

วารสารกฎหมาย นิติพัฒน์ นิด้า

NITIPAT NIDA LAW JOURNAL

ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2569

ISSN 2822-0609 (Online)

บทความ

อิทธิพลของบริบททางสังคมและกฎหมายต่อการสร้างครอบครัว
ในสังคมไทย : ศึกษาเปรียบเทียบครอบครัวของคนไทยพุทธและ
คนไทยมุสลิม

ภคพล เส้นขาว, จัตุรชัย เอมราช

กระบวนการหาตัวผู้หมั้นประมาณทางออนไลน์โดยนิรนามภายใต้
กฎหมายไทย: ข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมาย

ชีวัน มัลลิกะมาสย์

กฎหมายอย่างอ่อน: ในบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคง
และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

กิริวัฒน์ ประทุมทอง

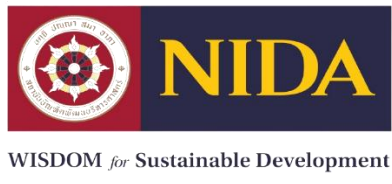
Legal Frameworks for Green Hydrogen Subsidies :
Comparative Lessons for Thailand's Energy Transition

Chirat Keawchaum, Supanee Keawchaum

โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนากฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้า
ทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทยให้สอดคล้องกับ
หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง

เกียรติพร อำไพ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2569
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



NITIPAT NIDA Law Journal
Volume 15 No. 1 January - June 2026
Graduate School of Law
National Institute of Development Administration

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า
ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2569

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อัญธิกา ณ พิบูลย์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองบรรณาธิการ

ประภัตรา ปักกัตตั้ง

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.วรารณ วนาพิทักษ์

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาหลวง

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธนัทเทพ เจริญประสิทธิ์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีทัต ขวี่จินดา

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

อาจารย์ ดร.ณานธิ์ สันตะพันธุ์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้อำนวยการโครงการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธนัทเทพ เจริญประสิทธิ์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองจัดการ

รองศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้ประสานงานวารสาร

เชมจิรา คณนาธรรม

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

NITIPAT NIDA Law Journal (Peer-reviewed Journal)

Volume 15 No. 1 January - June 2026

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า (NITIPAT NIDA Law Journal) จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นวารสารที่ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ คือ ฉบับที่ 1: มกราคม - มิถุนายน และฉบับที่ 2: กรกฎาคม - ธันวาคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยากฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

ประเภทของของผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ คือ บทความวิชาการ บทความวิจัย ปกิณกะกฎหมาย และแนะนำหนังสือ โดยบทความวิชาการและบทความวิจัย จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ซึ่งบทความต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน การเผยแพร่วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า เผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์ ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่เว็บไซต์ของ Thai Journal Online (ThaiJo) และเว็บไซต์ของคณะนิติศาสตร์ ทาง <https://law.nida.ac.th/en/nitipat-nida-law-journal/>

เจ้าของ:	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
สถานที่ติดต่อ:	อาคารบุญชนะ อตถาการ ชั้น 5 เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
โทรศัพท์:	0 2727 3662 โทรสาร: 0 2374 4731
E-mail:	nitipat_lawjournal@nida.ac.th

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคมถึงมิถุนายน ปี 2569 ได้รวบรวมบทความวิจัยและบทความวิชาการทางกฎหมายในหลากหลายสาขาจำนวน 5 บทความ ดังต่อไปนี้

บทความแรก ชื่อว่า “อิทธิพลของบริบททางสังคมและกฎหมายต่อการสร้างครอบครัวในสังคมไทย: ศึกษาเปรียบเทียบครอบครัวของคนไทยพุทธและคนไทยมุสลิม” โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภคพล เส้นขาว และ ดร.ฉัตรชัย เอมราช อาจารย์คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง บทความนี้เป็นบทความวิจัย ผู้เขียนมุ่งศึกษารูปแบบการสร้างครอบครัวของคนไทยพุทธและคนไทยมุสลิมภายใต้บริบททางสังคม ศาสนา และกฎหมายของประเทศไทย โดยใช้วิธีการสัมภาษณ์เชิงลึกกรณีศึกษาครอบครัวทั้งสองกลุ่ม ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า ศาสนาและกฎหมายมีอิทธิพลต่อการเลือกคู่ครอง การสมรส และความสัมพันธ์ภายในครอบครัว โดยครอบครัวไทยพุทธมีลักษณะยึดหยุ่นและเน้นหลักจริยธรรมในการครองคู่ ขณะที่ครอบครัวไทยมุสลิมได้รับอิทธิพลจากหลักศาสนาอิสลามและกฎหมายอิสลามที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสไว้อย่างชัดเจน บทความนี้จึงชี้ให้เห็นถึงความหลากหลายของรูปแบบครอบครัวในสังคมไทย และเสนอให้สังคม ภาครัฐ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำความเข้าใจความแตกต่างดังกล่าว เพื่อส่งเสริมความเป็นธรรม การอยู่ร่วมกันในสังคม พหุวัฒนธรรม และการพัฒนาการศึกษาหรือการวิจัยด้านกฎหมายครอบครัวต่อไป

บทความที่สอง ชื่อว่า “กระบวนการหาตัวผู้หมั้นประมาททางออนไลน์โดยนิรนามภายใต้กฎหมายไทย: ข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมาย” โดยอาจารย์ ดร.ชีวิน มัลลิกะมาลย์ อาจารย์ประจำภาควิชา นิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ บทความนี้เป็นบทความวิจัย ผู้เขียนนำเสนอประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงของผู้เสียหายจากการถูกหมั้นประมาททางออนไลน์โดยนิรนาม ซึ่งผู้เสียหายไม่สามารถทราบตัวบุคคลผู้กระทำความผิดได้โดยง่าย ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า แม้กฎหมายไทยจะมีกระบวนการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่เรียกข้อมูลจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการระบุตัวผู้กระทำความผิดได้ แต่กระบวนการดังกล่าวยังมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติ เช่น ความไม่ชัดเจนของอำนาจในการขอข้อมูล ความร่วมมือของผู้ให้บริการ ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถร้องขอต่อศาลได้โดยตรง เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเปิดเผยข้อมูลของผู้หมั้นประมาทโดยนิรนาม ทั้งนี้ ศาลควรทำหน้าที่ชี้แจงน้ำหนักระหว่างสิทธิในชื่อเสียงของผู้เสียหายกับเสรีภาพในการสื่อสารและสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต เพื่อให้กระบวนการหาตัวผู้กระทำความผิดมีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนในสังคมดิจิทัล

บทความที่สาม ชื่อว่า “กฎหมายอย่างอ่อน: ในบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ” โดยอาจารย์ถิรวัฒน์ ประทุมทอง อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่ บทความนี้เป็นบทความวิชาการ ผู้เขียนนำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอย่างอ่อน หรือ Soft Law ในฐานะเป็นเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะยืดหยุ่นและไม่มีผลผูกพันอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกับกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ หรือ Hard Law ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า กฎหมายอย่างอ่อนมีบทบาทสำคัญในการจัดการประเด็นด้านความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ โดยเฉพาะในบริบทที่รัฐต้องรักษาหลักการไม่แทรกแซงและการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ขณะเดียวกันก็ต้องเผชิญกับปัญหาระหว่างประเทศที่มีความซับซ้อน เช่น สิ่งแวดล้อม การต่อต้านการก่อการร้าย และการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรม บทความนี้จึงชี้ให้เห็นว่า กฎหมายอย่างอ่อนสามารถเป็นเครื่องมือในการสร้างแนวปฏิบัติ ความร่วมมือ และ

มาตรฐานระหว่างรัฐได้อย่างเหมาะสม โดยมีข้อเสนอแนะว่า รัฐควรพิจารณานำกฎหมายอย่างอ่อนมาใช้เป็นกลไกเสริมในการดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะมีความยืดหยุ่น จัดทำได้ไม่ซับซ้อน และช่วยส่งเสริมความร่วมมือทางการทูตภายใต้การเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐ

บทความที่สี่ ชื่อว่า “Legal Frameworks for Green Hydrogen Subsidies: Comparative Lessons for Thailand’s Energy Transition” โดยอาจารย์ ดร.จิรัตน์ แก้วขุ่ม และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพรรณิ แก้วขุ่ม อาจารย์ประจำวิทยาลัยนวัตกรรมการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา บทความนี้เป็นบทความวิจัย ผู้เขียนนำเสนอประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการออกแบบกฎหมายในการสนับสนุนการใช้ไฮโดรเจนสีเขียวของประเทศไทย เพื่อรองรับการเปลี่ยนผ่านด้านพลังงานและเป้าหมายการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า มาตรการส่งเสริมการลงทุนของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่มุ่งเน้นสิทธิประโยชน์ด้านการลงทุนและภาษี ยังไม่เพียงพอต่อการแก้ปัญหาต้นทุนของไฮโดรเจนสีเขียว เนื่องจากปัญหาหลักเกิดจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน ไม่ใช่เพียงค่าใช้จ่ายในการลงทุนเริ่มต้น ผู้เขียนจึงศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบการอุดหนุนของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เยอรมนี และญี่ปุ่น เพื่อนำมาพัฒนาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยเสนอให้ไทยจัดทำกรอบกฎหมายและการเงินเฉพาะสำหรับไฮโดรเจนสีเขียว ประกอบด้วยการใช้สัญญาซื้อขายส่วนต่างแบบสองทาง กลไกพันธบัตร GX Bond ที่เชื่อมโยงกับภาษีคาร์บอนในอนาคต และการประมวลแบบหลายหลักเกณฑ์ เพื่อคัดเลือกโครงการที่มีความพร้อม ทั้งนี้ บทความชี้ให้เห็นว่า ประเทศไทยควรปรับบทบาทของรัฐจากการเป็นเพียงผู้ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี ไปสู่การเป็นหุ้นส่วนเชิงรุกในการสร้างตลาดไฮโดรเจนสีเขียวที่สามารถเข้าถึงแหล่งทุนและขับเคลื่อนการเปลี่ยนผ่านพลังงานได้อย่างเป็นรูปธรรม

บทความสุดท้าย ชื่อว่า “โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนากฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วยการขนส่งทางราง” โดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ บทความนี้เป็นบทความวิจัย ผู้เขียนนำเสนอประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและรองรับการเชื่อมโยงระบบขนส่งทางรางในภูมิภาคอาเซียน ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า ประเทศไทยยังขาดกฎหมายเฉพาะด้านการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ขณะที่อาเซียนยังไม่มีกรอบกฎหมายร่วมที่มีผลผูกพันโดยตรง ส่งผลให้เกิดข้อจำกัดด้านความรับผิดชอบของผู้รับขนส่ง เอกสารการขนส่ง การระงับข้อพิพาท และการจำกัดความรับผิดชอบ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้ประเทศไทยพัฒนากฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้าทางรางเป็นการเฉพาะ ส่งเสริมความร่วมมือกับประเทศอาเซียนในการจัดทำข้อตกลงระดับภูมิภาค และพิจารณาเข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การความร่วมมือระหว่างทางรถไฟเพื่อเตรียมความพร้อมต่อการเชื่อมต่อบริษัทขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศในอนาคต

กองบรรณาธิการกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ยังคงมุ่งมั่นในการดำเนินภารกิจสำคัญของคณะนิติศาสตร์ในการเผยแพร่องค์ความรู้ทางวิชาการและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้องค์ความรู้ด้านกฎหมายเพื่อพัฒนาสังคม รวมทั้งพัฒนาคุณภาพงานวารสารกฎหมายไทย กองบรรณาธิการวารสารขอขอบคุณทุกท่านที่ให้การสนับสนุนการทำงานของวารสารและหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านจะติดตามและให้การสนับสนุนวารสารในฉบับต่อไป

บรรณาธิการวารสาร

สารบัญ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2569

บทความ	หน้า
● อิทธิพลของบริบททางสังคมและกฎหมายต่อการสร้างครอบครัวในสังคมไทย : ศึกษาเปรียบเทียบครอบครัวของคนไทยพุทธและคนไทยมุสลิม <i>Influences of Social and Legal Context on Family Formation in Thai Society: A Comparative Study on Thai-Buddhist and Thai-Muslim Family</i> <i>ภาคพล เส้นขาว, ฉัตรชัย เอ็มราช</i>	1
● กระบวนการหาตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนามภายใต้กฎหมายไทย: ข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมาย <i>The Procedure for Identifying Anonymous Online Defamers under Thai Law : A Proposal for Legal Amendment</i> <i>ชีวิน มัลลิกะมาลย์</i>	23
● กฎหมายอย่างอ่อน: ในบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ <i>Soft Law: In the Context of Interstate Security and Sovereignty Management Instruments</i> <i>ธีรวัฒน์ ประทุมทอง</i>	48
● Legal Frameworks for Green Hydrogen Subsidies: Comparative Lessons for Thailand's Energy Transition <i>กรอบกฎหมายสำหรับการอุดหนุนไฮโดรเจนสีเขียว: บทเรียนเชิงเปรียบเทียบเพื่อการเปลี่ยนผ่านด้านพลังงานของประเทศไทย</i> <i>Chirat Keawchaum, Supanee Keawchaum</i>	59
● โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนากฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง <i>Opportunities and Limitations in Developing Thailand's International Rail Freight Transport Law to Align with International Railway Law</i> <i>เกียรติพร อำไพ</i>	81
คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 15	112
ประกาศจริยธรรมวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 15	117

อิทธิพลของบริบททางสังคมและกฎหมายต่อการสร้างครอบครัวในสังคมไทย:
ศึกษาเปรียบเทียบครอบครัวของคนไทยพุทธและคนไทยมุสลิม
Influences of Social and Legal Context on Family Formation in Thai Society:
A Comparative Study on Thai-Buddhist and Thai-Muslim Family

ภาคพล เส้นขาว*

คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Pakapon Senkhaw

Faculty of Humanities, Ramkhamhaeng University

ฉัตรชัย เอ็มราช**

คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Chatchai Emraja

Faculty of Humanities, Ramkhamhaeng University

วันที่รับบทความ 16 พฤษภาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ 8 ตุลาคม 2568 ; วันที่ตอบรับบทความ 26 มกราคม 2569

บทคัดย่อ

บทความวิจัยเรื่อง “อิทธิพลของบริบททางสังคมและกฎหมายต่อการสร้างครอบครัวในสังคมไทย: ศึกษาเปรียบเทียบครอบครัวของคนไทยพุทธและคนไทยมุสลิม” มุ่งศึกษาการสร้างครอบครัวตามหลักการของศาสนาอิสลามเปรียบเทียบกับการสร้างครอบครัวในความหมายทั่วไปภายใต้บริบททางสังคมและกฎหมายของประเทศไทย โดยศึกษาการสร้างครอบครัวจากวิธีการสัมภาษณ์เชิงลึกกรณีศึกษา 2 ครอบครัวเปรียบเทียบกันระหว่างครอบครัวคนไทยพุทธและครอบครัวคนไทยมุสลิมที่มีความเคร่งครัดในหลักศาสนาอิสลาม ซึ่งทั้ง 2 ครอบครัวมีลูกอยู่ในวัยทำงาน ผลการวิจัยพบว่ามี ความแตกต่างในระหว่างการสร้างครอบครัวของกลุ่มคนที่นับถือศาสนาพุทธและศาสนาอิสลามในประเทศไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตลอดจนปรัชญาของศาสนาพุทธให้อิสระและความเสมอภาคแก่คู่สมรสในการเลือกคู่ครอง ที่แม้จะปรากฏหลักธรรมในการครองเรือนแต่ก็เป็นเพียงหลักสำหรับการครองชีวิตคู่ให้ยาวนาน ในขณะที่กฎหมายอิสลามกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ที่มีเพศสัมพันธ์นอกสมรสจะต้องรับโทษอาญาในกฎหมายชารีอะห์ และหากไม่ได้รับโทษในโลกนี้ก็ต้องไปรับโทษในวันพิพากษา โดยปรากฏอย่างชัดเจนในคัมภีร์อัลกุรอานถึงกฎเกณฑ์และแนวทางในการสมรส และการเลือกคู่ครองที่มีสภาพบังคับเคร่งครัดซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการก่อตั้งครอบครัวในกลุ่มประชากรที่นับถือศาสนาอิสลาม

คำสำคัญ: การสร้างครอบครัว, กฎหมายครอบครัว, ศาสนาพุทธ, ศาสนาอิสลาม

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ที่อยู่: คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เลขที่ 282 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail: pakapon.s@ru.ac.th

** อาจารย์พิเศษ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ที่อยู่: คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เลขที่ 282 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail: emrajalawhouse@gmail.com

Abstract

The research article titled “Influences of social and legal context on family formation in Thai society: A comparative study on Thai-Buddhist and Thai-Muslim family” examines the family formation process according to Islamic principles, compared to the family formation process in Thai society. The research method involves in-depth interviewed with members of two selected families for comparison between Thai Buddhist and the devout Muslim family. Both families have children who are in the working age. The research results indicate differences in family formation between Buddhist and Muslim groups, based on case studies employed in this study. In Thailand since the Civil and Commercial Code and the philosophy of Buddhism provide freedom and equality for choosing spouses even though there is the principle for maintaining a family, it is only a principle for maintaining a long-lasting married life, whereas Islamic law clearly defines the penalties. According to Sharia law, engaging in sexual relations outside of marriage constitutes a criminal offense that carries specific legal punishments. Furthermore, if the offender does not receive punishment in this world, it is believed that they will be held accountable and punished on the day of judgment. The Quran also provides the strict rules and guidelines for marriage and spouse selection that directly affect the formation of family among the Muslim population.

Keywords: Family Formation, Family Law, Buddhist, Islam

1. บทนำ

ในปัจจุบันสังคมไทยได้ก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุอย่างสมบูรณ์อย่างเต็มรูปแบบซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561¹ การแต่งงานและการให้กำเนิดบุตรซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความหมายของครอบครัวจึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจ และอาจส่งอิทธิพลต่อรูปแบบสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทยในอนาคต โดยพื้นฐานแล้วสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่มีความเก่าแก่มากที่สุด เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคมไม่สามารถอยู่ได้ด้วยตัวคนเดียวได้ อันเนื่องมาจากมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่ต้องพึ่งพาอาศัยกันในกลุ่มเพื่อการอยู่รอดของสมาชิกใหม่ในสังคม รูปแบบการสร้างครอบครัวมีหลากหลายรูปแบบแตกต่างกันระหว่างสังคมเมืองกับสังคมชนบท โดยในสังคมเมืองที่มีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมรูปแบบอาชีพเป็นกลุ่มอุตสาหกรรม บริการ และการท่องเที่ยวจะนิยมการสร้างครอบครัวเป็นครอบครัวเดี่ยว² ที่ประกอบด้วยสมาชิกครอบครัวเพียง 2 รุ่น คือ พ่อแม่และลูก ส่วนในสังคมชนบทที่ต้องการแรงงานจำนวนมากช่วยงานในครอบครัวมักจะนิยมการอยู่รวมกันเป็นครอบครัวขยาย ที่ประกอบด้วยคนหลายรุ่นอาศัยอยู่ร่วมกัน นอกจากนั้นครอบครัวในสังคมวัฒนธรรมยังประกอบไปด้วยประเภทของครอบครัวอีกหลากหลายประเภท ทั้งครอบครัวเอกภรรยาเอกสามีที่มีคู่สมรสเพียงคนเดียว อันเป็นรูปแบบการสร้างครอบครัวแบบสากลที่ได้รับอิทธิพลมาจากการมีคู่สมรสเพียงคนเดียวตามแนวคิดของศาสนาคริสต์ของชาติตะวันตก³ โดยกระแสของแนวคิดตะวันตกนี้ได้แผ่ขยายไปทั่วโลกอันเนื่องมาจากผลจากยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมและขยายอาณานิคมไปทั่วโลก แม้แต่ในสังคมไทยการมีคู่สมรสเพียงคนเดียวก็ไม่เคยเป็นบรรทัดฐานทางสังคมมาก่อน โดยอาจกล่าวได้ว่าในหมู่ชนชั้นสูงของไทยกลุ่มเจ้านายและขุนนางในอดีตเป็นสังคมพหุภรรยามาก่อน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นรูปแบบครอบครัวที่มีคู่สมรสหรือภรรยาหลายคน ทั้งนี้สามารถอ้างอิงได้จากกฎพระอัยการว่าด้วยตำแหน่งของภรรยาที่กล่าวว่าตำแหน่งภรรยาประกอบไปด้วยภรรยาพระราชทาน สำหรับผู้ที่ประกอบคุณงามความดีรับใช้ใกล้ชิดพระมหากษัตริย์ก็อาจจะได้รับพระราชทานสตรีในวังไปเป็นภรรยา ภรรยาหลวง คือ ภรรยาที่มีเกียรติยศสูงสุดอันบิดามารดาเป็นผู้ไปสวามิภักดิ์ทำการสมรส ภรรยาน้อย คือ ภรรยาที่สามีพึงพอใจไปสวามิภักดิ์ด้วยตนเอง ภรรยาทาสคือ หญิงที่เป็นทาสของตนแล้วตนพึงพอใจการมีคู่สมรสจำนวนมากเป็นการบ่งบอกถึงสถานภาพทางสังคมของชายผู้เป็นสามี ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสังคมพหุภรรยาเป็นบรรทัดฐานทางสังคมของไทยแต่ดั้งเดิมก่อนเกิดการเปลี่ยนแปลงไปภายหลัง จากที่ผู้นำและชนชั้นสูงในสังคมไทยไปศึกษาต่างประเทศในโลกตะวันตก แนวความคิดเรื่องครอบครัวจึงเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปในหมู่ชนชั้นนำในสังคมไทยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 6 เป็นตัวอย่างถึงความริเริ่มในการปฏิรูปการเกิดสถาบันครอบครัวในสังคมไทย โดยพระองค์ทรงราชาภิเษกสมรสกับฝ่ายใน ซึ่งในอดีตการดำรงตำแหน่งของฝ่ายในได้จากการสถาปนาของพระมหากษัตริย์ การราชาภิเษกสมรส เปรียบเสมือนการให้สถานภาพของฝ่ายในต่อการมีคู่ครองสมรสเพียงคู่เดียวเพื่อให้เป็นแบบอย่างของข้าราชการ และประชาชน จนค่านิยมการสร้างครอบครัวคู่เดียวเมียเดียวกลายเป็นค่านิยมที่สำคัญในสังคมไทย⁴

¹ กริช เกียรติญาณ และ ธนัสภา โจนตระกูล, 'การเตรียมความพร้อมเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ กรณีศึกษาตำบลวัดไทรย์' (2564)

2 Journal of Modern Learning Development 53.

² กรณิการ์ มีสวัสดิ์, 'การให้การศึกษาคู่สมรสในครอบครัวเดี่ยว' (2562) 4(2) วารสารพุทธจิตวิทยา 36, 41.

³ อังคณา สุทธิเวช, 'น้ำตาในความงดงามแห่งยุคศรีเงินซี อำนาจของเพศชายที่ปรากฏในนวนิยาย' (2565) 1วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา 124, 128.

⁴ ธวัชชัย ภูหลวง และ พันธรัตน์ ศรีสุวรรณ, 'ความสัมพันธ์ระหว่างผัวเมีย: กรณีศึกษาจากกฎหมายตราสามดวง ในพระไอยการลักษณะผัวเมีย' (2560) 2 วารสารวิชาการมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 1, 3.

ในระบบกฎหมายไทยนั้น การสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียวถูกนำมาบัญญัติเพื่อบังคับใช้เป็นการทั่วไป ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อหลักความเสมอภาคเป็นหนึ่งในหลัก 6 ประการของคณะราษฎร การที่ระบบผัวเดียวหลายเมียตามพระอัยการลักษณะผัวเมียในกฎหมายตราสามดวง อนุญาตให้ชายไทยสามารถมีภริยาตามกฎหมายได้คราวละหลายคน แต่หญิงไทยกลับสามารถมีสามีตามกฎหมายได้เพียงคนเดียว จึงไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวนำไปสู่การยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ขึ้นโดยยกเลิกระบบผัวเดียวหลายเมียและอนุญาตให้ชายและหญิงต่างสามารถมีคู่สมรสตามกฎหมายได้คราวละเพียง 1 คนเท่านั้น⁵

สังคมไทยเป็นสังคมพหุวัฒนธรรม ถึงแม้ว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันจะอนุญาตให้สมรสกับคู่สมรสเพียงคนเดียว แต่ในกลุ่มผู้นับถือศาสนาอิสลามมีความแตกต่างกับกฎหมายทั้งในด้านหลักการและการปฏิบัติ สืบเนื่องมาจากศาสนาอิสลามคัมภีร์อัลกุรอานและคำสอนของศาสดาไม่ใช่สิ่งที่ควรทำแต่เป็นสิ่งที่ต้องทำ จากฐานระบบความคิดของศาสนาอิสลามที่เชื่อว่าพระเจ้า (อัลลอฮ์) เป็นผู้สร้างโลกและสรรพสิ่งทั้งหมด ฉะนั้น กฎเกณฑ์และวัตรปฏิบัติทั้งหมดจากผู้สร้างถือว่าเป็นที่สุดเหนือกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวง คัมภีร์อัลกุรอานเป็นเสมือนธรรมนูญสูงสุดในการดำเนินชีวิต ถึงแม้ว่ากฎหมายไทยจะอนุญาตการสมรสเพียงคนเดียวแต่ในทางปฏิบัติแล้วผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยสามารถเลือกที่จะมีภรรยาได้ 4 คน ตามหลักศาสนาอิสลาม⁶

นอกจากนั้นกระบวนการสร้างครอบครัวตามระยะการเกิดครอบครัวนั้นถูกแบ่งออกเป็น 4 ระยะ ระยะที่ 1 ระยะเสนหาก่อนแต่งงาน ระยะที่ 2 ระยะข่าวใหม่ปลามัน ระยะที่ 3 ระยะการมีบุตรสืบสกุล และระยะที่ 4 ระยะที่ถูกพันอกพ่อแม่ ซึ่งทั้ง 4 ระยะจะมีรูปแบบขั้นตอนและการปฏิสัมพันธ์ที่มีความเปลี่ยนแปลงไป การสร้างครอบครัวที่ถูกต้องตามหลักการของศาสนาอิสลามนั้น ระยะเสนหาก่อนการแต่งงานที่ตามปกติจะเป็นระยะที่ชายและหญิงได้คบหาใจกันก่อนแต่งงานด้วยนั้น เป็นข้อห้ามที่เป็นบาปศาสนาอิสลาม และในระยะของการอยู่ร่วมกันภายในครอบครัว ในกรณีที่มีภริยามากกว่า 1 คน ก็อาจทำให้รูปแบบการสร้างครอบครัวของคนในสังคมแตกต่างไปจากครอบครัวอื่น ๆ ที่พบโดยทั่วไปในสังคม ในบทความวิจัยนี้จึงศึกษารูปแบบการสร้างครอบครัวของคนไทยพุทธและคนไทยมุสลิมที่เชื่อว่าจะมีความแตกต่างกัน โดยทำการวิเคราะห์ตามแนวคิดการสร้างครอบครัว 4 ระยะ อันเป็นแนวคิดระยะการสร้างครอบครัวปกติทั่วไปเปรียบเทียบกับกับการสร้างครอบครัวของคนไทยมุสลิมที่ยึดหลักการของศาสนาอิสลามที่มีต่อประเด็นการสร้างครอบครัว

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษารูปแบบการสร้างครอบครัวของครอบครัวไทยพุทธ และไทยมุสลิมจากแนวคิดของพัฒนาการการสร้างครอบครัวของ Duvall

2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบการสร้างครอบครัวของครอบครัวไทยพุทธ และไทยมุสลิมจากแนวคิดของพัฒนาการการสร้างครอบครัวของ Duvall

3. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

3.1 ทราบถึงรูปแบบการสร้างครอบครัวของครอบครัวไทยพุทธ และไทยมุสลิมจากแนวคิดพัฒนาการการสร้างครอบครัวของ Duvall

⁵ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 8 (สมัยสามัญ สมัยที่สอง) วันจันทร์ที่ 22 มกราคม 2476.

⁶ นูริฮะ สามะ และ อัสมัน แตอาลี, ‘หิกมะฮฺของการมีภรรยาหลายคนตามหลักกฎหมายอิสลาม และการนำไปใช้ของครอบครัว’ (2562) 18 วารสาร อัล-ฮิกมะฮฺ มหาวิทยาลัยฟาฏอนี 57, 59.

3.2 นำองค์ความรู้ที่ได้จากการวิจัยไปใช้ในการจัดการเรียนการสอนในรายวิชา SOC3041 เพศภาวะการศึกษา คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

3.3 ได้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อรูปแบบการสร้างครอบครัวของทั้งสองศาสนา

4. ขอบเขตการวิจัย

บทความวิจัยนี้เป็นการศึกษาพัฒนาการการสร้างครอบครัวของผู้ที่นับถือศาสนาพุทธและครอบครัวของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทย ที่อยู่ภายใต้สภาพแวดล้อมเดียวกันแต่มีความแตกต่างในหลักการดำเนินชีวิต ภายใต้อิทธิพลของบริบททางสังคมและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวแต่ละรูปแบบ

4.1 ขอบเขตด้านเนื้อหา

ศึกษารูปแบบการสร้างครอบครัวของครอบครัวไทยพุทธและไทยมุสลิม จากแนวคิดพัฒนาการการสร้างครอบครัวของ Duvall รวมไปถึงเปรียบเทียบความแตกต่างของพัฒนาการการสร้างครอบครัวของครอบครัวไทยพุทธและไทยมุสลิม ในบริบททางสังคมและกฎหมายเพื่อหาข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อรูปแบบการสร้างครอบครัวของประชากรไทยในปัจจุบัน

4.2 ขอบเขตด้านกลุ่มเป้าหมาย

4.2.1. ผู้วิจัยได้เลือกครอบครัวของคนไทยที่นับถือศาสนาพุทธอันเป็นกลุ่มประชากรหลักในประเทศไทย โดยเลือกจากครอบครัวที่พ่อและแม่อยู่ในระยะลูก ๆ พันอกพ่อแม่แล้ว คือ พ่อแม่อายุ 65 ปีขึ้นไป เพื่อสัมภาษณ์ศึกษาถึงพัฒนาการการเกิดสร้างครอบครัวตั้งแต่วัย Romantic Love ถึงระยะ Maturity Stage ว่าแต่ละขั้นตอนมีรูปแบบอย่างไร

4.2.2. ผู้วิจัยได้เลือกครอบครัวคนไทยที่นับถือศาสนาอิสลามโดยเลือกเฉพาะจากกลุ่มประชากรที่มีภรรยามากกว่า 1 คน แต่พ่อและแม่อยู่ในระยะลูก ๆ พันอกพ่อแม่แล้ว คือ พ่อแม่อายุ 65 ปีขึ้นไป เพื่อสัมภาษณ์ศึกษาถึงพัฒนาการการเกิดสร้างครอบครัวตั้งแต่วัย Romantic Love ถึงระยะ Maturity Stage ว่าแต่ละขั้นตอนมีรูปแบบอย่างไรเช่นเดียวกัน

4.2.3 กลุ่มเป้าหมายที่เลือกมาไม่ใช่ตัวแทนของกลุ่มประชากรทั้งหมด เพียงแต่เป็นการใช้อธิบายถึงปรากฏการณ์ของการสร้างครอบครัวในสองวัฒนธรรมเท่านั้น

4.3 ข้อจำกัดของการวิจัย

4.3.1 กลุ่มประชากรที่นำมาศึกษาในครั้งนี้ไม่ได้เป็นตัวแทนของประชากรทั้งหมด หากแต่ถูกเลือกมาเพื่อสะท้อนและอธิบายปรากฏการณ์ของการสร้างครอบครัว ภายใต้ 2 บริบททางวัฒนธรรมเท่านั้น ข้อค้นพบจากการวิจัยจึงควรถูกตีความในเชิงการอธิบาย (interpretative) มากกว่าการสรุปอ้างอิงเชิงสถิติหรือการเหมารวมถึงประชากรทุกกลุ่ม

4.3.2 ผู้วิจัยมีระยะเวลาในการลงพื้นที่เก็บรวบรวมข้อมูลที่จำกัดส่งผลให้ไม่สามารถเก็บข้อมูลจากกลุ่มประชากรได้หลากหลายกลุ่มตามที่คาดหวังไว้ ซึ่งอาจกระทบต่อความครอบคลุมของข้อมูลและการวิเคราะห์เชิงลึกในบางประเด็น

5. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

5.1 พัฒนาการของการสร้างครอบครัว

ครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่มีความสำคัญที่สุดต่อมนุษย์และสัตว์สังคมทุกชนิด เพราะการมาอยู่รวมกันเป็นไปเพื่อความอยู่รอดของทายาทรุ่นถัดไป โดยการมาอยู่รวมเป็นครอบครัวของมนุษย์มีเหตุผลหลักสำคัญ 3 ประการ คือ 1. เพื่อการสืบพันธุ์ เพราะมนุษย์ไม่มีการสืบพันธุ์ตามฤดูกาลอย่างสัตว์ทั่วไป การมาอยู่รวมกันจึงเป็นการรับประกันถึงการมีเพศสัมพันธ์เพื่อสืบพันธุ์กันเป็นระยะเวลานาน 2. ร่างกายของมนุษย์เมื่อเปรียบเทียบกับสัตว์สังคมชนิดอื่น ๆ เพศชายและเพศหญิงต่างถูกสร้างให้มีสภาพทางกายภาพที่มีความแตกต่างกัน คือเพศชายมีกล้ามเนื้อร่างกายที่แข็งแรง ไม่ต้องตั้งครกร์ ไม่มีสภาพอ่อนแอในช่วงที่ไข่ตกหรือมีประจำเดือน ดังนั้น ผู้ชายจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองครอบครัว ออกไปทำมาหากินนอกบ้าน ซึ่งจะปรากฏหน้าที่ดังกล่าวที่ชัดเจนในสังคมยุคบุพกาล ส่วนผู้หญิงมีสภาพทางกายภาพที่อ่อนแอกว่า มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูรักษาทายาทที่เกิดขึ้นมา โดยมีพัฒนาการของการสร้างครอบครัวจำแนกออกเป็น 4 ระยะ ประกอบด้วย

ระยะที่ 1 เรียกว่าระยะเสน่หาก่อนแต่งงาน (Prenuptial Stage) เป็นระยะที่หนุ่มสาวพบกันครั้งแรกถูกตาต้องใจกัน มีความเสน่หาต่อกัน ในระยะนี้มนุษย์ทั้งสองเพศจะคบหาต่อใจกันเพื่อศึกษาอุปนิสัย เรียกว่าระยะ Romantic Love ระยะนี้มนุษย์จะทำได้ทุกอย่างเพื่อให้ชนะจิตใจกันทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิง

ระยะที่ 2 เรียกว่าระยะข้าวใหม่ปลามัน (Nuptial Stage) โดยเมื่อถูกตาต้องใจแล้วทั้งสองฝ่ายที่มีความพึงพอใจซึ่งกันและกันตัดสินใจมาร่วมชีวิตกัน ในอดีตทั้งสองฝ่ายอาจจะต้องสมรสกันตามประเพณี แต่ในปัจจุบันขั้นตอนนี้อาจจะมีการอยู่ร่วมกันในลักษณะของการอยู่กินกันก่อนแต่งงาน หรือบางคู่อาจจะเลือกไม่แต่งงานเลยซึ่งก็เป็นทางเลือกที่มากขึ้นตามความนิยมของคนยุคใหม่ ระยะนี้เรียกว่าช่วง Honey Moon ทุกคนต่างมีความรับผิดชอบในช่วงของการเริ่มต้นครอบครัว

ระยะที่ 3 เรียกว่าระยะของการมีบุตรสืบสกุล (Child Bearing Stage) ระยะนี้จะเริ่มตั้งแต่หญิงเริ่มการตั้งครรภ์จนกระทั่งมีบุตรคนแรกจนถึงบุตรคนสุดท้าย ระยะนี้สมาชิกครอบครัวทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิงจะเปี่ยมเบนความสนใจจากกันและกันมาสู่การเลี้ยงดูลูก

ระยะที่ 4 เรียกว่าระยะของการที่ลูกพ้นจากอกของพ่อแม่ (Maturity Stage) เวลานี้ลูกจะเติบโตแล้วออกไปใช้ชีวิตเป็นของตนเอง ซึ่งพ่อกับแม่ก็จะอยู่ในวัยชราแล้วหันกลับมาดูแลใส่ใจกันสองคนอีกครั้งในช่วงบั้นปลายของชีวิต

แนวคิดระยะในการสร้างครอบครัวดังกล่าวเป็นการดัดแปลงมาจากแนวคิดของ Duvall ที่แบ่งพัฒนาการการสร้างครอบครัวออกเป็นหลายระยะ โดยระยะอื่น ๆ ซึ่งเป็นระยะที่อยู่ในระหว่างระยะทั้ง 4 ที่กล่าวถึงข้างต้นเป็นการแยกย่อยโดยละเอียด ผู้เขียนจึงได้ปรับให้เหลือ 4 ระยะ อันเป็นระยะสำคัญที่ส่งผลให้เกิดพัฒนาการของครอบครัว⁷

5.2 แนวคิดของศาสนาอิสลามต่อการสร้างครอบครัว

5.2.1 ระบบครอบครัวในศาสนาอิสลาม

ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาที่มีหลักคำสอนที่ครอบคลุมระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติสูง โดยกฎหมายอิสลามที่เรียกว่า หลักการชะรีอะห์ ทำหน้าที่เสมือนกฎหมายที่ถูกกำหนดเอาไว้ในพระมหาคัมภีร์อัลกุรอาน และแนวทางคำสอนของศาสนานบีมุฮัมมัดซึ่งได้กลายมาเป็นกฎหมายชะรีอะห์ที่เป็นธรรมนูญสูงสุดในการใช้ชีวิตของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามทุกมุมโลก และในบางประเทศได้นำมากำหนดเป็นกฎหมายของประเทศ โดยผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือมุสลิมจะต้องให้คุณค่ากับกฎที่มาจากศาสนาเหนือกว่ากฎหมาย

⁷ Evelyn Millis Duvall, *Marriage and Family Development* (5th edn, Lippincott 1977) 12.

อินโดที่มนุษย์สร้างขึ้น อันเนื่องมาจากฐานความเชื่อที่ว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างโลกและสรรพสิ่งต่าง ๆ ดังนั้น ผู้สร้างย่อมรู้ถึงกฎต่าง ๆ ในสรรพสิ่งมากที่สุด⁸ ตามหลักการอิสลามครอบครัวของอิสลามมีสามีเป็นผู้นำ ครอบครัว ชายและหญิงถูกกำหนดให้มาสร้างครอบครัวร่วมกันตามที่อัลลอฮ์ทรงตรัสเอาไว้ในอัลกุรอานว่า “และเราได้บังเกิดพวกเจ้าให้เป็นคู่ครองกัน”⁹ การที่ผู้ชายและผู้หญิงมาสร้างครอบครัวร่วมกัน ถือว่าเป็นความเสียหายเพื่อการรักษาเผ่าพันธุ์และประชาชาติและเป็นการลดการประทุพติตทางเพศนอกสมรส การสมรสจึงเป็นสิ่งที่ถูกสนับสนุนให้กระทำกันและการมีความสัมพันธ์นอกสมรส ระบบแพนหรือการอยู่ก่อนแต่งเป็นข้อห้ามสำคัญทางศาสนา หากชายใดพึงพอใจหญิงใดก็ให้ผู้ใหญ่ไปสู่ขอเพื่อทำการสมรส ก่อนที่จะเข้าทำความรู้จักและมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งระหว่างกัน ดังบทความในคัมภีร์อัลกุรอานที่กล่าวว่า “และพวกเจ้าอย่าเข้าใกล้การชัณหา (การผิดประเวณี) แท้จริงมันเป็นความชั่วช้า และเป็นทางที่เลวทรามยิ่ง”¹⁰

จากโองการดังกล่าวในคัมภีร์อัลกุรอาน ไม่ใช่เพียงการร่วมประเวณีเท่านั้นที่ผิดแต่เพียงการกระทำใดที่จะทำให้เกิดการร่วมประเวณีนอกสมรสก็เป็นเรื่องที่น่ารังเกียจแล้ว ศาสนาอิสลามได้นำเสนอทางออก เนื่องจากการสืบพันธุ์เป็นสิ่งจำเป็นของการเกิดเป็นมนุษย์ อิสลามได้สนับสนุนให้ทำการสมรสตั้งหะดิษที่บันทึกโดยตริมิซีย์ที่กล่าวเอาไว้ว่า¹¹

“สตรีนางหนึ่งได้เสนอตัวของนาง (เป็นภรรยา) ต่อท่านนบีมุฮัมมัด, (ขณะนั้น) ลูกสาวของท่านอนัส (อยู่ในเหตุการณ์) พลองหัวเราะ นางกล่าวขึ้นว่า อะไรหนอที่ทำให้นางมีความอายน้อยเช่นนี้, ท่านอนัสจึงกล่าวแก่นางว่า นางดีกว่าเธอเสียอีกที่เสนอตัวให้แก่ท่านนบีมุฮัมมัด”¹²

หะดิษข้างต้นให้ความหมายถึง การเสนอตัวเพื่อทำการสมรสเป็นการกระทำที่ถูกต้องเพราะเพศสัมพันธ์ที่ถูกต้องจะต้องเกิดภายหลังการสมรสเท่านั้น ไม่ว่าฝ่ายที่เริ่มต้นจะเป็นฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงก็ตาม ส่วนอุปนิสัยนั้น การสอบถามผู้ใหญ่ การสืบประวัติฝ่ายตรงข้าม เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้โดยไม่ผิด แต่ห้ามโดยเด็ดขาดที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงจะคบหาด้วยตนเองก่อนการสมรส อันจะเสี่ยงต่อพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ถูกต้อง ผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่ายจำเป็นต้องให้ข้อมูลก่อนการสมรสอย่างละเอียดและห้ามปิดบัง และหากเมื่อสมรสกันแล้วปรากฏว่ามีสิ่งใดที่ปิดบังทั้งสองฝ่ายสามารถเลือกที่จะอยู่กินกันต่อหรือหย่าร้างได้ดังหะดิษที่ว่า “ชายใดก็ตามที่แต่งงานกับสตรีหลังแต่งงาน พบว่าเขาวิกลจริต หรือเป็นโรคเรื้อรัง เช่นนี้ให้ฝ่ายหญิงเลือกว่า ประสงค์จะอยู่กับเขาต่อไป หรือนางประสงค์จะแยกทางจากเขา”¹³ หมายความว่าภายหลังการแต่งงานแล้ว หากมีความผิดปกติทางจิตหรืออีกฝ่ายมีโรคเรื้อรัง เป็นที่อนุมัติให้หย่าร้างได้จากทั้ง 2 ฝ่าย

5.2.2 ครอบครัวพหุภรรยาในศาสนาอิสลาม

ในปัจจุบันหากกล่าวถึงการมีคู่สมรสสิ่งที่คนในสังคมเข้าใจย่อมได้แก่ คู่สมรสผัวเดียวเมียเดียว ระบบกฎหมายไทยและนานาประเทศต่างให้การยอมรับการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียวที่ถูกต้องตามกฎหมาย

⁸ อรอนงค์ ทิพย์พิมล, ‘กฎหมายชารีอะห์กับผู้หญิงอาละห์: ชายขอบของชายขอบ’ (2560) 1 วารสารประวัติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ 114, 119.

⁹ อันนะบะฮ์ 78:8.

¹⁰ อัลกุรอาน 17:32.

¹¹ อิสมาอีล ราโอ, ‘การพัฒนาสัปปุรุษด้วยกระบวนการหักเกาญ์ เพื่อส่งเสริมคุณธรรม จริยธรรม ในชุมชนมัสยิดดารุสสุฮายี รีน ตลาดเมืองใหม่ อำเภอมือง จังหวัดยะลา’ (สารนิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ 2561) 32.

¹² Al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari: Book of Marriage* (np nd).

¹³ W Al-Zuhayli, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu* (Dar al-Fikr n.d.).

เท่านั้นและถือว่าการสมรสซ้อนเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่มีผู้นับถือศาสนาอิสลามจำนวนมาก และมีการนำกฎหมายชารีอะห์มาใช้ การสมรสที่ถูกต้องตามหลักการของศาสนาอิสลามยึดถือหลักพหุภรรยา หรือ แม้แต่ประเทศไทยในกรณีของจังหวัดชายแดนภาคใต้ซึ่งหลักศาสนาอิสลามสามารถบังคับได้ในเรื่องครอบครัว และมรดก ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และ สตูล พ.ศ. 2489 การสมรสสามารถกระทำได้ตามจำนวนภรรยาที่ระบุเอาไว้ว่ามีได้มากไม่เกิน 4 คน ดังข้อความที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน¹⁴

“และหากพวกเจ้าเกรงว่าจะไม่สามารถให้ความยุติธรรมในบรรดาเด็กกำพร้าได้ ก็จงแต่งงานกับผู้ที่ดีแก่พวกเจ้าในหมู่สตรี 2 คนหรือ 3 คนหรือ 4 คน แต่ถ้าพวกเจ้าเกรงว่าพวกเจ้าจะให้ความยุติธรรมไม่ได้ก็จงมีแต่หญิงเดียวหรือไม่ก็หญิงที่มีมือขวาของพวกเจ้าครอบครองอยู่นั้น เป็นสิ่งที่ใกล้เคียงกว่าในการที่พวกเจ้าจะไม่ลำเอียง”¹⁵

ในบทบัญญัติดังกล่าวพูดถึงการอนุญาตให้สามีสามารถมีภรรยาได้มากกว่า 1 คนแต่ไม่เกิน 4 คน โดยมีเงื่อนไขที่สามีจะต้องให้ความยุติธรรมเพราะบทบาทของผู้ชายตามหลักการของศาสนาอิสลามที่ผู้ชายจะต้องคุ้มครองดูแลผู้หญิง และการดูแลภรรยาและลูกที่เกิดจากภรรยาทั้ง 4 คน อย่างยุติธรรมนั้นมีความสำคัญมากที่สุด หากผู้ชายไม่สามารถให้ความยุติธรรมได้ก็ไม่อาจมีภรรยาได้มากกว่า 1 คนได้ดังข้อความในหะดีษที่ว่า “บุคคลใดที่มีภรรยา 2 คนและเอนเอียงเข้าหาภรรยาคนหนึ่ง (อย่างไม่เหมาะสม) นั้น ในวันแห่งการพิพากษาเขาจะมาโดยมีร่างกายครึ่งหนึ่งหลุดไปข้างหนึ่ง” ดังนั้น จึงถือว่าเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายชายในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าว และเป็นสิ่งที่ยากมากในการครองความยุติธรรมได้ ความยุติธรรมดังกล่าวครอบคลุมทั้งเรื่อง การเลี้ยงดู การศึกษา มรดก รวมไปถึงเวลาที่ต้องมีให้กัน ดังนั้น ถึงแม้ว่าศาสนาจะอนุมัติให้ผู้ชายมีภรรยาได้มากกว่า 1 คนแต่ไม่เกิน 4 คน ผู้ชายส่วนใหญ่กลับมองว่าเป็นไปได้อย่างยากที่จะสามารถรับผิดชอบภรรยาทั้ง 4 คน ได้อย่างเท่าเทียมกัน จึงเลือกที่จะมีภรรยาเพียงคนเดียว¹⁶

5.3 แนวคิดของศาสนาพุทธต่อการสร้างครอบครัว

5.3.1 สมชีวิสูตรในพระไตรปิฎก

แนวทางการเลือกคู่ครองตามแนวคิดของศาสนาพุทธนั้น มีการกล่าวถึงในพระไตรปิฎกอันเป็นการพูดถึงแนวทางในการเลือกคู่ครองของผู้ที่นับถือศาสนาพุทธ

“คหบดีและคหปตานีถ้าสามีและภรรยาทั้ง 2 ฝ่ายหวังจะพบกันทั้งในชาตินี้และชาติหน้าทั้ง 2 ฝ่ายพึงมีศรัทธาเสมอกันมีศีลเสมอกันมีจาคะเสมอกันมีปัญหาเสมอกันสามีและภรรยาทั้ง 2 ฝ่ายนั้นย่อมได้พบกันทั้งในชาตินี้และชาติหน้า”

ข้อความดังกล่าวให้ความหมายว่า ในการเลือกคู่ครองนั้นสามีภรรยาควรเป็นผู้ที่มีความศรัทธาเสมอกัน มีศีลเสมอกัน มีจาคะเสมอกัน และมีปัญหาเสมอกัน

1) สมศรัทธา มีศรัทธาสมหรือเสมอกัน หมายถึง การมีความเชื่อและมีความเลื่อมใสในพระรัตนตรัย ศรัทธาที่เสมอเหมือนกันทำให้ชีวิตครอบครัวมีความสนิทสนมแน่นแฟ้นหล่อหลอมความรู้สึกนึก

¹⁴ สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, พระมหาคัมภีร์อัลกุรอานพร้อมความหมายภาษาไทย, (ศูนย์กษัตริย์ฟ้าฮัด เพื่อการพิมพ์อัลกุรอาน, 2542) 232.

¹⁵ อันนิซาร์ 4:3.

¹⁶ อิบน์ ฮาญญ์ บุคอรี, พัตฮุลบารีย์ (ดุรุล นัซรี 1372) 78.

คิด หรืออาจจะกล่าวว่าความศรัทธาเป็นส่วนหนึ่งของอุดมการณ์ในการดำเนินชีวิตหากยึดมั่น หรือศรัทธาที่แตกต่างกันอาจจะทำให้เกิดความขัดแย้งหรือทะเลาะในการใช้ชีวิตคู่ตามมาด้วย

2) สมศีลา มีความประพฤติสมเสมอกัน ซึ่งความประพฤติดังกล่าวเกิดจากขบวนการขัดเกลาในสังคม ที่ทำให้คนในสังคมมีความประพฤติที่เหมือนหรือแตกต่างกัน เช่น ฝ่ายหนึ่งปากร้ายชอบกล่าวคำหยาบคายอีกฝ่ายหนึ่งได้รับการอบรมกวดขันมาทางด้านการพูดจาสุภาพอ่อนหวานทนฟังคำหยาบไม่ได้

3) สมจาคะ มีน้ำใจเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่มีความเมตตาเสมอเหมือนกัน เป็นธรรมข้อสำคัญที่จะต้องแสดงออกอยู่เสมออีกคือ ความมีน้ำใจ ความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ ความมีใจกว้างขวาง การช่วยเหลือพึ่งพาอาศัยกันหรือในทางตรงข้ามก็เป็นความตระหนี่ใจแคบกระด้าง คู่ครองที่มีจาคะไม่สมกันย่อมมีโอกาสเกิดความขัดแย้งกระทบกระเทือนจิตใจกันอยู่เรื่อยไป เช่น หากมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดชอบทำบุญบริจาคสิ่งของ แต่อีกฝ่ายมีความตระหนี่ก็อาจจะทำให้เกิดความขัดใจและเกิดเป็นปัญหาภายในครอบครัวได้

4) สมปัญญา คือการมีปัญญาเสมอกัน ไม่ได้หมายถึงการที่ทั้งสองฝ่ายต้องมีการศึกษาในระดับเดียวกันแต่ปัญญา หมายถึง การมีความคิดรู้จักรับฟังและเข้าใจในเหตุผลของกันและกัน สามารถเป็นคู่คิดให้กันและกันได้เป็นกำลังให้กันได้ ไม่ใช่มีเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ต้องพึ่งพิงอีกฝ่ายเพียงฝ่ายเดียว

หลักการข้างต้นที่เป็นแนวทางในการเลือกคู่ครองที่เหมาะสม จึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการใช้เลือกคู่ครองและการเริ่มต้นชีวิตครอบครัว¹⁷

5.3.2 หลักธรรมในการครองคู่ตามแนวคิดพุทธศาสนา

ในบริบทของชีวิตคู่ระหว่างสามีและภรรยา หลักฆราวาสธรรม 4 สามารถนำมาเป็นแนวทางในการประคับประคองความสัมพันธ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ

1) สัจจะ หมายถึง ความซื่อสัตย์และความจริงใจระหว่างคู่ครองเป็นรากฐานของความไว้วางใจและความมั่นคงของชีวิตคู่ การพูดความจริง ไม่ปกปิดเรื่องสำคัญ เช่น เรื่องการเงินหรือความรู้สึก และการซื่อสัตย์ต่อคู่ครองไม่คบชู้

2) ทมะ หมายถึง การรู้จักควบคุมอารมณ์และฝึกตนให้มีเหตุผล สามีภรรยาที่รู้จักข่มใจจะสามารถรับมือกับความขัดแย้งได้ดี เช่น เมื่อเกิดความไม่พอใจจะไม่ใช้อารมณ์ตอบโต้ทันที แต่หันมาพูดคุยอย่างมีเหตุผลและเคารพกัน

3) ขันติ หมายถึง ความอดทนต่อความแตกต่างของนิสัยและสถานการณ์ต่าง ๆ ภายในครอบครัว เช่น การอดทนต่อข้อบกพร่องเล็กน้อยของอีกฝ่าย หรือการผ่านช่วงเวลาที่ยากลำบากร่วมกันโดยไม่ละทิ้งกันกลางคัน ความอดทนเช่นนี้ทำให้ความสัมพันธ์มีความยืดหยุ่นและเข้มแข็ง

4) จาคะ หมายถึง การรู้จักให้และเสียสละเพื่อประโยชน์ของคู่ครองและครอบครัว เช่น การแบ่งเวลาเอาใจใส่ซึ่งกันและกัน การช่วยเหลือกันในงานบ้านหรือการเสียสละความสะดวกสบายส่วนตัวเพื่อความสุขของอีกฝ่าย¹⁸

¹⁷ นภาพร วรสายันท์, 'วิเคราะห์สมชีวิตาธรรมสำหรับคู่สามีภรรยาในปัจจุบัน' (2560) 2(3) วารสาร มจร พุทธปัญญาปริทรรศน์ 31, 36.

¹⁸ พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต), *พุทธธรรม ฉบับขยายความ* (มูลนิธิพุทธธรรม, 2552) 584-586.

หลักฆราวาสธรรม 4 มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างความสมดุลทางอารมณ์ ความเข้าใจซึ่งกันและกัน และการเคารพซึ่งกันและกันระหว่างสามีและภรรยาทำให้ชีวิตคู่มีความมั่นคง ยั่งยืน และเต็มไปด้วยบรรยากาศแห่งความเมตตาและเอื้ออาทร อันเป็นรากฐานของครอบครัวที่เข้มแข็งและสังคมที่สงบสุข ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของพระพุทธศาสนาในการพัฒนาจิตใจของบุคคลเพื่อสร้างสังคมที่ดีงาม อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักฆราวาสธรรม 4 จะเป็นหลักธรรมที่ถูกนำมาใช้ในการสั่งสอนพุทธศาสนิกชนเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตคู่และความสัมพันธ์ภายในครอบครัว แต่ในทางปฏิบัติหลักธรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นแนวทางเชิงจริยธรรมทั่วไป (Moral Guidelines) มากกว่าการเป็นข้อบัญญัติที่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายหรือศาสนบัญญัติอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ หลักธรรมเหล่านี้เปรียบเสมือนคำแนะนำให้ประพฤติปฏิบัติเพื่อสร้างความสัมพันธ์ที่ดี มิได้ระบุบทลงโทษสำหรับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามอย่างชัดเจน แตกต่างจากหลักศาสนาอิสลามซึ่งมีการกำหนดบทลงโทษทางศาสนาและกฎหมาย (ชารีอะห์) ไว้อย่างเป็นระบบ ส่งผลให้หลักธรรมทางพระพุทธศาสนาในประเด็นการครองคู่มีลักษณะเป็นการให้แนวทาง และข้อแนะนำเชิงจริยธรรมมากกว่าการบังคับใช้เชิงศาสนบัญญัติดังที่ปรากฏในศาสนาอิสลาม¹⁹

5.4 บริบททางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสร้างครอบครัว

5.4.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว

การก่อตั้งครอบครัวของคนไทยตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายครอบครัว หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่เป็นกฎเกณฑ์กำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ในครอบครัวของคนไทยนับแต่เริ่มต้นจากการหมั้น การสมรส การกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ทั้งในด้านการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตลอดจนระบบทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างคู่สมรส จนถึงสิ้นสุดลงของการสมรสรวมตลอดถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรด้วย

การสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีความแตกต่างจากการสมรสตามจารีตประเพณีหรือศาสนา ที่การสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการสมรสทางแพ่งซึ่งเป็นการดำเนินการทางทะเบียนต่อเจ้าพนักงานตามกฎหมาย โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 กำหนดให้การสมรสจะมีได้ต่อเมื่อจดทะเบียนแล้วเท่านั้น การสมรสตามจารีตประเพณีหรือศาสนาจึงไม่ถือว่าเป็นการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่การสมรสดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

เงื่อนไขของการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีพัฒนาการในสาระสำคัญ 2 ครั้ง ครั้งแรก คือ การยกเลิกระบบผัวเดียวหลายเมียตามกฎหมายลักษณะผัวเมียที่ชาวไทยสามารถมีภริยาได้หลายคนในขณะเดียวกัน แต่หญิงไทยสามารถมีสามีได้เพียงคนเดียวเท่านั้นโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2478 กำหนดให้ชายและหญิงสามารถมีภริยาและสามีตามกฎหมายได้คราวละ 1 คน อย่างเท่าเทียมกัน เงื่อนไขของการสมรสไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกเป็นระยะเวลาร่วม 90 ปี จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2567 ได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับเพศของคู่สมรสที่เดิมการสมรสต้องกระทำระหว่างชายฝ่ายหนึ่งและหญิงฝ่ายหนึ่งเท่านั้น เป็นการสมรสสามารถกระทำ

¹⁹ เฟื่องอ้าง 512-520.

ได้โดยบุคคล 2 คน โดยไม่จำกัดเพศของคู่สมรสทำให้การสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่เรื่องของชายกับหญิงเท่านั้นอีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม จำนวนคู่สมรสของคนไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงจำกัดอยู่เพียง 1 คน นับแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มีผลบังคับใช้เมื่อปี พ.ศ. 2478 เป็นต้นมา แต่การจำกัดจำนวนคู่สมรสตามกฎหมายเพียงคนเดียวดังกล่าวนั้นเป็นคนละกรณีกับการมีคู่ครองของคนไทยซึ่งไม่อาจปฏิเสธถึงอิทธิพลของสังคมศักดินาในอดีตที่คหบดีหรือผู้มีบรรดาศักดิ์มักจะมีภริยามากกว่า 1 คน ประเด็นปัญหานี้ถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงในขณะที่มีการพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ในปี พ.ศ. 2476 เนื่องจากแนวคิดในการจำกัดจำนวนภริยาของคนไทยให้เหลือเพียง 1 คน นอกจากจะเป็นการเปลี่ยนแปลงประเพณีเดิมของไทยที่ไม่เคยจำกัดจำนวนภริยาแล้ว ยังถูกนำมาเปรียบเทียบกับภริยาของแขกหรือชาวอิสลามในบริเวณ 7 หัวเมือง²⁰ ซึ่งยังสามารถมีภริยาได้หลายคนตามหลักศาสนาอิสลาม แต่ด้วยเหตุผลด้านภาพลักษณ์ของประเทศในสันนิบาตประชาชาติและความพยายามที่จะให้การยกเว้นประมวลกฎหมายเสร็จสิ้น เพื่อศาลไทยได้อำนาจสมบูรณ์²¹ นำไปสู่การประนีประนอมในความคิดเกี่ยวกับการมีภริยาของชายไทยที่ระบบกฎหมายไทยไม่มีลักษณะห้ามการมีภริยาหลายคน เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้สำหรับพฤติกรรมดังกล่าวเพียงบัญญัติอนุญาตให้ชายไทยสามารถจดทะเบียนภริยาได้คนเดียวซึ่งเป็นเรื่องทางแพ่งเท่านั้น²²

5.4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489

การใช้กฎหมายอิสลามในระบบศาลไทยเริ่มต้นเป็นครั้งแรกในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยการนำแบบอย่างรูปแบบการปกครองของอังกฤษเหนือขามมาเลยในคาบสมุทรมลายูมาปรับใช้กับขามมาเลยในดินแดนสยาม เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิรูปการปกครองที่สยามต้องการ แสดงว่า ตนมีฐานะทัดเทียมนานาอารยประเทศในรูปแบบของการเป็นเจ้าอาณานิคมของสยามที่มีเหนือขามมุสลิมในดินแดนสยาม ด้วยการก่อตั้งศาสนาอิสลามขึ้นควบคู่กับศาลยุติธรรมของสยามเพื่อตั้งเอาอำนาจตุลาการออกจากองค์ราชา (Raja) ซึ่งเป็นผู้ปกครองดินแดนดั้งเดิมและให้มีโต๊ะกาสิ หรือ กอฏี ซึ่งเป็นผู้รู้ในศาสนาอิสลามที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐบาลสยาม เป็นผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามแทน²³

ในระยะแรก การใช้กฎหมายอิสลามแก่ความแพ่งในเรื่องผัวเมียและมรดกจำกัดอยู่เฉพาะบริเวณ 7 หัวเมืองมลายู ได้แก่ เมืองตานี เมืองหนองจิก เมืองยะหริ่ง เมืองสายบุรี เมืองยะลอ เมืองรามัน และเมืองระแงะ ซึ่งได้แก่พื้นที่ของจังหวัดปัตตานี ยะลา และนราธิวาส ตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 และในเวลาต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ในปี พ.ศ. 2477 หลักการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวในบริเวณ

²⁰ ได้แก่ เมืองตานี เมืองหนองจิก เมืองยะหริ่ง เมืองสายบุรี เมืองยะลอ เมืองรามัน และเมืองระแงะ โปรดดู ข้อ 1 ของกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120.

²¹ โปรดดู ข้อ 5 ของสัญญาในระหว่างกรุงสยามกับกรุงอังกฤษ วันที่ 10 มีนาคม ร.ศ. 127 ซึ่งกำหนดให้ “เปลี่ยนอำนาจศาลต่างประเทศไปเป็นอำนาจศาลฝ่ายสยามตามระเบียบเมือง เมื่อได้ประกาศใช้กฎหมายรวมลักษณะต่าง ๆ คือ กฎหมายลักษณะอาญาโทษ กฎหมายลักษณะแพ่งและการค้าขาย กฎหมายลักษณะวิธีพิจารณาคดีแลกฎหมายลักษณะพระธรรมนูญจัดตั้งศาล”.

²² รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร (น 5).

²³ โปรดดู ข้อ 32 ของกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120; see also Tamara Loos, Subject Siam: Family Law, and Colonial Modernity in Thailand (Silkworm Books 2006) 88.

7 หัวเมืองดังกล่าวก็ได้รับการรับรองในพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกัน²⁴ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2489 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 เพื่อให้ครอบคลุมการใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัว และมรดกของอิสลามศาสนิกในคดีแพ่งของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

แนวความคิดในการใช้กฎหมายอิสลามกับชาวมุสลิมในพื้นที่ 4 จังหวัดในเรื่องครอบครัวและมรดกยังคงได้รับการปฏิบัติจนกระทั่งปัจจุบัน และแม้จะมีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ซึ่งแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จำนวนมาก โดยเฉพาะในเรื่องการสมรสและครอบครัวแต่ในมาตรา 66 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น มาใช้บังคับแก่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องครอบครัวหรือมรดกไว้เป็นการเฉพาะซึ่งก็ได้แก่ การวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกชาวมุสลิมในศาลชั้นต้นของจังหวัดจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ที่ทั้งโจทก์ จำเลย หรือผู้ร้องในคดีไม่มีข้อพิพาท เป็นชาวมุสลิมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489

5.4.3 กฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามซึ่งนำมาบังคับใช้กับชาวมุสลิม คือ หลักศาสนาอิสลามอันเกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดก ซึ่งในที่นี้ไม่ถือว่ากฎหมายอิสลามดังกล่าวเป็นกฎหมายต่างประเทศ ศาลไทยโดยคณะตุลาการสามารถรับรู้ถึงกฎหมายอิสลามได้เอง โดยที่คู่ความไม่ต้องนำเสนอถึงการมีอยู่ของกฎหมายดังกล่าว²⁵ โดยหลักกฎหมายอิสลามอันเกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดกที่ใช้บังคับกับชาวมุสลิมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ประกอบไปด้วย 2 บรรพ ได้แก่ บรรพ 1 ครอบครัว ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การขาดจากการสมรส มะฮัรหรือสินสอด และความสัมพันธ์ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน และบรรพ 2 มรดก ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับพินัยกรรมและการแบ่งปันมรดก

การสมรสตามกฎหมายอิสลามเป็นการสมรสตามหลักศาสนาจึงมีความแตกต่างจากการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งอยู่มาก ทั้งในด้านความหมายและรูปแบบของการสมรสซึ่งหลักศาสนาอิสลามการสมรสเป็นเรื่องของชายกับหญิงที่มีสภาพแห่งร่างกายพร้อมที่จะสมรสและมีความต้องการทางเพศ โดยชายสามารถมีภริยาได้ไม่เกิน 4 คนในขณะเดียวกัน หากชายคนนั้นสามารถให้ความเป็นธรรมในการแบ่งเวรอยู่กับภริยาทุกคน ตลอดจนรูปแบบการสมรสที่ไม่จำเป็นต้องมีการดำเนินการทางทะเบียนหากแต่การสมรสย่อมสมบูรณ์โดยการแสดงเจตนาที่จะสมรสและการตอบรับยินยอมในการสมรสของทั้งสองฝ่ายภายใต้การรับรู้ของพยานอย่างน้อย 2 คน²⁶

²⁴ โปรดดู มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 และมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477.

²⁵ โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1355/2479.

²⁶ สำนักงานศาลยุติธรรม, *คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)* (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554) 20-22.

นอกจากความหมายและรูปแบบของการสมรสแล้ว หลักกฎหมายอิสลามยังกำหนดเงื่อนไขของการสมรสและให้คำแนะนำแก่ชายในการเลือกคู่สมรสด้วย เช่น ชายและหญิงต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามที่บรรลุนิติภาวะแล้วและมีสติปัญญาเพียงพอ ข่ายพึงสมรสกับหญิงพรหมจารี เครื่องครัดในหลักศาสนาอิสลาม มีรูปโฉมสวยงามพอสมควร ร่ำรวยทรัพย์ สามารถมีบุตรได้มาก มีเชื้อสายหรือวงศ์ตระกูลที่ดีตามทัศนะอิสลามและไม่พึงสมรสกับหญิงผู้ซึ่งเกิดจากการผิดประเวณี หรือเป็นญาติใกล้ชิดหรือเป็นบุตรของผู้ฟาสิก (คนบาป)²⁷ หากไม่สามารถหาได้ครบถ้วนสิ่งสำคัญ คือ ให้หาคู่สมรสที่ศรัทธาในพระเจ้าด้วยกันหรือหมายถึงผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามด้วยกันตั้งเฝ้าการในคัมภีร์อัลกุรอานที่ว่า “และพวกเจ้าอย่าแต่งงานกับหญิงที่ตั้งภาคี (มุชริก) จนกว่านางจะศรัทธา และอย่าให้หญิงผู้ศรัทธาแต่งงานกับชายที่ตั้งภาคี จนกว่าเขาจะศรัทธา...”²⁸ ดังนั้นชาวมุสลิมส่วนใหญ่มักเลือกสมรสกับผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามเช่นเดียวกัน เพื่อให้สอดคล้องกับหลักศาสนบัญญัติและเพื่อธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงทางศรัทธาและวัฒนธรรมภายในครอบครัว

5.4.4 ความพยายามในการปฏิรูปกฎหมายอิสลามโดยการยกย่องพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก พ.ศ.

การปฏิรูปกฎหมายอิสลามในระบบกฎหมายไทยนอกจากจะเริ่มตั้งแต่การนำรูปแบบการปกครองชาวมุสลิมของอังกฤษในสหพันธรัฐมลายูมาใช้กับบริเวณ 7 หัวเมืองมลายู โดยการบัญญัติกฎหมายข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวแล้ว ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองในปีพ.ศ. 2475 ศาสนาอิสลามได้กลับมาเป็นประเด็นในการปฏิรูปอีกครั้งโดยการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการสาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พ.ศ. 2488 และการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ซึ่งเป็นการรับรองหลักการ และคำสอนในศาสนาอิสลามให้มีความชัดเจนเป็นรูปธรรมสอดคล้องกับรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของประเทศ อย่างไรก็ตาม ความพยายามในการปฏิรูปกฎหมายอิสลามยังคงปรากฏอย่างต่อเนื่อง อาทิ ข้อเสนอเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายอิสลามในข้อเรียกร้อง 7 ประการของหะยีสูลอง อับดุลกอเดอร์ โต๊ะมีนา ในปี พ.ศ. 2490 โดยการเรียกร้องให้สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการสาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พ.ศ. 2488 สามารถออกกฎหมายเกี่ยวกับศาสนาอิสลามและชนบประเพณี และการเรียกร้องให้แยกศาลศาสนาออกจากศาลจังหวัด ซึ่งในขณะนั้นอำนาจพิจารณาคดีแพ่งว่าด้วยครอบครัวและมรดกตามหลักศาสนาอิสลาม ถูกกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลชั้นต้นในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489²⁹

ในปี พ.ศ. 2567 ได้มีความพยายามอีกครั้งในการปฏิรูปการใช้กฎหมายอิสลามแก่ชาวมุสลิมในเรื่องครอบครัวและมรดกให้ครอบคลุมมากขึ้น โดยการเสนอร่างพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก พ.ศ. โดยนายกมลศักดิ์ ลีวาเมาะ พรรคประชาชาติกับคณะ เพื่อให้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 พร้อมทั้งกำหนดให้การพิจารณาพิพากษาและวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก รวมถึงสภาพ

²⁷ เฟิงอ้าง 22.

²⁸ อัลกุรอาน 2:221.

²⁹ อาชญาสิทธิ์ ศรีสุวรรณ, 'ปรีดี พนมยงค์ และ หะยีสูลอง กับ สถานการณ์ความไม่สงบและสันติภาพในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้' (สถาบันปรีดี พนมยงค์, 13 สิงหาคม 2566) <<https://pridi.or.th/th/content/2023/08/1643>> สืบค้นวันที่ 26 มีนาคม 2568.

และสิทธิของบุคคลอื่นเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ซึ่งมุสลิมเป็นคู่ความในขณะมูลคดีเกิดหรือมุสลิมเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท หรือในคดีที่เกี่ยวกับมรดกในกรณีที่เจ้ามรดกเป็นมุสลิมให้บังคับตามหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยกำหนดให้มืองค์คณะคดีครอบครัวและมรดกอิสลามในศาลแพ่ง ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลจังหวัด และศาลฎีกา และกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยให้ชาวมุสลิมได้รับการปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ในพื้นที่ใดของประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก พ.ศ. ดังกล่าวจะนำไปสู่การก่อตั้งตำแหน่งหน้าที่เพิ่มขึ้นในศาลยุติธรรม อันได้แก่ การกำหนดให้มืองค์คณะคดีครอบครัวและมรดกอิสลามซึ่งต้องประกอบด้วยคณะยุติธรรมชั้นในศาลแพ่ง ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลจังหวัด และศาลฎีกา ตลอดจนกำหนดให้สำนักงานศาลยุติธรรมจัดให้มีตำแหน่งเจ้าพนักงานคดีอิสลามขึ้น ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายเงินแผ่นดิน อันทำให้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินตามมาตรา 133 และ 134 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่จะเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎรได้ ต่อเมื่อได้รับคำรับรองจากนายกรัฐมนตรีเสียก่อนแต่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้รับคำรับรองจากนายกรัฐมนตรีจึงเป็นอันตกไป

6. การเก็บรวบรวมข้อมูล

6.1 การเก็บข้อมูลจากการสัมภาษณ์

ผู้วิจัยได้เก็บรวบรวมข้อมูลโดยใช้วิธีการเชิงคุณภาพ วิธีการสัมภาษณ์ที่จะใช้ในการวิจัยนี้มีลักษณะเป็นการสัมภาษณ์แบบกึ่งโครงสร้าง (Semi-Structure Interview) โดยอาศัยแนวการสัมภาษณ์ (Interview Guide) เป็นเครื่องมือในการสัมภาษณ์มีรูปแบบรายการต่าง ๆ คือ

1) การสัมภาษณ์รายบุคคล จะใช้การสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-Depth Interviews) โดยอาศัยผู้ให้ข้อมูลหลัก (Key – Informants) ได้แก่ ครอบครัวคนไทยมุสลิมที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้มีภรรยามากกว่า 1 คน และครอบครัวคนไทยพุทธ

2) การสัมภาษณ์กลุ่ม (Group Interview) เป็นรูปแบบที่ใช้แนวทางการสัมภาษณ์กลุ่มในการวิเคราะห์ชุมชน โดยอาศัยผู้ให้ข้อมูลหลากหลายในชุมชน ได้แก่ สมาชิกครอบครัว สามเณร ภรรยา ในครอบครัวที่มีวัฒนธรรมที่ต่างกัน

3) การสังเกตการณ์แบบไม่มีส่วนร่วม จะเป็นรูปแบบการเก็บข้อมูลเสริมวิธีการอื่น ๆ โดยใช้กระบวนการสังเกต เช่น การเยี่ยมเยียนสมาชิกครอบครัวที่เป็นกลุ่มเป้าหมาย

6.2 การเก็บรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร

ผู้วิจัยใช้การศึกษาเอกสารและสื่อสารสนเทศที่เกี่ยวข้อง (Documentary Research) ต่าง ๆ เป็นการเก็บข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) เพื่อใช้เป็นแนวทางในการออกแบบ หรือสร้างแบบสอบถามในการสัมภาษณ์เชิงลึก รวมทั้งใช้เป็นส่วนประกอบในกระบวนการวิเคราะห์และประมวลผลข้อมูลในการศึกษาวิจัย ส่วนต่อไปดังนี้ 1. หนังสือ บทความ และเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับการสร้างครอบครัวและกฎหมายครอบครัว 2. รายงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องของผู้ที่เคยทำการศึกษามาก่อน

7. วิธีการตรวจสอบข้อมูล

ผู้วิจัยใช้หลักการสามเส้า (Triangulation) ในการตรวจสอบข้อมูลที่ได้จากการเก็บรวบรวมข้อมูล เพื่อให้มีความเที่ยงตรงและน่าเชื่อถือ โดยวิธีการดังนี้

7.1 การตรวจสอบด้านข้อมูล (Data Triangulation) โดยตรวจสอบจาก เวลา สถานที่ และบุคคลที่ต่างกัน

7.2 เปรียบเทียบจากการเก็บรวบรวมข้อมูลหลายวิธี (Methodological Triangulation) โดยรวบรวมข้อมูลจากแหล่งต่างกันในกระบวนการรวบรวมข้อมูลเรื่องเดียวกันเพื่อความแน่นอนว่าข้อสรุปนั้นเที่ยงตรงความเป็นจริงหรือไม่ เช่น การซักถามผู้ให้ข้อมูลสำคัญ หลังจากสรุปผลการศึกษา เพื่อความแน่นอนว่าข้อสรุปนั้นเที่ยงตรงตามความเป็นจริงหรือไม่

8. ผลการวิจัย

8.1 รูปแบบการสร้างครอบครัวของครอบครัวไทยพุทธและไทยมุสลิมจากแนวคิดของพัฒนาการการสร้างครอบครัวของ Duvall

8.1.1 กรณีศึกษาครอบครัวคนไทยที่นับถือศาสนาพุทธ

สำหรับครอบครัวที่นับถือศาสนาพุทธในประเทศไทยผู้วิจัยเลือกครอบครัวคุณเอ็ม (นามสมมติ) ข้าราชการตำรวจที่ปัจจุบันเกษียณอายุแล้ว โดยเลือกบทสัมภาษณ์ตามพัฒนาการการเกิดครอบครัว 4 ระยะ ดังต่อไปนี้

1) ระยะเสน่หาก่อนแต่งงาน-ระยะข่าวใหม่ปลามัน

“เจอกันสมัยเรียนมหาวิทยาลัยครับ ผมเรียนอยู่ที่คณะนิติศาสตร์ ส่วนแฟนอยู่คณะศิลปศาสตร์ มีโอกาสได้ทำกิจกรรมร่วมกันตอนอยู่มหาวิทยาลัย โดยเริ่มจากการเป็นเพื่อนและคบหากัน ย้ายมาอยู่ด้วยกันจนเรียนจบ พอผมเที่ยวบวชเป็นร้อยตำรวจตรีได้ ก็ให้ผู้ใหญ่ไปสุขอ ตอนนั้นภรรยาทำงานธนาคารหลังเรียนจบ”³⁰

จากคำสัมภาษณ์ฝ่ายชายเป็นนายตำรวจสัญญาบัตรยศพันตำรวจเอก เกษียณอายุจากการรับราชการตำรวจแล้ว ปัจจุบันอายุ 65 ปี เล่าถึงระยะเสน่หาก่อนแต่งงาน ว่าได้พบกับภรรยาในช่วงที่เรียนหนังสือในมหาวิทยาลัยเดียวกัน คบหากันอยู่ 4 ปี จนสำเร็จการศึกษา ระยะนี้เป็นระยะที่ทั้งสองคนได้มีโอกาสศึกษาดูใจ เรียนรู้นิสัย โดยทั้งคู่คบหาเป็นแฟนกันอย่างเปิดเผย ผู้ใหญ่รับรู้ และเนื่องจากการอยู่กินกันก่อนแต่งงานในวัยเรียนจึงได้มีการหมั้นหมายเอาไว้ก่อน สาเหตุก็เนื่องมาจากสภาพสังคมในขณะนั้นการอยู่ก่อนแต่งงานยังไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมไทย การหมั้นหมายในขณะเรียนเนื่องจากทั้งสองย้ายมาอยู่ร่วมกันจึงเป็นการสร้างความสบายใจต่อผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่ายเพื่อป้องกันฝ่ายหญิงเสียหาย ดังนั้นระยะเวลาเสน่หาก่อนแต่งงานและระยะข่าวใหม่ปลามันของทั้งคู่เริ่มขึ้นในช่วงรั้วมหาวิทยาลัย

2) ระยะของการมีบุตรสืบสกุล

ระยะการมีบุตรสืบสกุลเริ่มตั้งแต่ช่วงตั้งครรภ์ซึ่งในระยะนี้เกิดขึ้นภายหลังจากที่ทั้งสองคนสมรสมาแล้ว 2 ปี แสดงให้เห็นว่าประเพณีการสมรสมีส่วนสำคัญต่อการตัดสินใจมีบุตร โดยทั้งคู่มีการสมรสกัน

³⁰ คุณเอ็ม (นามสมมติ), สัมภาษณ์โดย ภคพล เส้นขาว (20 มิถุนายน 2567).

หลังจากสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีและใช้เวลาถึง 2 ปีก่อนที่จะตั้งครุฑและมีบุตร ทั้งคู่มีบุตรสาวด้วยกัน 1 คน “ผมกับภรรยา มีลูกสาวด้วยกัน 1 คน มีหลังจากแต่งงานได้ 2 ปี ปัจจุบันเรียนต่อด้านเภสัชอยู่ที่ประเทศอังกฤษ”³¹ จากคำสัมภาษณ์จะเห็นได้ว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวมีช่วงระยะเวลาที่ค่อนข้างยาวนาน ทั้ง 2 คนทุ่มเทให้กับการเลี้ยงดูลูกสาว จนปัจจุบันลูกสาวได้ทุนไปศึกษาต่อในระดับปริญญาโทและปริญญาเอก ในด้านเภสัชศาสตร์ที่ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่ทั้ง 2 คนต้องทุ่มเทในการให้การศึกษาและเลี้ยงดูลูกสาวอย่างเหน็ดเหนื่อย

3) ระยะที่ลูกพ้นอกพอกับแม่

สำหรับครอบครัวของกรณีศึกษาเริ่มตั้งแต่เมื่อลูกสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีที่คณะเภสัชศาสตร์ ไปทำงานที่โรงพยาบาลแล้วสอบได้ทุน ก.พ. เพื่อไปเรียนต่อต่างประเทศ “ตอนนี้ลูกสาวไปเรียนปีนี้จะกลับบ้าน 2 ครั้ง เรา 2 คนก็มีเวลาอยู่ด้วยกัน 2 คนมากขึ้น ไปไหนมาไหนก็ไปกัน 2 คน เกษียณแล้วทั้งคู่”³² 2 สามีภรรยาที่อยู่ในวัยเกษียณจึงใช้เวลาว่างจากการไปเที่ยวด้วยกัน 2 คน และทำกิจกรรมร่วมกัน แต่เนื่องจากภรรยาสุขภาพไม่แข็งแรงทำให้เวลาส่วนใหญ่ของทั้งคู่หมดไปกับการรักษาพยาบาล³³

กรณีศึกษาดังกล่าวแสดงถึงพัฒนาการการก่อสร้างครอบครัวที่ค่อนข้างราบเรียบ ถึงแม้ว่าในช่วงแรกจะทำการสิ่งที่ไม่ดีประเพณีไทยหรือสิ่งที่ป็นข้อต้องห้าม คือ การย้ายมาอาศัยอยู่ร่วมกันก่อนสมรสในวัยเรียนนั่นเอง

8.1.2 กรณีศึกษาครอบครัวคนไทยที่นับถือศาสนาอิสลาม

สำหรับประเทศไทยนั้นศาสนาอิสลามมีผู้นับถือมากเป็นอันดับ 2 รองจากศาสนาพุทธ³⁴ พบโดยมากในกรุงเทพมหานครและปริมณฑลรวมไปถึงบริเวณ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ อันได้แก่ จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งหลักคำสอนของศาสนาอิสลามมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายด้วย การสร้างครอบครัวของชาวมุสลิมนั้นหากมองอย่างผิวเผินโดยทั่วไปอาจเห็นได้ว่าไม่ได้มีความแตกต่างจากคนในศาสนาอื่น เพียงแต่หากวิเคราะห์ตามหลักการของศาสนาอิสลามจริง ๆ แล้ว การเกิดขึ้นของครอบครัวของศาสนาอิสลามมีความแตกต่างออกไป เนื่องจากศาสนาอิสลามมีกฎเกณฑ์ในเรื่องการก่อตั้งครอบครัวที่เคร่งครัดแม้ในทางปฏิบัติอาจพบว่า ชาวมุสลิมในภาพรวมของประเทศไทยจะมีทั้งส่วนที่ปฏิบัติตามหลักศาสนาอย่างเคร่งครัด และส่วนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักศาสนาบ้าง แต่กรณีนี้เลือกมาศึกษานั้นเลือกมาจากผู้ที่ปฏิบัติตามตามหลักการมีครอบครัวของศาสนาอิสลามอย่างเคร่งครัด

1) ระยะเสนาห์ก่อนแต่งงาน-ระยะข่าวใหม่ปลามัน

ครอบครัวมุสลิมที่เลือกศึกษาอาศัยอยู่ที่จังหวัดยะลา ฝ่ายชายปัจจุบันอยู่ในวัย 65 ปี มีสวนยางพาราที่เป็นมรดกครอบครัว จบการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลามจากมหาวิทยาลัยในประเทศมาเลเซีย ภายหลังจากสำเร็จการศึกษาปัจจุบันทำธุรกิจครอบครัวส่งออกผ้าอูญาบและเปิดโรงเรียนสอนศาสนาอิสลาม มีภรรยา 2 คน ภรรยาคนแรกสมรสเมื่อจบมัธยมศึกษาปีที่ 6 ก่อนที่จะไปเรียนต่อที่ประเทศมาเลเซีย มีลูกสาวด้วยกัน 2 คน จนกระทั่งเมื่อฝ่ายชายอายุได้ 45 ปี ได้ทำการสมรสกับภรรยาคนที่ 2

³¹ เฟิ่งอ้าง.

³² เฟิ่งอ้าง.

³³ เฟิ่งอ้าง.

³⁴ มัทนี คำสำราญ และ ณัฐนุช วณิชยกุล, ‘ปัจจัยที่ส่งผลต่อการตัดสินใจท่องเที่ยวของชาวมุสลิมในเขตกรุงเทพมหานคร’ (2559) 6(12) วารสาร อัล-อิกมะฮ มหาวิทยาลัยฟาฏอนี 79, 81.

ซึ่งในขณะนั้นมีอายุ 35 ปี เป็นญาติกันและเป็นมายามีคนก่อนเสียชีวิต ฝ่ายชายสงสารจึงให้ผู้ใหญ่ไปสู้อขอโดย ภรรยาคนที่ 1 รับรู้และอนุญาต ปัจจุบันมีลูกชายกับภรรยาคนที่ 2 อีก 1 คน รูปแบบการสมรสทั้ง 2 ครั้งของฝ่าย ชายมีความแตกต่างกันโดยครั้งแรกนั้นผู้ใหญ่ไปสู้อขอให้ การพบเจอครั้งแรกระหว่างบ่าวสาวคือหลังวันสู้อแล้ว และเนื่องจากศาสนาอิสลามไม่เปิดโอกาสให้ชายหญิงได้ทำความคุ้นเคยหรือจีบกันก่อนแต่งงาน โดยเฉพาะ สังคมชาวมุสลิมในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ การสมรสจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็ว โดยคู่สมรสค่อยมี โอกาสทำความคุ้นเคยกันในภายหลังหรือที่รู้จักกันทั่วไปว่า คือ การจีบหลังแต่งงาน ซึ่งเป็นสิ่งที่อนุญาตตาม หลักศาสนาอิสลาม ชีวิตการสมรสครั้งแรกนั้นก็ราบรื่นมาด้วยดีอีกหลายสิบปีจนทั้งคู่มีลูกสาวด้วยกันถึง 2 คน สำหรับการสมรสครั้งที่ 2 เกิดขึ้นกับญาติรุ่นน้องที่เป็นหม้ายทำให้ผู้หญิงในวัย 35 ปี และไม่มีลูกซึ่งทำหน้าที่ เป็นแม่บ้านให้กับสามีคนก่อนมาตลอดชีวิต เกิดความลำบากในการใช้ชีวิต ฝ่ายชายเกิดความสงสารและ เนื่องจากมีฐานะที่มั่นคง คือ มีสวนยางและเปิดโรงเรียนสอนศาสนาอิสลามในจังหวัดยะลาจึงให้ผู้ใหญ่ไปสู้อขอ มาเป็นภรรยา การสมรสครั้งนี้จึงเป็นการสมรสจากความเห็นอกเห็นใจ ชีวิตหลังสมรสกับภรรยา 2 คน ราบรื่น และไม่ได้มีปัญหาชีวิต ฝ่ายชายปลูกบ้านให้อยู่คนละหลังในอาณาเขตเดียวกัน ภรรยาคนแรกอาศัยอยู่ร่วมกับ ลูกสาว 2 คน ภรรยาคนที่ 2 อาศัยอยู่ร่วมกับลูกชายคนเล็กในบ้านอีก 1 หลังที่ฝ่ายชายปลูกให้ โดยฝ่ายชายได้ จัดสรรให้ความยุติธรรมไว้เพื่อให้เป็นไปตามหลักศาสนาอิสลาม ฝ่ายชายจะแบ่งวันและเวลาเพื่อความยุติธรรม ระหว่าง 2 บ้าน อันช่วยสร้างบรรยากาศที่ดีในครัวเรือนแต่สามารถปรับเปลี่ยนได้หากภรรยาทั้ง 2 ฝ่ายยินยอม ทั้งครอบครัวอยู่กันอย่างถ้อยทีถ้อยอาศัย ปัญหาเกิดขึ้นในช่วงแรกตามปกติที่อาจมีการหึงหวงกันบ้างแต่เมื่อทั้ง 2 ฝ่ายชินแล้วก็อยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุขเป็นครอบครัวใหญ่ และหากพิจารณาถึงรูปแบบครอบครัวที่อาศัยอยู่ ร่วมกันระหว่างสามี 1 คน กับภรรยา 2 คน ก็ย่อมจะไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยที่เป็นระบบผัวเดียว เมียเดียวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สำหรับสังคมชาวมุสลิมในจังหวัดชายแดนภาคใต้แม้ รูปแบบครอบครัวดังกล่าวจะไม่สามารถพบได้บ่อยนักแต่ก็ไม่ใช่อะไรที่ผิดปกติในสังคมมุสลิมแต่อย่างใด

2) ระยะของการมีบุตรสืบสกุล-ระยะที่ลูกพ้นอกพ่อแม่

ในระยะของการมีบุตรสืบสกุลนั้นฝ่ายชายมีภรรยา 2 คน และมีลูกสาว 2 คน จากภรรยาคน แรกและลูกชายอีก 1 คน จากภรรยาคนที่ 2 เนื่องจากฝ่ายชายสมรสกับภรรยาคนแรกตั้งแต่วัยรุ่นคือทั้งคู่อายุ เพียง 18 ปี ลูกสาวคนแรกสำเร็จการศึกษาจากคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปัจจุบันรับราชการ ส่วนท้องถิ่นอยู่ในองค์การบริหารส่วนตำบลในพื้นที่ภูมิลำเนา สมรสแล้วมีลูกทั้งหมด 4 คน แยกครอบครัว ออกไปตั้งแต่อายุ 21 ปี หลังจากสำเร็จการศึกษา สามีเป็นครูสอนศาสนาอิสลามในโรงเรียนสอนศาสนาของ พ่อ ลูกสาวคนที่ 2 สำเร็จการศึกษาจากคณะมนุษยศาสตร์ สาขาภาษาเกาหลี จากมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี ปัจจุบันสมรสแล้วเช่นเดียวกัน ภายหลังจบการศึกษาสมรสกับนายแพทย์ชาวมาเลเซีย ปัจจุบันเป็นแม่บ้านอยู่ที่กรุงกัวลาลัมเปอร์ มีลูกชาย 2 คน เมื่อลูกสาวอยู่ในวัยรุ่นเป็นผู้เป็นพ่อในวัย 45 ปี ได้สมรส กับภรรยาคนที่ 2 หลังสมรสกับภรรยาคนที่ 2 ได้ 5 ปี มีลูกชายคนเล็ก 1 คน ปัจจุบันกำลังเรียนในระดับ มัธยมศึกษา

ปัจจุบันฝ่ายชายอายุ 65 ปี ใช้ชีวิตอยู่กับภรรยาทั้ง 2 คนในบ้านที่ตั้งอยู่ใกล้กันพร้อมทั้งลูกชาย คนเล็กเนื่องจากลูกสาวทั้ง 2 คน ต่างก็สมรสแล้วย้ายไปอาศัยอยู่กับครอบครัวของสามี ครอบครัวของลูกสาว คนโตซึ่งมีบ้านอยู่ในบริเวณใกล้เคียงมักจะพาหลานมาหาเยี่ยมพ่อแม่บ่อย ๆ แต่ลูกสาวคนที่ 2 ที่ย้ายไปอยู่ที่ มาเลเซียกับสามีจะกลับบ้านเพียงปีละ 1 ครั้ง จึงอาจกล่าวได้ว่าชีวิตในวัย 65 ของครอบครัวไทยมุสลิมรายนี้ ที่ แม้จะมีบรรทัดฐานทางสังคมที่แตกต่างจากคนไทยพุทธทั่วไป แต่ก็มีความสุขดีอันเนื่องมาจากพวกเขายึดมั่นใน หลักการของศาสนาอิสลามที่เน้นการให้ความยุติธรรมต่อการปกครองภรรยาทั้ง 2 คนเป็นอย่างดี

9. อภิปรายผลการวิจัย

ในการศึกษาเปรียบเทียบการสร้างครอบครัวในสังคมไทยผ่านการศึกษาครอบครัวของคนไทยพุทธ และคนไทยมุสลิม โดยอาศัยพัฒนาการในการสร้างครอบครัว 4 ระยะ สามารถสรุปผลออกมาได้ ดังต่อไปนี้

9.1 ระยะเสนหาก่อนแต่งงาน

ศาสนาอิสลามไม่ให้มีการล่วงประเวณี หรือการพบปะพูดคุยฉันคู่สาวก่อนแต่งงาน เพราะถือว่าการใกล้ชิดระหว่างเพศตรงข้าม อาจจะไปสู่การมีเพศสัมพันธ์ก่อนสมรสโดยมีโองการในคัมภีร์บอกลบทองโทษของการมีเพศสัมพันธ์ก่อนสมรสไว้อย่างชัดเจน³⁵ และถูกนำมาใช้จริงในประเทศที่นำกฎหมายชารีอะฮ์มาใช้เพื่อลงโทษผู้ที่ละเมิด แม้ระบบกฎหมายไทยจะไม่ได้รับเอาหลักกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้กับชาวมุสลิมในประเทศไทย แต่ในทุกหนทางที่จะนำไปสู่การมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสชาวมุสลิมจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้น ดังจะเห็นได้จากการปฏิบัติระยะเสนหาก่อนแต่งงานหรือภาวะรักแรกพบ ซึ่งในกรณีศึกษาครอบครัวไทยมุสลิม สามิและภรรยาคนแรกได้พบเจอกันในวันที่ผู้ใหญ่ไปสู่ขอเจ้าสาว หลังจากวันสู่ขอฝ่ายชายและฝ่ายหญิงได้เรียนรู้กันผ่านผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่าย เพื่อนและคนรอบข้าง ระยะเสนหาก่อนแต่งงานจึงเกิดขึ้นหลังจากทั้งสองฝ่ายสมรสตรงกับคำสัมภาษณ์ว่าเป็นการจีบหลังแต่งงาน โดยยึดเกณฑ์การเลือกหญิงเป็นคู่ครองดังหะดีษต่อไปนี้ 1. ทรัพย์สิน 2. วงศ์ตระกูล 3. ความสวยงาม 4. ศาสนา คุณสมบัติทั้ง 4 ประการ ของหญิงนี้จึงเป็นพื้นฐานในการเลือกคู่ครอง

“สตรีจะถูกแต่งงานด้วยเหตุปัจจัยสี่ประการคือ 1. ทรัพย์สินของนาง 2. วงศ์ตระกูลของนาง 3. ความงามของนาง และ 4. ศาสนาของนาง ดังนั้นจึงเลือกสตรีที่เคร่งครัดในศาสนาเถิด เพื่อความสุขสมบูรณ์ของเจ้า”³⁶

ในขณะที่ฝ่ายหญิงเมื่อมีฝ่ายชายมาสู่ขอแล้วก็มีหลักเกณฑ์ในการเลือกชายเป็นคู่ครองดังหะดีษต่อไปนี้ 1. ศาสนา 2. มารยาท

“เมื่อมีชายใดมาสู่ขอที่ท่านพอใจใน ศาสนา และ มารยาท ของเขาแล้ว ก็จงให้แต่งงานกับเขาเสีย หากท่านไม่ทำ จะเกิดความวุ่นวายในแผ่นดินและความเสื่อมเสียอย่างใหญ่หลวง”³⁷

กล่าวคือ ผู้ชายคนนั้นได้นับถือศาสนาอิสลามและมีศรัทธาในพระเจ้าหรือไม่และพิจารณาจากมารยาทของเขา ซึ่งเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวแล้วศาสนาอิสลามก็สนับสนุนให้มีการสมรสเกิดขึ้น

นอกจากนั้นหลักการของศาสนาอิสลามยังได้อนุญาตให้ผู้ชายสามารถมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งและไม่เกิน 4 คน บนเงื่อนไขที่ว่า ฝ่ายชายมีฐานะสามารถเลี้ยงดูภรรยาทุกคนได้และสามารถให้ความยุติธรรม ในการจัดสรรเวลาและความรักให้กับภรรยาทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ครอบครัวของกรณีศึกษาได้สมรสกับภรรยาคนที่ 2 ที่เป็นคนรู้จักกันและสามิเสียชีวิตซึ่งสาเหตุในการสมรสครั้งที่ 2 มีที่มาจากความสงสาร อย่างไรก็ตามเนื่องจากฝ่ายชายมีฐานะมั่นคงเป็นเจ้าของโรงเรียนสอนศาสนาเอกชนในจังหวัดยะลา สามารถเลี้ยงดูภรรยาทั้ง 2 คน ได้ในระดับที่ไม่ลำบากและลูกสาวทั้ง 2 คนจากภรรยาคนแรกก็โตแล้ว แม้ในตอนแรกจะมีปัญหาบ้างแต่

³⁵ “หญิงและชายที่ผิดประเวณี (โดยที่เข้างทั้งสองไม่เคยร่วมประเวณีจากการสมสู่ที่ถูกต้อง) พวกเขาจึงเขียนตีกาทั้งสองคน ๑ ละ 100 ครั้ง และอย่าให้มีความสงสารต่อเขทั้งสองในเรื่องศาสนาของอัลเลาะห์” (ซูเราะห์ อัน-นุร อายะห์ที่ 2).

³⁶ Al-Bukhari, Sahih al-Bukhari (n 12).

³⁷ At-Tirmidhi, Jami' at-Tirmidhi Hadith 1084 (Dar-us-Salam, n.d.).

เมื่อสามารถจัดการได้ครบครันก็ดำเนินชีวิตต่อไปได้อย่างสงบสุข ซึ่งสอดคล้องกับหลักคำสอนและกฎหมายอิสลามที่อนุญาตการมีภริยามากกว่า 1 คนแต่ไม่เกิน 4 คนให้สามารถกระทำได้ในพื้นที่จังหวัดยะลาซึ่งเป็นภูมิลำเนาของกรณีศึกษา โดยจำนวนภริยาขึ้นอยู่กับความสามารถของสามีในการดูแลภริยาทุกคนได้อย่างเท่าเทียมกันซึ่งเป็นเรื่องภายในครอบครัวของคู่สมรส

สำหรับศาสนาพุทธนั้นได้ให้อิสระเสรีภาพในการเลือกคู่ครอง โดยไม่มีการกำหนดคุณสมบัติของคู่สมรสโดยเฉพาะฝ่ายหญิงซึ่งก็มีความสอดคล้องกับระบบกฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน ทั้งในด้านการสมรสและการครองเรือน โดยไม่มีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณลักษณะของคู่สมรสฝ่ายหญิงและคู่สมรสทั้ง 2 ฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นเพศใดต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันในการครองเรือน³⁸ แม้ว่าการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงสาวก่อนสมรสจะเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมรับได้ในทางศีลธรรม เนื่องจากการล่วงประเวณีหญิงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดานั้นเป็นฝ่าฝืนข้อห้ามการประพฤติดิล्लीกเมียของผู้อื่นในศีล 5 ของศาสนาพุทธ แต่ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดของการมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสไว้ จึงทำให้การคบหาระหว่างชายกับหญิงตลอดจนการมีเพศสัมพันธ์ก่อนสมรสเป็นเรื่องที่สามารถพบเห็นได้ ตรงกับกรณีศึกษาที่นับถือศาสนาพุทธ ซึ่งทั้งสองฝ่ายพบเจอกันในช่วงที่ศึกษาอยู่ในระดับอุดมศึกษาหลังจากคบหาใจกันสักพักแล้วก็เลือกที่จะย้ายมาอาศัยอยู่ร่วมกันก่อนสมรส แต่เพื่อไม่ให้เป็นการผิดต่อศีลธรรมและจารีตประเพณีเมื่อผู้ใหญ่ของทั้ง 2 ฝ่ายรับรู้ จึงได้ขอให้ทั้ง 2 ฝ่ายหมั่นกันก่อนอันจะช่วยป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นกับฝ่ายหญิง กรณีศึกษาที่เกิดขึ้นภายใต้บริบทของสังคมไทยในปัจจุบันดังกล่าวข้างต้นนี้แตกต่างจากบริบทของสังคมไทยในอดีต ซึ่งหญิงจะได้รับการยกย่องและคุ้มครองภายใต้สถาบันทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับเพศและการสมรส การชู้สาวหรือการอยู่กินก่อนสมรสจึงเป็นเรื่องที่มีบทลงโทษค่อนข้างรุนแรงอันเป็นผลของระบบครอบครัวและวัฒนธรรมประเพณีของสังคมไทยในอดีตที่เป็นสังคมกสิกรรม³⁹

9.2 ระยะข่าวใหม่ปลามัน

หลังจากที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงได้ย้ายมาอยู่ร่วมกันหรือหลังจากมีความสัมพันธ์ทางเพศแล้ว ถือได้ว่าเริ่มต้นระยะข่าวใหม่ปลามัน ในช่วงระยะดังกล่าวของทั้ง 2 กรณี ในคู่สมรสกรณีศึกษาที่นับถือศาสนาอิสลามความสัมพันธ์ดังกล่าว เกิดขึ้นภายหลังการสมรสเพราะทั้งคู่ไม่เคยทำความรู้จักกันก่อนสมรส อันเนื่องมาจากหลักการพื้นฐานของศาสนาอิสลามที่ไม่อนุญาตการมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสประกอบกับมีบทลงโทษตามหลักศาสนาที่รุนแรงและมักจะมีการแทรกแซงทางสังคม ในขณะที่ กรณีศึกษาที่นับถือศาสนาพุทธนั้นแม้ในศาสนาพุทธจะมีข้อห้ามการผิดลัทธิ และถือว่าเกิดความเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของหญิงและครอบครัวฝ่ายหญิง แต่เนื่องจากไม่ได้มีบทลงโทษอย่างเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทยต่อการอยู่กินร่วมกันก่อนแต่งงาน ทำให้ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงมีโอกาสได้คบหาทำความรู้จักกันก่อนสมรสหรือเกินเลยจนถึงขั้น

³⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (พิมพ์ครั้งที่ 11, วิญญูชน 2565) 184.

³⁹ กรมพระนราธิปประพันธ์พงศ์ (พระเจ้าบรมวงศ์เธอ), จดหมายเหตุลาลูแบร์ เล่ม 1 (องค์การคำของคุรุสภา 2505) 111-113, 217-218, 230, 233., ฌัก-บัพติสต์ ปาลเลอกซ์, เล่าเรื่องกรุงสยาม (พิมพ์ครั้งที่ 4, สันต์ ท. โกมลบุตร แปล, ศรีปัญญา 2552) 139-155.; ยศ สันตสมบัติ, 'การทำความเข้าใจ "เพศสถานะ" และ "เพศวิถี" ในสังคมไทย' ใน อมรา พงศาพิชญ์ (บรรณาธิการ), เพศสถานะและเพศวิถีในสังคมไทย (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548) 10-11, 18.

ตัดสินใจย้ายมาอาศัยอยู่ร่วมกันในหอพักเดียวกันในขณะที่คบหาอยู่กัน ระยะข่าวใหม่ปลามันของคู่สมรสซึ่งนับถือศาสนาพุทธจึงสามารถเกิดขึ้นได้แม้ยังไม่มีพิธีสมรส

9.3 ระยะการมีบุตรสืบสกุล

ระยะการมีบุตรสืบสกุลในกรณีศึกษาซึ่งเป็นตัวแทนครอบครัวชาวพุทธทั่วไป เริ่มขึ้นภายหลังจากการสมรส 2 ปี ในขณะที่กรณีศึกษาซึ่งเป็นตัวแทนครอบครัวชาวมุสลิม ระยะการมีบุตรสืบสกุล เริ่มต้นขึ้นที่หลังการสมรสในช่วงวัยรุ่น และสำหรับภรรยาคนที่ 2 ระยะการมีบุตรสืบสกุลเริ่มต้นขึ้นภายหลังการสมรส 5 ปี ระยะการมีบุตรสืบสกุลนั้น ตามปกติแล้วเริ่มจากตั้งแต่เมื่อภรรยาเริ่มตั้งครรภ์บุตรคนแรกความสัมพันธ์ที่มีกันเพียง 2 คน ในระยะข่าวใหม่ปลามันนั้น จะหมดไปเมื่อฝ่ายหญิงเริ่มตั้งครรภ์จนกระทั่งมีบุตร เนื่องจากสมาชิกที่เพิ่มขึ้นความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้น ในระยะนี้ทั้ง 2 ฝ่าย จึงต้องไปทุ่มเทให้กับการทำงานดูแลลูกที่เกิดขึ้นสำหรับครอบครัวกรณีศึกษาทั้งสองศาสนามีความคล้ายคลึงกัน เนื่องจากระยะการมีบุตรสืบสกุลเกิดขึ้นหลังการสมรส เพราะถึงแม้ว่าศาสนาพุทธจะไม่มีข้อห้ามสำหรับการมีบุตรก่อนสมรส รวมทั้งระบบกฎหมายไทยที่เปิดช่องให้บุตรนอกสมรสซึ่งบิดาได้รับรองแล้วเป็นทายาทโดยธรรมที่สามารถรับมรดกของบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่เนื่องจากกรอบจารีตประเพณีที่ไม่ได้รับการยอมรับและเพื่อหลีกเลี่ยงคำติฉินนินทา ถึงแม้ว่าครอบครัวที่นับถือศาสนาพุทธจะมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสหรือการอยู่ก่อนแต่ง แต่การมีบุตรเกิดขึ้นหลังจากสำเร็จการศึกษาและสมรสแล้วถึง 2 ปี ในขณะที่คู่สมรสที่นับถือศาสนาอิสลามเนื่องจากสมรสตั้งแต่อายุในวัยรุ่นคือในวัย 18 ปี ลูกสาวคนแรกเกิดเมื่อภายหลังการสมรสเพียง 1 ปี และหลังจากนั้นอีก 5 ปี ลูกสาวคนที่ 2 จึงเกิดขึ้นและเนื่องจากฝ่ายชายมีรายได้จากมรดกครอบครัวเป็นสวนยางพาราและมีโรงเรียนสอนศาสนาอิสลามทำให้การมีลูกไม่เป็นปัญหาแม้ในขณะนั้นฝ่ายชายจะต้องไปเรียนต่อในระดับอุดมศึกษาที่ประเทศมาเลเซีย

9.4 ระยะช่วงที่ลูกพ้นจากอกพ่อแม่

ระยะนี้ตามปกติแล้วเริ่มเมื่อ ลูกทุกคนพ้นวัยศึกษาและออกไปทำงานพร้อมกับแม่ก็พ้นภาระที่ต้องทุ่มเทให้ลูก และจะหันมาให้ความสนใจกันเองมากขึ้นมีการทำกิจกรรมร่วมกันซึ่งในกรณีศึกษา ทั้งที่นับถือศาสนาอิสลามและศาสนาพุทธต่างอยู่ในกลุ่มผู้สูงวัยและไม่ได้มีความแตกต่างในเรื่องการใช้ชีวิต แต่สิ่งที่แตกต่างคือเนื่องจากศาสนาอิสลามอนุญาตให้มีภรรยาได้มากกว่า 1 คนแต่ไม่เกิน 4 คน ในกรณีศึกษาที่นับถือศาสนาอิสลามจึงมีการสมรสกับภรรยาคนที่ 2 และมีลูกคนเล็กทำให้ยังอยู่ในระยะของการมีบุตรสืบสกุลแม้จะมีอายุมากแล้ว

ระยะเวลาที่ลูกพ้นจากอกพ่อแม่ของทั้ง 2 ครอบครัว ตามหลักคือช่วงเวลาที่ลูกเติบโตไปทำงานมีชีวิตครอบครัวเป็นของตนเอง สำหรับครอบครัวกรณีศึกษาซึ่งเป็นครอบครัวข้าราชการตำรวจหันกลับมาให้ความสนใจกันอีกครั้ง เมื่อลูกสาวเพียงคนเดียวเดินทางไปศึกษาต่อที่ต่างประเทศ ในขณะที่กรณีศึกษาที่ครอบครัวชาวมุสลิมเป็นครอบครัวพหุภรรยา สามีมียภรรยา 2 คน เมื่อลูกสาว 2 คนจากภรรยาคนแรกมีครอบครัวไปแล้วแต่ในการสมรสกับภรรยาคนที่ 2 มีลูกชายคนเล็กอีก 1 คน ทำให้ช่วงที่ลูกพ้นจากอกพ่อแม่ยังไม่ถึง ภรรยาทั้ง 2 คนก็ช่วยกันเลี้ยงลูกอีกคนต่อไปอีก

จากผลการศึกษาระยะเวลาครอบครัวของกรณีศึกษา แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างและปัจจัยของพัฒนาการ การเกิดครอบครัวของกลุ่มคนที่นับถือศาสนา 2 ศาสนา ในประเทศไทย โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนปรัชญาของศาสนาพุทธให้อิสระและความเสมอภาคแก่คู่สมรสในการเลือกคู่ครอง โดยหลักธรรมการครองเรือนที่มีความใกล้เคียงกับการสร้างครอบครัว คือ ขรวาสาธรรม 4 อันได้แก่ สัจจะ ทมะ ขันติ จาคะ ทั้ง 4 ประการนั้นเป็นเพียงหลักสำหรับการครองคู่ของคู่สมรสให้ยาวนาน ในขณะที่ศาสนาอิสลามมี

การระบุเอาไว้อย่างชัดเจนถึงแนวทางการเลือกคู่ครองและการใช้ชีวิตครอบครัวของสามีภรรยาในระยะต่าง ๆ ซึ่งจะต้องถือปฏิบัติระบุไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานและหะดีษตลอดจนกฎหมายอิสลาม

10. ข้อเสนอแนะที่ได้จากการวิจัย

การนำกรณีศึกษาที่นับถือศาสนาอิสลามและศาสนาพุทธมาวิเคราะห์ประกอบกับบริบททางกฎหมาย ทำให้ทราบถึงแนวคิดที่มีอิทธิพลต่อการสร้างครอบครัว สิ่งที่พบ คือ ด้วยหลักและข้อห้ามของศาสนาอิสลามซึ่งมีสภาพบังคับในฐานะกฎหมายครอบครัวด้วยนั้นทำให้การสร้างครอบครัวในช่วงระยะเสนหาก่อนแต่งงานเริ่มขึ้นหลังการสมรส และระยะการมีบุตรสืบสกุลเกิดขึ้นเร็ว เนื่องจากอายุของผู้สมรสรวมไปถึงการเลือกคู่ครองที่สนับสนุนให้แต่งงานกับผู้ที่นับถือศาสนาเดียวกัน ในระยะข้าวใหม่ปลามันนั้น เนื่องจากมีหลักศาสนาให้ผู้ชายมุสลิมสามารถทำการสมรสกับภรรยาได้มากกว่า 1 คนแต่ไม่เกิน 4 คน ทำให้ในช่วงชีวิตครอบครัวผู้ชายสามารถเข้าสู่ระยะข้าวใหม่ปลามันได้หลายครั้ง โดยมีเงื่อนไขว่าชายจะต้องสามารถเลี้ยงดูภรรยาและลูกทุกคนได้อย่างเท่าเทียมและยุติธรรม ในระยะลูกพ้นอกพ่อแม่แล้ว ในครอบครัวที่สามีมีภรรยาหลายคน ระยะที่ลูกพ้นอกพ่อแม่ก็อาจจะเปลี่ยนแปลงไปหากผู้ชายสมรสกับภรรยาที่อายุน้อยกว่าในภายหลัง อย่างไรก็ตาม ธรรมเนียมปฏิบัติและหลักความเชื่อของศาสนาอิสลามดังกล่าวมีการปฏิบัติกันเฉพาะในบริเวณที่มีชาวมุสลิมเป็นจำนวนมากและที่ซึ่งกฎหมายอิสลามมีสภาพบังคับพื้นที่ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ อันได้แก่ ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล เท่านั้น เพราะชาวมุสลิมที่อาศัยในพื้นที่อื่นไม่มีกฎหมายพิเศษในเรื่องของการสมรสตามแนวของศาสนาอิสลาม ประกอบกับเงื่อนไขด้านเศรษฐกิจที่การมีครอบครัวประกอบด้วยซึ่งมีสมาชิกในครอบครัวจำนวนมากย่อมหมายถึง ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในพื้นที่อื่น ๆ ซึ่งไม่มีการใช้กฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกไว้เป็นการเฉพาะ แม้ว่าชาวมุสลิมบางครอบครัวอาจจะดำรงชีวิตด้วยการมีภรรยามากกว่าหนึ่งคน แต่การสมรสตามกฎหมายสามารถทำได้โดยการจดทะเบียนสมรสกับภรรยาเพียงคนเดียว อย่างไรก็ตาม มาตรา 26 (10) และ (11) ของพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ในการออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม ตลอดจนประณามข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม เมื่อได้รับการร้องขอเพื่อให้ครอบครัวของชาวมุสลิมในพื้นที่อื่นของประเทศไทยได้รับความคุ้มครองอย่างสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม

ในขณะที่ศาสนาพุทธไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการเลือกคู่สมรส รวมไปถึงไม่มีข้อห้ามในระบบกฎหมายไทยในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์นอกสมรส ชายหญิงในระยะเสนหาก่อนแต่งงานจึงมีอิสระในการคบหาและสามารถอยู่ร่วมกันก่อนการตัดสินใจสมรสได้ โดยมีเพียงหลักปฏิบัติในการครองเรือน คือ หลักฆราวาสธรรม 4 อันได้แก่การดำรง สัจจะ ทมะ ขันติ จาคะ ส่วนการเลือกคู่ครองตามหลักสมชีวิธรรม 4 ที่มีเกณฑ์ในการเลือกจาก สมศรัทธา สมศีลา สมจาคา สมปัญญา หรือให้เลือกคู่ครองที่มีศีลเสมอกัน สำหรับข้อห้ามเรื่องการมีเพศสัมพันธ์มีเพียงศีล 5 ในข้อ 3 ห้ามประพฤติดิฉินในกามเท่านั้นที่ระบุไว้ แต่เป็นการห้ามมีเพศสัมพันธ์โดยที่พ่อแม่ผู้ปกครองไม่ยินยอมหรือมีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่มิใช่คู่ครองอยู่แล้ว และถึงแม้สังคมไทยจะเคยเป็นสังคมพหุภรรยามาก่อน แต่ในปัจจุบันสังคมไทยได้รับอิทธิพลจากตะวันตกการยอมรับถึงครอบครัวที่มีคู่สมรสเพียงคนเดียวก็ถูกกำหนดให้เป็นบรรทัดฐานทางสังคมหลัก ทำให้การดำเนินชีวิตครอบครัวเป็นครอบครัวเดี่ยวมากกว่า

สุดท้ายแล้วแม้ว่าแต่ละศาสนาจะมีบรรทัดฐานในการดำรงอยู่ของสถาบันครอบครัวที่มีความแตกต่างกันแต่หลักเกณฑ์ ประเพณี ตลอดจนกฎหมาย ซึ่งได้รับการยึดถือในแต่ละกลุ่มก็มีความเหมาะสมภายใต้บริบทสังคมที่ตนเองสังกัด และมีวัตถุประสงค์เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัว

เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ภายใต้สภาวะที่การเกิดของประชากรไทยมีอัตราการลดลง และสังคมไทยได้เข้าสู่สังคมผู้สูงอายุอย่างเต็มรูปแบบซึ่งต่างจากบริบทของสังคมไทยในขณะเกิดนโยบายวางแผนครอบครัวเมื่อหลายทศวรรษก่อน การที่ภาครัฐจะหวนกลับมาคำนึงถึงความสำคัญของหน้าที่ในการผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคมของสถาบันครอบครัวโดยให้การสนับสนุนทางด้านเศรษฐกิจและสวัสดิการที่สอดคล้องกับบริบททางสังคม วัฒนธรรม และศาสนา แก่ครอบครัวที่มีบุตร ทั้งนี้ ไม่ว่าครอบครัวดังกล่าวจะอยู่ในสถานะสมรสที่ได้รับการยอมรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอิสลาม หรือแม้จะไม่มีสถานะสมรสตามกฎหมายใดเลย เพื่อจูงใจให้ครอบครัวของคนไทยตัดสินใจที่จะมีบุตรอาจเป็นแนวทางหนึ่งในการช่วยผ่อนคลายความชัดเจนของรูปแบบสังคมผู้สูงอายุของไทยได้ในระดับหนึ่งด้วย

11. ข้อเสนอแนะสำหรับการวิจัยครั้งต่อไป

11.1 การวิจัยครั้งนี้ใช้กรณีศึกษาเปรียบเทียบเพียง 2 ครอบครัว ได้แก่ ครอบครัวไทยพุทธและครอบครัวไทยมุสลิม ที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ซึ่งแม้ว่าจะช่วยสะท้อนภาพรวมเบื้องต้นของลักษณะครอบครัวและการดำรงชีวิตภายใต้เงื่อนไขทางศาสนาและสังคม แต่ยังมีข้อจำกัดในด้านจำนวนและความหลากหลายของข้อมูล การวิจัยครั้งต่อไปจึงควรใช้ระเบียบวิธีวิจัยแบบผสมผสาน (Mixed Methods Research) ที่บูรณาการทั้งเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพ เพื่อให้สามารถวิเคราะห์ได้อย่างรอบด้าน ทั้งในมิติของข้อมูลเชิงสถิติที่มีความน่าเชื่อถือ และข้อมูลเชิงลึกที่สะท้อนประสบการณ์ชีวิตจริงของผู้ให้ข้อมูล อันจะช่วยให้การวิจัยมีความถูกต้อง ครบคลุม และตอบวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

11.2 ในการวิจัยครั้งต่อไปควรขยายขอบเขตของกลุ่มตัวอย่างให้มีความหลากหลายมากขึ้น โดยเฉพาะในกลุ่มผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามซึ่งมีลักษณะครอบครัวที่แตกต่างกัน เช่น ครอบครัวที่มีภรรยาเพียง 1 คน และครอบครัวที่มีภรรยาจำนวน 4 คน ตลอดจนกลุ่มผู้ที่นับถือศาสนาพุทธที่มีครอบครัวในลักษณะภรรยา 1 คน และภรรยามากกว่าหนึ่งคน การเปรียบเทียบกลุ่มตัวอย่างในลักษณะดังกล่าวจะช่วยให้เข้าใจความแตกต่าง ทางด้านบทบาททางเพศ การจัดการครอบครัว ระบบเครือญาติ รวมถึงปัจจัยทางศาสนาและวัฒนธรรมที่มีผลต่อการดำเนินชีวิตได้ชัดเจนยิ่งขึ้น อีกทั้งยังจะทำให้ผลการวิจัยมีน้ำหนักทางวิชาการมากขึ้น สามารถใช้เป็นข้อมูลอ้างอิงเพื่อการกำหนดนโยบายสาธารณะ การวางแผนงานด้านสังคมสงเคราะห์ ตลอดจนการสร้าง ความเข้าใจที่ถูกต้องระหว่างชุมชนต่างศาสนาในสังคมไทย

กระบวนการหาตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนามภายใต้กฎหมายไทย:
ข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมาย*

The Procedure for Identifying Anonymous Online Defamers under Thai Law:
A Proposal for Legal Amendment

ชีวิน มัลลิกะมาลย์ **

ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

Cheewin Mallikamarl

Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University

วันที่รับบทความ 9 มีนาคม 2569; วันแก้ไขบทความ 20 พฤษภาคม 2569; วันตอบรับบทความ 28 มิถุนายน 2569

บทคัดย่อ

กฎหมายหมิ่นประมาทของประเทศไทยไม่สามารถคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงของผู้เสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากผู้เสียหายถูกหมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนาม เพราะผู้เสียหายไม่ทราบว่าใครคือบุคคลที่หมิ่นประมาท ในการหาตัวผู้หมิ่นประมาท ผู้เสียหายต้องอาศัยกระบวนการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) จากการวิเคราะห์กระบวนการนี้ บทความนี้พบว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ มีอำนาจเรียกข้อมูลจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพื่อระบุตัวผู้กระทำความผิดซึ่งสามารถใช้ในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทได้ แต่บทความนี้เห็นว่า กระบวนการนี้มีปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ มีจำนวนไม่เพียงพอในการดำเนินคดีหมิ่นประมาท บทความนี้ได้เสนอทางแก้ไขจากการเปรียบเทียบแนวทางของกฎหมายไทยกับแนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งให้สิทธิผู้เสียหายร้องขอให้ศาลสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนามได้โดยตรงตามแนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกานี้ ศาลต้องชั่งน้ำหนักว่าจะให้ความสำคัญกับสิทธิในชื่อเสียงของผู้เสียหายหรือเสรีภาพในการสื่อสารของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามมากกว่ากัน เพราะกฎหมายสหรัฐอเมริการับรองการสื่อสารโดยนิรนามในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการสื่อสารที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ บทความนี้จึงได้เสนอให้กฎหมายไทยนำแนวทางนี้มาใช้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 18 ของ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ และบทความนี้ยังเห็นว่าแนวทางนี้สามารถแก้ปัญหาทางปฏิบัติข้างต้นได้ เพราะผู้เสียหายสามารถร้องขอต่อศาลยุติธรรมของไทยเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเปิดเผยตัวตนของผู้หมิ่นประมาทได้โดยตรง โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ

คำสำคัญ: หมิ่นประมาท, หมิ่นประมาทโดยนิรนาม, การหาตัวผู้กระทำความผิดออนไลน์, พนักงานเจ้าหน้าที่, ผู้ให้บริการ

* บทความนี้เป็นสรุปจากงานวิจัยเรื่อง “การหาตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนามภายใต้กฎหมายไทย: ข้อเสนอในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์”

** อาจารย์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

ที่อยู่: ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ เลขที่ 50 ถนนงามวงศ์วาน แขวงลาดยาว เขตจตุจักร กรุงเทพฯ 10900

E-mail: cheewin.m@ku.th

Abstract

Thailand's defamation law fails to effectively protect the reputational rights of victims who are anonymously defamed online, as they do not know the identities of the defamers. Victims must rely on the procedure outlined in the Computer Crime Act B.E. 2550 (2007) (and its amendments) ('CCA') to identify the defamers. Having analysed the Act, this article shows that competent officials can request information from Internet Service Providers (ISPs) to identify perpetrators. This procedure can be applied to identify anonymous online defamers. However, the article argues that the procedure has practical problems such as insufficient numbers of competent officials to handle online defamation cases. To provide a solution, this article compares the Thai approach with the approach under US law, which allows defamed victims to directly request a court to order ISPs to reveal the identities of the anonymous defamers. Under the US approach, the court must weigh whether to prioritise the victim's right to reputation or the anonymous user's right to free speech. This is because US law recognises anonymous speech as an aspect of free speech protected by the Constitution. This article, therefore, proposes that Thai law should adopt this approach by amending Section 18 of the CCA. It also argues that the US approach can solve the practical problems under Thai law because defamed victims can directly request the Thai Court of Justice to order ISPs to reveal their anonymous defamers' identities without having to rely on the competent officials.

Keywords: Defamation, Anonymous Defamation, Identification of Online Perpetrators, Competent Official, Service Providers

1. บทนำ

ปัจจุบันการหมิ่นประมาทผู้อื่นเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326¹ และการหมิ่นประมาทนั้นทำให้สาธารณชนรับทราบข้อความได้ ผู้หมิ่นประมาทต้องรับโทษฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามมาตรา 328² ทั้งนี้ กฎหมายไทยไม่ได้มีการแบ่งแยกความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยทั่วไปกับการหมิ่นประมาททางออนไลน์ (Online Defamation)³ นอกจากการหมิ่นประมาทจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ผู้เสียหายที่ถูกหมิ่นประมาทสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 วรรคแรก⁴ มาตรา 420⁵ และมาตรา 447⁶ ได้ กฎหมายที่กล่าวมานี้มุ่งคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁷

นอกจาก กฎหมายคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงแล้ว ประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับยังมีบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการแสดงออก หรือเสรีภาพในการสื่อสารของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าหมิ่นประมาทผู้อื่นด้วยเสรีภาพนี้ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน⁸ ตามกฎหมายอาญา บุคคลที่ถูกฟ้องว่าหมิ่นประมาทสามารถอ้างว่า ตนแสดงความเห็นโดยสุจริตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 329⁹ หรืออ้างว่า ข้อความที่ตนเองหมิ่นประมาทเป็นความจริง และการพิสูจน์ว่าเป็นความจริงนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 330¹⁰ ตามกฎหมายแพ่ง บุคคลที่ถูกฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการหมิ่นประมาทผู้อื่นสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิด โดยอาศัยมาตรา 423 วรรคสองได้¹¹ หรือสามารถนำข้อยกเว้นทางอาญามาปฏิเสธความรับผิดทางแพ่งได้เช่นกัน¹²

การดำเนินคดีกับบุคคลที่หมิ่นประมาท ผู้เสียหายสามารถดำเนินคดีอาญาโดยฟ้องคดีด้วยตนเองได้¹³ หรือ ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁴ เพื่อดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดีแทนผู้เสียหาย ในกรณีที่ผู้เสียหายต้องการเรียกค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายแพ่งจากผู้หมิ่นประมาท ผู้เสียหายสามารถฟ้องเป็นคดีแพ่งได้

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328.

³ ก่อนปี 2560 พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฯ มาตรา 14(1) ถูกตีความว่าเป็นบทบัญญัติที่ลงโทษบุคคลที่หมิ่นประมาททางออนไลน์ เช่น ในคำพิพากษาฎีกาเลขที่ 3334/2558 แต่ในปี 2560 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฯ โดยระบุว่า มาตรา 14(1) ไม่รวมการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา...” การหมิ่นประมาทออนไลน์จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 14(1) พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฯ อีกต่อไป.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โปรดดูตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ 891/2557.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 447.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 32.

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 34.

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329.

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 330.

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 วรรคสอง.

¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 1972/2517.

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28(2).

¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 123.

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1¹⁵ ยังให้สิทธิผู้เสียหายในคดีหมิ่นประมาทยื่นคำร้อง เพื่อขอให้พนักงานอัยการเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชื่อเสียงแทนได้ด้วย

หลักกฎหมายที่กล่าวมาทำให้เห็นว่า ในปัจจุบันกฎหมายไทยได้พยายามสร้างความสมดุล (Balance) ระหว่างการคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงของผู้เสียหาย และเสรีภาพในการสื่อสารของผู้หมิ่นประมาท กล่าวคือ บุคคลที่ทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียงอาจไม่ต้องรับโทษทางอาญาหรือรับผิดทางแพ่ง หากบุคคลนั้นอ้างว่าการกระทำของตนเป็นกระทำโดยชอบตามหลักประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329, 330 หรือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 วรรคสอง แม้กฎหมายได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงและเสรีภาพในการสื่อสาร แต่ผู้วิจัยจะนำเสนอในบทความวิจัยนี้ว่า ปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการสื่อสารโดยใช้สื่อออนไลน์มีลักษณะพิเศษ คือ ผู้สื่อสารสามารถใช้นามแฝง (Pseudonym) หรือ ปิดบังตนเอง (Anonymous) ขณะสื่อสารได้ รองศาสตราจารย์ศณานิธิ ทองรวีวงศ์ เรียกการสื่อสารเช่นนี้ว่า “การสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนาม”¹⁶ การสื่อสารเช่นนี้อาจนำไปสู่การทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยอาศัยความนิรนามเป็นปัจจัยก่อเหตุ เช่น การฉ้อโกงออนไลน์ การคุกคามออนไลน์ การกลั่นแกล้งออนไลน์ รวมไปถึงการหมิ่นประมาทออนไลน์ด้วย¹⁷ เนื่องจากการสื่อสารโดยนิรนามเป็นการปิดบังตัวเอง บุคคลที่ทำผิดกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของผู้อื่นจึงใช้การสื่อสารเช่นนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดี¹⁸ การสื่อสารเช่นนี้ ย่อมเป็นอุปสรรคต่อผู้เสียหายที่ถูกหมิ่นประมาทโดยนิรนามในการใช้สิทธิตามกฎหมาย เพื่อคุ้มครองชื่อเสียงของตนเพราะผู้เสียหายไม่ทราบว่าต้องดำเนินคดีกับใคร

แม้การสื่อสารทางออนไลน์จะเปิดโอกาสให้ผู้สื่อสารกระทำโดยนิรนามได้ แต่ทุกคนที่สื่อสารทางออนไลน์จำเป็นต้องใช้บริการของ “ตัวกลางทางอินเทอร์เน็ต (Internet Intermediaries)” ทั้งนี้ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้อธิบายว่า “บุคคลใช้ตัวกลางทางอินเทอร์เน็ตในการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน หรือใช้ตัวกลางนี้เพื่อความสะดวกในการทำธุรกรรมต่าง ๆ ทางอินเทอร์เน็ต บุคคลใช้ตัวกลางทางอินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าถึง จัดเก็บ ส่งต่อ หรือ ระบุเนื้อหา สินค้า หรือ บริการ ที่อยู่ในอินเทอร์เน็ตของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งได้”¹⁹ สำหรับตัวอย่างของตัวกลางทางอินเทอร์เน็ต เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service and Access Providers) ซึ่งทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตได้ หรือ ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมที่ให้พื้นที่แก่ผู้ใช้บริการในการแสดงออกซึ่งความคิด²⁰

ประเทศไทยได้กำหนดกระบวนการในการหาตัวผู้กระทำผิดทางออนไลน์ที่ใช้การสื่อสารโดยนิรนาม เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดี โดยบัญญัติกระบวนการไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) (‘พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ’) กฎหมาย

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 โปรดดูตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเลขที่ 4403/2566.

¹⁶ ศณานิธิ ทองรวีวงศ์, ‘สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของพลเมือง’ (2558) 8(2) วารสารนิติสังคมศาสตร์ 72.

¹⁷ เฟื่องอ้าง 90-91.

¹⁸ ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่มีการใช้การสื่อสารโดยนิรนามในการหมิ่นประมาทผู้อื่น เช่น ‘กามิน แจ้งความตำรวจไซเบอร์ เอาผิดเว็บไซต์-เพจอวดตาร’ (One31, 28 มีนาคม 2568) <<https://www.one31.net/news/detail/74614>> สืบค้นวันที่ 11 สิงหาคม 2568.

¹⁹ OECD, ‘The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives’ (OECD Publishing 2011) 20.

²⁰ ibid 21.

ฉบับนี้เรียก “ตัวกลางทางอินเทอร์เน็ต” ว่า “ผู้ให้บริการ”²¹ และกำหนดให้ผู้ให้บริการนี้ มีหน้าที่ส่งข้อมูลให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้²² (‘พนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ’)

ในบทความนี้ ผู้วิจัยได้อธิบายการนำกระบวนการข้างต้นมาใช้ในการระบุตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนามทางออนไลน์ (Online Anonymous Defamers) โดยใช้วิธีวิเคราะห์หลักกฎหมาย (Doctrinal Research Method) ซึ่งคือ กระบวนการวิจัยที่ใช้ในการระบุ วิเคราะห์ และสังเคราะห์เนื้อหาของกฎหมาย²³ โดยมุ่งไปที่บทบัญญัติของ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ เป็นหลัก เพราะเป็นกฎหมายที่ใช้ในการหาตัวผู้กระทำความผิดที่ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำ โดยผู้วิจัยนำงานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ และคำพิพากษากฎีกาวิเคราะห์ เพื่อแสดงให้เห็นถึงกระบวนการปัจจุบันที่ใช้ในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนาม

นอกจากการนำเสนอกระบวนการหาตัวผู้หมิ่นประมาทแล้ว ผู้วิจัยได้วิเคราะห์งานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ เพื่อนำเสนอว่า กระบวนการนี้ในทางปฏิบัติมีอุปสรรคในการหาตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนาม เพราะ (1) ผู้ให้บริการที่ต้องส่งข้อมูลให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ อาจไม่ให้ความร่วมมือในการระบุตัวผู้หมิ่นประมาท และ (2) พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในการดำเนินคดีตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ มีจำนวนไม่มากอันเป็นอุปสรรคต่อการหาตัวผู้หมิ่นประมาท นอกจากนี้ กระบวนการนี้เกิดคำถามทางกฎหมายว่า การหาตัวผู้กระทำความผิดถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้หมิ่นประมาทเกินสมควรหรือไม่

เพื่อแก้ไขปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาแนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการหาตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนาม เพราะการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางออนไลน์ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาต้องดำเนินคดีกับผู้หมิ่นประมาทโดยตรง²⁴ โดยผู้เสียหายมีสิทธิในการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามได้ ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าจะมีคำสั่งให้เปิดเผยตัวหรือไม่ ศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงกับสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามซึ่งศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court of the United States of America) เคยรับรองว่าสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการสื่อสาร (Free Speech) ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1²⁵ แนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกานี้ ย่อมทำให้สามารถเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายไทยให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้นได้

1.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการหาตัวผู้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ และการนำไปใช้ในการหาตัวผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยนิรนามในประเทศไทย

²¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 วรรคสี่.

²² พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 วรรคหก.

²³ Terry Hutchinson, ‘Doctrinal Research: Researching the Jury’ in Dawn Watkins and Mandy Burton (eds), *Research Methods in Law* (Routledge 2013) 9.

²⁴ รายละเอียดโปรดดูหัวข้อ 3.1.

²⁵ *McIntyre v Ohio Elections Commission*, 514 US 334 (1995).

2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการและแนวคิดของกฎหมายสหรัฐอเมริกากับกฎหมายไทย และนำเสนอกระบวนการที่กฎหมายไทยควรใช้เพื่อหาตัวผู้กระทำผิดฐานหมิ่นประมาทโดยนิรนาม

1.2 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการหาตัวผู้กระทำผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ พร้อมทั้งกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์ถึงการนำหลักกฎหมายนั้นไปใช้ในการหาตัวผู้กระทำผิดฐานหมิ่นประมาทในประเทศไทยว่า มีปัญหาอย่างไรบ้างและได้ศึกษากระบวนการและแนวคิดในการหาตัวผู้กระทำผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาเพื่อนำมาใช้เป็นข้อเสนอในการพัฒนากฎหมายไทยให้สามารถหาตัวผู้กระทำผิดฐานหมิ่นประมาททางออนไลน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.3 สมมติฐานการวิจัย

การสื่อสารออนไลน์เปิดโอกาสให้ผู้สื่อสารใช้นามแฝง (Pseudonym) หรือ ปิดบังตนเอง (Anonymous) ขณะสื่อสารก็ได้ หากบุคคลที่หมิ่นประมาทผู้อื่นใช้วิธีการเหล่านี้ขณะหมิ่นประมาทย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีทั้งทางอาญาและทางแพ่ง กฎหมายไทยได้แก้ไขปัญหานี้โดยการกำหนดกระบวนการไว้ใน พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ แต่กระบวนการนี้ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติ จึงควรมีการปรับปรุงกระบวนการเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสม

1.4 โจทย์การวิจัย

จากสมมติฐานข้างต้นโจทย์การวิจัย คือ ประเทศไทยควรกำหนดกระบวนการทางกฎหมายอย่างไรในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทออนไลน์โดยนิรนาม

1.5 กรอบแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

กรอบแนวคิดหลักที่ใช้ในการวิจัยครั้งนี้ คือ สิทธิในชื่อเสียง (Reputation) เป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอาญาและแพ่งของไทย รวมถึงมีฐานะเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่ผู้เสียหายถูกหมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนาม กฎหมายไทยยังไม่ได้คุ้มครองสิทธินี้เหมาะสม เพราะกระบวนการในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทที่บัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ยังไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากขึ้นอยู่กับความร่วมมือของหน่วยงานหลายหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชน จึงควรมีการปรับปรุงกฎหมาย โดยกระบวนการที่ปรับปรุงนี้ต้องคำนึงถึงเสรีภาพในการสื่อสาร (Free Speech) ของผู้หมิ่นประมาทด้วย ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้นำแนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งนำเสรีภาพในการสื่อสารมาใช้ประกอบการพิจารณาในกระบวนการเปิดเผยตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนาม มาเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายไทย

ผู้วิจัยแบ่งเนื้อหาในบทความ ดังนี้ ในหัวข้อที่ 2 ผู้วิจัยจะนำเสนอกระบวนการหาตัวผู้กระทำผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ และวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้กระบวนการนี้กับความผิดฐานหมิ่นประมาท ในหัวข้อที่ 3 ผู้วิจัยจะนำเสนอกระบวนการที่กฎหมายสหรัฐอเมริกาใช้ในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนาม เพื่อเป็นแนวทางในการนำเสนอว่ากระบวนการในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทที่เหมาะสม และสามารถป้องกันปัญหาที่เกิดขึ้นควรจะเป็นอย่างไรในหัวข้อที่ 4

2. กระบวนการทางกฎหมายในการหาตัวผู้กระทำผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ และการนำไปใช้กับคดีหมิ่นประมาท

ประเทศไทยได้กำหนดกระบวนการในการหาตัวผู้กระทำผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ โดยบัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ โดยการกำหนดให้ “พนักงานเจ้าหน้าที่” ซึ่งได้รับการแต่งตั้งตามมาตรา 28 ให้มีอำนาจตามมาตรา 18 ในการหาหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด และหาตัวผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ อำนาจนี้รวมไปถึงอำนาจในการเรียกข้อมูลที่ “ผู้ให้บริการ” ต้องจัดเก็บตามมาตรา 26 กระบวนการนี้สามารถนำไปใช้ในการระบุตัวผู้กระทำผิดโดยหมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนามได้

พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ได้ให้นิยามคำว่า “ผู้ให้บริการ” ไว้ในมาตรา 3 วรรคสี่ ซึ่งแบ่งผู้ให้บริการออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น²⁶ เช่น ผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมและกระจายภาพและเสียง (Telecommunication and Broadcast Carrier) ผู้ให้บริการการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Access Service Provider) ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ตผู้ให้บริการสื่อสารสังคมออนไลน์²⁷

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น²⁸ เช่น ผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านแอปพลิเคชันต่าง ๆ (Content and Application Service Provider)²⁹

พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการข้างต้นมีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ (มาตรา 26 วรรคแรก) และเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ให้บริการนับแต่เริ่มใช้บริการ (มาตรา 26 วรรคสอง) (ดูหัวข้อ 2.1) ทั้งนี้ หากผู้ให้บริการที่ไม่ได้กระทำการตามที่กล่าวมานี้จะมีโทษทางอาญา (มาตรา 26 วรรคสี่) พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ได้ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่เรียกข้อมูลที่ผู้ให้บริการมีหน้าที่จัดเก็บเพื่อใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด และหาตัวผู้กระทำความผิด (หัวข้อ 2.2) ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า กระบวนการนี้มีปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อนำไปใช้กับการหาตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนาม (หัวข้อ 2.3)

2.1 หน้าที่ของผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูล

พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ มาตรา 3 วรรคสาม ได้ให้ความหมายของ “ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” ดังนี้

²⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 วรรคสี่ (1).

²⁷ ตัวอย่างของผู้ให้บริการประเภทที่ (1) นำมาจากประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2564 ข้อ 5(1).

²⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 วรรคสี่ (2).

²⁹ ตัวอย่างของผู้ให้บริการประเภทที่ (2) นำมาจากประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2564 ข้อ 5(2).

ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของบริการ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์นั้น

คุณสรุเชษฐ์ ขาติชาคร ได้อธิบายรายละเอียดว่า ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ “แสดงให้เห็นถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ส่งข้อมูล และรับข้อมูลของการติดต่อสื่อสารนั้น ช่วงเวลาและระยะเวลาที่มีการติดต่อสื่อสาร ลักษณะของข้อมูลที่รับส่ง และเส้นทางที่ใช้ในการส่งข้อมูลดังกล่าว หรือ อาจกล่าวได้ว่า ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์เป็นร่องรอยที่เกิดขึ้นเมื่อมีการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์”³⁰ คำอธิบายนี้ทำให้เห็นว่า ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์แสดงให้เห็น “ร่องรอยการติดต่อสื่อสาร” แต่ไม่ได้แสดงว่าใครเป็นคนสื่อสาร ดังนั้น มาตรา 26 วรรคสอง จึงกำหนดให้ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็น ในการระบุตัวผู้ให้บริการ ดร.สุนติ คงเทพ ได้อธิบายว่า ในทางปฏิบัติผู้ให้บริการจะต้องมีกระบวนการพิสูจน์ตัวตนก่อนที่จะให้ผู้ให้บริการเข้าไปใช้บริการ กระบวนการนี้กำหนดให้ผู้ให้บริการกรอกชื่อผู้ให้บริการ หมายเลขบัตรประชาชน หรือ หมายเลขหนังสือเดินทางก่อนที่จะเข้าไปใช้บริการ³¹ พนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ มีอำนาจตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2) และ (3)³² ในการเรียกข้อมูลที่กำลังกล่าวมานี้เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนการกระทำความผิดตามกฎหมายนี้ได้ แต่ในกรณีการสืบสวนหรือสอบสวนความผิดตามกฎหมายอื่นที่ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด (เช่น การหมิ่นประมาท) พนักงานสอบสวนตามกฎหมายอื่นต้องขอข้อมูลข้างต้นจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ ซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

2.2 กระบวนการหาตัวผู้กระทำความผิดซึ่งใช้สื่อออนไลน์เป็นเครื่องมือ และกรณีศึกษา

2.2.1 การหาตัวผู้กระทำความผิดซึ่งใช้สื่อออนไลน์เป็นเครื่องมือตามมาตรา 18

พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ได้กำหนดให้มี “พนักงานเจ้าหน้าที่” ซึ่งแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม และเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนการกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้³³ ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดอาญาฐานอื่นที่มีการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ผู้เสียหายต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ ต้องร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังคงมีอำนาจดำเนินคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้ เพียงแต่พนักงานสอบสวนจะไม่สามารถใช้อำนาจที่กำหนดไว้ตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ได้³⁴ กล่าวคือ พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนการทำความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ แต่พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจที่กำหนดไว้ตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ เช่น อำนาจตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง ในการเรียก

³⁰ สรุเชษฐ์ ขาติชาคร, ‘ปัญหาการจัดเก็บและการได้มาซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์เพื่อนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ต’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ 2557) 38.

³¹ สุนติ คงเทพ, *กฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์* (พิมพ์ครั้งที่ 2 มังกรูต ดิจิตอลเพรส 2561) 443.

³² พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2) และ (3).

³³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 วรรคแรก.

³⁴ สรารุช ปิตียาศักดิ์, *คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560* (พิมพ์ครั้งที่ 3 นิติธรรม 2565) 253.

ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง (ตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2)) กรณีเช่นนี้ พนักงานสอบสวนต้องร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ใช้อำนาจตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง เพื่อหาตัวผู้กระทำความผิด

อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ๓ ที่ระบุในมาตรา 18 วรรคหนึ่ง เป็นอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนเพื่อหาหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๓ อำนาจนี้รวมไปถึง³⁵

- อำนาจในการเรียกข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2) ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

- อำนาจในการสั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา 26 หรือที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการ ให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือให้เก็บข้อมูลดังกล่าวไว้ก่อน ตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (3)

- อำนาจในการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากระบบคอมพิวเตอร์ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิด ในกรณีที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นยังมิได้อยู่ในความครอบครองของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (4)

ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ ๓ ต้องการทำสำเนาข้อมูลข้างต้น พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการตามคำร้อง³⁶

อำนาจที่กล่าวมานี้เป็นอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ๓ ที่ระบุไว้ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๓ เพื่อสืบสวนและสอบสวนการกระทำความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๓ หากมีการกระทำความผิดอาญาฐานอื่นโดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เช่น การหมิ่นประมาททางออนไลน์ พนักงานสอบสวนของความผิดฐานนั้นต้องร้องขอตามมาตรา 18 วรรคสอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ๓ ใช้อำนาจตามมาตรา 18 วรรคหนึ่งเพื่อหาหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด³⁷

2.2.2 กรณีศึกษา

ผู้วิจัยพบว่า มีงานวิจัยของ Ghazi-Tehrani ที่ได้มีการกล่าวถึงการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทางออนไลน์ที่ไม่ได้เปิดเผยตัวตนซึ่งต้องมีการหาหลักฐานจากคอมพิวเตอร์เพื่อใช้ในการหาตัวผู้กระทำ เช่น ในคดีลามกอนาจารเด็ก (Child Pornography)³⁸ Ghazi-Tehrani ได้เล่าว่า ในช่วงปี 2556 ตำรวจสากลได้ติดต่อไปยังกองบังคับการตำรวจสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีของสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่า มีเว็บไซต์ซึ่งมีภาพลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย ทางกองบังคับการตำรวจสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีตรวจสอบไปที่ WHOIS แล้วพบข้อมูลต่อไปนี้ (1) เบอร์โทรผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเลขหมายเติมเงินซึ่งไม่สามารถตามต่อได้ (2) อีเมลของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็น Gmail ที่ไม่สามารถติดตามต่อได้เช่นกัน และ (3) เว็บไซต์ให้บริการโฮสติ้ง (Hosting Service) ของบริษัทในฮ่องกง

³⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 18 วรรคหนึ่ง.

³⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง.

³⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 18 วรรคสอง.

³⁸ Adam Ghazi-Tehrani, 'The Current State of Cybercrime in Thailand: Legal Technological and Economic Barriers to Effective Law Enforcement' (2015) 1(2) Social Science Asia 1, 10-12.

อย่างไรก็ตาม แม้ Gmail จะไม่สามารถตามไปถึงตัวบุคคลได้ แต่ทางตำรวจสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีได้พบว่ามีผู้ใช้อีเมลนี้ในเว็บบอร์ด (Web Board) แห่งหนึ่ง และผู้ใช้คนนี้ให้อีเมลอีกอันหนึ่งซึ่งเป็นอีเมลของนักเรียนในโรงเรียนแห่งหนึ่ง ทางตำรวจสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีจึงได้ขอข้อมูลของผู้ใช้อีเมลจากโรงเรียนแห่งนั้นทำให้พบว่า เจ้าของอีเมลนี้เป็นนักเรียนของโรงเรียนนี้ และสามารถติดต่อนักเรียนคนนี้เพื่อให้ทำการปิดเว็บไซต์ได้ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้มีการดำเนินคดีนักเรียนคนนี้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในงานวิจัยของ Ghazi-Tehrani ยังได้กล่าวถึง **คดี Twitter Hack** ซึ่งเป็นเรื่องที่ Twitter ของ นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นถูกแฮกเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2554³⁹ Ghazi-Tehrani ได้เล่าว่า แฮกเกอร์ (Hacker) เป็นนักศึกษามหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งซึ่งไม่ได้พยายามที่จะขโมย IP Address ขณะที่ตนเองได้เข้าถึง Twitter ของนายกรัฐมนตรีท่านนี้ กรณีนี้ Twitter และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของแฮกเกอร์ได้ให้ความร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐในการให้ข้อมูลเพื่อตามหาแฮกเกอร์คนนี้ แฮกเกอร์จึงถูกจับในเวลาไม่ช้าและถูกแจ้งข้อหาความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ แต่ก็ได้มีการฟ้องศาลแต่อย่างใด⁴⁰

ในงานวิจัยของ Ghazi-Tehrani ไม่ได้ให้รายละเอียดว่า โรงเรียนในคดีสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้ให้ข้อมูลอะไรกับกองบังคับการตำรวจสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยี ผู้วิจัยเห็นว่า โรงเรียนมีฐานะเป็น “ผู้ให้บริการ” ที่ต้องเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการตามมาตรา 26 เพื่อระบุว่า อีเมลใดเป็นของนักเรียนคนไหน เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีข้อมูลยืนยันว่า นักเรียนคนนี้เป็นเจ้าของอีเมลที่เชื่อมโยงไปยัง Gmail ของเจ้าของเว็บไซต์นี้ และ Ghazi-Tehrani ไม่ได้ลงรายละเอียดเช่นกันว่า ในคดี **Twitter Hack** ทาง Twitter และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ให้ข้อมูลอะไรบ้าง ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีนี้ Twitter และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ในการให้ข้อมูลของผู้ใช้บริการซึ่งต้องจัดเก็บตามมาตรา 26 เช่นกัน ตัวอย่างทั้งสองเรื่องนี้ทำให้ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อมูลที่ผู้ให้บริการต้องจัดเก็บเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินคดี และหาตัวผู้กระทำความผิดทางออนไลน์โดยนิรนามได้

นอกจากตัวอย่างข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยได้พบว่า มีคดีที่ศาลใช้ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ที่ผู้ให้บริการต้องจัดเก็บเป็นหลักฐานสำคัญเพื่อระบุว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง คือ **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3473/2563** คดีนี้เป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 5 โดยศาลรับฟังข้อเท็จจริงโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่า จำเลยได้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์จากภายนอกผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่ายของโรงพยาบาล ฯ แล้วทำการปิดระบบกระจายสัญญาณเพื่อปิดระบบโปรแกรมสำหรับบริการทางการแพทย์

สำหรับข้อเท็จจริงที่ทำให้ศาลฎีกาเห็นว่า “จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย” คือ การเข้าสู่ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของโรงพยาบาล ฯ ผู้เข้าสู่ระบบจะต้องทราบชื่อผู้ใช้และรหัสผ่านจึงจะสามารถเข้าสู่ระบบได้ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า

- (1) จำเลยเป็นหนึ่งในหกคนเท่านั้นที่ทราบชื่อผู้ใช้และรหัสผ่าน เพราะจำเลยเป็นผู้วางระบบ

³⁹ ibid 11-12.

⁴⁰ นอกจากทั้งสองคดีนี้แล้ว Ghazi-Tehrani ยังได้กล่าวถึงการดำเนินการเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดอีก 1 คดี Cyber Extortion ผู้สนใจสามารถเข้าไปอ่านได้ที่ ibid 12-13.

(2) เมื่อตรวจสอบข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ย้อนหลังไปในเวลาเกิดเหตุปรากฏว่า มีการใช้หมายเลข IP: 223.207.16x.xxx และหมายเลข IP: 223.205.10x.xxx ในช่วงเวลาเกิดเหตุซึ่งเป็น IP Address ของบริษัทที่มีจำเลยเป็นกรรมการ โจทก์มีพนักงานสอบสวนผู้ขอข้อมูลจากผู้ให้บริการมาเบิกความประกอบข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ยืนยันว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตรวจสอบหมายเลข IP ดังกล่าวว่าเป็นผู้ใช้บริการ และมีหนังสือแจ้งผลการตรวจสอบมา ไม่ปรากฏข้อสงสัยว่า ผู้ให้บริการจะกลั่นแกล้งให้ร้ายจำเลย หรือมีข้อพิรุธแต่ประการใด

นอกจากนี้ศาลได้อธิบายว่า เมื่อจำเลยเป็นผู้วางระบบคอมพิวเตอร์ และติดตั้งเครือข่ายคอมพิวเตอร์ให้โรงพยาบาล ฯ หากระบบดังกล่าวขัดข้อง ย่อมเป็นธรรมดาที่โรงพยาบาล ฯ จะแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้สามารถใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพ จำเลยอยู่ในข่ายที่จะได้รับประโยชน์หากได้รับมอบหมายให้ดำเนินการ ดังนั้น แม้โจทก์ไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นเหตุการณ์ขณะจำเลยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์จากภายนอกผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ของโรงพยาบาล ฯ หรือไม่มีการตรวจยึดเครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องใด ชนิดใดจากจำเลยไปตรวจสอบก็ไม่ทำให้พยานหลักฐานของโจทก์มีน้ำหนักลดน้อยลงจนถึงกับรับฟังไม่ได้

คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ที่ผู้ให้บริการมีหน้าที่จัดเก็บ เป็นหลักฐานที่สำคัญที่ใช้เพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย ทั้งนี้ ความผิดตามคำพิพากษานี้ และความผิดของสองคดีที่ได้กล่าวไปข้างต้น เป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ โดยตรง ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ ตามกฎหมายนี้สามารถใช้อำนาจตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2) และ (3) เพื่อขอข้อมูลได้โดยตรง

กรณีที่มีการทำความผิดอื่นที่ไม่ใช่การทำความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ แต่ผู้กระทำได้ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด พนักงานสอบสวนคดีความผิดเหล่านี้ต้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ดำเนินการเพื่อขอข้อมูลจากผู้ให้บริการประเด็นนี้ คุณสุรเชษฐ์ ฯ ได้อธิบายถึงการใช้กระบวนการนี้ในการหาตัวผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นความผิดอาญาที่ไม่ใช่ความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ โดยได้สัมภาษณ์พนักงานสอบสวนซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ และสัมภาษณ์พนักงานของผู้ให้บริการเพื่อสอบถามถึงกระบวนการขอข้อมูลเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิด⁴¹ เมื่อนำกระบวนการนี้มาใช้กับการหาตัวผู้หมิ่นประมาท จะสามารถสรุปได้ ดังนี้

- (1) พนักงานสอบสวนของคดีหมิ่นประมาทออนไลน์ส่งหนังสือร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ
- (2) พนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ ติดต่อไปยังผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการหมิ่นประมาทออนไลน์
- (3) พนักงานของผู้ให้บริการตรวจสอบว่า การให้บริการของตนมีความเกี่ยวข้องกับคดีหรือไม่ และตรวจสอบว่ามีข้อมูลที่ขอมาหรือไม่
- (4) ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีข้อมูลที่เกี่ยวข้อง ผู้ให้บริการจะส่งข้อมูลนั้นไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ
- (5) พนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ ส่งข้อมูลนั้นต่อไปยังพนักงานสอบสวนคดีหมิ่นประมาท เพื่อดำเนินคดีหมิ่นประมาทตามกระบวนการของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กระบวนการข้างต้นทำให้เห็นว่า โจทก์ในคดีหมิ่นประมาทสามารถดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการเพื่อใช้ในการระบุตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิตินามได้ และเมื่อโจทก์นำข้อมูลเหล่านี้มาแสดงต่อศาล ศาลย่อมรับฟังโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่า จำเลย คือ

⁴¹ สุรเชษฐ์ ขาดิชาคร (n 30) 50.

คนหมิ่นประมาท ทำให้ศาลลงโทษ ให้จำเลยรับผิดชอบหมิ่นประมาทเหมือนกับการลงโทษจำเลยในคำพิพากษาฎีกาที่ 3473/2563

ในทางตรงกันข้าม ผู้วิจัยได้พบว่ามีคำพิพากษาฎีกาที่ศาลยกฟ้องโจทก์ เพราะโจทก์ไม่ได้นำสืบข้อมูลจรรยาทางคอมพิวเตอร์เพื่อให้ศาลเชื่อว่า จำเลยเป็นผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีเนื้อหาหมิ่นประมาท คือคำพิพากษาฎีกาที่ 952/2563 ในคดีนี้ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยได้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ร่วม โดยในจดหมายนี้มีชื่อและที่อยู่ของผู้ส่ง คือ จำเลยที่ 1 แต่มีแถบสีดำปิดบังข้อมูลสำคัญอันเป็นพิรุธต่างจากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยทั่วไป และจำเลยที่ 1 ปฏิเสธมาตั้งแต่ต้นว่า มิได้เป็นผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทั้งสองฉบับ ทั้งนี้ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๖ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ให้ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจรรยาทางคอมพิวเตอร์ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบการส่งข้อมูลการสื่อสารทางคอมพิวเตอร์ แต่โจทก์ไม่ได้นำสืบถึงข้อมูลจรรยาทางคอมพิวเตอร์ของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อแสดงให้เห็นจำเลยที่ 1 เป็นผู้ส่ง นอกเหนือไปจากการที่เอกสารดังกล่าวมีชื่อและที่อยู่ของจำเลยที่ 1 ซึ่งสามารถปลอมแปลงโดยผู้อื่นได้

แม้การที่จำเลยที่ 1 มีข้อขัดแย้งกับโจทก์ร่วมมาก่อน ไม่อาจเป็นข้อสนับสนุนว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้ เพราะได้ความตามทางนำสืบของโจทก์และโจทก์ร่วมเองว่า โจทก์ร่วมมีข้อขัดแย้งกับคนอื่นอีกหลายรายอันอาจสร้างความไม่พอใจแก่บุคคลเหล่านั้น นอกจากนี้ ยังมีบุคคลซึ่งไม่ทราบว่าเป็นผู้ใดจัดทำใบปลิวมีข้อความโจมตีกล่าวหาโจทก์ร่วมนำไปปิดและวางเผยแพร่ตามสถานที่สาธารณะ โจทก์และโจทก์ร่วมไม่มีพยานหลักฐานใดมานำสืบสนับสนุนให้ฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 เป็นผู้จัดทำหรือเผยแพร่ใบปลิวดังกล่าว ดังนั้น รูปคดีนี้บ่งบ่งชี้ให้เห็นถึงเหตุสงสัยตามสมควรว่าจำเลยที่ 1 ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลต่าง ๆ หรือไม่ จึงให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลยที่ 1 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง จำเลยที่ 1 จึงไม่มีความผิด

คดีนี้ ทำให้เห็นว่าเมื่อโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า จำเลยเป็นผู้ส่งข้อความหมิ่นประมาทจริง ๆ เพราะโจทก์ไม่ได้แสดงรายละเอียดข้อมูลจรรยาทางคอมพิวเตอร์ของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ให้บริการมีหน้าที่จัดเก็บเพื่อยืนยันว่าจำเลยเป็นคนส่ง แม้โจทก์ร่วมและจำเลยที่ 1 มีปัญหากัน แต่เมื่อโจทก์ร่วมมีปัญหาเกี่ยวกับคนอื่น ๆ ด้วย จึงยังเป็นที่สงสัยว่า จำเลยส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อความหมิ่นประมาทจริงหรือไม่ ศาลจึงยกฟ้องจำเลย

จากหลักกฎหมายและกรณีศึกษาข้างต้นทำให้เห็นว่า ข้อมูลที่ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการจัดเก็บตามมาตรา 26 มีความสำคัญมากในการดำเนินคดีในกรณีที่ไม่สามารถระบุตัวผู้กระทำผิดได้อย่างชัดเจน

2.3 ปัญหาของกระบวนการหาตัวผู้กระทำผิด

จากเนื้อหาที่นำเสนอข้างต้นแสดงให้เห็นถึงกระบวนการหาตัวผู้กระทำผิดที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๖ พร้อมทั้งกรณีศึกษาที่แสดงให้เห็นผลของการนำกระบวนการนั้นไปใช้ แต่ผู้วิจัยเห็นว่ากระบวนการนี้มีความซับซ้อนเพราะขึ้นอยู่กับความร่วมมือของหน่วยงานภาครัฐและเอกชน หากมีฝ่ายใดปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือ กระบวนการนี้ย่อมไม่สามารถหาตัวผู้กระทำผิดได้ ผู้วิจัยพบว่า มีงานวิชาการที่ศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๖ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กระบวนการนี้มีปัญหาทางปฏิบัติในการหาตัวผู้กระทำผิดสรุปได้ 2 ประการ และยังมีการตั้งคำถามว่า การหาตัวผู้กระทำผิดถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวเกินสมควรหรือไม่

ปัญหาประการแรก ศาสตราจารย์ ดร. สุธรรม เชื้อประกอบกิจ และ รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติธนัทธ์ เลอวงศ์รัตน์⁴² ได้นำเสนอว่าอุปสรรคประการหนึ่งในการจัดการความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ คือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือกับพนักงานสอบสวน ในการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ และข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ผู้วิจัยทั้งสองท่านนี้เห็นว่า การไม่มีข้อมูลเหล่านี้ทำให้โอกาสในการระบุตัวผู้กระทำความผิดมีน้อย ซึ่งสอดคล้องกับมุมมองของผู้วิจัยที่ว่า ความร่วมมือระหว่างพนักงานเจ้าหน้าที่และผู้ให้บริการมีความสำคัญเป็นอย่างมากในการหาตัวผู้กระทำความผิด

นอกจากนี้ คุณอิสรพงศ์ ทิพย์อากาศ และคณะ⁴³ ซึ่งได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการสืบสวนคดีการฉ้อโกงออนไลน์⁴⁴ ซึ่งเป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๒ เช่นกัน ได้กล่าวว่า “การร้องขอข้อมูลจากผู้ให้บริการเป็นปัญหาเป็นอย่างมาก⁴⁵” ผู้ให้บริการมักปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือ หากคำขออนุญาตไม่ได้มาจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ๒ ทางคุณอิสรพงศ์และคณะ ๒ มีความเห็นว่า พนักงานสอบสวนควรจะมีอำนาจขอข้อมูลนั้นได้ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยพบว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นในประเด็นเรื่องอำนาจของพนักงานสอบสวนในการขอข้อมูลจากผู้ให้บริการ เพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดที่ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดใน **ความเห็นทางกฎหมายที่ 343/2549** (ก่อนมีการบัญญัติ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๒) ความเห็นนี้ได้อธิบายว่า เพื่อประโยชน์ในการระบุตัวบุคคลที่จัดทำเว็บไซต์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ กระทำความผิดอาญาฐานอื่น พนักงานสอบสวนมีอำนาจเรียกให้ผู้ให้บริการส่งข้อมูลดังต่อไปนี้ได้ คือ ชื่อผู้ให้บริการ ที่อยู่และเบอร์โทรศัพท์ที่ใช้ในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต รวมไปถึงระยะเวลาที่ผู้ให้บริการได้เข้าไปสู่ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อทำผิดกฎหมาย ทั้งนี้ พนักงานสอบสวนสามารถเรียกข้อมูลนี้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาล⁴⁵

หากนำข้อมูลที่พนักงานสอบสวนมีอำนาจเรียกตาม **ความเห็นทางกฎหมายที่ 343/2549** มาเปรียบเทียบกับข้อมูลที่ผู้ให้บริการจะต้องจัดเก็บตามมาตรา 26 จะเห็นว่า ข้อมูลเหล่านี้ คือ ข้อมูลที่ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาไว้ตามมาตรา 26 วรรคสอง ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ ๒ มีอำนาจเรียกได้ตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2) แต่ข้อมูลที่กล่าวมานี้ไม่ครอบคลุมถึงข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ทุกประเภทตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๒ ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังและมีความละเอียดกว่า ดังนี้ จึงเกิดปัญหาในการตีความกฎหมายว่า (ก) พนักงานสอบสวนมีอำนาจเรียกข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ที่อยู่ข้อบัญญัติใน พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๒ หรือไม่ หรือ (ข) อำนาจที่พนักงานสอบสวนเคยมีตาม **ความเห็นทางกฎหมายที่ 343/2549** จะกลายเป็นอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ๒ ภายหลัง พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๒

⁴² Sutham Cheurprakobkit and Kidtanathat Lerwongrat, ‘Criminal Justice Officials’ Attitudes towards Addressing Computer Crimes in Thailand: Difficulties and Recommendations’ (2025) 28 Trends Organized Crime 293.

⁴³ Essarapong Tiprapakool and others, ‘Model of Cyber Crime Investigation in Thailand: Fraudulent Cases’ (2021) 12(6) Turkish Online Journal of Qualitative Inquiry 9365.

⁴⁴ ibid 9367.

⁴⁵ ‘บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ต และของพนักงานสอบสวนตามมาตรา 132’ (คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549) <<https://www.lawreform.go.th/uploads/files/news424.pdf>> สืบค้นวันที่ 11 สิงหาคม 2568.

มีผลบังคับใช้แล้ว ดังนั้น ผู้ให้บริการจึงไม่มีความมั่นใจที่จะส่งข้อมูลไปให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ใช่พนักงานเจ้าหน้าที่ ๖

งานวิจัยที่ระบุถึงปัญหาข้างต้นเป็นงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๖ โดยตรง แต่กลับพบว่า ผู้ให้บริการปฏิเสธในการให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ทำให้ผู้วิจัยเห็นว่า ความไม่ชัดเจนของกฎหมายเช่นนี้ย่อมทำให้พนักงานสอบสวนที่ทำคดีหมิ่นประมาทไม่ได้รับความร่วมมือจากผู้ให้บริการในการให้ข้อมูลเพื่อหาตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนามเช่นกัน

ปัญหาประการที่สอง จำนวนบุคลากรที่ต้องใช้อำนาจในการดำเนินคดีเป็นอุปสรรคอีกประการหนึ่ง โดยในงานวิจัยของ Ghazi-Tehrani และของคุณอิสพรพงศ์ ๖ และคณะ ๖ มีความเห็นในทางเดียวกันว่า จำนวนพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่ในการดำเนินคดีมีจำนวนน้อย หากเทียบกับการใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย⁴⁶ งานวิจัยที่กล่าวมานี้เป็นงานวิจัยเกี่ยวกับ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ๖ โดยตรงแต่กลับพบว่า จำนวนบุคลากรที่ต้องบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ยังไม่เพียงพอ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าจำนวนพนักงานเจ้าหน้าที่ ๖ ซึ่งจะต้องช่วยพนักงานสอบสวนหาผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอื่น (เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท) ย่อมไม่เพียงพอต่อการกระทำผิดที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 952/2563 การที่โจทก์ไม่ได้นำสืบให้ปรากฏถึงรายละเอียดข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ในคดีหมิ่นประมาทเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้องได้

นอกจากปัญหาข้างต้นแล้ว องค์กร Article19⁴⁷ ได้ตั้งคำถามว่า กระบวนการในการหาตัวผู้กระทำความผิดเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลเกินสมควรหรือไม่ องค์กรนี้ให้ความเห็นว่า⁴⁸ กระบวนการตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (1) - (3) ซึ่งให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ ๖ ใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตศาลไม่ได้คำนึงถึงการรับรองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) องค์กรนี้เห็นว่าบทบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดให้ศาลทำการตรวจสอบ แต่ให้เจ้าหน้าที่บังคับให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวหรือข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และกระบวนการนี้ไม่ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการแจ้งบุคคลที่ถูกสอบสวนทราบ ผู้ที่ถูกสอบสวนย่อมไม่ทราบว่าตนกำลังเป็นผู้ต้องหา องค์กร Article19 จึงเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (1) - (3) และบังคับให้ผู้ให้บริการแจ้งให้บุคคลที่ถูกสอบสวนทราบ

ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อวิจารณ์ขององค์กรนี้มีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ในมุมมองคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย⁴⁹ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าข้อวิจารณ์นี้ไม่ได้คำนึงว่าการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ๖ เป็นการสืบสวนเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดโดยขอข้อมูลจาก “ผู้ให้บริการในฐานะพยาน” เมื่อพิจารณาตามมาตรา 132(3) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะพบว่า พนักงานสอบสวนมีอำนาจออกหมายเรียกบุคคลซึ่งครอบครองสิ่งของซึ่งอาจใช้เป็น

⁴⁶ Ghazi-Tehrani (n38) 19-20; Tiprapakool and others (n 43) 9368.

⁴⁷ Article19 เป็นองค์กรที่นำชื่อมาจาก Article19 (มาตรา 19) ของ the Universal Declaration of Human Rights (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) ซึ่งมุ่งหมายที่จะสนับสนุนสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี (right of freedom of expression)

⁴⁸ Article19, ‘Thailand Computer Crime Act’ (Article19, January 2017)

<<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38615/Analysis-Thailand-Computer-Crime-Act-31-Jan-17.pdf>> accessed 11 August 2025, 21-22.

⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32.

พยานหลักฐานได้ โดยที่ไม่ต้องขออนุญาตศาลเสียก่อน ดังนั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ต้องการข้อมูลจากผู้ให้บริการในฐานะพยานจึงสอดคล้องกับหลักกฎหมายปัจจุบันของประเทศไทย จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องขออนุญาตศาลเสียก่อนเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ข้อวิจารณ์นี้ชี้ประเด็นว่าในบริบทของการสื่อสารทางออนไลน์ กฎหมายไทยควรต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วยหรือไม่

ตามกระบวนการของกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยยังคงมีปัญหาในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนาม ด้วยเหตุนี้เอง ผู้วิจัยจะนำเสนอกระบวนการที่กฎหมายสหรัฐอเมริกาใช้ในการหาตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนาม เพื่อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายไทย

3. กระบวนการทางกฎหมายในการหาตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนามในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในส่วนนี้ในหัวข้อที่ 3.1 ผู้วิจัยจะเริ่มอธิบายจากภาพรวมของการดำเนินคดีหมิ่นประมาทตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งเน้นไปที่การดำเนินคดีแพ่ง และในบริบทของการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางออนไลน์ ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ เพราะมาตรา 230 ของ Communications Decency Act ('CDA') คุ้มครองผู้ให้บริการจากความรับผิดชอบที่เกิดจากเนื้อหาของผู้ใช้บริการ ผู้เสียหายจึงต้องฟ้องคดีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่เป็นผู้หมิ่นประมาท ในหัวข้อที่ 3.2 ผู้วิจัยจะอธิบายหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขอให้เปิดเผยตัวผู้หมิ่นประมาทรวมถึงความเห็นทางวิชาการที่น่าสนใจเกี่ยวกับหลักกฎหมายนั้น

3.1 ภาพรวมของการดำเนินคดีหมิ่นประมาทในประเทศสหรัฐอเมริกา

การดำเนินคดีหมิ่นประมาทในประเทศสหรัฐอเมริกามุ่งเน้นไปที่การดำเนินคดีแพ่งเป็นหลัก ตามที่ Brenner ได้อธิบายว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับแนวความคิดเรื่องการหมิ่นประมาททางอาญา (Criminal Libel) มาจากกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ⁵⁰ แต่การดำเนินคดีอาญาในฐานนี้ไม่ค่อยได้มีการใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา⁵¹ นอกจากนี้ ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกายังได้เคยวินิจฉัยในคดี *Garrison v State of Louisiana*⁵² ว่า กฎหมายระดับมลรัฐที่กำหนดโทษอาญาจากหมิ่นประมาท (Criminal Libel) ขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร (Free Speech)⁵³ ด้วยเหตุนี้เอง นักวิชาการในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีความเห็นว่า ความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญากำลังจะหมดจากกฎหมายสหรัฐอเมริกา⁵⁴

⁵⁰ Susan W Brenner, 'Should Online Defamation Be Criminalized?' (2007) 76 Miss LJ <<https://ssrn.com/abstract=982418>> accessed 20 April 2026.

⁵¹ ibid (Brenner ได้อ้างถึงข้อมูลทางสถิติของคดีหมิ่นประมาททางอาญาในประเทศสหรัฐอเมริการว่า คดีหมิ่นประมาททางอาญามีจำนวนไม่มาก).

⁵² *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

⁵³ ibid 65-66.

⁵⁴ Brenner (n 50) 10 (อ้างถึงคดี Mark W Freel, Note, *Grand Jury Subpoena and The Threat to Free Speech: In Re Grand Jury Matter (Gronowicz)*, 18 Conn L Rev 665, 684 n 109 (1986).

ในส่วนของการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางแพ่งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งเป็นผลจากคำพิพากษาศาลสูงสุด ในคดี *New York Times v Sullivan* ('Sullivan') (1964)⁵⁵ ซึ่งเป็นคดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public Official) เรียกค่าเสียหายจาก New York Times เพราะมีข้อความหมิ่นประมาทปรากฏในหนังสือพิมพ์ คดีนี้ศาลสูงสุดซึ่งเห็นว่า กฎหมายมลรัฐ Alabama ที่กำหนดให้บุคคลที่วิจารณ์เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบทางแพ่งเป็นกฎหมายที่ขัดขวางการสื่อสารทางการเมือง (Political Speech) ที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายมลรัฐ Alabama นี้จึงขัดรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่สามารถเรียกค่าเสียหายจากการหมิ่นประมาทจากการกระทำหน้าที่ของตนได้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถพิสูจน์ได้ว่า ข้อความหมิ่นประมาทนั้นได้กระทำโดยมีองค์ประกอบภายใน (Actual Malice) กล่าวคือ จำเลยได้รู้อยู่แล้วว่า ข้อความนั้นเป็นเท็จหรือจำเลยไม่ได้สนใจว่าข้อความนั้นเป็นเท็จหรือไม่⁵⁶

Pantazis ได้อธิบายว่า บรรทัดฐานคดี *Sullivan* ทำให้เงื่อนไขการฟ้องคดีหมิ่นประมาทที่มีโจทก์เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public Officials) กับเป็นบุคคลธรรมดา (Private Persons) แตกต่างกัน เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะกรณีที่สามารถพิสูจน์ได้ว่า จำเลยเผยแพร่ข้อความที่หมิ่นประมาทโดยมีองค์ประกอบภายใน⁵⁷ และยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า ศาลสูงสุดได้ขยายความต่อไปอีกในคดี *Curtis Publishing Co v Butts* (1967)⁵⁸ ว่า บุคคลสาธารณะ (Public Figures) ต้องพิสูจน์องค์ประกอบภายในเช่นกัน เพราะบุคคลสาธารณะมีความคล้ายคลึงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเพราะมีบทบาทที่สำคัญในสังคม และสามารถเข้าถึงสื่อมวลชนเพื่อปกป้องชื่อเสียงของตนเองได้⁵⁹ และต่อมาในคดี *Gertz v Robert Welch* (1974) ศาลปฏิเสธที่จะขยายเงื่อนไขการพิสูจน์องค์ประกอบภายในสำหรับกรณีที่โจทก์เป็นบุคคลธรรมดา เหตุผลประการหนึ่งที่ศาลใช้ คือ บุคคลธรรมดาไม่มีสื่อที่ใช้ตอบโต้เพื่อคุ้มครองชื่อเสียงของตนเหมือนกับบุคคลสาธารณะ รัฐจึงมุ่งเยียวยาความเสียหายของบุคคลธรรมดามากกว่าความเสียหายที่เกิดกับบุคคลสาธารณะ⁶⁰

นอกจากนี้ ในกรณีการหมิ่นประมาททางออนไลน์มีลักษณะเฉพาะอีกประการหนึ่ง คือ ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องผู้ให้บริการให้รับผิดชอบจากการที่ผู้ใช้บริการหมิ่นประมาทผู้เสียหายได้ เพราะมาตรา 230(c)(1) CDA ได้ให้ความคุ้มครองไว้ มาตรฐานนี้มีเนื้อหาแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า

⁵⁵ *New York Times Co v Sullivan* 376 US 254 (1964) ('Sullivan').

⁵⁶ *ibid* 279-280.

⁵⁷ Annemarie Pantazis, 'Zeran v America Online, Inc: Insulating Internet Service Providers from Defamation Liability' (1999) 34 Wake Forest Law Review 531, 537-538 อ้างถึง *Sullivan* (n55) 283-84.

⁵⁸ *Curtis Publishing Co v Butts* 388 US 130 (1967) ('Curtis').

⁵⁹ Pantazis (n57) 539 อ้างถึง *Curtis* (n58) หน้า 154-55.

⁶⁰ *ibid* 539; สำหรับผู้ที่สนใจรายละเอียดเกี่ยวกับขอบเขตของบุคคลสาธารณะภายใต้กฎหมายหมิ่นประมาทของประเทศไทยสามารถศึกษาได้ที่ Nathaniel Gleicher, 'John Doe Subpoenas: Toward a Consistent Legal Standard' (2008) 118 Yale Law Journal 320, 332-334.

ผู้ให้บริการหรือผู้ใช้บริการของระบบคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการโต้ตอบกันจะไม่ถือเป็นผู้เผยแพร่หรือผู้กล่าวข้อมูลใด ๆ ที่ผู้อื่นเป็นผู้จัดทำขึ้น⁶¹

กฎหมายนี้เป็นกฎหมายระดับประเทศ (Federal Law) ซึ่งคุ้มครองไม่ให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบทางแพ่งจากเนื้อหาของผู้ใช้บริการ ไม่ว่าจะเป็นการหมิ่นประมาท⁶² หรือเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอื่น ๆ⁶³ ผู้เสียหายจึงต้องดำเนินคดีบุคคลที่เขียนข้อความที่หมิ่นประมาทเป็นหลัก⁶⁴

3.2 การหาตัวผู้หมิ่นประมาทตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา: การขังน้ำหนักระหว่างสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามและสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล

ในกรณีที่ผู้เสียหายถูกหมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนาม กฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ให้สิทธิผู้เสียหายยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อให้มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเปิดเผยตัวผู้หมิ่นประมาทได้ Shuntich และ Vogel ได้อธิบายว่า กระบวนการทางกฎหมายในการหาตัวผู้หมิ่นประมาทมี 2 ขั้นตอน⁶⁵ สรุปได้ ดังนี้

ขั้นตอนแรก โจทก์จะทำการฟ้องจำเลยซึ่งไม่ทราบชื่อ (John Does)⁶⁶ และโจทก์ต้องขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานให้นำเอกสารหรือวัตถุมาส่งศาล (*subpoenas duces tecum*) โดยส่งไปยังบริษัทหรือบุคคลที่น่าจะมีข้อมูลเกี่ยวกับจำเลยไม่ทราบชื่อ เช่น บริษัทที่ให้บริการ Social Media ต่าง ๆ หรือ ผู้ให้บริการจด Domain Name เป็นต้น ข้อมูลที่โจทก์จะได้มา คือ “ข้อมูลพื้นฐานของสมาชิก (Basic Subscriber Information)” ซึ่งคือ “ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่อีเมล ชื่อบัญชีสำหรับการกู้คืน และ IP Address” ทั้งนี้ แม้ผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนามใช้ข้อมูลปลอม เช่น ที่อยู่ปลอม แต่ข้อมูลที่สำคัญที่โจทก์สามารถขอได้ คือ “บันทึกข้อมูลหมายเลข IP Address ของผู้ใช้ (users’ IP Address Log)” โดย IP Address คือ ที่อยู่ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กำหนดไว้สำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อื่นที่ใช้เชื่อมต่อเข้าสู่อินเทอร์เน็ต⁶⁷

ขั้นตอนที่ 2 เมื่อโจทก์ได้รับบันทึกข้อมูลหมายเลข IP Address โจทก์ต้องยื่นคำร้องอีกฉบับเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่กำหนดหมายเลข IP Address สำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ที่ใช้เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตเพื่อเปิดเผยว่า ใครคือผู้ใช้ IP Address นี้⁶⁸

⁶¹ No provider of user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.; สำหรับผู้สนใจเกี่ยวกับการใช้มาตรา 230 CDA สามารถศึกษารายละเอียดได้ที่ Gregory M Dickinson, ‘Section 230: A Juridical History’ (2024) 28 Stanford Technology Law Review 1.

⁶² ตัวอย่างเช่น คดี *Zeran v American Online* 129 F3d 327 (4th Cir 1997).

⁶³ ตัวอย่างเช่น คดี *Force v Facebook*, 934 F3d 53 (2019).

⁶⁴ Jessica L Chilson, ‘Unmasking John Doe: Setting a Standard for Discovery in Anonymous Internet Defamation Cases’ (2009) 95 Virginia Law Review 389, 401.

⁶⁵ Savanna L Shuntich and Kenneth A Vogel, ‘Doe Hunting: A How-To Guide for Uncovering John Doe Defendants in Anonymous Online Defamation Suits’ (2018) 35 Computer and Internet Lawyer 17, 18-19; นอกจากนี้โปรดดู Gleicher (n60) หน้า 328 (อธิบายว่า กระบวนการเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ตนิรนามมี 2 ขั้นตอนเช่นกัน).

⁶⁶ Gleicher (n60) 327 อธิบายว่า การฟ้องคดีคู่ความที่เป็นชื่อสมมติ (fictitious parties) มีมาเป็นเวลานานแล้ว.

⁶⁷ Shuntich and Vogel (n65) 18-19.

⁶⁸ *ibid* 19.

ในกระบวนการหาตัวผู้หมิ่นประมาทนี้ Gleicher ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจแจ้งให้จำเลยซึ่งไม่ทราบชื่อว่า มีคำร้องเพื่อให้ขอเปิดเผยตัวโดยจำเลยสามารถยื่นคำร้องคัดค้าน โดยไม่ได้เปิดเผยตัวตนต่อศาลเพื่อขอให้ศาลยกคำร้องได้⁶⁹ และกระบวนการนี้สามารถนำไปเปิดเผยตัวบุคคลที่กระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างอื่น เช่น คดีละเมิดเครื่องหมายการค้าได้⁷⁰ หรือ ใช้เพื่อขอให้เปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ตนิรนามในฐานะพยานในคดีได้⁷¹

ตามที่ได้กล่าวไปในบทนำว่า สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการสื่อสารตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา⁷² นอกจากนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังรับรองด้วยว่า เสรีภาพในการสื่อสารนี้รวมไปถึงการสื่อสารโดยนิรนามผ่านทางอินเทอร์เน็ตด้วย⁷³ ด้วยเหตุนี้เอง ศาลจึงได้กำหนดมาตรฐานที่โจทก์ต้องพิสูจน์ เพื่อเปิดเผยตัวจำเลยซึ่งไม่ทราบชื่อโดยนำเสรีภาพในการสื่อสารมาร่วมพิจารณาด้วย อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาวรรณกรรมทางกฎหมาย (Legal Literature) ที่เกี่ยวข้องกับแนวทางในการเปิดเผยตัวผู้สื่อสารโดยนิรนามตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ผู้วิจัยพบว่า ศาลได้กำหนดมาตรฐานที่โจทก์ต้องพิสูจน์แตกต่างกันในแต่ละคดีและให้ความเห็นว่า ยังไม่ได้มีมาตรฐานที่ชัดเจน⁷⁴ แม้มาตรฐานเหล่านี้จะยังไม่ชัดเจน แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการศึกษามาตรฐานเหล่านี้จะทำให้เห็นแนวคิดที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ เพื่อนำไปปรับให้สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายไทยได้ ดังนั้น ในหัวข้อ 3.2.1 ผู้วิจัยจะนำเสนอมาตรฐานที่น่าสนใจ ที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยใช้รวมไปถึงความเห็นทางวิชาการต่อมาตรฐานเหล่านั้น และในหัวข้อ 3.2.2 จะนำเสนอข้อเสนอทางวิชาการที่น่าสนใจในการพัฒนามาตรฐานที่โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ชัดเจน

3.2.1 มาตรฐานในการพิสูจน์ของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

Arbatman และ Villasenor ได้สรุปพัฒนาการของมาตรฐานที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยใช้ในการเปิดเผยตัวผู้สื่อสารโดยนิรนามโดยเริ่มจากคดี *Columbia Insurance Co v Seescandy.com*⁷⁵ (1999) (*'Seescandy.com'*) ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีการดำเนินคดีแพ่งเพื่อเปิดเผยตัวผู้สื่อสารโดยนิรนามทางอินเทอร์เน็ต⁷⁶ คดีนี้เป็นคดีละเมิดเครื่องหมายการค้า⁷⁷ ศาลกำหนดว่าโจทก์จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ (1) โจทก์ต้องระบุตัวตนของบุคคลที่ยังไม่ทราบชื่อโดยเฉพาะเจาะจงให้เพียงพอ เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาได้

⁶⁹ Gleicher (n60) 328.

⁷⁰ *ibid* 331; see eg *Columbia Insurance Co v Seescandy.com*, 185 FRD 573 (ND Cal 1999), which will be discussed in n 77–80.

⁷¹ See *Doe v 2TheMart.com Inc*, 140 F Supp 2d 1088 (WD Wash 2001).

⁷² เชนอร์ธ 25.

⁷³ Shuntich and Vogel (n65) 19 อ้างถึงคดี *Hard Drive Prods, Inc v Doe* 892 F Supp 2d 334, 338 (DDC 2012).

⁷⁴ Gleicher (n60) 325 (กล่าวว่า ‘คำร้องขอเปิดเผยตัวจำเลยซึ่งไม่ทราบชื่อไม่ได้มีมาตรฐานการพิสูจน์เพียงมาตรฐานเดียว’); Shuntich และ Vogel (n65) 19 (กล่าวว่า ‘ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีข้อยุติว่าการคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามเป็นอย่างไร’); Leeza Arbatman and John Villasenor, ‘Anonymous Expression and “Unmasking” in Civil and Criminal Proceedings’ (2021) 23 Minnesota Journal of Law, Science and Technology 77, 78 (กล่าวว่า ‘แม้มีการดำเนินคดีเกี่ยวกับการเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามเป็นเวลากว่า 20 ปี แต่ศาลยังไม่ได้กำหนดมาตรฐานที่ชัดเจน’).

⁷⁵ *Columbia Insurance Co v Seescandy.com*, 185 FRD 573 (ND Cal 1999).

⁷⁶ Arbatman and Villasenor (n74) 99.

⁷⁷ *Columbia Insurance Co* (n77).

ว่า จำเลยเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีตัวตนอยู่จริง และสามารถถูกฟ้องคดีในศาลได้ (2) โจทก์ต้องระบุขั้นตอนที่ได้กระทำไปโดยสุจริตในการหาที่อยู่ของจำเลย เพื่อรับประกันว่าได้มีการกระทำโดยสุจริตในการระบุตัวตนเพื่อส่งหมายไปยังจำเลย และ (3) โจทก์ต้องแสดงได้ว่าคำฟ้องของโจทก์สามารถโต้แย้งคำร้องขอให้ยกฟ้องได้⁷⁸ ต่อมาคือ คดี *In re Subpoena Duces Tecum to American Online*⁷⁹ (2001) ('AOL') ในคดีนี้ศาลมลรัฐ Virginia ได้พิจารณาคำร้องของบริษัทหนึ่ง ซึ่งฟ้องบุคคลที่โพสต์ข้อความหมิ่นประมาทตนในห้องแชทของ American Online แต่ American Online ได้ยื่นคำร้องคัดค้าน ศาล Virginia ได้กำหนดมาตรฐานว่า ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มต้องเปิดเผยตัวผู้ให้บริการนิรนาม หาก (1) ศาลเห็นชอบตามคำขอ หรือ หลักฐานที่ยื่นมาต่อศาลว่า (2) คู่ความที่ขอยกฟ้องมีเหตุผลโดยสุจริตโดยชอบธรรมในการอ้างว่า ตนเสียหายจากการกระทำที่มีการฟ้องคดี และ (3) ข้อมูลของตัวบุคคลตามหมายศาลที่ขอมีความสำคัญในการดำเนินคดีต่อไป⁸⁰ ทั้งมาตรฐานจากคดี *Seescandy.com* และ AOL นี้ถูกวิจารณ์ว่า ไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามเท่าใดนัก⁸¹

Arbatman และ Villasenor ได้อธิบายต่อว่า เนื่องจากมาตรฐานของทั้งสองคดีไม่ได้คำนึงถึงสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามเท่าใด ศาลในมลรัฐอื่นจึงกำหนดมาตรฐานใหม่ให้โจทก์ต้องพิสูจน์⁸² เช่น ศาล New Jersey Appellate Court ในคดี *Dendrite International, Inc v Doe No 3*⁸³ (2001) ('Dendrite') ได้กำหนดว่าโจทก์ต้องพิสูจน์ว่า (1) โจทก์ได้แจ้งไปยังจำเลยซึ่งไม่ทราบชื่อ ทั้งนี้ สามารถแจ้งโดยโพสต์ไปยังเว็บไซต์ที่จำเลยได้หมิ่นประมาทว่า โจทก์กำลังขอยกฟ้องเพื่อเปิดเผยตัว และต้องใช้เวลาตามควรแก่จำเลยในการโต้แย้งคำขอ (2) ระบุข้อความที่โจทก์อ้างว่าหมิ่นประมาท และ (3) ต้องสามารถแสดงได้ว่าคดีของโจทก์มีมูล (*prima facie*)⁸⁴ และหากศาลเห็นว่า โจทก์ได้แสดงต่อศาลว่าได้ดำเนินการตามที่กล่าวมาแล้ว (4) ศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่สื่อสารโดยนิรนามกับความน่าเชื่อถือของคำฟ้องโจทก์ เพื่อพิจารณาว่าควรเปิดเผยตัวตนของจำเลยหรือไม่⁸⁵

ภายหลังจากคดี *Dendrite* ได้มีคดี *Doe v Cahill*⁸⁶ (2005) ('Cahill') ของศาล Delaware Supreme Court โจทก์ในคดีนี้เป็นบุคคลสาธารณะซึ่งต่างจากคดีอื่น ๆ ที่โจทก์เป็นบริษัทที่ถูกหมิ่นประมาท⁸⁷ ศาล Delaware ได้ปรับปรุงมาตรฐานจากคดี *Dendrite* ให้เหลือ 2 ข้อ กล่าวคือ (1) โจทก์ยังคงต้องพยายามแจ้งผู้ใช้อินเทอร์เน็ตนิรนามเหมือนกับคดี *Dendrite* และ (2) โจทก์ต้องแสดงข้อเท็จจริงที่เพียงพอต่อการโต้แย้งคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาโดยไม่ต้องสืบพยาน (Summary Judgment Motion) ศาลได้อธิบายว่า โจทก์ต้องนำเสนอหลักฐานที่เป็นประเด็นสำคัญสำหรับทุกองค์ประกอบที่โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ (Within

⁷⁸ *ibid.*

⁷⁹ *In re Subpoena Duces Tecum to America Online, Inc*, 2000 WL 1210372 (Cir Ct Va 2000).

⁸⁰ *ibid* 8.

⁸¹ Gleicher (n60) 340; Arbatman and Villasenor (n74) 99.

⁸² Arbatman and Villasenor (n74) 99.

⁸³ *Dendrite International, Inc v Doe No 3*, 342 NJ Super 134, 775 A2d 756 (App Div 2001).

⁸⁴ *ibid* 760.

⁸⁵ *ibid* 760-761.

⁸⁶ *CML V, LLC v Bax*, 884 A2d 451 (Del 2005).

⁸⁷ *ibid* 454.

the Plaintiff's Control)⁸⁸ เพราะเมื่อโจทก์ในคดีนี้เป็นบุคคลสาธารณะ โจทก์จึงต้องพิสูจน์ว่า **ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามได้หมิ่นประมาทโดยมีองค์ประกอบภายใน** แต่ศาลเห็นว่า เป็นเรื่องยากที่โจทก์จะพิสูจน์ได้ หากโจทก์ไม่ทราบว่าเป็นใครคือผู้ใช้อินเทอร์เน็ตคนนั้น ดังนั้น โจทก์จึงไม่ต้องพิสูจน์องค์ประกอบนี้ ทั้งนี้ ศาลได้อธิบายว่า การกำหนดให้โจทก์ต้องระบุข้อความที่อ้างว่าหมิ่นประมาทตามองค์ประกอบข้อ 2 ของคดี *Dendrite*⁸⁹ และการกำหนดให้ศาลต้องชั่งน้ำหนักตามองค์ประกอบข้อ 4 ของคดี *Dendrite* อยู่ในกระบวนการพิจารณาการโต้แย้งคำร้องนี้อยู่แล้ว⁹⁰

มาตรฐานของคดี *Dendrite* และ *Cahill* นี้ได้รับการชื่นชมว่า เป็นมาตรฐานที่เหมาะสมในการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามของผู้พูดกับสิทธิของโจทก์ที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย จากข้อความหมิ่นประมาทโดยกระบวนการทางศาล⁹¹

คดีสุดท้ายที่ Arbatman และ Villasenor กล่าวถึงเกี่ยวกับการเปิดเผยตัวในคดีแพ่ง คือ คดี *In re Anonymous Speakers*⁹² (2011) ซึ่งวินิจฉัยโดย ศาล Ninth Circuit ศาลเห็นว่ามาตรฐานของคดี *Cahill* กว้างเกินไป เพราะศาลเห็นว่าลักษณะของการสื่อสาร (Nature of Speech) ควรเป็นประเด็นหลักที่ใช้ในการให้น้ำหนักสำหรับการสื่อสารโดยนิรนามในกระบวนการเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ต ศาลได้อธิบายว่าการสื่อสารที่เกี่ยวกับเรื่องทางพาณิชย์ (Commercial Speech) ได้รับความคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการสื่อสารน้อยกว่าการสื่อสารเรื่องการเมือง ทั้งนี้ Arbatman และ Villasenor ได้อธิบายว่าหลังจากคดี *Anonymous Speakers* แล้ว ยังไม่มีความชัดเจนว่า มาตรฐานในการพิสูจน์เพื่อเปิดเผยตัวผู้สื่อสารโดยนิรนามตามลักษณะของการสื่อสารแต่ละประเภทควรจะเป็นอย่างไร⁹³

3.2.2 ข้อเสนอทางวิชาการเกี่ยวกับมาตรฐานในการพิสูจน์

เนื่องจากกฎหมายสหรัฐอเมริกายังไม่มีความชัดเจนถึงมาตรฐานที่โจทก์ต้องพิสูจน์ จึงมีความเห็นทางวิชาการที่นำเสนอมาตรฐานที่น่าสนใจให้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกานำไปใช้ เช่น Gleicher เห็นว่า โจทก์จะต้องพิสูจน์ 4 ประเด็น ดังต่อไปนี้ (1) โจทก์ และผู้ให้บริการที่ถูกหมายเรียกได้ใช้ความพยายามตามสมควรในการแจ้งให้จำเลยซึ่งไม่ทราบชื่อ (2) โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความน่าเชื่อถือของคำฟ้องโจทก์⁹⁴ ทั้งนี้ ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า การฟ้องคดีโดยโจทก์ที่เป็นบุคคลธรรมดาที่มีองค์ประกอบที่แตกต่างจากการฟ้องคดีโดยโจทก์ที่เป็นบุคคลสาธารณะ เพราะบุคคลสาธารณะต้องพิสูจน์องค์ประกอบภายใน⁹⁵ Gleicher ได้อธิบายว่า หากโจทก์เป็นบุคคลธรรมดา โจทก์ต้องนำเสนอหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยหมิ่นประมาทตนในระดับที่แสดงว่าคดีมีมูล (Prima Facie) แต่หากโจทก์เป็นบุคคลสาธารณะที่ฟ้องคดีหมิ่นประมาท ในประเด็นที่เป็น

⁸⁸ *ibid* 464.

⁸⁹ *ibid* 461.

⁹⁰ *ibid*.

⁹¹ Gleicher (n60) 340; Shuntich and Vogel (n65) 19.

⁹² Arbatman and Villasenor (n74) 103 (อ้างถึงคดี *In re Anonymous Speakers* 661 F3d 1168 (9th Cir 2011)).

⁹³ นอกจากคดีที่กล่าวมานี้ Arbatman และ Villasenor ยังได้อ้างถึงคดี *Doe v 2Mart.com* (2001) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเปิดเผยตัวพยานซึ่งเป็นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนาม รายละเอียดโปรดดู *ibid* 102.

⁹⁴ Gleicher (n60) 363.

⁹⁵ โปรดดู เนื้อหาของเชิงอรรถที่ 55-60.

สาธารณะ (Public Speech) โจทก์ต้องนำเสนอหลักฐานที่โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ ทั้งนี้ เพราะการพิสูจน์องค์ประกอบภายในของจำเลยไม่ใช่เรื่องง่าย หากไม่ทราบว่าจำเลยเป็นใคร ดังนั้น โจทก์ต้องนำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อโน้มน้าวศาลว่าจำเลยได้กระทำโดยมีองค์ประกอบภายใน (3) โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่า ข้อมูลที่โจทก์ร้องขอนั้นมีความจำเป็นในการระบุตัวจำเลย และตัวจำเลยเป็นสาระสำคัญในการดำเนินคดี และ (4) หากการพิจารณาทั้งสามองค์ประกอบข้างต้นยังไม่สามารถสรุปได้ว่าให้เปิดเผยตัวหรือไม่ ศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของคู่ความโดยให้พิจารณาว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นกับฝ่ายใดมากกว่ากัน⁹⁶

จะเห็นได้ว่า ข้อเสนอของ Gleicher เป็นการทำให้มาตรฐานคดี *Cahill* มีความชัดเจนขึ้น ในประเด็นที่บุคคลสาธารณะต้องพิสูจน์องค์ประกอบภายใน และมีการกำหนดให้ศาลนำเรื่องการชั่งน้ำหนักมาร่วมพิจารณาให้ชัดเจนขึ้น

ในส่วนของ Arbatman และ Villasenor ได้เสนอว่า ควรนำมาตรฐานการพิสูจน์ในคดี *Dendrite* มาใช้เพราะมีการกำหนดให้ศาลพิจารณาว่า (1) คดีมีมูลมากเพียงใด (The Strength of The *prima facie* Case) และ (2) ให้มีการชั่งน้ำหนักระหว่าง ความจำเป็นในการเปิดเผยตัวจำเลยซึ่งไม่ทราบชื่อเพื่อให้โจทก์ดำเนินคดี กับ สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ⁹⁷ ดังนั้น จึงเสนอให้นำมาตรฐานทั้ง 4 ข้อของคดี *Dendrite* ไปใช้ โดยที่ Arbatman และ Villasenor ยอมรับว่า การชั่งน้ำหนักตามมาตรฐานนี้ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่⁹⁸ จึงได้เสนอว่าควรนำ 3 ประเด็นนี้ มาร่วมพิจารณาด้วยในการชั่งน้ำหนักด้วย คือ

(1) ให้พิจารณาประเภทของการสื่อสารโดยนิรนาม (Type of Anonymous Speech) เพราะตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ลักษณะของการสื่อสารมีผลต่อเสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับการสื่อสารทางการเมือง (Political Speech)⁹⁹ และการสื่อสารในงานเขียน และเรื่องทางศาสนา¹⁰⁰ แต่หากเป็นการสื่อสารที่เกี่ยวกับเรื่องเชิงพาณิชย์จะได้รับความคุ้มครองน้อยกว่า¹⁰¹ ทั้งคู่ให้ความเห็นว่า หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการสื่อสารนั้นเป็นเรื่องการเมือง งานเขียน หรือ เรื่องศาสนา ให้ศาลมีคำสั่งไม่เปิดเผยตัวจำเลย แต่หากเป็นการสื่อสารทางพาณิชย์ศาลควรพิจารณาให้เปิดเผย อย่างไรก็ตาม ทั้งคู่ยอมรับว่า มาตรฐานของศาลในการพิจารณาว่าการสื่อสารใดเป็นการสื่อสารเชิงพาณิชย์ยังไม่มีมาตรฐาน¹⁰² และในบางกรณี การพิจารณาว่าการสื่อสารเป็นการสื่อสารเชิงพาณิชย์หรือไม่ จำเป็นต้องทราบว่าใครคือผู้สื่อสารด้วย¹⁰³ ทั้งคู่จึงได้เสนอว่า กรณีที่ไม่ชัดเจนว่าเป็นการสื่อสารประเภทใด หรือ หากการพิจารณาว่าการสื่อสารนั้นเป็นการสื่อสารประเภทใดต้องมีการเปิดเผยตัวผู้สื่อสาร ให้มีคำสั่งไม่เปิดเผยตัวผู้สื่อสาร

⁹⁶ Gleicher (n60) 363.

⁹⁷ Arbatman and Villasenor (n74) 122.

⁹⁸ Arbatman and Villasenor (n74) 122; นอกจากนี้ โปรดดู Chilson (n64) 414 (อธิบายว่า ‘การชั่งน้ำหนักเป็นการให้ดุลพินิจกับศาล โดยที่ไม่ได้มีแนวทางว่าโจทก์ต้องนำเสนอหลักฐานแบบใดจึงจะเป็นไปตามแนวของ คดี *Dendrite*’).

⁹⁹ Arbatman and Villasenor (n74) 122 (อ้างถึง คดี *McIntyre v Ohio Elections Commission* (n25))

¹⁰⁰ *ibid* (อ้างถึงคดี *Anonymous Speakers* (n92)).

¹⁰¹ *ibid* 124-125 (อ้างถึงคดี *Cent Hudson Gas v Pub Serv Comm’n of NY* 447 US 557, 562-63 (1980)).

¹⁰² *ibid* 127.

¹⁰³ *ibid* 126 (อ้างถึงคดี *SI03 Inc v Bodybuilding.com, LLC* 441 F App’x 431 (9th Cir 2011)).

(2) ผู้ที่สื่อสารเป็นคู่ความในคดีหรือไม่ ทั้งนี้ การเปิดเผยตัวผู้สื่อสารโดยนิรนามในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำไปใช้เพื่อขอเปิดเผยตัวพยานในคดีได้¹⁰⁴ Arbatman และ Villasenor ได้อธิบายว่า คู่ความที่ต้องการให้เปิดเผยผู้ที่สื่อสารในฐานะพยานต้องมีการพิจารณาที่สูงกว่าการขอให้เปิดเผยตัวจำเลย ศาลควรพิจารณาถึง ความสำคัญของพยานในคดีนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักฐานอื่น ๆ รวมไปถึงผลที่จะเกิดขึ้นหากมีการเปิดเผยตัวพยาน เช่น การมีคำสั่งเปิดเผยตัวเช่นนี้ จะทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่อยากจะออกความเห็นในลักษณะเดียวกันอีกหรือไม่¹⁰⁵

(3) การเปรียบเทียบว่า ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้สื่อสารโดยนิรนามกับที่อาจเกิดกับผู้เสียหาย หากคำสั่งให้เปิดเผยตัวตนมีความผิดพลาด Arbatman และ Villasenor ได้ยกตัวอย่างว่า เจ้าของร้านอาหารที่ขอให้ศาลเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่รีวิว (Review) ว่าร้านอาหารคิดราคาแพงเกินเหตุ หากศาลปฏิเสธที่จะเปิดเผยตัวผู้ใช้นี้ เจ้าของร้านย่อมไม่สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหาย เช่น ไม่สามารถทำให้บุคคลนั้นลบข้อความออกไป แต่ในทางกลับกัน หากศาลมีคำสั่งให้เปิดเผยตัว แต่เมื่อพิจารณาในเนื้อหาคดีกลับพบว่าข้อความนั้นเป็นความจริง คำสั่งนี้ย่อมละเมิดเสรีภาพในการสื่อสารโดยนิรนามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ โดย Arbatman และ Villasenor ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า หากพิจารณาในรายละเอียดความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีระดับที่ต่างกัน เช่น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการร้องเรียนจำนวนมากว่าร้านนี้คิดราคาแพงเกินเหตุ ดังนี้ ความเสียหายที่เกิดกับจำเลยที่ถูกเปิดเผยตัวจากคำสั่งที่ผิดพลาด (เพราะการเขียนรีวิวเป็นเรื่องจริง) ย่อมมีมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับโจทก์ หากศาลยกคำร้องขอให้เปิดเผยตัว¹⁰⁶

จะเห็นได้ว่า ข้อเสนอข้างต้นทำให้วิธีการชั่งน้ำหนักในคดี *Dendrite* มีความชัดเจนขึ้น และให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารค่อนข้างชัดเจน จากการที่ให้ยกคำร้องหากเป็นการสื่อสารทางการเมือง หรือกรณีที่ไม่สามารถระบุลักษณะของการสื่อสารได้ว่าเป็นการสื่อสารประเภทใด

จากพัฒนาการของมาตรฐานที่ศาลกำหนดให้โจทก์พิสูจน์และข้อเสนอทางวิชาการ ทำให้ผู้วิจัยเห็นว่า ในการพิจารณาคำร้องตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law) ในเรื่องนี้ กฎหมายสหรัฐอเมริกา นำหลักกฎหมายหมิ่นประมาทซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) มาใช้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าจะเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ตหรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่โจทก์เป็นบุคคลสาธารณะที่ต้องการให้มีการเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ต โจทก์ต้องโน้มน้าวให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบภายในของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตตามกฎหมายหมิ่นประมาท ศาลจึงจะมีคำสั่งให้เปิดเผยตัว นอกจากนี้กฎหมายสหรัฐอเมริกายังมีการนำเสรีภาพในการสื่อสารที่รับรองตามรัฐธรรมนูญมาพิจารณาประกอบด้วย

4. การปรับปรุงกระบวนการตามกฎหมายไทยในการหาตัวผู้หมิ่นประมาททางออนไลน์โดยนิรนาม

จากการแนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ประเด็นที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำมาใช้ในกฎหมายไทย คือ การให้สิทธิผู้เสียหายยื่นคำร้องให้ศาลสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามได้โดยตรง ทั้งนี้ ศาลต้องนำประเด็นดังต่อไปนี้ มาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อเปิดเผยตัวด้วย

- (1) ผู้เสียหายได้พยายามแจ้งให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามทราบว่ามีคำร้องขอให้เปิดเผยตัว
- (2) ผู้เสียหายได้นำเสนอข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นว่าคดีหมิ่นประมาทมีมูล

¹⁰⁴ คดี *Doe v 2Mart.com* (2001) (n71).

¹⁰⁵ Arbatman and Villasenor (n74) 128.

¹⁰⁶ *ibid* 128-129.

(3) การเปิดเผยตัวตนของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามกระทบต่อเสรีภาพในการสื่อสารเกินสมควรหรือไม่

จากประเด็นข้างต้น ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ เพื่อให้สิทธิผู้เสียหายยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาล ให้ศาลพิจารณาว่าจะมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้หมิ่นประมาทโดยนิรนามหรือไม่ โดยให้เพิ่มเป็นมาตรา 18 วรรคท้าย ดังนี้

ผู้เสียหายซึ่งถูกหมิ่นประมาทมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลจากรายคอมพิวเตอร์ และให้ส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา 26 ที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้หมิ่นประมาทผ่านระบบคอมพิวเตอร์ โดยผู้เสียหายต้องแสดงหลักฐานว่าได้แจ้งให้ผู้หมิ่นประมาททราบ หากศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่าคำร้องของผู้เสียหายมีมูลที่จะรับฟังได้ว่ามีกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ให้ศาลสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลนั้น แต่หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีไม่มีมูล หรือ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ให้ศาลยกคำร้องนั้นเสีย

บทบัญญัติที่ผู้วิจัยเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมสามารถอธิบายได้ ดังนี้

(1) ผู้เสียหายต้องแสดงหลักฐานว่าได้แจ้งให้ผู้หมิ่นประมาททราบว่า มีคำร้องขอให้เปิดเผยตัวผู้หมิ่นประมาทเพื่อให้บุคคลนั้นมีโอกาสยื่นคำร้องคัดค้าน (โดยปกปิดตัวผู้ยื่นคำร้องคำคัดค้านได้) ทั้งนี้ ตามแนวทางของคดี *Dendrite* การที่ผู้ร้องแสดงว่าได้โพสต์ไปยังเว็บไซต์ที่จำเลยได้หมิ่นประมาทว่า โจทก์กำลังขอมายศาลเพื่อเปิดเผยตัวย่อมถือว่าการแจ้งโดยชอบ

(2) ผู้เสียหายต้องนำเสนอข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นว่า คดีหมิ่นประมาทของผู้เสียหายมีมูล กล่าวคือ ต้องแสดงข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นว่า ข้อความที่ผู้เสียหายอ้างถึงทำให้ผู้เสียหายเสียชื่อเสียงได้ ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ศาลวางหลักว่า ต้องได้ความว่าการใส่ความระบุถึงตัวบุคคลได้แน่นอนว่าเป็นใคร¹⁰⁷ ดังนั้น หากข้อความนั้นไม่ชัดเจนว่าหมายถึงผู้เสียหาย ให้ศาลยกคำร้องได้ทันที เช่น ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตใช้ข้อความว่า พระวัด ก. ประพฤติผิดศีล โดยที่วัดนี้มีพระ 200 รูป ข้อความนี้ย่อมไม่สามารถระบุได้ว่าพระรูปไหนเป็นผู้เสียหาย

ทั้งนี้ ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญากำหนดเพียงให้โจทก์พิสูจน์ว่าจำเลยมีเจตนา แต่ไม่ได้กำหนดให้พิสูจน์ว่าจำเลยรู้หรือควรรู้ว่า ข้อความนั้นเป็นเท็จเหมือนกับกรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกา ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ *Gleicher* นำเสนอว่า ต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อโน้มน้าวศาลจึงไม่ต้องนำมาใช้ในประเด็นนี้

(3) การกำหนดให้ศาลพิจารณาว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือไม่ เป็นการกำหนดให้ศาลพิจารณาว่า การเปิดเผยตัวตนของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตกระทบต่อเสรีภาพในการสื่อสารเกินสมควรหรือไม่ ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า เสรีภาพในการสื่อสารทางออนไลน์ของบุคคลในบริบทของกฎหมายไทยได้รับความคุ้มครองโดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 329¹⁰⁸ ที่ยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้

¹⁰⁷ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 619/2517.

¹⁰⁸ ผู้วิจัยไม่ได้อ้างถึงมาตรา 331 เพราะมาตรานี้ยกเว้นความผิดในการแสดงความเห็นในศาลซึ่งไม่เกี่ยวกับการสื่อสารทางออนไลน์ และไม่ได้นำมาตรา 330 มาร่วมพิจารณาด้วย เพราะมาตรา 330 ใช้กับกรณีที่ผู้หมิ่นประมาทพิสูจน์ความจริงที่เป็นประโยชน์สาธารณะได้ ดังนั้น ผู้หมิ่นประมาทต้องเข้ามาอยู่ในกระบวนการพิจารณาเสียก่อนจึงสามารถขอพิสูจน์ความจริงได้เพื่อยกเว้นความโทษได้.

มาตรา 329 มีองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบหมิ่นประมาท คือ “เป็นการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต” ซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคแรก ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า หมายถึง บุคคลที่ถูกฟ้องว่าหมิ่นประมาทเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นความจริง¹⁰⁹ ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำมาตรฐานการนำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อโน้มน้าวศาลตามข้อเสนอของ Gleicher มาใช้ เพราะการพิสูจน์ว่า ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามไม่ได้เชื่อโดยสุจริตไม่ใช่เรื่องง่าย คล้ายคลึงกับเรื่องการพิสูจน์องค์ประกอบภายในตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ดังนี้ หากผู้เสียหายนำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อโน้มน้าวศาลว่า ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ได้เชื่อโดยสุจริตย่อมเพียงพอ กล่าวคือ หากข้อความที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตใช้ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการอ้างอิงแหล่งข่าวประกอบข้อความ เช่น การเขียนข้อความว่า นักการเมือง ก. มีความเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายโดยไม่มีข้อเท็จจริงใด ๆ ที่แสดงหลักฐานยืนยันถึงข้อเท็จจริงนั้นเลย ย่อมถือว่าเพียงพอที่จะโน้มน้าวศาลว่าจำเลยไม่ได้กระทำโดยสุจริต¹¹⁰ เป็นต้น

ในทางกลับกัน หากเป็นการวิพากษ์วิจารณ์นักการเมืองที่มีการแสดงข้อเท็จจริงประกอบ เช่น การวิจารณ์นักการเมืองมีการเชื่อมโยงถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสื่อมวลชน ทำให้ศาลเชื่อว่า ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตได้ติชมนักการเมืองคนนี้ด้วยความเป็นธรรม ศาลควรใช้ประเด็นนี้มาพิจารณาเพื่อปฏิเสธคำร้องขอเปิดเผยตัวผู้ใช้อินเทอร์เน็ตได้¹¹¹

การให้สิทธิผู้เสียหายยื่นคำร้องได้โดยตรง สามารถแก้ไขปัญหาที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 2.3 ได้ เพราะเมื่อผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องได้เอง จำนวนพนักงานเจ้าหน้าที่ ๆ ที่ไม่เพียงพอย่อมไม่มีผลต่อการดำเนินคดีหมิ่นประมาทอีก และเมื่อศาลเป็นองค์กรที่มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูล ผู้ให้บริการย่อมมีความมั่นใจว่า การเปิดเผยข้อมูลตามคำสั่งศาลเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาที่ว่าผู้ให้บริการปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ๆ ย่อมหมดไป การคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลตามกระบวนการนี้ย่อมมีประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ การให้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่า ผู้ให้บริการต้องเปิดเผยตัวผู้ให้บริการหรือไม่ ย่อมเป็นการสร้างหลักประกันว่า สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจะได้รับ ความคุ้มครอง และจากการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกายังแสดงให้เห็นอีกว่า กระบวนการนี้ให้ศาลมีส่วนในการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยนิรนามด้วย สิทธิในชื่อเสียงย่อมได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสมภายใต้กระบวนการนี้

แม้กระบวนการที่ผู้วิจัยเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นกระบวนการที่ให้สิทธิผู้เสียหายหาตัวผู้หมิ่นประมาทโดยอาศัยตาม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายอาญา แต่กระบวนการนี้ไม่ได้บังคับว่าเมื่อผู้เสียหายทราบว่าเป็นผู้หมิ่นประมาทแล้ว ผู้เสียหายต้องดำเนินคดีอาญากับบุคคลนั้น ผู้เสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องคดีบุคคลนั้นตามกฎหมายแพ่งก็ได้

5. บทสรุป

ตามที่ผู้วิจัยได้นำเสนอจะเห็นว่า การสื่อสารโดยนิรนามสามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือในการหมิ่นประมาทผู้อื่นได้ และก่อให้เกิดอุปสรรคต่อผู้เสียหายในการดำเนินคดีทั้งทางอาญาและทางแพ่ง แม้กฎหมาย

¹⁰⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 7 เพชรบุรี 2554) 461.

¹¹⁰ เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 418/2567.

¹¹¹ เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1861/2561.

ไทยจะมีกระบวนการหาตัวผู้กระทำผิดไว้ใน พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ แต่กระบวนการมีปัญหาทางปฏิบัติ เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่ ฯ ซึ่งต้องดำเนินการตามกฎหมายมีจำนวนไม่มาก และผู้ให้บริการอาจไม่ให้ความร่วมมือในการให้ข้อมูล ด้วยเหตุผลนี้เอง กฎหมายจึงยังไม่สามารถคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงของผู้เสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาแนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกาเพื่อนำเสนอทางแก้ไข ผู้วิจัยเสนอให้ผู้เสียหายมีสิทธิในการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยตัวผู้หมิ่นประมาท โดยกำหนดเงื่อนไขให้ศาลต้องพิจารณาด้วยว่าการเปิดเผยตัวผู้หมิ่นประมาทกระทบต่อเสรีภาพในการสื่อสารเกินไปหรือไม่ โดยต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฯ กระบวนการเช่นนี้สามารถแก้ไขปัญหาข้างต้นได้ นอกจากนี้ ยังทำให้ศาลได้มีบทบาทในการรับประกันว่าเสรีภาพการสื่อสารของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจะได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสมด้วย

กฎหมายอย่างอ่อน: ในบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

Soft Law: In the Context of Interstate Security and
Sovereignty Management Instruments

ธีรวัฒน์ ประทุมทอง*

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่

Tirawat Pratumthong

Faculty of Law, Hatyai University

วันที่รับบทความ 17 ธันวาคม 2568; วันแก้ไขบทความ 20 เมษายน 2569.; วันตอบรับบทความ 29 มิถุนายน 2569

บทคัดย่อ

กฎหมายอย่างอ่อน (Soft Law) มักจะเป็นที่รู้จักในวงวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลที่กฎหมายอย่างอ่อนได้ถูกหยิบยกมาใช้ประโยชน์ในฐานะของเครื่องมือทางกฎหมาย หรือบางความเห็นที่นิยามว่าเป็นเพียงเครื่องมือกึ่งกฎหมายภายใต้บริบทระหว่างประเทศที่จะนำมาซึ่งความผูกพันระหว่างรัฐที่ไม่เคร่งครัดเด็ดขาดเช่นเดียวกันกับข้อผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศ โดยทั่วไปที่อาจเปรียบเทียบได้ว่าอยู่ในความหมายของกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ (Hard Law) โดยบทความฉบับนี้ได้นำฐานของความเป็นกฎหมายอย่างอ่อนมาวิเคราะห์ร่วมกับบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐซึ่งโดยทั่วไปจะเห็นว่าข้อผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐนั้นอาจถูกพูดถึงในฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปที่รัฐซึ่งเข้าเป็นภาคีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ผู้เขียนจึงเห็นว่าการศึกษากฎหมายอย่างอ่อนที่ถูกนำมาใช้ภายใต้ข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศที่มีผลต่อความผูกพันระหว่างรัฐที่ไม่เด็ดขาดซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นด้านความมั่นคง และหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐก็น่าจะเป็นการเปิดมุมมองด้านวิชาการที่น่าสนใจ อีกประเด็นหนึ่งที่สามารถทำให้ผู้ศึกษาเข้าใจได้ตั้งแต่ฐานของนิยามความหมายหรือการตีความของกฎหมายอย่างอ่อน ภายใต้แนวคิดที่เกี่ยวข้องตลอดไปจนถึงการนำกฎหมายอย่างอ่อนไปใช้ประโยชน์ในบริบทระหว่างประเทศที่หลากหลาย ซึ่งมีส่วนคาบเกี่ยวกับการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐและโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการในทางระหว่างประเทศที่ทุกประเทศต้องเคารพและให้ความสำคัญ คือ หลักการไม่แทรกแซงและหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เป็นฐานสำคัญในการวาง หรือกำหนดความผูกพันในทางระหว่างประเทศภายใต้ฐานของกฎหมายอย่างอ่อน โดยหลักการสำคัญดังกล่าวจะเป็นฐานในการวิเคราะห์การทำงานของกฎหมายอย่างอ่อนกับการสร้างกฎระเบียบทางความมั่นคงระหว่างรัฐที่ยึดหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นสำคัญ ตลอดทั้งความท้าทายของกฎหมายอย่างอ่อนภายใต้สถานการณ์ด้านความมั่นคงที่เป็นพลวัต

คำสำคัญ: กฎหมายอย่างอ่อน, อำนาจอธิปไตย, ความมั่นคงของรัฐ

* อาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่

ที่อยู่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่ เลขที่ 222 ตำบลคอหงส์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110

E-mail: Tirawat_oat@outlook.com

Abstract

“Soft Law” is known in the academic circles of international laws for a reason that “Soft Law” is brought up for use as legal tools, or some opinions that define it as semi-legal tools under international contexts to bring about flexible interstate ties. Similar to obligations under general international commitments, it may be compared in the definition of “Hard Law”. In this Article, the basis of “Soft Law” has been analyzed together with the contexts of tools for management of interstate security and sovereignty. In general, it can be seen that obligations under international commitments which are related to interstate security and sovereignty may be mentioned on the basis international laws in general, with which member states shall strictly comply. The Author has opinions that the study of “Soft Law” which is used under international obligations with impacts on flexible interstate ties related to the security issues and the principle of respects to state sovereignty may open up the academic perspectives in another interesting issue that could be understood by learners from the basis of definitions or interpretation of “Soft Law” under the related concepts to the use of “Soft Law” in diverse international contexts overlapped with the management of interstate security and sovereignty, particularly the international principles which must be respected and given importance by all countries, i.e., the principle of non-interference and the principle of respects to state sovereignty, which are important basis in the establishment or determination of interstate ties under the basis of “Soft Law”. Such important principles shall be the basis of analysis of functioning of “Soft Law” and the creation of rules and regulations on interstate security based on the principle of respects to state sovereignty, including challenges of “Soft Law” under the dynamic security situations.

Keywords: Soft Law, Sovereignty, State Security

1. บทนำ

ข้อผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศโดยส่วนใหญ่จะถูกควมรวมอยู่ภายใต้คำว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาซึ่งความผูกพัน และหน้าที่ของรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีในการจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดและเด็ดขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอธิปไตยของรัฐด้วยแล้วคงปฏิเสธไม่ได้ที่จะต้องนำฐานของหลักการในทางระหว่างประเทศที่ห้ามมีการแทรกแซง และหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐมาเป็นหลักคิดสำคัญ เหตุผลดังกล่าวจึงไม่แปลกนักหากจะวิเคราะห์ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยโดยส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะของกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ นั่นจึงเป็นเหตุให้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศภายใต้หลักการไม่แทรกแซง และการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ไม่ได้อยู่ในสถานะของกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์นั้นจะนำไปสู่แนวปฏิบัติระหว่างรัฐอย่างไร ดังนั้น กฎหมายอย่างอ่อนที่อาจถือได้ว่าเป็นหลักการคู่ขนานกับกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ แต่นำมาซึ่งผลการบังคับใช้ที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงนั้นจะเข้ามาเป็นเครื่องมือในการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐอย่างไร หลักคิดดังกล่าวจึงเป็นเหตุผลให้ผู้เขียนต้องศึกษาย้อนไปถึงการตีความและนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองต่าง ๆ ที่นำมาซึ่งความเข้าใจในเรื่องสถานะและจุดยืนทางกฎหมายในบริบทระหว่างประเทศ ตลอดจนผลที่เกิดขึ้นหากไม่ปฏิบัติตาม โดยฐานความรู้ดังกล่าวเป็นฐานที่ผู้เขียนได้นำมาวิเคราะห์ร่วมกับการสร้างกฎระเบียบภายใต้ฐานของกฎหมายอย่างอ่อนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

ทั้งนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า การศึกษาเพื่อวิเคราะห์การทำงานของกฎหมายอย่างอ่อนผ่านสถานการณ์ปัญหาสังคมโลกด้านต่าง ๆ จะเป็นตัวสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบการใช้บังคับและความสำคัญของกฎหมายอย่างอ่อนในฐานะเครื่องมือการจัดการความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐดังจะมีประเด็นศึกษาในแต่ละหัวข้อ ดังนี้

2. แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอย่างอ่อน

2.1 การตีความและนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อน

กฎหมายอย่างอ่อนสามารถแบ่งแยกเพื่อพิจารณาออกได้เป็น 2 มุมมองหลักประกอบด้วย Soft Law ในมุมมองของคำจำกัดความที่แคบ หมายถึง การอธิบายว่า Soft Law “ไม่ใช่กฎหมาย” เนื่องจากไม่ได้จัดทำขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ¹ ซึ่งทำให้เห็นว่รูปแบบของการตีความ Soft Law ในมุมมองของคำจำกัดความที่แคบนั้น หมายถึงการตีความภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภาที่การออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับภายในสังคมต้องผ่านกระบวนการเสนอร่างกฎหมายการพิจารณาของรัฐสภาและการประกาศใช้ ทั้งนี้ยังได้มีแนวคิดสนับสนุนว่า Soft Law ไม่ใช่กฎหมายซึ่งได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า Soft Law หมายถึง “กฎเกณฑ์แห่งจรรยาบรรณซึ่งโดยหลักการแล้วไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย”² และสำหรับ Soft Law ในมุมมองของคำจำกัดความที่กว้าง หมายถึง ความผูกพันและการมีผลทางกฎหมายกับฝ่ายที่เกี่ยวข้องรวมถึงฝ่ายที่ทำสัญญาและสมาชิกของหน่วยงาน³

¹ Junhai Liu, ‘Globalisation of Corporate Governance Depends on both Soft Law and Hard Law’ (2021) Renmin University of China - Law School 1, 1.

² Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, ‘Hard and Soft Law in International Governance’ (2000) 54(3) International Organization 421, 422.

³ Junhai Liu, ‘Globalisation of Corporate Governance Depends on both Soft Law and Hard Law’ (n 2) 1.

จากนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองที่แคบซึ่งมีสาระสำคัญ คือ การที่ถูกตีความว่า “ไม่ใช่กฎหมาย” ที่จะนำมาซึ่งการไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายมีความแตกต่างกันกับกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองที่กว้าง ที่เห็นว่ากฎหมายอย่างอ่อน “มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยมีข้อจำกัด” ซึ่งอย่างไรก็แล้วแต่การนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองที่กว้างนั้น จากการศึกษายังไม่พบว่าจะถูกตีความให้อยู่ในรูปของกฎหมายหรือไม่แน่ อาจเป็นเหตุผลเพราะการมีผลผูกพันทางกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายเฉกเช่นเดียวกันกับ Hard Law แต่อย่างไรก็ตามโดยเป็นเพียงความผูกพันทางกฎหมายที่ถูกจำกัดอยู่เพียงแค่ความผูกพันและผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาหรือฝ่ายที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญเท่านั้น

ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า Anna Di Robilant (นักวิชาการด้านกฎหมาย) ได้กล่าวว่าความสนใจของนักกฎหมายร่วมสมัยจำนวนมาก (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรป) ได้มีความเห็นต่อ Soft Law ว่าอาจเกิดขึ้นจากแหล่งข้อมูลหลัก 2 แหล่งประกอบด้วยแหล่งที่ 1 คือ แหล่งข้อมูลลัทธิยุคกลางใหม่ (neo-medievalist) เป็นการย้อนกลับไปพิจารณาถึงกฎหมายพาณิชย์ยุคกลาง หรือที่รู้จักกันในชื่อ “*lex mercatoria*” และแหล่งที่ 2 คือ แหล่งข้อมูลทางสังคม (Social Sources) เป็นการกล่าวถึงกลไกของ Soft Law ที่มีลักษณะต่อต้านรูปแบบมุมมองที่นิยมของนักกฎหมายยุโรปในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 โดยเป็นการยึดถือต่อขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมในทางกฎหมายของยุโรป โดยต่อมา Di Robilant ได้วิเคราะห์ถึง Soft Law ภายใต้อองแหล่งดังที่กล่าวมานั้นล้วนเป็นการตีความทางวาทศิลป์ของนักวิชาการและนักกฎหมายร่วมสมัยเท่านั้น⁴

ซึ่งเมื่อวิเคราะห์มุมมองของ Soft Law ทั้งสองแหล่งแล้วเห็นได้ชัดว่ามีความแตกต่างกันในเรื่องของแหล่งที่มาโดยแหล่งที่มาที่ 1 เห็นว่า Soft Law มีแหล่งกำเนิดจากกฎหมายพาณิชย์ยุคกลางซึ่งต่างกับแหล่งที่มาที่ 2 ที่เห็นว่า Soft Law มีแหล่งกำเนิดจาก Social Sources โดยมีรากฐานมาจากขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมในทางกฎหมายของยุโรป ซึ่งยังสามารถสรุปแหล่งกำเนิดของ Soft Law ทั้งสองแหล่งได้อีกว่ากฎหมายอย่างอ่อนอาจเกิดขึ้นได้จากทั้งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายอย่างอ่อนยังได้ถูกพูดถึงโดยนักกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศและนักกฎหมายเปรียบเทียบที่ได้ตั้งคำถามถึงต้นกำเนิดของกฎหมายอย่างอ่อน โดยได้ทำการร่างผังวงศ์ตระกูลของกฎหมายอย่างอ่อนไว้ 2 รูปแบบ ได้แก่ ระบบกฎหมายพหุนิยมในช่วงยุคกลางและกฎหมายการค้า (*lex mercatoria*) และแนวคิดของกฎหมายสังคมและพหุนิยมทางกฎหมายที่พัฒนาโดยนักนิติศาสตร์ต่อต้านระบบนิยมของยุโรปในช่วงศตวรรษที่ 19⁵ ในยุโรปการปรากฏตัวอย่างชัดเจนของกฎหมายอย่างอ่อนเริ่มขึ้นในช่วงต้นทศวรรษที่ 1990 ซึ่งเป็นช่วงที่ถือได้ว่า เป็นการปฏิวัติกฎหมายและการกำหนดนโยบายของยุโรป ทำให้เกิดการพัฒนาเครื่องมือทางกฎหมายอย่างอ่อน โดยเฉพาะยุทธศาสตร์การจ้างงานของยุโรป (European Employment Strategy) และความร่วมมือกับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป: วิธีการประสานงานแบบเปิด (Open Method of Coordination) ช่วยให้เกิดการกำกับดูแลแบบกระจายอำนาจซึ่งให้แนวทาง และมาตรฐานโดยสมัครใจแทนที่จะเป็นในเชิงของข้อบังคับ ทั้งกลไกกฎหมายที่ไม่ได้มีสภาพบังคับยังได้รับการสนับสนุนจากสภาสอบ

⁴ Filippo M. Zerilli, ‘The rule of soft law: An introduction’ (2010) 56 Journal of Global and Historical Anthropology 1, 9.

⁵ Anna di Robilant, ‘Genealogies of Soft Law’ (2006) Scandinavian Studies In Law 218, 219.

(Lisbon Council) ในปี ค.ศ.2000 ส่งผลให้เกิดเป้าหมายที่สำคัญของการรวมกลุ่มกันของยุโรป คือ การประสานกฎหมาย (Harmonization) และวัฒนธรรมทางกฎหมายที่ร่วมสมัยของยุโรป⁶

กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศยังได้ถือว่า เป็นส่วนหนึ่งของกฎระเบียบของกฎหมายอย่างอ่อนซึ่งไม่ได้มีลักษณะบังคับแต่เป็นการประกาศใช้บังคับโดยทั่วไป กฎหมายอย่างอ่อนจึงถูกตีความว่า เป็นบรรทัดฐานระหว่างประเทศที่จิตใจที่จะไม่มีผลผูกพันแต่ก็ยังมีความเกี่ยวข้องในเชิงของกฎหมายซึ่งตั้งอยู่ระหว่างบริบทในทางกฎหมายและบริบทในทางการเมือง⁷ เห็นได้ว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมในมุมหนึ่งยังถูกตีความให้อยู่ภายใต้บริบทของกฎหมายอย่างอ่อน โดยเฉพาะเมื่อมีการเปรียบเทียบว่ากฎหมายอย่างอ่อนนั้นเปรียบได้ว่าอยู่บนฐานของความหมายในทางสองแพร่ง ได้แก่ ในบริบทการใช้บังคับในเชิงของกฎหมาย และในบริบทการใช้บังคับในเชิงของการเมืองซึ่งส่งผลต่อความแตกต่างในการใช้บังคับอย่างชัดเจน ที่หากใช้บังคับในเชิงของกฎหมายก็จะมีผลในกรณีไม่ปฏิบัติตามอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม แตกต่างกับผลที่เกิดขึ้นในการใช้บังคับในเชิงของการเมืองที่อาจไม่ได้ถูกกำหนดผลในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามไว้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม ส่งผลให้เห็นถึงการเพิ่มขึ้นของกฎหมายอย่างอ่อนที่ถูกนำมาปรับใช้ในบริบททั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศที่เพิ่มปริมาณขึ้นเรื่อย ๆ โดยมีการกล่าวว่าการเพิ่มขึ้นของกฎหมายอย่างอ่อนนั้นเกิดจากแรงกดดันของโลกาภิวัตน์ และความยากลำบากต่อการสร้างกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ แม้กฎหมายอย่างอ่อนอาจต้องเจอกับการต่อต้านในช่วงแรก ๆ แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ยอมรับว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้กลายเป็นหลักการสำคัญหนึ่งที่รัฐน่าจะนำมาใช้ประโยชน์ได้ไม่น้อย⁸

จากการศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายอย่างอ่อนได้มีการเติบโตและเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนับแต่ทศวรรษที่ 1970 โดยอดีตที่ผ่านมา กฎหมายอย่างอ่อนมักเกี่ยวข้องกับการจัดประเพณีของกิจการระหว่างประเทศเป็นหลัก เช่น แนวทางปฏิบัติต่อคนต่างด้าว การเป็นพันธมิตรทางทหาร ความสัมพันธ์ทางการทูต ทั้งนี้กฎหมายอย่างอ่อนไม่เพียงแต่แพร่หลายมากขึ้นในทางระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังปรากฏในบริบทภายในประเทศด้วย เช่น กฎระเบียบทางการเงิน การคุ้มครองผู้บริโภค และการบังคับใช้กฎหมาย การพัฒนานี้สอดคล้องอย่างยิ่งกับโลกาภิวัตน์ที่เพิ่มมากขึ้นของความท้าทายภายในประเทศแบบดั้งเดิมกับปฏิสัมพันธ์ข้ามชาติ โดยเหตุผลสองประการสำหรับการเติบโตของกฎหมายอย่างอ่อนทั่วโลกในช่วงสี่ทศวรรษที่ผ่านมา ได้แก่ ความยากลำบากและความซับซ้อนที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็น สนธิสัญญา ข้อตกลงผู้บริหาร หรือกฎหมายจารีตประเพณี และการตื่นตัวของกระแสโลกาภิวัตน์ที่ทำให้เกิดคำถามถึงแนวปฏิบัติภายในประเทศเพียงอย่างเดียวต่อองค์กรที่กำกับดูแล⁹ ดังนั้นกฎหมายอย่างอ่อนถือว่ามีจุดเริ่มต้นมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจึง หมายถึง แนวทางปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่ได้ถูกกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจถูกตีความให้อยู่ภายใต้ความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนซึ่งส่งผลต่อการบังคับใช้ที่ไม่ได้มีผลอย่างเคร่งครัด ทั้งยังถูกใช้ภายใต้บริบทระหว่างประเทศและภายในประเทศที่มีแนวโน้มที่เพิ่มสูงขึ้นเรื่อย ๆ

⁶ ibid 222.

⁷ Arif Ahmed and Md Jahid Mustofa, 'Role of Soft Law in Environmental Protection: An Overview' (2016) 4 Global Journal of Politics and Law Research 1, 2.

⁸ Jean Galbraith and David Zaring, 'Soft Law as Foreign Relations Law' (2014) 103 Cornell Law Review 735, 744.

⁹ ibid 748.

ทั้งนี้ยังได้มีการนิยามและให้คำจำกัดความของกฎหมายอย่างอ่อนว่า เป็นแนวคิดปลายเปิดที่มีความไม่แน่นอน Gary Marchant ตลอดจนทั้งนักวิชาการอย่าง Kenneth W. Abbott และ Elizabeth A. Corley ที่ตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายอย่างอ่อนไม่มีความหมายในทางเทคนิคที่ชัดเจนทั้งคำจำกัดความของคำนี้ยังถูกโต้แย้ง¹⁰ และยังมีมุมมองของนักวิชาการที่เห็นว่า กฎหมายอย่างอ่อนนั้นไม่ได้ถูกจัดหรือจำแนกเอาไว้เป็นหมวดหมู่อย่างชัดเจน แต่เป็นเพียงความต่อเนื่องที่เกิดขึ้นจากกฎหมายซึ่งมีสภาพบังคับ หรืออาจหมายถึงเพียงการดำเนินการในเชิงการเมืองที่ไม่ได้นำไปสู่พันธกรณีใด ๆ ทั้งนี้ Marchant และ Allenby ยังให้คำจำกัดความของกฎหมายอย่างอ่อนว่าเป็นคำสั้น ๆ ที่ครอบคลุมบรรทัดฐานและเทคนิคต่าง ๆ ที่ไม่มีผลผูกพันเมื่อนำไปสู่ทางปฏิบัติ¹¹

จากการตีความและนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนข้างต้น เป็นการตีความของนักวิชาการที่มีความเห็นไปในทิศทางที่คล้ายกันนั้น คือ การตีความให้กฎหมายอย่างอ่อนหมายถึงแนวคิดที่ไม่มีขอบเขตจำกัดอย่างแน่นอนจึงส่งผลให้ไม่ได้มีการจำแนกหมวดหมู่ของกฎหมายอย่างอ่อนเอาไว้ และสุดท้ายกฎหมายอย่างอ่อนจึงไม่ได้มีผลผูกพันต่อนิติสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นในเชิงของกฎหมาย

2.2 พันธกรณีและความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อน

1) พันธกรณีและความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อน

โดยเป็นการศึกษาผ่านตัวอย่างของพันธกรณี และความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อนในบริบทของสหภาพยุโรป ที่สามารถแบ่งแยกเพื่อวิเคราะห์ออกได้เป็น 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ พันธกรณีความผูกพันกับการบังคับใช้ และผลความเกี่ยวข้องของกฎหมายอย่างอ่อนในทางกฎหมายและนโยบายสาธารณะ¹² ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1.1 ประเภทพันธกรณีความผูกพันอย่างจริงจังแต่ไม่ได้มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น ความเกี่ยวข้องในทางกฎหมายหรือนโยบายสาธารณะของสหภาพยุโรปเกี่ยวข้องกับ “การเฝ้าระวังทางการคลังในระดับมหภาค (ก่อนจะมีการปฏิรูปช่วงปี ค.ศ. 2011 – 2013)”¹³

1.2 ประเภทพันธกรณีความผูกพันอย่างจริงจังแต่ไม่มีผลบังคับใช้ เช่น นโยบายต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกันของสหภาพยุโรป (Common Foreign and Security Policy: CFSP)¹⁴

1.3 ประเภทพันธกรณีความผูกพันที่ไม่จริงจังแต่มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น ประเด็นบางประการของการเฝ้าระวังทางการคลังในระดับมหภาค (นับตั้งแต่มีการปฏิรูปช่วงปี ค.ศ. 2011 - 2013)

1.4 ประเภทพันธกรณีความผูกพันที่ไม่จริงจังและไม่ได้มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น วิธีการประสานงานแบบเปิด อาทิ การจ้างงาน การรวมกลุ่มทางสังคมและเงินบำนาญ การประสานงานด้านเศรษฐกิจ

¹⁰ Kenneth W. Abbott, Soft Law Oversight Mechanisms for Nanotechnology (JURIMETRICS, Spring 2012) 285 cited in Ryan Hagemann, Jennifer Skees and Adam Thierer, Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerging Technologies in an Uncertain Future (Colorado Technology Law Journal 2018) 6.

¹¹ ibid.

¹² Fabien Terpan, ‘Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law’ (2013) 21(1) European Law Journal 1, 25.

¹³ ibid.

¹⁴ ibid.

หรือการแข่งขันในบางด้าน เช่น การขนส่ง, นโยบายระดับภูมิภาค, สิ่งแวดล้อม, ผู้บริโภค, การพัฒนา, อุตสาหกรรม, การวิจัยและพัฒนา, การศึกษาและวัฒนธรรม¹⁵

1.5 ประเภทไม่มีพันธกรณีความผูกพันและไม่ได้มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น บางประเด็นของนโยบายต่างประเทศ และความมั่นคงร่วมกันของสหภาพยุโรป (Common Foreign and Security Policy: CFSP) ซึ่งเป็นการประกาศและเอกสารเชิงกลยุทธ์¹⁶

จากรูปแบบของพันธกรณีและความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อนในบริบทของสหภาพยุโรปสามารถแบ่งแยกระหว่างพันธกรณีความผูกพันกับการบังคับใช้ได้หลากหลายประเภทที่ทำให้เห็นว่า สำหรับกฎหมายหรือนโยบายสาธารณะที่ใช้บังคับภายในสหภาพยุโรปนั้น มีทั้งในเชิงของพันธกรณีและความผูกพันที่ทั้งจริงจังและไม่จริงจัง ซึ่งจะส่งผลต่อการบังคับใช้ได้ทั้งในแบบเด็ดขาดและไม่เด็ดขาด โดยข้อน่าสังเกตคือ แม้กฎหมายหรือนโยบายสาธารณะของสหภาพยุโรปจะเป็นรูปแบบพันธกรณีและความผูกพันที่จริงจัง แต่ก็ไม่ได้เป็นจุดที่รับประกันได้ว่าจะนำมาซึ่งผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด และเช่นเดียวกันกับรูปแบบพันธกรณีและความผูกพันที่ไม่จริงจังแต่ก็อาจมีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด นั้นจึงส่งผลให้การวิเคราะห์ว่าพันธกรณีและความผูกพันในทางกฎหมาย และนโยบายสาธารณะของสหภาพยุโรปจะมีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาดนั้นคงต้องพิจารณาเป็นเรื่องและเป็นประเด็นไป

2) จุดยืนของกฎหมายอย่างอ่อนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

มีการกล่าวว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้เข้ามาเสริมแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิม โดยได้เข้ามาผสานกับส่วนที่ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาตามแหล่งที่มาเดิมของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น ไม่สามารถหาคำตอบได้เป็นเพราะการที่ไม่มีผลผูกพันอย่างจริงจัง หรือเด็ดขาดนั้นส่งผลต่อขอบเขตและผลในทางกฎหมาย ดังนั้น ภายใต้บริบทระหว่างประเทศจึงต้องมีการปรับตัวพร้อมทั้งการพัฒนาแนวทางให้สามารถรับรองต่อนิติสัมพันธ์ที่ส่งผลต่อความผูกพันในรูปแบบใหม่ด้วยเช่นกัน¹⁷ ในช่วงปี ค.ศ.1980 ได้เกิดแนวปฏิบัติในการจำแนกประเภทของกฎหมายอย่างอ่อนขึ้นซึ่งเป็นการแยกตามการมีผลผูกพันและการไม่มีผลผูกพันของกฎหมายฉบับนั้น ๆ โดยไม่คำนึงถึงรายละเอียด หรือลักษณะของเนื้อหาในกฎหมายนั้นและต่อมาจึงได้ถูกแบ่งแยกการเรียกกฎหมายอย่างอ่อนออกเป็นสองประเภท ได้แก่ “กฎหมายอย่างอ่อนทางกฎหมาย” และ “กฎหมายอย่างอ่อนที่ไม่ใช่กฎหมาย”¹⁸ โดยกฎหมายอย่างอ่อนทางกฎหมาย เช่น กฎหมายอย่างอ่อนที่มีอยู่ภายใต้สนธิสัญญานำมาซึ่งการไม่มีผลผูกมัดในเชิงของการบังคับใช้อย่างจริงจังและเด็ดขาด และสำหรับกฎหมายอย่างอ่อนที่ไม่ใช่กฎหมายนับเป็นการสะท้อนถึงความยากลำบากในการแยกแยะกฎหมายออกจากความไม่เป็นกฎหมาย¹⁹ ดังนั้นการวิเคราะห์เพื่อแยกแยะจึงพิจารณาจากผลการบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศว่าเป็นลักษณะที่บังคับใช้อย่างแน่นอน ชัดเจน หรือจริงจัง หรือไม่สำคัญ

จากแหล่งที่มาของกฎหมายอย่างอ่อน (Sources of Soft Law) ในทางระหว่างประเทศเห็นได้ว่ามีจุดเริ่มต้นที่เป็นบ่อเกิด แตกต่างจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป ดังที่ได้กำหนดไว้

¹⁵ ibid.

¹⁶ ibid.

¹⁷ Marianna Naicker, 'The Use of Soft Law in the International Legal System in the Context of Global Governance' (mini-dissertation, University of Pretoria 2013) 10.

¹⁸ ibid 13.

¹⁹ ibid.

ภายใต้มาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งแบ่งแยกบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเอาไว้ 4 ประเภทหลักอัน ได้แก่ อนุสัญญาระหว่างประเทศ, จารีตประเพณีระหว่างประเทศ, หลักกฎหมายทั่วไป และคำพิพากษาของศาลหรือคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ โดยต่อมาได้เกิดแนวทางในการจำแนกประเภทของกฎหมายอย่างอ่อนขึ้น แต่จากแนวทางดังกล่าวก็ก่อให้เกิดปัญหาในการวิเคราะห์อยู่ดี นั่นเป็นเพราะความยากในการแยกแยะกฎหมายออกจากความไม่เป็นกฎหมายโดยสาระสำคัญ คือ จะใช้การพิจารณาในเรื่องของผลการบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศต่อกฎหมายฉบับนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

2.3 ผลของการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างอ่อน

จากการศึกษาพบว่ามีการวิเคราะห์ถึงกรณีนี้ หากมีการละเมิดข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างอ่อนจะส่งผลอย่างไรกับกลุ่มประเทศสมาชิก ได้แก่ ปฏิญญาโบโลญญาของสหภาพยุโรป (The Bologna Process) ซึ่งเป็นกระบวนการปฏิรูปการศึกษาระดับอุดมศึกษาที่เริ่มต้นขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1999 ครอบคลุม 48 ประเทศในยุโรป และองค์กรในยุโรปหลายแห่งรวมถึงสมาคมมหาวิทยาลัยยุโรป (European University Association) มีวัตถุประสงค์และมุ่งมั่นที่จะยกระดับคุณภาพและการยอมรับของระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษาในยุโรป และปรับปรุงเงื่อนไขการแลกเปลี่ยนและความร่วมมือทั้งในยุโรปและระหว่างประเทศ²⁰ โดยได้มีข้อเสนอแนะของสภาแห่งยุโรปที่มีความเห็นว่าปฏิญญานี้ไม่ใช่กฎหมายภายใต้ข้อตกลงที่มีความผูกพันซึ่งได้ถือว่าปฏิญญานี้มีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างอ่อน หากประเทศใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงภายใต้ปฏิญญานี้ประเทศที่เป็นภาคีนั้นจะไม่ถูกลงโทษด้วยมาตรการคว่ำบาตรอย่างเป็นทางการ แต่อาจถูกกีดกันหรือถูกตัดออกจากสมาชิก ดังนั้นผลการตัดสินใจจากการบังคับใช้ปฏิญญานี้ดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นการกระทำผ่านองค์กรศาล แต่เป็นเพียงการโน้มน้าวใจทางศีลธรรมโดยเฉพาะความกลัวหรือความกังวลที่อาจถูกกีดกัน หรือถูกตัดออกจากสมาชิกของกลุ่มประเทศ²¹

ดังนั้นจะเห็นว่า สำหรับความตกลงในทางระหว่างประเทศบางฉบับแม้อาจอยู่ในฐานะของข้อตกลงระหว่างประเทศที่จะนำไปสู่พันธกรณีระหว่างประเทศระหว่างรัฐซึ่งเป็นภาคีสมาชิกก็ตาม แต่ก็ยังไม่ได้เป็นสิ่งที่รับประกันได้ว่าพันธสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะนำไปสู่ผลต่อการบังคับใช้อย่างจริงจัง และเคร่งครัดเสมอไปอย่างปฏิญญาโบโลญญาของสหภาพยุโรปที่มีผลใช้บังคับในเชิงของกฎหมายอย่างอ่อน ส่งผลให้หากไม่ปฏิบัติตามก็ไม่ได้ถือเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำไปสู่กระบวนการในทางศาลแต่อย่างใด แต่จะเป็นผลในทางการเมืองระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกอาจมีความห่วงกังวลต่อการถูกกีดกัน หรือถูกตัดออกจากการเป็นสมาชิก

3. การจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐภายใต้กฎหมายอย่างอ่อน

3.1 กฎหมายอย่างอ่อนกับความท้าทายในบริบทข้อตกลงด้านความมั่นคงระหว่างรัฐ

โลกาภิวัตน์และการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในระดับโลกที่น่าสนใจดังที่ Flood กล่าวไว้ว่า “กฎหมายอย่างอ่อน คือ ความนุ่มนวลที่สร้างขึ้นโดยผู้เชี่ยวชาญในระหว่างการร่างข้อตกลงทางกฎหมาย

²⁰ European University Association, ‘Bologna Process and European Higher Education Area’ (European University Association) <<https://www.eua.eu/our-work/topics/bologna-process.html>> accessed 17 April 2026.

²¹ Filippo M. Zerilli, ‘The Rule of Soft Law: An introduction’ (n 5) 5.

หากปราศจากความนุ่มนวลนี้แล้วกฎหมายอย่างอ่อนก็คงไม่อาจถือกำเนิดขึ้นได้”²² จากที่ผ่านมาการถือกำเนิดเกิดขึ้นของกฎหมายอย่างอ่อนยังพิสูจน์ให้เห็นว่า ประสบความสำเร็จในการสร้างระเบียบทางกฎหมายในระดับโลกมาแล้ว²³ และยังมีการเปรียบเทียบถึงรูปแบบของความแตกต่างในการใช้บังคับ ที่แม้ว่าความแข็งแกร่งของกฎหมายภายในของรัฐมักจะเชื่อมโยงกับอำนาจในการใช้บังคับ (โดยมีวิธีการลงโทษอย่างเป็นทางการ) แต่ความแข็งแกร่งของกฎหมายโลก หรือกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะอยู่ที่ความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ที่แตกต่างซึ่ง หมายถึงการมีความยืดหยุ่นและความนุ่มนวลในการใช้บังคับ²⁴ ต่อมาจึงได้มีการนิยามว่ากฎหมายอย่างอ่อนถือเป็นเทคโนโลยีทางกฎหมาย และการเมืองที่สอดคล้องกับยุคปัจจุบันของระบบทุนนิยมโลกที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวโน้มสำคัญสองประการในกระแสโลกาภิวัตน์ของกฎหมาย ได้แก่ ประการที่หนึ่ง คือ การขยายตัวของกระบวนการและช่องทางการตรากฎหมายที่เพิ่มขึ้น และประการที่สอง คือ การเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการที่คู่ขนานไปกับแนวโน้มโลกาภิวัตน์ของกฎหมายในประการแรก ทั้งยังมีนักมานุษยวิทยาทางกฎหมาย Benda-Beckmann และ Eckert ได้กล่าวว่า “ในขณะที่อำนาจอธิปไตยของรัฐถูกท้าทายมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ขณะเดียวกันรัฐบาลของรัฐต่าง ๆ ก็เข้ามามีอำนาจในการควบคุม และเฝ้าระวังโดยกำหนดข้อจำกัดสิทธิของพลเมืองหรือประชาชนอย่างที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในประวัติศาสตร์กฎหมายยุคใหม่”²⁵

จะเห็นว่าโลกาภิวัตน์ทางกฎหมายในระดับโลก หรือระดับระหว่างประเทศนั้นกฎหมายอย่างอ่อนได้เข้าไปมีบทบาทสำคัญเพื่อสร้างความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายในระดับระหว่างประเทศที่รัฐภาคีต้องถือปฏิบัติ และคงไม่แปลกนักหากจะวิเคราะห์ว่ากฎหมายอย่างอ่อนก็ถือเป็นฐานสำคัญภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นความท้าทายของโลกาภิวัตน์ในทางกฎหมายก็นับเป็นสิ่งที่แต่ละรัฐควรตระหนักนั้นก็เพื่อการปรับตัวให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงของสังคมโลก เพื่อการใช้บังคับกฎระเบียบสังคมทั้งในบริบทระหว่างประเทศไปจนถึงกฎระเบียบสังคมภายในประเทศที่เป็นไปในทิศทาง หรือรูปแบบเดียวกันโดยยังใช้ฐานของการเคารพอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

3.2 กฎหมายอย่างอ่อนในบริบทเครื่องมือด้านการเคารพต่ออำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

กฎหมายอย่างอ่อนที่เข้าไปมีบทบาทในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐนั้น สามารถพิจารณาได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศฉบับดังต่อไปนี้

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายอย่างอ่อนมีมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1970 และได้รับความนิยมมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะในประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมที่เห็นได้จากการผลักดันให้มีกฎหมายอย่างอ่อนที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมขึ้นในปี ค.ศ.1972 ผ่านเอกสารต่าง ๆ ซึ่งได้แก่ ปฏิญญาการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์หรือปฏิญญาสตอกโฮล์ม (Declaration of the UN Conference on the Human Environment: Stockholm Declaration 1972) ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ การออกหลักการ 26 ประการเกี่ยวกับมนุษย์และสิ่งแวดล้อม โดยมีหลักการข้อที่ 21 กำหนดหลักการพื้นฐานให้รัฐต่าง ๆ มีสิทธิอธิปไตยในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของตนเองตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมอันเป็นไปตามกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ และการแสดงความรับผิดชอบให้เกิดความแน่ใจว่าจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

²² ibid 7.

²³ ibid.

²⁴ ibid.

²⁵ ibid 8.

ต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือพื้นที่นอกเหนือขอบเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐตน²⁶ ทั้งยังมีหลักการในข้อที่ 26 ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความขัดแย้งทางอาวุธ โดยเป็นการปกป้องโลกจากอาวุธนิวเคลียร์จึงได้สั่งการให้รัฐต่างๆ มุ่งมั่นที่จะบรรลุข้อตกลงเพื่อกำจัดและทำลายอาวุธดังกล่าว²⁷ อันจะเห็นได้ว่าปฏิญญานี้ได้กำหนดและวางแนวทางปฏิบัติของรัฐให้ดูแลรักษาสีงแวดล้อมด้านต่าง ๆ และยุติการใช้อาวุธที่อาจนำมาซึ่งการบ่อนทำลายสีงแวดล้อม โดยเป็นการกระทำภายใต้เขตอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยไม่ส่งผลกระทบต่อรัฐอื่นอันเป็นการปฏิบัติที่สอดคล้องตามกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ

3.3 กฎหมายอย่างอ่อนในบริบทเครื่องมือด้านการรักษาความมั่นคงของรัฐ

สถานการณ์ปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐที่สำคัญในโลกปัจจุบันเรื่องหนึ่งคือ “ปัญหาด้านการก่อการร้าย” ซึ่งส่งผลกระทบโดยตรงต่อความมั่นคงของรัฐ โดยการตรากฎหมายระหว่างประเทศในด้านการก่อการร้ายส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินผ่านกระบวนการพหุภาคีส่งผลให้เกิดสนธิสัญญา²⁸ ในขณะเดียวกันกฎหมายอย่างอ่อนก็ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ต่อการสร้างบรรทัดฐาน และแนวปฏิบัติระดับโลกตลอดทั้งนโยบายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้าย²⁹ โดยได้มีการจำแนกถึงประโยชน์และเหตุผลของการนำกฎหมายอย่างอ่อนมาใช้ในบริบทของการสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้ายในแต่ละประการดังนี้³⁰

ประการที่ 1 มีความรวดเร็ว ไม่เป็นทางการ มีข้อจำกัดและขั้นตอนที่ยูกยากน้อยกว่า

ประการที่ 2 เป็นการจัดทำขึ้นโดยกลุ่มรัฐที่มีแนวคิดเดียวกันซึ่งมีฉันทามติในระดับที่สมเหตุสมผลเกี่ยวกับค่านิยม กระบวนการ และผลลัพธ์

ประการที่ 3 มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างและพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ประการที่ 4 เป็นเครื่องมือในการเติมช่องว่างในกรณีที่ไม่ม่ข้อตกลงในรูปของสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณี

ประการที่ 5 เป็นเครื่องมือในการพัฒนาตีความของการพัฒนากฎหมายเพื่อขึ้นำ จำกัด และสนับสนุนการดำเนินการด้านกฎระเบียบ

ดังที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้เข้ามาเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการพัฒนากฎระเบียบ และสร้างมาตรฐานของบรรทัดฐานทางกฎหมายในแต่ละประการสำคัญดังที่ได้กล่าวไป ซึ่งไม่ได้มีผลบังคับใช้เด็ดขาดเฉกเช่นเดียวกับข้อตกลงในรูปของสนธิสัญญา อีกทั้งยังถือได้ว่าเป็นเครื่องมือที่เข้ามาผสานและเติมเต็มช่องว่างทางกฎหมายที่นำไปสู่การใช้งาน โดยคำนึงถึงความยืดหยุ่นต่อการใช้กฎระเบียบหรือมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้ายนั้นก็เพื่อประโยชน์สูงสุดคือการรักษาความมั่นคงของรัฐ

²⁶ Arif Ahmed and Md. Jahid Mustofa, 'Role of Soft Law in Environmental Protection: An Overview' (n 8) 5-6.

²⁷ ibid 6.

²⁸ Krisztina Huszti-Orban and Fionnuala Ní Aoláin, 'The Impact of "Soft Law" and Informal Standard-Setting in the Area of Counter-Terrorism on Civil Society and Civic Space' (Human Rights Center, University of Minnesota Law School 2020) 5.

²⁹ ibid 6.

³⁰ ibid.

จากการศึกษาพบว่า “ธรรมชาติของการสร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายโดยมีรูปแบบกฎหมายอย่างอ่อนเข้าไปเกี่ยวข้อง” สามารถจำแนกได้ใน 5 ประเด็น ดังนี้³¹

ประเด็นที่ 1 ขนาดการแพร่กระจายของบรรทัดฐานในรูปของกฎหมายอย่างอ่อนแม้อาจวัดได้ยาก แต่ก็ถือได้ว่าเกิดขึ้นมากในช่วงเวลาสั้น ๆ โดยโครงสร้างการต่อต้านการก่อการร้ายระดับโลกถือได้ว่าเป็นโครงสร้างที่มีขนาดใหญ่และกว้างที่นำมาซึ่งการที่สามารถกำหนดขอบเขตของประเด็นต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพและอิสระโดยไม่ต้องคำนึงถึงบรรทัดฐานในรูปแบบของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด

ประเด็นที่ 2 กฎหมายอย่างอ่อนยังเป็นปัญหาต่อการอธิบายถึงขอบเขตของการใช้บังคับแนวทางปฏิบัติเชิงบรรทัดฐาน คำประกาศซึ่งเป็น “แนวปฏิบัติที่ดี” ตลอดทั้งกฎเกณฑ์ทางเทคนิคต่าง ๆ ว่าสามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติที่นำมาซึ่งผลสัมฤทธิ์ได้มากน้อยเพียงใด

ประเด็นที่ 3 กฎหมายอย่างอ่อนมีความแตกต่างจากกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปเนื่องจากมีสภาพบังคับที่น้อยกว่า สำหรับบรรทัดฐานของกฎหมายอย่างอ่อนในด้านการต่อต้านการก่อการร้ายถูกออกแบบมาพร้อมกับขีดความสามารถ ความเชี่ยวชาญทางเทคนิค ตลอดทั้งรูปแบบของการสนับสนุนที่แตกต่างและไม่เหมือนกันกับกฎหมายในด้านอื่น ๆ เนื่องจากมีโครงสร้างระดับโลกที่เอื้อต่อการนำไปปฏิบัติได้โดยตรง

ประเด็นที่ 4 มาตรฐานของกฎหมายอย่างอ่อนเชิงบรรทัดฐานหลายประการมีความเชื่อมโยงกันอย่างมีนัยสำคัญตลอดทั้งเสริมสร้างและต่อยอดซึ่งกันและกัน โดยเฉพาะสถานะทางกฎหมายและมาตรฐานที่มีความเป็นอิสระและเชื่อมโยงกัน การขยายตัวของบรรทัดฐานอย่างต่อเนื่องช่วยเสริมสร้าง และส่งเสริมการพัฒนากฎเกณฑ์จึงถือเป็นมุมมองด้านกฎระเบียบในทางระหว่างประเทศที่ไม่เคยเห็นมาก่อน

ประเด็นที่ 5 การสร้างบรรทัดฐานรวมถึงการกำกับดูแล และการดำเนินการภายใต้รูปแบบของกฎหมายอย่างอ่อนขององค์กรด้านสิทธิมนุษยชน และประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนยังค่อนข้างจะห่างไกลต่อการถูกนำไปใช้และปฏิบัติ

จากธรรมชาติของการสร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายโดยใช้รูปแบบของกฎหมายอย่างอ่อนเข้าไปเป็นตัวกำหนดโครงสร้างทั้ง 5 ประเด็น ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้ถูกนำไปใช้ในสถานะเครื่องมือหนึ่งทางกฎหมายที่ไม่ได้มีผลบังคับใช้อย่างเด็ดขาด โดยนำไปซึ่งประโยชน์ในการวางโครงสร้างของกฎระเบียบและบรรทัดฐานที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้ายซึ่งมีลักษณะเฉพาะ คือ การใช้บังคับที่ยืดหยุ่น และความเป็นอิสระที่ส่งผลต่อการพัฒนาให้ก้าวหน้าต่อรูปแบบ และวิวัฒนาการของการก่อการร้ายในปัจจุบัน และอนาคตที่สามารถแก้ไขปรับเปลี่ยนโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการที่ยาก และซับซ้อนเช่นเดียวกับกฎหมายโดยทั่วไปทำให้เห็นว่ากฎหมายอย่างอ่อนจึงน่าจะเป็นอีกเครื่องมือตัวช่วยสำคัญต่อการสร้างความร่วมมือระหว่างรัฐ เพื่อต่อต้านการก่อการร้ายในทุกรูปแบบ อันนำมาซึ่งความมั่นคงของรัฐทั้งในระดับภายในประเทศไปตลอดจนถึงระดับระหว่างประเทศ

3.4 ข้อสังเกตและข้อโต้แย้งการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมกับแนวทางในการใช้กฎหมายอย่างอ่อน

³¹ ibid 6-7.

ประเด็นการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมอย่างเช่นที่เกิดขึ้นของโคโซโวที่ทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่ารัฐต่าง ๆ สามารถแทรกแซงทางกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมได้หรือไม่ (โดยเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ) ต่อมาภายหลังกรณีของโคโซโว Kofi Annan ขณะดำรงตำแหน่งเลขาธิการสหประชาชาติ เรียกร้องให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการควบคุมการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมซึ่งนำไปสู่การทำรายงานในบริบทของ “กฎหมายอย่างอ่อน” หลายชุดโดยคณะกรรมการและองค์การระหว่างประเทศที่เรียกร้องอย่างชัดเจนให้มีหลักความรับผิดชอบในการปกป้อง (The responsibility to protect doctrine: R2P) ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล โดยเป็นการตรวจสอบผ่านรายงานดังต่อไปนี้ ได้แก่ รายงานของคณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอำนาจอธิปไตยของรัฐในปี ค.ศ.2001, รายงานของคณะกรรมการระดับสูงว่าด้วยภัยคุกคาม ความทำลาย และการเปลี่ยนแปลงในปี ค.ศ.2004 และรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ เรื่อง “เสรีภาพที่กว้างขวางยิ่งขึ้น” ในช่วงปี ค.ศ.2005³² จนกลุ่มผู้ที่มีความเห็นให้สามารถแทรกแซงรัฐได้ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ภายใต้กฎหมายอย่างอ่อนขึ้น³³

แต่ถึงอย่างไรก็ตามประเด็นในเรื่องของการเข้าแทรกแซงรัฐ โดยเหตุผลทางมนุษยธรรมก็อาจกล่าวถึงปัญหาที่กลืนไม่เข้าคายไม่ออกอยู่ใน 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ “คำถามที่เกี่ยวข้องกับความชอบธรรมในการเข้าแทรกแซงรัฐ โดยเหตุผลทางมนุษยธรรมที่เป็นการไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ” และ “ความจำเป็นที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลในการหยุดยั้ง การละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อหลักมนุษยธรรม”³⁴ ต่อมาเป็นผลให้กลุ่มผู้ที่เห็นด้วยกับการเข้าแทรกแซงรัฐด้วยเหตุผลด้านมนุษยธรรมใช้แนวทางของกฎหมายอย่างอ่อนในการแก้ไขกฎหมายที่เคร่งครัด ดังที่เห็นได้จากคณะกรรมการการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอธิปไตยของรัฐ (International Commission on Intervention and State Sovereignty: ICISS) ได้พยายามวางกรอบใหม่โดยเปลี่ยนภาษาจากการแทรกแซงทางมนุษยธรรมว่าเป็นเรื่องของสิทธิที่รัฐสามารถใช้เป็นเหตุในการอ้างเพื่อเข้าแทรกแซงได้ โดยได้หันมาใช้แนวทางคู่ขนานแทนนั้นคือ “อธิปไตยในฐานะความรับผิดชอบ” และ “ความรับผิดชอบในการปกป้อง” บุคคลที่ต้องตกอยู่ในความเสี่ยงร้ายแรง ที่จะกลายเป็นจุดที่นำมาซึ่งการคลายข้อสงสัยที่อาจเกรงว่าการแทรกแซงทางมนุษยธรรมอาจเป็นใบอนุญาตทางการเมือง และทางกฎหมายแก่รัฐที่มีอำนาจในการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เล็กและอ่อนแอกว่า โดยนัยสำคัญของกรรมาธิการนั้น คือ เป็นการเสนอแนะว่าความรับผิดชอบในการป้องกันนั้นเป็นเพียงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ไม่เข้มงวดที่กำลังเกิดขึ้นใหม่ซึ่งดำรงอยู่ควบคู่กับการคุ้มครองอธิปไตยของรัฐตามกฎหมายที่เข้มงวดในสนธิสัญญา และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่³⁵

ดังจะเห็นได้ว่าประเด็นในเรื่องของข้อสังเกต และข้อโต้แย้งการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรม (ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ) ได้กลายเป็นข้อถกเถียงถึงความชอบธรรมเป็นผลให้คณะกรรมการการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอธิปไตยของรัฐ (ICISS) ได้วางกรอบใหม่โดยหันมาใช้แนวทางคู่ขนานว่าคือ “อธิปไตยในฐานะความ

³² Gregory C Shaffer and Mark A Pollack, 'Hard versus Soft Law in International Security' (2011) 52 BCL Rev 1147, 1211.

³³ ibid 1216.

³⁴ ibid 1217.

³⁵ ibid 1220-1221.

รับผิดชอบ” และ “ความรับผิดชอบในการปกป้อง” ที่ถือได้ว่าเป็นการนำแนวทางของกฎหมายอย่างอ่อนเข้ามาเพื่อเป็นตัวช่วยในการวางกรอบการตีความจากเดิมที่มีลักษณะเคร่งครัดแต่ถึงอย่างไรก็ได้ไม่เป็นการทำลายหลักการห้ามแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐแต่อย่างใด เป็นเพียงการเสนอแนะว่าความรับผิดชอบในการปกป้องนั้นเป็นเพียงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ไม่เข้มงวดที่กำลังเกิดขึ้นใหม่ซึ่งดำรงอยู่ควบคู่กับการคุ้มครองอธิปไตยของรัฐ ตามกฎหมายที่เข้มงวดในสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่เท่านั้น

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

แม้ความผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ (Hard Law) แต่บทความฉบับนี้ได้พยายามอธิบายให้เห็นถึง กฎหมายอย่างอ่อนในบริบทของการเข้ามาเป็นเครื่องมือการจัดการความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐผ่านสถานการณ์ปัญหาสังคมโลกด้านต่าง ๆ ที่จะเป็นตัวสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบการใช้บังคับ และความสำคัญของกฎหมายอย่างอ่อน ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญที่ต้องการเปิดมุมมองทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่ผู้ศึกษาได้เข้าใจว่ากฎหมายอย่างอ่อนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีความสำคัญอย่างไร ตลอดทั้งเมื่อนำมาวิเคราะห์ร่วมกันกับความผูกพันระหว่างประเทศทางความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐแล้วนั้น จะทำหน้าที่ในรูปแบบใดและส่งผลประโยชน์ต่อกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกอย่างไร ซึ่งจากการศึกษานั้นพบว่าด้วยความเป็นกฎหมายอย่างอ่อนที่มีผลบังคับใช้แบบไม่เคร่งครัดและเด็ดขาด ส่งผลให้เกิดความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังถูกยกให้เป็นเทคโนโลยีทางกฎหมายและการเมืองที่มีความสอดคล้องและเหมาะสมกับการนำมาประยุกต์ใช้กับความผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน ทั้งนี้ยังพบว่าความผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐที่กฎหมายอย่างอ่อนได้เข้าไปมีบทบาทพร้อมนั้นเกิดขึ้นภายใต้บริบทของพันธกรณีระหว่างประเทศที่หลากหลาย อาทิ ความผูกพันในทางระหว่างประเทศในประเด็นที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การต่อต้านและป้องกันการก่อการร้าย อีกทั้งในประเด็นการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมที่ได้้นำแนวทางของกฎหมายอย่างอ่อน (Soft Law) ในฐานะของกรอบใหม่โดยเป็นแนวทางคู่ขนานไปกับหลักกฎหมายที่เคร่งครัดในประเด็นของการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งประเด็นทั้งหมดล้วนแล้วมีส่วนคาบเกี่ยวกับประเด็นการจัดการด้านความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐทั้งสิ้น

4.2 ข้อเสนอแนะ

กฎหมายอย่างอ่อนถือเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายที่สำคัญรูปแบบหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการที่ถูกนำมาใช้ในประเด็นด้านความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐที่จะส่งผลประโยชน์ให้เกิดกับรัฐภาคีสมาชิกภายใต้ข้อตกลงในทางระหว่างประเทศที่นำมาซึ่งความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งกระบวนการจัดทำเพื่อใช้บังคับก็มีความซับซ้อนที่น้อยกว่า อีกทั้งยังพบว่าการนำกฎหมายอย่างอ่อนมาเพื่อใช้บังคับนั้นมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ดังนั้นหากรัฐเลือกที่จะดำเนินความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศโดยใช้ฐานของกฎหมายอย่างอ่อนเป็นเครื่องมือที่เกี่ยวข้องในประเด็นด้านความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยก็น่าจะเป็นอีกหนทางหนึ่งในการผสมผสานความร่วมมือและความสัมพันธ์ทางการทูตที่สำคัญ

Legal Frameworks for Green Hydrogen Subsidies: Comparative Lessons for Thailand's Energy Transition*

Chirat Keawchaum**

College of Innovation and Management, Songkhla Rajabhat University

Supanee Keawchaum***

College of Innovation and Management, Songkhla Rajabhat University

Received 15 November 2025; Revised 18 June 2026; Accepted 29 June 2026

Abstract

To achieve Thailand's net-zero emissions target, the deployment of green hydrogen is essential. However, its implementation is hindered by the significant green premium, a barrier driven by high operational expenditure (OPEX) rather than capital expenditure (CAPEX). This research article argues that Thailand's current legal framework, based on the Board of Investment (BOI)'s investment promotion measures, which focuses on the CAPEX incentive model, is structurally misaligned and incapable of solving this OPEX-driven problem. Therefore, a tax holiday on profit is valueless for an industry if a project cannot become profitable initially. The study applies a comprehensive comparative law analysis of subsidy models in the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan to analyze the insufficiency of the BOI's measures and propose operable and bankable alternatives. It recommends that a new legal and financial framework for Thailand should be established with three integrated components: (1) a two-way Contract for Difference (CfD) for long-term risk diversification; (2) a GX Bond mechanism for debt financing, modeled after Japan and guaranteed by a future carbon tax; and (3) a Multi-Criteria Auction (MCA) to ensure project readiness and effective procurement. This paradigm shifts from providing passive incentives to becoming an active state partner is essential for creating a bankable market.

* This article is developed from the research project entitled "Guideline for Legal Development to Support the Utilization of Hydrogen as a Fuel in Transportation Sector in Thailand," funded by the Science, Research and Innovation Promotion Fund under the Fiscal Year 2024 budget.

** Lecturer, College of Innovation and Management, Songkhla Rajabhat University

Address: 160 Moo 4, Khoa-Roob-Chang Sub-district, Muang Songkhla District, Songkhla 90000

E-mail: chirat.ke@skru.ac.th

*** Assistant Professor, College of Innovation and Management, Songkhla Rajabhat University

Address: 160 Moo 4, Khoa-Roob-Chang Sub-district, Muang Songkhla District, Songkhla 90000

E-mail: supanee.ke@skru.ac.th

Keywords: Green Hydrogen, Legal Framework, Green Premium, Contract for Difference, Subsidies

บทคัดย่อ

เพื่อให้บรรลุเป้าหมายการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ของไทย การใช้ไฮโดรเจนสีเขียวจึงเป็นเรื่องที่จำเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวกลับเผชิญอุปสรรคสำคัญจากส่วนต่างต้นทุนพลังงานสะอาด ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน (OPEX) ไม่ใช่ค่าใช้จ่ายในการลงทุน (CAPEX) บทความวิจัยนี้ชี้ให้เห็นว่า กรอบทางกฎหมาย ปัจจุบันของไทย ผ่านมาตรการส่งเสริมการลงทุนของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) ซึ่งมุ่งเน้นการให้สิทธิประโยชน์ด้านค่าใช้จ่ายลงทุนนั้น ไม่สอดคล้องเชิงโครงสร้าง และไม่สามารถแก้ปัญหาต้นทุนในส่วน of ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานได้ ดังนั้น การยกเว้นภาษีเงินได้จึงไร้ความหมายสำหรับอุตสาหกรรมที่โครงการไม่สามารถสร้างกำไรได้ ในระยะเริ่มแรก งานวิจัยนี้ใช้วิธีวิจัยเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ เพื่อวิเคราะห์ต้นแบบการอุดหนุนใน สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เยอรมนี และญี่ปุ่น เพื่อชี้ให้เห็นความไม่เพียงพอของมาตรการส่งเสริมการลงทุน และเสนอทางเลือกที่สามารถปฏิบัติได้จริง และเข้าถึงแหล่งทุนได้ โดยมีข้อเสนอแนะว่าควรมีการจัดตั้งกรอบทางกฎหมายและการเงิน สำหรับประเทศไทยที่ประกอบด้วย 3 เสาหลัก ได้แก่ (1) การใช้สัญญาซื้อขายส่วนต่าง (CfD) แบบสองทาง เพื่อ การกระจายความเสี่ยง ระยะยาว (2) กลไกการคลังแบบ GX Bond โดยมีต้นแบบมาจาก ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งค้ำประกันด้วยรายได้จากภาษีคาร์บอนในอนาคต และ (3) การจัดสรรด้วยการประมูลแบบหลายหลักเกณฑ์ (MCA) เพื่อคัดกรองโครงการที่มีความพร้อมและสร้างประสิทธิภาพในการจัดซื้อจัดจ้าง การเปลี่ยนกระบวนทัศน์จากการเป็นผู้ให้สิทธิประโยชน์เชิงรับไปสู่การเป็นหุ้นส่วนเชิงรุกของรัฐ นี้ ถือเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการสร้างตลาดที่สามารถเข้าถึงแหล่งทุนได้จริง

คำสำคัญ: ไฮโดรเจนสีเขียว, กรอบกฎหมาย, ส่วนต่างต้นทุนพลังงานสะอาด, สัญญาซื้อขายส่วนต่าง, การอุดหนุน

1. Introduction

The global energy paradigm is in the midst of a profound structural transformation, driven by the dual imperatives of energy security and climate change mitigation.¹ As nations articulate pathways to net zero economies, green hydrogen, produced via electrolysis powered by renewable energy, has emerged as a fundamental technology, essential for decarbonizing hard-to-abate industrial sectors where direct electrification proves unviable.² The Kingdom of Thailand has explicitly embraced this transition, anchoring its national development strategy in the Bio-Circular-Green (BCG) economic model and integrating green hydrogen into its Draft National Energy Plan (NEP), specifically the National Power Development Plan (PDP2024).³ This strategic integration serves as a cornerstone for Thailand to elevate its climate ambition under the third Nationally Determined Contribution (NDC 3.0), which emphasizes the role of green hydrogen in decarbonizing the energy and industrial sectors to meet the 2035 intermediate targets and the ultimate goal of Net Zero by 2050. This ambition, however, confronts a significant economic and legal challenge.

The transition from a fossil fuel-based energy system to this clean alternative is not a simple technological substitution as it involves overcoming a structural market failure embodied by the green premium.⁴ This research paper argues that Thailand's primary legal mechanism for industrial promotion, the incentive framework of the Board of Investment (BOI), is structurally insufficient to offset this premium. The BOI's model, predicated on reducing capital expenditure (CAPEX) through tax incentives, is fundamentally misaligned with the nature of the green hydrogen cost barrier, which is dominated by operational expenditure (OPEX). This paper posits that an operable and legal framework for Thailand requires a new paradigm that incorporating OPEX-based subsidies. To design such a framework, this analysis conducts a comprehensive comparative legal analysis of the primary incentive models now competing globally by dissecting the Production Tax Credit (PTC) of the United States, the Contracts for Difference (CfD) models used in Germany and the United Kingdom, and the R&D-focused approach of Japan. By examining these contrasting legal frameworks, this paper

¹ Xianyou Pan and others, 'The effects of government subsidies on the economic profits of hydrogen energy enterprises - An analysis based on A-share listed enterprises in China' (2023) 211 *Renewable Energy* 445, 445 <<https://doi.org/10.1016/j.renene.2023.04.093>> accessed 7 November 2025.

² Bijay B Pradhan and others, 'Role of green hydrogen in the decarbonization of the energy system in Thailand' (2024) 51 *Energy Strategy Reviews* 101311, 1 <<https://doi.org/10.1016/j.esr.2024.101311>> accessed 7 November 2025.

³ *ibid* 2.

⁴ John Chandler and John Paterson, 'Selling sunshine: Emerging challenges in the certification of hydrogen' (2025) 43(1) *Journal of Energy & Natural Resources Law* 47,48 <<https://doi.org/10.1080/02646811.2024.2344363>> accessed 7 November 2025.

develops a policy-adaptation and design recommendation formulated for Thailand's specific legal and economic context.

1.1 The Problem: The "Green Premium" as the Primary Barrier

The core challenge hindering the green hydrogen economy is a significant cost disparity. The hydrogen market is segmented by production pathway⁵ resulting in a profound market failure where the most prevalent and cheapest production method (grey hydrogen) is also the most carbon-intensive, while the climate-aligned solution (green hydrogen) remains economically uncompetitive. This disparity is defined as the green premium, the significant cost gap separating green hydrogen from its incumbent, fossil-fuel-based competitor, grey hydrogen.⁶

Grey hydrogen remains the cheapest product, establishing a market baseline at \$1.50–\$2.50 per kilogram. Blue hydrogen presents a marginal cost increase at \$2.00–\$3.50/kg. Green hydrogen, by contrast, is currently estimated to cost between \$3.50 and \$6.00 per kilogram.⁷ This 2-to-4-fold price gap renders it uncompetitive on a levelized cost basis.⁸ Viability may only be achieved if a green premium of 4.55x is applied, a condition the free market will not support without intervention.⁹

A legal framework designed to close this gap must first correctly analyze its source. The Levelized Cost of Hydrogen (LCOH) is a function of both initial capital expenditure (CAPEX) and ongoing operational expenditure (OPEX).¹⁰ CAPEX refers to the one-time costs to acquire or construct assets, such as the electrolyzer stack, balance-of-plant equipment, and

⁵ Hydrogen is categorized by its production method and carbon intensity. Grey hydrogen is produced from natural gas (methane) via steam methane reforming (SMR) without carbon capture. Blue hydrogen follows a similar process but incorporates carbon capture and storage (CCS) technology to reduce emissions. Green hydrogen is produced through water electrolysis powered exclusively by renewable energy sources, resulting in zero operational carbon emissions.

⁶ Chandler and Paterson (n 4) 48.

⁷ Ayatte I Atteya and others, 'A Comprehensive Review on The Potential of Green Hydrogen in Empowering the Low-Carbon Economy: Development Status, Ongoing Trends and Key Challenges' (2023) 2(1) Green Energy and Environmental Technology 1, 22–24 <<https://doi.org/10.5772/geet.23>> accessed 7 November 2025.

⁸ Abhinav Jindal, Gireesh Shrimali and Nishant Tiwary, 'At scale adoption of Green Hydrogen in Indian Industry: Costs, subsidies and policies' (2024) 83 Energy for Sustainable Development 101549 <https://doi.org/10.1016/j.esd.2024.101549> accessed 7 November 2025.

⁹ Chandler and Paterson (n 4) 48.

¹⁰ Shahrouz Nayeboossadri, Michael Walsh and Michael Smailes, 'An Overview of the Green Hydrogen Value Chain Technologies and Their Challenges for a Net-Zero Future' (2025) 6(2) Hydrogen 26, 6 <<https://doi.org/10.3390/hydrogen6020026>> accessed 7 November 2025.

construction.¹¹ OPEX, by contrast, represents the recurring, day-to-day costs, dominated by the cost of renewable electricity, but also including maintenance, water feedstock, and labor.¹²

While CAPEX, primarily the cost of the electrolyzer, is a significant component, techno-economic analyses unanimously identify OPEX as the dominant and decisive cost driver.¹³ The LCOH of green hydrogen is markedly influenced by the Levelized Cost of Electricity (LCOE), as the renewable electricity feedstock constitutes a major part of the overall costs. Achieving cost parity would require renewable electricity costs below \$20–\$30/MWh, a price point not consistently available.¹⁴ This defines the legal problem: the Green Premium is not an investment problem, it is an operational problem. A facility could, hypothetically, have its entire CAPEX subsidized to zero and still be unbankable if the operational cost of its electricity feedstock makes its final product uncompetitive. Any legal subsidy framework that fails to address the OPEX component is, by definition, an incomplete solution.¹⁵

1.2 The Thesis on Insufficiency of Thailand's CAPEX-Based Incentives

This paper's central thesis is that Thailand's existing legal framework for investment promotion, while historically effective, is structurally insufficient to catalyze a green hydrogen economy due to its exclusive focus on CAPEX incentives. Thailand's industrial policy is executed principally through the Board of Investment (BOI), whose legal mandate is to attract investment by de-risking capital outlay. Its primary legal tools are fundamentally CAPEX-oriented and comprise the following components.

1.2.1 Corporate Income Tax (CIT) Holidays providing exemptions from CIT for up to eight years.¹⁶

1.2.2 Import Duty Exemptions waiving tariffs on the import of machinery and equipment.¹⁷

This framework was effective for CAPEX-intensive industries like automotive, but it is misaligned with the green hydrogen challenge. As established, the Green Premium is an OPEX-driven problem; the BOI framework offers a CAPEX-driven solution. This creates a structural

¹¹ Gabriela Gonçalves Dias Ponzi and others, 'The hydrogen life cycle assessment methodology: an overlooked puzzle piece in harmonizing hydrogen certification and trade' (2024) 26 *Clean Technologies and Environmental Policy* 2573, 2575 <<https://doi.org/10.1007/s10098-024-02752-y>> accessed 7 November 2025.

¹² Nayeboossadri, Walsh and Smailes (n 10) 7.

¹³ Attaya and others (n 7) 24.

¹⁴ Nayeboossadri, Walsh and Smailes (n 10) 32.

¹⁵ Chandler and Paterson (n 4) 49.

¹⁶ Announcement of the Board of Investment No. 8/2565 Re: Policies and Criteria for Investment Promotion (dated 8 December 2022).

¹⁷ *ibid.*

misalignment: A Corporate Income Tax (CIT) holiday is a tax incentive on "profit". A green hydrogen project facing a two-to-four-fold cost disadvantage will not generate a profit, rendering the CIT holiday valueless. An import duty waiver reduces initial project cost but does nothing to solve the primary economic vulnerability: the high, recurring, daily cost of renewable electricity.

The BOI framework, therefore, fails to address the fundamental barrier to bankability. It reduces investment risk but cannot guarantee operational viability. This legal insufficiency necessitates an analysis of alternative frameworks, specifically the models of the United States, Germany, the United Kingdom, and Japan.

1. The United States: The Production Tax Credit (PTC) Model

The Inflation Reduction Act (IRA) of 2022 provides a direct, OPEX-based subsidy. Its Section 45V Clean Hydrogen Production Tax Credit pays qualified producers up to \$3.00 per kilogram of clean hydrogen produced. This ten-year credit directly counteracts the production cost, guaranteeing revenue certainty.¹⁸

2. Germany: The Contracts for Difference (CfD) Double-Auction Model

Germany's H2Global initiative is a procurement-based OPEX subsidy. It employs a state-run intermediary to execute a double-auction. It signs 10-year purchase agreements with producers (lowest bid) and sells to domestic off-takers (highest bid). Public funds pay the difference.¹⁹

3. The United Kingdom: The CfD and Price Control Model

The UK employs a related OPEX-support strategy via its Contracts for Difference (CfD) policy. This framework de-risks new low-carbon hydrogen projects by establishing Price controls (cap and floor). This intervention guarantees a price for producers, subsidizing the operational cost differential.²⁰

4. Japan: The Green Innovation Fund Model

¹⁸ Donna M Attanasio and Meghan Briggs, 'Hydrogen Regulation in the United States: Will Government Financial Incentives Outweigh Regulatory Hurdles?' in Ruven Fleming (ed), *The Cambridge Handbook of Hydrogen and the Law* (Cambridge University Press 2024) 31 <<https://doi.org/10.1017/9781009459259.004>> accessed 7 November 2025.

¹⁹ Alexander Hoogsteyn and others, 'Interactions and Distortions of Different Support Policies for Green Hydrogen' (2025) 141 *Energy Economics* 108042, 6 <<https://doi.org/10.1016/j.eneco.2024.108042>> accessed 7 November 2025.

²⁰ *ibid* 5.

Japan's approach is centered on R&D support. The Green Innovation Fund provides financial support for R&D and implementation of green technologies. This appears to prioritize technology development (CAPEX/R&D) over direct, production-based (OPEX) subsidies.²¹

This comparative analysis reveals a clear divergence in legal strategy. The thesis that OPEX subsidies are superior is supported by emerging policy analysis. OPEX-based models like CfDs align more closely with market outcomes. Crucially, studies have found that production-based incentives (like a PTC) are significantly more effective in GHG emissions reduction than capital subsidies.²² This paper proceeds from this thesis. Its novel contribution is a rigorous, comparative legal analysis of these divergent subsidy models, conducted specifically for the purpose of designing an operable legal framework for Thailand. The subsequent chapters will deconstruct the techno-economics of LCOH in the Thai context; provide a formal legal analysis of the BOI's limitations; execute the comparative analysis; and synthesize these findings to propose a novel, hybrid legal framework.

2. Research Methodology and Conceptual Framework

2.1 Research Design

This study adopts a qualitative research paradigm, employing the comparative law methodology to analyze and compare the design and legal and financial frameworks of subsidy models across jurisdictions. This method provides a neutral language to evaluate the underlying functions of distinct legal solutions to the green premium, thereby assessing the feasibility of legal adaptation for Thailand.

The research adopts a Socio-Legal Comparative Law approach, using a small-N comparative design with theoretically informed sampling. Cases were not selected as countries but as representations of subsidy archetypes: Thailand (Baseline CAPEX), the United States (Fixed Premium), the United Kingdom and Japan (Risk-Sharing), and Germany (Market-Maker).

The object of analysis is the legal and financial framework, defined as the integrated system of legal rules, institutional arrangements, and the necessary, sustainable funding source required for climate finance. The methodology proceeds in two steps: first, a qualitative mapping and deconstruction of each framework (legislation, instrument, funding), followed by a functional comparison of how each design addresses the core policy problem and distributes implementation responsibilities.

²¹ Wenting Cheng and Sora Lee, 'How Green Are the National Hydrogen Strategies?' (2022) 14 Sustainability 1930, 16 <<https://doi.org/10.3390/su14031930>> accessed 7 November 2025.

²² Chandler and Paterson (n 4) 49.

2.2 Conceptualizing Green Hydrogen: From Market Failure to Legal Framework

To fully comprehend the necessity of a specialized regulatory regime, it is imperative to first conceptualize green hydrogen not merely as a technological innovation, but as a structural economic challenge that requires a specific legal response.

Green hydrogen, produced through water electrolysis powered by renewable energy, is technically proven but economically disadvantaged. Its deployment is primarily hindered by the green premium, the persistent cost differential between clean hydrogen and its cheaper, carbon-intensive counterparts (grey or fossil-based hydrogen). Unlike traditional renewable energy projects (e.g., solar or wind) where capital expenditure (CAPEX) is the primary hurdle, green hydrogen production incurs substantial and continuous operational expenditures (OPEX), largely driven by the cost of renewable electricity required for electrolysis.

This fundamental concept, the OPEX-driven green premium, necessitates a paradigm shift in legal design. Traditional passive legal instruments, such as the static tax holidays or import duty exemptions currently utilized in Thailand, are structurally inadequate to close this continuous operational gap. Therefore, the physical and economic reality of green hydrogen must be translated into an active legal framework, which relies on three interconnected components:

1. Price Certainty through Contractual Frameworks (CfD)

The economic need to hedge against volatile OPEX and unpredictable market prices translates legally into the necessity for long-term, binding public-private contracts. A two-way Contract for Difference (CfD) serves as the core legal instrument that legally allocates market risk between the state and the private sector by guaranteeing a strike price, thereby ensuring the project's bankability.

2. Efficient Allocation through Administrative Mechanisms (MCA)

Because state funds are limited, the legal framework must include a transparent administrative procedure to select the most efficient developers. Multi-Criteria Auctions (MCA) function as the regulatory mechanism to allocate subsidies based on both financial bids and technical/environmental criteria.

3. Sustainable Financing through Legal and financial Instruments

The massive fiscal commitment required to honor long-term CfD contracts cannot rely on annual discretionary budgets. Thus, the legal framework must be supported by statutory funding mechanisms, such as carbon pricing or specialized sovereign bonds (e.g., GX Bonds), firmly grounded in the polluter-pays principle.

By conceptualizing green hydrogen through this lens, it becomes evident that a robust legal framework must evolve beyond mere investment promotion and transition toward dynamic risk-allocation contracts. This conceptual foundation dictates the comparative analysis of the legal models implemented in the UK, the EU, and Japan in the subsequent sections.

3. Results

This comparative legal analysis scrutinizes the architectural design of international subsidy frameworks, with the objective of identifying an operable model for Thailand. The central challenge in stimulating green hydrogen production is not technological but economic involving overcoming the significant green premium between low-carbon hydrogen and its incumbent, high-carbon (fossil fuel-based) counterpart. An operable legal framework, therefore, must be specifically designed to close this specific economic gap.

This analysis first establishes Thailand's current incentive scheme as the baseline, proceeding to critique its structural inadequacies. It then deconstructs three distinct "Models" of operationally-focused (OPEX) subsidy frameworks implemented in leading jurisdictions comprising (1) Fixed Premium mechanisms, exemplified by the United States, (2) Contract for Difference (CfD) mechanisms, as deployed in Japan and the United Kingdom, and (3) Market-Maker mechanisms, pioneered by Germany.

3.1 The Insufficiency of CAPEX-Based Incentives as Thai Baseline

To design an effective new framework, one must first analyze the legal and economic insufficiency of the status quo. Thailand's current *de facto* framework for promoting novel energy investments rests not on dedicated energy legislation, but on the general, tax-based incentives provided by the Thailand Board of Investment (BOI).²³ This analysis reveals the BOI framework to be structurally mismatched with the financial realities of the green hydrogen sector.

The primary legal instrument available to a potential green hydrogen producer in Thailand is the Investment Promotion Act, B.E. 2520 (1977), administered by the BOI. Given its high-technology and environmental focus, green hydrogen production would likely qualify for the highest category of incentives, such as those under the 'A1' classification. These incentives are designed to attract investment in strategic high-priority sectors.²⁴

The legal and financial framework of the BOI A1 package is almost exclusively tax-based and front-loaded. The principal benefits include:

²³ Bijay B Pradhan and others (n 2) 1.

²⁴ Thailand Board of Investment, *A Guide to Investment Promotion 2025* (2025) 33.

1. Corporate Income Tax (CIT) Exemption: A complete exemption from CIT for a period of eight years, without a cap on the total amount.
2. Further Tax Reduction: Following the expiration of the eight-year holiday, a potential 50% reduction in CIT for a subsequent period.
3. Import Duty Waivers: Exemption from import duties on machinery and raw materials.
4. Non-Tax Incentives: Ancillary benefits such as permits for foreign land ownership and streamlined processes for bringing in foreign expatriates and skilled technicians.²⁵

The legal structure's purpose is clear and focused on reducing the upfront cost of establishing a project (via machinery import duty waivers) and to enhance the future profitability of a successful operation (via tax holidays).

3.2 Model 1: Fixed Premium Mechanisms (The US Model)

The first and most direct framework model of OPEX subsidies is the Fixed Premium, often termed a one-way subsidy. This model is most aggressively deployed by the United States through its Inflation Reduction Act (IRA), which leverages the federal tax code as a powerful, non-discretionary delivery mechanism.²⁶

3.2.1 Legal Framework: The Inflation Reduction Act (IRA) Section 45V

The legal basis for the US model is the Inflation Reduction Act (IRA) of 2022 (NPC 2025). The specific instrument is the Section 45V of the Internal Revenue Code, which creates a new "Clean Hydrogen Production Tax Credit" (PTC).²⁷ The design of the Section 45V mechanism is defined by three key characteristics:

1. Fixed Premium

It provides a fixed, tiered subsidy payment per kilogram of hydrogen produced. The highest tier, for producers with the lowest lifecycle emissions, provides a credit of up to \$3.00/kg.²⁸

2. Technology-Neutral Standard

²⁵ *ibid* 12–13.

²⁶ Laima Eicke, 'US Hydrogen Policy: Paving the Way for Energy Independence or Fueling the Geopolitical Competition of Subsidies?' in Rainer Quitzow and Yana Zabanova (eds), *The Geopolitics of Hydrogen Volume 2: Major Economies and Their Strategies* (Springer Nature Switzerland 2025) 88 <https://doi.org/10.1007/978-3-031-84022-7_4> accessed 7 November 2025.

²⁷ Attanasio and Briggs (n 18) 35.

²⁸ Eicke (n 26) 89.

The credit is not legally defined by production method (e.g., green or blue). Instead, it is technology-neutral and performance-based. Qualification for the different tiers, including the maximum \$3.00/kg credit, depends on achieving a specified lifecycle greenhouse gas (GHG) emissions rate, measured in kilograms of CO₂-equivalent per kilogram of hydrogen (kgCO₂e/kgH₂).²⁹

3. Tax-Based Delivery

The subsidy is delivered as a tax credit. This allows producers to claim the value of the credit against their federal tax liabilities. The IRA also introduced transferability and direct pay, allowing producers with little or no tax liability (like a new project) to effectively monetise the credit, either by selling it or receiving a direct cash refund from the Treasury.³⁰

3.2.2 Mechanism and Risk Allocation: High Certainty, High State Risk

The Section 45V framework is a powerful yet inflexible legal mechanism. Its primary feature is its legal simplicity and non-discretionary nature, a structured for maximum deployment speed and investment certainty.³¹

Unlike a competitive auction, the Section 45V tax credit functions as a statutory entitlement. Any producer who can legally demonstrate compliance with the ex-ante GHG emissions criteria automatically qualifies for the credit. Developers need not win a competitive bid or negotiate a complex contract with a government agency, as they must simply build their production facilities and produce clean hydrogen in accordance with published regulations. This approach provides unparalleled investment certainty, removes administrative friction, and acts as a mass deployment strategy designed to catalyze projects at immense scale.³²

This simplicity, however, comes at the cost of transferring all market risk from the private developer to the state (the US Treasury).³³ This risk is twofold:

1. Market Price Risk

The Section 45V is a one-way payment, not a two-way CfD. The \$3.00/kg credit is paid regardless of the actual market price of hydrogen. If the market price for hydrogen were

²⁹ *ibid.*

³⁰ Attanasio and Briggs (n 18) 37.

³¹ Eicke (n 26) 88.

³² *ibid.*

³³ Yana Zabanova and Rainer Quitzow, 'Hydrogen Policy in the EU: Navigating the Union's Internal Dynamics and Geopolitical Challenges' in Rainer Quitzow and Yana Zabanova (eds), *The Geopolitics of Hydrogen Volume 2: Major Economies and Their Strategies* (Springer Nature Switzerland 2025) 26 <https://doi.org/10.1007/978-3-031-84022-7_2> accessed 7 November 2025.

to rise significantly (e.g., due to a carbon tax or supply shortage) such that the producer is already profitable, the producer would receive the high market price plus the full \$3.00/kg subsidy. This creates a significant risk of over-subsidization and provides windfall profits to producers at the state's expense.³⁴

2. Volume Risk (Uncapped Fiscal Liability)

The total fiscal cost to the US Treasury is uncapped because the credit is a non-discretionary entitlement. The total subsidy amount is bound only by the total volume of qualified hydrogen produced in the country. There is no pre-defined budget, unlike the Japanese JPY 3 trillion cap or the German EUR 900 million pilot.³⁵

In essence, the US Section 45V model is a high-certainty, high-risk framework. It prioritizes speed and scale above fiscal efficiency, rendering it a powerful but fiscally imprecise instrument.³⁶

3.3 Model 2: Risk-Sharing Mechanisms (The Contract for Difference)

The second family of OPEX subsidies is the Contract for Difference (CfD). This model is structurally more sophisticated than the fixed premium, as it is explicitly designed as a risk-sharing instrument. It directly avoids the over-subsidization risk of the US model by establishing a long-term contractual partnership between the state and the producer.

3.3.1 The two-Way Contract for Difference (CfD) as Conceptual Framework

A two-way CfD is a long-term private law contract between a producer and a state-backed counterparty. Its legal and financial mechanism is defined by two key, pre-agreed prices:

1. The Strike Price (or Base Price)

A fixed price per unit (e.g., \$/kg) that represents the producer's total cost of production plus a reasonable rate of return. This price is what the producer needs to be profitable and is often "discovered" through a competitive auction.

2. The Reference Price

A fluctuating price that acts as a benchmark for the commodity's market value. This is typically based on the price of the incumbent fossil fuel (e.g., grey hydrogen, natural gas, or coal).³⁷

The CfD mechanism operates as a two-way symmetrical payment flow:

³⁴ Hoogsteyn and others (n 19) 5, 20.

³⁵ Eicke (n 26) 88.

³⁶ *ibid.*

³⁷ Hoogsteyn and others (n 19) 11.

- When Reference Price < Strike Price

The market price is too low for the producer to be profitable. The state pays the producer the difference, ensuring the producer always receives their required Strike Price.

- When Reference Price > Strike Price

The market price has risen above the producer's required price (e.g., due to a fossil fuel price spike). The producer pays back the difference (the windfall) to the state.

This legal framework achieves an optimal balance. It provides the producer with absolute revenue certainty (guaranteeing receipt of the Strike Price for the life of the contract), which renders the project bankable. Simultaneously, it provides the state with robust fiscal protection from over-subsidization, as it automatically recovers any windfall profits.³⁸

3.3.2 Case Study 1: The Japanese Model (Debt-Financed, Future-Taxed)

Japan has adopted a highly innovative CfD model, establishing a sophisticated legal and financial framework to fund its transition.³⁹

- **Legal Framework**

The framework is anchored in two key pieces of legislation as follow: (1) the GX (Green Transformation) Promotion Act and (2) the Hydrogen Society Promotion Act, enacted in May 2024.⁴⁰

- **Contractual Design**

The Hydrogen Society Promotion Act empowers the government, via the Japan Organization for Metals and Energy Security (JOGMEC), to establish a CfD subsidy scheme. This scheme offers 15-year CfD contracts that function as two-way CfDs. JOGMEC will pay the difference between the producer's pre-agreed Base Price and the fluctuating Reference Price.⁴¹

- **Funding Framework**

³⁸ *ibid.*

³⁹ Yuma Osaki and Llewelyn Hughes, 'Japan: Putting Hydrogen at the Core of Its Decarbonisation Strategy' in Rainer Quitzow and Yana Zabanova (eds), *The Geopolitics of Hydrogen* (Springer Nature Switzerland 2025) 113 <https://doi.org/10.1007/978-3-031-84022-7_5> accessed 7 November 2025.

⁴⁰ Ibrar Ahmad, Jamil Afzal and Siraj Ahmad, 'International and Comparative Law Perspectives of Hydrogen Economy' in Ibrar Ahmad, Jamil Afzal and Siraj Ahmad (eds), *Legal Framework of Green Hydrogen Production and Hydrogen Economy for Sustainable Development* (SCOPUA Books 2025) 75 <<https://doi.org/10.64060/978-627-7898-00-7-3>> accessed 7 November 2025.

⁴¹ Osaki and Hughes (n 39) 113.

The most innovative aspect of the Japanese model is its funding. It employs a finance-and-defer model that legally separates the act of spending from the act of taxing.

1. Upfront Funding (Today)

The GX Promotion Act authorizes the issuance of JPY 20 trillion (approx. \$130 billion) in "GX Economic Transition Bonds. This is debt-financing. From this total, JPY 3 trillion (approx. \$20 billion) is allocated to fund the hydrogen CfD program for 15 years. This allows the government to immediately fund the long-term contracts and catalyze the market without raising taxes today.⁴²

2. Repayment (Tomorrow)

The legal framework already provides for the repayment of this debt. The GX bonds will be redeemed in the future using revenue from a new, legally mandated fossil fuel levy. This new carbon tax is scheduled to be introduced in FY2028⁴³ and will be levied on fossil fuel importers.⁴⁴

This legal and financial structure is politically astute. It provides massive, immediate, and long-term support to producers, while deferring the politically sensitive act of imposing a carbon tax until the transition is more advanced and its benefits are more visible.

3.3.3 Case Study 2: The UK Model (Levy-Financed, 'Polluter Pays')

The United Kingdom has also selected the two-way CfD as its preferred instrument, though its legal and funding framework provides a stark and informative contrast to Japan's model.

• Legal Framework

The primary enabling legislation is the Energy Act 2023.⁴⁵ This Act provides the Secretary of State with the statutory power to create and fund the hydrogen subsidy mechanism.⁴⁶

⁴² *ibid.*

⁴³ FY2028 refers to the Japanese Fiscal Year 2028, which commences on April 1, 2028, and concludes on March 31, 2029.

⁴⁴ Cheng and Lee (n 21) 1930.

⁴⁵ Ibrar Ahmad, Jamil Afzal and Siraj Ahmad, 'Regulatory Analysis of Energy Law and Hydrogen Economy' in Ibrar Ahmad, Jamil Afzal and Siraj Ahmad (eds), *Legal Framework of Green Hydrogen Production and Hydrogen Economy for Sustainable Development* (SCOPUA Books 2025) 99 <<https://doi.org/10.64060/978-627-7898-00-7-4>> accessed 7 November 2025.

⁴⁶ Energy Act 2023, Part 2 (Decarbonisation), c. 52 (UK).

- **Contractual Design**

The subsidy is delivered through the Hydrogen Production Business Model (HPBM). The specific contract awarded to successful producers is the Low Carbon Hydrogen Agreement (LCHA). The LCHA is a 15-year, two-way CfD, legally analogous to the contracts that successfully scaled the UK's offshore wind industry.⁴⁷

- **Allocation Mechanism**

Unlike the US Section 45V (an entitlement), LCHA contracts are not automatic. They are awarded competitively through periodic auctions known as Hydrogen Allocation Rounds (HAR). The HAR process functions as a critical price discovery mechanism, compelling producers to compete against each other by bidding the lowest possible Strike Price they are willing to accept to win the 15-year contract. This ensures a far more efficient use of public funds than the US fixed-premium model, as the subsidy is set by the market, not by statute.⁴⁸

- **Funding Framework**

The UK's funding design is a contemporaneous polluter pays model, legally distinct from Japan's debt-based approach.

1. The Energy Act 2023 provides the legal basis for a hydrogen levy.
2. This levy is legally structured as a "Gas Shipper Obligation (GSO)".
3. This is a hypothecated (earmarked) levy placed directly on the companies that ship natural gas through the national grid (the incumbent fossil fuel industry).
4. The revenue collected from this GSO levy is then used to pay for the LCHA contracts.⁴⁹

This framework socializes the cost of the green hydrogen transition contemporaneously across the users of the polluting fuel it is intended to replace. Unlike Japan, there is no debt-financing or deferral, as the cost is (in theory) paid as it is incurred, directly linking the new green industry to the legacy brown one.

⁴⁷ Silvia Weko, 'The UK Hydrogen Strategy: Industrial Decarbonization and Industrial Policy' in Rainer Quitzow and Yana Zabanova (eds), *The Geopolitics of Hydrogen Volume 2: Major Economies and Their Strategies* (Springer 2025) 135 <https://doi.org/10.1007/978-3-031-84022-7_6> accessed 7 November 2025.

⁴⁸ Rainer Quitzow and Yana Zabanova, 'The Emerging Geopolitics of Hydrogen: Navigating Uncertainty and Industrial Legacies Within the Net-Zero Transition' in Rainer Quitzow and Yana Zabanova (eds), *The Geopolitics of Hydrogen Volume 2: Major Economies and Their Strategies* (Springer 2025) 210 <https://doi.org/10.1007/978-3-031-84022-7_9> accessed 7 November 2025.

⁴⁹ Weko (n 47) 129, 134.

3.4 Model 3: The Market-Maker Mechanism (Germany's H2Global)

The final and most architecturally complex model is the Market-Maker, pioneered by Germany. This mechanism, known as H2Global, positions the state beyond the role of a simple subsidizer (US) or a risk-sharing counterparty (UK/Japan) and into the role of a central market intermediary.

3.4.1 Legal Framework: The Double Auction Intermediary

The H2Global model does not create a direct contract between the producer and the state. Instead, the state uses federal funds (e.g., an initial EUR 900 million pilot fund from the Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action) to capitalise a special-purpose intermediary, a private company named Hydrogen Intermediary Company (HINTCO).⁵⁰

HINTCO then operates as a market maker, using a double auction mechanism governed by public procurement law. This mechanism is designed to deliberately absorb risk by splitting the market into two distinct auctions with different time horizons.⁵¹

3.4.2 Mechanism: De-Risking Supply, Creating Demand

The "Double Auction" separates the purchase and sale of hydrogen into two distinct sides:

1. Purchase-Side (Creating Bankability)

HINTCO runs a global auction to buy hydrogen and its derivatives (like ammonia and e-methanol). It awards long-term, 10-year Hydrogen Purchase Agreements (HPAs) to the international producers who bid the lowest price. This 10-year contract provides the long-term, stable revenue certainty that producers need to secure project financing and get built.⁵²

2. Sales-Side (Creating a Spot Market)

HINTCO then takes the hydrogen and it has contracted to buy and runs a separate, independent auction to sell it to European offtakers (in chemical, steel, or energy sectors). It awards short-term, 1-year Hydrogen Sales Agreements (HSAs) to the buyers who bid the highest price.⁵³

⁵⁰ Yana Zabanova and Rainer Quitzow, 'Hydrogen Policy in the EU: Navigating the Union's Internal Dynamics and Geopolitical Challenges' in Rainer Quitzow and Yana Zabanova (eds), *The Geopolitics of Hydrogen Volume 2: Major Economies and Their Strategies* (Springer 2025) 27 <https://doi.org/10.1007/978-3-031-84022-7_2> accessed 7 November 2025.

⁵¹ *ibid.*

⁵² *ibid* 27–28.

⁵³ *ibid* 29.

The state subsidy (the EUR 900 million fund) is used to cover the negative spread, the inevitable and intentional loss HINTCO incurs by buying at a high, long-term, bankable price and selling at a low, short-term, market-clearing price.⁵⁴

3.4.3 Analysis: The State as Strategic Risk-Absorber

The H2Global framework is a uniquely strategic instrument that simultaneously solves two distinct market failures, one on the supply side and one on the demand side.

1. The state, acting through HINTCO, absorbs two critical risks that would otherwise prevent the market from forming:

- **Price Risk**

It absorbs the entire spread between the high cost of first-of-a-kind production and the low price the nascent market is willing to pay.

- **Temporal Risk**

It reconciles the fundamental mismatch between producer needs (long-term, 10-year revenue certainty) and buyer needs (short-term, 1-year flexibility to avoid being locked into a high-price fuel).

2. This model serves a dual purpose that other models only address in part. The 10-year HPA provides producer bankability, just as the UK and Japan CfDs do, but the 1-year HSA achieves something more profound, i.e., true market price discovery. The UK and Japan CfD models often use fossil fuel benchmarks (like natural gas) as their reference price. This tethers the green hydrogen market to the economics of the old energy system.

H2Global, by contrast, creates a new, independent, and liquid market for green hydrogen. Its short-term auctions discover the true market-clearing price that European industry is actually willing to pay for the green commodity itself. This is the most interventionist of the three models, but it is also the one most strategically designed to create a liquid, self-sustaining, and independent market for green hydrogen.

4. Conclusion and Recommendations

4.1 Conclusion

The analysis concludes that Thailand's aim to develop a green hydrogen economy is obstructed by the green premium, a fundamental market failure that its current legal and financial instrument is structurally incapable of solving. The paper mandates a paradigm shift in Thai legal design, i.e., moving from the passive, *ex-ante* CAPEX incentives of the Board of

⁵⁴ *ibid* 27.

Investment (BOI) to active, *ex-post* operational expenditure (OPEX) support, delivered through a long-term and bankable contractual framework.

The core problem is a persistent operational cost barrier, as the LCOH for green hydrogen (\$3.50–\$6.00/kg) remains uncompetitive against grey hydrogen (\$1.50–\$2.50/kg). This premium is dominated by OPEX, particularly the cost of renewable electricity. The paper's central finding is the structural misalignment of the BOI framework. The BOI, a CAPEX-driven solution offering CIT holidays and import duty waivers, is misaligned with the OPEX-driven problem. The BOI's principal incentive, the CIT holiday, is valueless for a pre-profit industry. A project that cannot compete on operational expenditures will generate no profit, rendering a tax exemption on that profit worthless. As established, a facility could have its CAPEX subsidized to zero and *still* be unbankable.

Therefore, an operable framework is defined as a bankable one. An inoperable framework is one that fails to provide the long-term, predictable revenue certainty required to attract non-recourse project finance.

To address this challenge, this paper outlines an operable and bankable legal and financial framework built on three integrated components:

1. The Instrument: A 15-year, two-way Low Carbon Hydrogen Agreement (CfD) for risk-sharing and revenue certainty.
2. The Funding: A GX Bond model (based on Japan's) for long-term, bankable capital, repaid by a future, hypothecated carbon levy.
3. The Allocation: A Multi-Criteria Auction (MCA) that balances price discovery with risk-mitigating non-price criteria like project readiness.

By shifting legally from a passive incentive to an active contractual partner, Thailand can transcend the green premium and construct the market conditions which is necessary to become a regional leader in the green hydrogen economy.

4.2 Recommendation

4.2.1 A two-way Contract for Difference (CfD) as the Core Legal Instrument

The first recommendation is the adoption of a two-way Contract for Difference (CfD) as the core legal instrument for delivering OPEX support. This mechanism is demonstrably superior, offering the balanced risk allocation essential for both bankability and long-term fiscal responsibility.

The paper recommends Thailand reject the fixed premium model, such as the US IRA Section 45V PTC. The 45V is an inflexible legal mechanism, a one-way payment that

allocates 100% of market price risk to the state. This creates an unacceptable risk of over-subsidization and windfall profits.

By contrast, the two-way CfD is architecturally sophisticated and fiscally prudent; it is a long-term risk management and risk-sharing tool. Its legal mechanism is a private-law contract defined by two pre-agreed price points:

- The Strike Price: A price (\$/kg) "discovered" via competitive auction, representing the producer's cost plus a bankable rate of return.
- The Reference Price: A fluctuating market benchmark, such as the price of grey hydrogen or a natural gas index.

Its mechanism is a symmetrical, two-sided hedging payment flow:

- When Reference Price < Strike Price

The market price is too low. The state pays the producer the difference, guaranteeing the revenue stream and ensuring bankability.

- When **Reference Price > Strike Price**

The market price is high. The producer pays the "windfall" difference *back* to the state, protecting consumers and eliminating over-subsidization.

This risk allocation is the precise solution to the operability problem. Project financiers require long-term contracts to secure investments. The two-way CfD creates this contractual hedge, providing a stable, 15-year revenue stream often necessary for renewables financing. By de-risking revenue, the CfD directly lowers the cost of capital, potentially by as much as 30 percent.

Thailand should execute a legal adaptation by adapting proven models. This includes:

1. The UK Model (The Contract)

The UK's Energy Act 2023 authorizes the Hydrogen Production Business Model (HPBM), delivered via a 15-year, bankable, two-way CfD contract called the "Low Carbon Hydrogen Agreement (LCHA)".

2. The Japanese Model (The Enabling Law)

Japan's "Hydrogen Society Promotion Act" (May 2024) creates the "legal foundation" for a 15-year CfD-type subsidy scheme.

It is recommended that Thai Parliament enact the Hydrogen Promotion Act, similar to Japanese model, which empowers a state agency to enter into 15-year, two-way CfD contracts called the Thailand's Low Carbon Hydrogen Agreement (LCHA).

4.2.2 A Sustainable and Legally Enshrined Funding Mechanism

A CfD is inoperable without a corresponding, sufficient funding legal mechanism. A 15-year CfD is a long-term fiscal commitment. Financiers will not fund projects if the state's ability to pay is subject to annual and discretionary political budgeting. The funding source must be sustainable, long-term, and legally enshrined, particularly hypothecated carbon levy.

- **Comparative Model 1: The Japanese Pay Later (Debt-Financed) Model**

Japan's GX Promotion Bill authorizes an advance investment support mechanism. It legally separates spending from revenue-raising.

- **Funding (Today):** The government issues JPY 20 trillion in GX Economic Transition Bonds, allocating JPY 3 trillion to fund the hydrogen CfD program for 15 years.

- **Repayment (Tomorrow):** The law already mandates repayment via a future fossil fuel levy on importers (starting FY2028) and revenues from an emissions trading system. This finance-and-defer model is politically astute, providing immediate, bankable certainty while deferring the tax.

- **Comparative Model 2: The UK Pay Now (Levy-Financed) Model**

The UK's Energy Act 2023 authorizes a hydrogen levy, structured as a Gas Shipper Obligation (GSO). This is a direct, contemporaneous levy on gas shipping companies, with revenues hypothecated to fund the LCHA payments.

- **A Proposed Funding Path for Thailand**

This paper recommends Thailand consider the Japanese GX Bond model, based on political and economic pragmatism. The Japanese model is superior for an emerging market by providing immediate, large-scale, bankable funding via bonds, legally enshrining the future repayment mechanism through a carbon levy to satisfy financiers, and deferring the tax to allow the industry to build value first.

4.2.3 The Criticality of Auction Design: Beyond Price-Only

The final recommendation addresses the CfD allocation mechanism, which is as important as the contract itself. While competitive auctions are essential for true price discovery, a simple price-only auction presents a major challenge. A race to the bottom encourages aggressive, unsustainably low bid prices (underbidding), resulting in low post-auction realization rates and project failure. The goal is effective procurement, not just a low price. The risk of a failed auction is the single greatest risk.

This paper therefore recommends rejecting a price-only auction in favor of a Multi-Criteria Auction (MCA). An MCA selects winners based on both bid price and legally-

defined, objective non-price criteria (NPCs). The purpose of the MCA is risk management. The risk of underbidding and project failure is a far greater cost than a marginal price increase from a well-designed MCA. The legal framework should use a weighted scoring system (e.g., 70% price, 30% NPCs).

Key NPCs must be objective, transparent, and verifiable, focusing on two clusters as follows:

1. Cluster 1: Project Deliverability (The "Readiness" Criterion)

This is the most critical NPC for ensuring "effective procurement". Following the EU's Net-Zero Industry Act (NZIA), bids should be scored on:

- Quality of project pre-development (permits, EIAs, grid agreements).
- Financial Prequalification.
- Offtake Certainty (verifiable MOUs or LOIs).

2. Cluster 2: System Quality (The "Efficiency" Criterion)

This ensures the state subsidizes high-quality, efficient technology. Verifiable criteria include:

- Energy efficiency (kWh/kg) of the electrolyzer.
- Full lifecycle carbon footprint (kgCO₂e / kgH₂).
- Technological innovation.
- Socio-Economic Contribution (e.g., alignment with BCG model).

4.2.4 The Legal Instrument and Regulatory Oversight

To implement the proposed legal framework, a critical question arises regarding the appropriate legal instrument: whether to amend existing Board of Investment (BOI) announcements or to enact a dedicated Hydrogen Promotion Act. While the BOI possesses the flexibility to issue new categories for investment promotion, its legal mandate is primarily restricted to passive incentives. However, the operational expenditure (OPEX) challenges of green hydrogen require an active contractual partner capable of managing long-term fiscal outlays through Contracts for Difference (CfD). These functions exceed the traditional administrative scope of the BOI. Therefore, a dedicated Hydrogen Promotion Act is recommended to provide a robust legal basis for the state to enter into long-term private-law contracts and to authorize the cross-sectoral funding mechanisms that the current BOI framework cannot facilitate.

Furthermore, the regulatory oversight should be centralized under the Energy Regulatory Commission (ERC). As an independent regulatory body, the ERC is best positioned to act as the administrator for MCA auctions and the CfD registry. This centralized institutional arrangement will ensure the transparency required to attract international investment.

โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนากฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของ
ประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง*

Opportunities and Limitations in Developing Thailand's International Rail
Freight Transport Law to Align with International Railway Law

เกียรติพร อำไพ**

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Kiarttiphorn Umpai

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

วันที่รับบทความ 15 กันยายน 2568; วันแก้ไขบทความ 14 พฤษภาคม 2569; วันตอบรับบทความ 14 พฤษภาคม 2569

บทคัดย่อ

การขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศมีบทบาทสำคัญต่อการบูรณาการทางเศรษฐกิจในภูมิภาคอาเซียน แต่ยังคงเผชิญอุปสรรคสำคัญจากความไม่สอดคล้องของกรอบกฎหมายระหว่างประเทศสมาชิก การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนากฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกรอบความร่วมมือภูมิภาคอาเซียน

งานวิจัยนี้ใช้วิธีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย (comparative legal analysis) โดยวิเคราะห์ระบบกฎหมายหลักสองระบบ ได้แก่ ระบบ COTIF/CIM ของยุโรปและระบบ OSJD/SMGS ของยูเรเชีย เปรียบเทียบกับกฎหมายภายในของประเทศไทยและกรอบความร่วมมือของอาเซียน การศึกษาครอบคลุมการวิเคราะห์ความรับผิดชอบของผู้รับขนส่ง ข้อกำหนดเอกสารการขนส่ง กลไกการระงับข้อพิพาท และการจำกัดความรับผิดชอบ

ผลการวิจัยพบว่า ประเทศไทยยังขาดกฎหมายเฉพาะด้านการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศที่ครอบคลุม ในขณะที่อาเซียนยังไม่มีกรอบกฎหมายร่วมที่เป็นผลผูกพัน อย่างไรก็ตาม มีโอกาสในการพัฒนากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลผ่านการปรับใช้หลักการจากระบบ OSJD/SMGS ที่มีประเทศอาเซียนเป็นสมาชิกอยู่แล้ว

การวิจัยครั้งนี้เสนอแนะให้ประเทศไทยพัฒนากฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางเฉพาะ ส่งเสริมความร่วมมือกับประเทศอาเซียนในการจัดทำข้อตกลงระดับภูมิภาค และพิจารณาเข้าร่วมเป็นสมาชิก OSJD เพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับการเชื่อมต่อระบบขนส่งทางรางระหว่างประเทศในอนาคต

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาวิจัย เรื่อง “โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนากฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง” ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ประจำปีงบประมาณ 2568

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่: คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240
E-mail: kiarttiporn.u@nida.ac.th

คำสำคัญ: กฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้าทางราง, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง,
การอำนวยความสะดวกการขนส่งข้ามแดนอาเซียน

Abstract

International railway freight transportation plays a crucial role in economic integration within the ASEAN region, yet continues to face significant obstacles due to inconsistent legal frameworks among member countries. This research aims to analyze opportunities and constraints in developing Thailand's international railway carriage contract law to align with international legal principles and ASEAN regional cooperation frameworks.

The study employs comparative legal analysis methodology, examining two major legal systems: the European COTIF/CIM system and the Eurasian OSJD/SMGS system, compared with Thailand's domestic law and ASEAN cooperation frameworks. The research encompasses analysis of carrier liability, transportation documentation requirements, dispute resolution mechanisms, and liability limitations.

Research findings reveal that Thailand lacks comprehensive legislation specifically addressing international railway freight carriage, while ASEAN has yet to establish binding common legal frameworks. However, opportunities exist for developing domestic legislation aligned with international standards through adaptation of OSJD/SMGS principles, given that several ASEAN countries are already members of this system.

The research recommends that Thailand develop specific railway carriage contract legislation, promote cooperation with ASEAN countries in establishing regional agreements, and consider joining OSJD membership to prepare for future international railway system connectivity.

Keywords: Railway Carriage Contract Law, International Railway Law, ASEAN Transport Facilitation

1. บทนำ

ระบบการขนส่งทางรางระหว่างประเทศได้กลายเป็นองค์ประกอบสำคัญของโครงสร้างพื้นฐานที่ขับเคลื่อนการบูรณาการทางเศรษฐกิจ ภายในกรอบสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียน (ASEAN) เมื่อเศรษฐกิจระดับภูมิภาคมีความเชื่อมโยงกันมากขึ้น ประสิทธิภาพและการดำเนินงานที่ราบรื่นของระบบการขนส่งสินค้าทางรางข้ามพรมแดน จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการส่งเสริมการค้าและการลงทุนภายในภูมิภาคอาเซียน และการเชื่อมโยงกับตลาดระหว่างประเทศที่กว้างขึ้น อย่างไรก็ตาม สภาพปัจจุบันของการขนส่งสินค้าทางรางในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เผยให้เห็นความท้าทายสำคัญที่ขัดขวางการพัฒนาเครือข่ายภูมิภาคที่ขาดการบูรณาการและประสิทธิภาพ

กรอบกฎหมายระหว่างประเทศที่ควบคุมสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศยังมีความซับซ้อนและแตกต่างกัน ในเชิงหลักการระหว่างความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญ 2 ฉบับ ได้แก่ ระบบกฎหมายการขนส่งทางรางระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการขนส่งทางรางระหว่างประเทศ (Convention concerning International Carriage by Rail-COTIF) (ต่อไปเรียกว่า ความตกลง COTIF) และกฎเอกรูปว่าด้วยสัญญาการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ (Uniform Rules concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail-CIM) (ต่อไปเรียกว่า กฎเอกรูป CIM)

¹ ขององค์การระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการขนส่งทางรางระหว่างประเทศ (Organisation for International Carriage by Rail-OTIF) (ต่อไปเรียกว่า องค์การ OTIF)² ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ใช้บังคับแพร่หลายในทวีปยุโรป สำหรับการควบคุมการขนส่งทางรางและใช้บังคับกับสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ซึ่งใช้บังคับระหว่างรัฐสมาชิกความตกลง COTIF และระบบกฎหมายการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ (Agreement on International Railway Freight Traffic-SMGS) (ต่อไปเรียกว่า ความตกลง SMGS)³ ขององค์การความร่วมมือระหว่างทางรถไฟ (Organisation for Cooperation between Railways-OSJD) (ต่อไปเรียกว่า องค์การ OSJD)⁴ ซึ่งมีผลใช้บังคับแพร่หลายในภูมิภาคยูเรเชีย ครอบคลุมประเทศตั้งแต่ยุโรปตะวันออกผ่านเอเชียกลางไปถึงเอเชียตะวันออกเฉียง⁵ ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นเอกภาพสำหรับสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง

¹ Uniform Rules concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail (CIM – Appendix B to the Convention) Modifications adopted by the Revision Committee at its 25th session by written procedure of 20.04.2015; Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), *COTIF 1999*, <https://otif.org/en/?page_id=172> accessed 7 November 2024.

² Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), ‘About OTIF’ <https://otif.org/en/?page_id=15> accessed 7 November 2024.

³ Organisation for Co-operation between Railways (OSJD), ‘Agreement on International Railway Freight Communications (SMGS) (01.07.2025)’ <<https://en.osjd.org/en/8906/page/106077?id=2099>> accessed 7 November 2024.

⁴ Organisation for Co-operation between Railways (OSJD) ‘OSJD Bodies’ <<https://en.osjd.org/>> accessed 7 November 2024.

⁵ Faith A Chudkowski, ‘Europe and Asia’s Melded Future: A Critique of The Dawn of Eurasia’ (2020) 1(1) Liberty University Journal of Statesmanship & Public Policy, art 9, 1–3 <<https://doi.org/10.70623/IGA6555>> accessed 7 November 2024.

ระหว่างประเทศสมาชิก นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศ ได้แก่ ประเทศเวียดนามและประเทศลาว รวมทั้งประเทศในเอเชียบางประเทศ ได้แก่ ประเทศจีน ประเทศมองโกเลีย ประเทศเกาหลีเหนือ และประเทศเกาหลีใต้ ต่างเป็นรัฐสมาชิกขององค์การ OSJD⁶

จากการศึกษาพบว่า หลักการที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศหลัก 2 ฉบับ ยังคงมีหลักการทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกันในทางปฏิบัติหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นหลักความรับผิดชอบของผู้รับขนส่งสินค้า ข้อกำหนดเอกสารขนส่ง สิทธิของผู้ส่งสินค้าและผู้รับสินค้า ขั้นตอนการเรียกร้องค่าเสียหาย หรือแม้แต่การกำหนดระยะเวลาสำหรับการฟ้องบังคับคดี เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างระหว่างระบบการขนส่งสินค้าทางรางในภาคพื้นยุโรปและยูเรเชียไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงขอบเขตทางภูมิศาสตร์เท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงข้อจำกัดด้านแนวคิดและปรัชญาการกำกับดูแลการประกอบกิจการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ทั้งกฎเอกรูป CIM ภายใต้ความตกลง COTIF ขององค์การ OTIF และความตกลง SMGS ภายใต้องค์การ OSJD ต่างวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับการทำสัญญาขนส่งสินค้าทางรางอย่างเป็นเอกภาพ พร้อมทั้งกำหนดรายละเอียดทางปฏิบัติสำหรับการประยุกต์ใช้ ที่ยังมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกันในหลายประการ

ในขณะที่ภายใต้กรอบความร่วมมือในภูมิภาคอาเซียน แม้จะได้มีความพยายามในการพัฒนานโยบายและการเชื่อมต่อระบบการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ผ่านแผนแม่บทอาเซียนว่าด้วยการเชื่อมโยง (Master Plan on ASEAN Connectivity [MPAC] 2025) ซึ่งได้กำหนดวิสัยทัศน์เชิงยุทธศาสตร์สำหรับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานระดับภูมิภาค และได้ระบุให้การเชื่อมต่อทางรางเป็นโครงการลำดับความสำคัญสำหรับการบูรณาการทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นดังกล่าวนี้ได้ถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้ยุทธศาสตร์ที่ 1 ซึ่งเป็นส่วนที่ว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานที่ยั่งยืน (Sustainable Infrastructure)⁷ ในฐานะที่เป็น 1 ใน 5 ยุทธศาสตร์หลักของ MPAC 2025

ทั้งนี้ ภายในยุทธศาสตร์ MPAC 2025 นี้มุ่งเน้นการลงทุนในระบบโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น รวมถึงการปรับปรุงและขยายโครงข่ายการคมนาคมขนส่งประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นถนน ทางรถไฟ ท่าเรือ หรือแม้แต่การเชื่อมโยงกับการขนส่งทางอากาศ เพื่อให้เกิดการเชื่อมโยงที่ไร้รอยต่อและส่งเสริมการบูรณาการทางเศรษฐกิจของอาเซียน⁸ ในขณะที่ข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าข้ามแดน

⁶ Organisation for Co-operation between Railways (OSJD) ‘Members of the Ministers Conference’ <<https://en.osjd.org/en/9182>> accessed 7 November 2024.

⁷ The ASEAN Secretariat, Master Plan on ASEAN Connectivity 2025, (2nd Reprint Indonesia: Community Relations Division (CRD), The ASEAN Secretariat, 2017) 9, <https://asean.org/wp-content/uploads/2021/08/8_compressed.pdf> accessed 7 November 2024.

⁸ The ASEAN Secretariat (n 8) 19 - 20.

(AFAFGIT)⁹ และการขนส่งระหว่างรัฐ (AFAFIST)¹⁰ กำหนดหลักการทั่วไปสำหรับการเคลื่อนย้ายสินค้าข้ามพรมแดน อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวมุ่งเน้นการกำหนดขั้นตอนศุลกากรและการขนส่งสินค้าข้ามพรมแดนเป็นหลัก มากกว่าการกำหนดแง่มุมทางกฎหมายอันเกี่ยวกับเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับการทำสัญญา รับขนส่งสินค้าทางรางไว้เป็นการเฉพาะ

จะเห็นได้ว่า การขาดความตกลงระหว่างประเทศด้านการขนส่งทางรางอาเซียน นับได้ว่าเป็น “ข้อจำกัด” การพัฒนาระบบการขนส่งทางรางที่สำคัญ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่สามารถใช้สำหรับการบูรณาการและการสร้างความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ สภาพการณ์ปัจจุบันระบบการขนส่งสินค้าทางรางยังคงอยู่ภายใต้การบริหารจัดการภายใต้การทำความเข้าใจ¹¹ และการบริหารจัดการภายใต้ระบบกฎหมายสัญญา ตามหลักกฎหมายภายในของแต่ละรัฐสมาชิกเป็นหลัก การปรับใช้หลักกฎหมายที่มีความแตกต่างกันย่อมนำไปสู่ปัญหาความไม่สอดคล้องในทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางที่เกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

จากการศึกษาพบว่า ประเด็นที่ว่าด้วยการเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศที่ต่างกัน การไม่เข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงเฉพาะที่มีดังกล่าว หรือแม้แต่การขาดมาตรฐานทางกฎหมายกลางในระดับภูมิภาคที่เป็นเอกภาพที่ใช้ร่วมกันดังกล่าว ต่างนำไปสู่ปัญหาความไม่สอดคล้องในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ สำหรับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ สภาพการณ์ดังกล่าวย่อมเป็น “ข้อขัดข้อง” ทางกฎหมายและเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการพัฒนาระบบการให้บริการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศที่ไม่มีประสิทธิภาพ และยังเป็นการขัดขวางการบูรณาการทางเศรษฐกิจตามที่กำหนดไว้ในแผนแม่บทอาเซียนและแผนปฏิบัติการด้านการขนส่ง

อย่างไรก็ตาม การพัฒนาระบบกฎหมายการขนส่งสินค้าทางรางของประเทศไทยเพื่อเชื่อมโยงกับภูมิภาคอื่นทั้งในอาเซียนและนอกอาเซียน ต่างยังคงเผชิญกับ “ข้อจำกัด” อันเป็นความท้าทายต่อการพัฒนา กลไก และระบบกฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทย ซึ่งต้องพิจารณาถึงความสำคัญของการศึกษาวิจัย 3 ประการ ดังนี้

⁹ ASEAN Customs Transit System (ACTS), *ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit, Protocol 6* <https://acts.asean.org/Legal_Framework/asean-framework-agreement-facilitation-goods-transit-afafgit> accessed 10 July 2025, พิธีสารที่ 6 ของ AFAFGIT กำหนดหลักการเกี่ยวกับการให้บริการเชื่อมต่อและการขนส่งสินค้าทางรางที่เชื่อมต่อกับประเทศสมาชิก และกำหนดมาตรการทางปฏิบัติร่วมกันเพื่ออำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายสินค้าและบริการ ณ สถานีชายแดนและสถานีขนถ่ายสินค้า การจัดการการปฏิบัติงานพื้นฐาน การตรวจสอบขบวนรถ เป็นต้น.

¹⁰ Treaty Division, Legal Services & Agreements Directorate ASEAN, *Legal Instruments* (The ASEAN Secretariat) <<https://agreement.asean.org/media/download/20140119020132.pdf>> accessed 10 July 2025; ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Inter-State Transport หรือ AFAFIST มีสาระสำคัญหลักเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกในการขนส่งระหว่างรัฐ โดยเน้นที่การขนส่งสินค้า และการเคลื่อนย้ายยานพาหนะ โดย AFAFIST ไม่ได้เน้นโดยตรงที่การขนส่งสินค้าทางราง แต่เน้นที่การขนส่งสินค้าทางถนนโดยเฉพาะ (Part III: General Conditions for Road Transport)

¹¹ Sivarin Lertpusit, ‘Evaluating the Benefits of the Current BRI Infrastructure Projects to Thailand: The Case of Cross-border Trade and the Laos–China Railway’, *East Asian Policy* (2024). 48, 57.

<https://www.worldscientific.com/doi/pdf/10.1142/S1793930524000047?download=true&srsltid=AfmBOOro6qzWljTXIXsmAKW-wkVVA8vrlAppNE_NBWSM3ngof2VzsWSr> accessed 16 July 2025.

ประการแรก ข้อบกพร่องในการประสานกฎหมายที่แตกต่างกันในระดับสากลยังคงมีอยู่ทั่วภูมิภาค การขาดมาตรฐานกฎหมายที่เป็นเอกภาพสำหรับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ¹² ย่อมสร้างความไม่แน่นอนให้เกิดขึ้นกับผู้มีส่วนได้เสียหลายภาคส่วน ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการขนส่งสินค้า ผู้ส่งสินค้า หรือแม้แต่ผู้ให้บริการขนส่งหรือโลจิสติกส์ก็ตาม ประกอบกับข้อจำกัดความรับผิดชอบทางกฎหมายที่ต่างกัน ข้อกำหนดเอกสาร รวมทั้งกลไกการระงับข้อพิพาทข้ามพรมแดน ย่อมมีส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดความซับซ้อนในการปฏิบัติตามกฎหมาย นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ยังไม่ได้เป็นภาคีกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางรางประการที่สำคัญ สภาพการณ์ดังกล่าวยังนำไปสู่ปัญหา “ช่องว่างทางกฎหมาย” ที่เป็นอุปสรรคในการส่งเสริมการประกอบธุรกิจขนส่งสินค้าข้ามพรมแดน

ประการที่สอง การเชื่อมต่อระหว่างประเทศยังเป็นข้อจำกัดการบูรณาการของอาเซียนกับเครือข่ายขนส่งสินค้าทางรางระดับสากล ภายใต้โครงการขนส่งทางรางข้ามเอเชีย (The Trans-Asian Railway Network [TAR])¹³ และเส้นทางสัญจรทางรางสายสิงคโปร์ - Kunming (Singapore-Kunming Rail Link [SKRL])¹⁴ ซึ่งเป็นโครงการเชื่อมโยงภูมิภาคอาเซียนเข้ากับทวีปอื่น อย่างไรก็ตาม การขาดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าที่เข้ากันได้ดังกล่าว เป็นสาเหตุหลักที่ทำให้การเชื่อมต่อระบบการขนส่งสินค้าทางรางภายใต้ระบบกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางราง ไม่สามารถปรับเข้ากับระบบกฎหมายขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศให้เป็นไปอย่างราบรื่น ที่ถูกกำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM ภายใต้ความตกลง COTIF ขององค์การ OTIF หรือแม้แต่ความตกลง SMGS ขององค์การ OSJD

ประการที่สาม การขาดกลไกและระบบกฎหมายภายในของประเทศไทย เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในระบบกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางราง ที่ยังไม่มีหลักการทางกฎหมายเฉพาะสำหรับรองรับการขนส่งสินค้าทางรางทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าหลายรูปแบบก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวก็ยังไม่สามารถปรับใช้กับหลักกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางรางได้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

จากความท้าทายดังกล่าว นำไปสู่ “โอกาส” การพัฒนากฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง ซึ่งการวิจัยครั้งนี้ ยังนำไปสู่การเตรียมความพร้อมต่อการพัฒนารอบความร่วมมือด้านกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางรางร่วมกัน เพื่อส่งเสริมการพัฒนาระบบการขนส่งทางรางให้มีประสิทธิภาพและยั่งยืนในภูมิภาคอาเซียน

¹² กรมการขนส่งทางราง, รายงานฉบับสมบูรณ์ การศึกษาความเป็นไปได้ในการพัฒนาโครงข่ายรถไฟให้ครอบคลุมและเชื่อมโยงพื้นที่ทั่วประเทศและรองรับการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบได้อย่างไร้รอยต่อ (สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าเจ้าคุณทหารลาดกระบัง, มิถุนายน 2566) 2-51 - 2-68.

¹³ The Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), ‘Trans-Asian Railway Network’ <<https://www.unescap.org/our-work/transport/regional-land-transport/trans-asian-railway-network#>> accessed 7 November 2024 ; The Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), *The Intergovernmental Agreement on Trans-Asian Railway Network*, (21 November 2006), <<https://www.unescap.org/resources/intergovernmental-agreement-trans-asian-railway-network#>> accessed 7 November 2024.

¹⁴ The ASEAN Secretariat (n 8) 19.

บทความวิจัยฉบับนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอประเด็นการศึกษาโดยแบ่งออกเป็น 6 ประเด็นหลัก ดังนี้ **ประการแรก** หลักการตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ **ประการที่สอง** การพัฒนาแนวคิดและหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้านการขนส่งสินค้าทางรางภูมิภาคอาเซียน **ประการที่สาม** สภาพปัญหาและอุปสรรคในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย **ประการที่สี่** ข้อเสนอแนะสำหรับการพัฒนากฎหมายและกรอบความร่วมมือในภูมิภาคอาเซียน และ **ประการสุดท้าย** บทสรุปการศึกษาวิจัย

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาพัฒนาการและแนวคิด และเปรียบเทียบหลักกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศตามกฎหมายเอกรูป CIM และความตกลง SMGS และกรอบความร่วมมือการขนส่งทางรางในระดับสากลกับภูมิภาคอาเซียน
2. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายที่ส่งต่อการพัฒนาระบบขนส่งทางรางระหว่างประเทศในภูมิภาคอาเซียน และปัญหาการพัฒนากรอบกฎหมายขนส่งสินค้าทางรางของประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง
3. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนากฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางรางของประเทศไทย และกรอบแนวทางการพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อใช้ในการส่งเสริมการเชื่อมโยงระบบการขนส่งสินค้าทางรางในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน

3. วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการวิเคราะห์กรอบกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางรางตามกฎหมายเอกรูป CIM และความตกลง SMGS รวมถึงความตกลงอาเซียนที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นความตกลง AFAFGIT และความตกลง AFAGIST สืบค้นและรวบรวมเอกสารทางกฎหมายและนโยบาย ไม่ว่าจะเป็น ASEAN Master Plan และ Action Plan in Transport ศึกษาวิเคราะห์และการพัฒนาระบบการขนส่งสินค้าทางรางภายใต้กรอบ Trans-Asian Railway และ Singapore-Kunming Rail Link ทำการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ (Comparative Analysis) วิเคราะห์ข้อมูลเชิงบรรยายหรือพรรณนา (Descriptive) ด้วยการใช้วิธีการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) และใช้การวิเคราะห์เชิงคุณภาพในการสรุปผลการวิจัย และนำเสนอข้อเสนอแนะจากข้อมูลที่ได้จากการศึกษาจากเอกสาร

4. ข้อค้นพบในการศึกษาวิจัย

4.1 กรอบแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศเหนือรัฐ (Supranational Organization Theory) เป็นฐานการพิจารณาการใช้อำนาจองค์การระหว่างประเทศจากการเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศ

การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศด้านการขนส่งทางรางระหว่างประเทศจำเป็นต้องอยู่บนกรอบแนวคิดและทฤษฎีที่ว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดขององค์การเหนือรัฐ (supranational organization theory)

ซึ่งใช้เป็นฐานรองรับการใช้อำนาจขององค์การระหว่างประเทศ เพื่อให้องค์การสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิก และสร้างกลไกเชิงสถาบันระดับภูมิภาคเพื่อกำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมายร่วมกันภายในรัฐสมาชิก¹⁵ แนวคิดและทฤษฎีดังกล่าวถูกใช้ในการอธิบายพัฒนาการของสหภาพยุโรป ซึ่งมีระดับการบูรณาการทางกฎหมายสูง¹⁶ โดยเฉพาะการมีกรอบแนวคิดการพัฒนากฎหมายร่วมในหลายเรื่อง ซึ่งรวมถึงภาคการขนส่งด้วย

อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวกลับไม่ปรากฏให้เห็นภายใต้กรอบความร่วมมือระดับภูมิภาคของอาเซียนที่ยังคงมีรูปแบบความร่วมมือระหว่างรัฐ (intergovernmental cooperation) ที่ยึด “หลักฉันทามติ และการไม่แทรกแซงกิจการภายใน” ของรัฐสมาชิก¹⁷ กรอบแนวคิดดังกล่าวจึงเป็นฐานที่สำคัญที่ช่วยอธิบายถึงความแตกต่างของระดับการพัฒนากฎหมายขององค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค ที่มุ่งประสงค์พัฒนากรอบความร่วมมือภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยขนส่งสินค้าทางราง ภายใต้กฎเอกรูป CIM ตามความตกลง COTIF ของยุโรปและความตกลง SMGS ขององค์การ OSJD ของยูเรเชีย

4.2 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางรางระหว่างประเทศกำหนดหลักกฎหมายสัญญารับสินค้าทางรางไว้เป็นการเฉพาะ

สำหรับหัวข้อหลักกฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศภายใต้กฎเอกรูป CIM และบทบาทขององค์การระหว่างประเทศในภูมิภาคยุโรป มีประเด็นการศึกษา 2 ประการ ได้แก่ **ประการแรก** การศึกษาถึงบทบาทขององค์การระหว่างประเทศสำหรับการขนส่งทางรางระหว่างประเทศ และ **ประการที่สอง** หลักกฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศโดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.1 หลักการและองค์การระหว่างประเทศสำหรับการขนส่งระหว่างประเทศทางราง (OTIF) และหลักการตามกฎเอกรูปเกี่ยวกับสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ (CIM)

องค์การระหว่างประเทศสำหรับการขนส่งระหว่างประเทศทางราง (Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail [OTIF]) เป็นองค์การระหว่างรัฐบาลที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและบูรณาการกฎหมายและมาตรฐานการขนส่งทางรางระหว่างประเทศ องค์การ OTIF มีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างความเชื่อมโยงทางรางระหว่างทวีปยุโรป ทวีปเอเชีย และทวีปแอฟริกา¹⁸ โดยอนุสัญญาว่าด้วยการขนส่งระหว่างประเทศทางราง (Convention Concerning International Carriage by Rail [COTIF]) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีแนวคิดเพื่อเสริมสร้างความร่วมมือและการบูรณาการทาง

¹⁵ Ernst B Haas, ‘International Integration: The European and the Universal Process’ (1961) 15(3) *International Organization* 366, 369-373.

¹⁶ Alec Stone Sweet and Wayne Sandholtz, ‘European Integration and Supranational Governance’ (1997) 4(3) *Journal of European Public Policy* 297, 301, 303.

¹⁷ Amitav Acharya, ‘Ideas, Identity, and Institution-Building: From the “ASEAN Way” to the “Asia-Pacific Way”?’ (1997) 10(3) *The Pacific Review* 319, 328, 331.

¹⁸ Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail, ‘The Luxembourg Rail Protocol enters into force’ (OTIF News, 8 March 2024) <https://otif.org/fileadmin/new/5-Media/5A-News/2024/News_8.3.2024_EN.pdf> accessed 5 November 2024.

กฎหมายในระหว่างประเทศสมาชิก¹⁹ โดยเฉพาะการกำหนดมาตรฐานสากลในการขนส่งสินค้าทางรางข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดมาตรฐานทางเทคนิคในการขนส่งสินค้าทางรางและยานพาหนะ หรือแม้แต่การกำหนดขนาดของราง เป็นต้น โดยความตกลง COTIF ได้มีการกำหนดรายละเอียดทางปฏิบัติไว้ในภาคผนวก²⁰ ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “กฎเอกรูปรว่าด้วยการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง” (Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail [CIM]) ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการอำนวยความสะดวกการขนส่งข้ามพรมแดน เพื่อเสริมสร้างความเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจและการค้า²¹

เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักการในความตกลง COTIF และกฎเอกรูป CIM มีรัฐสมาชิกที่เป็นภาคีจำนวน 51 รัฐ และมีเพียง “สหภาพยุโรป” เป็นภาคีสมาชิกในนามของ “องค์การบูรณาการทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค” (Regional Economic Integration Organisation [REIO])²² ทั้งนี้ การเข้าเป็นภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรปเป็นรูปแบบและต้นแบบที่สำคัญ ในการพิจารณาเข้าเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงฉบับนี้ในนามขององค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคอื่น

กฎเอกรูป CIM ใช้บังคับกับการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ที่มีการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศภายใต้ใบตราส่ง (consignment note) โดยกฎเอกรูป CIM ได้กำหนดรูปแบบและข้อกำหนดในการจัดทำใบตราส่งที่มีรูปแบบเฉพาะไว้ ในฐานะที่เป็นเอกสารสำคัญที่ใช้กำกับในการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ เพื่อให้การขนส่งสินค้าข้ามพรมแดนเป็นไปอย่างสะดวกราบรื่น ทั้งนี้ กฎเอกรูป CIM ได้วางหลักการและข้อกำหนดในการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง การบริหารจัดการกับสินค้าที่ขนส่งทางรางไว้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเรื่องความรับผิดชอบของผู้ขนส่งและผู้ส่งสินค้า²³ กำหนดถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบทั้งของผู้ขนส่ง ผู้ส่งสินค้าและผู้รับตราส่งให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อใช้เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการลดข้อพิพาททางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นจากการให้บริการขนส่งทางรางในระหว่างประเทศสมาชิก²⁴ รวมถึงการพัฒนามาตรฐานด้านความปลอดภัยและความยั่งยืนในการขนส่งทางราง เพื่อให้การขนส่งเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมและปลอดภัย²⁵

4.2.2 หลักการและองค์การ OSJD สำหรับความร่วมมือในการขนส่งและหลักการตามความตกลงว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ (SMGS)

องค์การความร่วมมือระหว่างการผลิตไฟฟ้าหรือองค์การ OSJD เป็นองค์การระหว่างรัฐบาลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ในภูมิภาคยุโรปและเอเชีย โดยเฉพาะในกลุ่ม

¹⁹ Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail, ‘About OTIF’ (2024) <https://otif.org/en/?page_id=15> accessed 5 November 2024.

²⁰ CIT-Rail.org, ‘COTIF’ (2024) <<https://cit-rail.org/en/rail-transport-law/cotif/>> accessed 15 November 2024.

²¹ Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail, ‘Mission’ (2024) <https://otif.org/en/?page_id=3> accessed 5 November 2024.

²² OTIF, ‘OTIF Membership and Application of Appendices to COTIF’ (1st September 2024) <https://otif.org/fileadmin/images/pictures/Table1P_EN.pdf> accessed 5 November 2024.

²³ Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail (CIM - Appendix B to the Convention), Title III Liability, Article 23 - Article 41.

²⁴ Marko Pavliha, *Transport Law on Passenger Rights* (1st edn, Routledge 2021) 123.

²⁵ Council of Europe, ‘Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF)’ (Council of Europe, 8 December 2017) <<https://www.coe.int/en/web/tribunal/otif>> accessed 7 November 2024.

ประเทศที่ไม่ได้เป็นรัฐสมาชิกของความตกลง COTIF โดยองค์การ OSJD มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและบูรณาการกฎหมายและมาตรฐานการขนส่งทางรางระหว่างประเทศ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความปลอดภัยในการขนส่งทางรางระหว่างรัฐสมาชิก²⁶ ซึ่งองค์การ OSJD กำหนดหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับการขนส่งสินค้าทางรางที่สำคัญ คือ ความตกลง SMGS (Agreement on International Goods Transport by Rail) ความตกลงระหว่างประเทศนี้มุ่งเน้นการกำหนดมาตรฐานการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศเพื่อใช้ร่วมกัน โดยมีเป้าหมายร่วมกันหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อให้รัฐสมาชิกใช้มาตรฐานเดียวกันเพื่อลดอุปสรรคในการดำเนินการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างกัน เพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพในการขนส่งสินค้าทางรางเพื่อเสริมสร้างความเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศระหว่างรัฐสมาชิกขององค์การ OSJD²⁷ เพื่อใช้กำหนดมาตรฐานทางกฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าและมาตรฐานการให้บริการร่วมกันในการให้บริการขนส่งทางรางระหว่างประเทศที่สอดคล้องกัน²⁸ เพื่อให้การขนส่งเป็นไปอย่างราบรื่นและมีประสิทธิภาพ²⁹ หรือแม้แต่การบูรณาการมาตรการและกลไกทางกฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง

นอกจากนี้ ความตกลง SMGS ยังได้กำหนดมาตรฐานสำหรับการทำสัญญาขนส่งสินค้าทางรางซึ่งครอบคลุมในหลายเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นการใช้ใบตราส่ง SMGS (SMGS Consignment Note) ซึ่งเป็นเอกสารสำคัญในการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ³⁰ การกำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาข้อกำหนดเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าอันตราย การจัดเก็บสินค้า รวมทั้งการเรียกร้องค่าเสียหายจากความเสียหายที่เกิดกับสินค้า ความตกลง SMGS ได้สร้างกรอบมาตรฐานทางกฎหมายให้เป็นระบบเดียวกันระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกขององค์การ OSJD ซึ่งช่วยให้การขนส่งสินค้าโดยทางรางเป็นไปอย่างราบรื่น มีประสิทธิภาพและมีความปลอดภัย³¹

²⁶ Organisation for Co-operation between Railways, 'Report on the Activities of the Organisation for Co-operation between Railways for 2017' (OSJD, 2018)

<<https://www.osjd.org/api/media/resources/c/51/121/1539>> accessed 7 November 2024.

²⁷ Matthew, 'KORAIL Takes First Step on Eurasian Continental Railroad' (Business Korea, 24 March 2014)

<<https://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=3784>> accessed 7 November 2024.

²⁸ Super International Shipping, 'Understanding SMGS Consignment Note in Rail Freight Transportation' (Super International Shipping, 2024) <<https://super-internationalshipping.com/understanding-smgs-consignment-note-rail-freight-transportation/>> accessed 7 November 2024.

²⁹ International Rail Transport Committee (CIT), *CIM/SMGS Consignment Note Manual* (GLV-CIM/SMGS) (Edition 27th January 2022) <https://cit-rail.org/media/files/glv_cim-smgs_en_2022-01-27_app1.pdf?cid=277311> accessed 7 November 2024.

³⁰ สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงบรัสเซลส์, 'พิธีการศุลกากรผ่านแดนรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์' (2567) 9(5) CPMU News – Customs Policy Monitoring Unit 1, 4-5.

³¹ Miroslav N. Jovanovic, Jelena Damjanovic and Jovan Njagic, *Euro-Asian overland transport links: prospects and challenges*. in David Glass and Chris Cashmore (eds), *Handbook of International Trade and Transport Law* (2nd edn, Informa Law 2012). 617.

4.2.3 ข้อสังเกตบางประการจากความแตกต่างในเชิงหลักการระหว่างกฎเอกรูป CIM กับ ความตกลง SMGS

การพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในประเด็นข้อกฎหมายของ “กฎเอกรูป CIM” ภายใต้ความตกลง COTIF และ “ความตกลง SMGS” ภายใต้กรอบองค์การ OSJD ผู้เขียนมีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเหมาะสมและความแตกต่างในเชิงหลักการระหว่างกฎเอกรูป CIM กับความตกลง SMGS ดังนี้

ประการแรก ประเด็นเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายของความตกลง จากการศึกษาพบว่า กฎเอกรูป CIM ตามมาตรา 1 วรรคหนึ่งและวรรคสอง มีลักษณะ “จำกัดการบังคับใช้” เฉพาะกรณีที่สถานีต้นทางและปลายทางตั้งอยู่ในรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และการขนส่งต้องมีการกำหนดเรื่องการได้รับค่าตอบแทน และยังใช้บังคับเฉพาะกับผู้ให้บริการในรัฐภาคีของความตกลง COTIF เท่านั้น ในขณะที่ความตกลง SMGS กลับมีลักษณะการบังคับใช้ที่ “ยืดหยุ่นกว่า” โดยมาตรา 3 วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม รองรับทั้งการขนส่งภายในประเทศของรัฐภาคีและการขนส่งแบบผสมระหว่างทางร่วมกับการขนส่งทางน้ำ (Ferry) อีกทั้งยังสามารถดำเนินการร่วมกับระบบกฎหมายภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศอื่นที่รัฐภาคีหนึ่งภาคีใดเป็นสมาชิกกับความตกลงระหว่างประเทศอื่นนั้นด้วย

ประการที่สอง ประเด็นเรื่องกลไกความรับผิดชอบและข้อจำกัดความรับผิด จากการศึกษาพบว่า กฎเอกรูป CIM ได้วางหลักการไว้ชัดเจนในมาตรา 23 ถึงมาตรา 41 โดยมีข้อจำกัดความรับผิดที่กำหนดเป็นเพดานสูงสุด (Liability Cap) ไว้ในกรณีที่มีการแถลงมูลค่าสินค้าไว้ในมาตรา 34 ประกอบกับวางหลักการเรื่อง “การสูญเสียสิทธิในการจำกัดความรับผิด” ไว้ ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 36 ในขณะที่ความตกลง SMGS หาริได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องการสูญเสียสิทธิในการจำกัดความรับผิดไว้ชัดเจนแต่อย่างใดไม่ ประกอบกับหลักการเรื่องการจำกัดความรับผิดกำหนดให้มีการใช้สูตร “อัตราส่วน” จากการขนส่งคิดจากระยะทาง น้ำหนัก ค่าระวางเป็นฐานสำคัญในการคิดคำนวณค่าเสียหายเป็นหลักตามมาตรา 39

ประการที่สาม ประเด็นเรื่องสิทธิในการไล่เบี้ย (Right of Recourse) จากการศึกษาพบว่า กฎเอกรูป CIM มาตรา 50 และมาตรา 52 ได้กำหนดรายละเอียดเรื่องสิทธิไล่เบี้ยไว้ครบถ้วน ทั้งในส่วนของเกณฑ์การเรียกร้อง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ขนส่งหลายรายและเขตอำนาจศาล ในขณะที่ความตกลง SMGS มาตรา 36 แม้จะได้กำหนดสิทธิในเรื่องการไล่เบี้ยไว้เช่นกันก็ตาม แต่กำหนดให้มีการใช้สูตรคิดคำนวณค่าสินไหมทดแทนแบบ “อัตราส่วนตามระยะทาง” (Tariff Kilometers) และกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องไว้เพียง 75 วัน

ประการที่สี่ ประเด็นเรื่องบทบัญญัติเรื่องข้อบังคับเด็ดขาด จากการศึกษาพบว่า กฎเอกรูป CIM มาตรา 5 กำหนดให้ข้อตกลงใดที่ทำสัญญาขัดกับหลักการที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูปฉบับนี้ตกเป็นโมฆะ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่กฎเอกรูปได้อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ไว้เป็นการเฉพาะ ในขณะที่ความตกลง SMGS มาตรา 6 กำหนดแนวทางที่ใกล้เคียงกัน โดยถือว่าข้อตกลงข้อใดก็ตามที่ขัดกับความตกลงย่อมตกเป็นโมฆะ เว้นแต่จะมีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง

ประการที่ห้า ประเด็นเรื่องการขนส่งสินค้าอันตราย (Dangerous Goods) จากการศึกษาพบว่า กฎเอกรูป CIM มาตรา 9 อ้างอิงถึง “กฎระเบียบว่าด้วยการขนส่งสินค้าอันตรายทางรางระหว่างประเทศ”

หรือ RID³² กำหนดให้ผู้ขนส่งมีสิทธิในการทำลายหรือกักเก็บสินค้าอันตรายได้ ในกรณีที่ผู้ส่งสินค้าที่ไม่ได้แจ้งรายละเอียดไว้ล่วงหน้า โดยผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบในเหตุดังกล่าวแต่อย่างใด ในขณะที่ความตกลง SMGS มาตรา 9 วรรคหนึ่งและวรรคสอง อ้างอิงถึงกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในความตกลง SMGS และ “ประมวลกฎหมายสินค้าอันตรายทางทะเลระหว่างประเทศ” หรือ IMDG Code³³ ในกรณีที่เชื่อมโยงกับการขนส่งสินค้าทางทะเล³⁴

ผู้เขียนเห็นว่า ความตกลง SMGS มีความเหมาะสมในเชิงยุทธศาสตร์ระยะสั้นและระดับภูมิภาค โดยเฉพาะในบริบทของความร่วมมือในกลุ่มประเทศกัมพูชา ลาว เมียนมาและเวียดนาม หรือกลุ่มประเทศ CLMV รวมทั้งประเทศจีนตอนใต้ ในขณะที่กฎเอกรูป CIM มีความเหมาะสมในระยะยาว ในแง่ของการยกระดับกฎหมายภายในของไทยให้เทียบเท่ากฎหมายที่ใช้บังคับในทวีปยุโรปเพื่อเป็นฐานรองรับการเปิดเสรีการค้าทางรางในกรอบความตกลงการค้าเสรีเอเชียแปซิฟิกและโครงการเส้นทางสายไหม

5. บทบาทและความจำเป็นในการพัฒนากรอบความร่วมมือภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางในภูมิภาคอาเซียน: ความร่วมมือโดยปราศจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางรางกำหนด

จากการศึกษาพบว่า การสร้างความร่วมมือเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าข้ามแดนระหว่างประเทศ เชื่อมโยงกับทวีปเอเชียเป็นกรอบความร่วมมือที่ดำเนินการโดยปราศจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ กล่าวคือ ประชาคมอาเซียนกำลังพัฒนาแนวคิดและระบบการขนส่งทางรางข้ามพรมแดนเชื่อมโยงภูมิภาคยุโรปเข้ากับภูมิภาคเอเชียและภูมิภาคอาเซียน โดยมีแนวคิดการพัฒนาและการบูรณาการเข้ากับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS³⁵ รวมทั้งพัฒนาโครงข่ายความร่วมมือผ่านโครงการการขนส่งสินค้าทางรางข้ามแดนสิงคโปร์ - คุนหมิง

³² Regulation concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Rail (RID) เป็นภาคผนวกของความตกลง COTIF ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการขนส่งสินค้าอันตรายทางรางระหว่างประเทศ ทั้งนี้ รัฐสมาชิกทั้งหมดที่เป็นภาคีของความตกลง COTIF ต้องผูกพันกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศทางราง (CIM) และกฎระเบียบเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าอันตรายทางรางระหว่างประเทศ (RID).

³³ International Maritime Dangerous Goods Code (IMDG Code) เป็นประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับการขนส่งสินค้าอันตรายทางทะเลในรูปแบบบรรจุภัณฑ์ หลักการดังกล่าวเป็นไปเพื่อการขนส่งสินค้าอันตรายอย่างปลอดภัย IMDG Code ได้รับการรับรองในปี 1965 ตามอนุสัญญา SOLAS (International Convention For Safety Of Life at Sea) ภายใต้องค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Organization [IMO]) และยังรวมถึงบทบัญญัติบางส่วนของ “อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ” (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships [MARPOL]) ดังนั้น หากการขนส่งสินค้าดังกล่าวจัดว่าเป็นสินค้าอันตราย และเป็นการจัดส่งสินค้าทางทะเล ผู้ส่งสินค้ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติใน IMDG Code.

³⁴ Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), *Dangerous Goods Handling (All modes)*, The Training Material on Project Sustainable Human Resource Development in Logistic Services for ASEAN Member States with the support from Japan-ASEAN Integration Fund (JAIF) (Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), 2014), < https://www.asean.org/wp-content/uploads/images/2015/september/transport-facilitation/batch-3/Dangerous-Goods-Handling-All-modes/Chapter%204-1_ASEAN%20disclaimer.pdf > accessed 7 November 2024.

³⁵ ASEAN, *International Rail Transport Part I*, Development of the Common Standard Curricula on International Transport and Logistics Basic Training for ASEAN Member States under Sustainable Human

ซึ่งเป็นโครงการที่ริเริ่มโดยประเทศจีน ทั้งนี้ โครงการดังกล่าวมุ่งเน้นการสร้างเครือข่ายการขนส่งสินค้าทางรางข้ามทวีปเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และประเทศจีน³⁶ ซึ่งเปิดโอกาสทางการค้าและการลงทุนในภูมิภาค³⁷ เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการขนส่งสินค้าที่มาจากผลกระทบระยะเวลาในการขนส่งสินค้าระหว่างกัน³⁸ ซึ่งส่งผลเชิงบวกที่มาจากผลกระทบในการขนส่งสินค้าระหว่างกันได้มากกว่า หากเปรียบเทียบกับ การขนส่งสินค้าผ่านทางถนนและทางอากาศ³⁹

สำหรับเส้นทางหลักของโครงการการขนส่งทางรางข้ามแดนสิงคโปร์ - คุณหมิงประกอบด้วยเส้นทางสายหลัก 3 เส้นทาง จากเมืองคุณหมิงประเทศจีนเชื่อมเส้นทางผ่านประเทศลาวมุ่งตรงมายังจังหวัดกรุงเทพฯ ของประเทศไทย ในขณะที่เส้นทางสายตะวันออกผ่านประเทศเวียดนามและประเทศกัมพูชา และยังมีเส้นทางตะวันตกผ่านจากประเทศลาวไปประเทศเมียนมา⁴⁰ โดยเส้นทางต่าง ๆ เหล่านี้เชื่อมต่อกับประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียผ่านเส้นทางของประเทศไทย ทั้งนี้ เส้นทางพัฒนาระบบการขนส่งทางรางข้ามแดนสิงคโปร์ - คุณหมิง สามารถใช้เป็นเส้นทางขนส่งสินค้าเพื่อการส่งเสริมและการพัฒนาระบบเศรษฐกิจร่วมกันภายในภูมิภาคเข้ากับประเทศไทยได้⁴¹ การเชื่อมโยงระบบการขนส่งทางรางดังกล่าวมีส่วนในการช่วยลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการขนส่งให้ลดลงซึ่งสามารถสร้างศักยภาพในเชิงการแข่งขันของประเทศไทยได้เป็นอย่างดี⁴²

เป็นที่น่าสังเกตว่า ความตกลงระหว่างประเทศในกรอบภูมิภาคอาเซียนไม่ได้กำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางไว้เป็นการเฉพาะ จะเห็นได้ว่าการพัฒนารอบกฎหมายการขนส่งทางรางระหว่างประเทศในภูมิภาคอาเซียนยังคงเผชิญกับความท้าทายที่สำคัญในการสร้างระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพและมีประสิทธิภาพ การขาดแคลนกรอบกฎหมายเฉพาะสำหรับการขนส่งสินค้าทางราง

Resource Development in Logistics Services, (n.p: nd.) 21-38. <https://asean.org/wp-content/uploads/2023/02/FN_International-RailTransport-Part-1.pdf> accessed 7 November 2024.

³⁶ Railway Technology, 'Singapore-Kunming Rail Link (SKRL)' (18 December 2019) <<https://www.railway-technology.com/projects/singapore-kunming-rail-link-skrl/>> accessed 13 November 2024.

³⁷ Beny Irzanto, 'Development of Implementation Framework for Seamless Operation on Singapore-Kunming Rail Link Network' (ESCAP Webinar, Smart Road and Rail Solutions for Transport Connectivity in the COVID-19 Context, 1 December 2020, Video Conference) <https://www.unescap.org/sites/default/files/Smart_Rail_SKRL.pdf> accessed 13 November 2024.

³⁸ Runckel & Associates, 'The Singapore-Kunming Rail Link (SKRL)' <https://www.business-in-asia.com/asia/SKRL_railway.html> accessed 13 November 2024.

³⁹ Railway Technology (n 37)

⁴⁰ Milko Papazoff, 'ASEAN Railway Connectivity: Current Status and Major Issues' Joint ESCAP-UIC Seminar on Facilitation and Costing of Railway Services Along the Trans-Asian Railway, *International Union of Railways*, 11 December 2015, 4-5, <<https://www.unescap.org/sites/default/files/5.%20ASEAN%20railway%20connectivity%20current%20status%20and%20major%20issues.pdf>> accessed 13 November 2024.

⁴¹ Suthiphand Chirathivat and Kornkarun Cheewatrakoolpong, *Thailand's Economic Integration with Neighboring Countries and Possible Connectivity with South Asia* (ADB Working Paper Series No. 520, Asian Development Bank Institute, April 2015), 25-28. <<https://www.adb.org/sites/default/files/publication/159839/adb-wp520.pdf>> accessed 11 November 2024.

⁴² The Asian Development Bank, *THAILAND: Supporting Railway Sector Reform Final Report*, ADB Consultant's Report TA 8078-THA (March 2013), 1-2.

ระหว่างประเทศดังกล่าวแสดงให้เห็นถึง “ช่องว่างทางกฎหมาย” ที่สำคัญต่อการพัฒนากรอบความร่วมมือในภูมิภาคอาเซียนอย่างยั่งยืนไม่ได้

ทั้งนี้ การขาดหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางที่ใช้บังคับในภูมิภาคอาเซียนเช่นว่านี้ นำไปสู่ปัญหาข้อขัดข้องในการพัฒนา 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาความไม่สมดุลในการให้ความสำคัญกับรูปแบบการขนส่งสินค้าทางรางในภูมิภาคอาเซียน กล่าวคือ แผนการพัฒนา “การขนส่งทางรางอาเซียน” ถูกจัดเป็นแต่เพียง “ส่วนย่อย” ของระบบการขนส่งทางบก ประกอบกับการไม่มี “แผนการพัฒนา” ที่ชัดเจนแยกเช่นระบบการขนส่งทางถนนทางอากาศหรือทางทะเล ประกอบกับ Protocol 6 ของความตกลง AFAFGIT ซึ่งถูกออกแบบมาสำหรับการขนส่งสินค้าทั่วไป แต่ไม่ได้ถูกออกแบบเพื่อใช้รองรับต่อการบริหารจัดการกับความซับซ้อนที่มีความเฉพาะด้านการให้บริการและการทำสัญญาขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศในหลากหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของผู้ขนส่งทางราง มาตรฐานความปลอดภัยเฉพาะทางราง หรือแม้แต่วิธีการขนส่งที่ใช้กับการขนส่งสินค้าทางราง

อย่างไรก็ตาม Protocol 6 ของความตกลง AFAFGIT เองก็ยังไม่ส่งผลใช้บังคับกับรัฐสมาชิก ด้วยเหตุที่ความตกลงในส่วนนี้ยังไม่มีทำให้สัตยาบันครบทุกรัฐสมาชิกของ ASEAN โดยเฉพาะประเทศบรูไนและประเทศอินโดนีเซีย⁴³ กรณีดังกล่าวส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อการขาดวิสัยทัศน์เชิงกลยุทธ์ในการพัฒนาระบบการขนส่งทางรางให้เป็นระบบการขนส่งหลักที่ใช้ภายในภูมิภาคอาเซียน

ประการที่สอง วิธีอาเซียนเป็นช่องว่างในการขาดความเป็นเอกภาพด้านกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในภูมิภาคอาเซียนในรูปแบบของความตกลงระหว่างประเทศแยกเช่นที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM ขององค์การ OTIF หรือแม้แต่ในประเด็นความไม่มีนิติฐานะแยกเช่น “สหภาพยุโรป” ซึ่งเป็นองค์การบูรณาการความร่วมมือทางเศรษฐกิจที่สามารถเข้าเป็นภาคีสมาชิกของความตกลง COTIF จะเห็นได้ว่าประเด็นดังกล่าว ส่งผลให้การขนส่งสินค้าทางรางข้ามพรมแดนในประชาคมอาเซียนยังคงต้องเผชิญกับปัญหาความแตกต่างของระบบกฎหมายภายในประเทศของแต่ละรัฐสมาชิก

ประการที่สาม ข้อจำกัดในการบังคับใช้และกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน โดยเฉพาะตาม มาตรา 19 ของความตกลง AFAFGIT ซึ่งกำหนดให้การระงับข้อพิพาทจะต้องดำเนินการผ่าน “การปรึกษาหารือและการเจรจาอย่างเป็นมิตร” (amicable consultation or negotiation) ซึ่งเป็นเพียงกรอบความร่วมมือที่ไม่มีองค์กรเหนือรัฐ และไม่มีอำนาจบังคับใช้กับรัฐสมาชิกโดยตรง โดยเฉพาะ ประเด็นการขาดกลไกการระงับข้อพิพาทเฉพาะเรื่องที่สามารถใช้บังคับกับการขนส่งทางราง ประเด็นดังกล่าว ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในเชิงหลักการและทางปฏิบัติเมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างผู้ให้บริการขนส่งสินค้าทางรางข้ามพรมแดน ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของความตกลง COTIF ที่มีสภาพบังคับกับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างรัฐสมาชิก

อาจกล่าวได้ว่า อาเซียนยังอยู่ในระยะเริ่มต้นของการพัฒนากรอบกฎหมายการขนส่งสินค้าทางราง แม้อาเซียนจะมีหลักการที่กำหนดไว้ในความตกลง AFAFGIT ก็ตาม แต่ยังไม่เพียงพอต่อการสร้างระบบ

⁴³ ASEAN, ‘ASEAN Transport Instruments and Status of Ratification (as of May 2018)’

<https://asean.org/wp-content/uploads/2017/05/Ratification-status-Transport-Agreement-as-of-Aug2018_T.pdf> accessed 11 November 2024.

การขนส่งสินค้าทางรางที่มีประสิทธิภาพและศักยภาพ ในเชิงการแข่งขันในระดับสากล การขาดกรอบกฎหมาย เฉพาะสำหรับการขนส่งทางรางดังกล่าว ไม่เพียงแต่สร้างอุปสรรคต่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานทางราง เท่านั้น แต่ยังจำกัดความสามารถในการแข่งขันของภูมิภาคอาเซียนในมิติของการค้าระหว่างประเทศ

6. หลักกฎหมายรับขนส่งสินค้าในรูปแบบที่แตกต่างกันกับความไม่ครอบคลุมของระบบกฎหมายสัญญา รับขนส่งสินค้าทางรางของประเทศไทย

การศึกษากระบวนการกฎหมายการขนส่งของประเทศไทยเผยให้เห็นความไม่ครอบคลุมกับการใช้มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการกำกับดูแลรูปแบบการขนส่งสินค้า ที่มีความแตกต่างกัน แม้ว่าประเทศไทยจะมีกรอบกฎหมายที่ครอบคลุมการขนส่งสินค้าที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งสินค้าทางทะเล ทางอากาศ ทางบกหรือแม้แต่การขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบก็ตาม แต่การขาดแคลนกรอบกฎหมายเฉพาะสำหรับการขนส่งสินค้าทางรางที่จำต้องให้ความสำคัญกับการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยดังกล่าว ย่อมนำไปสู่สภาพ “ปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย” ที่สำคัญซึ่งส่งผลกระทบต่อการพัฒนาระบบโครงสร้างพื้นฐานทางรางที่รองรับต่อการส่งเสริมเศรษฐกิจจากการค้าระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

การศึกษายังได้แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยได้มีการพัฒนากรอบกฎหมายการขนส่งสินค้าไว้อย่างครอบคลุมในหลากหลายรูปแบบ กล่าวคือ การขนส่งสินค้าทางทะเลได้รับการกำกับภายใต้พระราชบัญญัติการรับขนส่งของทางทะเล พ.ศ. 2534 ซึ่งสอดคล้องกับมาตรฐานสากลตั้งแต่ Hague Rules (1924) จนถึง Rotterdam Rules (2008) ในขณะที่การขนส่งทางอากาศมีพระราชบัญญัติการรับขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 ที่สะท้อนหลักการของ Montreal Convention (1999) ในขณะที่การขนส่งทางบกและการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบมีกฎหมายเฉพาะที่ชัดเจน

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟ พ.ศ. 2464 ในส่วนที่ 4 ว่าด้วย “การบรรทุกสิ่งของ” ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งสินค้าหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งมาตรา 50 ถึง มาตรา 51 ความรับผิดชอบของกรมรถไฟ มาตรา 53 การจำกัดความรับผิดมาตรา 54 การชดเชยราคามาตรา 56 และมาตรา 57 การยึดสินค้า การขายทอดตลาดมาตรา 66 ค่าระวางสินค้ามาตรา 67 การเรียกร้องคืนค่าระวางบรรทุกมาตรา 68 ก็ตาม

กระนั้นก็ดี หลักการตามกฎหมายฉบับนี้ยังไม่มีหลักกฎหมายสากลหลายเรื่องที่ครบถ้วนสมบูรณ์ตามหลักกฎหมายสากล ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล อายุความการฟ้องคดี หรือแม้แต่เรื่องสิทธิไต่เบี่ยของผู้ขนส่งหลายราย ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS ประกอบกับการปรับใช้หลักกฎหมายขนส่งสินค้าดังกล่าวก็ยังไม่สามารถปรับใช้กับหลักกฎหมายการขนส่งสินค้าในรูปแบบอื่นได้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งแต่อย่างใด

ทั้งนี้ จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายในระบบกฎหมายการขนส่งสินค้าในรูปแบบต่าง ๆ ผู้เขียนมีข้อสังเกตปัญหากฎหมายไทย 4 ประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก ประเด็นปัญหาเรื่องการไม่ให้ความสำคัญกับรูปแบบการขนส่งสินค้าทางราง กล่าวคือ ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะสำหรับการขนส่งสินค้าในแบบสากลในเกือบทุกรูปแบบ เว้นแต่การขนส่งสินค้าทางรางจะเห็นได้ว่าปัญหาการที่ประเทศไทยมีแต่เพียงร่างกฎหมายซึ่งยังไม่มีผลบังคับใช้ กล่าวคือ ประเทศไทยมีแต่เพียงร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. ซึ่งยังไม่มีผลใช้บังคับ สภาวการณ์ทางกฎหมาย

ดังกล่าวนี้ สร้างความไม่แน่นอนในเชิงหลักการทางกฎหมายที่สำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายการขนส่งรูปแบบอื่นที่มีการพัฒนาและปรับปรุงอย่างต่อเนื่อง

เป็นที่น่าสังเกตว่า การวิเคราะห์ข้อจำกัดในร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. ยังไม่มีความชัดเจนในรายละเอียดเชิงเทคนิค แม้ร่างกฎหมายดังกล่าวจะมีหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่ครอบคลุมหลายประการ แต่ยังคงขาดรายละเอียดทางเทคนิคที่สำคัญที่ใช้รองรับต่อการทำสัญญาขนส่งสินค้าทางรางในหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดมาตรฐานเทคนิคเฉพาะ การจัดการกับการขนส่งข้ามพรมแดน หรือแม้แต่การประสานงานกับระบบการขนส่งอื่น เป็นต้น

ประการที่สอง ประเด็นปัญหาเรื่องการศึกษาเปรียบเทียบหลักการทางกฎหมายที่มีความแตกต่างกันจากรูปแบบการขนส่งสินค้า แม้หลักกฎหมายดังกล่าวจะมีความสอดคล้องและคล้ายคลึงกันในเชิง “หลักการพื้นฐาน” ตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการกำหนดสิทธิของผู้ขนส่งสินค้าในการเรียกเก็บค่าขนส่งสินค้า หน้าที่ในการจัดส่งสินค้าอย่างปลอดภัย ความรับผิดชอบต่อความเสียหาย สูญหาย การส่งมอบล่าช้า หรือแม้แต่การกำหนดอายุความในการฟ้องคดีก็ตาม อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างที่สำคัญกลับปรากฏให้เห็นในรายละเอียดเรื่องอายุความในประเด็นการกำหนดระยะเวลาการใช้สิทธิเรียกร้อง ไม่ว่าจะเป็นกรณีการขนส่งทางอากาศมีอายุความ 2 ปี⁴⁴ ส่วนการขนส่งรูปแบบอื่นกำหนดอายุความไว้ 1 ปี⁴⁵ หรือแม้แต่อายุความไม่เกิน 9 เดือน⁴⁶ ในขณะที่อายุความในการขนส่งสินค้าทางรางหาได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการขนส่งทางรางไว้แต่อย่างใดไม่

ประการที่สาม ประเด็นปัญหาเรื่องมาตรฐานระหว่างประเทศเฉพาะทางราง จากการศึกษาเผยให้เห็นว่า การขนส่งสินค้าทางทะเล ทางอากาศ และทางถนนล้วนมีความตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นการตามที่กำหนดไว้ใน Hague-Visby Rules⁴⁷ Montreal Convention⁴⁸ และ CMR⁴⁹ ตามลำดับ ในขณะที่การขนส่งทางรางกลับมีความซับซ้อนจากการมีอยู่ของระบบกฎหมาย 2 ระบบ กล่าวคือ กฎเอกรูป CIM ของความตกลง COTIF และความตกลง SMGS ขององค์การ OSJD ที่ใช้บังคับครอบคลุมในภูมิภาคที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นความท้าทายในการเลือกเข้าเป็นภาคีตามกรอบกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากต้องพิจารณาทั้งความเหมาะสมทางภูมิศาสตร์ และความซับซ้อนของกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับการอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน

ประการที่สี่ ประเด็นปัญหาเรื่องขาดการบูรณาการกับระบบกฎหมายการขนส่งต่อเนื่องร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. ไม่ได้กำหนดรายละเอียดการเชื่อมต่อกับพระราชบัญญัติว่าด้วย

⁴⁴ พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, มาตรา 55.

⁴⁵ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534, มาตรา 46; พระราชบัญญัติการรับขนของทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ. 2556, มาตรา 42.

⁴⁶ พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548, มาตรา 38.

⁴⁷ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading 1924 (as amended by the Visby Protocol 1968).

⁴⁸ Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

⁴⁹ Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road.

การขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548 ไว้อย่างชัดเจน ส่งผลให้เกิดความซ้ำซ้อนหรือช่องว่าง ในการกำกับดูแลการขนส่งหลายรูปแบบที่มีการขนส่งทางรางเป็นส่วนหนึ่งของระบบการขนส่งดังกล่าวให้เกิดขึ้น

อาจกล่าวได้ว่า การวิเคราะห์เปรียบเทียบกรอบกฎหมายการขนส่งสินค้าของประเทศไทยเผยให้เห็นความไม่เพียงพอในการกำกับดูแลระบบการขนส่งทางราง แม้ว่าประเทศไทยจะมีกรอบกฎหมายที่ครอบคลุมและทันสมัยสำหรับการขนส่งสินค้าในรูปแบบอื่น ๆ แต่การขาดกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางรางที่มีผลใช้บังคับได้นั้น ย่อมเป็น “ช่องว่างทางกฎหมาย” ที่ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้ไม่เพียงแต่สะท้อนความล่าช้าในการให้ความสำคัญกับการขนส่งทางราง แต่ยังแสดงถึงความท้าทายในการออกแบบกฎหมายที่ต้องคำนึงถึงทั้งลักษณะเฉพาะของการขนส่งทางรางและความจำเป็นในการประสานงานกับมาตรฐานสากล

7. การอภิปรายผลการศึกษาวิจัย

ผู้เขียนใช้การวิเคราะห์สภาพปัญหา ผลกระทบและการประเมินความเป็นไปได้ในการพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ โดยการจัดกลุ่มการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายหลัก ๆ โดยแยกประเด็นออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้ **ประการแรก** การวิเคราะห์บริบทและฐานปัญหาของกฎหมายภายในของประเทศไทย **ประการที่สอง** วิเคราะห์หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศในระดับสากลและระดับภูมิภาคอาเซียน **ประการที่สาม** วิเคราะห์และประเมินความสอดคล้องและความเป็นไปได้ต่อการพัฒนาระบบกฎหมายภายในและแนวทางการพัฒนาความร่วมมือในประชาคมอาเซียนที่ว่าด้วยกฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศโดยมีรายละเอียด ดังนี้

7.1 ปัญหาการขาดหลักกฎหมายเฉพาะที่ปรับใช้กับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง และความจำเป็นของประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า การวิเคราะห์บริบทและฐานปัญหาของกฎหมายภายในของไทยมีประเด็นการวิเคราะห์ปัญหาแบ่งออกเป็น 2 ประเด็น ได้แก่ **ประการแรก** การวิเคราะห์ปัญหาการขาดหลักกฎหมายเฉพาะที่ปรับใช้กับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง และ **ประการที่สอง** การวิเคราะห์ความจำเป็นของประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

7.1.1 วิเคราะห์ปัญหาการขาดหลักกฎหมายเฉพาะที่ปรับใช้กับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยยังขาดหลักเกณฑ์และข้อกำหนดการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางในฐานะที่เป็นหลัก “กฎหมายเฉพาะ” (*lex specialis or sui generis law*) โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความเป็นระบบกฎหมายและมีลักษณะเฉพาะสูงตามที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM ภายใต้ความตกลง COTIF และความตกลง SMGS ภายใต้โครงการ OSJD ซึ่งต่างกำหนดโครงสร้าง กลไกและระบบกฎหมายเฉพาะที่รองรับกับการรับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศไว้อย่างเป็นระบบ

จากการศึกษาพบว่า หลักการของระบบกฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้าของประเทศไทยอาศัยหลักทั่วไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย “สัญญาซื้อขาย” ซึ่งมีหลักกฎหมายซื้อขายสินค้าทั่วไปที่มีลักษณะกว้างและไม่ได้จำแนกถึงลักษณะเฉพาะการขนส่งทางราง⁵⁰ แม้จะมีการระบุเรื่องใบตราส่งไว้ในมาตรา 616 ก็ตาม และแม้จะมีหลักเกณฑ์เฉพาะว่าด้วยความรับผิดของผู้ขนส่งสินค้าไว้ในกรณีการขนส่งสินค้าล่าช้า สูญหาย หรือเสียหายก็ตาม ประการที่สำคัญ หลักการในกฎหมายดังกล่าวมุ่งใช้กับการทำสัญญาซื้อขายสินค้าภายในประเทศ มิได้กำหนดถึงการขนส่งสินค้าในเส้นทางที่เชื่อมต่อระหว่างประเทศแต่อย่างใด การขาดหลักกฎหมายเฉพาะดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อความเสี่ยงและความไม่แน่นอนในเชิงหลักการทางกฎหมายด้วยเหตุที่ประเทศไทยมีการเชื่อมโยงเส้นทางขนส่งทางรางกับประเทศอื่นที่มีพรมแดนระหว่างประเทศติดต่อกัน

ยิ่งไปกว่านั้น หลักการทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังหาได้กำหนดรายละเอียดทางปฏิบัติไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญของการทำสัญญาซื้อขายสินค้าในหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ส่งสินค้าและผู้ขนส่ง การจัดทำใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ การคิดคำนวณความเสียหายและค่าสินไหมทดแทนตามเส้นทางที่ขนส่งและระยะเวลาขนส่งล่าช้า การใช้สิทธิไล่เบี่ย การกำหนดเขตอำนาจศาล การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือแม้แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนก่อนการฟ้องคดี เป็นต้น เฉกเช่นที่มีการกำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS ไว้แต่อย่างใดไม่ อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยยังหาได้มีระบบกฎหมายที่สามารถปรับใช้และบูรณาการประเด็นต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุมและบริบูรณ์สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS แต่อย่างใดไม่

ปัญหาการขาดกฎหมายเฉพาะดังกล่าว นำไปสู่ปัญหาทางกฎหมายและการนำกฎหมายไปสู่การปฏิบัติทางเทคนิคหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการไม่สามารถรับรองเอกสารใบตราส่งที่สามารถใช้เป็นหลักฐานแสดงถึงการทำสัญญาซื้อขายสินค้า ที่สอดคล้องกับรูปแบบใบตราส่งที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS การไม่สามารถกำหนดความรับผิดตามระยะทางขนส่ง หรือแม้แต่การกำหนดอัตราค่าระวางภายใต้การเชื่อมโยงกับประเทศคู่ขนส่ง สภาพการณ์ดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการนำนโยบายไปสู่การปฏิบัติให้เกิดขึ้นจริงจากการใช้ประโยชน์ในเส้นทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะโครงการ “เส้นทางสายไหมแห่งศตวรรษที่ 21” และ “การเชื่อมโยงด้านโลจิสติกส์ในอาเซียน” (AEC Logistics Connectivity)

7.1.2 วิเคราะห์ความจำเป็นของประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ

⁵⁰ หลักกฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ถูกกำหนดไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยรับของ ตั้งแต่มาตรา 610 ถึงมาตรา 633 ซึ่งมีหลักการทางกฎหมายโดยแบ่งออกเป็น 7 กลุ่มหลักการ ดังนี้ หลักการเรื่องแรก กำหนดเรื่องกำหนดคำศัพท์มาตรา 610 และมาตรา 611 หลักการเรื่องที่สอง กำหนดเรื่องรูปแบบ เนื้อหาและผลทางกฎหมายของเอกสารขนส่ง ซึ่งถูกกำหนดไว้ในมาตรา 612 - มาตรา 615 หลักการเรื่องที่สาม กำหนดเรื่องขอบเขตความรับผิด ช้อยกเว้น และการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่ง มาตรา 616 - มาตรา 621 และ มาตรา 623-มาตรา 625 หลักการเรื่องที่สี่ กำหนดเรื่อง หน้าที่ในการส่งมอบและการโอนสิทธิ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในมาตรา 622 และมาตรา 627 หลักการเรื่องที่ห้า กำหนดเรื่อง สิทธิในการควบคุมและจัดการของในระหว่างการขนส่ง ซึ่งถูกกำหนดไว้ในมาตรา 626 และมาตรา 628 หลักการเรื่องที่หก กำหนดเรื่อง กำหนดกลไกการประกันค่าระวางและค่าใช้จ่าย การประกันและการยึดหน่วง มาตรา 629 มาตรา 630 และมาตรา 633 หลักการเรื่องที่เจ็ด กำหนดเรื่อง การจัดการของในกรณีพิเศษ มาตรา 631 มาตรา 632.

การศึกษาพบว่า ช่องว่างทางกฎหมายที่สำคัญในระบบกฎหมายไทยเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศได้ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาศักยภาพ ในการเป็นศูนย์กลางโลจิสติกส์ในภูมิภาคโดยตรง กล่าวคือ ประเทศไทยยังคงขาดระบบกฎหมายเฉพาะสำหรับการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ แม้ประเทศไทยจะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกออกแบบมาเพื่อใช้ร่วมกับระบบการขนส่งรูปแบบอื่นก็ตาม แต่การขาดหลักกฎหมายเฉพาะดังกล่าวได้ก่อให้เกิดข้อจำกัดในการปรับใช้กฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้รองรับกับลักษณะเฉพาะของการขนส่งสินค้าทางรางอย่างเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะในประเด็นต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการใช้ใบตราส่ง การรับช่วงขนส่งต่อเนื่อง ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งร่วม หรือแม้แต่การขนส่งสินค้าอันตราย เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎอนุกรม CIM และความตกลง SMGS แล้วจะพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีหลักกฎหมายเฉพาะที่สามารถปรับใช้ให้ครอบคลุมสอดคล้องกับประเด็นสำคัญหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นที่ว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ขนส่งต่อเนื่อง (Successive Carrier Liability) การใช้ข้อบังคับเด็ดขาด (Imperative Law) ระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ หรือแม้แต่การใช้ใบตราส่งในรูปแบบใบตราส่งร่วมที่เป็นมาตรฐานสากล

ทั้งนี้ หากพิจารณาในบริบทของ “เส้นทางสายไหมแห่งศตวรรษที่ 21” และ “การเชื่อมโยงด้านโลจิสติกส์ในอาเซียน” เป็นปัจจัยสำคัญเร่งด่วนที่ประเทศไทยต้องกำหนดนโยบายต่างประเทศในการเข้าเป็นภาคีของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางราง การขาดกรอบกฎหมายที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยเสียโอกาสในการเป็นศูนย์กลางด้านการขนส่งและโลจิสติกส์ของภูมิภาคและยังไม่เป็นการรองรับต่อแนวคิดการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษ

อาจกล่าวได้ว่า จากบริบทและความจำเป็นอย่างยิ่งนี้ แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีความจำเป็นต้องพิจารณาเพื่อเข้าร่วมเป็นภาคีของความตกลงระหว่างประเทศทั้งในส่วนของกฎอนุกรม CIM ของความตกลง COTIF และความตกลง SMGS ขององค์การ OSJD เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ประกอบการขนส่งและยังเป็นการลดอุปสรรคด้านกฎระเบียบ ที่สามารถช่วยเสริมสร้างศักยภาพในเชิงการแข่งขันในตลาดขนส่งและการโลจิสติกส์ระหว่างประเทศ ดังนั้น การพัฒนากฎหมายดังกล่าวจึงเป็นปัจจัยสำคัญต่อความสำเร็จของยุทธศาสตร์ชาติด้านโครงสร้างพื้นฐานและการเชื่อมโยงภูมิภาค

7.2 วิเคราะห์หลักการของระบบกฎหมายสัญญาารับขนส่งสินค้าในรูปแบบที่แตกต่างกัน และการปรับใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทย

ในส่วนประเด็นการวิเคราะห์หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เหมาะสมกับแนวทางการพัฒนาของประเทศไทย ผู้เขียนกำหนดประเด็นการวิเคราะห์แบ่งออกเป็น 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาความแตกต่างในเชิงหลักการและการปรับใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง

ประการที่สอง วิเคราะห์ข้อดี ข้อเสีย ผลกระทบและประเมินความสอดคล้องในการพิจารณาเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางราง และ **ประการที่สาม** วิเคราะห์ผลกระทบและความเป็นไปได้ในการเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทย โดยมีรายละเอียด ดังนี้

7.2.1 วิเคราะห์ปัญหาความแตกต่างในเชิงหลักการและการปรับใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางราง

จากการศึกษาเชิงเปรียบเทียบพบว่า ปัญหาความแตกต่างในเชิงหลักการและการปรับใช้หลักกฎหมายกับการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศระหว่างหลักการที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM ภายใต้ความตกลง COTIF ขององค์การ OTIF และความตกลง SMGS ขององค์การ OSJD ได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของระบบกฎหมาย โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญารับขนส่งสินค้า ที่แม้จะมีการออกแบบกฎหมายไว้อย่างเป็นระบบก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวกลับยังมีความซับซ้อนในการเลือกกฎหมายที่จะปรับใช้กับระบบกฎหมายที่เหมาะสม สำหรับการพัฒนาระบบการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทย

ทั้งนี้ ความแตกต่างในเชิงโครงสร้างและการออกแบบระบบกฎหมายดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นชัดถึงความแตกต่างที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายรางทั้งสองระบบ กล่าวคือกฎเอกรูป CIM ภายใต้ความตกลง COTIF ซึ่งมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายกลางที่มีความเฉพาะและเป็นระบบสูง โดยมีโครงสร้างความรับผิดชอบของผู้ขนส่ง การใช้ใบตราส่ง ระบบกฎหมายและศาลที่มีเขตอำนาจที่มีการกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ในขณะที่ความตกลง SMGS ภายใต้องค์การ OSJD กลับมีโครงสร้างทางกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดทางปฏิบัติและสามารถปรับใช้ได้อย่างยืดหยุ่นมากกว่า

ในขณะที่การปรับใช้ใบตราส่งแม้ในเชิงหลักการโครงสร้างกฎหมายของทั้งสองระบบจะมีการกำหนดรายละเอียดของข้อมูลที่ต้องระบุไว้โดยสอดคล้องกันก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติเนื้อหาและรายละเอียดของใบตราส่งทั้งสองระบบก็ยังคงมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกันที่สามารถปรับใช้ทั้งกับรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกและกับรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก โดยเฉพาะการขนส่งสินค้าทางรางข้ามพรมแดนจากยุโรปผ่านเอเชียซึ่งจำเป็นต้องมีการบูรณาการและใช้ใบตราส่งร่วม (CIM/SMGS common consignment note) ที่สามารถปรับใช้ร่วมกันระหว่างรัฐสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศที่แตกต่างกันได้ ทั้งนี้ ลักษณะของใบตราส่งซึ่งเป็นเอกสารกำกับการณ์ขนส่งที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่สำคัญของกฎเอกรูป CIM ได้กำหนดให้ใบตราส่ง “เป็นหลักฐานของสัญญาขนส่ง” ที่มีโครงสร้าง รูปแบบและข้อมูลที่ต้องระบุเป็นมาตรฐาน ในขณะที่ความตกลง SMGS มีโครงสร้าง รูปแบบและข้อมูลที่ต้องระบุที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะในเรื่องการระบุภาษาที่ใช้ในการขนส่ง รายการข้อมูล หรือแม้แต่เงื่อนไขความรับผิด เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า การที่ประเทศไทยยังไม่มีมีการกำหนดรูปแบบใบตราส่งที่สอดคล้องกับ “มาตรฐานของใบตราส่ง” ในระดับสากลที่สามารถปรับใช้ได้กับการขนส่งทางรางระหว่างประเทศ ย่อมนำไปสู่ปัญหาความไม่แน่นอนในการบูรณาการและการปรับใช้ใบตราส่งร่วมกันระหว่างรัฐที่แตกต่างกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ในทั้งสองระบบมีความแตกต่างกันอย่างน่าสนใจ กล่าวคือกฎเอกรูป CIM กำหนดให้มีการใช้ระบบความรับผิดแบบ “บทสันนิษฐานความผิด” (Presumed Liability) ซึ่งกำหนดให้ผู้ขนส่งต้องรับผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีความผิด ในขณะที่ความตกลง SMGS แม้จะใช้ระบบกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน แต่ความตกลง SMGS กลับเน้นกระบวนการเรียกร้องสิทธิที่ผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องทำการยื่นข้อเรียกร้องต่อผู้ขนส่งก่อนที่จะมีการฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม กลไกการระงับข้อพิพาททั้งสองระบบยังมีความแตกต่างที่ชัดเจนเช่นกัน กล่าวคือ กฎเอกรูป CIM มีการกำหนดเขตอำนาจศาลที่สามารถรับฟ้องคดีได้อย่างชัดเจน ในขณะที่ความตกลง SMGS กำหนดให้ผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องทำการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก่อนจึงจะใช้สิทธิในการฟ้องคดีได้ รวมทั้งยังมีการใช้ระบบเขตอำนาจตามที่ตั้งของ

สถานประกอบการของผู้ขนส่งซึ่งยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้ได้ในทางปฏิบัติกรณีที่ตั้งสถานประกอบการมีหลายแห่ง

แม้การใช้ใบตราส่งร่วม CIM/SMGS จะช่วยลดปัญหาการเชื่อมต่อระบบการขนส่งทางรางแบบไร้รอยต่อได้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่ใช้ผสมและบูรณาการ และเชื่อมโยงระบบกฎหมายทั้งสองเข้าด้วยกันอย่างที่มีศักยภาพ โดยเฉพาะในเส้นทางที่ต้องสัญจรผ่านด่านพรมแดนหลายประเทศซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่ต่างกักัน โดยเฉพาะในประเด็นที่สำคัญ ที่ว่าด้วยการช่วยลดความซับซ้อนด้านเอกสารและความเสี่ยงทางกฎหมายสำหรับผู้ประกอบการได้ก็ตาม แต่สำหรับประเทศไทยในสถานการณ์ปัจจุบันนั้นเป็นที่ประจักษ์ว่าประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศฉบับหนึ่งฉบับใด ส่งผลทำให้การขนส่งสินค้าทางรางของผู้ประกอบการไทยยังไม่สามารถปรับ “ใช้ใบตราส่งร่วม CIM/SMGS” ได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุที่สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะต้องอ้างอิงจากหลักการทางกฎหมายเฉพาะของทั้งกฎเอกรูป CIM และ ความตกลง SMGS ซึ่งมีผลผูกพันตามแต่ละกฎหมายของแต่ละระบบที่แตกต่างกัน เมื่อสินค้าถูกขนส่งผ่านรัฐภาคีทั้งสองระบบโดยไม่ต้องเปลี่ยนใบตราส่งระหว่างทางที่มีการขนส่งสินค้าทางรางแต่อย่างใด ดังนั้น การไม่เป็นรัฐภาคีความตกลงระหว่างประเทศจึงเป็น “ข้อจำกัด” ทั้งการอนุวัติการและการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการที่เกี่ยวกับการใช้ใบตราส่งร่วม CIM/SMGS ดังกล่าวได้

ทั้งนี้ กรมการขนส่งทางรางซึ่งเป็นหน่วยงานหลักของประเทศไทย แม้จะได้มีนโยบายในการพิจารณาการเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวก็ตาม แต่กระบวนการดังกล่าวยังอยู่ในขั้นตอนการศึกษาผลกระทบจากการเข้าเป็นภาคีความตกลงใดความตกลงหนึ่ง นอกจากนี้กรมการขนส่งทางรางยังได้มีการทำงานร่วมกับคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติสำหรับเอเชียและแปซิฟิก (Economic and Social Commission for Asia and the Pacific [ESCAP])⁵¹ ในการดำเนินการส่งเสริมการใช้ประโยชน์ทางรางและการเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังหาได้มีข้อสรุปในผลการศึกษาและการพิจารณาว่า ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศกับองค์การ OTIF หรือองค์การ OSJD ประเด็นดังกล่าวส่งผลให้ประเทศไทยยังไม่สามารถปรับใช้หลักเกณฑ์สากลเข้ากับรูปแบบและวิธีการออกหรือยอมรับใบตราส่งร่วมกันตามที่กำหนดไว้ในกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS ได้อย่างถูกต้องตามรูปแบบและหลักกฎหมายที่ว่าด้วยการออกใบตราส่งร่วมกันได้

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาและการเลือกระบบกฎหมายภายใต้กฎเอกรูป CIM และ ความตกลง SMGS ควรพิจารณาจากความสะดวกในการบูรณาการและการเชื่อมโยงระบบเทคนิคที่ใช้กับการขนส่งทางราง ผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาแผนที่ควรดำเนินการเร่งด่วนในช่วงระยะสั้น ความตกลง SMGS อาจมีความเหมาะสมด้านเทคนิคและความร่วมมือภายในกลุ่มประเทศเพื่อนบ้านในภูมิภาคอาเซียนที่สอดคล้องกันมากกว่า ในขณะที่การดำเนินการในระยะยาว กฎเอกรูป CIM มีความเป็นไปได้ที่จะตอบโจทย์การบูรณาการเข้าสู่การขยายระบบการขนส่งเข้าสู่ตลาดยุโรปและระบบสากลได้มากกว่า

⁵¹ กรมการขนส่งทางราง, กรมการขนส่งทางรางเข้าร่วมการประชุมคณะทำงานโครงข่ายทางรถไฟสายเอเชีย ครั้งที่ 7 (The seventh Meeting of the Working Group on the Trans-Asian Railway) ซึ่งจัดการประชุมโดยคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมของเอเชียและแปซิฟิกแห่งสหประชาชาติ (ESCAP), ข่าวประชาสัมพันธ์ กรมการขนส่งทางราง, 20 พฤษภาคม 2564, <https://www.drt.go.th/public-relations/news640520>.

7.2.2 วิเคราะห์ข้อดี ข้อเสีย ผลกระทบ และประเมินความสอดคล้องในการพิจารณาเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางราง

จากการศึกษาพบว่า ข้อดีของการเข้าเป็นภาคีกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS ทั้งสองระบบต่างเป็นกลไกและเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญ ในการอำนวยความสะดวกในการขนส่งทางรางระหว่างประเทศ การเข้าร่วมเป็นภาคีจะช่วยให้สามารถใช้ระบบและรูปแบบใบตราส่งที่มีความชัดเจน มีมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับในระดับสากล ไม่ว่าจะเป็นใบตราส่งของกฎเอกรูป CIM (CIM consignment note) และใบตราส่งของความตกลง SMGS (SMGS consignment note) รวมถึงการใช้ใบตราส่งร่วม CIM/SMGS สำหรับเส้นทางขนส่งสินค้าที่ต้องสัญจรผ่านประเทศสมาชิกที่ใช้กฎหมายทั้งสองระบบ

หากพิจารณาในประเด็นทางภูมิรัฐศาสตร์ของประเทศไทยกับเพื่อนบ้าน และโครงการขนส่งทางรางซึ่งมีการพัฒนาระบบการสัญจรทางรางเชื่อมโยงกับประเทศอื่น ตามแนวคิดการพัฒนาเส้นทางสายไหม และเส้นทางเชื่อมโยงกับประเทศสมาชิกในประชาคมอาเซียน ผู้เขียนเห็นว่า การเข้าเป็นภาคีความตกลง SMGS มีความเหมาะสมกับการเชื่อมโยงเส้นทางขนส่งทางรางจากประเทศจีนไปยังประเทศลาว และเข้ามาประเทศไทยได้สะดวกแบบไร้รอยต่อมากกว่า ในขณะที่กฎเอกรูป CIM กลับมีความเหมาะสมกับการเชื่อมโยงระบบเส้นทางสัญจรทางรางผ่านเข้าสู่ทวีปยุโรป โดยอาศัยเส้นทางสัญจรผ่านประเทศจีนไปยังประเทศคาซัคสถานผ่านเข้าสู่ประเทศรัสเซียได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวกลับมีข้อเสียหรือข้อจำกัดที่เกิดขึ้นด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ระบบกฎหมายของกฎเอกรูป CIM มีพื้นฐานมาจากกฎหมายของยุโรป ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยตรง นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลง COTIF ส่งผลให้ประเทศไทยต้องทำการปรับปรุงกฎหมายในประเทศให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ในขณะที่ระบบกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวอาจยังมีประเด็นความไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยบางเรื่อง อาทิ กฎหมายด้านความรับผิดและการระงับข้อพิพาทที่มีหลักการทางกฎหมายที่ใช้บังคับไม่เหมือนกับระบบศาลของไทย

ในขณะที่ความตกลง SMGS มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีความเข้มข้นในกลไกของรัฐ โดยเน้นความรับผิดของรัฐที่เข้าร่วมและผู้ขนส่งภาครัฐมากกว่าภาคเอกชน อย่างไรก็ตาม หลักการในความตกลงดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมกับการส่งเสริมการขนส่งแบบดิจิทัล และยังมีข้อจำกัดในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งยังไม่ได้มีการกำหนดให้มีการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อใช้สำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด

7.2.3 วิเคราะห์ผลกระทบและความเป็นไปได้ในการเลือกเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทย

ในการพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างความตกลง COTIF ขององค์การ OTIF และความตกลง SMGS ขององค์การ OSJD จากการศึกษพบว่า ข้อดีของความตกลง SMGS ความเหมาะสมในมิติทางภูมิรัฐศาสตร์ด้านเส้นทางสัญจรที่เชื่อมโยงเส้นทางและระบบรางของประเทศไทยผ่านประเทศลาวไปยังประเทศจีน ประกอบกับประเทศทั้งสองดังกล่าวเป็นภาคีของความตกลง SMGS แล้ว การเข้าเป็นภาคีความตกลงฉบับนี้สามารถใช้เป็นเครื่องมือรองรับการส่งเสริมการค้าและการขนส่งสินค้าข้ามพรมแดนได้เป็นอย่างดี อาจกล่าวได้ว่า เส้นทางและการใช้กฎหมายสัญญาับขนส่งสินค้าทางรางดังกล่าวส่งผลให้ประเทศไทยสามารถขนส่งสินค้าไปยังประเทศอื่น ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มประเทศ

ในเอเชียกลาง รัสเซียและทวีปยุโรปได้หันมาใช้ระบบใบตราส่งเดียวกัน การขนส่งสินค้าดังกล่าวช่วยลดขั้นตอนทางศุลกากรและเอกสารการนำเข้าสินค้าได้สะดวกมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าข้อจำกัดของความตกลง SMGS นอกจากจะมีระบบโครงสร้างระบบกฎหมายที่แตกต่างกันและประเทศไทยต้องออกกฎหมายอนุวัติการแล้ว ระบบการเชื่อมต่อระบบรางในกลุ่มประเทศภาคีความตกลง SMGS ยังมีความแตกต่างกันในเรื่องขนาดความกว้างและขนาดราง การเชื่อมต่อระบบรางที่แตกต่างกัน ส่งผลให้ประเทศไทยจำเป็นต้องได้รับการลงทุนและการพัฒนาระบบการเชื่อมต่อที่มีค่าใช้จ่ายจำนวนมาก นอกจากนี้ การจัดทำโครงการ SKRL⁵² ยังไม่เสร็จสมบูรณ์ ประกอบกับโครงการขนส่งทางรางข้ามแดน TAR⁵³ ยังอยู่ในระหว่างการพัฒนา

ในทางตรงกันข้าม แม้กฎเอกรูป CIM จะมีจุดแข็งในด้านมาตรฐานกฎหมายสากล มีความยืดหยุ่นสูงและเชื่อมโยงกับระบบกฎหมายของยุโรปก็ตาม แต่เส้นทางสัญจรทางรางจากประเทศไทยไปยังทวีปยุโรปยังจำเป็นต้องสัญจรผ่านเครือข่ายเส้นทางสัญจรทางรางของภูมิภาคความตกลง SMGS เส้นทางผสมผสานที่แตกต่างกันของภูมิภาคความตกลงระหว่างประเทศที่แตกต่างกัน จำเป็นต้องใช้ใบตราส่งร่วม CIM/SMGS เป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกด้านการขนส่ง กรณีดังกล่าวมีผลกระทบต่อประเทศไทยโดยตรง ด้วยเหตุที่ประเทศไทยยังไม่สามารถใช้ใบตราส่งร่วมดังกล่าวได้เต็มรูปแบบ หากประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีใด ความตกลงระหว่างประเทศหนึ่งประเทศใด

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ ปัญหาความไม่พร้อมของระบบกฎหมายไทยทั้งในด้านการไม่มีระบบกฎหมายที่อนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศ ประกอบกับในทางปฏิบัติการขนส่งทางรางมีความจำเป็นต้องจัดทำกฎหมายลำดับรอง และกำหนดแนวทางปฏิบัติภายในของประเทศไทยให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ รวมถึงการอบรมบุคลากร และพัฒนาระบบออกใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถใช้เชื่อมต่อกับระบบมาตรฐานใบตราส่งในระดับสากล

7.3 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการพัฒนาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางภายใต้กรอบภูมิภาคอาเซียนและข้อจำกัดการพัฒนา

จากการศึกษาพบว่า บริบทภูมิรัฐศาสตร์ของประเทศไทยกับรัฐสมาชิกอื่นในอาเซียนสามารถเชื่อมโยงเข้ากับระบบกฎหมายของความตกลง SMGS ได้อย่างสอดคล้อง ในขณะที่เดียวกันเส้นทางสัญจรทางรางภายใต้โครงการเส้นทางสายไหมของประเทศไทย ประกอบกับระบบกฎหมายขนส่งทางรางภายใต้ความตกลง SMGS มีหลักการทางกฎหมายขนส่งโดยสามารถใช้การขนส่งทางรางร่วมกับระบบเรือเฟอร์รี่ได้ จะเห็นได้ว่าระบบดังกล่าวมีความเหมาะสมกับบริบทการขนส่งทางรางเชื่อมต่อระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งมีระบบการขนส่งผสมผสานทั้งระบบการขนส่งทางรางเชื่อมต่อกับระบบการขนส่งทางน้ำ ผู้เขียน

⁵² การเชื่อมต่อที่เป็นไปได้ในเส้นทางสัญจรทางรางสายสิงคโปร์-คุนหมิง (Singapore-Kunming Rail Link [SKRL]) ซึ่งประเทศไทยเป็นส่วนหนึ่งของเส้นทางขนส่งทางรางสายนี้ ผ่านโครงการรถไฟความเร็วสูงไทย-จีน เมื่อโครงการเสร็จสมบูรณ์แล้ว ประเทศไทยจึงสามารถเชื่อมต่อกับระบบโครงข่ายขนส่งทางรางที่อยู่ภายใต้ความตกลง SMGS ผ่านประเทศจีนได้ โดยอาศัยเส้นทางสัญจรผ่านเส้นทางระหว่างกรุงเทพฯ-หนองคาย และเชื่อมต่อไปยังเส้นทางสัญจรเวียงจันทน์-คุนหมิง.

⁵³ โครงการขนส่งทางรางข้ามทวีปเอเชีย (Trans-Asian Railway [TAR]) ประเทศไทยสามารถใช้ประโยชน์ในเส้นทางนี้ได้ด้วยเหตุที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกของ ESCAP และมีส่วนร่วมในโครงการ TAR ซึ่งเป็นเส้นทางเชื่อมต่อผ่านประเทศพม่า ประเทศลาว และประเทศกัมพูชา ทั้งนี้ เส้นทางสัญจรทางรางดังกล่าวนี้สามารถเชื่อมต่อกับเครือข่ายเส้นทางสัญจรของประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลง SMGS ผ่านเส้นทางสัญจรทางรางนี้ได้.

เห็นว่า การเลือกแนวทางของความตกลง SMGS จึงมีความเหมาะสมกับการปรับใช้ที่สอดคล้องกับบริบทความเป็นประเทศสมาชิกอาเซียน

จะเห็นได้ว่า ในระดับอาเซียนแม้จะยังไม่มีการพัฒนาความตกลงด้านการขนส่งสินค้าทางระหว่างประเทศอย่างเป็นรูปธรรมเหมือนสหภาพยุโรปก็ตาม แต่การผลักดันแผนแม่บทด้านโลจิสติกส์และระบบราง ไม่ว่าจะเป็นเส้นทางสัญจรทางรางภายใต้โครงการขนส่งทางรางข้ามทวีปเอเชียหรือ แม้แต่เส้นทางสัญจรทางสายสิงคโปร์ - กุนหมิง ต่างเป็นปัจจัยหลักที่สำคัญในการส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกตระหนักถึงความจำเป็นในการสร้างระบบกฎหมายร่วมกัน ทั้งนี้ หากประชาคมอาเซียนสามารถบูรณาการกรอบความร่วมมือด้านการขนส่งทางได้อย่างมีเอกภาพและมีมาตรฐานร่วมเช่นระบบกฎหมายขนส่งทางรางของสหภาพยุโรป ก็จะมีผลทำให้การขนส่งทางรางในภูมิภาคอาเซียนมีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดการพัฒนากรอบความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางรางภายใต้กรอบภูมิภาคอาเซียนเกิดจากปัญหาข้อขัดข้อง “ในเชิงหลักการ” ที่ใช้สำหรับการพัฒนากรอบความร่วมมือด้านการขนส่งสินค้าทางรางภายใต้ภูมิภาคอาเซียน กล่าวคือ แม้ประชาคมอาเซียนจะมีความพยายามจัดทำกรอบแนวทางความร่วมมือในลักษณะกึ่งพันธกรณี ได้แก่ความตกลง AFAFGIT ก็ตาม แต่ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ก็ยังไม่สามารถก่อรูปเป็นความตกลงระหว่างประเทศ (Law-Making Treaty) ด้านสัญญาฯ รับขนส่งสินค้าทางรางที่มีผลผูกพันทางกฎหมายเหมือนกับกฎเอกรูป CIM หรือความตกลง SMGS ได้อย่างแท้จริง

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงหลักการที่กำหนดไว้ใน Protocol 6 ของความตกลง AFAFGIT จะพบว่า Protocol 6 มีแต่เพียงการระบุถึงความร่วมมือด้าน “ศุลกากรและการเคลื่อนย้ายสินค้า” อย่างเสรีข้ามแดนเท่านั้น แต่หลักการในความตกลงดังกล่าวกลับไม่มีข้อกำหนดที่มีนิตินัยรองรับกระบวนการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางรางในหลายภาคส่วน ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาฯ รับขนส่งสินค้า การกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับใบตราส่ง การปฏิบัติการตามสัญญาฯ รับขนส่ง การเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือแม้แต่อายุความ เป็นต้น ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์และข้อกำหนดเฉพาะเรื่องที่สามารถใช้บังคับกับการทำสัญญาฯ รับขนส่งสินค้าทางรางภายในภูมิภาคอาเซียนได้แต่อย่างใด

เป็นที่น่าสังเกตว่า การพัฒนาระบบการขนส่งทางรางระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคอาเซียนยังจำต้องคำนึงถึงหลักการที่ว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน (Freedom of Transit) ซึ่งเป็นหลักการในระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่รับรองสิทธิของรัฐที่ไม่มีทางออกสู่ทะเลในการใช้ดินแดนของรัฐอื่นเพื่อการขนส่งสินค้าไปยังท่าเรือหรือประเทศที่สาม⁵⁴ หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982⁵⁵ หรือแม้แต่ความตกลงทางการค้าด้านสินค้าหรือที่เรียกว่าความตกลง GATT 1994⁵⁶

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การพัฒนาระบบการขนส่งทางรางระหว่างประเทศจำเป็นต้องสร้างความสมดุลระหว่างการอำนวยความสะดวกทางการค้ากับความมั่นคงปลอดภัยและบูรณาภาพแห่งดินแดน ซึ่งเป็นผลมาจากการขนส่งสินค้าผ่านแดนกับการเลือกใช้มาตรการกำกับดูแลของรัฐภาคีที่เหมาะสมกับที่ไม่กระทบต่อการให้ความสะดวกด้านการค้าและการขนส่ง ที่ผู้ประกอบการได้สิทธิภายใต้กรอบความร่วมมือที่ไม่ต้อง

⁵⁴ Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (3rd edn, Cambridge University Press 2019) 98-99.

⁵⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, art 125.

⁵⁶ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, art V, Freedom of Transit.

รับการตรวจสอบความถูกต้องที่เกิดขึ้นจากการขนส่งสินค้าที่เข้าซ้อนแต่อย่างใด ประการที่สำคัญ การสร้างสมดุลระหว่างการให้สิทธิและเสรีภาพในการขนส่งสินค้าผ่านแดนดังกล่าวกับมาตรการควบคุมกำกับที่ลดทอนลงจะต้องไม่กระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยต่อรัฐประการที่สำคัญ ผู้ประกอบการต้องให้ความเคารพและต้องไม่ใช่สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยไม่สุจริตไม่ว่าจะเป็นการสำแดงข้อมูลสินค้าอันเป็นเท็จ หรือการลักลอบหนีภาษีศุลกากรแต่อย่างใด

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาและข้อจำกัดในเชิงกฎหมายและเทคนิคในการเข้าร่วมความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศในนามของประชาคมอาเซียนเอกเช่นที่สหภาพยุโรปมีนิติฐานะเป็นภาคีสมาชิกของความตกลง COTIF มีดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาในทางทฤษฎีขององค์การระหว่างประเทศนำไปสู่สภาพความแตกต่างในเชิงหลักการระหว่างสหภาพยุโรปและอาเซียนนั้น จากการศึกษาสามารถอธิบายได้ด้วยทฤษฎีที่ว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศเหนือรัฐ ซึ่งอธิบายว่าองค์การระหว่างประเทศบางประเภทสามารถใช้อำนาจเหนือรัฐสมาชิกสำหรับการกำหนดกฎเกณฑ์และข้อบังคับที่มีผลผูกพันได้โดยตรง จะเห็นได้ว่าสหภาพยุโรปเป็นตัวอย่างสำคัญขององค์กรลักษณะดังกล่าวด้วยเหตุที่สหภาพยุโรป “สถาปนาสถาบัน” ที่มีอำนาจเหนือรัฐซึ่งสามารถออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเหนือรัฐสมาชิกได้

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ประจักษ์ว่าประชาคมอาเซียนยังคงดำเนินการและประสานการทำงานร่วมกันภายใต้รูปแบบ “ความร่วมมือระหว่างรัฐบาล” (Intergovernmental Cooperation) ซึ่งเน้น “หลักฉันทามติและหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน” ประเด็นดังกล่าวนี้ส่งผลให้การพัฒนากรอบกฎหมายที่ใช้รองรับต่อการประสานความร่วมมือในระดับภูมิภาค “ในรูปแบบและวิถี” เอกเช่นเดียวกับสหภาพยุโรปยังไม่สามารถทำให้เกิดขึ้นจริง ณ ปัจจุบันได้แต่อย่างใด โดยเฉพาะการที่อาเซียนจะเข้าเป็นภาคีสมาชิกของความตกลง COTIF/CIM ซึ่ง ณ ปัจจุบันมีแต่เพียงสหภาพยุโรปเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีสถานะเป็นภาคีสมาชิกของความตกลง COTIF/CIM

ประการที่สอง ปัญหาสถานะความเป็นนิติบุคคลของอาเซียน จากการศึกษาพบว่าประชาคมอาเซียนยังไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรบูรณาการทางเศรษฐกิจภูมิภาค (REIO) เอกเช่นสถานะทางกฎหมายของสหภาพยุโรปที่เป็นอยู่ ปัจจัยสำคัญด้านนิติฐานะของประชาคมอาเซียนดังกล่าวส่งผลทำให้ประชาคมอาเซียนไม่สามารถเข้าเป็นภาคีของความตกลง COTIF หรือความตกลง SMGS ได้ ด้วยเหตุที่การดำเนินงานภายใต้กลไกฉันทามติและการไม่มีอำนาจออกกฎหมายผูกพันรัฐสมาชิกโดยตรงแบบที่สหภาพยุโรปมีอำนาจในการตรากฎหมายผูกพันรัฐสมาชิกได้ ส่งผลให้กระบวนการอนุมัติการความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อให้มีผลผูกพันเชิงบังคับกับรัฐสมาชิกอาเซียนไม่สามารถดำเนินการได้แต่อย่างใด

ประการที่สาม ปัญหาความไม่พร้อมด้านกฎหมาย จากการศึกษาพบว่ารัฐสมาชิกส่วนใหญ่ขาดกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการทำสัญญาขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ แต่ละรัฐใช้แต่เพียงกฎหมายแพ่งทั่วไปที่ไม่ครอบคลุมถึงหลักการขนส่งทางรางที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นการออกใบตราส่งสินค้าทางราง ความรับผิดชอบต่อผู้รับตราส่ง หรือแม้แต่การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ดังนั้น การเข้าร่วมความตกลง COTIF หรือความตกลง SMGS แต่ละรัฐสมาชิกจำต้องตรากฎหมายภายในฉบับใหม่ที่มีหลักการทางกฎหมายที่แตกต่างหรือขัดแย้งกับระบบกฎหมายภายในดั้งเดิมของแต่ละรัฐให้เกิดขึ้นได้

ประการที่สี่ ปัญหาความแตกต่างของระบบกฎหมาย จากการศึกษาพบว่าอาเซียนประกอบด้วยระบบกฎหมายภายในที่มีความหลากหลายไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศไทย ประเทศลาว ประเทศเวียดนาม ส่วนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย และระบบกฎหมายแบบผสม ได้แก่ ประเทศอินโดนีเซียและประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น ความแตกต่างของระบบกฎหมายดังกล่าวนี้ ส่งผลโดยตรงต่อการร่างกฎหมายกลางอาเซียนเป็นเรื่องทำทนายการบูรณาการกฎหมายให้สอดคล้องต้องกัน โดยเฉพาะในประเด็นแตกต่างกันไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องความรับผิดชอบผู้ขนส่ง การคุ้มครองลูกค้า และเขตอำนาจศาล หรือแม้แต่การคิดคำนวณค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น

ประการที่ห้า ปัญหาแนวคิดและข้อจำกัดวิถีและกลไกแบบอาเซียน หรือ “ASEAN Way” ซึ่งมุ่งเน้นการเคารพอธิปไตยและการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น จากการศึกษาพบว่า การดำเนินงานของอาเซียนให้ความสำคัญกับการให้ความร่วมมือแบบไม่ผูกพันทางกฎหมาย เน้นความสมัครใจและเคารพอธิปไตยแต่ละรัฐ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ผลทำให้ระบบกฎหมายที่ประสงค์จะใช้ในรูปแบบเดียวกันนั้น ยังอยู่ในระดับที่เป็นแต่เพียงแนวปฏิบัติทางกฎหมาย (Soft Law) เท่านั้น นอกจากนี้ อาเซียนยังไม่ปรากฏว่ามีแนวคิดในการยกระดับแนวปฏิบัติทางกฎหมายให้มีสถานะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีในระดับภูมิภาคที่มีผลผูกพันกับรัฐสมาชิกอาเซียนแต่อย่างใด

ประการที่หก ปัญหาเชิงโครงสร้างพื้นฐาน จากการศึกษาพบว่า การเข้าร่วมความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นความตกลง COTIF หรือความตกลง SMGS แต่ละรัฐจำเป็นต้องมีเทคโนโลยีและระบบโครงสร้างพื้นฐานทางรางที่ทันสมัยและสามารถรองรับการใช้งานระบบใบตราส่งร่วม ประกอบกับในความตกลง AFAFGIT ของอาเซียนยังขาดการบูรณาการระบบดิจิทัล ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ทำให้แต่ละรัฐยังไม่สามารถใช้ใบตราส่งร่วม CIM/SMGS (CIM/SMGS Consignment Note) ซึ่งเป็นการใช้ตามรูปแบบและมาตรฐานกลางของการใช้ใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ (E-consignment Note)

ผู้เขียนเห็นว่า แม้อาเซียนจะมีศักยภาพในการพัฒนากฎหมายขนส่งทางรางร่วมกันก็ตาม แต่ข้อจำกัดในเชิงโครงสร้างและฐานการใช้อำนาจทางกฎหมาย ระบบกฎหมายและเทคโนโลยีภายในที่แตกต่างกันและกลไกทางกฎหมายที่ไม่ผูกพันซึ่งกันและกัน ยังคงเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการประสานความร่วมมือกัน ทั้งนี้ หากประชาคมอาเซียนต้องการยกระดับความร่วมมือกัน ประชาคมต้องกำหนดนโยบายร่วมกันและผลักดันการจัดทำสนธิสัญญาพหุภาคีในระดับภูมิภาคที่มีผลผูกพัน รวมทั้งส่งเสริมให้มีการพัฒนากฎหมายภายในเฉพาะในแต่ละประเทศ เพื่อรองรับต่อหลักการทางกฎหมายของความตกลง CIM หรือแม้แต่ความตกลง SMGS

7.4 วิเคราะห์ข้อจำกัด ความท้าทายและผลประโยชน์ชาติในพิจารณาเข้าเป็นภาคีของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาและข้อจำกัดด้านการพัฒนาเทคโนโลยีและระบบกฎหมายสัญญาขนส่งสินค้าทางรางของประเทศไทย มีฐานแนวคิดจากกฎหมายหลักของประเทศที่รองรับต่อการประกอบกิจการขนส่งทางรางของประเทศไทย สามารถสรุปประเด็นปัญหาเชิงวิเคราะห์แบ่งออกเป็น 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ความไม่พร้อมของกฎหมายแม่บทในฐานะที่เป็นร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. และการตรากฎหมายลำดับรอง ซึ่งสาระสำคัญและวัตถุประสงค์หลักของร่างกฎหมายการขนส่งทางรางฉบับนี้ มุ่งเน้นไปที่การกำกับดูแลกิจการขนส่งทางรางที่มีหลากหลายรูปแบบ การส่งเสริมและพัฒนากิจการ

ขนส่งทางราง การกำหนดมาตรฐานการให้บริการ การเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการประกอบกิจการขนส่งทางราง การจัดทำแผนพัฒนาการประกอบกิจการขนส่งทางราง การกำหนดอัตราค่าบริการ การบริหารจัดการทรัพย์สิน การออกใบอนุญาตขั้วขั้วยานพาหนะขนส่งทางราง และการกำหนดบทลงโทษ เป็นต้น

แม้ประเทศไทยจะมีแนวคิดการพัฒนาหลักการทางกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. ก็ตาม แต่หลักกฎหมายดังกล่าวยังไม่มีความพร้อมเชิงโครงสร้างที่ถูกออกแบบให้ครอบคลุมไปถึงการทำสัญญา รับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศในระดับที่เทียบเท่ามาตรฐานสากล ด้วยเหตุที่แนวคิดทางกฎหมายเป็นเรื่องหลักการทางกฎหมายมหาชนมุ่งควบคุมกำกับประกอบกิจการขนส่งทางราง มิใช่การพัฒนาหลักกฎหมายเอกชนในการทำสัญญา รับขนส่งสินค้าทางรางเอกชนที่กำหนดไว้ในความตกลง COTIF และความตกลง SMGS

ประการที่สอง ประเทศไทยยังไม่มีระบบกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ที่ใช้รองรับสำหรับการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ การขนส่งสินค้าทางรางอ้างอิงจากหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของการรับขน กฎหมายการขนส่งสินค้าทางบกและการขนส่งสินค้าทางทะเลมาใช้บังคับในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม หลักการทางกฎหมายดังกล่าวแม้จะใช้บังคับได้บ้างกับการขนส่งสินค้าทางรางก็ตาม แต่หลักการทางกฎหมายดังกล่าวยังขาดความเหมาะสมในเชิงโครงสร้าง และระบบกฎหมายที่ปรับใช้ได้เหมาะสมกับเนื้อหาการทำสัญญา รับขนส่งสินค้าทางราง

แม้หลักกฎหมายดังกล่าว จะมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบระหว่างกันของผู้ขนส่งหลายราย (Successive Carrier) หรือผู้ขนส่งต่อเนื่อง (Multimodal Operator) ใช้บังคับก็ตาม แต่ความแตกต่างในการปรับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกรณีการกำหนดมาตรการทางปฏิบัติระหว่างผู้ขนส่งหลายราย การขนส่งทางรางกับการขนส่งทางน้ำผ่านเรือเฟอร์รี่ การคิดคำนวณระยะเวลาขนส่งล่าช้าตามระยะทาง การกำหนดหน้าที่ของผู้รับตราส่งต้องดำเนินการก่อนการใช้สิทธิในการฟ้องบังคับคดี การกำหนดเขตอำนาจศาลในการฟ้องคดี หรือแม้แต่การใช้กลไกการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นผ่านกลไกทางอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า ความท้าทายของประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายเฉพาะด้านการขนส่งทางรางมีสาเหตุที่มาจากความไม่พร้อมของระบบกฎหมายหลักเฉพาะ ทั้งในระดับกฎหมายระดับบทบัญญัติและอนุบัญญัติ ซึ่งยังมีสถานะเป็นร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. ประการที่สำคัญ หลักการในกฎหมายดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมกับการทำสัญญา รับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล นอกจากนี้ ประเทศไทยยังไม่มีระบบกฎหมายเฉพาะที่รองรับความซับซ้อนของการขนส่งสินค้าทางรางแบบต่อเนื่องหรือหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องความรับผิด การออกใบตราส่ง กระบวนการระงับข้อพิพาท หรือแม้แต่เขตอำนาจศาล ซึ่งเป็นฐานสำคัญที่ประเทศไทยต้องเตรียมความพร้อมโดยเฉพาะการเตรียมอนุวัติการกฎหมายก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการเข้าเป็นภาคีตามความตกลงระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นความตกลง COTIF และกฎเอกรูป CIM หรือแม้แต่ความตกลง SMGS ก็ตาม⁵⁷

⁵⁷ Kiarthiphorn Umpai, 'International Principles and Obligations concerning the Right to Access and Use Contracts for the Use of Vehicles in International Traffic under the International Rail Transport Legal System' (2020) 60(3) *NIDA Development Journal* 46, 69.

8. ข้อเสนอแนะผลการศึกษาวิจัยเชิงกฎหมายและเชิงนโยบาย

ในส่วนข้อเสนอแนะที่ได้จากการศึกษาวิจัย แม้ผลการวิจัยสามารถแยกข้อเสนอแนะการพัฒนาได้ 2 กลุ่ม ได้แก่ ข้อเสนอแนะเชิงกฎหมายและข้อเสนอแนะเชิงนโยบายได้ก็ตาม แต่ในการเสนอผลการศึกษาวิจัยนี้ ผู้เขียนมุ่ง “นำเสนอ” ข้อเสนอแนะ “ตามลำดับกระบวนการ” ที่ประเทศไทยควรดำเนินการ ได้แก่ **ลำดับแรก** การพิจารณาเข้าเป็นภาคี **ลำดับที่สอง** การออกกฎหมายอนุวัติการ และ**ลำดับที่สาม** การส่งเสริมการพัฒนาในมิติของความร่วมมือในระดับอาเซียน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ประการแรก ประเทศไทยควรพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางราง ได้แก่ กฎเอกรูป CIM ภายใต้ความตกลง COTIF และความตกลง SMGS ภายใต้องค์การ OSJD เพื่อให้สามารถใช้ใบตราส่งร่วมกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งจะส่งเสริมการเชื่อมโยงระหว่างประเทศ ลดความซ้ำซ้อนด้านเอกสาร เพิ่มความเชื่อมั่นทางกฎหมายแก่ผู้ประกอบการ และยกระดับขีดความสามารถในการแข่งขันของระบบโลจิสติกส์ทางรางของประเทศไทย

ประการที่สอง ประเทศไทยควรเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลง SMGS ซึ่งมีความสอดคล้องกับยุทธศาสตร์และภูมิรัฐศาสตร์ของประเทศไทย ประเทศลาวและประเทศจีนในลำดับแรก โดยควรเร่งจัดทำและออกกฎหมายอนุวัติการ กำหนดแนวทางปฏิบัติภายใน พัฒนาระบบใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งการอบรมบุคลากรเพื่อรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ

ประการที่สาม ประเทศไทยควรจัดทำกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ว่าด้วยการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ โดยมีหลักการทางกฎหมายอย่างน้อย 28 หลักการ ได้แก่ 1) ขอบเขตในการบังคับใช้สัญญารับขนส่งสินค้าทางราง 2) ความสมบูรณ์ของสัญญารับขนส่งสินค้า 3) ข้อกำหนดด้านเอกสารใบตราส่ง 4) ใบตราส่งอิเล็กทรอนิกส์ 5) บทบาท หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขนส่ง 6) หน้าที่ตามสัญญาของผู้ขนส่งสินค้า 7) การส่งมอบสินค้า 8) บทสันนิษฐานความรับผิดชอบของผู้ขนส่ง 9) ภาระการพิสูจน์ 10) ข้อยกเว้นความรับผิด 11) การขนส่งล่าช้า 12) บทสันนิษฐานความรับผิดกรณีการสูญหายหรือความเสียหาย จากการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในการจัดส่งสินค้า 13) ความสูญหายโดยสิ้นเชิง 14) การชดเชยค่าสินไหมทดแทน 15) การจำกัดจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทน 16) การขยายขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ขนส่งและการจำกัดจำนวนค่าเสียหายสูงสุด 17) ดอกเบี้ย 18) การสูญเสียสิทธิในการอ้างข้อจำกัดความรับผิด 19) การเรียกร้องสิทธิและการดำเนินการ 20) อายุความและการเริ่มนับอายุความ 21) อายุความสะดุดหยุดอยู่และการเริ่มนับอายุความใหม่ 22) ข้อกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะฟ้องคดี 23) ความรับผิดของลูกจ้างและตัวแทน 24) ผู้ขนส่งต่อเนื่อง 25) สิทธิไต่เบี่ยง 26) อนุญาโตตุลาการ 27) สินค้าอันตราย 28) ข้อบังคับเด็ดขาด ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการตามกฎหมายเอกรูป CIM ของความตกลง COTIF และความตกลง SMGS

ประการที่สี่ ในระดับภูมิภาคอาเซียนควรพิจารณาแนวทางการพัฒนาหลักกฎหมายขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศใน 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง การกำหนดนโยบายร่วมกันในการสร้าง “หลักสนธิสัญญาพหุภาคีในระดับภูมิภาคที่มีสถานะเป็นกฎหมาย” ร่วมกันในรูปแบบ ASEAN Rail Law ซึ่งเป็นรูปแบบความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพัน โดยยึดหลักการสากลจากกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS

แนวทางที่สอง การปรับปรุงและเปลี่ยนสถานะทางกฎหมายของอาเซียน ในรูปแบบความร่วมมือกันให้มีสถานะเป็น “องค์การบูรณาการทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค” เพื่อยกระดับองค์การให้มีสถานะทางกฎหมายแบบสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ตาม แนวทางที่สองดังกล่าวนี้ ต้องอาศัยเวลาและพัฒนาการความร่วมมือและการรวมกลุ่มกันค่อนข้างนาน เพื่อเตรียมความพร้อมในอนาคตระยะยาวสำหรับการพิจารณาการเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศในนามขององค์การระหว่างประเทศ หรือในนามประชาคมอาเซียนเฉกเช่นที่สหภาพยุโรปได้เข้าเป็นภาคีของความตกลง COTIF ทั้งนี้ เพื่อพัฒนาระบบใบตราส่งร่วม ระบบกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบตามกฎหมาย และการระบับข้อพิพาทอย่างเป็นระบบ ซึ่งจะเป็พื้นฐานทางกฎหมายที่รองรับต่อการส่งเสริมและการบูรณาการโลจิสติกส์ข้ามพรมแดนระหว่างสมาชิกประชาคมอาเซียนและภูมิภาคอื่นได้อย่างยั่งยืน

9. บทสรุปผลการศึกษาวิจัย

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ให้ความสำคัญกับการวิเคราะห์โอกาสและข้อจำกัด และความท้าทายในการพัฒนากฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลผ่านการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายขนส่งทางรางระหว่างประเทศขององค์การ OTIF ตามความตกลง COTIF และกฎเอกรูป CIM ของยุโรปและองค์การ OSJD และความตกลง SMGS ของยูเรเชีย

จากการศึกษาแสดงให้เห็นว่า ประเด็นสำคัญในการวิจัยแสดงให้เห็นความจำเป็นและความสำคัญของประเทศไทยในการพัฒนาหลักกฎหมายเฉพาะ ด้วยเหตุที่ประเทศไทยยังขาดกฎหมายเฉพาะด้านการทำสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศ ในขณะที่กลุ่มประเทศอาเซียนหาได้มีกรอบกฎหมายที่มีผลผูกพันร่วมกันเฉกเช่นสหภาพยุโรป การเปรียบเทียบหลักกฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้าทางรางระหว่างกฎเอกรูป CIM และความตกลง SMGS ต่างแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่สำคัญในด้านขอบเขตการบังคับใช้ กลไกความรับผิดชอบ สิทธิไต่เบี่ย การกำหนดบทบาทหน้าที่ และข้อบังคับเด็ดขาด โดย SMGS มีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับบริบทภูมิภาคอาเซียนมากกว่า

อย่างไรก็ตาม การศึกษาค้นคว้านี้แสดงให้เห็นข้อจำกัดหลักในเชิงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายกล่าวคือการขาดสถานะความเป็น “องค์การบูรณาการทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค” ของอาเซียน เฉกเช่นสหภาพยุโรป ความไม่พร้อมของกฎหมายภายในรัฐสมาชิก ประกอบกับความแตกต่างของระบบกฎหมาย โดยเฉพาะแนวคิดและวิถีและข้อจำกัดกลไกแบบอาเซียนที่ไม่มุ่งผูกพันทางกฎหมาย

ทั้งนี้ การผลักดันดังกล่าวผ่านกลไกของอาเซียนต้องใช้เวลาพัฒนาสถานะทางกฎหมายที่ต้องใช้เวลายาวนาน แนวทางการพัฒนาในระยะสั้นที่เห็นผลได้ในทางปฏิบัติจึงต้องดำเนินการโดยแต่ละรัฐสมาชิก การศึกษาค้นคว้านี้แสดงให้เห็นความเป็นไปได้จากปัจจัยทางภูมิรัฐศาสตร์ของอาเซียนที่จะพัฒนาความร่วมมือโดยการพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคี โดยเฉพาะประเทศไทยควรพิจารณาเข้าร่วมความตกลง SMGS ในระยะแรก ด้วยเหตุที่ปัจจัยสำคัญด้านภูมิรัฐศาสตร์กับประเทศเพื่อนบ้าน พร้อมจัดทำกฎหมายเฉพาะครอบคลุม 28 หลักการสำคัญ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการกำหนดนโยบายในการวางตำแหน่งของประเทศไทย เพื่อเป็นผู้นำในการพัฒนากลไกและระบบกฎหมายสัญญาการขนส่งสินค้าทางรางระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค

ท้ายที่สุด สำหรับอาเซียนควรพัฒนาสนธิสัญญาระดับภูมิภาค หรือยกระดับสถานะอาเซียนขึ้นเป็นองค์การบูรณาการทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค เพื่อเข้าร่วมความตกลงระหว่างประเทศในนามองค์การระหว่าง

ประเทศในระดับภูมิภาค ซึ่งมีความจำเป็นสำหรับการบูรณาการเศรษฐกิจภูมิภาคทั้งยังเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนเจตจำนงร่วมกันในการเชื่อมโยงและเชื่อมต่อประชาคมอาเซียนเข้ากับโครงการและระบบการขนส่งทางรางเข้ากับทวีปต่าง ๆ ที่จะมีในอนาคต

คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

1. วัตถุประสงค์

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า (Nitipat NIDA Law Journal) มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่องค์ความรู้ ผลงานทางวิชาการและผลงานวิจัยทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงกฎหมายเพื่อการพัฒนา สังคมวิทยากฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ นิติปรัชญาและสาขาอื่นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย และเพื่อพัฒนาคุณภาพงานตีพิมพ์วารสารให้เป็นไปตามมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับประเทศและระดับสากล

2. กำหนดการตีพิมพ์

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์ผลงานวิชาการ ที่เขียนขึ้นโดยบุคลากร ทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย โดยจัดพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ทุก 6 เดือน ดังนี้

ฉบับที่ 1/.... เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2/.... เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

3. คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

3.1 ใช้รูปแบบการเขียนและภาษาที่เหมาะสมกับลักษณะของบทความทางวิชาการอันเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไป ไม่มีการคัดลอกผลงานของผู้อื่น และมีการตรวจทานต้นฉบับทั้งในส่วนของการเขียน รูปแบบ การอ้างอิง การสะกดคำ และไวยากรณ์แล้วเป็นอย่างดี

3.2 จัดพิมพ์บทความด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยใช้ขนาดกระดาษ A4 แบบหน้าเดียว ความยาวไม่เกิน 25 หน้า เว้นระยะห่างจากขอบบน 1 นิ้ว ขอบซ้าย 1 นิ้ว ขอบขวา 1 นิ้ว และขอบล่าง 1 นิ้ว ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK เว้นวรรคบรรทัดเดียว (Single-line spacing) โดยผู้เขียนสามารถใช้แบบฟอร์มของวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า ซึ่งสามารถดาวน์โหลดได้ที่ law.nida.ac.th/journal

3.3 องค์ประกอบของบทความต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.3.1 ชื่อเรื่อง (Title)

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 18 พอยต์ ตัวหนา

3.3.2 บทคัดย่อ (Abstract)

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยอธิบายเป็นเรียงความย่อหน้าเดียวที่มีใจความครบถ้วน

อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ ความสำคัญของบทความ และบทสรุป

ชื่อหัวข้อของบทคัดย่อ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทคัดย่อ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Abstract”

3.3.3 คำสำคัญ (Keyword)

จำนวน 3-5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

ชื่อหัวข้อของคำสำคัญ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา
โดยภาษาไทยใช้คำว่า “คำสำคัญ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Keywords”

3.3.4 บทนำ (Introduction)

ชื่อหัวข้อของบทนำ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา
โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทนำ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Introduction”

3.3.5 เนื้อหา ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

3.3.6 บทสรุป ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

4. รูปแบบการอ้างอิง (เชิงบรรณ)

วิธีการอ้างอิงประยุกต์จากแบบ The Oxford Standard for Citation of Legal Authorities (OSCOLA) (ที่มา: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)
ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 พอยต์ ยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

หนังสือ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่ง, ชื่อหนังสือ (พิมพ์ครั้งที่, สำนักพิมพ์ ปีที่พิมพ์) เลขหน้าที่อ้างอิง.

บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 123.

ภาษาอังกฤษ

author, title (additional information, edition, publisher year) page number.

Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, OUP 2004) 317.

บทความ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่งบทความ, ‘ชื่อบทความ’ (ปีที่พิมพ์) ฉบับที่ ชื่อวารสาร หน้าแรกของบทความ, เลขหน้าที่อ้างอิง.

มนตรี เกิดมีมูล, ‘ความพร้อมของข้าราชการไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน’ (2560) 57 วารสารพัฒนบริหารศาสตร์ 152, 158-159.

ภาษาอังกฤษ

author, ‘title’(year) Volume No. Journal’s Name or Abbreviation first page, referred page(s).

Alison L Young, ‘In Defence of Due Deference’ (2009) 72 MLR 554, 556-557.

บทความจากหนังสือรวบรวมบทความ**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งบทความ, ‘ชื่อบทความ’ ใน ชื่อผู้รวบรวมบทความ, ชื่อหนังสือ (พิมพ์ครั้งที่, สำนักพิมพ์ ปีที่พิมพ์) เลขหน้าอ้างอิง.

สุจิตต์ วงษ์เทศ, ‘ประวัติศาสตร์ไทยเป็นส่วนหนึ่งที่แยกไม่ได้ของประวัติศาสตร์สุวรรณภูมิในอาเซียน’ ใน พิพัฒน์ กระแจะจันทร์, ยุคมีดของประวัติศาสตร์ไทย หลังบายน พุทธเถรวัท การเข้ามาของคนไท (สำนักพิมพ์มติชน 2559) 123.

ภาษาอังกฤษ

author, ‘title’ in editor (ed) book title (additional information, publisher year)/ referred page(s).

Justine Pila, ‘The Value of Authorship in the Digital Environment’ in William H Dutton and Paul W Jeffreys (eds), *World Wide Research: Reshaping the Sciences and Humanities in the Century of Information* (MIT Press 2010) 23.

วิทยานิพนธ์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งวิทยานิพนธ์, ‘ชื่อวิทยานิพนธ์’(วิทยานิพนธ์ปริญญาโท-เอก, ชื่อมหาวิทยาลัย ปีที่สำเร็จการศึกษา).

นัทมน คงเจริญ, ‘การใช้กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ช้างในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2538).

ภาษาอังกฤษ

Author, ‘title’ (type of thesis, university year of completion).

Javan Herberg, ‘Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment’ (DPhil thesis, University of Oxford 1989).

เว็บไซต์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่ง, ‘ชื่อข้อความที่อ้าง’ (แหล่งที่มา, วันเดือนปี ที่ลงบทความ) <ชื่อเว็บไซต์> สืบค้นวันที่ วัน เดือน ปี.

ปรีชา สุวรรณทัต, ‘Government Shutdown /การเมืองเรื่องการงบประมาณของสหรัฐ’ (แนวหน้า, 9 กุมภาพันธ์ 2561) <<http://www.naewna.com/politic/columnist/33994>> สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561.

ภาษาอังกฤษ

Author, 'title' (source, date of publication on the website) <web address> accessed Day Month Year.

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (Naked Law, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

หนังสือพิมพ์

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่ง, 'ชื่อบทความในหนังสือพิมพ์' ชื่อหนังสือพิมพ์ (เมืองที่พิมพ์, วันที่เผยแพร่) <ชื่อเว็บไซต์> สืบค้นวันที่.

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'พลังสร้างสรรค์ ถูกทำให้ฟ่อ ด้วยพลังของความเป็นไทย' หนังสือพิมพ์มติชน, (กรุงเทพมหานคร, 21 พฤษภาคม 2561) <https://www.matichon.co.th/article/news_969609> สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561.

ภาษาอังกฤษ

Author, 'title' / (the name of the newspaper / date of publication on the website) <web address>
the date of most recent access

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' Financial Times (London, 1 July 2010)
accessed
3 July 2019.

การอ้างอิง

1. ในกรณีที่ไม่มีเชิงอรรถอื่นมาก่อน

1.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้ เพ็ญอ้าง

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

เพ็ญอ้าง

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

เพ็ญอ้าง 33-35.

1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ *ibid.*

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

Ibid.

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาคั่น

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้

ชื่อผู้แต่ง ('เชิงอรรถ' เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) เลขหน้าที่อ้างอิงถึง.

มนตรี เกิดมีมูล (เชิงอรรถ 19) 155.

2.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้

Author' surname, 'work title' (n first cited footnote) page number.

Ashworth, 'Testing Fidelity to Legal Values' (n 27) 635-37.

5. วิธีการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์

ผู้เขียนสามารถส่งบทความผ่านระบบ ThaiJO (Thai Journal Online) ในรูปแบบของไฟล์ Word โดยทำตามคำแนะนำก่อนส่งบทความเกี่ยวกับการไม่ระบุตัวตนของผู้เขียนตามระบบ Thaijo ซึ่งสามารถเข้าถึงลิงก์ได้ ดังนี้

<https://so04.tci-thaijo.org/index.php/nitipat/about/submissions>

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ไหนมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องได้รับการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded การพิจารณารับตีพิมพ์บทความขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด

ประกาศจริยธรรมวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า

จริยธรรม หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์

1. ผู้นิพนธ์รับรองว่าบทความหรือผลงานที่ส่งเพื่อตีพิมพ์ลงในวารสารจะต้องไม่เคยตีพิมพ์ที่ไหนมาก่อนหรืออยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารหรือสิ่งพิมพ์ทางวิชาการอื่น
2. ผู้นิพนธ์และผู้นิพนธ์ร่วมได้สร้างสรรค์ผลงานที่ส่งเพื่อตีพิมพ์ด้วยตนเอง โดยจะต้องไม่มีส่วนใดที่เป็นการลอกเลียนผลงานวิชาการทั้งของตนเองและผู้อื่น และมีการอ้างอิงผลงานอย่างครบถ้วนและถูกต้องตามหลักวิชาการ
3. ผู้นิพนธ์ไม่สร้างข้อมูลเท็จหรือบิดเบือนข้อมูลในการรายงานผลการวิจัย และรับรองว่าผลงานที่ส่งตีพิมพ์จะไม่มีส่วนใดที่สื่อได้ว่าหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาของบุคคลอื่น
4. ผู้นิพนธ์ต้องปฏิบัติตามจริยธรรมในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นผู้นิพนธ์อย่างเคร่งครัด โดยระบุรายชื่อของผู้นิพนธ์และผู้นิพนธ์ร่วมทั้งหมดตามจริง การเรียงลำดับชื่อผู้นิพนธ์ร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกัน และแสดงให้เห็นถึงนัยสำคัญของการมีส่วนร่วมในการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง ชื่อผู้นิพนธ์ทุกชื่อที่ปรากฏในบทความจะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมอย่างสำคัญในการทำวิจัยและไม่ละเลยหรือตัดชื่อบุคคลที่มีส่วนสำคัญในการทำวิจัยคนใดออกจากบทความ
5. หากมีผู้นิพนธ์หลายคน ผู้นิพนธ์ทุกคนจะต้องเห็นชอบกับต้นฉบับบทความและเห็นชอบกับการส่งต้นฉบับบทความนั้นให้วารสารพิจารณาตีพิมพ์
6. ผู้นิพนธ์จะต้องชี้แจงถึงแหล่งสนับสนุนในทางการเงินหรือทางอื่นใดในการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ รวมถึงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (ถ้ามี)
7. ผู้นิพนธ์จะต้องแจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบว่ามีข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

จริยธรรม หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

1. รักษาความลับ เคารพความเป็นส่วนตัวของผู้นิพนธ์ ไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับบทความในระหว่างที่บทความนั้นยังไม่ได้รับการตีพิมพ์
2. ประเมินคุณภาพบทความด้วยความเป็นกลาง ปราศจากอคติ การประเมินผลงานจะต้องไม่ใช่ภาษาที่ไม่สุภาพ ไม่เหมาะสม แสดงความดูถูกหรือไม่ให้เกียรติผลงานที่ประเมิน
3. เปิดเผยให้กองบรรณาธิการรับทราบกรณีที่ผู้ประเมินมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผลงานที่ประเมิน และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้น
4. ไม่เสนอแนะให้ผู้นิพนธ์อ้างอิงผลงานใดด้วยเจตนาเพิ่มจำนวนการอ้างอิงของผลงานของตนหรือพวกพ้อง
5. ส่งผลการประเมินตามกำหนดเวลา
6. หากพบว่าผู้นิพนธ์บทความกระทำความผิดจรรยาบรรณ เช่น ลอกเลียนผลงานวิชาการ บิดเบือนผลการวิจัย หรือใช้ผลการวิจัยเท็จ ต้องแจ้งให้กองบรรณาธิการทราบ

จริยธรรม หน้าทีและความรับผิดชอบของกองบรรณาธิการ

1. ประกาศรับสมัครส่งบทความเพื่อตีพิมพ์และวิธีปฏิบัติในการจัดเตรียมบทความต้นฉบับพร้อมรายละเอียดที่เกี่ยวข้องสำหรับผู้สนใจและสาธารณชนทั่วไป กรณีที่มีการเก็บค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์ ค่าดำเนินการจัดการต้นฉบับ หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดจากผู้พิมพ์ จะต้องมีการประกาศเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และอัตราจัดเก็บที่ชัดเจนให้ผู้สนใจและสาธารณชนทั่วไปรับทราบด้วย
2. พิจารณาและคัดเลือกตีพิมพ์บทความตามคุณภาพของบทความ ภายใต้วัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย โดยจัดให้มีกระบวนการประเมินคุณภาพบทความที่ปราศจากอคติ เป็นธรรมและไม่ลำเอียง โดยผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานั้น ๆ
3. ไม่มีส่วนในการตัดสินใจคัดเลือกบทความที่ตนเป็นผู้พิมพ์หรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือเผยแพร่บทความของตนเองเป็นจำนวนมากอย่างมีนัยสำคัญ
4. ดำเนินการอย่างเหมาะสมในกรณีตรวจพบการตีพิมพ์ซ้ำ การใช้ข้อมูลการวิจัยซ้ำซ้อนโดยไม่ได้รับอนุญาต และ/หรือไม่มีการอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลอย่างถูกต้อง กรณีที่สงสัยว่ามีการกระทำผิดจริยธรรมหรือจรรยาบรรณ กองบรรณาธิการจะดำเนินการตรวจสอบหลักฐานให้แน่ชัด ดำเนินการแจ้งและเปิดโอกาสให้ผู้พิมพ์ได้ชี้แจงก่อนปฏิเสธตีพิมพ์บทความนั้น
5. ไม่เปิดเผยข้อมูลผู้พิมพ์และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องในระหว่างที่การประเมินบทความยังดำเนินอยู่ และไม่เปิดเผยเนื้อหาหรือข้อมูลในบทความในระหว่างที่บทความนั้นยังไม่ได้รับการตีพิมพ์
6. ไม่ใช้วิธีการบังคับ ควบคุมให้เกิดการอ้างอิงผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารเพื่อเพิ่มจำนวนการอ้างอิงอย่างไม่เหมาะสม
7. มีช่องทางรับฟังความเห็นเกี่ยวกับการตัดสินใจของกองบรรณาธิการและข้อร้องเรียนเกี่ยวกับบทความที่ตีพิมพ์ในวารสาร
8. ไม่เพิกเฉยกรณีพบข้อผิดพลาดหรือประเด็นด้านจริยธรรมการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับบทความที่ตีพิมพ์ในวารสาร และกรณีที่พบว่ามีความผิดทางจริยธรรมการวิจัยอย่างร้ายแรง ดำเนินการปฏิเสธหรือพิจารณาถอดบทความจากการตีพิมพ์

บทความ

อิทธิพลของบริบททางสังคมและกฎหมายต่อการสร้าง
ครอบครัวในสังคมไทย : ศึกษาเปรียบเทียบครอบครัวของ
คนไทยพุทธและคนไทยมุสลิม

ภคพล เส้นขาว, จัตุรชัย เอมราช

กระบวนการหาตัวผู้หมั้นประเภททางออนไลน์โดยนิรนาม
ภายใต้กฎหมายไทย: ข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมาย

ชีวัน มัลลิกะมาสย์

กฎหมายอย่างอ่อน: ในบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคง
และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

กิริวัฒน์ ประทุมทอง

Legal Frameworks for Green Hydrogen Subsidies :
Comparative Lessons for Thailand's Energy Transition

Chirat Keawchaum, Supanee Keawchaum

โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนากฎหมายสัญญารับขนส่งสินค้า
ทางรางระหว่างประเทศของประเทศไทยให้สอดคล้องกับ
หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางราง

เกียรติพร อำไพ



กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
Tel: 0 2727 3662

E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

Website: <https://law.nida.ac.th/en/nitipat-nida-law-journal/>