นฝ่ายชนะคดีก็ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอยู่ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

2. การนำความรู้จากบทความไปใช้ประโยชน์

จากการศึกษาวิเคราะห์ที่ปรากฏในบทความนี้ หากมีการแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายในอนาคตโดยเพิ่มมาตรา 70 วรรคสาม โดยบัญญัติให้ กรณีที่ศาลปกครอง ชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง 9 (1) คู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพ้คดีในศาลปกครองชั้นต้นเป็นฝ่ายยื่นคำขอต่อศาลปกครอง ชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี โดยชี้แจงเหตุผลอันสมควรที่ขอให้มีการรอ การปฏิบัติตามคำบังคับ และให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคำขอและมีคำสั่งตามที่ เห็นสมควร ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุม ใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” และเพิ่มระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการใน ศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดคดี หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอ บังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ข้อ 3/1 คดีที่ศาลปกครอง ชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) เมื่อมีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด คู่กรณีฝ่ายแพ้คดีในศาลปกครองชั้นต้นอาจ ยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดให้มีรอการปฏิบัติตามคำบังคับ

ของศาลปกครองชั้นต้นได้ ส่วนข้อ 4 ข้อ 5 ก็เพิ่มข้อ 3/1 เข้าไป แต่อย่างไรก็ดี การที่จะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนี้ ก็ยังคงต้องศึกษาซึ่งน้ำหนักว่าสิ่งใดจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมต่อประชาชนมากที่สุด

เอกสารอ้างอิง

ไกรพล อรัญรัตน์. (2563). *ผลผูกพันของข้อเท็จจริงในคำพิพากษา*. สำนักพิมพ์วิญญูชน. ชาติกริต ชั้นนาโพธิ์. (2554). *หลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาคดีแพ่ง*.

วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 40(4), 869-883.

มานิตย์ วงศ์เสรี. (2562). *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยแะระบบกฎหมายเยอรมัน* (พิมพ์ครั้งที่ 1).

สำนักพิมพ์วิญญูชน.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

(2542, 5 ตุลาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 116 ตอนที่ 94 ก.

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการกำหนดคดี

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครอง

ศาลปกครอง. (2555). *ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส*.

<http://aclib.admincourt.go.th/article/63e490962d344>.

ศาลปกครอง. (2566). *ข่าวศาลปกครองคดีหมายเลขดำที่ บ.12/2565 หมายเลขแดงที่*

116/2566. [https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/](https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/08hostsuit_detail.php?ids=24244)

08hostsuit_detail.php?ids=24244

สำนักงานศาลปกครอง. (2551). *หลักกฎหมายจากคำพิพากษาคดีปกครองต่างประเทศ*

เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 1). สำนักพิมพ์สำนักวิชาการและความร่วมมือต่างประเทศ.

สำนักงานอัยการสูงสุด. (2564). *การบังคับคดีตามคำบังคับของศาลปกครอง*.

สำนักงานอัยการสูงสุด.

อักษรพร จุฬารัตน. (2553). *การใช้และการตีความกฎหมาย*. สำนักพิมพ์บริษัท

บพิตรการพิมพ์จำกัด.

- อำพน เจริญชีวินทร์. (2565). คำอธิบายการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 6). สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2561). เรียนรู้จากคดีพิพาทในศาลปกครองของมหาวิทยาลัย. สำนักพิมพ์สถาบันคลังสมองของชาติ.
- MRG ONLINE. (2565). มหิดลแพ็คดี ศาลปกครองกลางพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปลด “สุขุมพงศ์ ชาญนุวงศ์” ออกจากงาน พร้อมให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินกว่า 2 ล้านบาท. <https://mgronline.com/online/section/detail/9650000078586>

การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน
ที่มีความหลากหลายทางเพศ: ศึกษากรณีเด็กและเยาวชน
ที่ถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน
Protection of the Rights of Gender Diverse Children
and Youths: A Case Study of Children and Youths
in Detention Center

วรพล วิจิตรพงษ์ชา

Woraphol Wijitpongsa

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: w.wijitpongsa@gmail.com

รับบทความ (Received): 5 เม.ย. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 27 พ.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 28 พ.ค. 2567

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงแนวทางการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร เนื่องจากบุคคลกลุ่มนี้มีความต้องการที่มีลักษณะเฉพาะและมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเด็กและเยาวชนเพศชายและเพศหญิง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกัน เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรได้รับการปฏิบัติที่มีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มี

ความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ โดยการคุ้มครองสิทธิยังคงพิจารณาจากเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว ส่งผลให้เด็กและเยาวชนดังกล่าว ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ จากการศึกษาพบว่า การปฏิบัติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยคำนึงถึงเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว นั้น ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยความเท่าเทียม เคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ ตั้งแต่ขั้นตอนการจำแนกเพศ การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม รวมถึงความต้องการเฉพาะอื่น ๆ

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนเอาไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม และสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ

คำสำคัญ: เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ, อัตลักษณ์ทางเพศ, การคุ้มครองสิทธิ

Abstract

This article investigates guidelines for protecting the rights of juveniles with gender diversity in detention centers, employing a comparative analysis of Australian and United Kingdom legislation. The study focuses on a group with diverse sexual orientations and gender identities beyond the traditional male and female binary, requiring specific considerations for their unique characteristics. In the absence of legislation addressing this complexity in Thailand, diverse juveniles encounter inappropriate practices within detention centers. The research reveals that discrimination based on gender binarism is contrary to constitutional rights and the UNCRC, which advocate for treating diverse

children equally, with dignity, and in alignment with their gender identity throughout processes such as gender identification, physical searches, placement in custody, and addressing specific needs.

Consequently, the findings suggest the imperative for Thailand to establish sui generis legislation tailored to treat children and youths in detention centers appropriately and in accordance with their sexual features.

Keywords: Gender Diverse Children and Youth, Gender Identity, Protection of Rights

บทนำ

ปัจจุบันประเทศไทยมีจำนวนเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมในสถานพินิจฯ ในแต่ละปีจำนวนมากกว่า 1,000 คน (ศูนย์ข้อมูลและสถิติกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน, 2565) แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนนั้น มิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 44 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกเด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจฯ ดังนี้

- (1) แยกเด็กหรือเยาวชนหญิงและชายให้มิต่างหากจากกัน
- (2) แยกเด็กหรือเยาวชนตามอายุ พฤติการณ์ และความร้ายแรงของกระทำความผิด
- (3) แยกเด็กหรือเยาวชนซึ่งมีลักษณะที่อาจเป็นภัยต่อเด็กหรือเยาวชนอื่นไว้ต่างหาก

จากการจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มิได้มีการกล่าวถึงเด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เลย ระบุไว้แต่เพียงเด็กหรือเยาวชนที่เป็นเพศชายและหญิงเท่านั้นทำให้เด็กหรือเยาวชนที่มีความ

หลากหลายทางเพศต้องถูกจำแนกไปอยู่ร่วมกับเด็กหรือเยาวชนที่เป็นเพศชายหรือหญิงตามเพศกำเนิดของตน ซึ่งไม่ตรงกับอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบัน

ในประเด็นถัดมาตามระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 6 ได้กำหนดว่า เด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในสถานที่ควบคุมต้องจัดให้มีการแยกหญิงและชายให้มียุ่อยู่ต่างหากจากกันซึ่งเป็นการแยกตามเพศกำเนิด จึงเกิดปัญหาตามมาว่า ถ้าหากมีเด็กหรือเยาวชนที่เพศกำเนิดเป็นชาย แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิง ก็จะต้องถูกจัดให้อยู่ร่วมกับเด็กหรือเยาวชนเพศชาย ซึ่งผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศดังกล่าวนั้นอาจไม่ได้รับความปลอดภัยและถูกละเมิดสิทธิทั้งด้านร่างกายและจิตใจ ในอีกกรณีหนึ่งการค้นตัวเด็กหรือเยาวชนเมื่อแรกรับตัวตามข้อ 14 ของระเบียบดังกล่าวนั้น ได้คุ้มครองสิทธิเพียงแต่เด็กหรือเยาวชนที่เป็นเพศหญิงเท่านั้นที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้หญิงเป็นผู้ตรวจค้นตัว แต่มิได้คุ้มครองสิทธิของเด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในการถูกตรวจค้นตัว จึงเกิดปัญหาตามมาว่า ถ้าหากมีเด็กหรือเยาวชนที่เพศกำเนิดเป็นชาย แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงก็ต้องถูกตรวจค้นตัว โดยเจ้าหน้าที่ผู้ชายตามระเบียบฯ ซึ่งอาจทำให้การละเมิดเด็กหรือเยาวชนนั้น ได้รับการกระทบกระเทือนทางจิตใจ และซึ่งอาจทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และในอีกกรณีหนึ่ง หากเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้มีการทดสอบฮอร์โมนเพศหรือการรับฮอร์โมนเพศหรือการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ ซึ่งต้องได้รับฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง แต่ในข้อ 18 ของระเบียบดังกล่าว มิได้ระบุไว้ถึงสิทธิในการได้รับฮอร์โมนดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยระบุเพียงแต่ให้เด็กหรือเยาวชนที่เจ็บป่วยนั้นได้รับการรักษา จากการที่ระเบียบนั้นมีได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจน อาจทำให้เด็กหรือเยาวชนดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดนั้นได้ในระหว่างที่ถูกควบคุมซึ่งอาจเกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้นั้นเองได้

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเท่าเทียมและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน เมื่อเทียบกับเด็กและเยาวชนเพศชายและเพศหญิงที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นก็ควรได้รับการคุ้มครองสิทธิจากรัฐอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์

ทางเพศของตน เนื่องจากเป็นกลุ่มที่มีความต้องการเฉพาะที่ไม่เหมือนกับกลุ่มที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงและเป็นกลุ่มที่มีโอกาสถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนได้โดยง่าย

การทบทวนวรรณกรรมและกรอบแนวคิด

1. แนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคนทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้ตัวเอง และในสถานภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคน อันไม่อาจจะพรากเสียได้ ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กลายมาเป็นความหมายจำเพาะและเป็นตัวกำหนดความหมายของความเป็นมนุษย์ไปโดยปริยาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา โดยนักมนุษยนิยมชาวอิตาลีคนที่ชื่อว่า Giovanni Pico Count of Mirandola and Concordia ได้มีแนวความคิดที่ว่า มนุษย์ต่างจากสัตว์ตรงที่มนุษย์มีความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้ ซึ่งเป็นการสะท้อนแนวความคิดที่มีมาแต่สมัยโรมันของ Cicero และจากจุดนี้เองที่ Pico ได้พัฒนาความคิดต่อไปว่า ความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้นี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของมนุษย์โดยแท้ และทำให้มนุษย์สามารถสร้างสรรค์สิ่งต่าง ๆ ขึ้นมาได้ด้วยตนเอง ความสามารถดังกล่าวนี้ ทำให้มนุษย์สามารถพัฒนาตนเองขึ้นมาในบริบทที่เปี่ยมไปด้วยเสรีภาพบนพื้นฐานของความเป็นตัวของตัวเองจนสำเร็จได้ ความสามารถเหล่านี้เองที่ประกอบกันขึ้นมาเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Hominis Dignitas) (บุญศรี ม่วงศรีอุโฆษ, 2549) สำหรับนักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ การแสดงออกถึงการสร้างปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุด เท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริมณฑลดังกล่าว เพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์และเพื่อปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดีขึ้น โดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2562) และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน ได้อธิบายความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เอาไว้ในคดี KPD-Urteil (ไชนันท์ กุลนิติ, 2559)

ว่าเป็นสิ่งมีค่าสูงสุดที่มีอาจล่วงละเมิดได้ เป็นสิ่งซึ่งต้องให้ความเคารพและต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ มนุษย์คือคุณลักษณะส่วนบุคคลที่มีความสามารถในการสร้างชีวิตบนความรับผิดชอบของตนเอง ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลจะต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาคุณลักษณะส่วนบุคคลให้ได้มากที่สุด ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จึงถือได้ว่าเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนุญ กล่าวคือ หากรัฐจะกระทำการใด ๆ นั้นต้องไม่ขัดต่อหลักสูงสุดของรัฐธรรมนุญ เนื่องจากพลเมืองในรัฐนั้น ถือเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐและรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อพลเมืองในรัฐ ในการนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค (บรเรจิด สิงคะเนติ, 2562)

รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 โดยมีใจความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนุญเสมอกัน” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนุญฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอย่างยิ่ง โดยปวงชนชาวไทยต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกันด้วย นอกจากนี้ในมาตรา 26 ยังได้มีหลักว่าการตรากฎหมายนั้นต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนุญ ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ ดังนั้น เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะพลเมืองคนหนึ่ง ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนุญด้วยและการตรากฎหมายนั้น จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กและเยาวชนดังกล่าวนี้ไม่ได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว เห็นว่าอัตลักษณ์ทางเพศถือเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างหนึ่ง โดยเป็นลักษณะหรือคุณค่าเฉพาะที่สืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ (ธรรศนัย อ่อนทอง, 2561) กล่าวคือ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด และไม่ควรถูกละเมิดหรือถูกลดทอนคุณค่า โดยรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 26 ซึ่งเท่ากับว่ารัฐธรรมนุญฉบับนี้ต้องให้ความคุ้มครองอัตลักษณ์ทางเพศ ในฐานะที่เป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยและ

นอกจากนั้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะพลเมืองคนหนึ่งย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย

2. แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและสิทธิผู้ต้องขัง

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) นั้น มีแนวคิดมาจากการที่มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง ซึ่งก่อให้เกิดความวุ่นวายและความไม่สงบสุขในสังคม มนุษย์จึงมีความต้องการที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองมีความปลอดภัย ตลอดจนได้รับสิทธิต่าง ๆ ที่ตนจะพึงมี มนุษย์จึงได้พิจารณาถึงสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นที่มาสำคัญของสิทธิมนุษยชน โดยสาระสำคัญของสิทธิตามธรรมชาติ คือ มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกันมีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ ใครจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดอาจส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นมนุษย์ได้ โดยแนวความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาตินี้มีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติ หมายถึง กฎหมายซึ่งบุคคลอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ กล่าวคือเกิดขึ้นมาเอง โดยมนุษย์มิได้ทำขึ้นเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ

จากแนวคิดของสิทธิมนุษยชนดังกล่าว สามารถให้คำนิยามของสิทธิมนุษยชนได้ว่า สิทธิที่มีตามธรรมชาติซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิซึ่งกำหนดให้แก่บุคคล โดยไม่มีข้อจำกัดในทางลักษณะของตัวบุคคล กล่าวคือ เป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิซึ่งมีความเป็นสากลและมีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือกติกา อนุสัญญา ข้อตกลงต่าง ๆ ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ที่ทุกประเทศทั่วโลกให้การรับรอง (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563)

สิทธิของผู้ต้องขัง (Prisoner Right) เริ่มเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1950 จากการผลักดันของผู้พิพากษา Warren ซึ่งสนับสนุนแนวความคิดสิทธิมนุษยชน โดยเห็นว่าควรขยายสิทธิทางกฎหมายมาสู่หน่วยย่อยของสังคม เช่น ผู้กระทำผิดหรือผู้ต้องขังด้วยและศาลสูงได้เริ่มแทรกแซงการทำงานของคุกในรัฐต่าง ๆ โดยถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องป้องกันสิทธิของผู้ต้องขัง ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา Doyle เคยกล่าวว่า การรักษาสหสิทธิของผู้ต้องขัง ทำให้ศาลต้องระมัดระวังถึงข้อจำกัดที่จะไม่กระทบถึงการดำเนินงานของเรือนจำจะต้องก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังกับเป้าหมายของการคุมขังด้วย (พัชราภรณ์ กองอุบล, 2546) โดยสิทธิของผู้ต้องขังมี

แนวคิดที่ว่าผู้ต้องขังที่ต้องถูกลงโทษได้สูญเสียสิทธิบางส่วนจากการที่ได้รับโทษไป แต่บุคคลเหล่านั้นยังมีสิทธิที่ยังเหลืออยู่อีกจากการถูกลงโทษนั้น มิได้หมายความว่าผู้ต้องขังนั้นสิ้นสิทธิความเป็นมนุษย์ไปเสียทั้งหมดแต่อย่างใด (ธานี วรภัทร์, 2558) ดังนั้นเขาจึงควรได้รับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย การออกกำลังกาย การศึกษา ซึ่งสภาพการคุ้มครองสิทธิปัจจุบันนี้ได้ปรับปรุงไปในทางที่จะคิดในแง่ที่ว่าข้อจำกัดใดบ้างที่มีความจำเป็น ในการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ในปัจจุบันผู้ต้องขังไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างในสิทธิ โดยเฉพาะแต่ควรจะเป็นเรื่องของสมมติฐานเกี่ยวกับเสรีภาพ ในระบบเรือนจำ ซึ่งมีใช้เรื่องของสิทธิของผู้ต้องขัง แต่เป็นเรื่องของการให้เหตุผลสนับสนุนของรัฐ ที่รัฐจะต้องให้เหตุผลสนับสนุนในการแทรกแซงใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคล ภายหลังจากที่ผู้ต้องขังถูกบังคับโทษเขาจะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับ (พิชราภรณ์ กองอุบล, 2546)

ดังนั้น สิทธิของผู้ต้องขังจึงมาจากการแสวงหาหลักเกณฑ์พื้นฐานของความเป็นปัจเจกชน (Individual Basis) โดยการที่ต้องถูกแยกตัวออกไปจากสังคมปกติ ซึ่งผู้ต้องขังจะต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหว เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกับสังคมภายนอก ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของความถูกต้องชอบธรรม ความเหมาะสมในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ความทุกข์ทรมานทั้งด้านร่างกายและจิตใจของผู้ต้องขังที่ได้รับจากการถูกจำกัดเสรีภาพตามกฎหมายต่าง ๆ สิ่งเหล่านี้ได้มีการนำไปสู่การเรียกร้องสิทธิของผู้ต้องขังอันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานรวมทั้งให้มีการเรียกร้องการรับรองสิทธิตามกฎหมายอันพึงมีของบุคคลเหล่านั้นด้วยไม่ว่าเขาจะเป็นเพศสภาพใดก็ตาม

3. การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่ถูกไล่ออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในหลักสากล

3.1 กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง) เป็นกฎที่ปรับปรุงให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของระบบคดีเด็กและเยาวชนในทุกส่วนของโลก อีกนัยหนึ่งเป็นระบบที่อยู่ท่ามกลางความหลากหลายของสภาพแวดล้อม และโครงสร้างกฎหมาย กฎนี้จัดทำสิ่งซึ่งยอมรับกันว่า เป็นหลักปฏิบัติทั่วไปที่ดีในการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชนคือ เป็นเงื่อนไขขั้นต่ำที่สหประชาชาติยอมรับว่า ไม่ว่าจะอยู่

ภายใต้ระบบใดก็เหมาะสม สำหรับการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน ซึ่งกฎดังกล่าวมีส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในสถานพินิจ คุ้มครองเด็กและเยาวชน เช่น ในหลักการทั่วไปมีจุดมุ่งหมายให้ระบบความยุติธรรม เกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน มุ่งเน้นถึงความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชนและให้เกิดความมั่นใจว่า การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนจะได้สัดส่วนกับสภาพแวดล้อม ทั้งของผู้กระทำผิดและความผิดที่ได้กระทำลงไป หลักการที่เกี่ยวกับการสอบสวนและการฟ้องคดี การควบคุมตัวไว้พิจารณาคดีควรเป็นมาตรการสุดท้ายที่จะใช้และควรใช้ในระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยก่อนหน้านั้นควรใช้มาตรการอื่นแทนการควบคุมตัวไว้พิจารณาคดี หลักการบำบัดโดยใช้สถานฝึกอบรมแบบปิด มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีการดูแล การให้ความปลอดภัย การศึกษา ทักษะการทำงานและความช่วยเหลือที่จำเป็นในด้านสังคม อาชีพ จิตใจ การบำบัดรักษา และด้านร่างกายที่คนเหล่านั้นอาจต้องการตาม อายุ เพศ และบุคลิกภาพ เป็นต้น

3.2 กฎของสหประชาชาติว่า ด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพ (กฎแห่งกรุงฮาวานา) ซึ่งมีส่วนที่สำคัญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน เช่น หลักในการจัดการสถานควบคุมเด็กและเยาวชน โดยภายหลังจากกระบวนการแรกรับเด็กหรือเยาวชนควรจะได้รับ การสอบถามข้อมูล รายงานทางจิตวิทยาและรายงานทางสังคม ซึ่งแยกแยะปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะเฉพาะตัว และระดับของการดูแลรวมทั้งการรับทราบ รายงานจากแพทย์ผู้ ซึ่งทำการตรวจเด็กและเยาวชนนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณากำหนดถึงสถานที่ในการควบคุมเด็กและเยาวชนให้มีความเหมาะสมมากที่สุด และในระหว่างการควบคุมเด็กและเยาวชน ซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพมีสิทธิที่จะได้รับ สิ่งอำนวยความสะดวกรวมทั้งบริการต่าง ๆ ซึ่งจะสอดคล้องกับความต้องการทางด้านสุขภาพตลอดจนศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ หลักการดำเนินการด้านสุขภาพ เด็กและเยาวชนทุกคนจะได้รับการดูแลรักษาพยาบาลอย่างเพียงพอ ทั้งในเชิงป้องกันและเชิงรักษาเยียวยา เป็นต้น

3.3 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มีหลักการและเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กควรได้รับ แบ่งออกเป็น 6 หลักการ คือ หลักการทั่วไป หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก หลักการคุ้มครอง

สิทธิทางแพ่ง หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือการกระทำความผิดทางอาญา และหลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส ซึ่งจากหลักการในอนุสัญญาดังกล่าวมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ เช่น หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งปรากฏอยู่ในหลักการทั่วไปที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสถาบันสังคมสงเคราะห์ ศาลยุติธรรม หน่วยงานที่อยู่ในฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ หากต้องมีการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก หลักในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กที่รัฐจะต้องดำเนินการต่อเด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดความอาญา โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้นั้นและกระบวนการหลังจากมีคำตัดสินชี้ขาด จะต้องมีการดำเนินการต่าง ๆ เช่น คำสั่งให้มีการดูแล แนะแนว และควบคุมการให้คำปรึกษา การภาคทัณฑ์ การอุปการะดูแล แผนงานการศึกษาและฝึกอบรมวิชาชีพและทางอื่น นอกเหนือจากการให้สถาบันเป็นผู้ดูแล โดยต้องมีหลักประกันว่า เด็กจะได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เหมาะสมแก่ความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและได้สัดส่วนกับทั้งสภาพการณ์และความผิดของเด็ก (อวิการัตน์ นิยมไทย, 2552)

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนของประเทศไทย

1. ปัญหาการละเมิดสิทธิในการตรวจค้นร่างกาย

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจค้นเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ นั้น พบว่า ได้มีการกำหนดหลักการตรวจค้นดังกล่าวเอาไว้ในระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 14 ซึ่งกำหนดให้เมื่อแรกรับตัวเด็กหรือเยาวชนจะต้องทำการตรวจค้นตัวในสถานที่ที่จัดไว้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นต้องกระทำโดยสุภาพ และการตรวจค้นเด็กหรือเยาวชนหญิงต้องให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น จะเห็นได้ว่า การกำหนดตัวผู้ตรวจค้นเป็นการกำหนดโดยใช้เพศกำเนิดของผู้ถูกตรวจค้นเป็นเกณฑ์ โดยระเบียบดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ ทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความ

หลากหลายทางเพศจะต้องถูกตรวจค้น โดยใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ในการถูกตรวจค้น กล่าวคือ เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชาย แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่เพศชาย ส่วนเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศหญิง แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่เพศหญิง ซึ่งในบางกรณีเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นอาจจะไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกตรวจค้น นอกจากนี้การตรวจค้นโดยใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ยังส่งผลเสียต่อผู้ถูกตรวจค้น กล่าวคือ สร้างความไม่ปลอดภัยให้กับผู้ถูกตรวจค้นทั้งด้านร่างกายและจิตใจ โดยอาจเกิดโอกาสในการถูกล่วงละเมิดทางเพศระหว่างการตรวจค้น และทำให้ผู้ถูกตรวจค้นเกิดความหวาดกลัวต่อเจ้าหน้าที่และไม่ไว้วางใจการดำเนินการของสถานพินิจฯ รวมถึงอาจทำให้แผนการดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนนั้นไม่บรรลุวัตถุประสงค์

เมื่อพิจารณาปัญหาการละเมิดสิทธิในการตรวจค้นร่างกาย ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักสากลแล้ว จะเห็นได้ว่า ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดการดำเนินการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยใช้เกณฑ์เพศกำเนิดของผู้ถูกตรวจค้นในการกำหนดเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นนั้น เป็นการดำเนินการที่ลดทอนคุณค่าและไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และยังละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเขามีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกาย แต่วิธีการตรวจค้นดังกล่าวกลับสร้างความไม่ปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกตรวจค้น และยังเป็น การสร้างความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศ ในส่วนของหลักการสากลนั้น ระเบียบดังกล่าวเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่บัญญัติเอาไว้ในอนุสัญญาสิทธิเด็ก เห็นได้ว่า หลักในการตรวจค้นดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นสำคัญ เนื่องจากหลักในการตรวจค้นที่ได้คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศนั้นสร้างความไม่ปลอดภัยให้แก่ผู้ถูกตรวจค้นมากกว่าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถูกตรวจค้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคุ้มครองสิทธิในร่างกายของผู้ถูกตรวจค้นให้มีความปลอดภัย และมีความมั่นใจในกระบวนการของสถานพินิจฯ มากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ

ของประเทศไทยที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อ ประโยชน์ให้มีความเหมาะสมอัตลักษณ์ทางเพศ โดยสถานพินิจฯ จะต้องดำเนินการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจค้นที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถแสดงความประสงค์ต่อเจ้าหน้าที่ของสถานพินิจได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นตนเอง และหลังจากที่ผู้ถูกตรวจค้นได้ทำการระบุเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นเอาไว้แล้ว การตรวจค้นบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะป็นขั้นตอนแรกจับตัวหรือทุก ๆ ครั้งที่มีการเข้า-ออก จากสถานแรกจับจะต้องให้เจ้าหน้าที่ ซึ่งมีเพศตามที่ถูกตรวจค้นระบุเอาไว้เป็นผู้ตรวจค้นเท่านั้น ทั้งนี้ การตรวจค้นจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ถูกตรวจค้นเป็นสำคัญด้วย

2. ปัญหาการจัดสถานที่ควบคุม

สืบเนื่องมาจากการที่กฎหมายของไทยได้จำแนกเพศของบุคคลตามเพศกำเนิด จึงทำให้มีเพียงแค่เพศชายและเพศหญิงเท่านั้นที่จะได้รับการรับรองสถานะตามกฎหมาย ส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรเด็กและเยาวชนไปยังสถานที่ควบคุมในสถานพินิจฯ นั้นก็ต้องจัดสรรโดยใช้เกณฑ์เพศกำเนิด ซึ่งการพิจารณาจัดสรรสถานที่ควบคุมได้มีการกำหนดเอาไว้ในระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกจับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 6 ซึ่งได้กำหนดให้มีหลักเกณฑ์การจัดสถานที่ควบคุม โดยแยกเด็กและเยาวชนเพศหญิงและเพศชายให้มิต่างกัน และห้ามมิให้ชายเข้าไปในสถานที่ควบคุมเด็กหรือเยาวชนหญิงในเวลากลางคืน เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 44 (1) แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ซึ่งเป็นเรื่องของหลักเกณฑ์การจำแนกเด็กและเยาวชน ซึ่งอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจฯ ที่เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ จากระเบียบข้อ 6 นั้นเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า เป็นการใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการแบ่งแยกให้เด็กและเยาวชนเพศหญิงและเพศชายมิต่างกัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิในด้านความปลอดภัยของเด็กและเยาวชนและป้องกันปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ แต่การใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการจัดสรรนั้น ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิในด้านความปลอดภัยของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งด้านร่างกายและ

จิตใจ เนื่องจากเด็กและเยาวชนซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดก็ยังคงถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดของตนเช่นเดิม กล่าวคือ เด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชายแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมสำหรับเพศชาย ส่วนเด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศหญิงแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมสำหรับเพศหญิง ซึ่งในบางกรณีอาจส่งผลให้ผู้ถูกควบคุมนั้นถูกล่วงละเมิดทางเพศ ถูกทำร้ายร่างกายหรือถูกกลั่นแกล้งได้ ในทางกลับกันผู้ถูกควบคุมนั้นเองก็อาจจะไปทำร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้ถูกควบคุมคนอื่น จนในที่สุดอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในสถานพินิจฯได้และอาจส่งผลให้แผนการดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ได้

เมื่อพิจารณาปัญหาการจัดสถานที่ควบคุมประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักสากลแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักในการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนตามระเบียบดังกล่าว มิได้คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศ ทำให้ผู้ถูกควบคุมมีโอกาสที่อาจจะถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ กล่าวคือ ผู้ถูกควบคุมนั้นอาจถูกละเมิดสิทธิทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ เช่น การล่วงละเมิดทางเพศ การถูกทำร้ายร่างกาย หรือการดูหมิ่นเหยียดหยาม เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน ในส่วนของหลักสากลนั้น กฎแห่งกรุงฮาวานาได้กำหนดให้เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมได้รับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจนสภาพความเป็นอยู่ที่ดีทั้งด้านร่างกายและจิตใจ อีกทั้งอนุสัญญาสิทธิเด็กที่กำหนดว่าหลังจากกระบวนการตัดสินชี้ขาดของศาล เด็กจะต้องมีหลักประกันว่าเด็กจะได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เหมาะสมแก่ความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและได้สัดส่วนกับทั้งสภาพการณ์และความผิดของเด็กซึ่งการจัดสถานที่ควบคุมตามระเบียบดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกฎและอนุสัญญาดังกล่าว เนื่องจากไม่สามารถให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสร้างความเป็นอยู่ที่ดีให้กับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งมีสาเหตุมาจากความไม่ปลอดภัยทั้งด้านร่างกายและจิตใจขณะถูกควบคุม

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุม ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนของประเทศไทย ได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ และได้รับความปลอดภัยทั้งด้านร่างกายและจิตใจขณะถูกควบคุม สถานพินิจควรนำอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมมาพิจารณาร่วมกับเพศกำเนิด ในการกำหนดสถานที่ควบคุมหรือจัดสรรที่อยู่อาศัย ให้แก่ผู้ถูกควบคุมให้มีความ เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละคน ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ถูกควบคุมที่มีความ หลากหลายทางเพศมีความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีขณะถูกควบคุมและเป็นการ ป้องกันปัญหาการทำร้ายร่างกายและปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศในสถานพินิจฯ ได้อีกด้วย

3. ปัญหาการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทย ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงสิทธิ ในการใช้ฮอร์โมนบำบัด เพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทาง เพศในสถานพินิจฯ นั้น พบว่าไม่ได้มีการกำหนดสิทธิในการเข้าถึงฮอร์โมนดังกล่าว เอาไว้อย่างชัดเจน โดยระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงาน สถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 18 ได้กำหนดเอาไว้ เพียงแค่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้รับตัวเด็กหรือเยาวชน ต้องสอบถามเด็กในเรื่องอาการเจ็บป่วย หรือความผิดปกติของสภาพร่างกาย และหากพบว่า มีการเจ็บป่วยที่ต้องได้รับการรักษา โดยเร็วต้องรีบจัดให้การผู้นั้นได้รับการรักษาอย่างทันที่หรือในกรณีที่เกิดกหรือ เยาวชนต้องได้รับการรักษาอย่างต่อเนื่องต้องนำยามาอมอบให้แก่แพทย์ เพื่อให้การรักษา ซึ่งจากข้อกำหนดด้านการรักษาทางการแพทย์ดังกล่าวที่ไม่ได้ระบุเรื่องการเข้าถึงสิทธิใน การใช้ฮอร์โมนเพศเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาใน การตีความของเจ้าหน้าที่ที่ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันได้ กล่าวคือ เมื่อแรกรับตัวหาก เจ้าหน้าที่ตีความว่าการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศนั้น ไม่ได้เป็นเรื่องของโรคหรือ อาการเจ็บป่วยหรือความผิดปกติของสภาพร่างกาย แต่เป็นความต้องการส่วนตัวของ เด็กหรือเยาวชนนั่นเองจะส่งผลให้เด็กหรือเยาวชนนั้น ไม่สามารถใช้ฮอร์โมนเพื่อการ ข้ามเพศได้ในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวและทำให้เกิดผลข้างเคียง จากการใช้ฮอร์โมนอย่าง ต่อเนื่อง เช่น ก่อให้เกิดภาวะขาดฮอร์โมนเพศในร่างกายซึ่งส่งผลต่อ

สุขภาพของกระดูก ร่างกายทรุดโทรม อารมณ์แปรปรวน เป็นต้น ซึ่งอาการเหล่านี้ยังส่งผลให้เด็กและเยาวชนนั้นเกิดภาวะวิตกกังวลหรือโรคซึมเศร้า และอาจทำให้แผนการดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดนั้นไม่บรรลุวัตถุประสงค์ เนื่องจากผู้เข้าบำบัดฟื้นฟูได้รับความทรมาณทั้งด้านร่างกายและจิตใจ จากสาเหตุการไม่ได้รับฮอร์โมนเพศอย่างต่อเนื่อง

เมื่อพิจารณาปัญหาการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชน ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักสากลแล้ว จะเห็นได้ว่า การไม่ได้กำหนดสิทธิในการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศเอาไว้อย่างชัดเจนนั้น ส่งผลให้เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวไม่สามารถใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศได้ และทำให้มีผลถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุม ซึ่งไม่สามารถแสดงออกมาได้อย่างเต็มที่เป็นการไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากทำให้ผู้ถูกควบคุมไม่สามารถแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งถือเป็นคุณค่าเฉพาะที่ติดมากับตัวบุคคลได้อย่างเต็มที่ ซึ่งมีสาเหตุมาจากความไม่ชัดเจนของระเบียบดังกล่าว และเนื่องจากข้อจำกัดของกฎหมายที่เป็นเหตุให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถเข้าถึงสิทธิในการใช้ฮอร์โมนบำบัด เพื่อการข้ามเพศได้และทำให้ส่งผลเสียต่อสุขภาพกายและสุขภาพจิตของผู้นั้น เห็นว่าข้อจำกัดดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ถูกควบคุม ซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่บุคคลเหล่านั้น ควรจะมีสุขภาพกายและสุขภาพจิตที่ดีขณะถูกควบคุมตัว ในส่วนของหลักสากลนั้น กฎแห่งกรุงปักกิ่งกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ดูแลผู้ถูกลิดรอนสิทธิและเสรีภาพที่เป็นเด็กและเยาวชน ดังนั้น ผู้ถูกควบคุมต้องมีสิทธิได้รับการดูแลสุขภาพที่มีมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐจัดให้กับประชาชนทั่วไปและตามแนวปฏิบัติที่ดี กฎแห่งกรุงฮาวานากำหนดให้เด็กและเยาวชนทุกคนจะได้รับการดูแลรักษาพยาบาลอย่างเพียงพอ ทั้งในเชิงป้องกันและเชิงรักษาเยียวยา การที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดให้ผู้ถูกควบคุมเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนดังกล่าว ได้เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักสากลที่กำหนดให้ผู้ถูกควบคุมได้รับการดูแลรักษาที่ดีและเพียงพอ และยังขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีสุขภาพที่ดีทั้งด้านร่างกายและจิตใจขณะถูกควบคุม และได้รับการดูแลสุขภาพที่ตอบสนองต่ออัตลักษณ์ทางเพศ อีกทั้งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ควรให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรในการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจฯ

แนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนของประเทศออสเตรเลีย และสหราชอาณาจักร

1. แนวปฏิบัติในการตรวจค้นร่างกาย

จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย พบว่า ได้มีการบัญญัติขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ในกฎหมาย Children and Young People Act 2008 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในมณฑลนครหลวง โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้การดำเนินการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชน ซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศหรือมีเพศกำกวมนั้น ผู้ถูกตรวจค้นสามารถแสดงความประสงค์ได้ว่า จะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นร่างกายซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจค้นมีส่วนร่วมในการเลือกเพศผู้ตรวจค้น นอกจากนี้ ในมณฑลนครหลวงรัฐทัสเมเนีย และรัฐควีนส์แลนด์ ได้กำหนดให้มีแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยกำหนดให้การตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชน ซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศหรือมีเพศกำกวมนั้น ผู้ถูกตรวจค้นดังกล่าวสามารถแสดงความประสงค์ได้ว่า จะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นร่างกาย การตรวจค้นจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งได้รับการฝึกอบรมรวมถึงต้องมีความรู้เกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้มีความหลากหลายทางเพศด้วยและการตรวจค้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ได้สัดส่วน และเคารพศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดของผู้ถูกตรวจค้น

ในส่วนของสหราชอาณาจักร พบว่า ขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศถูกกำหนดเอาไว้ ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศปี 2019 (The Care and Management of Individuals who are Transgender) โดยระบุว่า การตรวจค้นร่างกายบุคคลข้ามเพศ

ที่ไม่มีใบรับรองเพศสภาพควรให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศซึ่งมีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นเป็นผู้ตรวจค้น กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่ยาวชนซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ แต่ยังไม่ได้รับใบรับรองเพศสภาพการตรวจค้นร่างกายบุคคลดังกล่าว ควรให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศซึ่งมีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น เป็นผู้ตรวจค้น แต่หากบุคคลที่มีใบรับรองเพศสภาพแล้ว การตรวจค้นร่างกายจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศตรงกับเพศสภาพที่กฎหมายรับรอง ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิความปลอดภัยของผู้ถูกตรวจค้น โดยมิได้พิจารณาจากเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว

2. แนวปฏิบัติในการจัดสถานที่ควบคุม

จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย พบว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสถานพินิจฯ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศ หรือ Sex Discrimination Act 1984 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติกับบุคคลโดยมีพื้นฐานจากความแตกต่างทางเพศ และขจัดการคุกคามทางเพศในสถานที่ต่าง ๆ ซึ่งหมายความรวมถึงสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนด้วย นอกจากนี้แล้ว ในมณฑลนครหลวงและรัฐควีนส์แลนด์ ได้มีแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดสถานที่ควบคุมสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยกำหนดให้การจัดที่อยู่อาศัยในสถานที่ควบคุมสำหรับเด็กและเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและผู้ที่มีเพศกำกวมต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุม ซึ่งได้ระบุไว้ในตอนแรกรับด้วย และในการกำหนดที่อยู่อาศัยได้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกควบคุม ผู้ปกครองและเจ้าหน้าที่ได้มีส่วนร่วมในการกำหนดที่อยู่อาศัยให้แก่ผู้ถูกควบคุม โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีเป็นสิ่งสำคัญ

ในส่วนของสหราชอาณาจักร พบว่า ได้มีแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศปี 2019 (The Care and Management of Individuals who are Transgender) ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดสถานที่ควบคุม ได้ให้ความสำคัญกับบุคคลข้ามเพศที่มีรับรองเพศสภาพ โดยบุคคลดังกล่าวจะถูกจัดสรร

ไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศสภาพใหม่ที่ระบุในใบรับรองเพศสภาพ ส่วนบุคคลข้ามเพศที่ยังไม่ได้ใบรับรองเพศสภาพจะต้องถูกจัดสรรไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดก่อน แต่แนวปฏิบัติฉบับนี้ก็เปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวดำเนินการเพื่อขอรับรองเพศสภาพใหม่ตาม Gender Recognition Act 2004 ได้ และหลังจากได้ใบรับรองเพศสภาพแล้วก็สามารถดำเนินการขอย้ายไปยังสถานที่ควบคุมที่เหมาะสมกับเพศสภาพตามใบรับรองได้ ทั้งนี้ กระบวนการจัดสรรดังกล่าว จะต้องผ่านการประเมินจากคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง โดยการพิจารณาการจัดสรรสถานที่ควบคุมจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ถูกควบคุมและบุคคลอื่น ๆ รวมทั้งอัตลักษณ์ทางเพศด้วย

3. แนวปฏิบัติในการรักษาทางการแพทย์และการให้บริการด้านสุขภาพ

จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย พบว่า ในรัฐที่สมเนียงและรัฐควีนส์แลนด์ ได้มีแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงการรักษาทางการแพทย์และบริการสุขภาพสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยได้กำหนดให้เยาวชนที่ถูกควบคุมควรได้รับบริการด้านสุขภาพและบริการเสริมอื่น ๆ ที่เหมาะสม และได้มาตรฐานเทียบเท่ากับศูนย์บริการสุขภาพของชุมชน ไม่ว่าจะ เป็นบริการด้านการแพทย์ ยา และสุขภาพทางเพศ โดยการบริการดังกล่าวต้องตอบสนองต่อความต้องการของเยาวชนในแต่ละคน และการดูแลสุขภาพต้อง สนับสนุนอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นด้วย

ในส่วนของสหราชอาณาจักร พบว่า ได้มีแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศปี 2019 (The Care and Management of Individuals who are Transgender) โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาทางการแพทย์และบริการสุขภาพนั้น ได้กำหนดให้เยาวชนซึ่งได้มีการรักษาที่เกี่ยวข้องกับการข้ามเพศมาก่อนที่จะถูกควบคุม และภายหลังจากการถูกควบคุมก็ควรจะมีการ ดำเนินการรักษาต่อไป โดยการรักษาที่เกี่ยวข้องกับการข้ามเพศ การให้คำปรึกษา รวมถึงการบำบัดด้วยฮอร์โมนภายในสถานที่ควบคุมนั้น ต้องมีมาตรฐานในระดับเดียวกับระบบประกันสุขภาพ

สรุป

เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศที่กระทำความผิดอาญาและต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่การจำกัดสิทธิจะต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ถูกควบคุม ไม่ว่าจะเป็ สิทธิด้านความปลอดภัยในร่างกายและจิตใจ สิทธิด้านการศึกษา หรือการเข้าถึงบริการสุขภาพต่าง ๆ อีกทั้งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการนั้น ต้องไม่ทำให้ฐานะความเป็นมนุษย์หรือพลเมืองของรัฐถูกลดทอนคุณค่าลงไปด้วย ซึ่งทำให้เด็กและเยาวชนกลุ่มนี้ยังคงมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เทียบเท่ากับผู้ที่มิได้ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพทุกประการ โดยอัตลักษณ์ทางเพศก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย เมื่อเป็นเช่นนั้นรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่เป็นการละเมิดหรือลดทอนคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ถูกควบคุมมิได้ แม้แต่ในหลักสากล เช่น กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง) กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชน ซึ่งถูกสิทธิรอนเสรีภาพ (กฎแห่งกรุงฮาวานา) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคน โดยกำหนดให้บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีเพศ เชื้อชาติ ศาสนา หรือมีฐานะทางสังคม อย่งไรก็ต้องได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งหมายความว่ารวมถึงเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศที่ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำความผิดอาญาด้วย แม้พวกเขาจะถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนก็ต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐด้วยความเคารพ ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคำนึงถึงความต้องการพื้นฐานของบุคคลนั้น โดยไม่เลือกปฏิบัติ

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศภายในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน เช่น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 และระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 พบว่า ได้มีการคุ้มครองสิทธิ

ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจฯ เอาไว้อย่างครอบคลุมในทุก ๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นสิทธิในความปลอดภัย สิทธิที่จะได้รับการศึกษา สิทธิที่จะได้รับอาหารตามหลักโภชนาการ สิทธิที่จะมีสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดี เป็นต้น แต่การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวขึ้นอยู่กับที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการจำแนกเพศ โดยใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ในการแบ่งเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ กล่าวคือ ในการควบคุมเด็กและเยาวชนจะแยกเพศชายและเพศหญิงออกจากกัน ทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามเพศกำเนิดของตน และไม่มีบทบาทนิติแนวทางการคุ้มครองสิทธิสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะ จึงส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิและทำให้เกิดความไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมและทำให้ผู้ถูกควบคุมดังกล่าว เสี่ยงต่อการถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน ดังนี้

1. การตรวจค้นร่างกาย กล่าวคือ เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชาย แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่เพศชาย ส่วนเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศหญิง แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่เพศหญิง

2. การจัดสถานที่ควบคุม กล่าวคือ เด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชาย แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิด จะถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมสำหรับเพศชาย ส่วนเด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศหญิง แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมสำหรับเพศหญิง

3. การเข้าถึงฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ กล่าวคือ เมื่อแรกจับตัวหากเจ้าหน้าที่ตีความว่า การใช้ฮอร์โมนบำบัด เพื่อการข้ามเพศนั้นไม่ได้เป็นเรื่องของโรคหรืออาการเจ็บป่วย หรือความผิดปกติของสภาพร่างกาย แต่เป็นความต้องการส่วนตัวของเด็กหรือเยาวชนนั่นเอง จะส่งผลให้เด็กหรือเยาวชนนั้นไม่สามารถใช้ฮอร์โมนเพื่อการข้ามเพศได้ในระหว่างที่ถูกควบคุมตัว และทำให้เกิดผลข้างเคียง จากการที่ไม่ได้รับฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง เช่น ก่อให้เกิดภาวะขาดฮอร์โมนเพศในร่างกาย ซึ่งส่งผลต่อสุขภาพของกระดูก ร่างกายทรุดโทรม อารมณ์แปรปรวน เป็นต้น

จากการศึกษากฎหมายของออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร พบว่า ทั้งสองประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายและกำหนดแนวปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ เอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็น ขั้นตอนการตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม และการเข้าถึงฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ ซึ่งการดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ ได้คำนึงความปลอดภัยและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นด้วย จากการที่ทั้งสองประเทศได้มีบัญญัติของกฎหมายและกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์เพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น มีความสอดคล้องและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ ในกรณีนี้ สามารถนำแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับการคุ้มครองสิทธิผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ของประเทศไทยได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสากล และเพื่อให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเหมาะสม เท่าเทียม และเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนี้

1. การตรวจค้นด้านร่างกาย เห็นควรให้ผู้ถูกตรวจค้นสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการตรวจค้นตนเองได้ว่า จะให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงหรือเพศชายเป็นผู้ตรวจค้นและให้ผู้ถูกตรวจค้นระบุเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้น ตั้งแต่ขั้นตอนของการจัดทำข้อมูลเมื่อแรกจับตัว โดยเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ผู้นั้นทราบถึงสิทธิในการระบุเพศผู้ตรวจค้นด้วย ทั้งนี้ การตรวจค้นต้องดำเนินการ โดยคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและความปลอดภัยของผู้ถูกตรวจค้น

2. การจัดสถานที่ควบคุม เห็นควรให้สถานพินิจดำเนินการจัดสถานที่ควบคุมเด็กหรือเยาวชนที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดให้มีที่อยู่ที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและความปลอดภัยของเด็กหรือเยาวชนนั้นเป็นสำคัญ

3. การเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ ควรกำหนดให้เด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งแพทย์วินิจฉัยว่า ต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่องหรือผู้ที่แพทย์วินิจฉัยว่าเป็นโรค Gender Dysphoria และจำเป็นต้องได้รับการรักษาด้วยวิธีการให้ฮอร์โมนบำบัดขณะถูกควบคุม บุคลากรทางการแพทย์ต้องจัดให้ผู้

นั้นต้องได้รับฮอร์โมนบำบัดรวมถึงการให้คำปรึกษาและคำแนะนำต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับอนามัยส่วนบุคคลสำหรับเด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ

เอกสารอ้างอิง

- ไชยันต์ กุลนิตติ .(2559) .ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยศาลรัฐธรรมนูญ. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, (52)18, 65-88.
- ธรรณัย อ่อนทอ. (2561). *การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง: ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ*. [วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:165944
- ธานี วรรภทร. (2558). *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก* (พิมพ์ครั้งที่ 3). สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- บุญศรี มีวงศ์โฆษ. (2549). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พัชราภรณ์ กองอุบล. (2546). *สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามรัฐธรรมนูญ*. [วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. <http://library.nhrc.or.th/ulib/dublinfull.php?f=all&ID=7162>
- ศูนย์ข้อมูลและสถิติกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน. (2565). *รายงานสถิติคดีประจำปี พ.ศ. 2565*. <https://www.djop.go.th/navigations/>
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2563). *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 18 ศาลรัฐธรรมนูญยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย หัวงโยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน*. แอคทีฟ พรินท์ จำกัด.
- อิกิการ์ตัน นิยมไทย. (2552). *อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้*. *วารสารจุลนิติ*, 6(4), 139-149.

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการบุกรุก
ที่ดินสาธารณะประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน
Legal Measure to Control Encroachment on
Public Land under the Land Code

สรไกร บำเพ็ญบุญ, สุธี อยู่สถาพร

Sorakri Bumpenboon, Suthee Usathaporn

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: 500000login@gmail.com,

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: Setedusud26@gmail.com

รับบทความ (Received): 11 เม.ย. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 30 พ.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 31 พ.ค. 2567

บทคัดย่อ

บทความนี้นำเสนอปัญหาการกระทำความผิดฐานบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน การบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันนั้น ปรากฏว่ามีแนวโน้มสูงขึ้น ทั้งจากประชาชนและผู้นำชุมชน โดยไม่คำนึงถึงบทลงโทษตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 108 และมาตรา 108 ทวิ ซึ่งส่งผลกระทบต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมในสังคม และภาครัฐไม่สามารถที่จะนำที่ดินที่ถูกบุกรุกมาใช้ประโยชน์เพื่อส่วนรวมได้ ทั้งยังสูญเสีย

งบประมาณแผ่นดินเพื่อดำเนินมาตรการต่าง ๆ ในการจัดการกับผู้บุกรุกโดยไม่จำเป็นอีกด้วย

พิจารณาแล้วเห็นควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยกำหนดการควบคุมการบุกรุกที่ดิน สาธารณประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน และกำหนดการระวางโทษอันเหมาะสม เพื่อดำเนินการยับยั้งผู้ที่จะกระทำการบุกรุกให้เกิดความเคารพและเกรงกลัว ในการที่จะกระทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย ซึ่งจะต้องได้รับโทษทางกฎหมาย ทั้งนี้ ภาครัฐควรดำเนินการจัดทำแผนที่แนวเขตที่ดินของรัฐแบบบูรณาการ โดยดำเนินการให้มีประสิทธิภาพในการบริหาร จัดการ และดูแลที่ดินของรัฐด้วย

คำสำคัญ: การบุกรุก, ที่ดินของรัฐ, สาธารณสมบัติ, ความผิดและการระวางโทษ แนวเขตที่ดิน

Abstract

This article presents problems concerning the criminal liability of individuals committing crimes of encroachment on land that is public property for the common use of citizens. Encroachment on land that is public property for common use by citizens appears to have an upward trend, both from citizens and community leaders. Such land encroachment does not take into account the penalties under the Land Code, Section 108, and Section 108 bis, which affect environmental problems in society. And the government sector is unable to use encroached land for public use. It also wastes the national budget to take measures to deal with unnecessary intruders.

We have considered and agreed that legal measures should be established that are appropriate and consistent with the current situation by providing control of encroachment on public land under the Land Code and determining the proper punishment to act to deter those who

would commit intrusion, to make respect and fear of infraction or violating the law, which has to be punished by law. In this regard, the government sector should proceed with the preparation of an integrated State land boundary map with efficiency in the administration, management, and care of State land as well.

Keywords: Encroachment, State Land, Public Property, Offenses and Punishment, Land Boundary

บทนำ

ประเทศไทยมีพื้นที่ทั้งหมดประมาณ 320.70 ล้านไร่ (รวีวรรณ รักถิ่นกำเนิด, 2557) ที่ดินจัดเป็นทรัพยากรธรรมชาติ (Natural Resource) ที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศ เป็นพื้นฐานการดำรงชีวิตทั้งปัจจัยการผลิต (Factors of Production) ในภาคเกษตรกรรม อุตสาหกรรม และเชิงพาณิชย์ ที่ดินของประเทศไทยอาจจำแนกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ (1) ที่ดินของรัฐ (State Land) หมายถึง ที่ดินอันเป็นอาณาเขตในบริเวณทั้งหมดที่เป็นราชอาณาจักรของประเทศไทย และที่อยู่ภายใต้อธิปไตยของประเทศ ซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใดยังไม่ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (กรมที่ดิน สำนักจัดการที่ดินของรัฐ, 2562) และ (2) ที่ดินของเอกชน (Private Land) หมายถึง ที่ดินที่มีการออกเอกสารสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน เช่น โฉนดที่ดิน เป็นต้น ซึ่งเป็นที่ดินที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ได้มาจากการจัดซื้อหรือเวนคืน รวมถึงที่ราชพัสดุ ที่บริจาค และที่ดินพระราชทาน เพื่อนำไปจัดที่ดินให้เกษตรกรเช่าเมื่อเกษตรกรมีความพร้อมและมีความประสงค์ก็จัดให้เกษตรกรเช่าซื้อเพื่อนำไปสู่กรรมสิทธิ์ (สำนักการจัดการปฏิรูปที่ดิน สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม, 2564) และสถิติประชากรในประเทศไทยซึ่งมีการรวบรวมไว้เมื่อ พ.ศ. 2566 มีจำนวนประชากรประมาณ 66.09 ล้านคน (กรมการปกครอง สำนักบริหารการทะเบียน, 2566) แต่การจัดการโครงสร้างที่ดินของประเทศไทยกลับปล่อยให้รัฐและอำนาจทุนเข้าถือครองที่ดินได้อย่างไม่จำกัด สร้างความไม่เป็นธรรมให้กับสังคมและก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้มีโอกาสกับผู้ด้อยโอกาสในการ

เข้าถึงการต่อรอง การจัดการทรัพยากรต่าง ๆ ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรม และมีแนวโน้มขยายตัวอย่างต่อเนื่อง ราษฎรประสบปัญหาไม่มีที่ดินทำกิน จึงอาจก่อให้เกิดการบุกรุกที่ดินของรัฐได้ ในขณะที่นายทุนหรือผู้มีอำนาจครอบครองที่ดินมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ

การบุกรุกที่ดินของรัฐอาจก่อให้เกิดความเสียหายหลายประการ เช่น การบุกรุกที่ดินประเภทที่ป่าไม้ ย่อมมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และเป็นธรรมชาติ โดยเป็นการตัดวงจรการดำรงชีวิตของสัตว์ ทำลายแหล่งอาหาร พืชพันธุ์ธรรมชาติ พืชพันธุ์ธัญญาหาร และแหล่งต้นน้ำให้หมดสิ้นไป (จันทร์สม จันทร์อินทร์, และสังเวียน เทพผา, 2564) หากบุกรุกที่ดินบริเวณลำรางสาธารณะ อาจก่อให้เกิดปัญหาการตันเขินของแหล่งระบายน้ำ เป็นเหตุให้เกิดอุทกภัย เนื่องจากไปขัดขวางการระบายน้ำ และอาจเป็นสาเหตุของน้ำเน่าเสียได้ เพราะมีขยะมูลฝอยเป็นจำนวนมากที่ไม่ได้ถูกกำจัดอย่างถูกวิธี ทั้งนี้ มีการบุกรุกและเข้าครอบครองที่สาธารณะโดยมีแนวโน้มสูงขึ้นทำให้เกิดข้อพิพาท ส่งผลให้หน่วยงานของรัฐ (State Agencies) ต้องจัดหางบประมาณเพื่อดำเนินการยุติปัญหาดังกล่าว นอกจากนี้ ปัญหาดังกล่าวยังอาจมีส่วนมาจากการที่มีหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่และมีบทบาทบัญญัติกฎหมายกำหนดการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องทับซ้อนกัน ทำให้การบริหารจัดการขาดประสิทธิภาพ และขาดการประสานงานที่ดีของหน่วยงานที่รับผิดชอบ ก่อให้เกิดปัญหาการใช้ที่ดินผิดประเภท และมีการบุกรุกที่ดินของรัฐปรากฏอยู่เป็นจำนวนมาก เนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้อย่างเต็มที่ โดยอาจขาดความรู้และความเข้าใจทางกฎหมายอย่างเพียงพอ ประกอบกับการที่ไม่ได้รับความร่วมมือจากราษฎรในพื้นที่เท่าที่ควร บางกรณีมีการกล่าวอ้างว่า ตนได้ครอบครองที่ดินมาตั้งแต่บรรพบุรุษ และเมื่อครอบครองนานเข้าการที่จะให้อพยพหรือย้ายไปอยู่ที่อื่นก็เป็นไปได้อย่างยากลำบาก รวมถึงไม่ยอมออกจากที่ดินที่ครอบครองไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และขัดขวางต่อการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ จึงเป็นส่วนที่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่สามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้ ก่อให้เกิดปัญหาการบุกรุกเข้าครอบครองที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างต่อเนื่อง ซึ่งในบางกรณีผู้ที่เป็นราษฎรอาจทำการบุกรุกที่ดินของรัฐโดยไม่ได้ขาดแคลนที่ดินทำกิน แต่เป็นการบุกรุกเพื่อจับจองพื้นที่ ตัดไม้ทำลายป่า เผาป่า และ

ปลูกพืชเศรษฐกิจของกลุ่มนายทุน จนทำให้ราษฎรอื่นที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ต้องเดือดร้อน (อนันต์ อภิชัยนันท์, 2556) การบุกรุกที่ดินของรัฐอันสืบเนื่องมาจากผู้มีอิทธิพล ข้าราชการ นักการเมือง และนิติบุคคลที่ประกอบกิจการทางธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ หรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ที่ดูแลรักษาที่ดินของรัฐก็อาจร่วมกระทำความผิดเกี่ยวกับการบุกรุกที่ดินของรัฐ ซึ่งในบางกรณีอาจมีการซื้อขายที่ดินโดยมี ผู้ปกครองท้องถิ่นเป็นนายหน้าซื้อขายที่ดินเสียเอง

หากไม่มีมาตรการกำหนดโทษที่เพียงพอในการป้องกันและปราบปรามแล้ว อาจไม่มีที่ดินอันเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินที่มีจำนวนเพียงพอต่ออนุชนรุ่นหลัง ดังนั้น จึงควรมีมาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากบทบัญญัติของกฎหมาย มีความชัดเจนและเพียงพอต่อการใช้บังคับแล้ว กฎหมายดังกล่าวย่อมมีบทบาทในการ ป้องกันทรัพย์สินของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ที่ดินบางลักษณะอาจมี กฎหมายเกี่ยวข้องหลายฉบับ ซึ่งส่งผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ ไม่สามารถควบคุมดูแลได้ อย่างทั่วถึง เนื่องจากมีความทับซ้อนของอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในแต่ละส่วน นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความชัดเจนและขจัดปัญหาการทับซ้อนของ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวแล้ว อีกประการหนึ่งใช้นิติวิธีทางกฎหมาย (Juristic Method) คือ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการลงโทษทางอาญา โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมระวางโทษจำคุก และโทษปรับให้สูงขึ้นในกรณีที่ได้มีการบุกรุกเข้าไปในที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของ แผ่นดินซึ่งมิได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดูแลที่ดินดังกล่าว อาจ กำหนดระวางโทษให้เหมาะสมกับความเสียหายหรือการ กระทำที่มีผลกระทบต่อที่ดิน ดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่มีความ เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ ยังเป็นการปกป้องรักษาที่ดินของรัฐและดูแลให้เกิดความสงบ เรียบร้อย โดยไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐและประชาชนโดยส่วนรวม พิเคราะห์แล้ว เห็นควรสนับสนุนให้มีการปรับปรุงและจัดทำแผนที่แนวเขตที่ดินของรัฐแบบบูรณาการ (One Map) เพื่อจะได้ใช้เป็นแผนที่มาตรฐานในการดูแลรักษาที่สาธารณสมบัติของ แผ่นดินต่อไป

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

จากปัญหาการบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เกิดขึ้นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เป็นที่ยอมรับว่า มีราษฎรเข้าไปครอบครองทำประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะที่ดินประเภทพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งเป็นที่เลี้ยงสัตว์ ป่าช้าสาธารณประโยชน์ หรือหนองน้ำสาธารณประโยชน์ บางพื้นที่อาจจะถูกบุกรุกเข้ายึดถือบางส่วน และบางพื้นที่อาจเป็นการเข้าไปยึดถือครอบครองทั้งแปลง การกระทำในลักษณะดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศ ซึ่งทำให้ไม่สามารถขับเคลื่อนหรือพัฒนาประเทศได้อย่างต่อเนื่อง เนื่องจากที่ดินของรัฐอาจใช้เพื่อเป็นที่ตั้งสถานที่ทำการของหน่วยงานราชการ โรงพยาบาล สนามกีฬา หรือนำไปใช้เพื่อพัฒนาด้านอื่น ๆ หากขาดมาตรการดูแลที่เหมาะสมแล้ว ย่อมมีอาจควบคุมการกระทำที่เป็น การบุกรุกที่ดินดังกล่าวได้

ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน นั้นอาจเกิดขึ้นหรือมีที่มาได้ 4 ประการ ดังนี้

(1) เกิดขึ้นจากสภาพของธรรมชาติ หมายถึง เป็นไปตามธรรมชาติของทรัพย์สินนั้นเอง

(2) เกิดจากการใช้ร่วมกันของประชาชน หมายถึง เกิดจากการใช้ร่วมกันของประชาชนซึ่งต้องเป็นการใช้ประโยชน์ร่วมกันอย่างต่อเนื่องในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยติดต่อกันเรื่อยมาพอสมควร

(3) การได้มาทางนิติกรรม ไม่ว่าจะเป็นการอุทิศให้โดยตรง หรือการอุทิศโดยปริยาย

(4) การได้มาโดยผลของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการประกาศเพื่อสงวนหวงห้ามหรือกระทำโดยการเวนคืน ทั้งนี้ เมื่อที่ดินตกเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว กฎหมายต้องให้ความคุ้มครองมากกว่าที่ดินที่เป็นของเอกชน ความคุ้มครองดังกล่าว เช่น ห้ามโอนสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ห้ามมิให้ยกอายุความขึ้นต่อสู้กับแผ่นดิน ห้ามมิให้ยึดทรัพย์ของแผ่นดิน และไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาล

อย่างไรก็ตาม ที่ดินในลักษณะดังกล่าวอาจสิ้นสภาพไปจากการเป็นที่ดินของรัฐได้ หากเป็นการพ้นไปโดยสภาพของตัวทรัพย์สินเอง หรือเป็นการพ้นสภาพไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน

ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นมีอยู่หลายประเภท แต่ที่ดินประเภทดังกล่าวต่างมีความมุ่งหมายที่จะสงวนไว้ใช้ประโยชน์เพื่อสาธารณะ จึงมีการกำหนดให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ รวมถึงได้มีการมอบหมายหรือมีการกำหนดหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย ดังนี้

- (1) เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511
- (2) เป็นไปตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518
- (3) ที่รโหฐานในราชสำนัก ซึ่งเป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยที่รโหฐานในพระราชสำนัก ร.ศ. 131 และที่เพิ่มเติม พ.ศ. 2457
- (4) เป็นไปตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496
- (5) เป็นไปตามพระราชบัญญัติกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528
- (6) เป็นไปตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537
- (7) เป็นไปตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540
- (8) เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542
- (9) เป็นไปตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2547
- (10) หน่วยงานที่กฎหมายให้อำนาจหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะในการดูแลรักษาที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สำหรับมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำใดสามารถกระทำได้และสิ่งใดหากกระทำแล้วถือเป็นความผิด และต้องได้รับโทษตามกฎหมายนั้น ได้แก่ กฎหมายอาญา ซึ่งกฎหมายอาญามีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องหลายประการ เช่น

- (1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) เป็นหลักการการลงโทษอันเก่าแก่ที่สุด (เกียรตินิจจร วัจนะสวัสดิ์, 2551) เมื่อได้ตัดสินใจกระทำแล้ว มีความเชื่อว่า ผู้ที่กระทำผิดเป็นผู้ที่มีความชั่ว ซึ่งสมควรได้รับผลร้ายให้สาสมกับความชั่วที่ได้กระทำลงไป ยิ่งความผิดที่ก่อขึ้น มีความรุนแรง โทษก็ควรมีความรุนแรงมากขึ้นตามไปด้วย รูปแบบการลงโทษจึงมีลักษณะรุนแรงเพื่อให้สมกับความผิด

ตามที่ได้กระทำ ซึ่งในสมัยก่อนการลงโทษรุนแรงแบบนี้ เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (an Eye for an Eye, a Tooth for a Tooth) (นัทธี จิตสว่าง, 2545)

(2) การลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง (Deterrence) หรืออาจเรียกว่า ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory) เป็นทฤษฎีที่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้งมิให้ผู้กระทำผิดกระทำความผิดซ้ำอีก ก่อให้เกิดการเข็ดหลาบเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำผิด ทั้งยังส่งผลเป็นการเตือนหรือยับยั้งมิให้บุคคลอื่น ๆ ที่อาจจะทำตามอย่างผู้กระทำผิด เนื่องจากหากกระทำผิดในความผิดเดียวกันก็จะถูกลงโทษในลักษณะเดียวกัน

(3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacitation) หรือทฤษฎีการลงโทษโดยตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม (Removal from Society) การป้องกันสังคมหรือการตัดโอกาสกระทำผิดตามทฤษฎีนี้ มีวัตถุประสงค์หรือมีหลักการสำคัญว่า อาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นหากไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสในการกระทำความผิด เป็นการลงโทษกับผู้กระทำผิดโดยตัดออกจากสังคมไปตลอดหรือเป็นช่วงเวลาหนึ่ง ซึ่งทำให้สังคมโดยรวมมีความปลอดภัย และสมาชิกที่อยู่ในสังคมรู้สึกพึงพอใจในการที่เห็นผู้กระทำความผิดได้รับโทษและยังถูกกักขังออกจากสังคม อีกทั้งการลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสในการกระทำผิดนี้ยังมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขวัญยับยั้งอีกด้วย เนื่องจากเมื่อผู้กระทำความผิดถูกกักขังออกจากสังคม จะทำให้ผู้อื่นที่คิดว่าจะกระทำผิดเช่นเดียวกันเกิดความเกรงกลัว และยับยั้งการกระทำผิด โดยไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างอีก รูปแบบการลงโทษก็จะต้องมีประสิทธิภาพในการตัดโอกาสมิให้บุคคลนั้นกระทำความผิดอีกเช่นเดียวกัน อาทิ การลงโทษประหารชีวิต การเนรเทศ หรือการจำคุกที่มีระยะเวลาที่พอจะเชื่อได้ว่า จะไม่สามารถกลับมากระทำความผิดซ้ำได้อีก

(4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) สำหรับแนวความคิดการลงโทษนี้ไม่ได้เน้นการลงโทษ เป็นหลัก แต่พิจารณาว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วยที่ต้องการการเยียวยารักษา (Treatment) เพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับเข้าสู่สังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ผู้นั้นกลับมาเป็นสมาชิกที่ประกอบอาชีพโดยสุจริตต่อไปได้ ซึ่งมีแนวทางว่าการลงโทษไม่ควรไปกระทำกับผู้กระทำผิดในลักษณะที่เป็นวัตถุ แต่ควรปฏิบัติในฐานะที่เป็นมนุษย์ด้วยกัน (ชัยวัฒน์ ศิริวัฒน์กุล, 2543) การลงโทษเพื่อมี

วัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดมาแล้วหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบาก หรือได้รับผลร้ายด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่น่าจะทำให้คนประพฤติตัวดีขึ้น หรือสำนึกในการกระทำที่ไม่ดีของตนเอง (ธานี วรภัทร, 2553)

หลักกฎหมายไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

1. หลักกฎหมายไทย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น หากพิจารณาแล้วพบว่า ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่กำหนดในส่วนเกี่ยวข้องกับการบุกรุก คือ มาตรา 362 ถึง มาตรา 366 เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 มีองค์ประกอบที่สำคัญ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน ดังนี้

1.1 ส่วนที่หนึ่ง ต้องมีเจตนาที่จะเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน การเข้าไปนี้ต้องเป็นการเข้าไปทั้งตัว ถ้าเพียงแต่ยื่นมือหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายรุกเข้าไปนั้น ยังไม่ถือว่าเป็นการบุกรุก หรือเพียงแต่ใช้ขวดขว้างและใช้มีดฟันประตูห้องพักของผู้เสียหายโดยเรียกให้ผู้เสียหายออกมาพูดคุยและขู่ฆ่า ซึ่งไม่ได้เข้าห้องพัก ถือว่าไม่ผิดฐานบุกรุก

1.2 ส่วนที่สอง เจตนาในการเข้าไปกระทำการใดอันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นโดยปกติสุข หากจะพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยมีบทบัญญัติในมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินว่าด้วยการขออนุญาตเข้าไปยึดถือครอบครอง และ/หรือนำทรัพยากรในที่ดินของรัฐ ซึ่งตนเองมิได้มีสิทธิครอบครองไปใช้โดยเสียค่าตอบแทนให้แก่รัฐ ซึ่งมาตรา 108 วางหลักว่า ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 9 อยู่ก่อนวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2515 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดินโดยบัญญัติโทษที่ลงแก่ผู้บุกรุกที่ดินของรัฐไว้ในมาตรา 108 และมาตรา 108 ทวิ แบ่งเป็น 2 กรณี คือ (1) ดำเนินการกับผู้บุกรุกที่ดินของรัฐ ซึ่งได้ฝ่าฝืนก่อนการประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 96 และดำเนินการกับผู้บุกรุกที่ดินของรัฐซึ่งได้ฝ่าฝืนประกาศ

ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 96 ต้องระวางโทษจำคุก หรือปรับเงิน หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามแต่กรรมนั้น ๆ

2. หลักกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับที่ดินของรัฐในต่างประเทศแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (ซ็ยว์ฌน์ วงศ์วัฒนศานต์, 2533) ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น ทรัพย์สินทุกชนิดถือว่าเป็นทรัพย์สินของกษัตริย์ โดยได้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับให้ความคุ้มครองทรัพย์สินดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนใน Édit de Juin และห้ามประชาชนอ้างอายุความขึ้นต่อสู้ (Thomas, 1976) ซึ่งนักกฎหมายฝรั่งเศสได้นำหลักกฎหมายของโรมัน (Roman Law) มาศึกษา และภายหลังได้คิดค้นทฤษฎีเรื่องทรัพย์สินสาธารณะ (Choses Publiques) โดยเห็นว่า เป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน แม้ทรัพย์สินดังกล่าวจะเป็นของกษัตริย์ แต่กษัตริย์ไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น ต่อมาภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส อำนาจกษัตริย์ถูกล้มล้างและมีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายทรัพย์สินแห่งชาติ (Le Code de Domaine de la Nation) ซึ่งกฎหมายนี้ได้แยกที่ดินของรัฐออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) Domain Public คือ สาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ซึ่งได้แก่ ทรัพย์สินที่ประชาชนใช้ร่วมกัน เช่น ถนน แม่น้ำลำคลอง ทางรถไฟ ท่าเรือ หากเปรียบเทียบกับสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า มีความหมายเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 (2)

(2) Domain Privé คือ ทรัพย์สินที่รัฐถือครองเหมือนเอกชนและสามารถทำการจำหน่ายจ่ายโอนได้ รวมทั้งสามารถยกอายุความขึ้นต่อสู้ได้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า มีลักษณะคล้ายกับที่ราชพัสดุซึ่งสามารถทำการจำหน่ายจ่ายโอนได้ จะต่างกันเพียงแต่กฎหมายไทยที่เอกชนไม่อาจยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ (ซ็ยว์ฌน์ วงศ์วัฒนศานต์, 2533)

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Creifelds, 1994) ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความคิดเรื่องทรัพย์สินสาธารณะเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส นอกจากนี้ยังมีแนวคิดเรื่องทรัพย์สินส่วนรวมอีกประเภทหนึ่ง คือ ทรัพย์สินของชุมชน (Genossen Schafitliches Eigentum) หมายถึง ทรัพย์สินส่วนกลางที่สมาชิกในชุมชนทุกคนเป็นเจ้าของมีสิทธิใช้สอยและเข้าแสวงหาประโยชน์ได้ ลักษณะแห่งสิทธิเป็นเหมือนสิทธิของเอกชนแต่ละคนที่มีต่อทรัพย์สินของชุมชน ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันนั้นแบ่งทรัพย์สินสาธารณะออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

(1) ทรัพย์สินเกี่ยวกับคลังของรัฐ ซึ่งได้แก่ ที่ดิน ป่าไม้ เงินสด กิจการต่าง ๆ ของรัฐ การจำหน่ายจ่ายโอน การได้มา หรือการตกอยู่ภายในภาวะบางอย่าง ถ้อยตามกฎหมายแพ่ง

(2) ทรัพย์สินทางการปกครองที่มีเพื่อใช้ดำเนินทางปกครอง เช่น อาคารสถานที่ โรงเรียน ห้องสมุด โรงพยาบาล ค่ายทหาร

(3) ทรัพย์สินที่ใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น ถนน สะพาน ทางสาธารณะ

ทั้งนี้ กฎหมายเยอรมันกำหนดความผิดเกี่ยวกับการบุกรุกที่ว่าด้วยความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสาธารณสถานและสถานที่สำคัญ จึงเห็นได้ว่า ในส่วนของการกำหนดให้เป็นความผิดฐานนี้ แม้จะไม่ได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “บุกรุก” ไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่หากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำผิด ประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการคุ้มครองเกี่ยวกับสถานที่ รวมไปถึงยังได้มีการกำหนดความผิดที่เป็นเหตุจรรยาในการกระทำ ความผิดดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีระบบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องทรัพย์สินส่วนบุคคล รวมถึงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 14 (Article 14 [Property – Inheritance – Expropriation]) อันเป็นหลักประกันความเป็นเจ้าของในกรรมสิทธิ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมีลักษณะการใช้ประโยชน์ที่ดินเฉพาะเพื่อประโยชน์ในส่วนตัว รวมถึงยังได้กำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์ไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 903 (German Civil Code BGB Section 903 Powers of the Owner) ซึ่งหมายถึง เจ้าของมีสิทธิที่จะใช้สอยประโยชน์ในที่ดินหรือในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้อย่างเต็มที่ นอกจากอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นของส่วนบุคคลแล้ว ยังประกอบด้วยพื้นที่ที่เป็นพื้นที่

คุ้มครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอีกด้วย เช่น บริเวณที่เป็นพื้นที่อุทยานแห่งชาติ แหล่งมรดกทางธรรมชาติของโลกที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการอนุรักษ์ในหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งมีส่วนช่วยให้ระบบนิเวศสมบูรณ์

กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

การจัดการที่ดินของรัฐในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีแนวคิดในเรื่องที่ดินของรัฐต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย (Civil Law) โดยมีสหราชอาณาจักรเป็นต้นแบบของการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้นำแนวความคิดของกฎหมายอังกฤษมาพัฒนา จนเกิดหลักเกณฑ์ใหม่ คือ กฎหมายอังกฤษมีแนวคิดในที่ดินของรัฐแตกต่างไปจากประเทศที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร โดยเริ่มตั้งแต่รัชสมัยของพระเจ้าวิลเลียม (William) ซึ่งเป็นชาวนอร์แมนที่ได้เข้าทำสงครามและได้รับชัยชนะในประเทศอังกฤษ และได้นำหลักการปกครองแบบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudalism) มาใช้ในประเทศอังกฤษ โดยได้วางแนวความคิดเกี่ยวกับที่ดินว่า ที่ดินทั้งหมดในประเทศเป็นของกษัตริย์ ราษฎรที่อาศัยและทำประโยชน์ในที่ดินเป็นเพียงผู้ถือที่ดิน (Tenant) จากผู้อื่นมาอีกทอดหนึ่งเท่านั้น (กาลาภ วิวัฒนมงคลกุล, 2547)

กฎหมายอังกฤษหลายฉบับมีการวางหลักเกณฑ์การใช้ทรัพย์สินที่สงวนไว้เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น มีกฎหมายเรื่องทรัพย์สินหรือสถานที่ที่เปิดกว้างสำหรับประชาชนทั่วไป (Open Spaces) อันหมายถึง สถานที่ที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ได้ โดยเฉพาะวัตถุประสงค์เรื่องการพักผ่อนหย่อนใจ เช่น สวนสาธารณะ สนามกีฬา โรงละคร ร้านอาหาร อนุสาวรีย์ รวมถึงที่ดินและป่าไม้ด้วย ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวถือว่า สงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของชาติ (National Trust)

สหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่นเดียวกับสหราชอาณาจักร ดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับที่ดินของรัฐจึงได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายอังกฤษ แต่ได้มีการพัฒนาเพิ่มขึ้น ซึ่งสหรัฐอเมริกามีกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินของรัฐหลายฉบับที่เรียกว่า “ที่ดินสาธารณะ (Public Lands)” ซึ่งมีความหมาย

เดียวกับคำว่า “สาธารณสมบัติของรัฐ” (Public Domain) ของกฎหมายฝรั่งเศส (ก่าลาภ วิวัฒน์มงคลกุล, 2547)

จากการศึกษาด้านกฎหมายของต่างประเทศและกฎหมายอังกฤษ พบว่ากรณีการบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินในต่างประเทศ โดยส่วนใหญ่แล้ว จะไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่าไรนัก ยกเว้นกฎหมายเยอรมันซึ่งใช้ระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งกำหนดความผิดเกี่ยวกับการบุกรุกที่ว่าด้วยความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเรื่องการบุกรุกไว้ และสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยผู้ที่มีอำนาจในการดำเนินการคือ สำนักงานจัดการที่ดิน โดยมีเลขาธิการฝ่ายดำเนินการทำหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องที่ดินของรัฐผ่านสำนักงานจัดการที่ดิน ผู้อำนวยการสำนักงานจัดการที่ดิน สำหรับประเทศไทยที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ผู้มีอำนาจในการจัดการเกี่ยวกับที่ดินสาธารณสมบัติมีหลายหน่วยงานทำหน้าที่ซ้ำซ้อนกัน คล้ายกับกฎหมายของฝรั่งเศส ซึ่งมีหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการดูแลที่ดินของรัฐ ได้แก่ ฝ่ายปกครองในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชนอิสระทั้งหลาย ผู้จัดทำบริการสาธารณะและผู้รับสัมปทานบริการ ซึ่งมีสิทธิฟ้องขับไล่ ผู้ที่เข้าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินต่อศาลยุติธรรม หรือศาลปกครองได้ บางครั้งการดูแลที่สาธารณะของแผ่นดินอาจซ้ำซ้อนกันได้ แต่หน่วยงานดังกล่าว มีอำนาจจัดการอย่างเต็มที่ตามความเหมาะสม ซึ่งอำนาจนี้เปรียบเสมือนเจ้าของทรัพย์สินที่มีอำนาจปกป้องดูแลทรัพย์สินของตน แต่ไม่เหมือนกับกฎหมายของประเทศไทยตรงที่ว่าเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในการใช้อำนาจดูแลรักษา อาจดำเนินการจัดการได้ไม่เต็มที่และไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากการซ้ำซ้อนของอำนาจหน้าที่

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

ปัญหาเรื่องการบุกรุกที่ดินต่าง ๆ มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้น ปัญหาส่วนหนึ่งมาจากการที่รัฐมีประชากรเพิ่มขึ้น แต่ทรัพยากรที่ดินที่ใช้สำหรับกิจกรรมต่าง ๆ มีอยู่อย่างจำกัด จึงเป็นสาเหตุให้มีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเข้ามาครอบครองที่ดินของรัฐเพื่อใช้ทำ

กินและอยู่อาศัยกันมากขึ้น ส่งผลให้เกิดปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐมีเป็นจำนวนมากสูงขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อมีการบุกรุกที่ดินของรัฐเพิ่มมากขึ้น จึงทำให้ที่ดินที่เป็นสาธารณะลดลง ซึ่งอาจเป็นการยึดครองหรือถือครองในลักษณะส่วนตัวหรือเป็นหมู่คณะ ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อส่วนรวม รวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาที่ดินอันเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอาจไม่เล็งเห็นถึงความสำคัญของการดูแลพื้นที่ โดยเห็นว่ามีใช้หน้าที่หลักจึงขาดความเอาใจใส่หรือขาดความจริงจังในการดูแลรักษา อย่างไรก็ตาม หากรัฐมีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพแล้ว ปัญหานี้อาจจะบรรเทาลงได้

หากพิจารณาความผิดฐานบุกรุกตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 327 ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ใดเจตนาจะมีให้ผู้อื่นครอบครองทรัพย์สินของเขาอันพึงเคลื่อนที่จากที่ได้นั้นโดยความปกตีสุข แลมันประพฤตินิดกกฎหมายบังอาจเข้าถือเอาทรัพย์สินก็ดี หรือเพื่อจะถือเอาทรัพย์สินของเขาเช่นว่ามานั้น ... ท่านว่ามันกระทำการบุกรุก” ซึ่งตามบทบัญญัติข้างต้นนั้น แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดถึงการเข้าไปโดยส่วนหนึ่ง ส่วนใดของร่างกายหรือต้องเป็นการเข้าไปทั้งตัวบุคคล แต่หากปรากฏว่าผู้กระทำความผิดเจตนาที่จะครอบครองทรัพย์สินอันมีอาจเคลื่อนที่ได้ของผู้อื่นแล้ว ย่อมมีความผิดฐานบุกรุก

แม้ว่าจะได้มีการกำหนดกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับที่ดินอันเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินเป็นจำนวนมาก การที่จะทราบได้ว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นการทั่วไป หรือกฎหมายใดมีการกำหนดให้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ ดังเช่นประมวลกฎหมายที่ดินหรือพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 ซึ่งต่างก็มีบทบัญญัติที่มุ่งหมายจะรักษาและคุ้มครองที่สาธารณะเหมือนกัน โดยมีวัตถุประสงค์ให้มิที่สาธารณะไว้เพื่อเป็นประโยชน์ของส่วนรวม ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะพิจารณาเพื่อให้ทราบได้ว่า กฎหมายใดเป็นกฎหมายทั่วไป และกฎหมายใดเป็นกฎหมายเฉพาะ แต่หากปรากฏว่ามีกฎหมายใดบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการใช้สาธารณะสมบัติของแผ่นดินแล้ว ก็สมควรมีมาตรการลงโทษทางอาญากำหนดไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน มิใช่ที่กำหนดระวางโทษไว้ในกฎหมายเฉพาะ ซึ่งหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แต่ต้องกลับย้อนไปพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปอีกจะเป็นการปรับใช้กฎหมายที่ไม่เหมาะสม

ปัญหาด้านมาตรการการลงโทษต่อผู้บุกรุกที่ดิน

ที่ดินของรัฐมีหลายความหมายตามที่ได้กล่าวมาแล้ว และที่ดินของรัฐมีหลายหน่วยงานที่เข้ามาเกี่ยวข้อง โดยจะต้องพิจารณาตามความมุ่งหมาย วัตถุประสงค์ เจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงระเบียบที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ซึ่งมีส่วนที่เกี่ยวข้องปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2558 และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน พ.ศ. 2553

จะเห็นได้ว่า การกระทำต่อที่ดินในลักษณะต่าง ๆ มีการกำหนดระวางโทษที่มีความแตกต่างกันไป ซึ่งอาจจะเป็นเพราะวัตถุประสงค์ในการสงวนหวงห้ามที่ดินนั้น ๆ ไม่เหมือนกัน เช่น ที่ป่าสงวนแห่งชาติ สวนสาธารณะ ต่างก็มีลักษณะที่ต่างกัน นอกจากนั้น ผลของการกระทำอาจไม่ส่งผลกระทบต่อสภาพของที่ดินในบริเวณนั้นได้รับความเสียหายมาก ก็ควรที่จะกำหนดระวางโทษในอัตราโทษที่ต่ำกว่า เช่น การมีผู้กระทำการฝ่าฝืนตั้งร้านค้าแผงลอย เพื่อจำหน่ายสินค้าบริเวณที่สาธารณะตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาด และความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองพ.ศ. 2535 ซึ่งต้องระวางโทษตามมาตรา 54 โดยการกระทำในลักษณะดังกล่าวมิได้ส่งผลกระทบต่อสาธารณะ และไม่ผลกระทบต่อประชาชน กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้กระทำรับโทษปรับสถานเดียว แต่ในทางกลับกัน หากการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดินต้องได้รับความเสียหาย เช่น การกระทำการโดยเข้าไปปลูกสร้างอาคารในพื้นที่ซึ่งเป็นที่ป่าสงวนตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 กำหนดระวางโทษที่ต้องได้รับข้อมสูงกว่า ซึ่งเป็นไปตามนัยมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เนื่องจากการกระทำในลักษณะดังกล่าว

ย่อมส่งผลให้พื้นที่ในบริเวณนั้นเปลี่ยนแปลงไป และไม่อาจทำให้ปรับสภาพพื้นดินกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ การกระทำความผิดใดที่ส่งผลกระทบต่อและก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงอันทำให้สภาพหรือลักษณะของสาธารณสมบัติของแผ่นดินเปลี่ยนแปลงไป การกำหนดระยะเวลาโทษจึงต้องมีความรุนแรงมากกว่า หรืออาจกล่าวได้ว่า หากการกระทำความผิดที่ได้กระทำต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดินในรูปแบบลักษณะเหมือนกัน หรือใกล้เคียงกัน และประเภทของสาธารณสมบัติเป็นประเภทเดียวกัน ก็ควรที่จะมีการกำหนดระยะเวลาโทษที่ต้องได้รับในลักษณะเดียวกัน

อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ทำความเสียหายเป็นจำนวนมาก ต้องรับโทษที่สูงขึ้นตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งมีอยู่หลายฉบับ เช่น มาตรา 108 ทวิ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หรือมาตรา 31 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ย่อมเป็นที่เห็นว่าเหมาะสมแล้ว เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพื้นที่ที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงควรได้รับผลแห่งการกระทำที่หนักขึ้นตามไปด้วย

สำหรับที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายที่ดิน และคำว่า ที่สาธารณประโยชน์ เป็นคำที่ใช้เรียกชื่อสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 122 ซึ่งได้ให้ความหมายของที่ดินอันเป็นสาธารณประโยชน์ว่า “ที่เลี้ยงปศุสัตว์ที่จัดไว้สำหรับราษฎรไปรวมเลี้ยงสัตว์ด้วยกัน ตลอดจนถนนหนทาง และที่อย่างอื่นซึ่งเป็นของกลางให้ราษฎรไปใช้ด้วยกัน” และพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 16 กำหนดว่า “ที่สาธารณประโยชน์คือ ที่จับสัตว์น้ำ ซึ่งบุคคลทุกคนมีสิทธิทำการประมง และเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ...” พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ที่เลี้ยงสัตว์ ถนนหนทาง ที่จับสัตว์น้ำนั้น ต่างก็เป็นทรัพย์สินที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันทั้งสิ้น ดังนั้น ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันจึงสามารถอธิบายได้ว่า หมายถึง ที่สาธารณประโยชน์หรือทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 1304 (2)

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2551 มาตรา 13 ซึ่งกำหนดให้ยกเลิกความในมาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติ

ลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 และให้ใช้ความต่อไปแทน “มาตรา 122 นายอำเภอมีหน้าที่ร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน และสิ่งซึ่งเป็นสาธารณประโยชน์อันอันอยู่ในเขตอำเภอ” ซึ่งปรากฏคำว่า “อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน” เพิ่มขึ้นมาแต่ยังคงมีความหมายเดียวกับทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 (2)

ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นยังมีได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากราษฎรพบถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับการบุกรุกที่ดินแล้ว ราษฎรจะเป็นผู้เสียหายอันมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีได้ จึงทำให้ขาดการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนที่จะช่วยกันปกป้องรักษาที่ดิน เพื่อให้อนุชนรุ่นหลังมีที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ซึ่งนับวันที่ดินในลักษณะนี้ มีแต่จะลดลงไปเรื่อย ๆ ดังนั้น หากขาดการกำหนดให้ราษฎรมีส่วนร่วม หรือปราศจากการปลูกฝังความรักและหวงแหนในที่ดินประเภทนี้แล้ว ในภายภาคหน้าอาจไม่มีที่ดินอันเป็นสาธารณประโยชน์เพื่อให้ราษฎรใช้ร่วมกันต่อไป

สรุป

การกระทำการบุกรุกต่อที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินปรากฏอยู่เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็กรณีปิดกั้นการใช้ประโยชน์ร่วมกันของราษฎร หรือแม้กระทั่งเป็นการเข้าครอบครองยึดถือที่ดินดังกล่าวอันมีลักษณะยึดถือเพื่อตนซึ่งปรากฏขึ้นเป็นจำนวนมาก หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งกำหนดระวางโทษจำคุกอย่างสูงเพียง 5 ปี และมีอัตราโทษปรับอย่างสูงไม่เกิน 20,000 บาท ซึ่งได้เริ่มมีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2515 อันเป็นเวลานานมากแล้ว หากนับจนถึงขณะนี้ (พ.ศ. 2567) ปรากฏว่ามีผลบังคับใช้มานานถึง 52 ปีแล้ว จึงเป็นการกำหนดการระวางโทษที่มีระดับต่ำเกินไปไม่เป็นไปตามลักษณะสภาพของสังคมในปัจจุบันที่มีการขยายตัวของเศรษฐกิจที่มากขึ้น หากพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบุกรุกที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกันแล้ว จะพบว่า มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 9 และมาตรา 108 ทวิ เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขปัญหการบุกรุกที่ดินได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว และยังปรากฏว่าปัญหาในลักษณะนี้มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างมาก หากคำนวณเป็นจำนวนเนื้อที่ในการบุกรุกที่ดินมักจะพบว่าในแต่ละครั้งมีที่ดินที่ได้รับการบุกรุกเป็นจำนวนมาก ซึ่งผู้บุกรุกที่ดินย่อมจะแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นได้มากกว่าเดิม การที่ยังคงอัตราโทษที่กำหนดไว้ดังกล่าว อาจไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้น เมื่อการกำหนดระวางโทษต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือโทษปรับที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกับสถานะทางเศรษฐกิจในปัจจุบันแล้ว จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้บุกรุกไม่เกิดความเคารพและเกรงกลัวต่อโทษที่ตนได้กระทำการละเมิดต่อกฎหมาย

พิจารณาแล้วจึงมีข้อเสนอแนะโดยเห็นควรให้มีการดำเนินการต่าง ๆ ดังนี้

1. เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 108 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน จากเดิมที่บัญญัติว่า “ผู้ไต่ฝ่าฝืนมาตรา 9 อยู่ก่อนวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ ใช้บังคับ พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ฝ่าฝืนปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด ถ้าผู้ฝ่าฝืนเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามระเบียบ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ฝ่าฝืนออกจากที่ดิน และรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

แก้ไขเป็น “ผู้ไต่ฝ่าฝืนมาตรา 9 อยู่ก่อนวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ ใช้บังคับ พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ฝ่าฝืนปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดถ้าผู้ฝ่าฝืนเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามระเบียบ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ฝ่าฝืนออกจากที่ดินและรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 108 ทวิ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน จากเดิมที่บัญญัติว่า “นับตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติ

ฉบับนี้ใช้บังคับ ผู้ไต่ฝ่าผืนมาตรา 9 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำแก่ที่ดินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ร่วมกัน หรือที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคสองได้กระทำเป็นเนื้อที่เกินกว่าห้าสิบไร่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

แก้ไขเป็น “นับตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ ผู้ไต่ฝ่าผืนมาตรา 9 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำแก่ที่ดินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ร่วมกัน หรือที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคสองได้กระทำเป็นเนื้อที่เกินกว่าห้าสิบไร่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2. เพื่อให้การดูแลรักษาที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกันเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดยลดข้อพิพาทและลดข้อโต้แย้ง อันอาจเกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐกับราษฎรที่ได้ใช้ประโยชน์หรือเคยใช้ประโยชน์ในบริเวณที่ดินมาโดยตลอด รวมถึงสามารถใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์แนวเขตของที่ดิน อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกันของรัฐให้มีความชัดเจน เห็นควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 8 ตรี วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน จากเดิมที่บัญญัติว่า “ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันหรือใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน โดยเฉพาะอธิบดีอาจจัดให้มีหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวงเพื่อแสดงเขตไว้เป็นหลักฐาน” แก้ไขเป็น “ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน หรือใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน โดยเฉพาะอธิบดีมีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการจัดให้มีหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง เพื่อแสดงเขตไว้เป็นหลักฐานทุกแปลง

3. เร่งรัดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับแนวเขตที่ดินของรัฐ โดยมอบหมายให้กรมแผนที่ทหารดำเนินการจัดทำแผนที่แนวเขตที่ดินของรัฐแบบบูรณาการ (One Map) โดยมีผลใช้บังคับทั่วประเทศ และเป็นมาตรฐานเดียวกัน เนื่องจากพบว่าหน่วยงานของรัฐมีการใช้มาตราส่วนในการจัดทำแผนที่ไม่สอดคล้องและเป็นมาตรฐานเดียวกัน ส่งผลให้เกิดความคลาดเคลื่อนและเกิดปัญหาการทับซ้อนของแนวเขตที่ดินขึ้นไม่ว่าจะเกิดข้อพิพาทกันระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับราษฎร หากให้หน่วยงานของรัฐที่มีความความรู้และความสามารถด้านการทำแผนที่ อย่างเช่น กรมแผนที่ทหาร ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำแผนที่ที่เกี่ยวข้องกับแนวเขตที่ดินของรัฐ โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานใช้แผนที่ดังกล่าว เพื่อประกอบการพิจารณาถึงความเป็นมาของที่ดินว่า ที่ดินนั้นเริ่มมีการทำประโยชน์มาตั้งแต่เมื่อใด เมื่อพิจารณาสภาพของพื้นที่แล้ว ควรกำหนดให้หน่วยงานของรัฐใดเป็นผู้ดูแลรักษา ซึ่งแสดงให้เห็นถึงลักษณะการบูรณาการของหน่วยงานภาครัฐแล้ว อาจจะลดข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานของรัฐ หรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับราษฎรได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลเป็นอย่างดี ทั้งยังเป็นการก่อให้เกิดความเชื่อมั่นจากภาคประชาชนที่จะให้ความไว้วางใจต่อภาครัฐในการบริหาร จัดการดูแล และรักษาที่ดินของรัฐ

เอกสารอ้างอิง

กรมการปกครอง สำนักบริหารการทะเบียน. (2566). *สถิติประชากร*.

<https://stat.bora.dopa.go.th>

กรมที่ดิน สำนักจัดการที่ดินของรัฐ. (2562). *คู่มือปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจัดให้มีหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง*. กรมที่ดิน.

กำลัง วิวัฒน์มงคลกุล. (2547). *มาตรการทางกฎหมายในการบังคับเกี่ยวกับการบุกรุกที่ดินของรัฐ*. สถาบันพระปกเกล้า.

เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10).

สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง.

- จันทร์สม จันทร์อินทร์ และสังเวียน เทพผา. (2564). *มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการบุกรุกที่ดินของรัฐ*. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยปทุมธานี.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2533). *กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 9). สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา.
- ชัยวัฒน์ ศิริวัฒนกุล. (2543). *คำอธิบายกฎหมายอาญา 1*. โรงเรียนนายร้อยตำรวจ.
- ธานี วรภัทร. (2553). *กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก* (พิมพ์ครั้งที่ 3). สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- นทีจี จิตสว่าง. (2545). *หลักทฤษฎีวิทยา: หลักการวิเคราะห์ระบบราชทัณฑ์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). มูลนิธิพิบูลสงเคราะห์.
- รวิวรรณ รักถิ่นกำเนิด. (2557). *ผ่าตัวเลข 'ถือครองที่ดิน' ในประเทศไทย กรมป่าไม้* *ครองแชมป์แลนลอร์ดที่ดินรัฐ*. ศูนย์ข้อมูลและข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง.
- สำนักจัดการปฏิรูปที่ดิน สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม. (2564). *คู่มือการจัดการฐานข้อมูลที่ดินเอกชนเพื่อการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม*. <https://alro.go.th>
- อนันต์ อภิชัยนันท์. (2556). *เปิดแฟ้มเรื่องร้องเรียน การแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่สาธารณประโยชน์ ประเภททรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน*. *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน*, 6(2), 149-155.
- Creifelds, C. (1994). *Rechtswörterbuch*. Muchen.
- Thomas, J. A. C. (1975). *The Institutes of Justinian: Text translation and commentary*. North-Holland Publishing Company.

การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด Defining the Definition of Serious Drug Liability

วีรพศุทธิ์ วรธีรฉัตร

Veephasut Vorrateerachat

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: veephasut.v@gmail.com

รับบทความ (Received): 7 พ.ค. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 3 ก.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 3 ก.ค. 2567

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้ มุ่งศึกษาแนวคิดและทฤษฎีการกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด เนื่องด้วยบทนิยามว่าด้วยความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดความผิดไว้ 5 ลักษณะคือ การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด อันเป็นลักษณะความผิดที่มีความร้ายแรงและความเสียหายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งเป็นการกำหนดบทนิยามที่กว้างมากจนเกินไป อันส่งผลให้กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอน และส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดความรับผิดแก่ผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ อันเป็นเรื่องที่ขัดแย้งต่อหลักการลงโทษทางอาญาที่กำหนดให้บุคคลจำต้องรับผิดแต่เฉพาะขอบเขตหรือการกระทำที่ตนได้กระทำโดยเจตนาโดยคำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และนำมาซึ่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้พยายามกระทำความผิด อันอยู่ในฐานะจำเลยในด้านต่าง ๆ ได้แก่ จำเลยถูกลงโทษ

มากกว่าขอบเขตการกระทำที่ตนควรจะได้รับ และปิดโอกาสที่จำเลยจะได้รับในทางกฎหมายด้านต่าง ๆ เช่น การยกเว้นโทษอันเนื่องมาจากการยับยั้งหรือกลับใจในการกระทำความผิด หรือการได้รับดุลยพินิจในการรอการลงโทษ ฯลฯ เปรียบเทียบกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับคดียาเสพติดในต่างประเทศไม่มีบทบัญญัติการลงโทษในลักษณะดังกล่าว ทั้งต่างมีแนวโน้มที่จะนำมาตราการอื่น ๆ แทนการลงโทษทางอาญาเพื่อลดทอนความรุนแรงในคดียาเสพติด เช่น การมองผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย หรือการยกเลิกความผิดยาเสพติดในบางประเภท ฯลฯ

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะจำกัดความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด แต่เฉพาะลักษณะหรือพฤติการณ์ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่เหมาะสมอย่างแท้จริง กล่าวคือความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ หรือความผิดยาเสพติดที่ร้ายแรงเท่านั้น โดยพิจารณาตามมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (International Crime Classification for Statistical Purposes - ICCS) โดยผู้เขียนจักเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุง คือ (1) แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายยาเสพติดว่าด้วยบทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดแต่เฉพาะความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครอง ซึ่งประกอบด้วยพฤติการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ เป็นความผิดร้ายแรงเท่านั้น (2) ศึกษาและอภิปรายเน้นย้ำถึงความเข้าใจเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นไปตามพื้นฐานความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญาและสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคม พร้อมด้วยตระหนักไปถึงผลกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่มีผลถึงมาตรการทางอาญาในด้านอื่น ๆ

คำสำคัญ: ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด, การพยายามกระทำความผิด, กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ

Abstract

This article aims to study concepts and theories pertaining to determining the scope of the definition for serious drug-related offenses. It defines five types of offenses: production, import, export, distribution, and possession, with each type varying in seriousness and the level of damage it incurs. This broad definition affects the law by lacking clarity and certainty, thereby impacting the criminal justice process. Specifically, in determining penalties for individuals attempting to commit serious drug-related offenses, the penalty must be equal to that imposed on those who successfully commit the offense. This goes against the principles of criminal punishment, which advocate for holding individuals accountable only for their intentional actions, considering the offender's intentions rather than solely focusing on the actual harm caused. Consequently, it leads to unfair criminal justice proceedings for individuals attempting to commit an offense. This places the defendant in a position where they may face punishment exceeding the scope of their actions or miss several opportunities provided by the law, such as impunity regarding restraint, repentance, or suspended sentencing. In contrast to foreign drug-related offenses, there is no provision for such punishment in the definition of the scope of offenses, and alternative measures can be utilized instead of criminal punishment to reduce drug-related cases. These alternative measures may include treating offenders as patients, considering the revocation of certain drug offenses, etc.

For these reasons, accurately defining the scope of serious drug-related offenses is essential. This should entail considering only the nature of the offense or the conditions of the drug offense as truly appropriate. Specifically, offenses that impact public security or

the safety of the country, or are deemed serious drug offenses, should be classified according to the International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS). The author suggests guidelines for improvement, including: (1) Amending the provisions of Section 1 of the Narcotics Code to define a scope of serious drug-related offenses, specifying only the offenses of production, import, export, distribution, and possession as behaviors that affect public security or the safety of the country and are thus considered serious offenses. (2) Studying and discussing the punishment of offenders regarding drug-related offenses, with an emphasis on understanding individual criminal liability and ensuring consistency with the seriousness of the action and the societal harm caused. This should also involve considering the implications of defining criminal penalties that affect measures in other areas.

Keywords: Serious Drug-related Offenses, Attempt to Commit an Offenses, Affecting the Public Security or Safety of the Country

บทนำ

ปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติดในปัจจุบัน ถือเป็นปัญหาที่ทั่วโลกต่างประสบพบเจอ โดยปัญหายาเสพติดนี้ไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อประเทศจะต้องสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ที่มีค่าที่สุดของประเทศไปแล้ว แต่ยังนำมาซึ่งปัญหาอื่น ๆ อีกมากมายไม่ว่าจะส่งผลเสียในด้านสุขภาพกายและจิตใจของผู้ติดยาเสพติดเท่านั้น แต่ยังนำมาซึ่งปัญหาในด้านอาชญากรรมทางสังคม ทั้งในช่วงระยะกว่า 10 ปีที่ผ่านมา ประมาณ 269 ล้านคนทั่วโลก หรือ 1 ใน 4 ของประชากรโลกพันล้านคน มีอัตราการใช้ยาเสพติดเพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 30 และมากกว่า 35.6 ล้านคน ต้องทุกข์ทรมานจากการเสพติด ทั้งปัจจุบันการค้าขายยาเสพติดย่อมจะมีความซับซ้อน และยากต่อการสกัดกั้นเนื่องด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสาร ทำให้การแพร่กระจายหรือ

ลำเลียงยาเสพติดเป็นไปโดยง่ายตายมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก จึงได้พยายามร่วมมือกัน เพื่อหาทางหยุดยั้งการแพร่ระบาดของยาเสพติด

ปัจจุบันแม้จะได้มีการร่วมมือระหว่างชาติมากมายเพื่อลดทอนปัญหา ยาเสพติด หรือในประวัติศาสตร์ที่เคยมีการใช้นโยบายทำ “สงครามยาเสพติด” (War on Drug) อันกำหนดให้การเสพ ครอบครอง หรือขายยาเสพติดทุกชนิดคือ อาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งต้องปราบปรามและมีบทลงโทษหนัก เพื่อสร้างความเกรงกลัว ต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ในทางกลับกันกว่า 50 ปี จากการใช้นโยบาย ประกาศสงครามยาเสพติด มีบทพิสูจน์เป็นประจักษ์แล้วว่า การดำเนินนโยบาย ปราบปรามยาเสพติด โดยรัฐบาลทั่วโลกกลับไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการปราบปรามยาเสพติดได้ ทั้งที่มีการกำหนดงบประมาณกว่า 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในการกำจัด ปัญหายาเสพติด จึงกล่าวได้ว่า การร่วมมือหรือการใช้วิธีประกาศสงครามกับยาเสพติด ย่อมไม่อาจนำมาสู่การแก้ไข ลดทอนปริมาณ หรือความต้องการยาเสพติดที่ลดน้อยลง แต่เพียงอย่างเดียว ท้ายที่สุดปัญหายาเสพติดก็ยังคงเป็นปัญหาที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไข หรือใช้แนวทางอื่น ๆ เพื่อบูรณาการปัญหายาเสพติดอย่างถูกต้อง อันสามารถลดทอน ตัวเลขหรือสถิติเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างมีนัยยะสำคัญ

เมื่อพิจารณาถึงข้อมูลจากกรมราชทัณฑ์ ณ วันที่ 1 มีนาคม 2566 พบว่ามี จำนวนผู้ต้องขังคดียาเสพติดมากถึง 205,323 ราย คิดเป็นร้อยละ 77.89 ของผู้ต้องขัง ทั้งประเทศ ในจำนวนนั้นเป็นนักโทษเด็ดขาด 170,918 ราย เมื่อเปรียบเทียบกับข้อมูล ในเดือนสิงหาคม ปี 2551 พบว่าในขณะนั้นมีผู้ต้องขังคดียาเสพติด 100,015 ราย คิดเป็นร้อยละ 54.94 ของผู้ต้องขังทั้งประเทศ ในจำนวนนั้นมีนักโทษเด็ดขาดเพียง 72,963 ราย ซึ่งจะเห็นได้ว่าผ่านมา 10 ปี มีนักโทษคดียาเสพติด เพิ่มขึ้นมากกว่าเท่าตัว ในช่วงเวลาดังกล่าว สิ่งที่ตามมาจากการต้องขังผู้ต้องขังคดียาเสพติดในจำนวนมาก คือ ต้นทุนในการดูแลผู้ต้องขังในเรือนจำ โดยงบประมาณของกรมราชทัณฑ์ ที่ใช้ในการดูแล ผู้ต้องขังในปี 2564 อยู่ที่ 14,196 ล้านบาท ในขณะที่เมื่อเทียบกับงบประมาณของ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ป.ป.ส.) ในปี 2564 อยู่ที่ 3,128 ล้านบาท

จากข้อมูลการดำเนินคดีอาญาคดียาเสพติดของประเทศไทย มีแนวโน้มให้เห็น ถึงสถานการณ์ยาเสพติดที่รุนแรงมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้ว่าก่อนที่จะมีการบังคับใช้

ประมวลกฎหมายยาเสพติด มีกฎหมายที่บังคับใช้ในการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดเป็นจำนวนมาก ในทางกลับกันเมื่อพิจารณาจากสถิติการดำเนินคดียาเสพติดกลับพบว่าจำนวนผู้ต้องขังคดียาเสพติดในปริมาณที่เพิ่มมากขึ้น สะท้อนว่า นโยบายการปราบปรามยาเสพติดของประเทศไทย ที่เน้นมาตรการบังคับโทษและการคุมขัง กลับทำให้สัดส่วนและจำนวนผู้ต้องขัง ผู้ถูกดำเนินคดีมีมากขึ้นจนเกิดภาวะผู้ต้องขังล้นเรือนจำ (Mass Incarceration)

ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2564 โดยเหตุผลในการประกาศใช้เพื่อรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับยาเสพติดหรือสารเสพติดชนิดต่าง ๆ ที่เดิมได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติแต่ละฉบับต่าง ๆ กันไป ให้รวมไว้ในบทกฎหมายฉบับเดียวกัน ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากบทนิยามตามประมวลกฎหมายยาเสพติด กำหนดความผิดร้ายแรงไว้ 5 ลักษณะความผิดคือ การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด ซึ่งตามบทบัญญัติ มาตรา 126 กำหนดให้ผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดทั้งห้าลักษณะ จำต้องรับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ กล่าวคือ การกระทำนั้นยังไม่บรรลุผลหรือกระทำไปโดยไม่ตลอด ซึ่งผู้กระทำจำต้องรับผิดเพียงสองในสามส่วนของกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 แต่ด้วยบทบัญญัติมาตรา 126 นั้นส่งผลให้ผู้กระทำจำต้องรับผิดในความผิดนั้นเสมือนว่าตนได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว

การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด จำต้องรับโทษเสมือนตนได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว สะท้อนถึงความขัดแย้งต่อหลักการลงโทษทางอาญาที่กำหนดให้บุคคลจำต้องรับผิดแต่เฉพาะขอบเขตหรือการกระทำที่ตนได้กระทำโดยเจตนาแล้วเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดความในลักษณะดังกล่าว เป็นการปิดโอกาสของผู้กระทำความผิดที่จะถอนตัวหรือกลับใจจากการเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และจำต้องต้องรับผิดทางอาญาแต่สถานเดียว ทั้งยังลดทอนสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของจำเลยในด้านอื่น ๆ แต่ในทางกลับกันการลงโทษอย่างเข้มงวดนี้ ไม่อาจนำมาซึ่งการแก้ไขปัญหายาเสพติดได้ ผู้เขียนจึงเห็นถึงความสำคัญในการศึกษาถึงการกำหนดบทนิยามขอบเขตความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดนี้ เพื่อวิเคราะห์อย่างละเอียดถึงความเหมาะสมในการลงโทษทาง

อาญาแก่ผู้พยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพื่อให้สอดคล้องกับการลงโทษบุคคลทางอาญา และให้บทบัญญัติกฎหมายกฎหมายยาเสพติดนิยามถึงความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างเหมาะสมต่อความเสียหายของการกระทำและผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่รัฐ

แนวความคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดและการลงโทษเกี่ยวกับยาเสพติด

1. หลักความรับผิดชอบบุคคลในทางอาญา

พื้นฐานความรับผิดชอบในทางอาญาเป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาวะของการกระทำประกอบกับสภาวะทางจิตใจ อันเนื่องมาจากหลักการลงโทษทางอาญาที่ไม่ลงโทษบุคคลที่ยังไม่ได้มีการแสดงออกซึ่งความคิดเป็นการกระทำ (Voluntas Reputabatur Pro Facto) กล่าวคือ การจะกำหนดความรับผิดชอบต่อบุคคลใด ๆ ได้ บุคคลนั้นจำเป็นต้องมีการคิดและตกลงใจที่จะกระทำการตามความคิดของตน อันเป็นการยืนยันเจตจำนงของบุคคลนำไปสู่การกระทำในเชิงกายภาพ โดยสามารถแบ่งขั้นตอนการกระทำในทางอาญาเป็น 6 ขั้นตอน ได้แก่ 1. คิด 2. ไตร่ตรองทบทวน 3. ตกลงใจ 4. เตรียมการ 5. ลงมือ และ 6. เกิดผลของการกระทำ โดยขั้นตอนในส่วนที่ 1-3 เป็นเรื่องของสภาวะทางจิตใจ และขั้นตอน 4-6 เป็นสภาวะทางการกระทำ โดยทั่วไปกฎหมายอาญาจะลงโทษบุคคลในขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด โดยการเตรียมการจะยังไม่ถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา เว้นแต่ความผิดอาญาในบางเรื่องว่าการกระทำในขั้นเตรียมเป็นเรื่องของ “นโยบายทางอาญาเฉพาะเรื่อง” ที่มีเฉพาะในความผิดบางฐานเท่านั้น

เมื่อผู้กระทำได้กระทำการผ่านขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือการลงมือกระทำความผิด ซึ่งตามหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) เมื่อผู้กระทำได้กระทำใน “ขั้นสุดท้าย” (Last Act) และได้กระทำเพื่อให้ความผิดสำเร็จ ย่อมเป็นการนำไปสู่ความใกล้ชิดต่อผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ ประจักษ์ ถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491) การลงมือถึงจึงถือเป็นจุดเริ่มต้นของความรับผิดชอบทางอาญาโดยทันที เมื่อลงมือกระทำ

ความผิดแล้ว หากการกระทำนั้นไม่ประสบผลสำเร็จตามเจตนาของผู้กระทำความผิดด้วยเหตุใดก็ตาม หากลงมือกระทำความผิด ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดในทางอาญา แต่หากลงมือกระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ย่อมอยู่ในชั้นของการพยายามกระทำความผิด ซึ่งกฎหมายคงให้ระวางโทษเพียงสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80

2. แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

การลงโทษบุคคลกรณีการพยายามกระทำความผิดถือเป็นหลักกฎหมายว่าด้วยการลงโทษทางอาญาที่หลายประเทศต่างกำหนดไว้เช่นเดียวกัน โดยพิจารณาจากธรรมชาติของความผิดอาญา (Nature of Crime) แต่จะมีความรับผิดหรือโทษในเชิงของรายละเอียดที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ ซึ่งองค์ประกอบสำคัญก็มีลักษณะทั่วไปตามสังคม การพยายามกระทำความผิดก็ยังคงต้องรับผิดในทางอาญาอยู่เช่นเดิม เพียงแต่การกำหนดโทษนั้นจะกำหนดในอัตราส่วนของการกระทำที่แตกต่างจากการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้ว ในเรื่องของการกำหนดอัตราโทษนี้ที่ย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ อันเนื่องมาจากแนวคิดหลัก 2 แนวคิด โดยมีพื้นฐานของแต่ละแนวความคิดดังต่อไปนี้

2.1 ทฤษฎีการลงโทษในภาวะวิสัย (Objective Theory)

ทฤษฎีการลงโทษในภาวะวิสัยให้ความสำคัญถึงการกระทำเป็นสำคัญ โดยการกระทำที่ผ่านองค์ประกอบทางจิตใจแล้วนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อข้อเท็จจริงภายนอก หรือมีอิทธิพลต่อสังคม แนวคิดนี้จึงยึดถือว่าสิ่งที่เกิดในลักษณะของความเป็นจริงหรือภาวะวิสัยนั้นเป็นไปตามความต้องการหรือวัตถุประสงค์ของผู้กระทำและแสดงออกมาภายนอกจิตใจแล้ว และให้ความสำคัญกับสิ่งที่สามารถจับต้องได้ในลักษณะของวัตถุมากกว่าสิ่งที่เป็นนามธรรมอย่างความคิด จึงเป็นทฤษฎีที่มุ่งประสงค์ถึงการกระทำที่แสดงในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำ การพูด หรือการงดเว้น การกระทำที่มีผลออกมาสู่ภายนอกหรือส่งผลกระทบต่อสังคมภายนอกมากกว่าการเพ่งเล็งไปถึงความคิดหรือความประสงค์ที่ยังไม่มีได้มีการแสดงออกมา อันมีลักษณะเป็นเพียงสภาวะภายในจิตใจ การลงโทษการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด

มีเหตุมาจากการกระทำนั้นเป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มีงกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง ความเสียหายจากการกระทำนั้นจึงเป็นปัจจัยสำคัญต่อการลงโทษ เมื่อการพยายามกระทำความผิดนั้นมีความอันตรายไม่เทียบเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จ การกำหนดโทษจึงมีอัตราส่วนที่น้อยกว่าการกระทำความผิดสำเร็จ

2.2 ทฤษฎีการลงโทษในอัตตะวิสัย (Subjective Theory)

การลงโทษการพยายามกระทำความผิดโดยอัตตะวิสัยนี้ มีแนวความคิดที่คำนึงความคิดหรือเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญา กล่าวคือผู้กระทำมีเจตจำนงที่จะประกอบอาชญากรรม และการกระทำนั้นอาจมีศักยภาพเพียงพอซึ่งนำไปสู่ความผิดสำเร็จได้ อย่างไรก็ตามความคิดหรือเจตนา นั้น ต้องมีการแสดงออกมาให้ปรากฏแก่ภายนอกแล้ว โดยไม่จำกัดคำนึงถึงผลแห่งการกระทำว่าจะสำเร็จหรือบรรลุตามเจตนาแต่เดิมของผู้กระทำหรือไม่ พื้นฐานของการลงโทษทางอัตตะวิสัยจึงยึดถือที่ความปรากฏของเจตนาร้ายหรือความประสงค์ที่แสดงออกสู่ภายนอก อันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของผู้กระทำ

ด้วยเหตุที่การกำหนดความรับผิดโดยทฤษฎีอัตตะวิสัยนี้ จะพิจารณาถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือความประสงค์มายังภายนอกเป็นพื้นฐานของความรับผิดส่งผลให้ความรับผิดในกรณีของการลงมือกระทำความผิด การพยายามกระทำความผิดรวมไปถึงกรณีที่ความผิดสำเร็จ เป็นการกระทำที่ครบหลักเกณฑ์ของความรับผิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัยเช่นเดียวกัน

2.3 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิด

การพยายามกระทำความผิดเป็นขั้นตอนการกระทำระหว่างการเตรียมการกระทำความผิดและการกระทำในกรณีที่ความผิดสำเร็จแล้ว โดยการพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาและได้ดำเนินการหรือกระทำตามขั้นตอนที่ตนเจตนาแล้ว แต่ความผิดนั้นไม่เป็นผลสำเร็จ อันเนื่องมาจากความบังเอิญ (Chance) หรือโชค (Luck) เกิดขึ้นทำให้ความสำเร็จนั้นไม่เป็นไปตามที่ผู้กระทำตั้งใจไว้ กฎหมายอาญาจึงลดทอนในอัตราส่วนของโทษให้สอดคล้องกับการกระทำที่ผู้กระทำได้ลงมือหรือดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้ว ซึ่งสามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.3.1 การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด (Attempts) เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ลงมือกระทำแล้ว แต่การลงมือกระทำ

นั้นยังไม่ได้ดำเนินการโดยครบถ้วนตามที่ตนประสงค์จะกระทำ การพยายามกระทำความผิดกรณีนี้จึงยังไม่เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกระทำอันถือเป็นความผิดสำเร็จ

2.3.2 การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปโดยตลอดแล้ว (Failure to Commit an Offence) เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำและดำเนินการไปจนถึงขั้นตอนสุดท้ายของการกระทำแล้ว เพียงแต่ผลจากการกระทำนั้นไม่บรรลุตามความสงค์หรือความต้องการของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเป็เพราะปัจจัยในการเกิดผลใด ๆ อันส่งผลให้การกระทำนั้นไม่บรรลุผลสำเร็จ

ผลจากการแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดตาม 2 ลักษณะดังที่ได้กล่าวมานั้น นำไปสู่การพิจารณาหลักทฤษฎีการถอนตัวจากการกระทำความผิด อันปรากฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 ว่าด้วยการยับยั้งและกลับใจจากการกระทำความผิด กล่าวคือในกรณีนี้ที่ผู้พยายามกระทำความผิดที่ลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอด ย่อมถอนตัวจากการกระทำความผิดได้โดยการยับยั้งไม่ให้ตนกระทำความผิดไปโดยตลอด หรือในกรณีที่ผู้กระทำความผิดพยายามกระทำความผิดกระทำไปโดยตลอดแล้ว กลับใจบรรเทาผลร้ายที่เกิดไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผลตามเจตนา หากการยับยั้งกลับใจเป็นการกระทำด้วยใจสมัครของผู้พยายามกระทำความผิดแล้ว กฎหมายก็จะยกเว้นโทษผู้พยายามกระทำความผิดเป็นการตอบแทน

การลงโทษความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายต่างประเทศ

โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมาย รูปแบบ วิธีการ รวมไปถึงนโยบายในการจัดการปัญหายาเสพติดใน 2 ประเทศ คือ ประเทศโปรตุเกสและประเทศสหรัฐอเมริกา อันเนื่องมาจากประเทศโปรตุเกสซึ่งได้รับการยอมรับแล้วว่า เป็นประเทศประสบความสำเร็จในการนำนโยบาย “การยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพ” อันเป็นการแก้ไขปัญหายาเสพติดได้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าถึงควบคุมยาเสพติดในบางประเภทโดยเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถใช้ได้ในเงื่อนไข จำนวนที่กำหนด เช่น สามารถนำมาใช้ได้ในการทางการแพทย์ หรือสามารถใช้ในการเสพเพื่อความพักผ่อนหย่อนใจได้

1. ประเทศโปรตุเกส

ในปี ค.ศ.1999 – 2001 โปรตุเกสเป็นประเทศแรกเริ่มที่มีการนำนโยบาย “การยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพและใช้มาตรการทางปกครองทดแทน โดยใช้มาตรการสาธารณสุข” หรือ “Decriminalization” มาใช้บังคับอย่างจริงจัง อันนำไปสู่ การลดทอนอุปทานของกระบวนการค้ายาเสพติด และลดทอนผลกระทบทางกฎหมาย นำไปสู่ภาวะสังคมที่มีแนวทางการดูแลผู้ติดยาเสพติดเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหา แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจสงสัยว่ามีการใช้ยาเสพติด แต่จะเคร่งครัดต่อการดำเนินคดีเพราะ ถือว่าไม่ใช่คดีสำคัญ โดยนโยบายการยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพนั้นได้มีข้อกำหนด และแนวทางในการดำเนินนโยบายของภาครัฐ เช่น การเสริมสร้างความร่วมมือระหว่าง ประเทศในการใช้ยาเสพติด พัฒนาแนวทางการฟื้นฟูและรักษาผู้ติดยาเสพติด

มาตรการสาธารณสุข (Decriminalization) เป็นกุญแจสำคัญของ แนวทางการป้องกันและแก้ไขปัญหา ยาเสพติด โดยการนำมาตรการทางปกครองและ สาธารณสุขเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหา ยาเสพติด ซึ่งเป็นประเทศแรกในกลุ่ม ประเทศยุโรปที่กำหนดการลดทอนความเป็นอาชญากรรม และลดอันตรายจากการใช้ ยาสำหรับการเสพส่วนตัว อย่างไรก็ตามกฎหมายยังกำหนดให้การเสพยาเสพติดและการ ครอบครองยาเสพติดโดยไม่ชอบนั้นเป็นความผิดในทางกฎหมายอยู่ เพียงแต่การ กำหนดโทษหรือการบังคับโทษนั้นจะมีมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่ไม่ใช่โทษทางอาญา รวมไปถึงการบังคับทางอาญาอื่น ๆ นั้นก็คงปรับเปลี่ยนเป็นวิธีการทางปกครอง อาทิ เช่น การเตือน การกักบริเวณ การห้ามเข้าหรือออกสถานที่ รวมไปถึงการห้ามพบบุคคล นอกสถานที่ ทั้งนี้โทษทางอาญาจะมีการบังคับใช้เมื่อมีการปรากฏซึ่งพยานหลักฐานว่า ผู้เสพนั้น ได้มีการครอบครองยาเสพติดในปริมาณมากกว่าที่ใช้ในการเสพเกิน 10 วัน

กล่าวคือ ประเทศโปรตุเกสมีนโยบายในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อเป็นการ ยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพและใช้มาตรการทางปกครองทดแทน อันเป็นการแก้ไข ปัญหาว่าด้วยการติดยาเสพติด เพื่อให้ผู้ที่ติดยาเสพติดนั้นได้รับการบำบัดและเปิด โอกาสให้ผู้เสพยาเสพติดสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ อย่างไรก็ตาม การกระทำ ความผิด เกี่ยวกับยาเสพติดในฐานะความผิดอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็น การผลิต การจำหน่าย แจกจ่าย ซึ่งสารเสพติด ก็ยังคงเป็นความผิดและยังมีบทกำหนดโทษทางอาญาอยู่เช่นเดิม โดยจะ บัญญัติไว้ใน Decree-Law no. 15/93 of January 2 Anti-Drug Legislation อันเป็น

การควบคุม จัดการ เกี่ยวกับสารเสพติดประเภทต่าง ๆ เช่น มอร์ฟิน แอมเฟตามีน กัญชา ฯลฯ

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีจุดเริ่มต้นแนวคิดและมุมมองต่อกัญชาว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายซึ่งประชาชนไม่สมควรเสพกัญชาจึงกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับกัญชานั้น เป็นความผิดร้ายแรงและมีการห้ามใช้ในปี ค.ศ. 1884 ทั้งนี้ในช่วงเวลาดังกล่าว สหรัฐอเมริกาก็ยังเล็งเห็นว่า โคเคนเป็นสิ่งที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดกฎหมายและควรมีการห้ามไม่ให้มีการจำหน่ายหรือมีการใช้โคเคนในปี ค.ศ. 1887 ส่วนสารเสพติดประเภทฝิ่นนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการออกกฎหมายควบคุมยาเสพติดหรือ The Controlled Substances Act: CSA ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาเสพติดที่ออกโดยรัฐบาลกลาง ซึ่งควบคุมการผลิต นำเข้า ครอบครอง รวมไปถึงการใช้และการกระจายตัวของสารบางชนิด โดยรัฐบัญญัตินี้เป็นส่วนหนึ่งของชุด การปฏิรูปการเปิดเสรีนโยบายยาเสพติด การบังคับใช้กฎหมาย และวิธีการที่เป็นระบบในการควบคุมการใช้ยาที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท โดยกฎหมาย CSA นี้ยังทำหน้าที่เป็น ผู้ดำเนินการสำหรับการประชุมอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติด นอกจากนี้ยังมีการออกบัพัญญูติว่าด้วยการปฏิรูปการเปิดนโยบายเสรียาเสพติด (The Single Convention on Narcotic Drugs)

แม้ว่ารัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐจะมีความเข้มแข็งในการปราบปรามการใช้สารเสพติดและการครอบครองสารเสพติดประเภทต่าง ๆ และกำหนดโครงสร้างในการลงโทษให้การครอบครองสารควบคุมทุกชนิดที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย แม้จะเป็นการใช้งานในด้านส่วนตัว ก็มีความผิดและบทลงโทษอย่างชัดเจนจนกระทั่งในช่วงหลังปี ค.ศ. 2012 รัฐบาลกลางเริ่มมีนโยบายให้มลรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่น เปิดโอกาสให้ประชาชนในมลรัฐนั้น ๆ ทำประชามติเพื่อกำหนดกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับในมลรัฐนั้น ๆ นำไปสู่กฎหมายควบคุมกัญชาของ 8 มลรัฐที่แตกต่างจากรัฐบาลกลาง เช่น มลรัฐโคโลราโด อนุญาตให้ประชาชนสามารถขายหรือเสพกัญชา เพื่อการพักผ่อนหย่อนใจหรือมลรัฐวอชิงตันที่แม้จะห้ามการปลูกกัญชาเพื่อตนเอง แต่สามารถหาซื้อได้ตามร้านค้าที่ได้รับอนุญาต

ปัจจุบันนโยบายปราบปรามยาเสพติดของรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกายังคงมีความเข้มแข็ง แต่ในระดับมลรัฐเริ่มมีการนำนโยบายการลดทอนความผิดคดียาเสพติด (Decriminalization) มาใช้ อันได้แก่ มลรัฐโคโลราโด และวอชิงตัน อย่างไรก็ตาม การลงโทษทางอาญาคดียาเสพติดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ลดความรุนแรงลง เนื่องจากแนวคิดที่ว่า การบังคับใช้กฎหมายทางอาญาอย่างเข้มงวด หรือการเพิ่มโทษคดียาเสพติด ไม่อาจนำมาซึ่งการแก้ไขปัญหายาเสพติดได้ ส่งผลให้การแก้ไขหรือนโยบายยาเสพติดในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน บางมลรัฐยังคงมีนโยบายว่าผู้เสพยาเสพติดเป็นการก่ออาชญากรรม กลับกันในบางมลรัฐมองว่าผู้เสพเป็นเพียงผู้ป่วย

กฎหมายระดับมลรัฐ

ในกฎหมายระดับมลรัฐ สหรัฐอเมริกามีกลุ่มร่างกฎหมายที่เรียกว่า “National Conference of Commissioners on Uniform State Law” เพื่อสนับสนุนการใช้กฎหมายเหมือนกันทั่วทั้งประเทศ การร่างกฎหมาย The Uniform Controlled Substances Act หลังสุดในปี พ.ศ.2537 กฎหมายกำหนดรายละเอียดกิจกรรมต้องห้าม แต่รายละเอียดเฉพาะเรื่องการปรับและการลงโทษยังคงปล่อยให้เป็นการอำนาจของแต่ละมลรัฐ มลรัฐส่วนใหญ่นำเสนอส่วนสำคัญของพระราชบัญญัติมาใช้

ทั้งนี้ ความผิดและโทษคดียาเสพติดแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกันไป เช่น การครอบครองและจำหน่ายโคเคน กัญชา ยาบ้า ยาไอ จะขึ้นอยู่กับปริมาณยาเสพติดกรณีมีกัญชา มลรัฐส่วนใหญ่ จะดำเนินการไปใบแจ้งของการมีไว้เพื่อบำบัดรักษา มีเพียง 2 รัฐที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ส่วนโทษปรับนั้น มีตั้งแต่ 0 ถึง 150,000 เหรียญ การครอบครองกัญชายังคงเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายรัฐบาลกลาง แต่มี 8 มลรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับกัญชาเพื่อใช้ในการแพทย์ที่มีประสิทธิภาพ ในขณะที่การจับกุมยาเสพติดส่วนใหญ่ จะทำโดยเจ้าหน้าที่ของมลรัฐและท้องถิ่น เนื่องจากรัฐบาลไม่สามารถบังคับให้ตำรวจรัฐและท้องถิ่น บังคับใช้กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลกลางได้ ผู้ใช้กัญชาในฐานะยามักจะสามารถหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีฟ้องร้องในรัฐเหล่านี้ได้ ในทางกลับกันการบัญญัติกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษรุนแรงขึ้น หรือเพื่อข่มขู่ยังสังคม ไม่อาจนำมาซึ่งการแก้ไขปัญหายาเสพติด เพราะเมื่อโทษสูงขึ้น ทำให้

ราคายาเสพติดแพงขึ้นไปด้วย การบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษผู้เสพเพียงอย่างเดียว ไม่เพียงพอต่อการยับยั้งยาเสพติด

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (International Classification of Crime for Statistical Purposes-ICCs)

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (มาตรฐาน ICCS) เป็นการตกลงกันโดยหลักสากล โดยกำหนดการแบ่งแยกประเภทความผิดทางอาญาเป็นแนวคิด นิยาม เพื่อให้สถิติอาชญากรรมมีความสอดคล้องกันและสามารถเปรียบเทียบกันได้ในระดับสากลมากยิ่งขึ้น ซึ่งสามารถนำไปใช้ได้กับข้อมูลอาชญากรรมในทุก ๆ รูปแบบ ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะมีแหล่งที่มาจากหน่วยงานใด ๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ตำรวจ อัยการ ศาล เรือนจำ) รวมไปถึงข้อมูลที่ได้จากเหยื่ออาชญากรรมด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มาตรฐาน ICCS เปรียบเสมือนภาษากลางในการจัดเก็บสถิติอาชญากรรม ให้เป็นมาตรฐานที่สามารถเปรียบเทียบได้ ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ

การจำแนกความผิดทางอาญาสามารถพิจารณาได้จากมุมมองหรือแง่มุมที่หลากหลาย เช่น ผลกระทบที่เกิดขึ้น วิธีการกระทำความผิด ความรุนแรงจากการกระทำความผิด เป็นต้น ทั้งนี้มาตรฐานของ ICCS ให้ความสำคัญต่อมุมมองเชิงนโยบายเป็นสำคัญ เนื่องจากการจะจัดทำหมวดหมู่ของความผิดแต่ละประเภทรุนั้นควรเป็นไปเพื่อความเข้าใจง่ายต่อการพัฒนานโยบายป้องกันอาชญากรรมและระบบยุติธรรมทางอาญา ตามมาตรฐาน ICCS นำมาสู่หลักเกณฑ์การกำหนดระดับอาชญากรรมเป็นสี่ระดับลดหลั่นกันไป โดยจะเริ่มต้นหมวดหมู่ในระดับที่ 1 ที่เป็นหมวดหมู่ที่กว้างที่สุด และมีเลขรหัสสองตัว (เช่น 01) แบ่งเป็นจำนวน 11 หมวด ที่ออกแบบให้ครอบคลุมในทุก ๆ ลักษณะเหตุการณ์ โดยระดับความผิดทางอาญาที่ 2 มีเลขรหัสสี่ตัว (เช่น 0101) ระดับที่ 3 จะมีเลขรหัสห้าตัว (เช่น 01011) และในระดับที่ 4 เป็นหมวดหมู่ที่มีรายละเอียดมากที่สุด จะมีเลขรหัสหกตัว (เช่น 010111) โดยหมวดหมู่ระดับที่ 2-4 จะถูกยุบรวมในระดับเดียวกัน เพื่อให้ได้ข้อมูลความผิดที่ครอบคลุมในระดับภาพใหญ่ และสามารถจำแนกแบ่งย่อยข้อมูลในระดับต่ำกว่าได้

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดถูกกำหนดอยู่ในหมวดหมู่ระดับที่ 6 อันเป็นหมวดหมู่ในการกระทำที่เกี่ยวกับยาควบคุมพิเศษหรือสารออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทประเภทอื่น จากนั้นได้มีการจำแนกลักษณะอาชญากรรมเกี่ยวกับยาเสพติดเป็น 3 ประเภทใหญ่ ได้แก่ การกระทำเพื่อใช้เสพเฉพาะตัว, การกระทำโดยไม่ใช่เพื่อเสพเฉพาะส่วนตัว และการกระทำโดยมิชอบในลักษณะอื่น ๆ ทั้งนี้ตามมาตรฐาน ICCS ก็ยังกำหนดบทนิยามและรายละเอียดความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในลักษณะต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น

ตารางที่ 1

ตัวอย่างนิยามและรายละเอียดอาชญากรรมยาเสพติดตามมาตรฐาน ICCS

ระดับอาชญากรรมยาเสพติด			นิยามและรายละเอียดความผิด
ระดับ 02	ระดับ 03	ระดับ 04	
0601			การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับยาควบคุม พิเศษหรือสารตั้งต้น รายละเอียด: การจัดการ การครอบครอง การซื้อ การใช้ การค้า การเพาะปลูกหรือการผลิตยา ที่กฎหมายควบคุมหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพและไม่ใช่เพื่อใช้เสพ
	06011		การครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูก หรือการผลิตยาควบคุมพิเศษเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว รายละเอียด: การครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูกหรือการผลิต ยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว
		060112	การเพาะปลูกหรือการผลิตยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว รายละเอียด: การเพาะปลูก การผลิต การสกัดหรือการเตรียมยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว
	06012		การลักลอบค้า การเพาะปลูกหรือการผลิตยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยไม่ใช่เพื่อใช้เสพ เฉพาะส่วนตัว รายละเอียด: การเสนอ การเสนอขาย การแจกจ่าย โดยไม่ใช่เพื่อการขายหรือสารนั้นตามปกติ และไม่ใช่การ ครอบครองเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว
		060121	การลักลอบค้ายาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ใช่เพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว รายละเอียด: การเสนอ การเสนอขาย การแจกจ่าย การขาย การจัดส่งการเป็นนายหน้าซื้อขาย การนำเข้า

วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ ปีที่ 8 ฉบับที่ 2

ระดับอาชญากรรมยาเสพติด			นิยามและรายละเอียดความผิด
ระดับ 02	ระดับ 03	ระดับ 04	
			หรือการส่งออกยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ไข่เพื่อการใช้ยาหรือสารนั้นตามปกติ
	06019		การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้น

หมายเหตุ. จากมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (คำแปลภาษาไทย) (หน้า 66), โดย สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, 2562, สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน).

วิเคราะห์การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด

ด้วยเหตุที่บทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดขอบเขต ลักษณะความผิดร้ายแรงไว้ 5 ประการ ได้แก่ ความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด ซึ่งขาดความชัดเจนแน่นอน อันนำไปสู่การ กำหนดความรับผิดของผู้พยายามกระทำความผิดดังกล่าว จำต้องรับโทษเช่นเดียวกับ ผู้กระทำความผิดสำเร็จ อันเป็นความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งไม่อาจนำไปสู่การแก้ไข ปัญหายาเสพติด และก่อให้เกิดปัญหาผู้ต้องหาล้นเรือนจำ ดังประเด็นที่ผู้เขียนจะกล่าว ดังนี้

1. การกำหนดความรับผิดฐานพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษ

ความรับผิดของบุคคลในทางอาญานั้นจักเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อได้มีการกระทำที่ ครอบครองประกอบความผิดตามกฎหมาย เมื่อก้าวถึงการกำหนดรับผิดของการพยายาม กระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะเป็น การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือการมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษ เช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ ทั้งจะเห็นได้ว่าการพยายามกระทำความผิดนั้น ขั้นตอนของการกระทำ ยังคงระหว่างขั้นตอนที่ 5 ถึงขั้นตอนที่ 6 ย่อมมีความเสียหายที่เป็นประจักษ์การกระทำน้อยกว่าการกระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งเห็นได้ว่าการกำหนด ความรับผิดเช่นนี้เป็นการขัดต่อหลักทฤษฎีความรับผิดแบบภาวะวิสัยที่คำนึงความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจน

ทั้งนี้แม้ความรับผิดดังกล่าวจะเป็นไปตามหลักความรับผิดแบบอัตตะวิสัยที่มี พื้นฐานการพิจารณาความรับผิดโดยมุ่งเน้นถึงการปรากฏซึ่งเจตนาหรือความมุ่งหมายที่ ปรากฏก็ตาม ทั้งนี้ความรับผิดในลักษณะดังกล่าวก็ไม่อาจนำมาซึ่งการแก้ไขปัญหา ยาเสพติด เนื่องจากการลงโทษทางอาญาที่หนักขึ้นนั้นไม่สามารถลดทอนตัวเลข ผู้กระทำความผิดได้ กลับกันอาจลดทอนสิทธิในกระบวนการยุติธรรมด้านอื่น ๆ ของจำเลย

2. เป็นความรับผิดชอบที่การมุ่งจะลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพียงการข่มขู่ยับยั้ง อันกระทบสิทธิมนุษยชน

การกำหนดให้ผู้ที่ยพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดจำต้องรับผิดชอบเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จนั้น ถือเป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายบัญญัติบทลงโทษที่หนักขึ้นเพียงจะข่มขู่ยับยั้ง ไม่ให้ผู้อื่นกระทำความผิดในลักษณะใด ๆ ที่เกี่ยวกับยาเสพติดนั้น ซึ่งไม่อาจนำมาซึ่งวัตถุประสงค์ในการลงโทษด้านอื่น ๆ กล่าวคือ การลงโทษไม่ได้แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดฐานนำเข้า ผลิต หรือจำหน่าย ละเลิกจากการกระทำนั้นได้ ทั้งการใช้มาตรการทางอาญาที่เพิ่มขึ้นก็ยังเป็นการลดทอนโอกาสของจำเลยในการกลับคืนสู่สังคมโดยปริยาย เมื่อผู้ต้องหาในคดียาเสพติดไม่อาจกลับคืนสู่สังคมได้ จึงเลือกที่จะกระทำความผิดในลักษณะเดิม ๆ อันเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาคดียาเสพติดมักจะมีการเข้า-ออกเรือนจำบ่อยครั้งด้วยความผิดในลักษณะเดิม ซึ่งแม้การข่มขู่ยับยั้งจะมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างประโยชน์แก่สังคม แต่เปรียบเทียบกับผลการบังคับใช้กลับเป็นไปในทิศทางกลับกัน และไม่อาจลดทอนจำนวนผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ จึงกล่าวได้ว่า การกำหนดบทลงโทษเช่นนี้เป็นการข่มขู่ยับยั้งให้ลงโทษหนักขึ้นซึ่งนำไปสู่การกระทบต่อสิทธิมนุษยชนมากขึ้นโดยไม่จำเป็น กล่าวได้ว่าลักษณะของการข่มขู่ยับยั้งกับสิทธิมนุษยชนนั้น แปรผกผันกันเสมอ

3. ปิดโอกาสของจำเลยในการถอนตัวจากการกระทำความผิด

โดยประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการถอนตัวจากการกระทำความผิดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 82 ว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดหากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้การที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ ” อันถือเป็นบทบัญญัติยกเว้นโทษให้แก่ผู้ยับยั้งกระทำผิด ทั้งนี้หากการกระทำใด ๆ ที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำไปแล้วเป็นความผิดตามบทบัญญัติใด ๆ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในความผิดฐานนั้น ๆ เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้พยายามกระทำความผิดระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว อาจส่งผลให้ผู้ที่ยพยายามกระทำนั้นไม่อาจอ้างซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยการยับยั้งกลับใจในการกระทำความผิด เพื่อเป็นเหตุยกเว้นโทษให้แก่ตนได้

อย่างไรก็ตาม การเปิดโอกาสให้ผู้พยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เลือกที่จะยับยั้งกลับใจ ละเว้นจากความผิดและยกเว้นโทษย่อมจะเป็นการดียิ่งกว่าการ มุ่งที่จะลงโทษทางอาญา ไม่เพียงผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่ตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงผลประโยชน์ที่จะเกิดต่อรัฐเช่นกัน และเมื่อพิจารณาตามหลักทฤษฎี นโยบายทางอาญา (Kriminalpolitische Theorie) หรือทฤษฎีสะพานทอง (Theorie Von Der Goldenen Brucke) เมื่อจำเลยหรือผู้กระทำความผิดเลือกที่จะยับยั้งหรือ กลับใจไม่ให้การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้น ย่อมเป็นการลดทอนความเสียหายที่เกิดขึ้น จากการกระทำนั้นเช่นกัน เช่นนี้เมื่อความเสียหายตามกฎหมายไม่เกิดขึ้นจากการ กระทำความผิดแล้ว กฎหมายหรือนโยบายทางอาญาก็ไม่ควรจะลงโทษบุคคลนั้นเป็น การตอบแทน

4. จำเลยต้องรับความเสียหายจากการดำเนินกระบวนยุติธรรมทางอาญา ที่ไม่เป็นธรรม

นอกจากความไม่เป็นธรรมที่จำเลยจักได้รับจากการบัพัญญติกฎหมายว่า ด้วยการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ยังมีผลพวงจากบทกฎหมาย ดังกล่าว ที่จำเลยหรือผู้กระทำจำต้องแบกรับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนี้

4.1 จำเลยถูกลงโทษทางอาญามากกว่าขอบเขตการกระทำของตน กล่าวคือ จำเลยต้องแบกรับความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในทางกลับกันการ ลงโทษเช่นนั้นก็ไม่ได้นำมาซึ่งภูมิคุ้มกันทางสังคมในอันที่จะป้องกันไม่ให้จำเลยกลับมา กระทำความผิดซ้ำ ทั้งยังปิดโอกาสของจำเลยในการกลับคืนสู่สังคม

4.2 ลดทอนโอกาสที่จำเลยจักได้รับดุลยพินิจการรอกการลงโทษ การที่ จำเลยถูกลงโทษหนักขึ้นนี้ นำไปสู่การลดทอนกระบวนการรอกการลงโทษหรือรอกการ กำหนดโทษ ซึ่งไม่อาจนำมาใช้เพื่อเป็นผลประโยชน์ให้กับจำเลย และลดทอนการเปิด โอกาสให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดี ทั้งเมื่อจำเลยต้องถูกลงโทษจำคุกระยะ สั้น ย่อมนำไปสู่การเรียนรู้พฤติกรรมที่เลวร้ายจากผู้ต้องขังคนอื่นในเรือนจำ อันเป็นการ เพิ่มคนเลวให้แก่สังคมมากกว่าการเปิดโอกาสให้บุคคลกลับตัวเป็นพลเมืองดี ทั้งยังเป็น การนำไปสู่การเพิ่มความแออัดของนักโทษในเรือนจำ

5. การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดกวางามกเกินไป และขาดความชัดเจนแน่นอน

อันเนื่องจากการกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดการกระทำในห้าลักษณะ ซึ่งมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง นำไปสู่ความรับผิดชอบทางอาญาที่ขัดต่อทฤษฎีความรับผิดชอบภาวะวิสัย ทั้งยังเป็นการลดทอนความเป็นธรรมในการต่อสู้คดีของจำเลยหรือผู้กระทำความผิดนั้น ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดความผิดร้ายแรงนั้นควรพิจารณาและกำหนดลักษณะของการกระทำให้มีความชัดเจนแน่นอน ทั้งการลงโทษดังกล่าวเป็นเรื่องของการลงโทษทางอาญา จึงควรกำหนดความผิดร้ายแรงแต่โดยพิจารณาถึงการกระทำที่กระทบต่อความเสียหายในวงกว้าง กล่าวคือนาโทษฎีอิตตะวิสัยมาเป็นเหตุผลรอง และเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดความผิดที่จักสมควรลงโทษ การพยายามกระทำความผิดเป็นสิ่งที่อันตรายพิเศษ แม้ว่าเป็นการห่างไกลต่อการเกิดผล แต่ก็สมควรถูกลงโทษ

ทั้งนี้ การลงโทษในทางโทษฎีอิตตะวิสัยนั้น มีความจำเป็นในการลงโทษ เฉพาะแต่ความผิดที่ละเมิดต่อบรรทัดฐานหรือกระทบกระเทือนต่อกฎหมาย ทั้งตามมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ว่าการตรา กฎหมายไม่ควรมีมากเกินกว่าความจำเป็น หากกฎหมายหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต รัฐพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายฉบับนั้นเพื่อไม่ได้เป็นภาระแก่ประชาชน และพิจารณาสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (ICCS) ดังนี้

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (ICCS) ได้แบ่งแยกระดับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้อย่างชัดเจน โดยจะใช้มาตรฐานที่บ่งชี้ถึงพฤติการณ์ของการกระทำเป็นข้อสำคัญในการแบ่งแยกประเภทความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในขั้นแรกแบ่งเป็น 2 ส่วน อันนำมาสู่การแบ่งแยกดังนี้

ความผิดลักษณะที่ 1 ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในลักษณะการครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูก ที่เป็นการใช้เฉพาะส่วนตัว อันจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ประการสำคัญของความผิดในส่วนนี้ คือ การกระทำที่มีเจตนาเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว

เทียบเคียงได้ถึงความผิดฐานมิไว้ในครอบครอง เพื่อเสพ ซึ่งโดยลักษณะของการกระทำ ก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะแต่ผู้เสพเท่านั้น ซึ่งลักษณะของความผิดเกี่ยวกับ ยาเสพติดที่ไม่กระทบต่อความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งเป็นความผิดที่กระทบ เพียงแต่บุคคล ดังนั้นในกรณีมิไว้ในครอบครองเพื่อเสพ จึงไม่ควรจัดเป็นความผิด ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายยาเสพติด

ความผิดลักษณะที่ 2 ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดลักษณะการลักลอบค้า การ เพาะปลูก หรือการผลิต ที่ไม่ใช่เพื่อเสพเฉพาะส่วนตัว ซึ่งความผิดในลักษณะที่ 2 นี้ ประกอบด้วยพฤติการณ์ของการกระทำที่สำคัญสองประการคือ การกระทำที่นำไปสู่ การแพร่กระจายซึ่งยาเสพติด และไม่ใช่การกระทำเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว เทียบ ได้กับความผิดลักษณะการผลิต นำเข้า ส่งออก และการจำหน่าย ตามประมวลกฎหมาย ยาเสพติด ทั้งนี้การจะกำหนดให้ความผิดในลักษณะดังกล่าวจำต้องรับผิดในฐาน พยายามกระทำความผิด อันเป็นการลงโทษในเชิงเหตุผลรองนั้น ควรใช้แต่เฉพาะ ความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ประกอบด้วยพฤติการณ์ที่อาจก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการปกครอง หรือก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประชาชนในวงกว้าง เช่น การกระทำเพื่อการค้า หรือการก่อให้เกิดการแพร่กระจายในกลุ่มประชาชน ฯลฯ

การจำแนกความผิดและบทลงโทษ ในความผิดที่เกี่ยวกับยาเสพติดทั้งสอง ลักษณะดังกล่าวมีความแตกต่างกันในพื้นฐานของการกระทำ ประเภทของความเสียหาย รวมไปถึงระดับของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมและบุคคลอื่นที่แตกต่าง กันโดยสิ้นเชิง การกำหนดให้ความผิดทั้งสองลักษณะถูกกำหนดให้เป็นความผิดร้ายแรง ภายใต้อาณัติเดียวกัน เพียงเพื่อการเพิ่มโทษทางอาญาในการลงโทษบุคคลให้หนักขึ้น ย่อมเป็นการไม่สมควร ซึ่งการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นนั้น ไม่สามารถห้ามประชาชนละเมิด กฎหมายได้ แต่การมีกฎหมายที่ชัดเจนจะช่วยประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายได้ดี ยิ่งกว่า ดังนั้นการจำแนกลักษณะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้มีความรับผิดชอบอย่าง ชัดเจนจึงเป็นการกำหนดความรับผิดชอบที่เหมาะสมยิ่งกว่า

6. เปรียบเทียบการกำหนดความรับผิดว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

โดยประเทศโปรตุเกส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทยต่างมีนโยบายการควบคุมปราบปรามยาเสพติดที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นมาตรการลงโทษทางอาญากำหนดโทษทางอาญา แต่มีแนวคิดทางการลงโทษที่ไปในทิศทางเดียวกัน คือ การลดทอนความรุนแรงด้านยาเสพติด กล่าวคือ ประเทศไทยจะมีมาตรการแก้ไขปัญหาคriminal หรือผู้ติดยาเสพติดโดยใช้มาตรการทางสาธารณสุขและสุขภาพ, ประเทศโปรตุเกสถือเป็นประเทศที่ขึ้นชื่อเรื่องการลดความรุนแรงเกี่ยวกับยาเสพติด โดยให้ผู้ติดยาเสพติดเข้ารับการบำบัดรักษาและใช้มาตรการทางปกครองมากกว่าการบังคับใช้มาตรการทางอาญา และประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่ได้เน้นการลดทอนความเสียหายเกี่ยวกับยาเสพติดมาบังคับใช้อย่างจริงจัง แต่รัฐบาลกลางเปิดโอกาสให้มลรัฐออกกฎหมายควบคุมยาเสพติดภายในรัฐโดยผ่านการทำประชามติของประชาชน นำไปสู่การผ่อนปรนยาเสพติดในบางประเภท เช่น มลรัฐโคโลราโด อนุญาตให้ประชาชนสามารถขายหรือเสพกัญชาเพื่อการพักผ่อนหย่อนใจ และในหลาย ๆ มลรัฐเริ่มน่านโยบายการลดทอนความเสียหายมาใช้บังคับ

อย่างไรก็ตาม การเพิ่มโทษหรือการกำหนดโทษในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน โดยประเทศไทยจะมีการเพิ่มโทษทางอาญาอันเนื่องมาจากพฤติการณ์ในการกระทำความผิด เช่น การกระทำเพื่อการค้า, การแพร่กระจายในกลุ่มประชาชนหรือการจำหน่ายให้กับบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี, กรณีของประเทศโปรตุเกสก็จะมีบทเพิ่มโทษในพฤติการณ์ที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย เช่น การกระทำต่อผู้เยาว์หรือผู้พิการทางสมอง, บุคคลจำนวนมาก, ผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการ และประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะกำหนดโทษโดยขึ้นอยู่กับปริมาณยาเสพติด แต่บทบัญญัติในเรื่องการลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด ประเทศไทยคงโทษผู้พยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ แต่กลับกันประเทศโปรตุเกสและประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีการกำหนดโทษลักษณะดังกล่าว คงพิจารณาโทษตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาในประเทศนั้น ๆ

สรุป

บทบัญญัติว่าด้วยบทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดกำหนดให้ความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครอง เป็นความผิดร้ายแรงทั้งสิ้น ซึ่งส่งผลให้ผู้ที่ยพยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว จำต้องรับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาผู้กระทำความผิดเพียงสองในสามส่วนของกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด แต่ด้วยบทบัญญัติมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายยาเสพติด ผู้กระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น จำต้องรับผิดในความผิดนั้นเสมือนว่าตนได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว เป็นเรื่องที่กฎหมายมุ่งจะลงโทษทางอาญาแต่สถานเดียว อันนำไปสู่สาเหตุหนึ่งของปัญหาผู้ต้องคดียาเสพติดที่ล้นเรือนจำ และส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เป็นการกำหนดความผิดรับผิดที่ขัดต่อหลักทฤษฎีภาวะวิสัย กล่าวคือความเสียหายที่เกิดจากการพยายามกระทำความผิดนั้นย่อมน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีความผิดที่สำเร็จแล้วอย่างชัดเจนทั้งนี้แม้การกำหนดความผิดรับผิดดังกล่าวจะสอดคล้องกับทฤษฎีความรับผิดอัตตะวิสัยโดยเคร่งครัดอันคำนึงเจตนาร้ายในการกระทำโดยไม่คำนึงถึงผลหรือความสำเร็จของการกระทำก็ตาม นำมาซึ่งความรับผิดทางอาญาที่มากจนเกินไป ซึ่งรัฐจำต้องเพิ่มงบประมาณและทรัพยากร เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอาญามีประสิทธิภาพทัดเทียมกับโทษทางอาญาที่เคร่งครัดมากขึ้น

ประการที่สอง ส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นการลงโทษที่กระทบสิทธิมนุษยชนอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นการลงโทษที่มุ่งเน้นความรับผิดทางอาญาที่หนักขึ้นเท่านั้น และไม่ก่อให้เกิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างอื่นใด ๆ ไม่ว่าจะเพื่อการคืนสู่สังคม หรือการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู กลับกันเป็นมุ่งจะลงโทษในทางอาญาอันเป็นการข่มขู่ ซึ่งการลงโทษในลักษณะดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใด ๆ ให้กับสังคม นอกเสียเพียงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการพยายามกระทำความผิดแล้ว ทั้งยังปิดโอกาสของจำเลยซึ่งอาจได้รับผลประโยชน์จากการยับยั้ง กลับใจในการกระทำความผิด อันเป็นการลดทอนการยกเว้นโทษหรือประโยชน์ในการยับยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยผู้กระทำความผิด และประโยชน์แก่รัฐด้วย และเมื่อจำเลยได้รับโทษมากกว่าที่ตนควร

จะได้รับก็ย่อมเป็นการลดทอนโอกาสที่จำเลยจักได้รับดุลยพินิจการรອງการลงโทษด้วยเช่นกัน

ประการที่สาม บทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดที่กำหนดความผิดทั้ง 5 ลักษณะเป็นความผิดร้ายแรงมีขอบข่ายที่กว้างมากจนเกินไปและขาดความชัดเจนแน่นอน นำไปสู่การลงโทษฐานพยายามกระทำความผิดในเชิงอัตตะวิสัยในความผิดทั้งห้าสถาน ซึ่งกฎหมายควรกำหนดความรับผิดดังกล่าวเฉพาะแต่ความผิดที่ละเมิดต่อบรรทัดฐานหรือความสงบสุขของสังคมอย่างร้ายแรงเท่านั้น ได้แก่ความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และความผิดฐานมีไว้ในครอบครอง ในการกระทำซึ่งพฤติการณ์ที่ร้ายแรงหรืออาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เช่น กระทำโดยหัวหน้า ผู้มีหน้าที่สั่งการ หรือผู้มีหน้าที่จัดการในเครือข่ายอาชญากรรม ซึ่งเป็นลักษณะการกระทำความผิดที่ส่งผลกระทบต่อในลักษณะของการกระจายความเสียหายในวงกว้างหรือระดับมหภาค เพื่อให้การลงโทษมีความเหมาะสมและได้สัดส่วน

ข้อเสนอแนะ

1. แก้ไขบทกฎหมายว่าด้วยนิยามศัพท์ในประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 1 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ให้ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด หมายรวมถึง ความผิดเกี่ยวกับการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และครอบครอง ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะ 1) การกระทำเพื่อการค้า 2) การก่อให้เกิดการแพร่กระจายในกลุ่มประชาชน 3) การกระทำโดยหัวหน้า ผู้มีหน้าที่สั่งการ หรือผู้มีหน้าที่จัดการในเครือข่ายอาชญากรรม 4) การทำให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประชาชนทั่วไป

2. ศึกษาและอภิปรายเน้นย้ำถึงความเข้าใจเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นไปตามพื้นฐานความรับผิดของบุคคลในทางอาญาและสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคม พร้อมด้วยตระหนักไปถึงผลกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่มีผลถึงมาตรการทางอาญาในด้านอื่น ๆ

องค์ความรู้ใหม่และการนำไปใช้

1. องค์ความรู้ใหม่ในบทความ

บทความความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดที่กำหนดความผิดทั้ง 5 ลักษณะเป็นความผิดร้ายแรง ได้แก่ ความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 126 กำหนดให้ผู้พยายามกระทำความผิดทั้งห้าลักษณะ จำต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่ขัดต่อหลักทฤษฎีภาวะวิสัยและส่งผลให้ผู้พยายามกระทำความผิดจำต้องรับโทษเกินไปกว่าขอบเขตการกระทำของตน ทั้งยังปิดโอกาสของจำเลยที่จะได้รับการยกเว้นโทษอันเนื่องจากการยับยั้งกลับใจตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 แม้จะเป็นความรับผิดชอบที่นำทฤษฎีอัตราวิสัยมาเป็นเหตุผลรองรับในการลงโทษ ในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นสิ่งที่อันตรายพิเศษ เป็นความผิดที่สมควรลงโทษ แม้ว่าเป็นการห่างไกลต่อการเกิดผลก็ตาม ทั้งนี้การพิจารณาสิ่งที่เป็นอันตรายพิเศษนี้ ควรพิจารณาจากความร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดที่มีลักษณะร้ายแรงโดยสภาพอย่างแท้จริง

เมื่อพิจารณาตามมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (International Classification of Crime for Statistical Purposes-ICCS) จำแนกความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นในชั้นแรกเป็น 2 ส่วน ได้แก่

1) การครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูกที่กระทำในลักษณะเฉพาะส่วนตัว กล่าวคือการกระทำที่มีเจตนาเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว เทียบเคียงได้ถึงความผิดฐานมีไว้ในครอบครองเพื่อเสพ ซึ่งโดยลักษณะของการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะแต่ผู้เสพเท่านั้น การกำหนดความรับผิดชอบของผู้พยายามกระทำความผิดระวางโทษสองในสามตามกฎหมายอาญา เป็นการสมควรแล้ว

2) การลักลอบค้า การเพาะปลูก หรือการผลิต ที่ไม่ใช่เพื่อเสพเฉพาะส่วนตัว และโดยสภาพเป็นการนำไปสู่การแพร่กระจายซึ่งยาเสพติด อันเป็นลักษณะการผลิต นำเข้า ส่งออก และการจำหน่าย ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด อย่างไรก็ตามการจะกำหนดให้ความผิดดังกล่าวให้รับผิดชอบในฐานพยายามกระทำความผิด เช่นเดียวกับ

ผู้กระทำความผิดสำเร็จ อันเป็นการลงโทษในเชิงเหตุผลรองนั้น ควรใช้แต่เฉพาะความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ประกอบด้วยพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการปกครอง หรือก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประชาชนในวงกว้าง ได้แก่ 1) การกระทำเพื่อการค้า 2) การก่อให้เกิดการแพร่กระจายในกลุ่มประชาชน 3) การกระทำโดยหัวหน้า ผู้มีหน้าที่สั่งการ หรือผู้มีหน้าที่จัดการในเครือข่ายอาชญากรรม และ 4) การทำให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประชาชนทั่วไป

การจำแนกความผิดและบทลงโทษ ตามระดับของความเสียหายต่อสังคมและความปลอดภัยของรัฐอย่างชัดเจนย่อมจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายได้ดียิ่งกว่าการมุ่งจะเพิ่มโทษทางอาญาให้หนักขึ้น ซึ่งไม่สามารถห้ามประชาชนละเมิดกฎหมายได้

2. การนำความรู้จากบทความไปใช้ประโยชน์

1) เสริมสร้างองค์ความรู้ว่าด้วยแนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความรับในทางอาญาของบุคคลให้สอดคล้องกับขั้นตอนการกระทำ โดยพิจารณาตามหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) และสอดคล้องกับทฤษฎีภาวะวิสัย

2) เป็นข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการควบคุมยาเสพติดของประเทศโปรตุเกส และประเทศสหรัฐอเมริกา ในเรื่องการใช้มาตรการทางเลือกอื่น ๆ นอกเหนือจากการมุ่งจะลงโทษทางอาญา เพื่อลดทอนความเป็นอาชญากรรมของยาเสพติด

3) ใช้เป็นแนวทางความรู้ที่เป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขบทนิยามความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ให้มีความชัดเจนและเหมาะสมต่อลักษณะความร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดในแต่ละประเภท โดยพิจารณาตามมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (International Classification of Crime for Statistical Purposes-ICCS) และคำนึงถึงผลกระทบต่อปัจจัยในกระบวนการยุติธรรมด้านต่าง ๆ เช่น สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของจำเลยเปรียบเทียบกับผลสัมฤทธิ์ต่อการควบคุมอาชญากรรมเกี่ยวกับยาเสพติด

เอกสารอ้างอิง

- กมลชัย รัตนสากวงศ์. (2538). *สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท* (พิมพ์ครั้งที่ 1). สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2566). *ประมวลกฎหมายยาเสพติดใหม่: ประชาชนได้อะไรคดียาเสพติดจะลดลงหรือไม่*. <https://www.law.tu.ac.th/tulawinfographic27/>
- คณิต ฌ นคร. (2563). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7). สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- จิรวุฒิ ลิปิพันธ์. (2563). มาตรการลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติดประเภทต่าง ๆ ที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ในโลก. *วารสารสุทธิปริทัศน์*, 34(110), 201-206.
- เบญชญา ซาดิกานนท์. (2562). ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย: ศึกษากรณีคดียาเสพติด. *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี*, 7(1), 84-95.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2563). *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ปราโมทย์ พันธุ์สะอาด. (2561). รูปแบบการแก้ไขปัญหายาเสพติดเปรียบเทียบสู่แนวนโยบายที่ควรจะเป็น. *วารสารธรรมศาสตร์*, 37(2), 1-15.
- สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. (2562). *มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (คำแปลภาษาไทย)* (พิมพ์ครั้งที่ 1). สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2559). *นโยบายการปราบปรามยาเสพติดในอาเซียน*. <https://lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?Id=70&Type=1>
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2564). หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย. *วารสารสุทธิปริทัศน์*, 35(3), 21-41.
- United Nations Office on Drug and Crime (UNODC). (2015) *International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*. United Nations.

กรณีศึกษามาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน
และมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชน
ตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัว
และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

A case Study of Measures to Create a Rehabilitation
Plan for Children or Youth and Measures for
The Temporary Release of Defendants in Juvenile
Cases under The law on Juvenile and Family Courts
and Juvenile and Family Court Procedures

เมตตา เลิศสิน, ฉิ้น ประสบพิชัย

Metta Lertsin, Chin Prasoppichai

คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ วิทยาลัยนอร์ทเทิร์น,

คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ วิทยาลัยนอร์ทเทิร์น,

Faculty of law and Political, Northern College

E-mail: Mettalertsin@gmail.com,

Faculty of law and Political, Northern College

E-mail: chin9987@gmail.com

รับบทความ (Received): 15 พ.ค. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 1 ส.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 2 ส.ค. 2567

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษามาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีตามกรอบความคิดการเปี่ยงเบนเด็กและเยาวชนที่กระทำคามผิดจากกระบวนการยุติธรรม และเพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 และมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีตามมาตรา 132 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (นงนุช มหาคีตะ, 2563) อันมีแนวคิด ทฤษฎีหลักกฎหมาย และอนุสัญญา รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) เป็นอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (สำนักส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาสและผู้สูงอายุ, 2555) ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2532 โดยสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่า เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ โดยเฉพาะเด็กควรได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือเท่าที่จำเป็น เพื่อที่จะเติบโตสามารถมีความรับผิดชอบในชุมชนของตนได้เป็นอย่างดี ตลอดจนการได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพในการเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไปในอนาคต การเปี่ยงเบนคดี (Diversion) (1) เมื่อมีความเหมาะสม ควรพิจารณาดำเนินการผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนโดยไม่ต้องใช้กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี (2) ปัญหาอุปสรรคในการนำมาตราการพิเศษแทนการพิพากษาคดี (3) การพัฒนาแนวทางการนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 90 และมาตรา 132 วรรคหนึ่ง มาใช้แทนการพิพากษาคดีในเชิงบูรณาการอย่างมีประสิทธิภาพ ศึกษาโดยใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพโดยศึกษาจากเอกสาร คู่มือปฏิบัติงานของหน่วยงาน บทความ และจุลสารที่เกี่ยวข้องกับการใช้หรือการปฏิบัติตามมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 และมาตรา 132 วรรคหนึ่ง ซึ่งมีความแตกต่างในขั้นตอนและช่วงเวลาในกระบวนการพิพากษาคดีของศาล แล้วนำข้อมูลมาวิเคราะห์และสังเคราะห์ เพื่อนำไปสู่แนวทางการความเข้าใจในข้อแตกต่างระหว่างบริบทของทั้งสองมาตราดังกล่าว ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 และมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดี ตามมาตรา 132 วรรค

หนึ่ง (พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553) ถือได้ว่า มาตรการแทนการพิพากษาคดียังไม่สามารถยับยั้งหรือทำให้เด็กและเยาวชนกลับตัวเป็นคนดีของสังคมได้ จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรการตามกฎหมายนั้นมีความสมบูรณ์ แต่ยังคงมีส่วนที่ควรปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับเรื่องการให้อำนาจในการพิจารณาคดีสันคดีแก่ผู้พิพากษาที่กว้างเกินความจำเป็น และรวมไปถึงการนำกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้

คำสำคัญ: มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา, เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด, คดีเด็กและเยาวชน, แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

Abstract

This academic article aims to study special measures instead of sentencing based on the concept of diversion of juvenile offenders from the justice process and to study and analyze the purpose and intent of special measures instead of criminal proceedings under Section 90 and special measures instead of judicial review under Section 132 of the Juvenile and Family Court and Juvenile and Family Court Procedure Act, B.E. 2553 (2010), which includes concepts, theories, and principles of law and conventions, including relevant international law as follow.

The Convention on the Rights of the Child is an international human rights convention. Thailand signed as a party to the Convention on the Rights of the Child on February 12, 1989, and the United Nations announced the Universal Declaration of Human Rights: Children have the right to special care and assistance. Children should receive the protection and assistance they need to grow up and be able to take on responsibilities in their communities. As well as receiving personality development to grow into a good adult in the future. Diversion (1) When appropriate, child and juvenile offenders should be considered without

applying the trial and adjudication process. (2) Problems and obstacles in implementing special measures instead of sentencing. (3) Developing guidelines for applying the principles of Section 90 and Section 132, paragraph one, instead of the effective and integrated adjudication of cases. This research used qualitative research methods by studying documents such as the agency's operating manuals, articles, and pamphlets related to the use or compliance with special measures instead of criminal proceedings under Section 90 and Section 132, paragraph one, which already have differences in steps and periods in the court's adjudication process. The data was analyzed and synthesized to lead to an understanding of the differences between the contexts of the two sections mentioned above. Therefore, it shall be seen that special measures are used instead of criminal proceedings according to Section 90, and special measures are used instead of court proceedings according to Section 132, paragraph one. It can be considered that measures instead of court proceedings are still unable to deter or make children and youths good members of society. In this case, it shall be said that the legal measures are complete. However, there are still areas that should be improved regarding the granting of power to judge cases to judges that is broader than necessary and includes the enforcement of the law regarding such measures.

Keywords: Special Measures Instead of Criminal Prosecution, Children and Youth who Commit Crimes, Juvenile Cases, Rehabilitation Treatment Plan

บทนำ

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ให้คำนิยามในมาตรา 4 คำว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ มาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายอาญา วางหลักว่า เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด และพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ มาตรา 4 ยังให้นิยามคำว่า “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ ซึ่งในกรณีนี้มีข้อสังเกตว่า แม้ว่าบุคคลนั้นจะบรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส ถ้าขณะกระทำความผิดอายุยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ ต้องถือว่าเป็นเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ ให้ถืออายุในวันที่กระทำความผิด (ประมวลกฎหมายอาญา 2565) แนวคิดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีแก่เด็กและเยาวชนนั้น ต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคต (Welfare and Future) ของเด็กและเยาวชน ซึ่งควรจะได้รับ การฝึกอบรมสั่งสอน และสงเคราะห์ให้กลับตัวเป็นพลเมืองดีในสังคม ซึ่งดีกว่าที่จะทำการลงโทษแก่เด็กและเยาวชน จึงเกิดแนวคิดเพื่อหามาตรการทางเลือกอื่นมาใช้แทนการดำเนินคดีอาญา โดยการนำเด็กหรือเยาวชนออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามรูปแบบปกติ เพื่อให้เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดได้สำนึกในการกระทำความผิด (Accept a Mistake) และมีโอกาสกลับตัวกลับใจ เพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมได้ใน ภายภาคหน้า (นันทน์ภณภัส ศิริชัชวาลวงศ์ และศิเว จงจิตต์, 2559)

ในขณะเดียวกันก็ควรคำนึงถึงผู้ที่มีส่วนร่วมรับผิดชอบ ซึ่งได้แก่ บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคล หรือองค์กรที่เด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย โดยให้เข้ามาอยู่ในกระบวนการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนด้วย รวมทั้งหาทางในการบรรเทาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ในกรณีดังกล่าวนี้จึงเป็นที่มาของแนวคิดในการนำมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามาใช้กับเด็กหรือเยาวชน พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 ถึง มาตรา 89 เป็นมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา ซึ่งเป็นชั้นก่อนฟ้องคดีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน (Director of Juvenile Observation and Protection Centre) เป็นผู้

บทบาทสำคัญในการเริ่มต้นกระบวนการดังกล่าว (ธัญรัตน์ ทองงาม, 2560) ส่วนมาตรา 90 ถึง มาตรา 93 เป็นมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาซึ่งกฎหมายให้ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการเริ่มต้นการใช้กระบวนการยุติธรรม โดยในส่วนมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญาตามมาตรา 132 นั้น เป็นมาตรการทางเลือกเพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจในการสั่งให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญา

วัตถุประสงค์การวิจัย

การศึกษาวิจัยในประเด็นการใช้มาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตามมาตรา 90 กับมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ในครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ ดังนี้

1. ศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการใช้มาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน และมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว
2. พิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับการนำมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา และมาตรการพิเศษแทนการพิพากษามาปรับใช้ในคดีเด็กและเยาวชน
3. ค้นคว้า ศึกษา และวิจัยเกี่ยวกับสภาพปัญหาและผลกระทบต่อสิทธิของเด็กและเยาวชนจากการนำมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีมาใช้บังคับในคดีเด็กและเยาวชน
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบและค้นหาความแตกต่างระหว่างการใช้มาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตามมาตรา 90 กับมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553
5. ได้ประเด็นสรุปและข้อเสนอแนะ เพื่อนำไปพัฒนาและปรับปรุงมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาในคดีเด็กและเยาวชน

การทบทวนวรรณกรรม

1. หลักเกณฑ์ของการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน

การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตามมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. มีการฟ้องคดีต่อศาลว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินสี่ปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม

2. เด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกมาก่อน เว้นแต่ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

3. ก่อนมีคำพิพากษา หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำและผู้เสียหายยินยอมและใจทักไม่คัดค้าน

4. มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าพฤติการณ์แห่งคดีไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินสมควร และศาลเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนอาจกลับตนเป็นคนดีได้ และผู้เสียหายอาจได้รับการชดเชยเยียวยาตามสมควร

5. หากนำวิธีการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่ออนาคตเด็กหรือเยาวชนและต่อผู้เสียหายมากกว่าการพิจารณาพิพากษาคดี

6. ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควรจัดให้มีการดำเนินการเพื่อจัดทำแผนดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขให้เด็กหรือเยาวชน บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติ แล้วเสนอต่อศาลเพื่อพิจารณาภายในสามสิบวันนับแต่ที่ศาลมีคำสั่ง

7. หากศาลเห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ให้ดำเนินการตามนั้นและให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีไว้ชั่วคราว

8. หากศาลไม่เห็นชอบ ให้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไป (นพพนธ์ ฤทธิยะกุล, 2548)

1.1 หลักเกณฑ์การปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชน

การปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1) ในกรณีที่ศาลเห็นว่าตามพฤติการณ์แห่งคดียังไม่สมควรจะมีคำพิพากษา (กรณีนี้ ได้แก่ เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดที่ไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมสมควรโดยเจตนาของกฎหมายจะต้องเป็นคดีที่เสร็จจากการพิจารณาแล้วเท่านั้น) หรือ

2) กรณีที่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยร้องขอ (กรณีนี้เป็นกรณีที่นอกจากศาลเห็นสมควรใช้มาตรการในการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวได้เองแล้ว การใช้มาตรการดังกล่าวอาจเกิดจากการร้องขอเข้ามาโดยบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยทำการร้องขอ แต่ต้องแสดงเหตุให้ศาลเห็นว่าพฤติการณ์แห่งคดียังไม่สมควรจะมีคำพิพากษาแก่จำเลย)

3) เมื่อศาลสอบถามผู้เสียหายแล้ว (ศาลจะต้องสอบถามผู้เสียหายก่อน หากไม่สอบถามผู้เสียหาย มาตรการในการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวย่อมไม่อาจกระทำได้อย่างไรก็ตาม การที่ศาลต้องสอบถามผู้เสียหายนั้น เพื่อศาลจะใช้ประกอบกับดุลพินิจ ซึ่งจะมีความแตกต่างไปจากการขอความยินยอมจากผู้เสียหายตามมาตรา 90 ซึ่งการใช้มาตรการตามมาตรา 90 จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายด้วย)

4) ศาลอาจมีคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลยชั่วคราว

1.2 การใช้มาตรการโดยมีคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลยชั่วคราว

ตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง ศาลอาจมีคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลยชั่วคราว โดยมี การกำหนดมาตรการดังต่อไปนี้

1) มอบตัวจำเลย (เด็กหรือเยาวชนที่ตกเป็นจำเลย) ให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วย

2) คำสั่งปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวอาจสั่งโดยไม่มีประกัน หรือมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกันด้วยก็ได้ โดยกำหนดเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดหรือหลายข้อ เช่น

- ให้จำเลยรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติหรือเจ้าพนักงานอื่นหรือบุคคลใดหรือองค์การด้านเด็ก เข้ารับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูรับคำปรึกษาแนะนำ เข้าร่วมกิจกรรมบำบัดหรือกิจกรรมทางเลือก หรือ

- ให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกว่าจำเลยนั้นมีอายุครบยี่สิบสี่ปีบริบูรณ์ ในการนี้ ศาลมีอำนาจสั่งให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคล ซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยเข้าร่วมกิจกรรม หรือรับคำปรึกษาแนะนำด้วยก็ได้

ทั้งนี้ ตามข้อ 2.1 เงื่อนไขอื่นที่จำเป็นแก่การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจำเลยนั้น ศาลอาจกำหนดระยะเวลาในการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกว่าจำเลยนั้นมีอายุครบยี่สิบสี่ปีบริบูรณ์ และตามข้อ 2.2 การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น เป็นวิธีการเพื่อคุมความประพฤติของจำเลย เช่น ห้ามมิให้จำเลยเข้าไปในสถานที่หรือห้องที่ได้ถอนอาจชักนำให้จำเลยกระทำความผิด

2. ความแตกต่างระหว่างมาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน กับมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราว

คดีเด็กและเยาวชน

พิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างมาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตามมาตรา 90 กับมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.1 มาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตามมาตรา 90

1. ต้องเป็นคดีที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินยี่สิบปี ไม่ว่าจะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม
2. เด็กหรือเยาวชนจะต้องสำนึกในการกระทำ โดยก่อนหน้านี้อาจจะรับสารภาพหรือปฏิเสธก็ได้
3. ผู้เสียหายต้องให้ความยินยอม จึงจะใช้มาตรการนี้ได้
4. โจทก์ต้องไม่คัดค้าน ถ้าโจทก์คัดค้าน ศาลจะใช้มาตรการนี้ไม่ได้

5. ต้องใช้กระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ซึ่งต้องมีการตั้งผู้ประสานการประชุม เพื่อดำเนินการจัดประชุมและนำข้อสรุปของที่ประชุมนั้นมากำหนดเป็นแผนแก้ไขบำบัด จากนั้นจะตั้งผู้บริหารแผนเพื่อคอยติดตามและตรวจสอบว่ามีการปฏิบัติตามแผนหรือไม่

6. ต้องจัดทำแผนให้เสร็จภายในสามสิบวัน เพื่อต้องการแก้ไขเด็กและเยาวชนได้อย่างรวดเร็ว (สหรัฐ กิติศุภการ, 2564)

2.2 มาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง

1. ศาลใช้มาตรการนี้แก่จำเลยได้ทุกคดี

2. ไม่จำเป็นว่าจำเลยจะต้องสำนึกในการกระทำ และไม่มีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพหรือไม่ แม้เป็นคดีที่จำเลยให้การปฏิเสธและสืบพยานจนเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม ศาลก็อาจใช้มาตรการตามมาตรา 132 ได้

3. ศาลเพียงสอบถามความเห็นของผู้เสียหายก่อน เพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย

4. แม้โจทก์คัดค้าน ศาลมีอำนาจใช้มาตรการนี้ได้

5. ศาลเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการแก้ไขฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน เว้นแต่ศาลจะเห็นว่าจำเป็นต้องมีการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ศาลจะกำหนดผู้จัดทำแผน และกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการตามแผนก็ได้

6. ไม่มีกำหนดเวลา แต่ศาลต้องควบคุมขั้นตอนการดำเนินการให้เสร็จภายในเวลาที่สมควรและเหมาะสม (สหรัฐ กิติศุภการ, 2564)

2.3 คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4259/2559 พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 132 เป็นบทบัญญัติให้อำนาจศาลที่จะสั่งยุติคดีโดยไม่ต้องมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดของจำเลย การใช้ดุลพินิจศาลของศาลชั้นต้นตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ เมื่อปรากฏว่าจำเลยกับพวกร่วมกันรับของโจร รถจักรยานยนต์เกือบ 20 คัน ในระยะเวลาต่อเนื่องติดต่อกัน พฤติการณ์ในการทำความผิดของจำเลย จึงกระทบต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของสุจริตชนอันส่งผลกระทบต่อ

ต่อสังคมโดยรวม เป็นเรื่องร้ายแรง เมื่อพิเคราะห์ประกอบรายงานแสดงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจังหวัดบุรีรัมย์แล้ว เห็นว่า บิดามารดา ผู้ปกครองจำเลย รวมทั้งบุคคลใกล้ชิดของจำเลย ไม่อยู่ในวิสัยที่จะอบรมดูแลสั่งสอนจำเลยให้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมไปในทางที่ดีได้ ดังนั้น ที่ศาลชั้นต้นใช้ดุลยพินิจไม่ใช้มาตรการตามมาตรา 132 จึงเป็นการเหมาะสมแล้ว และเมื่อความปรากฏต่อศาลว่าจำเลยถูกควบคุมตัวที่สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจังหวัดบุรีรัมย์ในระหว่างการสอบสวนตั้งแต่วันที่ 29 สิงหาคม 2557 ศาลชั้นต้น จึงต้องหักวันที่จำเลยถูกควบคุมตัวในระหว่างการสอบสวนออกจากระยะเวลาการฝึกอบรม ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 83 วรรคหนึ่ง ที่ศาลชั้นต้นไม่หักวันควบคุมออกจากระยะเวลาฝึกอบรมเป็นการไม่ชอบ (สหรือรัฐ กิติศุภการ, 2564)

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ได้ให้คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมของจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนมีพฤติกรรมของการกระทำความผิดต่อเนื่องอันส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยและทรัพย์สินโดยส่วนรวมของประชาชน และในระหว่างการจับกุมสอบสวนตั้งแต่วันที่ 27 สิงหาคม 2557 โดยมาตรา 72 ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 พนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนได้ไม่เกิน 24 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่เด็กหรือเยาวชนไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่มิให้นับเวลาเดินทางตามปกติที่นำตัวเด็กหรือเยาวชนผู้ถูกจับจากที่ทำการของพนักงานสอบสวนมาศาลเข้าในกำหนดเวลายี่สิบสี่ชั่วโมงนั้นด้วย ดังนั้นเมื่อพนักงานสอบสวนได้ควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนไว้ครบ 24 ชั่วโมง จะต้องนำตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นมาเพื่อให้ศาลตรวจสอบการจับกุม ณ ที่ทำการศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจ ในระหว่างสอบสวนที่ยังไม่สามารถสรุปสำนวนเสนอพนักงานอัยการฯ เมื่อศาลใช้ดุลยพินิจมีคำสั่งให้ควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนไว้ที่สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศาลจำต้องหักวันที่เด็กหรือเยาวชนนั้นถูกควบคุมตัวมาในระหว่างสอบสวน ณ ที่ทำการพนักงานสอบสวนให้ด้วย อันเป็นไปตามกระบวนการตรวจสอบการจับกุมแห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนครอบครัว พ.ศ. 2553

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2213/2550 (การอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งศาล) คำสั่งศาลชั้นต้นที่ใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 และคำสั่งต่าง ๆ ของศาลในระหว่างนั้น เช่น คำสั่งเห็นชอบด้วยแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู คำสั่งจำหน่ายคดีไว้ชั่วคราว เพื่อให้มีการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู คำสั่งจำหน่ายคดีเมื่อปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูครบถ้วนแล้ว คำสั่งยกเลิกคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาต่อไป ฯลฯ คำสั่งเหล่านี้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายห้ามอุทธรณ์ฎีกา ดังนั้น คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสีย เช่น ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งนั้นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 วรรคหนึ่ง ประกอบพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 180 อย่างไรก็ตาม คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลซึ่งต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ฎีกาคำสั่งจนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญและมีอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นด้วยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 วรรคหนึ่ง ประกอบพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 180 คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียจึงต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งได้พร้อมทั้งอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษามาบทบัญญัติดังกล่าว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2213/2550 (การอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งศาล) ดังกล่าว ได้มีคำวินิจฉัยในกรณีเกี่ยวกับการใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งของศาลชั้นต้น หรือคำสั่งอื่น ๆ ที่ศาลชั้นต้นได้มีคำสั่งในที่มีการดำเนินการตามขั้นตอนของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 เพื่อให้มีการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน หรือกรณีคำสั่งจำหน่ายคดี เมื่อปฏิบัติตามแผนแก้ไขฟื้นฟูครบถ้วนแล้ว ฯลฯ คำสั่งดังกล่าวเหล่านี้ที่ศาลมีคำสั่งระหว่างการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามอุทธรณ์ฎีกา คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสีย เช่น ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 วรรคหนึ่ง ประกอบพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 180 จึงมีความแตกต่างระหว่างกรณีคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลที่ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ฎีกาคำสั่งจนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญและมีอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“คดีอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลชั้นต้นในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ เว้นแต่จะถูกต้องห้ามอุทธรณ์โดยประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ประกอบพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 180 บัญญัติว่า “การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเยาวชนและครอบครัวให้อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์คดีชำนาญพิเศษ.....” การอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งศาลตามคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวนี้ เป็นการอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งศาลชั้นต้นระหว่างการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู จึงเป็นการที่คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งได้

กรอบแนวคิดการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ มีประเด็นสำคัญจากการพิจารณาหลักการดำเนินคดีต่อเด็กและเยาวชน ซึ่งจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของเด็กหรือเยาวชน โดยเด็กและเยาวชนควรจะได้รับการศึกษา อบรม สั่งสอน และสงเคราะห์ให้กลับตัวเป็นพลเมืองดี และสามารถดำเนินชีวิตอยู่ในสังคมส่วนรวมได้ ซึ่งคิดว่าที่จะใช้กฎหมายลงโทษเด็กและเยาวชนจนถูกตัดขาดจากสังคม จึงเกิดแนวคิดที่จะค้นหามาตรการอันเป็นทางเลือกอื่นมาปรับใช้แทนการดำเนินคดีอาญา โดยการนำเด็กหรือเยาวชนออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice Process) ตามรูปแบบปกติหรือตามบทบัญญัติของกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดและเกิดสำนึกในการกระทำมีโอกาสกลับตัวกลับใจ โดยสามารถอยู่ร่วมกันในสังคมได้ในภายหน้า ในขณะเดียวกัน ก็ควรกำหนดกฎหมายโดยคำนึงถึงผู้ที่มีส่วนอันต้องรับผิดชอบในการกระทำของเด็กและเยาวชน ซึ่งได้แก่ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย ได้เข้ามาอยู่ในกระบวนการฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนด้วย รวมทั้งคำนึงถึงการบรรเทาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย (Injured Person) จึงเป็นที่มาของแนวคิดในการนำมาตราการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและมาตราการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญามาใช้กับเด็กและเยาวชน

วิธีดำเนินการวิจัย

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 บัญญัติถึงมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาไว้ในมาตรา 86 ถึงมาตรา 93 เป็นมาตรการพิเศษทางกฎหมายอันเป็นวิธีดำเนินการในชั้นก่อนการฟ้องคดี ซึ่งกฎหมายให้อำนาจผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการเริ่มต้นกระบวนการ ส่วนมาตรา 90 ถึงมาตรา 93 เป็นมาตรการพิเศษภายหลังฟ้องคดี ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญ ในการเริ่มต้นกระบวนการตามกฎหมายโดยใช้มาตรการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีตาม มาตรา 132 วรรคหนึ่ง เป็นมาตรการทางเลือกอีกมาตราหนึ่งซึ่งให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวาง แม้คดีเสร็จการพิจารณาแล้ว แต่หากศาลเห็นว่ายังไม่สมควรมีคำพิพากษา ศาลก็อาจปล่อยชั่วคราวไปโดยกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ให้เด็กหรือเยาวชนที่ตกเป็นจำเลยปฏิบัติตาม ซึ่งในทางปฏิบัตินั้น ศาลมักใช้มาตรการพิเศษแทนคำพิพากษาคดีโดยการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวตาม มาตรา 132 วรรคหนึ่ง และคดีอาญาที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนโดยส่วนใหญ่มักจะหยุดลงก่อนที่จะมีการพิพากษาลงโทษเด็กและเยาวชน โดยศาลจะใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญาตามนัยมาตรา 132 วรรคหนึ่ง

แนวคิดและทฤษฎี (Concept and Theory) เกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน ทฤษฎีทางอาชญวิทยา (Criminological Theory) ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีการเลียนแบบ (Theory of Imitation) ซึ่ง Gabriel Tarde (ค.ศ. 1843-1904) นักอาชญวิทยาชาวฝรั่งเศส (French Criminologist) อธิบายว่า อิทธิพลของสิ่งพิมพ์เป็นปัจจัยแห่งการเกิดอาชญากรรม แสดงให้เห็นว่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยลำพัง แต่มีวิธีการและเทคนิคของการกระทำความคิดในลักษณะที่เหมือนและคล้ายคลึงกัน ซึ่งเป็นปัญหาลูกโซ่ทางอาชญากรรมหลายคดีที่เกิดขึ้นในหมู่ชนชั้นสูง และแพร่หลายไปในหมู่ชนชั้นต่ำ โดยการเลียนแบบ Gabriel Tarde เชื่อว่ามนุษย์มีแนวโน้มที่จะเลียนแบบตามรสนิยม สมัยนิยม หรือประเพณีต่าง ๆ ซึ่งการเลียนแบบเป็นการเรียนรู้อย่างหนึ่ง และการเลียนแบบอาจก่อให้เกิดอาชญากรรมทางทฤษฎีเชิงบูรณาการ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในกลุ่มนักอาชญวิทยา และเป็นทฤษฎี

หลักอันมีพละนาภาพ (Omnipotence) ทั้งนี้ ทฤษฎีเชิงบูรณาการไม่เพียงแต่จะอธิบายว่าพฤติกรรมประเภทใดเป็นอาชญากรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่กระทำอย่างต่อเนื่อง กล่าวคือ การกระทำผิดตั้งแต่เด็กจนกระทั่งเป็นผู้ใหญ่ โดยหลักสากลในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนนั้น เด็กและเยาวชนทั่วไปและทุกคน ไม่ว่าจะ เป็น เด็กหรือเยาวชนที่ด้อยโอกาส หรือไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะใด ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิในฐานะบุคคลที่มีศักดิ์ศรีและมีคุณค่าของความเป็นมนุษย์ (Dignity and Worth of Humanity) ที่ต้องมีการปกป้องคุ้มครองมากกว่าบุคคลทั่วไป เนื่องด้วยความสามารถทางสภาวะร่างกายและสติปัญญาที่มีความด้อยกว่าบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ จึงจำเป็นอย่างยั้งที่เด็กและเยาวชนจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิเป็นพิเศษ (เมธาพร กาญจนเตชะ, 2562)

การศึกษามาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตาม มาตรา 90 และมาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตาม มาตรา 132 วรรคหนึ่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตาม มาตรา 90 และมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จะเห็นได้ว่า ปัญหาจากการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนดังกล่าว นั้น ผู้วิจัยใช้แนวทางการศึกษาวิจัยในเชิงพรรณนา โดยใช้วิธีการศึกษาเชิงคุณภาพ มุ่งเน้นการรวบรวมข้อมูลที่เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการแทนการพิพากษาคดีเด็กและเยาวชน รวมไปถึงมาตรการแทนการพิพากษาคดีเด็กและเยาวชน ในต่างประเทศ และนำเสนอแนวความคิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการดังกล่าว

ผลการวิจัย

ผลจากการศึกษามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 และมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญาตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ในทางปฏิบัติ นั้น การนำมาตราการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 และมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง

มาใช้ในการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน แต่ปรากฏว่า โดยทางปฏิบัตินั้นยังไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Will of Law) ที่มุ่งเน้นการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหายจากข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น กรณีนี้จึงส่งผลให้เกิดประเด็นปัญหาด้านกฎหมาย เช่น คดีความผิดฐานลักทรัพย์ คดีความผิดฐานชิงทรัพย์ คดีความผิดทำร้ายร่างกาย

เนื่องจากการกระทำความผิดตามฐานความผิดดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นการกระทำความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับสภาพแวดล้อมภายในครอบครัวและสังคม และในบางกรณีเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดร่วมกับผู้ใหญ่ อันส่งผลกระทบต่อความเป็นปกติสุขของประชาชน เมื่อเด็กหรือเยาวชนนั้นได้รับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามาตรา 90 และมาตรการพิเศษแทนคำพิพากษาคดีอาญามาตรา 132 วรรคหนึ่ง การได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายที่ยังคงกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในทางปฏิบัติ บางกรณีผู้เสียหายอาจไม่ให้ความยินยอมหรือให้ข้อถกเถียงต่อเด็กหรือเยาวชน หากผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอมเด็กหรือเยาวชนนั้นย่อมขาดการได้รับโอกาสแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามที่กฎหมายกำหนดไว้

กรณีเกี่ยวกับการใช้มาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตามมาตรา 90 เรื่อง การกำหนดเงื่อนไขที่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ซึ่งมีมุมมองของการให้ความยินยอมของผู้เสียหายในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นภาครัฐ ซึ่งตามมาตรา 90 ถือว่าไม่มีผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอม และจะนำมาตรา 90 มาปรับใช้ไม่ได้ อาจเป็นการตีความอันขัดต่อหลักกฎหมายที่กำหนดให้มาตรา 90 ต้องมีเงื่อนไขว่าการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย หากถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายจะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาย่อมกระทำไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติแนวทางการในการปฏิบัติที่ชัดเจน ดังเช่น มาตรา 86 ที่มีการแก้ไขกฎหมาย โดยส่งผลให้ผู้อำนวยการสถานพินิจมีอำนาจใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากบุคคลใด

พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 90 ดังกล่าว ควรมีการแก้ไขเกี่ยวกับเงื่อนไขการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ในกรณีที่รัฐเป็นผู้เสียหายโดยตรง เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และยังทำให้

ศาลสามารถพิจารณาสั่งให้มีการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

กรณีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและเยาวชนตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง ซึ่งกฎหมายกำหนดในกรณีที่ศาลเห็นว่าตามพฤติการณ์แห่งคดียังไม่สมควรจะมีคำพิพากษา หรือบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคล ซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยร้องขอ เมื่อศาลสอบถามผู้เสียหายเพื่อประกอบดุลพินิจการพิจารณา ศาลอาจมีคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวโดยไม่มีประกัน หรือมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกันก็ได้โดยกำหนดเงื่อนไข เช่น ให้จำเลยรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติ หรือเจ้าพนักงานอื่นหรือบุคคลอื่นใดหรือองค์การด้านเด็ก เข้ารับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟู รับคำปรึกษาแนะนำเข้าร่วมกิจกรรมบำบัดหรือกิจกรรมบำบัดหรือกิจกรรมทางเลือก หรือให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกว่าจำเลยนั้นมีอายุครบยี่สิบสี่ปีบริบูรณ์ จากการศึกษาวิจัยนี้ทำให้ทราบถึงประเด็นปัญหาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญาตามมาตรา 132 ซึ่งได้แก่

(1) การกำหนดเงื่อนไขการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามคำสั่งศาล โดยกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดทางอาญาตั้งแต่เริ่มฟ้องจนถึงยุติคดีนั้น ปรากฏว่า มีเด็กและเยาวชนบางส่วนที่ยังไม่เปลี่ยนแปลงพฤติกรรม โดยยังคงกระทำความผิดซ้ำอีก เช่น ความผิดฐานเสพยาเสพติดให้โทษ ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับเพศ

(2) เมื่อศาลมีคำสั่งในคดีให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญา โดยกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังเด็กหรือเยาวชน โดยผู้พิพากษาสมทบเป็นพนักงานผู้ติดตามดูแลเด็กหรือเยาวชนเพื่อรายงานให้ศาลทราบต่อไป จึงเกิดปัญหาว่า ผู้พิพากษาสมทบที่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงไปตามวาระที่ได้รับพระราชทานโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบ จึงเกิดปัญหาการเชื่อมโยงการติดตามดูแลเด็กหรือเยาวชนอาจไม่ต่อเนื่อง และบุคลากรมีไม่เพียงพอ ทำให้ผลสัมฤทธิ์ที่เกิดขึ้นไม่บรรลุผลตามเป้าหมายเท่าที่ควร

(3) การสร้างเครือข่ายในชุมชนให้มีความเข้มแข็ง เพื่อช่วยดูแลและสอดส่องเด็กหรือเยาวชนในชุมชน เนื่องจากปริมาณคดีที่มีมากขึ้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะ

เป็นคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ศาลและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องพยายามสร้างเสริมความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายและมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญา เพื่อให้สามารถติดตามดูแลเด็กหรือเยาวชนเหล่านี้ได้อย่างใกล้ชิด แต่มีข้อขัดข้องเกี่ยวกับบุคลากรของศาลที่มีไม่เพียงพอในการรองรับคดีที่ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญา

จากการศึกษาวิจัย การกำหนดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของเด็กและเยาวชนที่ได้กระทำผิด ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชนในมาตรา 132 ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ชั้นพิจารณาคดีที่ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับแนวทางในการดำเนินการกับความผิดต่อรัฐ อาจส่งผลให้เกิดการใช้ดุลพินิจของผู้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเช่นเดียวกับมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของเด็กและเยาวชนในมาตรา 90 ก่อนการพิพากษาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ดังนั้นเพื่อให้การดำเนินการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก่อนและหลังมีคำพิพากษาให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย จึงควรต้องมีเพิ่มเติมเรื่องขอบเขตดุลพินิจของผู้พิพากษาการให้เกิดความชัดเจน เนื่องจากดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละคนนั้นไม่เท่ากันหรือไม่เหมือนกัน ทั้งนี้เพื่อให้ส่งผลให้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป

อภิปรายผลการวิจัยและสรุปผลการวิจัย

ปัญหาการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน เป็นปัญหาที่สำคัญในสังคมไทย และควรได้รับความสนใจจากทุกภาคส่วน เพื่อนร่วมกันแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นและร่วมกันปกป้องและคุ้มครองเด็กและเยาวชนมิให้กระทำความผิดซ้ำ มีการปรับปรุงตัวกลับคืนอ้อมกอดของสังคม โดยเป็นที่ยอมรับในสังคม แต่ทั้งนี้การดำเนินคดีอาญาต่อเด็กและเยาวชน จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเป็นกระบวนการที่มีความชัดเจน สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกระบวนการยุติธรรม ตลอดจนความร่วมมือ

ของทุกภาคส่วนในสังคม ก็จะช่วยแก้ปัญหาการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะการวิจัย

1. การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามคำสั่งศาลหรือการกำหนดเงื่อนไขเพื่อป้องปรามหรือคุมประพฤติเด็กหรือเยาวชน ควรมุ่งมั่นให้ความสำคัญเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสังคม การเคารพสิทธิในการดำรงชีวิตของตนเองและผู้อื่นในชุมชนเพื่อให้เด็กและเยาวชนได้มีโอกาสมองเห็นอนาคตของตนเองในภายหน้า แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องมีความเข้มแข็งในการกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับเด็กหรือเยาวชนโดยได้รับความร่วมมือจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย เพื่อให้เด็กหรือเยาวชนอยู่ได้ในสังคมอย่างเป็นปกติสุข

2. การสร้างสถานการกีฬาและการดนตรีที่มุ่งเน้นให้เด็กหรือเยาวชนได้มีโอกาสแสดงศักยภาพของตนเอง และมีระบบกฎเกณฑ์ในการส่งเสริมคัดเลือกให้เป็นไปตามที่เด็กหรือเยาวชนมีความรักในการกีฬานั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการกลับไปสู่การกระทำผิดซ้ำในความผิดด้านยาเสพติด ลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

3. ประกอบกับการกำหนดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของเด็กและเยาวชนที่ได้กระทำความผิด ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการพิเศษแทนการดำเนินในคดีอาญาเด็กและเยาวชนในมาตรา 132 ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ชั้นพิจารณาคดีที่ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับแนวทางในการดำเนินการกับความผิดต่อรัฐ อาจส่งผลให้เกิดการใช้ดุลพินิจของผู้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเช่นเดียวกับมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของเด็กและเยาวชนในมาตรา 90 ก่อนการพิพากษาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ดังนั้นเพื่อให้การดำเนินการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก่อนและหลังมีคำพิพากษาให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย จึงควรต้องมีเพิ่มเติมเรื่องขอบเขตดุลพินิจของผู้พิพากษาการให้เกิดความชัดเจน เนื่องจากดุลพินิจของ

ผู้พิพากษาแต่ละคนนั้นไม่เท่ากันหรือไม่เหมือนกัน ทั้งนี้เพื่อให้ส่งผลให้สามารถแก้ไข ปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป

องค์ความรู้ใหม่และการนำไปใช้

1. องค์ความรู้ใหม่ที่ค้นพบจากการวิจัย

จากการวิจัยพบว่า ท่ามกลางปัญหาของการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนที่เกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้งในสังคมไทยปัจจุบัน จึงเกิดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อมาใช้ในการดำเนินคดีอาญาที่เกิดขึ้นจากเด็กและเยาวชน โดยแบ่งแยกกระบวนการ และขั้นตอนต่างๆในทางยุติธรรม ออกจากการดำเนินคดีอาญาของบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญาของเด็กและเยาวชนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้ง หรือป้องปรามมิให้เด็กและเยาวชนกลับไปกระทำความผิดซ้ำเดิมอีก เนื่องจากเชื่อว่า เด็กและเยาวชนยังเป็นผู้ที่ด้อยประสบการณ์ทางด้านสังคม และการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับตนเอง จึงอาจจะกระทำความผิดโดยหลงผิดไป จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หลักการหนึ่งที่น่าสนใจในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนคือ การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามาตรา 90 และ มาตรการพิเศษแทนคำพิพากษาคดีอาญามาตรา 132 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ กรณีความยินยอมของผู้เสียหาย ตามมาตรา 90 ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นภาครัฐ ในทางปฏิบัติไม่มี ผู้ให้ความยินยอม จึงถือว่าเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขว่าการจัดทำ แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย ดังนั้น จึงสมควรแก้ไข หลักเกณฑ์ดังกล่าวให้สอดคล้องกับแนวทางในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อเป็นการกำหนด แนวทางปฏิบัติให้มีความชัดเจนและ ตรงตามเจตนารมณ์ของการคุ้มครองเด็กและ เยาวชนมากที่สุด และกรณีการใช้มาตรการปล่อยตัวจำเลยชั่วคราวในคดีเด็กและ เยาวชนตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง ซึ่งในทางปฏิบัติมีปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดซ้ำของเด็กและเยาวชน ความไม่ต่อเนื่องของอำนาจของผู้พิพากษาสมทบที่มี อำนาจในการติดตามและดูแลเด็ก และบุคลากรของศาลไม่เพียงพอในการรองรับคดีที่ ศาลให้ใช้มาตรการพิเศษเฉพาะเด็กและเยาวชน จากปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าว ตาม มาตรา 132 วรรคหนึ่ง เห็นว่า ทุกภาคส่วนในสังคมไม่ว่าจะเป็นครอบครัว บุคลากรใน

กระบวนการยุติธรรม ควรร่วมมือกันในการคุ้มครอง ดูแล และร่วมกันสร้างเกราะป้องกันเพื่อให้เด็กและเยาวชนที่อยู่ในระหว่างปล่อยตัวชั่วคราวมีโอกาสให้กระทำความผิดซ้ำหรือกระทำความผิดร้ายแรงกว่าเดิม เพราะปฏิเสธไม่ได้ว่า สังคมก็มีส่วนในการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนเช่นเดียวกัน

2. การนำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์

จากการวิจัยทำให้พบปัญหาจากการกฎหมายอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน เกี่ยวกับใช้หลักแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามาตรา 90 และมาตรการพิเศษแทนค่าพิพาศาคคืออาญามาตรา 132 วรรคหนึ่ง เห็นว่าควรแก้ไขหลักเกณฑ์ของกฎหมายให้มีความชัดเจน สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรม ตลอดจนต้องสอดคล้องกับหลักการในเรื่องของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนมากที่สุด คือ การร่วมมือกันนำเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม และมีอนาคตที่ดีในภายภาคหน้า แต่ทั้งนี้จะต้องอาศัยความร่วมมือของทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวมีประสิทธิภาพสูงสุด

เอกสารอ้างอิง

- กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน. (2565). *ประวัติความเป็นมากรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน*. กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน.
- ธัญญรัตน์ ทองงาม. (2560). *ปัญหาการใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีตามมาตรา 132 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553*. [วิทยานิพนธ์ปริญญาโทที่ไม่มีการตีพิมพ์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง].
- นงนุช มหาศีตะ. (2564). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 90 ของเด็กหรือเยาวชนและผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ*. [วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยรามคำแหง].
http://www.lawgrad.ru.ac.th/AbstractsFile/6324011618/1662005908100b6b700de82aacfb77a80ca7b45697_abstract.pdf
- นพนนท์ นฤปิยะกุล. (2548). *พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเด็กและเยาวชน*. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิตที่ไม่มีการตีพิมพ์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง].
- นันท์นภัส ศิริชัชวาลวงศ์, ศิวะ จงจิตต์ และอัจฉรารรณ อัสโร. (2559, 23 มิถุนายน). *การใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีอาญาในกรณีเด็กและเยาวชนในเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดสงขลา พ.ศ. 2557-2559* [รายงานประชุม]. การประชุมมหาดไทยวิชาการระดับชาติ และนานาชาติ ครั้งที่ 7 ประจำปี พ.ศ. 2559. สงขลา, ประเทศไทย.
- ประเทือง ธนียผล. (2556). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา: Criminology and Penology* (พิมพ์ครั้งที่ 9). สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

- เมธาวร กาญจนเตชะ. (2562, 30 มีนาคม). *สังคมผู้สูงวัย: โอกาสและความท้าทายของอุดมศึกษา* [รายงานประชุม]. การประชุมวิชาการระดับชาติ วิทยาลัยนครราชสีมา ครั้งที่ 6 ประจำปี พ.ศ.2562. นครราชสีมา, ประเทศไทย.
- สมชัย ชีฆาอูตมากร และพรรณกรณณ์ พรหมเพ็ญ. (2555). *ปัญหาการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553*. พลสยาม พรินต์ติ้ง.
- สทรัฐ กิติศุภการ. (2564). *หลักและคำพิพากษา พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (ปรับปรุงใหม่ 2564) (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. บริษัทอัมรินทร์พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด.
- สำนักงานศาลยุติธรรม. (2562). *คู่มือปฏิบัติราชการของตุลาการ ส่วนวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว เล่ม 9*. สำนักงานศาลยุติธรรม.
- สำนักส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาสและผู้สูงอายุ. (2555). *อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก Convention on the Rights of the Child และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก Optional Protocol to the Convention On the Rights of the Child*. สำนักส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาสและผู้สูงอายุ.

ปัญหาทางกฎหมายในการจัดระบบ
โครงสร้างกลไกการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครู
และบุคลากรทางการศึกษา
ศึกษากรณี สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน
Legal Problems on
Constructing Personnel Management System
for Teachers and Educational Personnel:
A Study of the Basic Education Commission

จีรนนท์ เฟ่งพินิจ, สุธี อยู่สถาพร

Jeeranun Phengpinij, Suthee Usathaporn

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: Nokjeejee@gmail.com,

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: Setedusud26@gmail.com

รับบทความ (Received): 10 เม.ย. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 31 พ.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 31 พ.ค. 2567

บทคัดย่อ

บทความนี้มีความมุ่งหมายที่จะนำเสนอถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับ
กลไกการบริหารงานบุคคล การกระทำทางปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบการ

กระทำทางปกครองของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ซึ่งระบบการบริหารงานบุคคลเพื่อให้เป็นไปตามระบบคุณธรรม (Merit System) จะมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ ในการบริหารงานบุคคลขึ้นมาในส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ โดยมีองค์กรกลางการบริหารงานบุคคลเป็นผู้กำหนดนโยบายบริหารงานบุคคล มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการบริหารงานบุคคล เพื่อให้องค์กรบริหารงานบุคคลในส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ ตลอดจนควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย กำกับ ดูแล ติดตาม และประเมินผลการบริหารงานบุคคลของส่วนราชการหรือหน่วยงานในสังกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลสูงสุด โดยได้ศึกษาถึงวิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคล การกระทำทางปกครอง และการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองขององค์กรการบริหารงานบุคคลภาครัฐของข้าราชการประเภทอื่นในประเทศไทยและต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขระบบการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาของประเทศไทย โดยเฉพาะกรณีซึ่งสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

เมื่อพิจารณาการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า มีบทบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสม ไม่สอดคล้องกับแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคล การกระทำทางปกครอง และการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง และไม่เอื้อต่อหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาอย่างเพียงพอในบางกรณี อันส่งผลให้เกิดปัญหาบางประการ ซึ่งได้แก่ ปัญหาความล่าช้าในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา สังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน และปัญหาการขาดความเสมอภาค มีความลักลั่น และเกิดความไม่เท่าเทียมกันในกระบวนการบริหารงานบุคคลสำหรับตำแหน่งผู้บริหารการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เมื่อเปรียบเทียบกับราชการส่วนอื่น รวมถึงมีการที่ไม่เป็นไปตามหลักความเป็นกลางในการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรกลาง เพื่อทำการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการทางวินัยของตำแหน่งดังกล่าว

จากการศึกษาองค์กรควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองในการบริหารงานบุคคล ของภาครัฐในต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น พบว่า องค์กรควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในการบริหารงานบุคคลของภาครัฐในต่างประเทศดังกล่าวมีหลายรูปแบบ การจัดตั้งในรูปแบบใดย่อมขึ้นอยู่กับความจำเป็นที่ต้องการในด้านบทบาทและพันธกิจเพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุดภายใต้บริบททางสังคมในขณะนั้น โดยกฎหมายของสหราชอาณาจักร มีคณะกรรมการภายใต้ฝ่ายบริหารทำหน้าที่วางนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาข้าราชการ และมีคณะกรรมการที่เป็นอิสระจากรัฐบาลทำหน้าที่พิทักษ์ระบบคุณธรรม ทั้งนี้ จะมีคณะกรรมการกลางผสมระหว่างคณะกรรมการอิสระและหน่วยงานที่ขึ้นตรงกับฝ่ายบริหาร ในส่วนกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้น มีรูปแบบคณะกรรมการที่เป็นอิสระและขึ้นตรงต่อฝ่ายบริหาร สำหรับประเทศญี่ปุ่นได้นำรูปแบบคณะกรรมการอิสระของสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ ซึ่งหลักการดังกล่าวถูกนำมาเป็นแบบในการจัดตั้งองค์กรควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองในการบริหารงานบุคคลของภาครัฐในประเทศไทย ซึ่งได้แก่ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เรียกโดยย่อว่า “ก.พ.” ที่เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนภายใต้ฝ่ายบริหาร มีนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน และมี อ.ก.พ. กระทรวง อ.ก.พ. กรม และ อ.ก.พ. จังหวัด ที่ตั้งขึ้นเพื่อการกระจายอำนาจ และทำหน้าที่เป็นองค์กรปฏิบัติการบริหารทรัพยากรบุคคลภาครัฐ โดยแยกคณะกรรมการที่ทำหน้าที่พิทักษ์ระบบคุณธรรม หรือ ก.พ.ค. เป็นอีกคณะหนึ่ง ดังนั้น ควรมีการนำแนวคิดการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองในการบริหารงานบุคคลของภาครัฐในต่างประเทศ และรูปแบบผสมผสานที่เป็นคณะกรรมการอิสระ และคณะกรรมการภายใต้ฝ่ายบริหาร รวมทั้งรูปแบบของข้าราชการพลเรือนของประเทศไทยมาปรับใช้ในการจัดตั้งองค์กรควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยกำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบดุลพินิจของบังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจในระดับเขตพื้นที่การศึกษา และทำหน้าที่บริหารงานบุคคลสำหรับตำแหน่งผู้บริหารการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยตั้ง อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานขึ้นมาเป็นการเฉพาะอีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสอดคล้องกับแนวคิด ทฤษฎี และหลัก

กฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับกลไกการบริหารงานบุคคล การกระทำทางปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองต่อไป

คำสำคัญ: ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา, กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา, การบริหารงานบุคคล, สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

Abstract

This article aims to present legal rules relating to personnel management mechanisms, administrative action, and controlling and examining the administrative actions of government teachers and educational personnel. In the personnel management system that complies with the merit system, organizations will be established to perform personnel management duties in government departments or State agencies. There is a central personnel management organization that lays down personnel management policies. Such a central personnel management organization has the power to determine criteria, methods, and conditions for personnel management to be practiced by the personnel management organization in government agencies or State agencies, as well as control and examine the legality, supervise, follow up on, and evaluate the personnel management of government agencies or affiliated agencies with maximum efficiency and effectiveness. This article shall study the evolution, concepts, theories, and legal principles related to personnel management, administrative action, and controlling and examining the administrative actions of government personnel management organizations of other types of civil servants in Thailand and abroad. The study was done to know the problems and solutions to the personnel management system of teachers and educational

personnel in Thailand. This is especially the case under the Office of the Basic Education Commission.

When we consider the personnel management of teachers and educational personnel under the law on government teachers and educational personnel in Thailand, it can be seen that there are some provisions that are inappropriate. It is not consistent with concepts, theories, and legal principles related to personnel management, administrative action, and control and examination of administrative actions. Such provisions are not conducive to ensuring adequate fairness for civil servant teachers and educational personnel in some cases, namely the problem of delays in personnel administration of civil servant teachers and educational personnel under the Office of the Basic Education Commission and the problem of lack of equality; there's an overlap, and there were inequalities in the personnel management process for educational administrator positions under the Office of the Basic Education Commission when compared to other government departments. Including that, there is a non-compliance with the principle of impartiality in exercising the power of the central organization to control and examine the disciplinary actions of the said position.

In the study of organizations controlling and examining administrative actions in government personnel management in foreign countries, including the United Kingdom, the United States, and Japan, we found that organizations controlling and examining administrative actions in government personnel management in such foreign countries have many forms. What form of organization it is will depend on the needs of its role and mission for maximum efficiency and effectiveness within the social context at that time. The law of the United Kingdom provides

a committee under the Executive to lay down policy relating to the development of civil servants, and there is a committee independent of the government to protect the merit system. In addition, there will be a central committee with a mix of independent committees and agencies directly depending on the executive branch. In the case of the law of the United States, there is a form of committee that is independent and directly depends on the management. In the case of Japan, the independent committee model of the United States was adopted. This principle was used as a model for the establishment of an organization to control and examine administrative actions in the personnel administration of the public sector in Thailand, is the Civil Service Commission (C.S.C.), which is the central organization for personnel management of civil servants under the Executive, the Prime Minister is the chairman and there are the Civil Service Sub-commission (C.S.S.) of the Ministry, the C.S.S. of the Departmental, and the C.S.S. of the Province, which were established to decentralize power and act as management organization for the government human resource by separating the Morality System Protection Commission or M.S.P.C., as another commission. Therefore, the concept of controlling and examining administrative actions should be introduced in the personnel management of government agencies abroad, and a hybrid model that is an independent committee and a committee under the executive branch, including the civil service model of Thailand, should be applied in the establishment of an organization to control and examine administrative actions in the Office of the Basic Education Commission. It should establish a committee with the authority to control and monitor the discretion of supervisors or authority figures at the education area level and perform human resource management duties for the position of educational administrators under the Office of the

Basic Education Commission by setting up the Sub-Committee of Teachers and Educational Personnel, or S.T.E.P., of the Office of the Basic Education Commission to make it appropriate and consistent with concepts, theories, and legal principles related to personnel management mechanisms, administrative action, and further control and examination of administrative actions.

Keywords: Government Teachers and Educational Personnel, Law on Government Teachers and Educational Personnel, Personnel Management, the Office of the Basic Education Commission

บทนำ

การที่จะให้ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาซึ่งมีอยู่ประมาณ 5 แสนกว่าคน โดยเฉพาะข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ถึง 4 แสนกว่าคน ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประสิทธิผลสูงสุดต่อคุณภาพการจัดการศึกษาของประเทศ การบริหารงานบุคคลถือเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่ง เพื่อให้ได้มาซึ่งบุคคลที่มีความรู้และความสามารถเหมาะสมกับการเป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา โดยเริ่มตั้งแต่การวางแผนอัตรากำลัง การคัดกรอง การสรรหา การบรรจุและแต่งตั้ง การกำหนดค่าตอบแทน การเลื่อนตำแหน่ง การมีและการเลื่อนวิทยฐานะ การย้าย การประเมินผลการปฏิบัติงานการสร้างขวัญและกำลังใจ การพัฒนาตลอดจนการเสริมสร้างวินัย และการให้ออกจากราชการ เมื่อมีระบบการบริหารงานบุคคลที่ดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องตามระบบคุณธรรม ก่อให้เกิดระบบที่สร้าง ความพึงพอใจต่อข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และสร้างความสัมพันธ์ที่ดีในการทำงานร่วมกัน ย่อมส่งผลให้เกิดความตั้งใจในการปฏิบัติหน้าที่จนเกิดผลดี ส่งผลถึงผลสัมฤทธิ์ทางการศึกษาอันเกิดประโยชน์ต่อหน่วยงานการศึกษาส่วนราชการ โดยสามารถบรรลุเป้าหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ (สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ, 2566)

ระบบการบริหารงานบุคคลต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรม (Merit System) จึงมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลขึ้นมาในส่วนราชการหรือหน่วยงาน โดยมีองค์กรกลางการบริหารงานบุคคลเป็นผู้กำหนดนโยบายบริหารงานบุคคล กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการบริหารงานบุคคล เพื่อให้องค์กรบริหารงานบุคคลในส่วนราชการหรือหน่วยงานถือปฏิบัติ ตลอดจนทำหน้าที่ในการกำกับ ดูแล ติดตาม และประเมินผลการบริหารงานบุคคลของส่วนราชการหรือหน่วยงานในสังกัด องค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ถือเป็นกลไกสำคัญในการกำหนดนโยบาย การวางแผน การกำหนดเกณฑ์อัตรากำลัง การออกกฎ ก.ค.ศ. ระเบียบ หลักเกณฑ์และวิธีการ รวมทั้งเงื่อนไขการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ตลอดจนควบคุม กำกับดูแล ตรวจสอบ และประเมินผลการบริหารงานบุคคลเพื่อรักษามาตรฐานและสร้างความเป็นธรรม โดยมีกลไกเพื่อช่วยบริหารงาน ทำหน้าที่เป็นองค์กรฝ่ายปฏิบัติ โดยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา จะมีกลไกการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาอยู่ 2 ระดับ ดังนี้ (ศรันย์ดิษฐ์ เบญจพงศ์, 2563)

1. คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) เป็นองค์กรกลางการบริหารงานบุคคล

2. คณะอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาประจำเขตพื้นที่การศึกษา (อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา) ทำหน้าที่เป็นองค์กรฝ่ายปฏิบัติสำหรับข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

ส่วนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในส่วนราชการอื่นนั้น จะมีคณะอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาตั้งประจำส่วนราชการ เพื่อทำหน้าที่เช่นเดียวกับคณะอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาประจำเขตพื้นที่การศึกษา (อ.ก.ค.ศ. ที่ ก.ค.ศ. ตั้งในส่วนราชการ) การที่กลไกการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษามีเพียง 2 ระดับ โดยเฉพาะข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ที่กฎหมายว่าด้วย

ระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาไม่มีบทบัญญัติให้จัดตั้ง อ.ก.ค.ศ. ที่ ก.ค.ศ. ตั้ง ในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน กรณีนี้จึงมี ก.ค.ศ. ทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และมี อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการบรรจุแต่งตั้ง การพิจารณาความดีความชอบ การแต่งตั้ง การย้าย การโอน การดำเนินการทางวินัย รวมถึงการใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาความผิดและกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจในระดับเขตพื้นที่การศึกษา แล้วจัดส่งหรือรายงานมายัง ก.ค.ศ. ที่ทำหน้าที่เป็นองค์กรส่วนกลางในการกำกับ ควบคุม และตรวจสอบดุลพินิจการดำเนินการต่าง ๆ ของผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจในระดับเขตพื้นที่การศึกษา ไม่ว่าจะเป็นการบรรจุและแต่งตั้ง การโอน การย้าย การให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ จนกระทั่งการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาอีกชั้นหนึ่ง โดยส่วนราชการต้นสังกัดไม่มีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจนั้น ๆ รวมถึงการบริหารงานบุคคล และตำแหน่งผู้บริหารการศึกษา ซึ่งได้แก่ ตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา เนื่องจากไม่มีองค์กรบริหารงานบุคคลในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน จึงต้องนำเสนอ ก.ค.ศ. เป็นองค์กรปฏิบัติในการบริหารงานบุคคลทุกเรื่อง กรณีดังกล่าวจึงเป็นเหตุให้ขาดขั้นตอนกระบวนการกลั่นกรองดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา โดยองค์กรบริหารงานบุคคลในระดับส่วนราชการย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความล่าช้าในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ซึ่งก่อให้เกิดการขาดความเสมอภาค มีความลักลั่น ไม่เท่าเทียมกันในกระบวนการบริหารงานบุคคลสำหรับตำแหน่งผู้บริหารการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน รวมถึงความเป็นกลางในการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรกลางในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการทางวินัยของตำแหน่งดังกล่าวนี้ด้วย ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ข้าราชการครู และบุคลากรทางการศึกษาที่สังกัดอยู่ต่างหน่วยงานกันไป จึงเกิดแนวความคิดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองภายในฝ่ายปกครองโดยองค์กรในระดับส่วนราชการขึ้น โดยการจัดตั้ง อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานขึ้น เพื่อทำหน้าที่ควบคุม กำกับ และตรวจสอบการ

ใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรม

แนวคิดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทยนั้น แต่เดิมใช้วิธีการควบคุมตรวจสอบโดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจเหนือกว่า เช่น การอุทธรณ์ร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นสูงระดับเหนือขึ้นไป หรือการทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์ เป็นต้น ต่อมาเริ่มได้เกิดแนวความคิดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรบริหารงานบุคคลในรูปแบบของคณะกรรมการขึ้น เพื่อเป็นองค์กรกลางที่จะเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และความเป็นธรรมให้กับข้าราชการ

จากการศึกษาการจัดระเบียบบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พบว่า แต่เดิมข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาเป็นข้าราชการพลเรือนประเภทหนึ่ง และอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือน มีครูสภาเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคล ซึ่งทำหน้าที่แทนคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติครู พ.ศ. 2488 จนกระทั่ง พ.ศ. 2523 ได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 โดยแยกข้าราชการครูออกมาเป็นข้าราชการอีกประเภทหนึ่ง และจัดตั้งคณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูโดยเฉพาะแยกจากข้าราชการพลเรือน ส่วนข้าราชการอื่นที่มีใช้ข้าราชการครู ก็ยังคงเป็นข้าราชการพลเรือนอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือน โดยมีคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคล

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในหมวดว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา 81 บัญญัติให้รัฐจัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาแห่งชาติ ประกอบกับแนวคิดและนโยบายปฏิรูปการศึกษาของชาติ เป็นผลให้มีการตรากฎหมายขึ้น 3 ฉบับ ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ได้ตราขึ้นเพื่อเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการจัดการศึกษาของชาติตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ บัญญัติไว้ โดยมีหลักการให้มีการกระจายอำนาจการบริหารจัดการศึกษา รวมทั้ง

การบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาไปสู่อำนาจหน้าที่การศึกษาและสถานศึกษาเป็นสำคัญ

(2) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 ได้ตราขึ้นภายใต้หลักการกระจายอำนาจการบริหารและจัดการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 โดยวางโครงสร้างส่วนราชการและจัดระเบียบบริหารราชการในกระทรวงศึกษาธิการขึ้นใหม่ ซึ่งเน้นการจัดระเบียบการบริหารราชการ และกระจายอำนาจการบริหารจัดการศึกษา รวมทั้งอำนาจการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาไปยังเขตพื้นที่การศึกษาและสถานศึกษา

(3) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ได้ตราขึ้นภายใต้หลักการเดียวกันกล่าวคือ การกระจายอำนาจการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาไปยังเขตพื้นที่การศึกษาและสถานศึกษา ซึ่งส่งผลให้ข้าราชการครูเปลี่ยนเป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา เรียกโดยย่อว่า “ก.ค.ศ.” เพื่อเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาขึ้นแทนคณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) เดิม ส่งผลให้ข้าราชการครูเปลี่ยนเป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา โดยให้คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษามีอำนาจตั้งคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาวิสามัญเพื่อทำการใด ๆ แทนได้ด้วย นอกจากนี้ ยังกำหนดให้มีคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาประจำเขตพื้นที่การศึกษา เรียกโดยย่อว่า “อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา” ในการบริหารงานบุคคลสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน และต่อมาได้มีการปรับปรุงเขตพื้นที่การศึกษาเป็นเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาและเขตพื้นที่ศึกษามัธยมศึกษา จึงได้ปรับปรุงคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาให้สอดคล้องกับการบริหารงานบุคคลในเขตพื้นที่การศึกษา โดยกำหนดให้มี อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษา และ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่ศึกษามัธยมศึกษา และสำหรับในส่วนราชการอื่นที่ไม่สังกัดเขตพื้นที่ศึกษานั้น มีการจัดตั้งคณะกรรมการ

ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาประจำส่วนราชการ เรียกโดยย่อว่า “อ.ก.ค.ศ. ที่ ก.ค.ศ. ตั้ง”

จากการเปลี่ยนแปลงรูปแบบโครงสร้างการบริหารจัดการศึกษา รูปแบบโครงสร้างการบริหารราชการ ของส่วนราชการในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ และระบบโครงสร้างการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ส่งผลให้ต้องเปลี่ยนแปลงระบบการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาไปด้วย โดยมีการกระจายอำนาจการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาไปสู่เขตพื้นที่การศึกษาและสถานศึกษา และกำหนดให้องค์กรการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาประจำเขตพื้นที่การศึกษา หรือ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษา และ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่ศึกษามัธยมศึกษา ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย กำกับ ดูแล ติดตามและประเมินผลการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานการศึกษาในสังกัด รวมถึงการใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาความผิดและกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจในระดับเขตพื้นที่การศึกษา และให้ ก.ค.ศ. ทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางในการกำกับ ควบคุม และตรวจสอบดุลพินิจการดำเนินการต่าง ๆ ของผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีอำนาจในระดับเขตพื้นที่การศึกษาอีกชั้นหนึ่ง โดยส่วนราชการต้นสังกัดไม่มีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าว

จากการศึกษาระบบโครงสร้างกลไกการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา การกระทำทางปกครอง และการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พบว่า มีบทบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสม ไม่สอดคล้องกับหลักการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครอง (Principle of Control and Examination of the Administrative Act) และไม่เอื้อต่อหลักประกันความเป็นธรรม (Fairness Guarantee) ให้แก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาอย่างเพียงพอ ในอันที่จะเป็นการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการบริหารงานบุคคลแก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับกลไกการบริหารงานบุคคล ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา การกระทำทางปกครอง และ การควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการในกรณีเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา การกระทำทางปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครอง อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้ (สำนักงานปฏิรูปการศึกษา, 2542)

1. แนวคิดและหลักการของการบริหารงานบุคคลภาครัฐ

เมื่อพิจารณากลไกการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการประเภทต่าง ๆ แล้ว พบว่า มีองค์กรอยู่ 2 ประเภท ดังนี้

1.1 องค์กรกลางบริหารงานบุคคล (Central Personnel Agency) เป็นหน่วยงานกลางที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานกลาง หรือเป็นหน่วยงานกลางของรัฐบาลที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการสร้างและกำหนดมาตรฐานกลางต่าง ๆ เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการประเภทนั้น ๆ เช่น กำหนดนโยบายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล รวมทั้งการออกกฎ ระเบียบ และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อนำไปใช้ปฏิบัติกับประเภทข้าราชการที่อยู่ภายใต้ระบบการบริหารงานบุคคลของตน โดยมีกลไกเพื่อช่วยการบริหารทำหน้าที่เป็นองค์กรฝ่ายปฏิบัติ ประกอบด้วย

(1) สำนักงานที่ทำหน้าที่ด้านเลขานุการหรืองานธุรการให้กับองค์กรกลางบริหารงานบุคคล

(2) อนุกรรมการสามัญประจำกระทรวง

(3) อนุกรรมการสามัญประจำกรม

(4) อนุกรรมการสามัญประจำจังหวัด

(5) อนุกรรมการวิสามัญหรืออนุกรรมการวิสามัญเฉพาะกิจทำหน้าที่แทนองค์กรกลางในบางเรื่อง

1.2 หน่วยปฏิบัติการบริหารงานบุคคล (Operation Personnel Agency) เป็นหน่วยงานย่อยในส่วนราชการต่าง ๆ ซึ่งได้แก่ ฝ่ายการเจ้าหน้าที่ หรือ

กองการเจ้าหน้าที่ มีหน้าที่ดำเนินการด้านการบริหารบุคคลสำหรับข้าราชการในสังกัดของตน เช่น การบรรจุ การแต่งตั้ง การย้าย การโอน การให้ได้รับเงินเดือน การพิจารณาความดีความชอบ การฝึกอบรม

2. ความหมายและลักษณะของฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง

2.1 ความหมายและลักษณะของฝ่ายปกครอง

รูปแบบการจัดองค์กรของรัฐ (Organizational Form of the State) อาจพิจารณาได้ ดังนี้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2552)

รูปแบบการจัดการปกครองในรัฐเดี่ยวมี 2 ระบบที่สำคัญ คือ (1) การปกครองแบบรวมอำนาจ และ (2) การปกครองแบบกระจายอำนาจ

(1) การจัดองค์กรฝ่ายปกครองโดยใช้หลักการรวมอำนาจ

การปกครองแบบรวมอำนาจ (Centralization) จำแนกได้ 2 แบบ คือ (1.1) การรวมศูนย์อำนาจปกครอง (Concentration) และ (1.2) การแบ่งอำนาจปกครอง (Deconcentration)

(1.1) การรวมศูนย์อำนาจปกครอง การปกครองแบบนี้ อำนาจในการตัดสินใจทั้งหลาย จะอยู่ที่รัฐบาลในส่วนกลางทั้งสิ้น ไม่มีการมอบอำนาจการตัดสินใจในบางระดับบางเรื่องไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายรัฐบาลที่ถูกส่งออกไปประจำอยู่ในภูมิภาค รูปแบบเช่นนี้ย่อมเป็นไปได้ในรัฐสมัยใหม่ที่มีกิจกรรมต้องทำมากมายและหลากหลายซึ่งรัฐบาลในส่วนกลางไม่สามารถตัดสินใจในทุกเรื่องได้

(1.2) การแบ่งอำนาจการปกครอง คือ การที่รัฐบาลในส่วนกลางมอบอำนาจตัดสินใจในบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลที่ถูกส่งไปประจำในภูมิภาคตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ที่ตั้งกล่าวจะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐบาลส่วนกลาง

(2) การจัดองค์กรฝ่ายปกครองโดยใช้หลักการกระจายอำนาจ

การปกครองแบบกระจายอำนาจ (Deconcentration) คือ การที่รัฐถ่ายโอนอำนาจทางปกครองบางส่วนให้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอื่นนอกจากรัฐ เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความเป็นอิสระทางปกครองและทางการคลัง

ไม่ต้องอยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐบาลส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลส่วนกลางเท่านั้น

2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายปกครองที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งโดยปกติแล้ว รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน โดยกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวในการกระทำการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกครอง ซึ่งมุ่งประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ และเพื่อสามารถดำเนินการบรรลุผลได้ โดยเหตุนี้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าการกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิของบุคคลแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบดูเสมอว่า มีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำเช่นนั้นหรือไม่ อาจกล่าวได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักในระบบกฎหมายปกครองที่ว่า หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของบุคคลได้ นอกจากนี้ การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมายด้วย

2.3 หลักการพื้นฐานสำหรับการกระทำทางปกครอง

หลักการนี้ประกอบด้วยหลักสำคัญดังต่อไปนี้

- (1) หลักความเสมอภาค
- (2) หลักความพอสมควรแก่เหตุ
- (3) หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง
- (4) หลักสุจริตและหลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ
- (5) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ
- (6) หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

3. แนวความคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

3.1 การควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง คือ การควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองก่อนมีคำสั่งทาง

ปกครอง หรือภายหลังมีคำสั่งทางปกครองแล้วแต่กรณี โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครอง คือ หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของ ฝ่ายปกครองนั่นเองได้ ซึ่งการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองในลักษณะ นี้ อาจจำแนกออกได้เป็นการควบคุมและตรวจสอบโดยผู้มีอำนาจเหนือกว่าขึ้นไป การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบโดยคณะกรรมการ วินิจฉัยข้อพิพาท

3.2 ประเภทของการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กร ภายในฝ่ายปกครอง

(1) การควบคุมตรวจสอบโดยผู้มีอำนาจเหนือกว่าขึ้นไป

การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยผู้มีอำนาจเหนือกว่า ขึ้นไป อาจแยกผู้มีอำนาจเหนือกว่าขึ้นไป ออกเป็นผู้บังคับบัญชา และผู้มีอำนาจกำกับ ดูแล ซึ่งถือว่าเป็นการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง

(2) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการตรวจสอบการกระทำ ทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง โดยบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง (Administrative Order) สามารถที่จะร้องขอให้หน่วยงานของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ ออกคำสั่งทางปกครองนั้น หรือหน่วยงานของฝ่ายปกครองนั้นในระดับสูงขึ้นไป ซึ่งเป็น ผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานทางปกครองที่ได้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยการยื่น อุทธรณ์ต่อหน่วยงานดังกล่าว หรือองค์กรตามกฎหมายที่มีอำนาจในการพิจารณา อุทธรณ์โดยเฉพาะ เพื่อให้ดำเนินการพิจารณา ตรวจสอบ หรือทบทวนคำสั่งทาง ปกครองนั้น ซึ่งอาจจะนำไปสู่การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ในกรณีนี้ ฝ่ายปกครองสามารถที่จะพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนได้ทั้งใน ปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหาข้อกฎหมาย หรือปัญหาความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง

(3) การควบคุมและตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

การควบคุมและตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เป็นการ ควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญ เฉพาะด้านที่มีความชำนาญในด้านนั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบ ก่อนที่เรื่องดังกล่าวจะ

ไปสู่การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) (กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2546)

กฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ และในประเทศไทย

1. กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ

เดิมประเทศไทยได้นำรูปแบบการบริหารทรัพยากรบุคคลภาครัฐจากต่างประเทศมาปรับใช้ ซึ่งในระยะแรก (พ.ศ. 2471) ได้นำระบบของสหราชอาณาจักรมาปรับใช้ และในระยะต่อมา (พ.ศ. 2518) มีการนำระบบของสหรัฐอเมริกามาปรับใช้

1.1 การนำระบบของสหราชอาณาจักรมาปรับใช้ กฎหมายของสหราชอาณาจักรที่นำมาปรับใช้ ได้แก่ Constitutional Reform and Governance Act 2010 พระราชบัญญัติการอภิบาลและปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2010 โดยสหราชอาณาจักร มี ก.พ. (CSC) ที่เป็นอิสระจากรัฐบาลและข้าราชการ ทำหน้าที่ผู้พิทักษ์ระบบคุณธรรม ในส่วนการสรรหาบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการ นอกจากนี้ ในแต่ละส่วนราชการยังมี องค์กรคณะพิจารณาอุทธรณ์ (Civil Service Appeal Board) ที่เป็นอิสระ ซึ่งประกอบด้วย ประธาน 1 คน ผู้แทนส่วนราชการ 1 คน และผู้แทนสหภาพอีก 1 คน โดยมีหัวหน้าข้าราชการ พลเรือน (Head of Home Civil Service) ทำหน้าที่เป็นผู้จัดการฝ่ายบุคคลใน ส่วนกลางของนายกรัฐมนตรี และมีสหภาพข้าราชการ (Trade Union) ทำหน้าที่เป็นผู้แทนข้าราชการ

1.2 การนำระบบของสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ที่นำมาปรับใช้ ได้แก่ Civil Service Reform Act 1978 รัฐบัญญัติปฏิรูประบบราชการ ค.ศ. 1978 โดยสหรัฐอเมริกา มีคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (Merit Systems Protection Board) ที่เป็นอิสระจากรัฐบาล ทำหน้าที่ผู้พิทักษ์ระบบคุณธรรม ซึ่งมีผู้อำนวยการสำนักงานบริหารทรัพยากรบุคคล (Office of Personnel Management) ทำหน้าที่เป็นผู้จัดการฝ่ายบุคคลกลางของประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา และมีสหภาพข้าราชการทำหน้าที่เป็นผู้แทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ

1.3 การนำระบบของประเทศญี่ปุ่นมาปรับใช้

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นที่นำมาปรับใช้ ได้แก่ National Public Service Act 1947 พระราชบัญญัติบริการสาธารณะแห่งชาติ ค.ศ. 1947 ซึ่งประเทศญี่ปุ่นนำรูปแบบคณะกรรมการอิสระของสหรัฐอเมริกามาใช้ โดยกฎหมายญี่ปุ่นมี National Personnel Authorities (NPA) เป็นคณะกรรมการกลางของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งประกอบด้วย กรรมการประจำ 3 คน โดยกรรมการต้องไม่เป็นหรือเคยเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองภายในระยะเวลา 5 ปี ก่อนวันที่ได้รับการเสนอชื่อ และห้ามผู้พ้นจากตำแหน่งกรรมการกลับมาดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของรัฐ (ยกเว้นการบรรจุกลับเป็นข้าราชการใน NPA) อีกเป็นระยะเวลา 1 ปี นับแต่วันพ้นตำแหน่งกรรมการ (National Public Service Act, 1947)

2. กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย

2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2547 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีองค์กรบริหารงานบุคคลดังต่อไปนี้

(1) คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา เรียกโดยย่อว่า ก.ค.ศ. ทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

(2) คณะอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ประจำเขตพื้นที่การศึกษา เรียกโดยย่อว่า “อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา” ซึ่งเรียกชื่อตามนามของเขตพื้นที่การศึกษานั้น ๆ ทำหน้าที่เป็นองค์กรบริหารงานบุคคลสำหรับข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในสังกัดเขตพื้นที่การศึกษา สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

สำหรับส่วนราชการอื่นนอกจากสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ให้ ก.ค.ศ. ตั้ง อ.ก.ค.ศ. เพื่อทำหน้าที่บริหารงานบุคคลสำหรับข้าราชการครูและบุคลากร

ทางการศึกษาในส่วนราชการนั้น ทั้งนี้ การตั้ง การพ้นจากตำแหน่ง และขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามที่ ก.ค.ศ. กำหนด

ปัจจุบัน อ.ก.ค.ศ. ที่ ก.ค.ศ. ตั้งประจำส่วนราชการ มีทั้งสิ้น 4 คณะ ดังนี้

1. อ.ก.ค.ศ. สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ
2. อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการอาชีวศึกษา
3. อ.ก.ค.ศ. สำนักบริหารงานการศึกษาพิเศษ
4. อ.ก.ค.ศ. กรมส่งเสริมการเรียนรู้

2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการของข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดให้มีคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เรียกโดยย่อว่า “ก.พ.” ทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือน และมีคณะอนุกรรมการสามัญ เรียกโดยย่อว่า “อ.ก.พ.สามัญ” เพื่อเป็นองค์กรบริหารทรัพยากรบุคคลในส่วนราชการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) คณะอนุกรรมการสามัญประจำกระทรวง เรียกโดยย่อว่า “อ.ก.พ. กระทรวง” โดยเรียกชื่อตามนามของกระทรวง

(2) คณะอนุกรรมการสามัญประจำกรม เรียกโดยย่อว่า “อ.ก.พ. กรม” ซึ่งเรียกชื่อตามนามของกรม

(3) คณะอนุกรรมการสามัญประจำจังหวัด เรียกโดยย่อว่า “อ.ก.พ. จังหวัด” โดยเรียกชื่อตามนามของจังหวัด

(4) คณะอนุกรรมการสามัญประจำส่วนราชการอื่น นอกจากส่วนราชการตาม (1) (2) และ (3) ทั้งนี้ การเรียกชื่อ องค์กรประกอบ และอำนาจหน้าที่ของ อ.ก.พ. ตาม (4) ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย

1. ปัญหาความล่าช้าในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

เนื่องจากการจัดระบบโครงสร้างการบริหารงานบุคคลที่มีเพียง 2 ระดับ คือ 1) ก.ค.ศ. เป็นองค์กรกลางการบริหารงานบุคคล และ 2) อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ทำหน้าที่เป็นองค์กรฝ่ายปฏิบัติการที่ทบทวนมติของกฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีกลไกที่เป็นองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในระดับส่วนราชการในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เพื่อทำหน้าที่ควบคุม ตรวจสอบ กลั่นกรอง หรือถ่วงดุลการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา เป็นผลให้ ก.ค.ศ. ซึ่งเป็นองค์กรกลางที่ควรมีหน้าที่เฉพาะ การกำหนดนโยบาย และการออกกฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ และวิธีการบริหารงานบุคคล การกำกับ การดูแล การตรวจสอบประเมินผลการบริหารงานบุคคล ซึ่งต้องมีภารกิจหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครอง และกลั่นกรองการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาและผู้มีอำนาจ ในระดับเขตพื้นที่การศึกษา อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาเช่นเดียวกับองค์กรที่เป็นฝ่ายปฏิบัติเป็นจำนวนมากไปด้วย การจัดตั้งองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยให้มี อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานขึ้น จะทำให้การบริหารงานบุคคลในบางเรื่องหรือบางกรณีที่ไม่จำเป็นต้องรายงานมาถึง ก.ค.ศ. สามารถเสร็จสิ้นได้ที่ อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เช่น การควบคุมและตรวจสอบดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจในเรื่องการรายงานการดำเนินการทางวินัยที่มีโทษไม่ร้ายแรง ที่ไม่กระทบสิทธิของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาอย่างรุนแรง หรือคำสั่งการบริหารงานบุคคลในบางเรื่อง จะทำให้การบริหารงานบุคคลเป็นไปด้วยความรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลไกการบริหารงานบุคคล การกระทำทางปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองขององค์กรการบริหารงานบุคคลภาครัฐของข้าราชการประเภทอื่นใน

ประเทศและต่างประเทศแล้วเห็นว่า การจัดตั้งองค์กรกลางในรูปแบบโดยอ้อมขึ้นอยู่กับความจำเป็นที่ต้องการในเรื่องบทบาท พันธกิจ และหลักการ เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุดภายใต้บริบทในขณะนั้น ดังนั้น จึงเห็นสมควรที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา โดยนำรูปแบบของสหราชอาณาจักรที่มีคณะกรรมการภายใต้ฝ่ายบริหารวางนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาข้าราชการ และมีคณะกรรมการที่เป็นอิสระจากรัฐบาลทำหน้าที่พิทักษ์ระบบคุณธรรม โดยมีคณะกรรมการกลางผสมระหว่างคณะกรรมการอิสระและหน่วยงานขึ้นตรงต่อฝ่ายบริหาร และอาจนำรูปแบบของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นที่มีรูปแบบคณะกรรมการซึ่งเป็นอิสระและขึ้นตรงต่อฝ่ายบริหารมาผสมผสาน รวมทั้งการบริหารงานบุคคลของภาครัฐในประเทศไทย ซึ่งได้แก่ ก.พ. ซึ่งเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนภายใต้ฝ่ายบริหาร โดยมี อ.ก.พ. กระทรวง อ.ก.พ. กรม และ อ.ก.พ. จังหวัด รองรับการกระจายอำนาจและเป็นองค์กรปฏิบัติงานด้านการบริหารทรัพยากรบุคคลภาครัฐ โดยแยกคณะกรรมการให้ทำหน้าที่พิทักษ์ระบบคุณธรรม หรือ ก.พ.ค. เป็นอีกคณะหนึ่ง มาปรับใช้ในการจัดตั้งองค์กรควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

2. ปัญหาการขาดความเสมอภาค การถกเถียง และความไม่เท่าเทียมกันในกระบวนการบริหารงานบุคคลสำหรับตำแหน่งผู้บริหารการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

การบริหารงานบุคคลตำแหน่งผู้บริหารการศึกษา ซึ่งได้แก่ ตำแหน่งรองผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และตำแหน่งผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษานั้น เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีกลไกที่เป็นองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในระดับส่วนราชการในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน จึงทำให้การบริหารงานบุคคลสำหรับตำแหน่งดังกล่าวในทุกเรื่องต้องนำเสนอ ก.ค.ศ. เป็นองค์กรในการบริหารงานบุคคล ขาดขั้นตอน กระบวนการกลั่นกรองดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา โดยองค์กรในระดับส่วนราชการ ซึ่งแตกต่างจากผู้บริหารการศึกษาในส่วนราชการอื่นในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ เช่น ตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงาน กศน. จังหวัด/

กรุงเทพมหานคร และผู้อำนวยการสำนักงาน กศน. จังหวัด/กรุงเทพมหานคร ในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ (เดิม) ซึ่งปัจจุบันได้ถ่ายโอนมาสังกัดกรมส่งเสริมการเรียนรู้ ตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักงานการศึกษาเอกชนอำเภอ รองผู้อำนวยการสำนักงานการศึกษาเอกชนจังหวัด ผู้อำนวยการสำนักงานการศึกษาเอกชนจังหวัด สังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาเอกชน ในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งจะมี อ.ก.ค.ศ. ที่ ก.ค.ศ. ตั้ง ในส่วนราชการ กล่าวคือ อ.ก.ค.ศ. สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ หรือ อ.ก.ค.ศ. กรมส่งเสริมการเรียนรู้ เป็นองค์กรการบริหารงานบุคคลในส่วนราชการนั้น และมี ก.ค.ศ. ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจและความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองแก่ตำแหน่งดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาดังกล่าวได้ดียิ่งกว่า และโดยที่บทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อหลักการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครอง และหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาอย่างเพียงพอ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงเป็นเหตุให้การบริหารงานบุคคล โดยเฉพาะในการดำเนินการทางวินัยเกิดปัญหาการกระทบสิทธิของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาเป็นอย่างมาก และการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ตำแหน่งรองผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ซึ่งเป็นตำแหน่งผู้บริหารการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เมื่อมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ต้องเสนอ ก.ค.ศ. เพื่อพิจารณาโทษ เมื่อผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจได้สั่งลงโทษแล้ว หากไม่ประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งลงโทษ กระบวนการดำเนินการทางวินัยจะเป็นอันสิ้นสุดในองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ไม่มีกระบวนการกลั่นกรองการใช้ดุลพินิจอีกชั้นหนึ่ง แต่หากประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งลงโทษ จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ต่อ ก.ค.ศ. แม้จะมีการตั้ง อ.ก.ค.ศ. วิสามัญ เพื่อทำการแทน ก.ค.ศ. โดยให้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ตาม ซึ่ง ก.ค.ศ. เป็นทั้งองค์กรใช้ดุลพินิจพิจารณาความผิดและกำหนดโทษทางวินัยของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และในขณะเดียวกันก็เป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษที่ตนเองใช้ดุลพินิจพิจารณาและมีมติแล้วนั้น อาจเป็นกรณีที่มีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่

เป็นกลาง ซึ่งต่างจากผู้บริหารการศึกษาในส่วนราชการอื่น การดำเนินการทางวินัยที่พิจารณาโทษโดย อ.ก.ค.ศ. ในส่วนราชการนั้น เมื่อผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจได้ส่งลงโทษแล้ว จึงรายงานการดำเนินการทางวินัยต่อ ก.ค.ศ. เพื่อตรวจสอบการใช้ดุลพินิจและความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษ หรือพิจารณาอุทธรณ์อีกชั้นหนึ่ง อันเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาดีกว่า ซึ่งกรณีดังกล่าวพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าขาดความเสมอภาค มีความลักลั่น และเกิดความไม่เท่าเทียมกันในกระบวนการบริหารงานบุคคลในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานกับส่วนราชการอื่น

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลไกการบริหารงานบุคคล การกระทำทางปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองขององค์กรการบริหารงานบุคคลภาครัฐของข้าราชการประเภทอื่นในประเทศและต่างประเทศแล้วเห็นว่า ควรนำรูปแบบผสมผสานในรูปแบบที่เป็นคณะกรรมการอิสระและคณะกรรมการภายใต้ฝ่ายบริหารของต่างประเทศ และนำรูปแบบในลักษณะเดียวกับ อ.ก.พ. กรม ของข้าราชการพลเรือนในประเทศมาปรับใช้ในการจัดตั้งองค์กรควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองในส่วนราชการของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ตั้ง อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยความเห็นชอบของ ก.ค.ศ. ซึ่งประกอบด้วย ประธานที่แต่งตั้งจากเลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยมีรองเลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานมอบหมายหนึ่งคนเป็นรองประธาน อนุกรรมการ ซึ่งแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิด้านการบริหารทรัพยากรบุคคล ด้านการจัดการศึกษา และด้านกฎหมาย หรือด้านอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการบริหารงานบุคคลข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และอนุกรรมการ ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งครู ตำแหน่งผู้บริหารการศึกษา หรือตำแหน่งบุคลากรทางการศึกษาอื่นตามมาตรา 38 ค. ในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยให้เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานตั้งข้าราชการในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานหนึ่งคน เป็นเลขานุการ โดยกำหนดให้ อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน มีอำนาจหน้าที่บริหารงานบุคคลใน

ส่วนราชการนั้น ทั้งนี้ การตั้ง การพ้นจากตำแหน่งและอำนาจหน้าที่ และขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามที่ ก.ค.ศ. กำหนด เช่นเดียวกับ อ.ก.ค.ศ. ที่ ก.ค.ศ. ตั้งในส่วนราชการอื่นตาม มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุดในการบริหารงานบุคคลในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง และไม่เอื้อต่อหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานอย่างเพียงพอ เป็นเหตุให้การบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาเกิดความล่าช้า ขาดความเสมอภาค มีความลักลั่น และเกิดความไม่เท่าเทียมกัน ในกระบวนการบริหารงานบุคคลสำหรับตำแหน่งผู้บริหารการศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน รวมถึงขัดต่อหลักความเป็นกลางในการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรกลางเพื่อควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการทางวินัยของตำแหน่งดังกล่าว ซึ่งส่งผลถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบริหารงานบุคคล พิจารณาแล้วจึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ตลอดจนบทบัญญัติในมาตราอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมถึงกฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ และวิธีการ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องและรองรับกัน โดยอาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังต่อไปนี้

1. แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 25 โดยตัดข้อความว่า “ในส่วนราชการอื่นนอกจากสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน” ออก และให้ ก.ค.ศ. ตั้ง อ.ก.ค.ศ. เพื่อทำหน้าที่บริหารงานบุคคลสำหรับข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในส่วนราชการ

2. แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 53 (2) ให้สอดคล้องกัน โดยการกระจายอำนาจการบริหารงานบุคคล การบรรจุและแต่งตั้งตำแหน่งรองผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และตำแหน่งผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษานั้น ให้เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง โดยอนุมัติ อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

3. แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 หมวด 7 การดำเนินการทางวินัย มาตรา 100 วรรคสี่ (1) และมาตรา 104 วรรคสอง โดยให้การดำเนินการทางวินัยกับตำแหน่งรองผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และตำแหน่งผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษานั้น ให้เสนอ อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เพื่อพิจารณา

นอกจากนี้ ยังเห็นสมควรให้มีการแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายแม่บทที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น กฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยการอุทธรณ์และการพิจารณาอุทธรณ์ พ.ศ. 2550 กฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยร้องทุกข์และการพิจารณาร้องทุกข์ พ.ศ. 2551 ระเบียบ ก.ค.ศ. ว่าด้วยการรายงานเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยและการออกจากราชการของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2561 และกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ หลักเกณฑ์ และวิธีการได้มา กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม วาระการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง และการประชุมของ อ.ก.ค.ศ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในเรื่องอื่น ๆ เช่น การสรรหา การย้าย การเปลี่ยนตำแหน่ง ซึ่งควรดำเนินการในระยะต่อไป ทั้งนี้ ควรศึกษาเพิ่มเติมเพื่อปรับปรุงโครงสร้างขององค์การบริหารงานบุคคลในส่วนราชการอื่น เช่น สำนักงานคณะกรรมการการอาชีวศึกษา สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ กรมส่งเสริมการเรียนรู้ โดยพิจารณาว่าสมควรจะให้มี 3 ระดับ เช่นเดียวกันด้วยหรือไม่อย่างไร

เอกสารอ้างอิง

- กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2546). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2552). *กฎหมายปกครอง Administrative Law*.
มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 (2542, 19 สิงหาคม)
ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 74 ก. หน้า 1-23.
- พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523. (2523, 13 ตุลาคม).
ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 97 ตอนที่ 158. หน้า 37-73.
- พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547.
(2547, 23 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 121 ตอนพิเศษ 79 ก.
หน้า 22-74.
- พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2551.
(2551, 20 กุมภาพันธ์). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 125 ตอนที่ 36 ก. หน้า 28-36
- พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551. (2551, 25 มกราคม).
ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 125 ตอนที่ 22 ก. หน้า 1-48.
- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546
(2546, 6 กรกฎาคม) ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 120 ตอนที่ 62 ก. หน้า 1-30.
- วิสูตร ประสิทธิ์ศิริวงศ์. (2561). *องค์กรกลางบริหารทรัพยากรบุคคลภาครัฐ
มีแต่คณะกรรมกรเท่านั้นหรือ?* <https://prachatai.com/journal/2018/11/79572>
- ศรันย์ดิษฐ์ เบญจพงศ์. (2563). *กับแกล้มบริหารคน: ระบบบริหารทรัพยากรบุคคล
ในภาครัฐ*. <https://bit.ly/37olyzM>
- สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ. (2566). *ข้อมูลประจำภาคเรียน 1/2566
ข้อมูล ณ วันที่ 10 มิ.ย. 2566*. [http://exchange.more.go.th/web/
Login.htm?mode=index](http://exchange.more.go.th/web/Login.htm?mode=index)

สำนักงานปฏิรูปการศึกษา. (2542). รายงานการศึกษาวิเคราะห์เพื่อการปฏิรูปการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ. สำนักปฏิรูปการศึกษาระทรวงศึกษาธิการ.

WIPO. (1947). National Public Service Act (ACT No.120 of October 21, 1947). <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/jp/jp186en.html>

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคล
ที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย
Problems of Protecting the Rights of Prisoners
of Persons with Sexual Diversity according to Thai Law

อัสสชิ เลื่อวิจิตร, สุธี อยู่สถาพร

Ussachi Survijit, Suthee Usathaporn

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: oakach382@gmail.com,

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: suthee3711@gmail.com

รับบทความ (Received): 6 พ.ค. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 3 ก.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 3 ก.ค. 2567

บทคัดย่อ

บทความนี้ได้เสนอการศึกษาประวัติ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ และนำไปวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรค พร้อมทั้งเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษา พบว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ยังคงยึดถือตามเพศกำเนิดเป็นสำคัญ โดยไม่ได้ยึดถือตามเพศสภาพ ประกอบกับกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ที่ได้รับ

การผ่าตัดแปลงเพศ ให้ได้สิทธิตามเพศสภาพที่เป็นอยู่ ทำให้การปฏิบัติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะผู้ต้องขังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่อง การค้นตัว การแยกประเภทการคุมขังที่ใช้เกณฑ์ตามเพศกำเนิด สิทธิร้องเรียนของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศที่ให้การคุ้มครองเฉพาะเพศหญิงเท่านั้น และสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะคู่สมรส ซึ่งจากการศึกษาหลักการยกยอการ์ตา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร พบว่ามีกฎหมายที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้น การที่ไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมทำให้เกิดการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ

ด้วยเหตุนี้ จึงบทความนี้ จึงเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 31(1) โดยเพิ่มคำว่า “เพศสภาพ” และแก้ไขมาตรา 47, 59 ให้ครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมถึงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 วรรคสอง และมาตรา 132(1) ในขั้นตอนการจับของพนักงานสอบสวนเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล

คำสำคัญ: สิทธิผู้ต้องขัง, บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

Abstract

This article examines the history, concepts, and theories related to the protection of the rights of LGBTQ+ prisoners under Thai law, comparing these with legal measures from other countries. The study analyzes legal issues and obstacles, and provides recommendations for amending relevant laws.

The study found that Thai laws related to the rights of LGBTQ+ prisoners still primarily adhere to gender at birth rather than gender

identity. Furthermore, there are currently no laws in Thailand that recognize the rights of individuals who have undergone gender reassignment surgery to receive rights according to their current gender identity. Consequently, the treatment of LGBTQ+ individuals as prisoners is not legally protected, leading to issues such as body searches, classification of prisoners based on gender at birth, the right to file complaints in cases of sexual harassment (which only protects women), and visitation rights for LGBTQ+ individuals as partners additionally, the study examines the Yogyakarta Principles and the laws related to the rights of LGBTQ+ prisoners in Germany and the United Kingdom. These countries have laws that recognize and protect the rights of LGBTQ+ prisoners. Therefore, the absence of laws recognizing the rights of LGBTQ+ prisoners leads to unfair treatment based on gender, constituting a violation of human rights and gender equality.

Thus, it is recommended to amend the Correctional Act B.E. 2560 (2017), Section 31(1), by adding the term "gender identity" and amending Sections 47 and 59 to include the rights of LGBTQ+ prisoners. Furthermore, it is suggested to amend the Criminal Procedure Code, Section 85, Paragraph 2, and Section 132(1) to ensure the protection of the rights of LGBTQ+ individuals during the arrest process by investigators, in accordance with universal human rights principles.

Keywords: Prisoners' Rights, LGBTQ+ Individuals

บทนำ

ในปัจจุบันประเทศไทยกำหนดแบ่งแยกเพศบุคคลออกเป็นสองเพศ (Binary) คือเพศชาย (Male) และเพศหญิง (Female) และถือการแบ่งแยกเพศดังกล่าวมาเป็นบรรทัดฐานในการระบุเอกสารประจำตัวบุคคล โดยการจัดหมวดหมู่นี้เรียกว่า ระบบสองเพศ (Binary) อันเป็นการแบ่งแยกเพศตามลักษณะทางกายภาพ แต่ทว่าใน

ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์นั้นหาได้ถูกแบ่งแยกออกเป็นเพียงสองเพศดังที่กำหนดไม่ การตั้งคำถามเกี่ยวกับเรื่องเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศ ในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ก่อกำเนิดขึ้นในสังคม จนทำให้มีนานาชาติต่างก็มีความตื่นตัวในเรื่องดังกล่าว สำหรับสังคมไทย บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกมองว่าเป็นคนวิกลจริตผิดเพศ บุคคลกลุ่มนี้ จึงมักถูกกลั่นแกล้งและนำไปสู่การตกเป็นเป้าหมายที่ถูกคุกคามทางเพศ ซึ่งร้ายยิ่งกว่าคือ การที่ถูกเพิกเฉยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมักไม่รับแจ้งความ ตลอดจนการไม่ให้ความช่วยเหลืออย่างที่ควรจะเป็นแก่บุคคลดังกล่าว ทั้งยังปรากฏรูปแบบของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) ต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ที่ในประเทศไทยมีจำนวนมากกว่า 4,000 คน (อายุตม์ สินธพพันธ์, 2564) และมีแนวโน้มมากกว่าขึ้นอย่างต่อเนื่อง ก็มีความเสี่ยงต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศเมื่อถูกจับกุมซึ่งจะถูกกักขังในเรือนจำอีกด้วย แม้ปัจจุบันจะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายไทยยังปราศจากการรับรองเพศสถานะที่บุคคลกำหนดให้ตนเองนอกเหนือจากเพศชายและเพศหญิง แม้ประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่มีบทบัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล และต้องปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียม แต่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ยังปราศจากสิทธิ และความเสมอภาคของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยบทบัญญัติยังคงจำกัดอยู่เฉพาะเพศแต่กำเนิดนั้น และไม่มีกฎหมายใดที่ให้ความคุ้มครองสิทธิความเสมอภาคของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติในส่วนของระบบงานราชทัณฑ์ที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หลายประการ ดังนี้

1. ปัญหาการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ยังไม่มีกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางเพศ อันเป็นที่มาของการกระทำด้วยความรุนแรง และการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นทางด้านร่างกาย ชีวิต หรือจิตใจ

2. ปัญหาเกี่ยวกับการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้มีการจำแนกประเภท

ของเรือนจำและสถานที่ภายในเรือนจำ โดยใช้เพศกำเนิด และฐานความผิดเป็นเกณฑ์ การแบ่งประเภท ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์จึงปราศจากการคำนึงถึงกรณีของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ก็ตาม ส่งผลให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวต้องถูกกั้นแกลิ่งและถูก ล่วงละเมิดทางเพศ จากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในเรือนจำหรือจากผู้ต้องขังอื่น

3. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศ เนื่องจากอคติและแนวคิดในสังคมไทย ที่ว่ากลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนิยมชมชอบการมีเพศสัมพันธ์ ทำให้กลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ สุ่มเสี่ยงต่อการที่จะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ เนื่องจากกฎหมายราชทัณฑ์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร้องเรียนของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศไว้ จึงทำให้สิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับความคุ้มครองในประเด็นนี้

4. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่รักที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่รักซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ เพราะแม้ว่าคู่รักของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะสามารถเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังได้ในเวลาปกติก็ตาม หากแต่ในกรณีผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเจ็บป่วย สิทธิกรณีการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วย ซึ่งเป็นการเยี่ยมอย่างใกล้ชิดตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้กำหนดให้บุคคลที่สามารถเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยได้มี 2 ประเภท คือ ผู้เข้าเยี่ยมต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับผู้ต้องขัง หรือผู้เข้าเยี่ยมต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับผู้ต้องขัง คือเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง หากแต่ในกรณีของคู่รักที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น แม้บุคคลสองคนที่มีความหลากหลายทางเพศจะใช้ชีวิตร่วมกันเช่นคู่สมรสในความเป็นจริง หากแต่สิทธิดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับการรับรองตามกฎหมาย ทำให้ไม่อาจเข้าถึงสิทธิในการเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยอย่างใกล้ชิดได้ ปัญหาดังกล่าว จึงเป็นช่องโหว่ทางกฎหมายในการคุ้มครองและเข้าถึงสิทธิของผู้ซึ่งชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้สิทธิดังกล่าวเสมือนคู่สมรส

ปัญหาข้างต้นจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นว่า ประเทศไทยกำลังมองข้ามการคุ้มครองสิทธิในความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อันขัดกับหลักสากลที่ว่าด้วยความเสมอภาคและเท่าเทียมทางเพศที่นานาประเทศให้การรับรอง

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
4. เพื่อศึกษาข้อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สมมติฐานการวิจัย

ปัญหาการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ปัญหาเกี่ยวกับการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่ชีวิตที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักสิทธิมนุษยชนในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลเพศที่มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง จึงต้องมีการศึกษา ทำความเข้าใจ เพื่อหาแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาอิสระฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิเคราะห์ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบ เนื้อหาของแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อเปรียบเทียบกับหลักสิทธิมนุษยชนมีความสอดคล้องหรือขัดแย้งกัน เพื่อให้เห็นถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของหลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นกับผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและแนวทางแก้ไขปัญหา

วิธีดำเนินการวิจัย

ในการจัดทำรายงานการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ ได้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยมีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำรากฎหมาย วิทยานิพนธ์ งานวิจัย บทความ คำพิพากษาของศาล ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (Content Analysis) และเสนอแนวทางแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
2. ทำให้ทราบถึงการเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร
3. ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
4. ทำให้ทราบถึงข้อเสนอแนะ แนวทางปรับปรุงแก้ไข กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ผลการวิจัย

1. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และสิทธิมนุษยชน

แนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือกำเนิดขึ้นมา เนื่องจากการปฏิบัติที่มนุษย์ กระทำต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้ายทารุณ การยืนยันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะความเป็นมนุษย์ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552) เป็นรากฐานที่มาของบรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงที่รัฐล่วงละเมิดมิได้ นักวิชาการประเทศไทยได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ว่า คุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญคุ้มครอง รัฐจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนโดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่ง ดังนั้นศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์จึงเป็นคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะตัว เป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การใช้อำนาจของรัฐ ไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีใด จะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมีใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ การที่รัฐได้กระทำการใดไปในลักษณะที่ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำ การกระทำของรัฐนั้น ๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และมีสามารถกระทำได้ และแม้ในปัจจุบันจะมีความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในทางกฎหมาย อันทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สามารถที่จะแสดงเพศสภาวะและเพศวิถีของตนได้มากขึ้น โดยไม่ต้องถูกควบคุมหรือกดทับจากระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตามการไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิ ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกกลั่นแกล้งสิทธิ และมีอุปสรรคในการดำเนินชีวิตนันทนาการ โดยเฉพาะสิทธิในทางกฎหมาย กรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีลักษณะทางกายภาพอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป อาทิ บุคคลที่มีเพศสภาวะไม่สัมพันธ์กับเพศในเอกสารประจำตัวบุคคลของตน และในบางรายได้พึงใจที่จะผ่าตัด เสริม เต็มแต่งร่างกาย

หรือแม้กระทั่งสมัครใจที่จะผ่าตัดให้กลายเป็นเพศตรงกันข้ามซึ่งตนปรารถนา ด้วยเหตุนี้กฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้อง จึงจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการในการคุ้มครองสิทธิเด็กเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่เป็นชายจริงหญิงแท้ การที่รัฐใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ต้องอยู่ภายใต้หลักระบบสองเพศของรัฐ จึงเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีรากฐานมาจากแนวคิดและหลักการที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังนี้

(1) หลักความเสมอภาค

มีรากฐานมาจากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ ที่เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ประกอบกับแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ทำให้หลักความเสมอภาคได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งต่อมาหลักการนี้ได้ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ตลอดจนรัฐธรรมนูญแห่งรัฐในหลายประเทศ และเป็นหลักสำคัญของรัฐที่เป็นประชาธิปไตย

(2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ไว้ความว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่น ๆ สัญชาติ หรือที่มาในสังคม ความยากดีมีจน สถานะของแหล่งกำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ส่งผลกระทบต่อหรือทำให้สูญเสียเปล่า หรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป ซึ่งการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด” (กุลพล พลวัน, 2547) ซึ่งหลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักการพื้นฐานของหลักความเสมอภาคตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่กำหนดให้รัฐคุ้มครองบุคคลโดยปราศจากการแบ่งแยกเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ภาษา และอื่น ๆ โดยถือว่าบุคคลทุกคนเสมอภาคและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน

(3) หลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ

เป็นหลักที่แยกย่อยมาจากหลักความเสมอภาค ที่มองว่าผู้หญิงต้องมีความเท่าเทียมกับผู้ชาย จากบทบัญญัติรับรองความเท่าเทียมระหว่างเพศก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐต้องจัดให้มีหลักประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และจัดการอุปสรรคในการเข้าถึงสิทธิเหล่านั้น โดยความเท่าเทียมนี้ ยังรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งความเท่าเทียมไม่จำเป็นต้องเท่าเทียมทุกด้าน แต่การที่รัฐจะปฏิบัติต่อชาย หญิง หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รัฐต้องคำนึงถึงความสมเหตุสมผล ความได้สัดส่วน ทั้งนี้ ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้แก่

(1) ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model) คือ การใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผล ตามกฎหมายในรัฐประชาธิปไตย ซึ่งดำเนินไปแต่ละขั้นตอน ต้องปฏิบัติอย่างถูกต้องเป็นธรรมและเหมาะสม (ประธาน วัฒนวานิชย์, 2520) ทฤษฎีนี้ ให้ความสำคัญในเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่าง ๆ และยึดถือกฎหมายหรือหลักนิติธรรมมากกว่าความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม เป็นหลักการที่ว่ากระบวนการที่มีคุณภาพต้องเป็นกระบวนการที่ละเอียดอ่อน ซับซ้อน และสามารถที่จะแก้ไขจุดบกพร่องได้ นั่นคือ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีความเป็นธรรมในทุกขั้นตอน และจะมีอุปสรรคขัดขวางผู้ต้องหาไม่ได้ ซึ่งขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมตั้งแต่ขั้นตำรวจ พนักงานอัยการ ศาล และราชทัณฑ์ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและผลประโยชน์ ของประชาชน โดยมีกฎหมายที่บัญญัติกระบวนการ ตลอดจนวิธีการนำกฎหมายอันเป็นเนื้อหาสาระต้องยึดหลักนิติธรรม ซึ่งหมายถึง หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมาย

(2) ทฤษฎีความยุติธรรม (Theory of Justice) จอห์น รอลส์ เป็นผู้คิดค้นทฤษฎีดังกล่าว โดยพัฒนาจากแนวคิดพันธสัญญา (Contractarian) ที่ถูกวางรากฐานปรัชญาทางการเมือง โดยฮอบส์ ล็อก และรูสโซ ที่นำเสนอความคิดในทางจริยธรรม เพื่ออธิบายความยุติธรรม (สมชาย อัสวพันธุ์ธนกุล, 2533) และให้ความสำคัญกับความยุติธรรมทางสังคม ความยุติธรรมของรอลส์ที่เรียกว่า โครงสร้างพื้นฐานของสังคม อธิบายไว้ หมายความว่า “สำหรับเราสิ่งที่ศึกษาเป็นอันดับแรก เกี่ยวกับความยุติธรรมคือ โครงสร้างพื้นฐานของสังคม หรือกล่าวให้ชัดเจนกว่านั้น คือ วิธีที่สถาบันหลักของ

สังคมกระจายสิทธิมูลฐานและหน้าที่ รวมถึงกำหนดการจัดแบ่งผลประโยชน์จากความร่วมมือทางสังคม” (Robert B. Talisse, 2001) ทฤษฎีความยุติธรรมจึงอยู่บนพื้นฐานความคิด เรื่องสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งในการทำความเข้าใจพัฒนาการทางทฤษฎีดังกล่าวของรอลส์ ที่เกี่ยวกับอุดมคติที่เป็นจริงของความยุติธรรม (Realistic Ideal of Justice) ที่รอลส์เรียกว่า “Realistic Utopia” (John Rawls, 1999) ทฤษฎีความยุติธรรมจึงต้องพิจารณาหลักความยุติธรรมจากจุดกำเนิดของความเป็นธรรม อย่างที่เราไม่ต้องคำนึงถึงฐานะทางสังคม เศรษฐกิจของเรา ไม่คำนึงถึงชาติพันธุ์ของเรา เพศ หรือความสามารถที่ติดตัวเรามา ตลอดจนข้อเท็จจริงทางสังคมอื่น ๆ โดยประการแรกต้องให้ความสำคัญกับเสรีภาพที่เท่าเทียมกัน และโอกาสที่เป็นธรรมสำหรับทุกคนในสังคม (เนื่องน้อย บุญนรินทร์, 2544) ประการที่สองต้องแบ่งสันปันส่วนรายได้และความมั่งคั่งไปยังกลุ่มคนที่ยากจนให้ได้อย่างทั่วถึงที่สุด

2. กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญกับสิทธิทางเพศ และมีหลักการที่สำคัญที่รับรองสิทธิของบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติทางเพศ ได้แก่ หลักการยกยอการดำริว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งประเทศไทยยังเป็น 1 ใน 25 ประเทศที่ออกเสียงให้การสนับสนุนหลักการดังกล่าว

โดยหลักการยกยอการดำริเป้าหมายเพื่อยืนยันว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีและสิทธิเสรีภาพเสมอภาคกัน มนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากล มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกัน ไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ สำหรับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิตามหลักการยกยอการดำริกำหนดให้สิทธิมนุษยชนเป็นสากล เนื่องจากมนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมเสรีภาพและความเสมอภาคด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิมนุษยชนมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีความโน้มเอียงทาง

เพศแบบใด และมีอัตลักษณ์ทางเพศแบบใด ย่อมมีสิทธิมนุษยชนอย่างครบถ้วนบริบูรณ์ เช่นเดียวกันทุกคน สิทธิดังกล่าวจึงถือเป็นหลักการสำคัญที่ทุกรัฐต้องกำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท และกฎหมายลำดับรองจะต้องวางหลักการของกฎหมายสอดคล้องกับ สิทธิดังกล่าว เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันให้การใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลสัมฤทธิ์ ผลอย่างครบถ้วนบริบูรณ์ในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ประกอบกับแก้ไขกฎหมายใด ๆ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลอย่าง ครบถ้วนบริบูรณ์

สำหรับสิทธิในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติที่มีสาเหตุมาจากความ โน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน การ ยกเว้น การจำกัด หรือการเลือกที่รักมักที่ชังโดยอาศัยเหตุแห่งความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ อันมีจุดประสงค์ หรือมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย หรือความคุ้มครองเสมอภาคกันโดยกฎหมาย หรือการยอมรับในสิทธิ การมีสิทธิ การใช้ สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมดอย่างบริบูรณ์ต้องหมดสิ้น หรือขาดตก บกพร่องการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ มักจะเกิดขึ้นพร้อมกับการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุอื่น ๆ รวมทั้งเพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา ความพิการ สถานะด้านสุขภาพ และฐานะทางเศรษฐกิจ รัฐจักต้องบรรจุก หลักการของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความโน้มเอียงทาง เพศและอัตลักษณ์ทางเพศลงในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นที่เหมาะสมหากยังไม่มี บัญญัติอยู่ก่อน รวมไปถึงการแก้ไขและตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อให้หลักการดังกล่าวนี้ บังเกิดผลอย่างแท้จริง และยกเลิกบทบัญญัติทางอาญาหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ห้าม หรือ ใช้ห้ามการมีเพศสัมพันธ์อย่างยินยอมพร้อมใจระหว่างคนเพศเดียวกัน ที่มีอายุครบตาม เกณฑ์ ที่กฎหมายกำหนดอนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ และกฎหมายต้องกำหนดเกณฑ์ อายุที่อนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ไว้เท่ากันสำหรับกรณีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนเพศ เดียวกัน หรือต่างเพศ รวมทั้งการนำมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ มาใช้ เพื่อห้ามและจัดการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุของความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ ทางเพศ ทั้งในภาครัฐและเอกชน ประกอบกับต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการสร้าง ความก้าวหน้าให้กับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศตามจำเป็น เพื่อให้กลุ่มหรือบุคคล ดังกล่าวสามารถมีและใช้สิทธิมนุษยชนได้อย่างเสมอภาค มาตรการดังกล่าวต้องไม่ถือว่า

เป็นการเลือกปฏิบัติในการที่รัฐแก้ไขการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ รัฐควรระลึกว่าการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุดังกล่าวอาจเกิดร่วมกับ การเลือกปฏิบัติรูปแบบอื่น ๆ ตลอดจนใช้มาตรการที่เหมาะสม รวมทั้งการให้การศึกษ และการฝึกอบรม เพื่อมุ่งหวังให้เกิดผลในการจำกัดอคติ ทัศนคติ หรือพฤติกรรมเลือกปฏิบัติที่สืบเนื่องมาจากความคิดที่ว่า ความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เป็นรูปแบบที่ต่ำต้อยกว่าหรือสูงกว่ารูปแบบอื่นในสังคม

นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดของสหประชาชาติ สำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำ และมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้ต้องขังหญิง หรือข้อกำหนดกรุงเทพร ที่เป็นมีจุดเริ่มต้นจากประเด็นความอ่อนไหวที่เกิดจากการแตกต่างทางเพศ และสหประชาชาติได้ผ่านข้อมติที่ประเทศไทยได้ผลักดันให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังหญิงในด้านความแตกต่างทางเพศ ในประการแรก สถานที่คุมขังและการแยกประเภทการคุมขัง ต้องมีวิธีการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขังที่ตอบสนองต่อความต้องการเฉพาะเพศหญิง และสถานการณ์ที่เกี่ยวกับผู้ต้องขังหญิง รวมถึงการแยกประเภทต้องจัดให้มีการประเมินความเสี่ยงทางเพศด้วย ประการที่สอง การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ต่อผู้ต้องขังหญิง กำหนดให้ต้องเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีของผู้ต้องขังหญิงระหว่างที่มีการตรวจค้นตัว ผ่านกรอบการบริหารที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน เป็นอีกหนึ่งข้อกำหนดที่สามารถนำมาปรับใช้กับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้ เนื่องจากเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความอ่อนไหวจากความแตกต่างทางเพศเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิงที่ควรได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิให้เท่าเทียมกัน

สิทธิของผู้ต้องขัง

สิทธิสำคัญที่สำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ต้องขัง คือ สิทธิในร่างกาย และสิทธิทางศีลธรรม ที่แม้จะถูกริดลอนสิทธิเสรีภาพจากการคุมขัง แต่ผู้ต้องขังก็ยังมีสิทธิที่จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยปราศจากการกระทำที่ลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นบุคคลที่การกำหนดสิทธิตามเพศสภาพให้มีความชัดเจน ย่อมเป็นการคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และทำให้การปฏิบัติ

ตามสิทธิของผู้ต้องขัง ทั้งสิทธิความเป็นอยู่ สิทธิในการร้องเรียน สิทธิในการรักษาพยาบาล สิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิต ซึ่งสิทธิเหล่านี้ผู้ต้องขังทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของต่างประเทศ แยกพิจารณาตามแต่ละปัญหาได้ ดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจค้นผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศแรก ๆ ที่ริเริ่มดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นการยอมรับความหลากหลายทางเพศของโลก ด้วยการกำหนดให้ประชาชนสามารถเลือกคำระบุเพศ ได้ อาทิ “คลุมเครือ” “ความหลากหลายทางเพศ” และ “ยังไม่กำหนด” ในเอกสารราชการได้ บุคคลมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่า ต้องการให้ระบุเพศของตนว่า M (ชาย), F (หญิง) หรือ X (คลุมเครือ-Indeterminate/ ความหลากหลายทางเพศ-Intersex/ ยังไม่กำหนด-Unspecified) และผู้ขอเปลี่ยนเพศสภาพของตนนั้นไม่จำเป็นต้องมีการผ่าตัดแปลงเพศ หรือรับฮอร์โมนบำบัด นายตราฟิส กล่าวว่าเมื่อประชาชนทำการร้องขอเปลี่ยนเพศในเอกสารราชการ หน่วยงานรัฐบาลใช้แต่เพียงใบรับรองจากแพทย์หรือนักจิตวิทยา และเมื่อเปลี่ยนแปลงเพศลงในเอกสารราชการแล้ว บุคคลนั้นจะได้รับสิทธิตามเพศใหม่ของตน ส่งผลให้การตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเครื่องรัฐออสเตรเลียนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองตามเพศใหม่ กล่าวคือ บุคคลที่เปลี่ยนแปลงเพศเป็นชาย จะได้รับการตรวจค้นตัวจากเจ้าหน้าที่ชาย ในขณะที่บุคคลที่เปลี่ยนแปลงเพศเป็นหญิง จะได้รับการตรวจค้นตัวจากเจ้าหน้าที่หญิง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากการศึกษา พบว่า มีกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศชื่อว่า Das Transsexuellengesetz 1980 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการรับรองสถานะของบุคคลผู้ผ่าตัดแปลงเพศจนครบถ้วน ย่อมทำให้ผู้นั้นมีสิทธิตามเพศใหม่ทุกประการ และไม่ทำให้สูญเสียสิทธิความเป็นทายาท บุพการีตามเพศเดิมของตนปรากฏตามความในมาตรา 5 และมาตรา 10 ของ

Das Transsexuellengesetz 1980 ทั้งนี้ในปี ค.ศ. 2000 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 3 (2) แก้ไขการรับรองสิทธิโดยวางหลักว่า ให้ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิงหรือผู้แปลงเพศ พึงได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การรับรองตามรัฐธรรมนูญและตาม Das Transsexuellengesetz 1980 ส่งผลให้ในการตรวจค้นผู้ต้องขังของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งปรากฏหลักเกณฑ์ตาม The Prison Act 1976 มาตรา 84 ที่กำหนดแนวทางไว้ว่า กรณีผู้ต้องขังเป็นเพศชายและเป็นผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ต้องโทษจำคุก ให้เจ้าหน้าที่เพศชายเท่านั้นเป็นผู้ตรวจค้น ส่วนกรณีผู้ต้องขังเป็นหญิงและได้รับคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น ในส่วนการตรวจค้นร่างกายด้วยการเปลื้องผ้า จะต้องได้รับอนุญาตเป็นกรณีเฉพาะ เมื่อผู้ต้องขังเป็นชายให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นเป็นเพศชายเท่านั้น เมื่อค้นตัวผู้ต้องขังหญิงให้เจ้าหน้าที่ผู้หญิงเท่านั้นเป็นผู้ค้น การตรวจค้นต้องเป็นส่วนตัวโดยไม่มีนักโทษคนอื่น ๆ อยู่ด้วย ในกรณีของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนรับรองสถานะตาม Das Transsexuellengesetz 1980 แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิในการตรวจค้นตามเพศใหม่ของตน

สหราชอาณาจักร จากการศึกษา พบว่า The Gender Recognition Act 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว ตามความในมาตรา 20 ได้วางหลักให้ผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้อย่างสมบูรณ์ สามารถใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิในทางศาลให้ได้รับความคุ้มครองตามเพศใหม่ เห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้มีการรับรองสถานะของผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ และจดทะเบียนแล้วให้ได้รับความคุ้มครองไปถึงสถานะในการเป็นผู้ต้องขังด้วย และสามารถอ้างอิงสิทธิตามเพศใหม่ ในการตรวจค้นตัวของเรือนจำได้ โดยหลักในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังของสหราชอาณาจักร ปรากฏอยู่ใน Prison Rule 1999 ข้อ 41 ซึ่งวางหลักให้ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องได้รับการตรวจค้นตัว โดยเจ้าหน้าที่ในส่วนแรกจับตัวผู้ต้องขังและหากในเวลาต่อมา จะตรวจค้นเมื่อผู้บัญชาการเห็นว่ามีความจำเป็น หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจะมีคำสั่งโดยตรงก็ได้ ผู้ต้องขังจะได้รับการตรวจค้นตัวที่เหมาะสมกับลักษณะที่เป็น และต้องมีความสอดคล้อง เพื่อให้พบสิ่งที่ผู้ต้องขังปกปิด

โดยผู้ต้องขังทุกคนจะถูกตรวจค้นตัวโดยการเปลื้องผ้า ก็ต่อเมื่อต้องการค้นสิ่งของที่ปกปิดไว้ และการค้นนั้นต้องค้นในที่มืดชิดปราศจากสายตาของผู้ต้องขังอื่นหรือคนอื่น ๆ รวมทั้งปราศจากสายตาของผู้ที่มีเพศตรงกันข้ามกับตน

(2) ปัญหาการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นไปตามกฎหมายชื่อว่า Das Transexllengesetz (TSG 1980) โดยให้ถือว่าการรับรองสถานะการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ และจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว ให้สิทธิของบุคคลนั้นเป็นไปตามเพศใหม่ที่ปรากฏ ส่งผลให้การค้น ขัง จับ หรือดำเนินคดีใด ๆ กับผู้เสียหาย ผู้ต้องหาหรือจำเลย ก็ต้องปฏิบัติตามเพศใหม่ รวมถึงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องขังด้วยเช่นกัน

สหราชอาณาจักร มีกฎหมาย The Gender Recognition Act 2004 ข้อ 20 รับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามคำร้องขอ ย่อมถือว่าสมบูรณ์และได้รับสิทธิความคุ้มครองตามกฎหมาย กรณีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้กระทำความผิด ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหา จำเลย หรือผู้ต้องขังในคดีอาญา ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิที่จะได้รับปฏิบัติตามเพศที่ได้รับการแปลงเพศแล้ว รวมถึงการแยกประเภทในเรือนจำ และสิทธิต่าง ๆ ของผู้ต้องขังก็จะได้รับการการแยกประเภท และได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามเพศใหม่ของตนด้วย

(3) ปัญหาในการล่วงละเมิดทางเพศผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากการศึกษา พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 174 a มีการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน ตลอดทั้งรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ตามความในมาตรา 3 (2) ระบุว่า “ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิง

หรือผู้แปลงเพศ จึงได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์” ผู้ต้องขังทุกคนรวมถึงผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้ ตลอดทั้งกรณีของผู้ต้องขังที่แปลงเพศ และมีการจดทะเบียนรับรองสถานะการแปลงเพศแล้วย่อมมีสิทธิร้องเรียนตามเพศใหม่ที่กฎหมายรับรอง

(4) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่อชีวิตของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สาธารณรัฐเยอรมนี มีการออกกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศที่มีชื่อว่า Das Transsexuellengesetz 1980 ผู้ต้องขังซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ต้องได้รับการปฏิบัติในฐานะผู้ต้องขังตามเพศใหม่ และยอมรับสถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ผ่านการตรากฎหมาย ที่มีชื่อว่า The Life Partnership Act of 2001 มาตรา 1(1) และมาตรา 5 ซึ่งได้มีหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่อชีวิต ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเสมือนการสมรสของคู่รักต่างเพศชายหญิงที่กำหนดให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ และมีหน้าที่ในการดูแลซึ่งกันและกัน ทั้งกฎหมายราชทัณฑ์ได้กำหนดสิทธิของผู้ต้องขังไว้ใน Strafvollzugsrecht 1977 ให้ผู้ต้องขังถูกระงับการทรมานสิทธิ อันเนื่องมาจากการบังคับโทษนั้นให้น้อยที่สุด อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน และมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุคคลภายนอกเรือนจำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งได้รับการส่งเสริมให้ติดต่อกับบุคคลที่อยู่นอกเรือนจำเท่าที่จะกระทำได้ นอกจากนี้ผู้ต้องขังและคู่สมรสหรือหุ้นส่วนชีวิตที่มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่ทางเรือนจำกำหนด มีสิทธิที่จะได้รับการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ด้วย

สหราชอาณาจักร ได้ตรากฎหมาย ซึ่งมีชื่อว่า Civil Partnership 2004 เป็นกฎหมายที่อนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นคู่รักเพศเดียวกันสามารถที่จะเป็นหุ้นส่วนทางแพ่งได้ ประกอบกับได้มีการออกกฎหมายรับรองตามพระราชบัญญัติที่มีชื่อว่า The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 ให้สิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเช่นเดียวกับสิทธิของคู่สมรสชายหญิงใน มาตรา 11 ที่ระบุว่า การสมรสนั้นให้หมายความรวมถึงการสมรสเพศเดียวกันด้วย ทั้งนี้กฎหมายเกี่ยวกับราชทัณฑ์ ใน Prison Rule 1999 ได้ให้สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขัง เป็นการวางหลักเกณฑ์การติดต่อกับบุคคลและการได้รับการเข้าเยี่ยมได้ สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่อชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นอกจากจะได้รับการสิทธิการ

เข้าเยี่ยมโดยทั่วไปแล้ว ยังได้รับสิทธิเช่นเดียวกับสิทธิของคู่สมรสชายหญิงทุกประการ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าเยี่ยมที่เปิดโอกาสให้มีความอิสระในการพูดคุยใกล้ชิดและมีเพศสัมพันธ์กันได้

อภิปรายผลการวิจัยและสรุปผลการวิจัย

การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จากบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศ ที่เกี่ยวข้อง กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นั้นปรากฏว่า มีปัญหาและข้อขัดข้องหลายประการ

(1) ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังในเรือนจำนั้นได้สร้างความอับอายให้แก่ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยเฉพาะกรณีที่ผ้าตัดแปลงเพศ หรือผ้าตัดเสริมหน้าอก แล้ว แต่ยังคงต้องถูกตรวจค้นตัวจากเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเพศชาย เนื่องจากกฎหมายไม่ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะทำให้ต้องยึดหลักในการตรวจค้นตัวตามเพศกำเนิดของบุคคลเป็นสำคัญ ส่งผลให้ในบางกรณีผู้ต้องขังอาจถูกลวนลามหรือได้รับคำดูถูกเหยียดหยามจากเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้น หรือจากผู้ต้องขังอื่น ตลอดจนบุคคลอื่นที่พบเห็นการตรวจค้นดังกล่าว อีกทั้ง การค้นตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามมาตรา 85 วรรคสอง และมาตรา 132 (1) วรรคสอง ยังไม่ระบุถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยจากการศึกษาหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักรแล้ว พบว่า ต่างมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในขณะที่กฎหมายไทยยังขาดบทบัญญัติที่แสดงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ทำให้กฎหมายไทยมีสถานะด้านการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง ที่ด้อยกว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศ ดังนั้น การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่เป็นมาตรการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีความสำคัญ การใช้มาตรการดังกล่าวจึงต้องพยายามรักษาความสมดุลระหว่าง

อำนาจของรัฐตามหลักการในทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมและหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม เนื่องจากหากรัฐคำนึงถึงความคล่องตัวในการรักษาความปลอดภัยของเรือนจำเกินไป โดยเพิกเฉยต่อการคุ้มครองสิทธิในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าต้องมีลักษณะเฉพาะจากหลักทั่วไป ด้วยมองว่า การใช้หลักในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่แตกต่างออกไป จะทำให้การปฏิบัติงานเกิดยุ่งยากและซับซ้อน ก่อให้เกิดความล่าช้า

(2) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ปัจจุบันการจัดประเภทผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์ ได้มีการดำเนินการป้องกันไม่ให้ผู้ต้องขังประเภทต่าง ๆ ปะปนกัน ทั้งนี้ได้แบ่งออกเป็น 7 ประเภท คือ (1) ผู้ต้องขังหญิง (2) ผู้ต้องขังที่มีอายุต่ำกว่า 25 ปี และต้องโทษเป็นครั้งแรก (3) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดอนาจาร (4) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย (5) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์ (6) ผู้ต้องขังที่ศาลพิพากษาว่าเป็นผู้มีส่วนเป็นผู้ร้าย และ (7) ผู้ต้องขังที่ไม่อยู่ในจำพวกที่ได้รับขูมาแล้ว

จากเกณฑ์ดังกล่าวเห็นได้ว่ากฎหมายไทยใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของความผิดอายุ และเพศเป็นเกณฑ์การจัดประเภทของผู้ต้องขัง การแยกประเภทผู้ต้องขังโดยใช้เพศเป็นเกณฑ์ ส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากในการแยกประเภทดังกล่าว ยึดตามเพศกำเนิดของบุคคลเท่านั้น ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงถูกแยกประเภทตามเพศกำเนิด โดยไม่ได้คำนึงถึงเพศสภาพที่ปรากฏ เพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการแยกประเภทผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นกรณีเฉพาะแต่อย่างใด และกฎหมายไทยก็ไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในการแปลงเพศแต่อย่างใด ในขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร มีกฎหมายที่บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่มีการจดทะเบียนตาม Das Transsexuellengesetz 1980 มาตรา 5 ให้สิทธิของบุคคลนั้นเป็นไปตามเพศใหม่ที่ปรากฏ ส่งผลการดำเนินการแยกประเภทการคุมขังต้องเป็นไปตามเพศใหม่ รวมถึงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องขังด้วย สำหรับสหราชอาณาจักร มีกฎหมาย The Gender

Recognition Act 2004 ข้อ 20 รับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามคำร้องขอ ย่อมถือว่าสมบูรณ์และได้รับสิทธิความคุ้มครองตามกฎหมาย กรณีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้กระทำความผิดไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหา จำเลย หรือผู้ต้องขังในคดีอาญา ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิที่จะได้รับปฏิบัติตามเพศที่ได้รับการแปลงเพศแล้ว รวมถึงการแยกประเภทในเรือนจำ และสิทธิต่าง ๆ ของผู้ต้องขังก็จะได้รับการการแยกประเภท และได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามเพศใหม่ของตนด้วย

จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมนีและสหราชอาณาจักร ต่างก็มีกฎหมายรับรองสิทธิทางเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์การจำแนกผู้ต้องขังตามเพศใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปจากการได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ทำให้ตามกฎหมายไทยนั้น ผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะต้องถูกจัดให้อยู่รวมกับผู้ต้องขังอื่นตามเพศกำเนิดของตน ซึ่งสุ่มเสี่ยงต่อการถูกทำร้ายร่างกายและล่วงละเมิดทางเพศเป็นอย่างมาก ในประเด็นนี้ กฎหมายไทยจึงมีกฎหมายบัญญัติ ให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ดีต่อกฎหมายของประเทศที่นำมาเปรียบเทียบกับ

(3) ปัญหาผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ

การไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับความคุ้มครอง และมีสิทธิร้องเรียนกรณีที่ถูกล่วงละเมิดได้เช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิง ทั้งที่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้มีความแตกต่างในสาระสำคัญทางร่างกายที่ก่อให้เกิดโอกาสเสี่ยงสูง ที่จะถูกล่วงละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และจากผู้ต้องขังด้วยกัน สะท้อนให้เห็นว่า สังคมไทยยังคงมีช่องว่างของความรู้ในเรื่องคดีทางเพศอีกมากมายที่ทับซ้อนอยู่กับความเชื่อขนบธรรมเนียม และประเพณีของคนในสังคม ส่งผลให้ทัศนคติทางเพศ ยังคงเป็นไปในรูปแบบเดิม โดยมิได้คำนึงถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ หรือเกิดจากผู้ต้องขังด้วยกัน รัฐต้องตระหนักว่าบุคคลทุกคนซึ่งเป็นพลเมือง

ของรัฐ พึงต้องได้รับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินอย่างเท่าเทียมกัน แม้บุคคลนั้นจะอยู่ในสถานะผู้ต้องขังก็ตาม

ในประเด็นดังกล่าว จากการศึกษา พบว่า ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 174 a ได้มีการบัญญัติความผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน ตลอดทั้งรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ ตามความใน มาตรา 3(2) ระบุว่า “ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิง หรือผู้แปลงเพศ จึงได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์” ดังนั้น ผู้ต้องขังซึ่งเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว และผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และมีการจดทะเบียนรับรองสถานะการแปลงเพศตามบทบัญญัติกฎหมาย Das Transsexuellengesetz ย่อมได้รับการคุ้มครองตามเพศใหม่ที่จดทะเบียน ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้ให้การรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ ทั้งกฎหมายราชทัณฑ์ของไทยก็ไม่มีกรกล่าวถึงสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการร้องเรียนกรณีที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศไว้แต่อย่างใด จะเห็นได้ว่า เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่เปิดช่องให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือใช้ฮอร์โมน หรือตกแต่งส่วนใดของร่างกายให้มีสภาพแตกต่างไปจากเพศกำเนิดของตน ได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศใหม่ให้ตรงกับเพศสภาพ ปัจจุบัน นอกจากจะส่งผลต่อการแยกประเภทผู้ต้องขังในเรือนจำแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อเป็นปัญหาและอุปสรรคในการร้องเรียนในกรณีที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศอีกด้วย เนื่องจากตามกฎหมายราชทัณฑ์ไทยนั้น กำหนดให้เฉพาะผู้ต้องขังหญิงซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยเฉพาะผู้ที่ตั้งครรภ์จากการถูกล่วงละเมิดดังกล่าวเท่านั้น ที่ต้องได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมและต้องได้รับการสนับสนุนการดูแลสุขภาพทางกายและทางจิตตามความจำเป็น รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายด้วย ดังนั้น หากเป็นผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ทำให้สถานะการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย มีสถานะที่ด้อยกว่ากฎหมายหมายของประเทศที่นำมาเปรียบเทียบ

(4) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิตผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในประเด็นปัญหานี้ พบว่า สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังในฐานะคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ไม่มีปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดสิทธิในการเยี่ยมไว้ตามความในมาตรา 60 ซึ่งวางหลักว่า ผู้ต้องขังพึงได้รับการอนุญาตให้ติดต่อกับบุคคลภายนอกตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ บุคคลภายนอกซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้าไปในเรือนจำ เพื่อกิจธุระ เยี่ยมผู้ต้องขัง หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่น จะต้องปฏิบัติตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ที่ประกาศไว้โดยเปิดเผย ทั้งตามความในมาตรา 61 ยังกำหนดให้เรือนจำจัดสถานที่ให้ผู้ต้องขังได้พบและปรึกษากับทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัวได้ตามที่กำหนดในระเบียบกรมราชทัณฑ์ ซึ่งเป็นระเบียบที่ผู้บัญชาการเรือนจำต่าง ๆ ได้วางไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการเยี่ยมญาติและติดต่อของบุคคลภายนอกต่อผู้ต้องขัง ขณะที่ผู้ต้องขังของสหราชอาณาจักร หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างได้รับสิทธิในการเยี่ยมจากคู่รักซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแบบใกล้ชิดเป็นการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ หรือการเยี่ยมเพื่อการสมรสตามกฎหมาย The Marriage (Same Sex Couple) Act 2013 โดยอาจจะเป็นผู้สมรสตามกฎหมาย หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ประเทศไทยไม่ปรากฏการรับรองสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 ได้วางหลักไว้ว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ ...” จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้การสมรสกระทำได้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายไทยกำหนดให้การสมรสมีผลต่อเมื่อได้จดทะเบียนการสมรส จึงจะเกิดสิทธิและหน้าที่ในฐานะคู่สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น เมื่อกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติที่รับรองความสัมพันธ์ฉันคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ ทำให้กฎหมายอื่น ๆ ที่อ้างอิงสิทธิของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิของคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามไปด้วย ซึ่งในส่วนกฎหมายราชทัณฑ์ก็เช่นเดียวกัน ปัจจุบันยังไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิ

ในการเข้าเยี่ยมของคู่รักผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้คู่รักของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่ได้มีโอกาสให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างใกล้ชิด ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงไม่ได้รับสิทธิเท่าเทียมกับผู้ต้องขังที่มีเพศสภาพตรงกับเพศกำเนิดที่คู่สมรสสามารถเข้าเยี่ยมโดยใกล้ชิด เพื่อเป็นการผ่อนคลายความเครียด และกระตุ้นให้ผู้ต้องขังประพฤติตนให้ดี กลับตัวกลับใจ จะได้พ้นโทษและกลับไปอยู่กับคนรักโดยเร็ว จึงกล่าวได้ว่า เมื่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้สิทธิดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อความเครียดและโอกาสในการกลับใจเป็นคนดีของสังคม อันเป็นเป้าหมายสูงสุดของงานราชทัณฑ์ไปอย่างน่าเสียดาย ในขณะที่ประเทศอังกฤษและเวลส์ หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างได้รับสิทธิในการเยี่ยมจากคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแบบใกล้ชิดเป็นการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ หรือการเยี่ยมเพื่อการสมรส โดยอาจจะเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ดังนั้นสถานะกฎหมายไทยในประเด็นการคุ้มครองสิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิตผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงด้อยกว่าทั้งสองประเทศดังกล่าว

ข้อเสนอแนะการวิจัย

ปัจจุบันมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย ยังขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองสิทธิในเพศสภาพของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้โดยตรง ส่งผลการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และกฎหมายลำดับรองของพระราชบัญญัติดังกล่าว ไม่มีการรับรอง หรือคุ้มครองสิทธิ และไม่สามารถให้หลักประกันแก่ผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้ จึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และกฎหมายลำดับรอง ดังนี้

(1) ปัญหาการค้นตัวผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นควรแก้ไขกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ 2479 ในข้อ 36 จากเดิมเป็น “...นอกเหนือจากเพศหญิงหรือ

ชาย หากสภาพทางเพศเปลี่ยนแปลงไป ไม่ว่าจะในทางกายภาพหรือทางจิตใจให้มีการค้น ผู้ต้องขังโดยใช้บุคคลที่ค้นให้เหมาะสมกับสภาพทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไปของบุคคล นั้น ๆ” และเห็นควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 วรรคสอง เพิ่มเติมบทบัญญัติ “การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงหรือค้นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ต้องให้เจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเพศเดียวกับเพศสภาพของผู้นั้นเป็นผู้ค้น” และมาตรา 132 (1) วรรคสอง เพิ่มเติมบทบัญญัติ “ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิงหรือเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้จัดเจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่น ซึ่งเป็นเพศเดียวกับเพศสภาพของผู้นั้นเป็นผู้ตรวจ...”

(2) ปัญหาการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในข้อที่ 40 ของกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ดังนี้ “ภายใต้บังคับมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์พุทธศักราช 2479 ให้แบ่งประเภทของผู้ต้องขัง ดังต่อไปนี้

(2) ผู้ต้องขังที่ผ่านการแปลงเพศเป็นหญิง หรือผู้ต้องขังซึ่งได้มีการผ่าตัดเสริมหน้าอก ซึ่งทำให้สภาพร่างกายแตกต่างในสาระสำคัญจากเพศชาย...”

และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 31 การจำแนกประเภทหรือชั้นของเรือนจำ ให้รัฐมนตรีประกาศกำหนด โดยอาศัยเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ...เพศสภาพของผู้ต้องขัง

(3) ปัญหาการผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ

เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 47 จากเดิมเป็นมาตรา 47 “ผู้ต้องขังมีสิทธิร้องเรียนเกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานของเรือนจำ และการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังด้วยกันได้ โดยให้ได้รับความคุ้มครองและให้คำปรึกษาในทันที รวมทั้งคำร้องดังกล่าวต้องรักษาเป็นความลับ และได้รับการไต่สวนชี้ขาดโดยพนักงานอัยการ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง หากผู้ต้องขังซึ่งเป็นหญิงและตั้งครรรภ์ให้นำบทบัญญัติ มาตรา 59 มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 59 จากเดิม เป็น

มาตรา 59 “ผู้ต้องขังหญิงโดยเฉพาะผู้ต้องขังหญิงที่ตั้งครรภ์จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ และผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้น ต้องได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสม และต้องได้รับการสนับสนุนการดูแลสุขภาพทางกายและทางจิตตามความจำเป็น รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายด้วย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

(4) ปัญหาการเข้าเยี่ยมโดยคู่รักของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

แก้ไขข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 3 เรื่อง กำหนดความสะอาดและประโยชน์บางประการสำหรับผู้ต้องขัง ตามข้อ ค. ที่กำหนดให้ผู้ต้องขังในทัณฑสถานเปิดให้ได้รับความสะอาดและประโยชน์ และได้รับการเยี่ยมจากครอบครัวตามลำพังอย่างใกล้ชิดในสถานที่ที่ทางทัณฑสถานเปิด เป็น ทำอำนาจแก่เจ้าพนักงานในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณา เพื่อให้สิทธิแก่คู่รักของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้สามารถใช้สิทธิในการเข้าเยี่ยมจากครอบครัวตามลำพังอย่างใกล้ชิด และเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อของบุคคลภายนอกกับผู้ต้องขัง และการเข้าดูกิจการหรือติดต่อการทำงานกับเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 25 บุคคลต่อไปนี้เท่านั้นที่จะได้รับอนุญาตให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วย

(6) คู่รักของผู้ต้องขังป่วยซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

องค์ความรู้ใหม่และการนำไปใช้

1. องค์ความรู้ใหม่ที่ค้นพบจากการวิจัย

องค์ความรู้ใหม่ที่ได้รับจากการวิจัยในเรื่องสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็น

กฎหมายแม่บทที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและรัฐ สิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของบุคคล องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ แต่สิทธิในการกำหนดเรื่อง “เพศ” ยังคงอยู่ในกรอบความคิดเดิม คือ ระบบสองเพศ ทั้งที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งประเทศที่ให้การยอมรับในความหลากหลายทางเพศ จึงส่งผลให้กฎหมายลำดับรองอื่น ๆ รวมถึงระบบงานราชทัณฑ์ที่ยังไม่ได้มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเท่าที่ควร

2. การนำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์

เนื่องด้วยผลการวิจัยเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ผู้วิจัยเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระบบงานราชทัณฑ์ โดยการเพิ่มคำว่า “เพศสภาพ” เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศก็ยังคงต้องมีการศึกษาสภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือสิทธิในการร้องเรียนของผู้ต้องขังที่ถูกล่วงละเมิดแล้วว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ร้องเรียนได้สะดวก และได้รับการคุ้มครองแก่ตัวผู้ต้องขังเพียงใด รวมถึงสิทธิที่ต้องได้รับการดูแลรักษาทั้งทางร่างกายและจิตใจ เพื่อไม่ให้มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะอยู่ในสถานะผู้ต้องขังก็ตาม อีกทั้ง เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการบังคับโทษทางอาญา

เอกสารอ้างอิง

- กุลพล พลวัน. (2547). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- เนืองน้อย บุญเนตร. (2544). *จริยศาสตร์ตะวันตก ค่านิยม ลีล ฮอบส์ รัสเซลล์ ชาร์ลส์*. สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความมนุษย์*. สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. (2520). ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม. *วารสารนิติศาสตร์*, 9(2), 142-171.
- สมชาย อิศวพันธุ์ชนกุล. (2533). *ความคิดเรื่องความเท่าเทียมในทฤษฎีความยุติธรรมของจอห์น รัสเซลล์*, [วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย].
ฐานข้อมูลงานวิจัย (Thailis).
- องค์การสหประชาชาตินิวยอร์กและเจนีวา. (2005). *สิทธิมนุษยชนและงานราชทัณฑ์: มาตรฐานสากลด้านสิทธิมนุษยชน สำหรับเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ฉบับพกพา*.
<http://lms.nhrc.or.th/ulib/document/Fulltext/F08962.pdf>
- อายุตม์ สินธพพันธ์. (2564). *กรมราชทัณฑ์ ร่วมมือ UNDP เพื่อพัฒนาการดูแลผู้ต้องขังข้ามเพศให้ได้มาตรฐานสากล*. <https://www.sdgmovement.com/2021/05/02/departement-of-corrections-and-undp-improve-treatment-transgender-inmates/>
- John Rawls. (1999). *The Law of Peoples*. Harvard University Press.
- Robert B. Talisse. (2001). *On Rawls: A liberal Theory of Justice and Justification*. Wadsworth.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ
ของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ตามกฎหมาย
ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ
Legal Problems Regarding Procurement and
Supplies Administration of Thai Government Agencies
Located Abroad According to The Law on
Public Procurement and Supplies Administration

ณัฐนันท์ เซ่งอัน, สุธี อยู่สถาพร

Ussachi Survijit, Suthee Usathaporn

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต,

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: 625154030002@dpu.ac.th,

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

E-mail: suthee3711@gmail.com

รับบทความ (Received): 6 พ.ค. 2567

ปรับแก้ไข (Revised): 8 ก.ค. 2567

ตอบรับบทความ (Accepted): 11 ก.ค. 2567

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้ได้ศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายกรณีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยมุ่งเน้นศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากรณี

การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ พร้อมทั้งเสนอแนวทางแก้ไขปัญหตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในการจัดซื้อจัดจ้างที่จะต้องเกิดความคุ้มค่า โปร่งใส มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และตรวจสอบได้ ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มีปัญหาเกี่ยวกับกรณีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดราคากลางของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบและการป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ ปัญหาเรื่องความยืดหยุ่นในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กับส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ ซึ่งส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศไม่คุ้มค่า ไม่โปร่งใส ไม่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และไม่สามารถตรวจสอบได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยให้กรมบัญชีกลางจัดทำฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับราคากลางของทุกประเทศทั่วโลก เพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการในต่างประเทศสืบค้นในการใช้อ้างอิงแหล่งที่มาของราคากลาง รวมทั้งเห็นควรให้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้อำนาจหน่วยงานของรัฐสามารถออกระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เองได้ โดยผู้เขียนเห็นควรให้กระทรวงการคลังควรออกระเบียบกลางเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ เพื่อให้ส่วนราชการในต่างประเทศถือปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน

คำสำคัญ: จัดซื้อจัดจ้าง, มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล, ตรวจสอบได้

Abstract

This academic article studies the legal issues associated with the procurement and supply processes of Thai government agencies in foreign countries, governed by the Public Procurement and Supply

Administration Act, B.E. 2560 (2017). It focuses on studying and analyzing issues related to the procurement and supply of Thai government agencies in foreign countries and studying concepts and theories related to the procurement of government supply. Additionally, it suggests a solution that follows this act and aligns with the principles of procurement, which are value for money, transparency, efficiency, effectiveness, and accountability, in compliance with the spirit of the law.

According to the research, this act has issues regarding the procurement and supply of Thai government agencies in foreign countries. These issues include the focal price of Thai government agencies in foreign countries, the detection and prevention of corruption, and the flexibility in enforcing the Public Procurement and Supply Administration Act, B.E. 2560 (2017) with Thai government agencies in foreign countries that results in a lack of value for money, transparency, efficiency, effectiveness, and accountability for Thai government agencies in foreign countries.

Therefore, the author suggests revising this act by having the Comptroller-General's Department create a database of focal prices of countries worldwide to assist Thai government agencies in foreign countries in searching as a reference for a resource of focal prices. Additionally, the author proposes amending provisions to authorize government agencies to issue regulations regarding procurement and supply management by themselves. The author also views it as proper for the Ministry of Finance to issue centralized regulations governing the procurement and supply of Thai government agencies in foreign countries to ensure adherence to consistent guidelines.

Keywords: Procurement, Efficiency and Effectiveness, Accountability

บทนำ

หน่วยงานของรัฐมีภาระหน้าที่หลักในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการร่วมกันของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การให้บริการสาธารณสุข การคมนาคมขนส่ง รวมถึงการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ มีความจำเป็นต้องใช้เครื่องมือ วัสดุอุปกรณ์ สถานที่ และทรัพยากรอื่น ๆ รวมไปถึงการจ้างบุคคลเพื่อช่วยในการดำเนินงานบางประเภท หรือที่เรียกว่า “พัสดุ” ซึ่งหน่วยงานของรัฐไม่สามารถจัดทำขึ้นเองได้ จึงมีความจำเป็นต้องใช้เงินงบประมาณในการจัดซื้อจัดจ้าง ตามงบประมาณที่รัฐสภาจัดสรรให้ เพื่อให้ได้มีสิ่งต่าง ๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ซึ่งมีลักษณะเป็นการจัดหาสินค้าและบริการ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งเพื่อให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐบรรลุผลสำเร็จ ดังนั้น การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐต้องเกิดความคุ้มค่า โปร่งใส เสมอภาค มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และตรวจสอบได้ เพื่อให้การใช้เงินงบประมาณแผ่นดินเกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติสูงสุด

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่า ส่วนราชการของไทยที่มีสำนักงานอยู่ในต่างประเทศ เช่น สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ, สำนักงานแรงงานในต่างประเทศ เป็นต้น ยังพบปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดราคากลางตาม มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากในการจัดทำฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่ได้มาจากฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่กรมบัญชีกลางจัดทำ กรมบัญชีกลางมิได้มีฐานข้อมูลราคากลางของพัสดุของต่างประเทศไว้ มีเพียงฐานข้อมูลพัสดุในประเทศไทยเท่านั้น ส่งผลให้ส่วนราชการของไทยที่มีสำนักงานในต่างประเทศ มิสามารถอ้างอิงราคากลาง จากฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่กรมบัญชีกลางจัดทำได้ ประการต่อมาเป็นปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบและการป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ เนื่องจาก ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการสังเกตการณ์ขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดของการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ ยังไม่มีภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการสังเกตการณ์ขั้นตอนหนึ่ง

ขั้นตอนใดของการจัดซื้อจัดจ้างเท่าที่ควร หรืออาจไม่มีเลย เนื่องจากในต่างประเทศที่หน่วยงานของรัฐหรือสำนักงานของหน่วยงานของรัฐตั้งอยู่แต่ละประเทศ มีกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของต่างประเทศแตกต่างกัน จึงไม่อาจขอความร่วมมือให้ประชาชนเข้ามาสังเกตการณ์การจัดซื้อจัดจ้างเท่าที่ควร อาจส่งผลให้เกิดช่องว่างในการทุจริตได้ ประการสุดท้าย เป็นปัญหาเรื่องความยืดหยุ่นในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กับส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ เนื่องจากมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้การดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศเกิดความยืดหยุ่นและมีความคล่องตัว หากหน่วยงานของรัฐนั้นประสงค์จะจัดให้มีระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เองทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้กระทำได้ โดยต้องดำเนินงานให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามแนวทางของพระราชบัญญัติ เว้นแต่ในต่างประเทศที่หน่วยงานของรัฐหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐตั้งอยู่มีกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของต่างประเทศนั้นเป็นการเฉพาะหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งในปัจจุบันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ที่มีส่วนราชการในต่างประเทศ ได้ออกระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐในต่างเทศใช้ ซึ่งระเบียบที่หน่วยงานออกเองโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หน่วยงานต่าง ๆ อาจออกระเบียบที่ต่างกันออกไปโดยที่ไม่เป็นในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้เมื่อหน่วยงานตราระเบียบขึ้นใช้เอง อาจมีข้อบกพร่องหรือช่องว่างทางกฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างได้ หรืออาจไม่ครอบคลุมหรือตกหล่นในบางเรื่อง อาจส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างไม่เกิดประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าสูงสุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ

1. หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นหลักที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน เป็นข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยกฎหมาย รัฐจึงต้องดำเนินการปกครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

และเมืองครที่มีความเป็นอิสระคอยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐสำหรับนักคิดที่ได้นำคำว่า “นิติรัฐ” มาอธิบายถึงความหมายอย่างชัดเจนคนแรกคือ นักคิดชาวเยอรมันชื่อ Robert Von Mohl (ค.ศ.1799–1875) โดยอธิบายว่า “นิติรัฐ” หมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปแบบที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป จากการใช้ความหมายดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า นิติรัฐก็คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข ดังนั้น ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต้องอาศัยหลักแนวคิดหลักนิติรัฐ กล่าวคือ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน การเคารพกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐเอง แต่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐที่จำเป็นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ โดยสรุปอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นถูกจำกัดโดยข้อจำกัดตามกฎหมายแห่งกฎหมายที่รัฐตราขึ้น ดังนั้น รัฐต้องเคารพสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เอกชน และเมื่อใดก็ตามที่รัฐจะทำการกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชน รัฐต้องอาศัยกฎหมายให้กระทำการได้

2. หลักธรรมาภิบาล

หลักธรรมาภิบาลเป็นเรื่องที่จำเป็นและสำคัญสำหรับการทำงานของเจ้าหน้าที่ทุกระดับชั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภาวะที่มีการตรวจสอบอย่างเข้มแข็งในระบบการบริหารราชการหรือแม้แต่ในระบบธุรกิจเอกชนธรรมาภิบาล เป็นหลักการที่นำมาใช้บริหารงานในปัจจุบันอย่างแพร่หลาย เพราะช่วยสร้างสรรค์และส่งเสริมองค์กรให้มีศักยภาพและประสิทธิภาพ เช่น เมื่อข้าราชการหรือพนักงานทำงานอย่างซื่อสัตย์สุจริต และขยันหมั่นเพียร จะทำให้ผลงานของหน่วยราชการมีประสิทธิภาพหรือผลประกอบการขององค์กรธุรกิจนั้นเติบโตขยายตัว ขณะเดียวกันก็ทำให้บุคคลภายนอกและผู้ที่เกี่ยวข้องศรัทธาและเชื่อมั่นในองค์กรนั้น อันจะทำให้เกิดการพัฒนาอย่างต่อเนื่องต่อไป เช่น องค์กรที่โปร่งใส ย่อมได้รับความไว้วางใจในการบริหารราชการหรือร่วมทำธุรกิจรัฐบาลที่โปร่งใสตรวจสอบได้ ย่อมสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนและประชาชน ตลอดจนส่งผลดีต่อเสถียรภาพของรัฐบาลและความเจริญก้าวหน้าของประเทศ ในระดับนานาชาติองค์การเพื่อการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ หรือ UNDP (United Nations Development Programme) เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการ

ส่งเสริมและเรียกร้องให้ประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่ด้อยพัฒนาให้มี
ธรรมาภิบาล โดยธรรมาภิบาลในทัศนะของ UNDP จะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการมี
ปฏิสัมพันธ์ที่ถูกต้องและสมดุลกันระหว่างภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาสังคม
เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนและมีคนเป็นศูนย์กลาง UNDP ได้ให้ความหมายของ
ธรรมาภิบาลไว้ว่า คือ “การมีส่วนร่วม ความโปร่งใส และความรับผิดชอบ” นอกจากนี้
รัฐหรือหน่วยงานปกครองยังต้องกระทำกรอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล
เพื่อให้มั่นใจได้ว่าการดำเนินการในโครงการต่าง ๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็น ด้านการเมือง
สังคม เศรษฐกิจ ตั้งอยู่บนพื้นฐานความต้องการของคนส่วนใหญ่ ดังนั้น หลักแนวคิด
เกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาลและการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ถือเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่ง
ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ กล่าวคือ ในการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต้องอาศัย
หลักธรรมาภิบาล เพื่อให้การดำเนินงานของรัฐมีประสิทธิภาพและประชาชนไว้วางใจใน
การทำงานของรัฐ

3. หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค เป็นหลักรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิของบุคคลที่จะเรียกให้
องค์กรต่าง ๆ ของรัฐปฏิบัติต่อตนเท่าเทียมกันกับที่ปฏิบัติต่อผู้อื่น (Right to Equal
Treatment) หลักรัฐธรรมนูญหลักนี้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย
แทบทุกรัฐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา
30 วรรคหนึ่งและวรรคสอง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
ได้บัญญัติรับรองหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้ใน มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรค
สอง มีความอย่างเดียวกันว่า “บุคคลย่อมเสมอภาค ในกฎหมายและได้รับความคุ้มครอง
ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และ “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ตามหลักกฎหมาย
รัฐธรรมนูญหลักนี้ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกัน
ในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญต่าง
กันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันใน
สาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่าง
เดียวกันก็ดี เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และย่อมเป็นการกระทำที่

ขัดต่อหลักความเสมอภาคทั้งสิ้น ดังนั้น ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หน่วยงานของรัฐต้องใช้หลักความเสมอภาคเข้ามาพิจารณาเพื่อให้เกิดความเสมอภาคแก่เอกชน คู่สัญญาในการเข้าร่วมประมูลงานของรัฐในทุก ๆ ขั้นตอนเป็นไปอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ

4. แนวคิดการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดหลักการว่าประชาชนทุกคนมีความเท่าเทียมกันและมีความเสมอภาคกัน ดังนั้น บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองนั้น จะต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือตามเจตนารมณ์และความต้องการของประชาชน นอกจากนี้ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจที่มาจากประชาชนนั้น เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการปกครองตามกฎหมาย องค์ประกอบประการสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายมหาชน คือ จะต้องมียุติธรรมและกระบวนการในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งกระบวนการตรวจสอบและการควบคุมการใช้อำนาจในการบริหารและปกครองประเทศและการบริการสาธารณะตามหลักของกฎหมายมหาชน มีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ 1) การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรภายใน และ 2) การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรภายนอก ดังนั้น ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต้องใช้หลักแนวคิดการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพื่อเข้ามาควบคุม ตรวจสอบ และป้องกันการทุจริตโดยเจ้าหน้าที่รัฐ หลักดังกล่าวจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นธรรมทุกขั้นตอน

กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐของต่างประเทศ

1. ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

1.1 กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเนปาล รัฐบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2550) (Public Procurement Act, 2007) ถือเป็นกฎหมายหลักในปัจจุบัน ที่หน่วยงานรัฐของสหพันธ์

สาธารณรัฐประชาธิปไตยเนปาลถือปฏิบัติในปัจจุบัน เพื่อให้ ขั้นตอน กระบวนการ และการตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะที่เปิดกว้าง โปร่งใส มีวัตถุประสงค์และเชื่อถือได้มากขึ้น ได้รับผลตอบแทนสูงสุดจากการใช้จ่ายภาครัฐ อย่างประหยัดและมีเหตุผล โดยส่งเสริมการแข่งขัน ความเป็นธรรม ความซื่อสัตย์สุจริต กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะ และหลักธรรมาภิบาล โดยเพิ่มขีดความสามารถ ในการจัดการการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐในการจัดหาหรือดำเนินการจัดหา งานก่อสร้างและจัดหาสินค้า บริการให้คำปรึกษาและบริการอื่น ๆ โดยหน่วยงาน ดังกล่าว และรับประกันโอกาสที่เท่าเทียมกันสำหรับผู้ผลิต ผู้ขาย ผู้จัดหา การก่อสร้าง ผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการเข้าร่วมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยไม่เลือก ปฏิบัติ

1.2 กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสาธารณรัฐเกาหลี ในอดีต สาธารณรัฐเกาหลีได้ก่อตั้งหน่วยงานในการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2492 ในฐานะสำนักงานชั่วคราวสำหรับจัดหาพัสดุจากต่างประเทศ โดยปัจจุบันมีบทบาทใน ฐานะหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างกลาง มีหน้าที่รับผิดชอบหลายประการที่เกี่ยวข้องกับการ จัดซื้อและการจัดหาทรัพยากรที่จำเป็นสำหรับสาธารณะ โดยในปัจจุบันสาธารณรัฐ เกาหลี รัฐบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) (Government Procurement ACT 2020) ถือเป็นกฎหมายหลักที่สาธารณรัฐเกาหลีบังคับใช้ใน ปัจจุบัน เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ สาธารณรัฐเกาหลี มีวัตถุประสงค์ของในการกำหนดขอบเขตที่มีความจำเป็นต้องทำ ในเรื่องการบริหารและการจัดการการบริการการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ซึ่งถือเป็นการ กระทำที่มีการตรวจสอบอย่างยุติธรรมและมีประสิทธิภาพตามพระราชบัญญัติว่าด้วย สัญญา ซึ่งรัฐเป็นคู่สัญญา (รัฐบัญญัติของข้อสัญญาของรัฐ) ได้มีการกำหนดกฎขึ้นมา ภายใต้การกระทำทางกฎหมายในฐานะเศรษฐกิจของเอกชน ภายใต้ระบบนั้น โดย กฎหมายพิเศษซึ่งอ้างถึงข้อสัญญาของรัฐที่ถูกใช้ให้เป็นความสำคัญลำดับแรก รวมถึง การงดเว้นการจัดซื้อจัดจ้างอีกด้วย โดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติของข้อสัญญาของรัฐ สุดท้ายนี้ ตามประมวลกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรนั้นมีความเชื่อมโยงกับข้อสัญญา เช่น หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักสุจริตและกฎหมายว่าด้วยการละเมิดที่มี

ความสำคัญไม่เพียงแต่เป็นหลักในเรื่องกฎหมายพิเศษหรือรัฐบัญญัติของข้อสัญญาของรัฐเท่านั้น

การจัดทำจัดซื้อจัดจ้างภายใต้กฎหมายของแต่ละรัฐนั้น มีความสำคัญต่อการบริหารจัดการงบประมาณในการจัดสรรสิ่งอำนวยความสะดวก โดยเน้นการเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดซื้อ เพื่อให้เกิดประสิทธิผลที่ดียิ่งขึ้นในการพัฒนาประเทศ เป็นการกำหนดขอบเขตการบริการจัดการงบประมาณของรัฐ เพื่อให้การดำเนินการนั้นเป็นไปอย่างยุติธรรมและเกิดประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายรางวัลให้กับผู้แจ้งเรื่องเกี่ยวกับการพบเห็นการทุจริต ไว้ใน มาตรา 23 (การจ่ายรางวัล) โดยกำหนดหลักเกณฑ์ ให้ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างจ่ายเงินรางวัลให้กับผู้ซึ่งรายงานหรือแจ้งในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2. ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของราชอาณาจักรสกอตแลนด์ ซึ่งราชอาณาจักรสกอตแลนด์ เป็นส่วนหนึ่งของสหราชอาณาจักรซึ่งประกอบไปด้วยประเทศอังกฤษ เวลส์ ไอร์แลนด์เหนือ และสกอตแลนด์ ซึ่งรัฐบาลของอังกฤษและเวลส์ ได้ถือปฏิบัติตามของ EU Public Sector Directives และ EU Utilities Directives ร่วมกัน ส่วนรัฐบาลสกอตแลนด์และไอร์แลนด์เหนือ ได้แยกตัวไปกำหนดหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของสหภาพยุโรปต่างหากเนื่องจากมีโครงสร้างทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ในอดีตกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินของราชอาณาจักรสกอตแลนด์หลายฉบับได้กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ ประธานคณะกรรมการบริการองค์กรของรัฐ หรือผู้ดำรงตำแหน่งสูงสุดในทางบริการที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เป็นผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในการวางแผนกำหนดนโยบายด้านการจัดซื้อจัดจ้างและการใช้เงินงบประมาณที่ได้รับจัดสรรจากรัฐสภา ผู้มีอำนาจดังกล่าวมีหน้าที่กำหนดแผนการปฏิบัติงานสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างในแต่ละรอบปี และดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามแผนงานที่วางไว้ เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างบรรลุตามวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ในการพัฒนาบุคลากร ของหน่วยงานให้มีความเชี่ยวชาญในด้านการจัดซื้อจัดจ้างและการทำสัญญาอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ภายหลังจากเมื่อรัฐบาลได้นำหลักเกณฑ์ใน EU

Public Sector Directives และ EU Utilities Directives มาปฏิรูปลักษณะที่ในกฎหมายและระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของที่มีอยู่เดิม จึงเกิดระเบียบที่บังคับใช้ในปัจจุบัน คือ ระเบียบว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2006 หรือ The Public Contracts (Scotland) Regulations 2006 โดยมีขอบเขตใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐทุกประเภท ได้แก่ กรมและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐบาลกลาง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น กระทรวงกลาโหม และหน่วยงานที่มีอำนาจในท้องถิ่น ที่จะต้องทำสัญญาซื้อเช่าหรือจ้างกับภาคเอกชน

กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐของประเทศไทย

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ถือเป็นกฎหมายหลักในปัจจุบัน ที่หน่วยงานของรัฐทุกแห่งตามพระบัญญัตินี้ต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภายใต้พระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยวิธีการซื้อจ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ระเบียบดังกล่าวมีเหตุผลให้มีระเบียบนี้ขึ้นมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐให้เหมาะสมสอดคล้องกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ

1. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดราคากลางของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ

เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องราคากลาง ไว้ในมาตรา 4 ทั้งนี้ ในบทบัญญัติในเรื่องราคากลางนั้น ส่วนราชการของรัฐที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศยังมีปัญหาในการหาที่มาของการกำหนดราคากลาง (ราคาอ้างอิง) ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ เนื่องจาก

สภาพแวดล้อม ประเพณี วัฒนธรรม ศาสนา ในแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกัน จึงไม่อาจสอดคล้องกับการกำหนดราคากลางของคณะกรรมการราคากลาง จึงทำให้การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่มีสำนักงานอยู่ต่างประเทศเกิดปัญหาและขาดประสิทธิภาพในการจัดซื้อจัดจ้าง อีกทั้งตาม มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้กรมบัญชีกลางมีหน้าที่จัดทำฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นข้อมูลประกอบการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้น และให้เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง ในการกำหนดราคาอ้างอิงของพัสดุต้องคำนึงถึงราคาตลาดของพัสดุนั้น และการกำหนดราคาอ้างอิงของพัสดุอย่างเดียวกัน จะไม่ใช่ราคาเดียวกันทั่วประเทศก็ได้ และกรมบัญชีกลางต้องปรับปรุงฐานข้อมูลอย่างน้อยปีละสองครั้ง

ในการนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการหาที่มาของราคากลางในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยราคาที่ได้มาจากการคำนวณตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการราคากลางกำหนด ราคาที่ได้มาจากฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่กรมบัญชีกลางจัดทำ และราคามาตรฐานที่สำนังบประมาณหรือหน่วยงานกลางอื่นกำหนด

จากการศึกษา พบว่า ในการจัดทำฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่ได้มาจากการคำนวณตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการราคากลางกำหนด ฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่กรมบัญชีกลางจัดทำ และราคามาตรฐานที่สำนังบประมาณหรือหน่วยงานกลางอื่นกำหนด มิได้มีฐานข้อมูลราคากลางของพัสดุของต่างประเทศไว้ มีเพียงฐานข้อมูลพัสดุในประเทศไทยเท่านั้น ส่งผลให้ส่วนราชการของไทยที่มีสำนักงานในต่างประเทศ มิสามารถอ้างอิงราคากลางจากฐานข้อมูลราคาอ้างอิงข้างต้นได้ ในทางปฏิบัติปัจจุบันในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่มีสำนักงานอยู่ในต่างประเทศ สามารถดำเนินการในการอ้างอิงเพื่อกำหนดราคากลางได้ 3 วิธี ดังนี้ (1) ราคาที่ได้มาจากการสืบราคาจากท้องตลาด (2) ราคาที่เคยซื้อหรือจ้างหลังสุดภายในระยะเวลา 2 ปีงบประมาณ และ (3) ราคาอื่นใดที่เป็นไปตามภาวะค่าครองชีพ หรือกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของแต่ละประเทศ

2. ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบและการป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ

ในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่มีสำนักงานอยู่ต่างประเทศนั้น ยากในการตรวจสอบรูปแบบและขั้นตอนต่าง ๆ ในการจัดซื้อจัดจ้างว่าการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทย เนื่องจากไม่มีประชาชนช่วยกันเป็นหูเป็นตา คอยตรวจสอบความผิดปกติในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ และพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการควบคุม ตรวจสอบ กรณีการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่กระทำในต่างประเทศ อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นรูปธรรม ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง ในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งหรือทั้งหมดได้ง่าย จึงอาจไม่สอดคล้องกับหลักความโปร่งใส ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวที่มีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วม ในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล

3. ปัญหาเรื่องความยืดหยุ่นในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กับส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ

ด้วยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ได้มีบทบัญญัติตามมาตรา 6 โดยกำหนดให้การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่กำหนดการในกฎกระทรวงเกิดความยืดหยุ่นและมีความคล่องตัวหากรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐนั้นประสงค์จะจัดให้มีระเบียบข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เองทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้กระทำได้ โดยต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามแนวทางของพระราชบัญญัติ เว้นแต่ในต่างประเทศที่หน่วยงานของรัฐหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐตั้งอยู่มีกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของต่างประเทศนั้นเป็นการเฉพาะหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ที่มีส่วนราชการในต่างประเทศ ได้ออกระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐในต่างประเทศใช้เองในแต่ละหน่วยงาน ซึ่งระเบียบที่หน่วยงานออกเอง โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หน่วยงานต่าง ๆ อาจออกระเบียบที่ต่างกันออกไปโดยที่ไม่เป็นในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้ เมื่อหน่วยงานตราระเบียบขึ้นใช้เองอาจมี

ข้อบกพร่องหรือช่องว่างทางกฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างได้ หรืออาจไม่ครอบคลุมหรือตกหล่นในบางเรื่อง หรือเมื่อหน่วยงานตราระเบียบขึ้นใช้เองอาจกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ตามมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งอาจขัดต่อหลักนิติธรรม หรือเป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างไม่เกิดประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าสูงสุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

สรุป

การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของหน่วยงานรัฐ มีความสำคัญต่อการดำเนินกิจกรรมหรือการดำเนินงานของรัฐเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจาก “พัสดุ” เป็นสิ่งที่หน่วยงานของรัฐไม่สามารถจัดทำขึ้นเองได้ จึงมีความจำเป็นต้องใช้เงินงบประมาณในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้ได้มีสิ่งสิ่งต่าง ๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นที่มาในการใช้งบประมาณแผ่นดินในการจัดซื้อจัดจ้าง หากส่วนราชการใดสามารถบริหารพัสดุและมีการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีประสิทธิภาพ จะช่วยให้ส่วนราชการนั้น ใช้งบประมาณแผ่นดินที่มาจากภาษีอากรของประชาชนอย่างคุ้มค่า ซึ่งในปัจจุบันพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มีกรอบการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐานเดียวกันโดยการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานกลาง เพื่อให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งนำไปใช้เป็นหลักปฏิบัติ โดยมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุด เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นมาตรการหนึ่ง เพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทั้งนี้ ในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐที่มีสำนักงานในต่างประเทศ เมื่อดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ยังพบปัญหาหลายประการ ส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐยังไม่เกิดความคุ้มค่า ไม่โปร่งใส ไม่เสมอภาค ไม่มีส่วนร่วมจากภาคเอกชนมาตรวจสอบ ไม่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ไม่เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล และขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ดังกล่าว จึงขอเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดราคากลางของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ

เห็นควรให้กรมบัญชีกลาง คณะกรรมการราคากลาง สำนักงานประมาณจัดทำฐานข้อมูล สถิติ ที่เกี่ยวข้องกับราคากลางของทุกประเทศทั่วโลก โดยมีการปรับปรุงฐานข้อมูลให้เป็นปัจจุบันทุก 2 ปีงบประมาณ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการในต่างประเทศสืบค้นในการใช้อ้างอิงแหล่งที่มาของราคากลาง เพื่อให้การสืบหาที่มาราคากลางของหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการในต่างประเทศเป็นไปในแนวทางแนวกั้น และคุ้มค่าต่อการใช้งบประมาณแผ่นดินให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

2. ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบและการป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ

2.1 ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการกลางเพื่อตรวจสอบและเสนอแนะ ซึ่งให้มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลในเฉพาะภารกิจการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยในต่างประเทศทั่วโลก โดยคณะกรรมการดังกล่าว มีอำนาจและหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กรณีการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ รวมถึงการให้คำแนะนำกรณีการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ ซึ่งจะทำการจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล

2.2 ขอความร่วมมือสถานทูตไทยในต่างประเทศ ธนรงค์และประชาสัมพันธ์ให้คนไทยในต่างประเทศหรือผู้ประกอบการไทยในต่างประเทศเข้ามามีส่วนร่วม ในการสังเกตการณ์ขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดของการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งจะสอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

2.3 เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและการป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเห็นควรให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายเงินรางวัลให้กับผู้ซึ่ง

รายงานหรือแจ้งในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือยื่นหลักฐานที่สนับสนุน โดยใช้งบประมาณที่จัดสรรในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้าง โดยผู้ใดที่ได้รับรายงานจะต้องเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลของผู้รายงาน เพื่อเป็นการกระตุ้นให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะสอดคล้องกับกฎหมาย Government Procurement ACT 2020 ของสาธารณรัฐเกาหลี

3. ปัญหาเรื่องความยืดหยุ่นในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กับส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ

3.1 แก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 โดยเห็นควรให้ยกเลิก บทบัญญัติมาตรา 6 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ ที่กำหนดให้ หน่วยงานของรัฐสามารถออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือ ข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เองได้

3.2 กระทรวงการคลัง ควรออกระเบียบกลางเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ เพื่อให้ส่วนราชการในต่างประเทศถือปฏิบัติ และควรจัดทำคู่มือเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่อยู่ในต่างประเทศ โดยมีตัวอย่างแบบฟอร์ม ขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างในแต่ละขั้นตอนอยู่ในคู่มือ เพื่อให้หน่วยงานที่มีส่วนราชการไทย ที่อยู่ในต่างประเทศถือปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีเอกภาพต่อไป และส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

หากมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ตามข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น จะส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการอยู่ในต่างประเทศ เกิดความคุ้มค่า โปร่งใส เสมอภาค มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ตรวจสอบได้ และสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ นิติธรรมยิ่งขึ้น ส่งผลให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันจะสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชน โดยเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป และก่อให้เกิดผลดีกับการใช้งบประมาณแผ่นดินให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติสูงสุด

องค์ความรู้ใหม่และการนำไปใช้

1. องค์ความรู้ใหม่ในบทความ

องค์ความรู้ใหม่ที่ได้รับจากบทความปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ยังพบปัญหาอยู่มากมายหลายประการ ได้แก่ ปัญหาการอ้างอิงแหล่งที่มาของราคากลาง ปัญหาการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ปัญหาในการที่หน่วยงานต่าง ๆ มีอำนาจในการออกระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใช้เองได้ สิ่งต่างๆ เหล่านี้อาจส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ไม่คุ้มค่า ไม่โปร่งใส ไม่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และไม่สามารถตรวจสอบได้ ประกอบกับบทความนี้ได้ นำกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของต่างประเทศในบางประเทศมาศึกษาด้วย ดังเช่น องค์ความรู้ใหม่ที่ได้รับจากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายรางวัลให้กับผู้แจ้งเรื่องเกี่ยวกับการพบเห็นการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง ไว้ในกฎหมาย Government Procurement ACT 2020 มาตรา 23 (การจ่ายรางวัล) โดยกำหนดหลักเกณฑ์ ให้ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้าง จ่ายเงินรางวัลให้กับผู้ซึ่งรายงานหรือแจ้งในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2. การนำความรู้จากบทความไปใช้ประโยชน์

บทความนี้ได้ศึกษาถึงองค์ความรู้ใหม่ที่ได้รับจากบทความปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของส่วนราชการไทยที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ จนมีข้อเสนอแนะต่างๆ จากบทสรุปข้างต้น เกี่ยวกับข้อพร่องของการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐที่มีสำนักงานในต่างประเทศ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งอาจยังปัญหาบางประการที่อาจส่งผลให้การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐยังไม่เกิดความคุ้มค่า ไม่มีส่วนร่วมจากภาคเอกชน มาตรวจสอบ ไม่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และไม่ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว จนได้มีข้อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขในบางมาตราของ

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยในบางปัญหาได้มีการนำกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของต่างประเทศในบางประเทศมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ซึ่งข้อเสนอแนะต่าง ๆ เหล่านี้ หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ อาจนำข้อเสนอแนะดังกล่าวไปปรับปรุงแก้ไขและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

เอกสารอ้างอิง

กลุ่มยุทธศาสตร์การงบประมาณ. (2553). ธรรมชาติ: การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี.

วารสารการงบประมาณ, 19(7), 56-60.

กิจบดี ก้องเบญจกุล. (2553). *หลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 7). สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ไพบูลย์ ชูวัฒนกิจ. *ทฤษฎีและหลักพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายมหาชน*.

https://elcpg.ssru.ac.th/paiboon_ch/pluginfile.php/54/

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2552). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 1).

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2562). *ข้อความคิดและหลักกฎหมายบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). สำนักพิมพ์วิญญูชน.

Joseph Rowntree Foundation. (2005). *The Independent Commission on Good Governance in Public Services*. <https://www.jrf.org.uk/good-governance-standard-for-public-services>

KLPL. (2020). *Government Procurement act 2020*. https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=54781&lang=ENG

Legislation. (2006). *The Public Contracts (Scotland) Regulations 2006*. <https://www.legislation.gov.uk/ssi/2006/1/contents>

- OECD iLibrary. (2016). *The Korean Public Procurement Service: Innovating for Effectiveness Central purchasing in Korea: The Public Procurement Service*. https://read.oecd-ilibrary.org/governance/the-korean-public-procurement-service/central-purchasing-in-korea-the-public-procurement-service_9789264249431-4-en#page1
- PPOM. (2007). *The Public Procurement Act 2007*. [https://ppmo.gov.np/image/data/files/acts_and_regulations/public procurement act 2063.pdf](https://ppmo.gov.np/image/data/files/acts_and_regulations/public_procurement_act_2063.pdf)

การเสนอบทความเพื่อตีพิมพ์ ในวารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์

หลักเกณฑ์การเสนอบทความเพื่อตีพิมพ์

วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ เผยแพร่ผลงานทางวิชาการในรูปแบบบทความทางวิชาการ บทความวิจัย บทความทั่วไป บทความปริทัศน์ บทความหนังสือ และบทความพิเศษ โดยบทความต้องไม่เคยถูกนำไปตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารอื่น ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาลงวารสาร และต้องได้รับการตรวจสอบทางวิชาการ (Peer Review) เพื่อให้บทความทุกชิ้นมีคุณภาพในระดับมาตรฐานสากลและนำไปอ้างอิงได้

การจัดเตรียมต้นฉบับเพื่อเสนอบทความ

1. ต้นฉบับจะต้องพิมพ์ตามรูปแบบและขนาดตัวอักษรตามหลักเกณฑ์วารสารฯ
2. บทความต้องเป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษ มีความยาว 10-15 หน้า
3. ต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับ ชื่อสกุล หน่วยงานที่สังกัด หมายเลขติดต่อ และอีเมลล์ของผู้ประพันธ์อย่างชัดเจน
4. การส่งต้นฉบับผู้เขียนสามารถลงทะเบียนเพื่อใช้งานระบบ Thaijo และส่งบทความผ่านระบบออนไลน์ได้ที่ https://so02.tci-thaijo.org/index.php/Lawpol_Journal และแนบไฟล์เอกสาร Microsoft Word ในระบบ หากมีข้อสงสัยกรุณาติดต่อกองบรรณาธิการ วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ บทความที่ส่งเข้ามากองบรรณาธิการจะนำเสนอผู้ทรงคุณวุฒิในการพิจารณาบทความตามสาขาวิชาที่เกี่ยวข้องเพื่อประเมินคุณภาพและความเหมาะสมก่อนการตอบรับตีพิมพ์
5. เมื่อบทความได้รับการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว ในกรณีที่ผลการประเมินระบุให้ต้องปรับปรุงแก้ไข ผู้ประพันธ์จะต้องดำเนินการแก้ไขตามที่ผู้ทรงคุณวุฒิกำหนดให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด
6. ภาษา ต้องเป็นภาษาไทยหรืออังกฤษ
7. ต้นฉบับ ต้องพิมพ์หน้าเดียวด้วยโปรแกรม Microsoft Word ขนาด A 4 ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 ระยะห่าง 1 ซม. ตั้งค่านำกระดาษ

ด้วยระยะห่างจากขอบกระดาษ ด้านบนและซ้ายมือ 1.5 นิ้ว หรือ 3.81 ซม. ด้านล่าง และขวามือ 1 นิ้ว หรือ 2.54 ซม. ใส่หมายเลขหน้ากำกับมุมบนขวาของทุกหน้า (ยกเว้น หน้าแรก)

8. จำนวนหน้า บทความมีความยาว 10-15 หน้า กระดาษขนาด A 4

9. ขนาด รูปแบบ ชนิดตัวอักษร ส่วนประกอบของบทความ ต้องจัดทำตาม รายละเอียด รูปแบบการจัดทำบทความวิจัย รูปแบบการจัดทำบทความวิชาการ และ รูปแบบการเขียนอ้างอิง (ในเนื้อหาและท้ายบทความ) ที่วารสารฯ กำหนด

10. ความคิดเห็นในบทความและงานเขียน ซึ่งตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้ เป็นความคิดเห็นส่วนบุคคลของผู้ประพันธ์โดยอิสระ กองบรรณาธิการ วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป หากท่านประสงค์จะนำบทความหรืองานเขียนเล่มนี้ไปตีพิมพ์เผยแพร่ จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ประพันธ์ตามกฎหมายว่าด้วย ลิขสิทธิ์

11. ความคิดเห็นในบทความและงานเขียน ซึ่งตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้ เป็นความคิดเห็นส่วนบุคคลของผู้ประพันธ์โดยอิสระ กองบรรณาธิการ วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป หากท่านประสงค์จะนำบทความหรืองานเขียนเล่มนี้ไปตีพิมพ์เผยแพร่ จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ประพันธ์ตามกฎหมายว่าด้วย ลิขสิทธิ์

จริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ

วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์ ให้ความสำคัญกับการรักษามาตรฐานด้านจริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ และมีความมุ่งหวังให้ผู้ที่เกี่ยวข้องการกับดำเนินงานด้านวารสาร ซึ่งประกอบด้วย ผู้ประพันธ์ บรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความ ปฏิบัติตามหลักการและมาตรฐานด้านจริยธรรมที่วารสารได้กำหนดไว้ ดังนี้

จริยธรรมของบรรณาธิการ

1. บรรณาธิการมีหน้าที่บริหารจัดการและดำเนินการจัดทำวารสารฯ ตามวัตถุประสงค์ของวารสารฯ
2. บรรณาธิการมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของเนื้อหา ตรวจสอบคุณภาพบทความ รับรองคุณภาพบทความที่ได้รับการตีพิมพ์และป้องกันบทความที่มีความซ้ำซ้อน (Plagiarism) กับวารสารฉบับอื่น
3. บรรณาธิการมีหน้าที่รักษาความลับที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลของผู้มีส่วนได้เสียของวารสารฯ ทั้งที่เป็นผู้ประพันธ์และผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความ
4. บรรณาธิการต้องให้เสรีภาพแก่ผู้ประพันธ์บทความในการแสดงความคิดเห็นตามหลักวิชาการ และคงไว้ซึ่งความถูกต้องของผล งานทางวิชาการ รวมทั้งต้องให้เสรีภาพแก่ผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความในการประเมิน วิชาการ และให้ข้อเสนอแนะแก่ผู้ประพันธ์เพื่อให้เกิดความถูกต้องและความสมบูรณ์ของบทความ
5. บรรณาธิการต้องทำการชี้แจง แก่ไข ถอนบทความ และขอภัยด้วยความเต็มใจ กรณีเกิดข้อผิดพลาดในการจัดทำวารสารฯ

จริยธรรมของผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความ

1. ผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความต้องเป็นผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญทางวิชาการตามศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับบทความที่ได้ทำการประเมิน

2. ผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความต้องประเมินบทความ โดยปราศจากอคติหรือเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้ประพันธ์บทความ

3. ผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความต้องตรงต่อเวลาและรักษาความลับเกี่ยวกับบทความ ตลอดช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ

จริยธรรมของผู้ประพันธ์บทความ

1. ผู้ประพันธ์บทความที่ปรากฏชื่อในบทความ ต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในผลงานวิชาการจริง

2. ผู้ประพันธ์บทความต้องเขียนบทความให้ถูกต้องตามรูปแบบที่ได้กำหนดไว้ในวารสารฯ

3. ผู้ประพันธ์บทความต้องคิดวิเคราะห์ ค้นคว้า เรียบเรียง และอ้างอิงข้อมูลโดยผู้ประพันธ์เอง ไม่บิดเบือนข้อมูลหรือข้อเท็จจริงในบทความ และรับผิดชอบต่อความคิดเห็นหรือข้อสรุปในบทความที่นำมาตีพิมพ์

4. ผู้ประพันธ์บทความต้องไม่คัดลอกผลงานของผู้อื่น ไม่นำผลงานของผู้อื่นมาเป็นของตนเอง โดยรับรองว่าบทความที่ส่งมาตีพิมพ์ในวารสารฯ นั้น เป็นบทความที่ไม่เคยตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในแหล่งใดมาก่อน

5. บทความที่ส่งเข้ารับการพิจารณาตีพิมพ์ ต้องผ่านการตรวจการพิมพ์ซ้ำด้วยระบบอักษรวิสุทธิ์ โดยมีเกณฑ์การตรวจสอบไม่เกินร้อยละ 20

6. บทความที่ส่งเข้ารับการพิจารณาตีพิมพ์ ต้องอ้างอิงผลงานวิชาการของผู้อื่นให้ครบถ้วน และต้องระบุไว้ในเอกสารอ้างอิงตามหลักเกณฑ์ หากมีการนำข้อความมาใช้ในบทความของตนเอง

7. ผู้ประพันธ์บทความต้องรับรองว่า บทความที่ส่งเข้ารับการพิจารณาตีพิมพ์มีความถูกต้องของเนื้อหา การรายงานข้อมูล และในกรณีบทความวิจัย ผลการวิจัยที่ปรากฏในบทความต้องมาจากการทำวิจัยจริง

8. หากเป็นบทความวิจัยที่ได้รับทุนการสนับสนุน ผู้ประพันธ์บทความต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนการทำงานวิจัย หรือต้องระบุผลประโยชน์ทับซ้อนอย่างชัดเจน (ถ้ามี)



สำนักงาน

กองบรรณาธิการ วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์
คณะนิติรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏวไลยอลงกรณ์
113 หมู่ 12 ตำบลเกาะแก้ว อำเภอเสลภูมิ จังหวัดร้อยเอ็ด 45120
โทร. 0 4355 6036 โทรสาร 0 4355 6037
E-Mail: law_poljournal@reru.ac.th
บรรณาธิการ: ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เบญจวรรณ บุญโทแสง โทร. +668 3141 4811
เจ้าหน้าที่ประจำวารสาร: นางสาววาสนา เลิศมะเลา โทร. +669 2481 7805



วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์

Journal of Social Science, Law and Politics

