



LAW
CHULA

Faculty of Law, Chulalongkorn University

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ISSN 2730-3918 (online)

วารสารนิติปริทัศน์

ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม) 2567



Nitiparitat Journal

Vol. 4 No. 2 (May) 2024

สารบัญ

บทความวิชาการ

- 1-9 การศึกษาและการวิเคราะห์เชิงนิติปรัชญาจากการกระทำของแอ็กเตอร์หมวดเทา
จรรุชา หมายสวัสดิ์
จรรุพร กล้ายาวัฒนเจริญ
ศุภกร วีระเพชร
สุวิจักขณ์ กิระวิทยา
พลิชฐ์ นริสรกุล
- 10-27 การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบและการศึกษาทางบริบทต่อกฎแห่งการรับรู้
(Rule of Recognition) ในสังคมไทย
พัชรกร ชัยมะโน
พีรณัฐ หัตถสงเคราะห์
สิริกาญจน์ จิ้งอิธิพานิช
วรพล รัตนวรารวงศ์
- 28-44 การห้ามผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นสื่อ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560
ตรีชฎา บุญจันทร์

บทความวิจัย

- 45-56 การกำกับดูแลกฎหมายและนโยบายของรัฐบาลท้องถิ่นในสมัยเขตปกครองพิเศษอาเจะห์
Rico Novianto Hafidz

Contents

Academic Articles

1-9 A study and legal philosophy analysis of Grey Hat Hacker's action

Jarucha Maisawat

Charuporn Kanrayawatthanajaroen

Supakorn Veerapetch

Suvijuck Kiravitaya

Pasit Naritkul

10-27 Unveiling the Rule of Recognition in Thai Society:

A Comparative Analysis and Contextual Examination

Patcharakorn Chaimano

Piranuch Hattasongkroh

Sirikan Jungteerapanich

Worapon Rattanawarawong

**28-44 Prohibiting Politician Officers from Being the Owners of, or Shareholders in the
Media Business according to the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E.
2560 (2017)**

Threechada Boonchan

Research Articles

**45-56 Regulatory Implementation in Aceh Special Autonomy Era by
Local Government**

Rico Novianto Hafidz

การศึกษาและการวิเคราะห์เชิงนิติปรัชญาจากการกระทำของแฮ็กเกอร์หมวกเทา
A study and legal philosophy analysis of Grey Hat Hacker's action

จารุชา หมายสวัสดิ์

Jarucha Maisawat

จารุพร กัลยาวัฒนเจริญ

Charuporn Kanrayawatthanajaroen

ศุภกร วีระเพ็ชร

Supakorn Veerapetch

สุวิจักขณ์ กิระวิทยา

Suvijuck Kiravitaya

พลิชฐ์ นริสรกุล

Pasit Naritkul

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL. B Candidates

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Wangmai, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author e-mail: 6340026934@student.chula.ac.th

(Received: March 29, 2024; Revised: April 1, 2024; Accepted: April 1, 2024)

บทคัดย่อ

ในยุคโลกาภิวัตน์ที่เทคโนโลยีสารสนเทศมีการพัฒนาอย่างก้าวกระโดด ทำให้อาชญากรรมไซเบอร์เป็นหนึ่งในอาชญากรรมที่ต้องเฝ้าระวัง แต่อย่างไรก็ดี อาชญากรทางไซเบอร์เหล่านี้ก็อาจจะได้เจตนาที่มุ่งร้ายเสมอไป แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้น อาชญากรเหล่านี้เป็นกลุ่มแฮ็กเกอร์หมวกเทา หรือที่เรียกกันในนามว่า Gray Hat Hacker อันจัดว่าเป็นกลุ่มอาชญากรที่ไม่มีความชัดเจนทางศีลธรรม เช่น กลุ่มนักเคลื่อนไหวที่ใช้เทคโนโลยีในการแฮ็กข้อมูล (Hacktivist) และผู้ให้เบาะแส (Whistleblower)

แฮ็กเกอร์หมวกเทานั้นมักจะมีเป้าหมายเป็นหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ที่มองว่าไม่ถูกต้อง/ไม่สอดคล้องกับแนวคิดของพวกเขา ไม่ว่าจะเป็นประเด็นความเห็นทางการเมืองหรือการดำเนินการบางอย่าง จึงได้มีการก่ออาชญากรรมไซเบอร์เพื่อเป็นการต่อต้าน

ในบทความนี้ทำการศึกษาและวิเคราะห์หลักการทางนิติปรัชญาต่าง ๆ เช่น การอภิปรายของฮาร์ทและฟูลเลอร์ ความคิดเห็นของดอว์กิน เพื่อพิสูจน์ความชอบธรรมจากการกระทำของแฮ็กเกอร์หมวกเทา

คำสำคัญ : แฮ็กเกอร์หมวกเทา, อาชญากรรมไซเบอร์, นิติปรัชญา

Abstract

In the age of globalization, technology has been evolving persistently. Putting cybercrimes at the forefront of specific priority crime threats. However, cybercrimes do not

always communicate the bad intentions of the miscreant. These criminals may fall into the category of morally ambiguous felons or gray-hat hackers, such as hacktivists and whistleblowers.

These morally ambiguous hackers typically target entire Industries or specific organizations that they consider to not align with their political views or practices. In which they respond with a cyber-attack.

This article aims to discuss the principles of the philosophy of law that may justify gray-hat hackers' actions. For instance, Hart and Fuller's Debate on Law and Morality Ronald Dworkin's theory may confer validity on gray-hat hackers' actions.

Keywords : Gray-hat hackers, Cybercrimes, Philosophy of law

1. บทนำ

ในยุคโลกาภิวัตน์เทคโนโลยีได้พัฒนาไปไกลและอาชญากรรมไซเบอร์เป็นอาชญากรรมที่ต้องเฝ้าระวัง การกระทำของกลุ่มที่ไม่มีความชัดเจนทางศีลธรรมอย่างกลุ่มแฮ็กเกอร์หมวกเทา จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณา อย่างถี่ถ้วนเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนไป

ด้วยเหตุนี้ บทความนี้จึงต้องการที่จะยกแนวคิดและหลักการของนักปรัชญากฎหมายไม่ว่าจะเป็น สำนักคิดทางกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักคิดทางกฎหมายธรรมชาติ

เนื่องจากแฮ็กเกอร์หมวกเทานั้นมักจะมีเป้าหมายเป็นหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ที่มองไม่เห็นทางการเมืองหรือการดำเนินการบางอย่าง ซึ่งแฮ็กเกอร์เหล่านี้มองว่าไม่ถูกต้อง จึงได้มีการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ เพื่อเป็นการต่อต้าน จึงเป็นการกระทำที่สะท้อนถึงพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติโดยตรงคือกฎหมายนั้นมีรากฐานมาจากศีลธรรมต่าง ๆ ที่มีอยู่ในธรรมชาติ แม้จะขัดต่อหลักกฎหมายบ้านเมืองที่มองว่ากฎหมายนั้นมาจากรัฐธำณัติ

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงมุ่งเน้นที่จะตอบคำถามว่าการกระทำของแฮ็กเกอร์หมวกเทานั้นมีแนวคิด และหลักการของสำนักกฎหมายใดบ้างที่จะพิสูจน์ความชอบธรรมของการกระทำของแฮ็กเกอร์เหล่านี้

โดยในหัวข้อที่ 2 จะเป็นการบรรยายถึงความหมาย ความเป็นมา ประเภท และลักษณะแต่ละประเภทของแฮ็กเกอร์

ในหัวข้อที่ 3 จะเป็นการพูดถึงแนวคิดและหลักการเชิงนิติปรัชญาที่เกี่ยวข้องกับแฮ็กเกอร์โดยในเบื้องต้นจะเป็นการอธิบายแนวคิดของ ฮาร์ท (Herbert Lionel Adolphus Hart) ในเรื่อง Rules of Recognition หรือ แนวคิดที่สำคัญเรื่องกฎที่กำหนดกฎเกณฑ์การรับรองความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ แนวคิดของฟูลเลอร์ (Lon L. Fuller) และแนวคิดของดวอร์กิน (Ronald Dworkin)

ในหัวข้อที่ 4 จะมีการวิเคราะห์เชิงนิติปรัชญาจากการกระทำของแฮ็กเกอร์หมวกเทา

ในหัวข้อที่ 5 จะมีการสรุปความคิดรวบยอดในการพิสูจน์ความชอบธรรมของการกระทำของกลุ่มแฮ็กเกอร์หมวกเทา

2. ความหมาย ความเป็นมา ประเภท และลักษณะแต่ละประเภทของแฮ็กเกอร์

ความปลอดภัยทางไซเบอร์ หรือ Cyber Security เป็นเทคโนโลยี กระบวนการและวิธีปฏิบัติที่ถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องเครือข่าย อุปกรณ์ โปรแกรมและข้อมูลจากการโจมตี ความเสียหายหรือการเข้าถึงจากบุคคลที่สามโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือแฮ็กเกอร์ แต่คำว่าแฮ็กเกอร์ตามพจนานุกรมนั้นมักหมายถึงผู้ที่สนใจเรียนรู้คอมพิวเตอร์อย่างจริงจังจนเกินไปและที่มีความชำนาญในการใช้คอมพิวเตอร์ไปในทางที่ผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นการแสดงนิยามของแฮ็กเกอร์หมวกดำ ซึ่งเป็นประเภทย่อยคำว่าของคำแฮ็กเกอร์เท่านั้น เมื่อความหมายในพจนานุกรม ไม่สามารถนิยามความหมายของคำนี้ได้ครอบคลุม จึงสามารถอนุมานได้ว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่ นั้นก็ยังไม่สามารถออกกฎหมายที่ครอบคลุมทุกประเภทของแฮ็กเกอร์ได้

โดยคำว่าแฮ็กเกอร์นั้นสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ แฮ็กเกอร์หมวกดำ แฮ็กเกอร์หมวกขาว และแฮ็กเกอร์หมวกเทา โดยแต่ละประเภทมีลักษณะดังต่อไปนี้

แฮ็กเกอร์หมวกดำ (Black Hat Hacker) เป็นแฮ็กเกอร์ที่มีเจตนาสร้างความเสียหายแก่เป้าหมายเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว

แฮ็กเกอร์หมวกขาว (White Hat Hacker) เป็นแฮ็กเกอร์ประเภทเดียวที่ถูกจัดว่าเป็นความปลอดภัยทางไซเบอร์ เนื่องจากแฮ็กเกอร์กลุ่มนี้ถูกว่าจ้างจากนิติบุคคลหรือปัจเจกชนเพื่อทำการเจาะระบบเพื่อหาช่องโหว่และจุดอ่อนแอของระบบนั้น จึงเป็นแฮ็กเกอร์ประเภทเดียวที่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย

แฮ็กเกอร์หมวกเทา (Grey Hat Hacker) นั้นเป็นแฮ็กเกอร์ที่จะทำการเจาะระบบเพื่อเอาข้อมูลต่าง ๆ มาโดยผิดกฎหมายเช่นเดียวกับแฮ็กเกอร์หมวกขาว แต่ไม่มีเจตนาสร้างความเสียหาย แต่ในบางกรณีจะมีสร้างความเสียหายบ้าง แต่ความเสียหายนั้นเกิดจากการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม ทำให้การกระทำทางไซเบอร์หลายรูปแบบสามารถนำมาจัดเป็นประเภทย่อยของแฮ็กเกอร์ประเภทนี้ได้ เช่น Hacktivist และ Whistleblower

Hacktivist หรือกลุ่มนักเคลื่อนไหวที่ใช้เทคโนโลยีในการแฮ็กข้อมูล โดยอาจเคลื่อนไหวตามลำพังหรืออาจทำงานรวมกันเป็นกลุ่ม นักเคลื่อนไหวเหล่านี้มีเป้าหมายในการเคลื่อนไหวได้หลายประเด็น แต่โดยรวมแล้วเป็นการเคลื่อนไหวต่อต้านเพื่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงด้านความเสมอภาคและเสรีภาพ เช่น กลุ่มแฮ็กเกอร์ที่มีชื่อว่า “แอนโนนิมัส” (Anonymous) ที่ในช่วงแรกนั้นเป็นแฮ็กเกอร์หมวกเทาตามคำนิยามทั่วไป แต่การกระทำที่ทำให้กลุ่ม Anonymous ได้กลายเป็น Hacktivist คือการปฏิบัติการในปี ค.ศ. 2008 ที่ได้โจมตีลัทธิไซแอนโทโลจี (Church of Scientology) โดยรูปแบบ Distributed Denial of Service (DDoS) ซึ่งเป็นการโจมตีทางไซเบอร์รูปแบบหนึ่งที่มีรูปแบบการโจมตี คือ แฮ็กเกอร์จะทำการส่งคำขอเข้าถึงข้อมูลจากหลายที่ไปยังเว็บไซต์ที่ต้องการโจมตีพร้อม ๆ กัน ทำให้เว็บไซต์นั้นมีปริมาณ Traffic มากเกินกว่าที่ Server ของเว็บไซต์นั้นจะสามารถรองรับได้¹ ส่งผลให้เว็บไซต์ของไซแอนโทโลจีไม่สามารถใช้งานได้อย่างต่อเนื่องเป็นเวลานานกว่าหนึ่งสัปดาห์ ควบคู่ไปกับการประท้วงที่สำนักงานไซแอนโทโลจีหลายแห่ง หรือการที่กลุ่ม Anonymous มีความพยายามโจมตีกลุ่มผู้ก่อการร้าย ISIS โดยทำการสกัดยุทธวิธีหาแนวร่วมของ ISIS ไม่ว่าจะเป็นผ่านเว็บไซต์และโซเชียลมีเดียต่อเนื่อง² แม้เจตนารมณ์ของกลุ่ม Anonymous ยังไม่เป็นที่แน่ชัด แต่ก็มีความกระหึ่มได้คาด

¹ Kanlaya Wonggate, 'DDoS คืออะไร? ทำไมเว็บไซต์ชื่อดังถึงล่ม?' (Nipa Cloud, 17 ธันวาคม 2564) <<https://nipa.cloud/th/blog/what-ddos-is>>

² จักรกฤษณ์ สิริริน, 'Activist + Hacker = Hacktivist' (Matichon Weekly, 14 ตุลาคม 2565) <https://www.matichonweekly.com/column/article_613116>

เดว่ากลุ่ม Anonymous จะโจมตีผู้ใดก็ตามที่ขัดขวางเสรีภาพในการรับข่าวสารของประชาชน³ หรือกลุ่มนักเคลื่อนไหวที่ใช้เทคโนโลยีอีกกลุ่มหนึ่งที่เรียกตัวเองว่า Impact Team ได้ทำการเจาะข้อมูลของเว็บไซต์ Ashley Madison โดยประกาศว่าจะเผยแพร่ข้อมูลเว้นแต่บริษัทแม่ของแมดิสันจะปิดเว็บไซต์ลง เนื่องจากเป็นเว็บไซต์สำหรับผู้แต่งงานแล้วที่ไม่ได้มองหา “ความรัก” แต่มองหา “ความสัมพันธ์” ตามที่ค่านิยมของโฆษกของ Ashley Madison ได้กล่าวไว้เมื่อเว็บไซต์ได้เข้ามาเปิดบริการในประเทศไทย แต่คำเปรยของเว็บไซต์นี้อาจแสดงถึงเป้าหมายของเว็บไซต์นั้นได้ดีว่า “Life is Short. Have an Affair.” หรือ “ชีวิตมันสั้น อย่าก้มหน้าต้องมึน” ซึ่งทำให้เกิดปัญหาเชิงศีลธรรมตามมาแม้ตัวเว็บไซต์จะประกาศว่าไม่สนับสนุนการนอกใจก็ตาม⁴ เมื่อบริษัทแม่ของแมดิสันไม่ได้ทำการปิดบริการเว็บไซต์ Ashley Madison ลง Impact Team จึงได้ทำการเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลที่น่าจะต้องถูกลบออกจากระบบด้วย ในกรณีที่ลูกค้าเริ่มรู้สึกผิดต่อคู่สมรสของตัวเอง และอยากเลิกใช้บริการจึงจ่ายค่าบริการเพิ่มเพื่อลบข้อมูลนั้น⁵ การเผยแพร่นี้สร้างความเสียหายเป็นอย่างมากและทำให้ผู้ใช้บริการจบชีวิตตัวเองลงอย่างน้อย 2 คน แต่ Hacktivist หรือกลุ่มนักเคลื่อนไหวที่ใช้เทคโนโลยีในการแฮ็กข้อมูลนี้มักไม่ถูกดำเนินคดีหรือตรวจสอบจากภาครัฐ

Whistleblower หรือผู้ให้เบาะแส เป็นบุคคลที่เตือนภัยหรือเปิดโปงว่าองค์กร หน่วยงาน หรือประเทศได้มีการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งในบางกรณีผู้ให้เบาะแสก็ต้องทำการเจาะระบบหรือกระทำการบางอย่างที่ผิดกฎหมายเพื่อเปิดโปงองค์กรนั้น เช่น เอ็ดเวิร์ด โจนส์ สโนว์เดน อดีตผู้รับจ้างทางเทคนิคของสำนักงานความมั่นคงแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา (NSA) และอดีตนักวิเคราะห์ข่าวกรองแห่ง CIA หน่วยงานราชการด้านข่าวกรองต่างชาติของพลเมืองของรัฐบาลกลางสหรัฐ ได้ออกมาเปิดเผยว่า รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ทำการดักฟังและเก็บข้อมูลของประชาชนผ่านทางโทรศัพท์และอินเทอร์เน็ต และได้แพร่ไวรัสคอมพิวเตอร์ชนิดมัลแวร์สู่เครือข่ายคอมพิวเตอร์มากกว่า 5,000 เครือข่ายทั่วโลกเพื่อเก็บข้อมูล การเปิดโปงในครั้งนี้ทำให้สโนว์เดนต้องหลบหนีออกจากประเทศ⁶ และถูกฟ้องทั้งหมด 3 ข้อหา ได้แก่ จารกรรมข้อมูล เผยข้อมูลด้านกลาโหมโดยไม่ได้รับอนุญาต และขโมยทรัพย์สินของรัฐบาล ซึ่งมีโทษจำคุกรวมกันสูงสุดถึง 30 ปี ในขณะเดียวกัน Whistleblower ในกรณีอื่น เช่น ในกรณีของเธรานอส (Theranos) สตาร์ทอัพเครื่องตรวจเลือดซึ่งอ้างว่าเป็นเครื่องตรวจเลือดที่สามารถจับโรคภัยได้ด้วยเลือดไม่กี่หยดในเวลาอันรวดเร็ว ซึ่ง Tyler Shultz และ Erika Cheung อดีตนักวิทยาศาสตร์ของบริษัทได้ออกมาเปิดเผยว่าเทคโนโลยีตรวจเลือดที่กล่าวอ้างของเธรานอสนั้น แท้จริงแล้วใช้งานไม่ได้ตามที่โฆษณาเอาไว้ ซึ่งการเปิดโปงในครั้งนี้ทำให้เอลิซาเบธ โฮล์มส์ ผู้ก่อตั้งบริษัทเธรานอสกับนวัตกรรมที่จะเข้ามาพลิกโฉมวงการแพทย์นี้ มีความผิดฐานความผิดฉ้อโกง 4 ข้อหาจากทั้งหมด 11 ข้อหา โดยมี 3 ข้อหาที่เป็น ‘Wire fraud’ หรือการฉ้อโกงผ่านการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ และอีก 1 ข้อหาเป็นข้อหาสมคบกันฉ้อโกง (Conspiracy to commit wire fraud) แต่ละข้อหาโทษจำคุกสูงสุด 20 ปี และผู้ให้เบาะแสทั้งสองนั้นกลายเป็นพยานในคดี แม้ทั้งสองกรณีจะมีจุดมุ่งหมายเพื่อเปิดโปงว่าองค์กร หน่วยงาน หรือประเทศได้มีการกระทำที่ผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน

³ K. Bott, 'Hacktivist เขาคือใครในสงครามไซเบอร์?' (GQ Thailand, 24 เมษายน 2560) <<https://www.gqthailand.com/culture/article/who-is-hacktivist>>

⁴ 'สัมพันธ์ลับสุดหมิ่นเหม่? แบบ Ashley Madison' (Forbes Thailand, 16 เมษายน 2558) <<https://forbesthailand.com/forbes-life/ashley-madison>>

⁵ มาร์ค Blognone, 'เมื่อเว็บไซต์ “หาซู่” โดนแฮ็ก!!' (Thairath, 27 สิงหาคม 2558) <<https://www.thairath.co.th/news/tech/521084>>

⁶ 'Isolated, therefore I am' (The 101.World, 28 มิถุนายน 2560) <<https://www.the101.world/isolated-therefore-i-am/?fbclid=IwAR2ncqDljxsw9OVsTmx29zw-dFop0iVWOsxesENnjZrGZf5dGDp-D0KUNM>>

จากกรณีในข้างต้นจึงทำให้เกิดคำถามว่าอะไรคือขอบเขตของแอ็กเกอร์หมวกเทาแบบกลุ่มนักเคลื่อนไหวที่ใช้เทคโนโลยีในการแอ็กข้อมูล และผู้ให้เบาะแส ที่จะไม่ถูกดำเนินคดีหรือตรวจสอบจากภาครัฐ แม้ว่าการกระทำเหล่านี้จะถือว่าเป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์เมื่อพิจารณาจากกฎหมายในแง่ข้อเท็จจริง (Positivism) หรือกฎหมายบ้านเมือง นำไปสู่การพิจารณาประกอบหลักแนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

3. แนวคิดและหลักการเชิงนิติปรัชญาที่เกี่ยวข้องกับแอ็กเกอร์

ในความคิดเห็นของฮาร์ทนั้นฮาร์ทมองว่ากฎหมายและศีลธรรมนั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด ไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงศีลธรรมแต่อย่างใดเลยก็สามารถสร้างกฎหมายให้สมบูรณ์ได้ หากเพียงแต่เราสามารถใช้ศีลธรรมในการตีความนี้เป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับศีลธรรมหรือไม่ โดยการสมบูรณ์ของกฎหมายนั้นเพียงแค่ทำตามวิธีการบัญญัติกฎหมายให้ถูกต้องก็เป็นพอ เพียงเท่านั้นก็จะสมบูรณ์เป็นกฎหมายได้แล้ว นอกจากนี้กฎหมายที่ขาดศีลธรรมก็ยังสามารถสมบูรณ์เป็นกฎหมายได้หากได้กระทำตามขั้นตอนที่กล่าวมาข้างต้นอย่างถูกต้อง จะเห็นได้ว่า กฎหมายและศีลธรรมในความคิดของฮาร์ทนั้นถูกแบ่งแยกกันอย่างชัดเจน⁷ ไม่มีความเกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด เพียงแต่สามารถใช้ศีลธรรมเข้ามาเพื่อพิจารณาว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ดีหรือไม่เพียงเท่านั้น

นอกจากนี้ ในความคิดเห็นของฮาร์ทนั้นฮาร์ทยังมองว่ากฎหมายนั้นมีอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ กฎหมายปฐมภูมิ และกฎหมายทุติยภูมิ โดยกฎหมายปฐมภูมินั้น คือ กฎหมายที่ถูกกำหนดเพื่อสร้างหน้าที่ของบุคคลในสังคมว่าต้องทำอะไรและห้ามทำอะไร และกฎหมายทุติยภูมินั้น คือ กฎหมายที่คนในสังคมยอมรับและนำเข้ามาปรับใช้กับสภาพสังคมนั้น โดยที่เรียกว่ากฎแห่งการยอมรับ (Rule of recognition) ซึ่งเป็นการยอมรับกฎหมายปฐมภูมิเข้ามาเป็นกฎของสังคมนั้น⁸ เพราะฉะนั้นสิ่งที่สำคัญในการที่จะเป็นกฎของสังคมหรือกฎหมายนั้นต้องได้รับการยอมรับจากผู้ใช้อย่างแน่นอน อย่างไรก็ตาม ในขั้นของการยอมรับกฎหมายทุติยภูมินั้นการยอมรับนั้นเป็นเพียงการยอมรับจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น โดยที่ประชาชนในสังคมนั้นต้อง “ปฏิบัติตามกฎหมายปฐมภูมิ” แต่ไม่จำเป็นต้อง “ยอมรับ” กฎหมายทุติยภูมิ มีเพียงแค่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่จำเป็นต้อง “ยอมรับ” กฎหมายทุติยภูมิเท่านั้น และทั้งประชาชนและนิติบัญญัติไม่มีความจำเป็นต้อง “ยอมรับ” กฎหมายปฐมภูมิ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายก็ต้องได้รับการยอมรับจากทางใดทางหนึ่ง มิเช่นนั้นก็จะไม่เป็นกฎหมาย เนื่องจากจะไม่มีใครกดดันทางสังคมหากว่าคนในสังคมทั้งหมดไม่ได้ยอมรับกฎหมาย เพราะฉะนั้นกฎหมายจึงไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของศีลธรรมหรืออำนาจ แต่ตั้งอยู่บนการยอมรับของผู้มีอำนาจนิติบัญญัติ⁹

ในทางกลับกันแล้ว มุมมองถึงความเกี่ยวข้องระหว่างกฎหมายและศีลธรรมมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงสำหรับนักนิติปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติอย่าง Lon Fuller ซึ่งเห็นว่ากฎหมายคือ “องค์รวมแห่งพฤติกรรมมนุษย์ในการกำกับกฎ”¹⁰ ฟูลเลอร์เชื่อว่าจุดประสงค์ของกฎหมายคือ เพื่อคงไว้ซึ่งประสงค์แห่ง

⁷ Kaila Morin, ‘Bridging the conceptual gap between law and morality: a critical response to H.L.A. Hart’s the concept of law’ (2011) 1 UCL Journal of Law and Jurisprudence 120, 125.

⁸ William C. Starr, ‘Law and Morality in H.L.A. Hart’s Legal Philosophy’ (1984) 67 Marquette Law Review 673, 677.

⁹ Michael Payne, ‘The Basis of Law in Hart’s “The Concept of Law”’ (1978) 9 The Southwestern Journal of Philosophy 11, 12-13.

¹⁰ Lon Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed. (Yale University Press, 1969) 106.

ศีลธรรมและต้องการทำให้หลักแนวคิดอันเป็นธรรมชาติอย่างประเด็นของศีลธรรมมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น ด้วยการตั้งหลักนิติธรรม¹¹ เพื่อตัดสิน “ความชอบธรรม” ของกฎหมาย

แนวคิดของฟุลเลอร์ในประเด็นของความเกี่ยวข้องระหว่างศีลธรรมนั้นเป็นการขัดกับฮาร์ทที่เห็นว่ากฎหมายไม่ใช่สิ่งที่ต้องพิเคราะห์ว่าชอบธรรมในเชิงของแนวคิดทางศีลธรรมหรือไม่ ถึงแม้จะเป็นกฎหมายที่ขัดต่อสามัญสำนึกก็มิได้ทำให้กฎหมายไม่เป็นกฎหมายแต่อย่างใด โดยฟุลเลอร์มองว่าการมีอยู่ของหลักนิติธรรมเช่นนี้ถือเป็นการสร้างบรรทัดฐานทั่วไปที่ทำให้สังคมมี “หน้าที่ทางศีลธรรม” ที่จะยอมรับกฎหมายที่เป็นไปตามหลักเช่นนั้น และเป็นการแสดงให้เห็นถึงจุดประสงค์ในการเคารพกฎหมายไม่ใช่แค่เพียงเพราะกฎหมายเป็นสิ่งที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และหน้าที่ทางศีลธรรมเช่นว่านี้จะมิมีหรือไม่มียอมแล้วแต่กรณี หากรัฐบาลเองมีการละเมิดกฎหมายหรือมีการใช้กฎหมายบังคับอย่างไม่เท่าเทียมหรือเป็นไปด้วยอคติ ผู้คนในสังคมย่อมไม่มีหน้าที่ที่ต้องเคารพการปกครองเช่นนั้น¹² กรณีหนึ่งที่น่าสนใจจากการโต้แย้งถ้อยความคิดโดยฟุลเลอร์เห็นได้จากตัวอย่างเรื่องกฎหมายนาซีที่ตรากฎหมาย ซึ่งเห็นโดยวิญญูชนทั่วไปว่าเป็นกฎหมายที่สร้างความแตกแยกและเหยียดหยามสิทธิของมนุษย์จากความแตกต่างทางเชื้อชาติที่ถึงแม้ว่าฮาร์ทไม่ได้แสดงความเห็นเป็นประจักษ์ว่านาซีเป็นกลุ่มอำนาจที่ขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ แต่มองตามแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองของฮาร์ทกฎหมายดังกล่าวนี้มีความชอบธรรม เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติที่ถูกต้อง แม้ว่าเนื้อหาสาระของกฎหมายนั้นจะขัดต่อหลักศีลธรรมก็ตามก็ต้องเชื่อฟังเพราะกฎหมายคือกฎหมาย ฟุลเลอร์จึงมองว่าแนวคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง “กรุยทาง” ให้กับฮิตเลอร์¹³ ทั้งนี้ ฮาร์ทได้แสดงถ้อยความคิดเกี่ยวกับ minimum content of law ที่สอดคล้องกับความเห็นของฟุลเลอร์ แต่มิได้เป็นการขัดกับความคิดว่ากฎหมายและศีลธรรมไม่จำเป็นต้องคาบเกี่ยวกันอยู่ดี การวิพากษ์ของฟุลเลอร์ได้แสดงถึงมุมมองที่กว้างยิ่งขึ้นของการตราและการเกิดของกฎหมาย โดยยึดความเป็นนามธรรมของ “ศีลธรรม” ประกอบการอธิบาย แม้จะไม่ปรากฏว่าฟุลเลอร์ได้อธิบายชัดเจนว่าศีลธรรมคืออะไร แต่การวางแนวเช่นว่าสำหรับการหา “ความชอบธรรม” ของกฎหมายนั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงวิธีที่หลักบางอย่างมีการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติผู้ร่าง และเหตุที่ปัจเจกชนในสังคมจะเชื่อฟังกฎหมายแม้จะขัดต่อแนวคิดทางศีลธรรมที่เป็นปัจเจกของตนเนื่องว่ากฎหมายเช่นนั้นมี “ความชอบธรรม” ตามประการที่ฟุลเลอร์เสนอ

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น นอกจากการที่ฟุลเลอร์ได้ออกมาวิพากษ์งานเขียนทางวิชาการของฮาร์ท ยังคงมีนักวิชาการอีกหนึ่งท่านที่ได้ออกมาแสดงความคิดเห็นวิพากษ์งานของฮาร์ทอย่างชัดเจนอีกหนึ่งท่านคือ ดวอร์กิน โดยดวอร์กินได้ออกมาแสดงความคิดเห็นวิพากษ์งานของฮาร์ทในเรื่อง “การใช้ดุลพินิจของศาลนอกเหนือกฎหมาย” ในความคิดเห็นของฮาร์ท ซึ่งในที่นี้ฮาร์ทมองว่าการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นเรื่องที่ศาลสามารถกระทำได้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ในขณะที่ดวอร์กินมองว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวนี้เป็นการใช้ “หลักการ”¹⁴ (Principle) ทางกฎหมายอยู่นั่นเอง

ซึ่งหลักการที่ดวอร์กินมองนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานทางศีลธรรมของประชาชน ในการที่จะให้ศาลสามารถวินิจฉัยหรือตัดสินออกมาได้ยุติธรรมมากที่สุดแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักการนั้นคือ กฎหมายธรรมชาตินั่นเอง จึงแสดงให้เห็นว่าดวอร์กินได้มองว่ากฎหมายนั้นต้องควบคู่ไปกับศีลธรรม ไม่สามารถใช้กฎหมายเพียงอย่างเดียวเพื่อประกอบการพิจารณาคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนได้

¹¹ Ibid 39.

¹² Ibid 40.

¹³ Fuller, *supra* note 63 pp.483-84, 465-66; Fuller, *supra* note 44, p.659.

¹⁴ Scott J. Shapiro, 'The "Hart-Dworkin" Debate: A short guide for the perplexed,' (5 March 2007) 9.

4. บทวิเคราะห์เชิงนิติปรัชญาจากการกระทำของแฮ็กเกอร์หมวกเทา

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกระทำของแฮ็กเกอร์หมวกเทานั้น บางส่วนก็ไม่ถูกตรวจสอบและดำเนินคดีจากรัฐ แต่บางส่วนก็ถูกตรวจสอบและดำเนินคดีจากรัฐทั้งที่เป็นการกระทำที่มีองค์ประกอบความผิดในลักษณะเดียวกัน ดังนั้นแล้วเมื่อนำมาพิจารณากับหลักนิติปรัชญาที่เกี่ยวข้องหลักเกณฑ์ที่จำต้องนำมาพิจารณาเป็นหลักคือ การกระทำของพวกเขาเหล่านั้นถือว่าขัดกับหลักกฎหมายของรัฐหรือไม่ ซึ่งจึงจำเป็นต้องแยกพิจารณาดังนี้

จากการวิเคราะห์ สามารถตีความได้ว่าเมื่อเป็นการที่กลุ่มแฮ็กเกอร์หมวกเทากระทำต่อเอกชน ก็มักจะ ไม่ถูกตรวจสอบและดำเนินคดีจากรัฐ แต่ผู้ที่ถูกให้เบาะแส หรือถูกเปิดโปงข้อมูลจะเป็นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายแทน หรือบ้างถูกดำเนินคดีจากรัฐ ดังเช่นในกรณีของ Ashley Madison หรือกรณีของ Tyler Shultz และ Erika Cheung ที่ออกมาเปิดโปง เธรานอส จนทางบริษัทได้มีฐานความผิด 11 ข้อหาด้วยกัน

ซึ่งเมื่อกฎหมายนั้นได้ถูกกำหนดมาเพื่อสร้างหน้าที่ของบุคคลในสังคมว่าต้องทำอะไรและห้ามทำอะไร หากว่าการกระทำของพวกเขาเหล่านั้นมิได้เป็นการที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐซึ่งจะทำให้ได้รับบทลงโทษ การกระทำประเภทนี้จึงย่อมไม่ขัดและสอดคล้องกับแนวคิดของฮาร์ท แต่เมื่อพิจารณาการกระทำของแฮ็กเกอร์หมวกเทาส่วนนี้ ไม่ว่าจะเป็น Hacktivist หรือ Whistleblower ต่างก็ล้วนมีความผิดฐานเจาะระบบข้อมูลของผู้อื่นโดยที่ไม่ได้รับอนุญาต หรือเปิดโปงข้อมูลของบุคคลอื่นจนได้รับความเสียหายทั้งสิ้น¹⁵ ซึ่งถือว่าเป็นบทบังคับของกฎหมายที่กำหนดเอาไว้ ดังนั้น เมื่อการกระทำเหล่านั้นล้วนแล้วแต่ขัดกับหลักกฎหมายของรัฐ กล่าวคือ Hacktivist และ Whistleblower ต่างก็ได้กระทำการที่ขัดต่อหลักการและแนวคิดของฮาร์ททั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ดี รัฐก็ไม่ได้มีนโยบายที่จะตรวจสอบและดำเนินคดีแก่การกระทำดังกล่าวสักเท่าไรตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้น ซึ่งแท้ที่จริงแล้วก็ควรที่จะได้รับการลงโทษจากรัฐ ดังนั้น จึงอาจตั้งคำถามได้ว่า การที่รัฐมีมาตรการบังคับแต่ไม่ปรับใช้กับความผิดที่เกิดขึ้นนั้นถือว่าชอบในแง่ของศีลธรรมหรือไม่ ทั้งที่การเจาะระบบข้อมูลของผู้อื่นรวมถึงเปิดโปงข้อมูลของผู้อื่นต่างเป็นสิ่งที่สังคมให้ความสำคัญ และมองว่าเป็นความผิดที่ผู้ถูกเจาะระบบนั้นไม่ควรได้รับความชอบธรรม ยกตัวอย่างเช่น กฎหมาย GDPR¹⁶ ที่ให้ความสำคัญให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของพลเมือง ไม่ให้กิจกรรมออนไลน์ทั้งหลายเก็บรวบรวมและนำเอาข้อมูลส่วนตัวของแต่ละคนไปใช้ตามใจชอบ โดยกรณีที่กระทำการขัดต่อหลักกฎหมายดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น กรณีของ Google ที่ถูกสำนักงานด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของฝรั่งเศส (CNIL) ปรับเป็นเงินจำนวน 50 ล้านยูโร ในฐานะละเมิดกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแห่งสหภาพยุโรป (GDPR) เนื่องจากไม่มีการแจ้งการใช้ข้อมูล

¹⁵ กฎหมายสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติกฎหมายเรื่องการสกัดกั้นการสื่อสารทางสาย ทางปาก หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ ไว้ใน The Computer Fraud and Abuse Act (CFAA), 18 U.S.C. 1030,1 ไม่ว่าจะเป็น Trespassing in Government Cyberspace (18 U.S.C. 1030(a)(3)) ซึ่งเป็นเรื่องการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ว่าจะโดยเจตนา หรือเพื่อเข้าถึงเอกสารที่ทางราชการมีอำนาจครอบครองแต่เพียงผู้เดียว โดยผู้ใดที่พยายามเข้าถึงนั้นต้องโทษจำคุกไม่มากกว่า 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 3,474,000 บาท หากเป็นองค์กรต้องโทษปรับไม่เกิน 6,948,000 บาท ผู้ใดเข้าถึงจะต้องโทษจำคุกไม่มากกว่า 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 8,685,000 บาท หากเป็นองค์กรต้องโทษปรับไม่เกิน 17,370,000 บาท.

Obtaining Information by Unauthorized Computer Access (18 U.S.C. 1030(a)(2)) หรือการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต.

¹⁶ ข้อบังคับทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ('GDPR') เป็นกฎหมายของยุโรปที่ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในพื้นที่เศรษฐกิจยุโรป GDPR มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2018 GDPR เป็นการปฏิรูปที่สำคัญที่สุดของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของยุโรป.

ส่วนบุคคลกับผู้ใช้งานในรูปแบบที่เหมาะสมและด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย อีกทั้งไม่ได้ขอความยินยอมการใช้ข้อมูลส่วนตัวจากผู้ใช้งานเพื่อใช้ทำแคมเปญโฆษณาแบบเจาะกลุ่มเป้าหมาย¹⁷

แม้กรณีในข้างต้นจะเป็นข้อบังคับและบทลงโทษสำหรับผู้ควบคุมข้อมูล แต่ก็แสดงให้เห็นได้ว่า สังคมนั้นต่างก็ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองข้อมูล และความปลอดภัยของข้อมูล อันทำให้การถูกเจาะข้อมูลนั้นไม่เป็นที่ยอมรับและต้องมีมาตรการบังคับให้ได้รับการลงโทษ

เมื่อกฎหมายปฐมภูมิล้วนเป็นกฎหมายที่คนในรัฐนั้นจำต้องปฏิบัติตาม ส่วนกฎหมายพหุติภูมิเป็นกฎหมายที่เพียงฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่จำเป็นต้องยอมรับและบังคับใช้ตามแนวคิดของฮาร์ทเพื่อทำให้กฎหมายชั้นปฐมภูมิได้มีการถูกบังคับใช้ให้ออกมาเป็นรูปธรรม ดังนั้น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้นำกฎหมายมาบังคับใช้กับกรณีของแฮ็กเกอร์หมวกเทาบางส่วนที่กระทำต่อเอกชนเพื่อให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายชั้นปฐมภูมิที่เป็นบรรทัดฐานของสังคม จึงถือว่าเป็นการขัดกับหลักการดังกล่าวนั่นเอง อันจะทำให้กฎหมายนั้นไม่มีความเป็นกฎหมายตามไปด้วย

กรณีของของแฮ็กเกอร์หมวกเทาที่ได้ทำการเปิดโปงการกระทำของรัฐ จากที่เคยได้กล่าวไปในเบื้องต้น จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิดนั้นล้วนแล้วแต่มีลักษณะที่เหมือนกัน กล่าวคือ เปิดโปงการกระทำของผู้จ้าง แต่รัฐไม่ได้มีความผิดหรือได้รับการลงโทษ กลับกันแล้วเป็นฝ่ายที่เปิดโปงข้อมูลของรัฐที่ได้มีฐานความผิด¹⁸

แน่นอนว่า เมื่อกระทำการอันเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายของภาครัฐ ก็ย่อมต้องได้รับบทลงโทษ อันเป็นการที่สอดคล้องต่อหลักการและแนวคิดของฮาร์ทแล้วว่าด้วยเรื่องการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐย่อมต้องได้รับบทลงโทษ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อองค์ประกอบความผิดนั้นมีลักษณะที่เหมือนกันกับกรณีที่ได้กระทำกับเอกชน แต่ก็อาจเกิดคำถามว่าทำไมฝ่ายแฮ็กเกอร์หมวกเทาที่กระทำต่อเอกชนจึงไม่ได้รับโทษดังเช่นฝ่ายที่กระทำต่อรัฐ ดังนั้น จึงสามารถตีความและตั้งคำถามได้ว่า กฎหมายดังกล่าวมีความชอบธรรมและเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดของฮาร์ท การที่กฎหมายนั้นจะมีความชอบธรรมหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ถูกออกโดยกระบวนการตรานิติบัญญัติที่ถูกต้อง หากกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ลงโทษ เอ็ดเวิร์ด สโนว์เด็น นั้นถูกออกโดยกระบวนการที่ถูกต้องตามนิติบัญญัติ กฎหมายดังกล่าวก็ถูกต้องแล้ว โดยไม่สนว่าเนื้อหาสาระภายในจะเป็นเช่นไรหรือว่าขัดต่อหลักการทางศีลธรรมหรือไม่ การกระทำของรัฐต่อสโนว์เด็นจึงล้วนมีความชอบธรรมในตัวเอง แต่หากว่ากันในด้านของศีลธรรม การกระทำของเขาล้วนแล้วแต่มีเจตนาที่ต้องการเปิดโปงการกระทำที่ไม่ถูกต้องของรัฐเพื่อแจ้งต่อสาธารณะชนให้ทราบโดยทั่วกัน กล่าวคือเป็นการกระทำที่อาจมีเจตนาที่ดีต่อคนส่วนมาก แต่มิได้มีเจตนาที่ดีต่อผู้ถูกกระทำนั้นคือตัวของรัฐ ดังนั้น การลงโทษผู้มีเจตนาที่ดีต่อคนหมู่มากนั้น จึงถือว่าเป็นผิดในด้านของศีลธรรมหรือไม่

หากพิจารณาและตีความแล้ว คำว่าศีลธรรมนั้นอาจมิได้มีมาตรวัดที่มีความชัดเจนและแน่นอน ในส่วนของฟุลเลอร์เขามองว่า การมีอยู่ของหลักนิติธรรมเป็นการแสดงให้เห็นถึงจุดประสงค์ในการตรากฎหมาย และแสดงให้เห็นถึงการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ได้มีการอธิบายไว้อย่างชัดเจนว่าศีลธรรมคืออะไร ในส่วนของดอร์กิน ก็มองว่าเป็นหลักการที่ศาลจะสามารถใช้ในการวินิจฉัยคดีออกมาให้ดีที่สุดแต่เพียงเท่านั้น

¹⁷ ‘ผลกระทบเมื่อข้อมูลโดนแฮ็ก แนะนำวิธีการรับมืออย่างมืออาชีพ’ (PDPA Core, 29 พฤศจิกายน 2564) <<https://pdpacore.com/th/blogs/the-consequences-of-data-breach-and-how-to-handle>>

¹⁸ การเปิดโปงของสโนว์เด็น ทำให้ได้รับความผิดด้วยกันทั้งหมด 3 ข้อหา ได้แก่ โจรกรรมข้อมูล เผยแพร่ข้อมูลด้านกลาโหมโดยไม่ได้รับอนุญาต และลักทรัพย์สินของรัฐบาล ซึ่งมีโทษจำคุกรวมกันสูงสุดถึง 30 ปี.

จากการพิจารณาแล้ว จึงเห็นว่า เมื่อศีลธรรมนั้นมีได้มีหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องอย่างตายตัว กล่าวคือขึ้นอยู่กับ การตีความและให้เหตุผลของแต่ละคน ดังนั้น การที่จะได้กฎหมายที่มีความสมเหตุสมผลและเหมาะกับการกระทำของแอ็กเทอร์หมวดหมู่มากที่สุด จำต้องพิจารณาโดยปราศจากหลักการทางด้านศีลธรรม กล่าวคือเมื่อกระทำการที่เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายของรัฐแล้วก็ย่อมต้องได้รับการลงโทษ แต่หากว่าจะกล่าวว่าการกระทำของแอ็กเทอร์หมวดหมู่นั้นนั้นถูกหรือผิดตามศีลธรรมนั้นก็ไม่สามารถที่จะตีความได้

5. บทสรุป

การกระทำของแอ็กเทอร์หมวดหมู่จะถือว่าเป็นความผิดและควรได้รับการลงโทษหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากมุมมองของผู้ใดหรือศีลธรรมของใคร ก็ดังเช่นที่ได้กล่าวมาในบทความนี้เกี่ยวกับการแนวคิดของนักปรัชญาท่านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ฮาร์ท พูลเลอร์ หรือดวอร์กิน ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นตัวแทนนักกฎหมายจากสำนักกฎหมายธรรมชาติและบ้านเมืองทั้งสิ้น แต่สิ่งหนึ่งที่ทำให้แนวคิดของทั้ง 3 คนนั้นเหมือนหรือแตกต่างกัน ล้วนแล้วแต่พิจารณาจากมุมมอง (Perspective) ของผู้ที่ได้กล่าวอ้างนั่นเอง โดยคนหนึ่งอาจมองในมุมมองของรัฐ (State) ที่เน้นไปในด้านของการปกครองคนหมู่มากเพื่อที่จะให้เกิดความสงบในสังคม (Society) ก็ย่อมมองได้ว่า “กฎหมายย่อมต้องเป็นกฎหมายไม่มีข้อยกเว้นผู้ใดฝ่าฝืนผู้นั้นต้องรับโทษ” ซึ่งกลับกันแล้วหากมองในอีกแง่หนึ่ง ก็อาจมองได้ว่าเมื่อมีเจตนาที่ดีก็ควรที่จะได้รับการยกเว้นความผิดหรือไม่ ในที่นี้ผู้เขียนได้ให้มองว่าศีลธรรมไม่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อทำให้การกระทำอันเป็นความผิดได้รับการยกเว้นได้ ดังนั้น จึงเป็นประเด็นที่ทางผู้เขียนให้ความเห็นว่า ไม่ว่าเจตนาของแอ็กเทอร์ประเภทหมวดหมู่จะเป็นเช่นไร แต่การกระทำนั้นเมื่อกฎหมายว่าไว้ว่าเป็นความผิด จึงย่อมต้องถือตามกฎหมายที่กำหนดไว้โดยไม่มีการยกเว้นใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการเจาะข้อมูลและสร้างประโยชน์ให้แก่ฝั่งของภาครัฐหรือเอกชนมากเท่าใดก็ตาม อันเป็นการสรุปที่สอดคล้องกับแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ที่ให้ความสำคัญกับบทบัญญัติที่รัฐได้ตราไว้เป็นหลัก

การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบและการศึกษาทางบริบท
ต่อกฎแห่งการรับรู้ (Rule of Recognition) ในสังคมไทย
Unveiling the Rule of Recognition in Thai Society:
A Comparative Analysis and Contextual Examination

พัชรกร ชัยมะโน
Patcharakorn Chaimano
พีรณัฐ หัตถสงเคราะห์
Piranuch Hattasongkroh
สิริกาญจน์ จิงธีรพานิช
Sirikan Jungteerapanich
วรพล รัตนวรารวงศ์
Worapon Rattanawarawong

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี)
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL. B Candidates
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Wangmai, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author e-mail: 6349094134@student.chula.ac.th
(Received: March 29, 2024; Revised: April 1, 2024; Accepted: April 2, 2024)

บทคัดย่อ

การศึกษาครั้งนี้เป็นการสำรวจแนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart) เกี่ยวกับกฎแห่งการรับรู้ (Rule of Recognition) และการปรับใช้ในระบบกฎหมายของชุมชนขนาดเล็กและสังคมร่วมสมัย ฮาร์ท ให้เหตุผลว่าการควบคุมทางสังคมอาศัยการยึดมั่นร่วมกันต่อกฎหลักของพันธกรณีภายในชุมชนที่ใกล้ชิดกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้น ความไม่แน่นอนเกี่ยวกับบรรทัดฐานและการบังคับใช้กฎเกณฑ์ก็เกิดขึ้น ฮาร์ท เสนอ 'กฎแห่งการรับรู้' ซึ่งเป็นกฎลำดับรองที่จะเป็นตัวกำหนดกฎที่ถูกต้องและมีผลผูกพัน กฎแห่งการรับรู้ที่จะรับรองความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์นั้นอาจมีหลายรูปแบบและถูกกำหนดโดยผู้มีบทบาทสำคัญ เช่น ศาล เจ้าพนักงาน และบุคคลใด ๆ ซึ่งในกรอบกฎหมายสมัยใหม่เป็นการครอบคลุมแหล่งที่มาทางกฎหมายทั้งหมด การทำความเข้าใจกฎแห่งการรับรู้เป็นสิ่งสำคัญในการทำความเข้าใจว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายได้มาซึ่งสถานะที่เชื่อถือได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาพแวดล้อมทางกฎหมายของประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม พบว่ายังมีช่องว่างและการวิพากษ์วิจารณ์ที่ต้องถูกพิจารณา ซึ่งการศึกษานี้มีการศึกษาการตีความของนักวิชาการอีกสามคนที่เกี่ยวข้องกับกฎแห่งการรับรอง ได้แก่ อัดัม เพอร์รี่ (Adam Perry) ซิลวี เดลาครัวซ์ (Sylvie Delacroix) และอาดัม ทักเกอร์ (Adam Tucker) โดยเพอร์รี่ให้เหตุผลว่า การอาศัยการยอมรับทางสังคมเพียงอย่างเดียวอาจจำกัดเสถียรภาพและความสอดคล้องกันของกฎแห่งการรับรู้ เดลาครัวซ์ เน้นย้ำถึงความจำเป็นในการคำนึงถึงแนวทางปฏิบัติและประเพณีที่ไม่เป็นทางการ นอกเหนือจากการออกกฎหมายที่เป็นทางการ ในบริบทของประเทศไทย กฎแห่งการรับรู้เผชิญกับความท้าทายในการปฏิบัติตามอำนาจนิติบัญญัติและการรองรับลักษณะเฉพาะทางวัฒนธรรม การวิพากษ์วิจารณ์เหล่านี้เน้นย้ำถึงความ

จำเป็นในการทำความเข้าใจกฎแห่งการรับรู้ที่ครอบคลุมและละเอียดอ่อนมากขึ้นด้วยการผสมผสานบรรทัดฐาน แนวทางปฏิบัติที่ไม่เป็นทางการ และการพัฒนาต่อการยอมรับทางสังคม

โดยสรุป กฎการแห่งการรับรู้ของฮาร์ทมอบกรอบแนวคิดที่มีคุณค่า แต่การนำไปปฏิบัติจริงเผยให้เห็นช่องว่างและข้อจำกัด ซึ่งข้อมูลเชิงลึกจากนักวิชาการ เช่น เพอร์รี เดลาครัวซ์ และ ทักเกอร์ เน้นย้ำถึงความสำคัญของการพิจารณาพฤติกรรมทางสังคม แนวทางปฏิบัติที่ไม่เป็นทางการ ลักษณะเฉพาะทางวัฒนธรรม และการมีส่วนร่วมกับอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา การแก้ไขช่องว่างเหล่านี้จะช่วยให้เกิดความเข้าใจที่ครอบคลุมมากขึ้นเกี่ยวกับกฎแห่งการรับรู้เพื่อเพิ่มพูนความสัมพันธ์ต่อระบบกฎหมายร่วมสมัยและในบริบทของประเทศไทย

คำสำคัญ : กฎแห่งการรับรู้, การยอมรับทางสังคม, ระบบกฎหมาย, อำนาจนิติบัญญัติ, การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน

Abstract

This study explores H.L.A. Hart's concept of the rule of recognition and its application in the legal systems of compact communities and contemporary societies. Hart argues that societal control relies on collective adherence to primary rules of obligation within close-knit communities. However, as societies grow larger, uncertainties regarding the nature and application of rules emerge. Hart proposes the secondary 'rule of recognition', which determines valid and binding rules. The rule of recognition can take various forms and is identified by actors such as courts, officials, and individuals. In modern legal frameworks, it encompasses the entire spectrum of legal sources. Understanding the rule of recognition is crucial to comprehending how legal norms acquire authoritative status, particularly in Thailand's legal environment.

However, there are gaps and criticisms to consider. This study examines three other scholars' interpretations of the rule of recognition: Adam Perry, Sylvie Delacroix, and Adam Tucker. Perry argues that relying solely on social acceptance may limit the stability and consistency of the rule of recognition. Delacroix emphasises the need to account for informal practices and customs in addition to formal legislation. In the Thai context, the rule of recognition faces challenges in aligning with legislative power and accommodating cultural specificities. These criticisms underscore the need for a more comprehensive and contextually sensitive understanding of the rule of recognition, incorporating norms, informal practices, and evolving social acceptance.

In conclusion, Hart's rule of recognition provides a valuable framework, but its practical application reveals gaps and limitations. Insights from scholars such as Perry, Delacroix, and Tucker highlight the importance of considering social habits, informal practices, cultural specificities, and the interplay with parliamentary legislative power. Addressing these gaps will

contribute to a more comprehensive understanding of the rule of recognition, enhancing its relevance in contemporary legal systems, and in the context of Thailand.

Keywords : Rule of recognition, Social acceptance, Legal system, Legislative power, Same-sex marriage

Introduction

As a key component of human cultures, social acceptability has experienced tremendous change throughout history. Throughout history, public views toward diverse behaviours, ideals, and marginalised populations have evolved, reflecting the changing dynamics of nations and civilizations. The purpose of this study is to investigate the complex link between social acceptance and the rule of recognition suggested by legal philosopher H.L.A. Hart. We can acquire a better understanding of how societal attitudes impact legal systems and influence the formation of legal norms by investigating the interaction between social acceptance and the rule of recognition.

Historically, social acceptance was frequently firmly ingrained in traditional norms, customs, and cultural practices that served as the foundation of community harmony and order. Certain act of deviance, aberrant or opposed to existing social norms acts or practices were treated with condemnation and ostracization.¹ These standards were frequently founded on deeply established prejudices, discrimination, and injustice, perpetuating the marginalisation of people or groups based on characteristics such as race, gender, sexual orientation, or socioeconomic status.

However, there has been a noticeable movement in cultural understanding and consciousness in recent decades. Movements for equality, justice, and the rights of underrepresented groups have gained momentum, resulting in heightened scrutiny of prejudiced behaviour and the promotion of inclusiveness. This awakening, commonly referred to as being "woke", has prompted a reevaluation of long-standing beliefs and behaviours that perpetuate injustice.²

Within the legal realm, Hart's idea of the rule of recognition provides a useful framework for comprehending the relationship between societal acceptance and the evolution of legal systems. The rule of recognition is used to identify and create legitimate and binding legal norms within a specific jurisdiction. It includes a variety of legal sources, such

¹ Marshall B. Clinard and Robert F. Meier, *Sociology of Deviant Behavior* (14th edn, Wadsworth Cengage Learning 2011) 4.

² Aja Romano, 'A history of wokeness' (*Vox*, 9 October 2020) <<https://www.vox.com/culture/21437879/stay-woke-wokeness-history-origin-evolution-controversy>> accessed 24 May 2023.

as legislation, court precedents, and customary practices, all of which are recognised and enforced by legal actors.

The rule of recognition, at its foundation, emphasises the critical role of social acceptance in imparting authority and legitimacy to legal standards. When social acceptability coincides with legal principles, people in society are more likely to see laws as valid and binding. However, when society's views shift, new challenges and concerns develop that call the present legal system into question. By embracing new norms and values, the rule of recognition allows legal institutions to adapt to changing social dynamics.

The changing social acceptability landscape has pushed excluded groups and their rights to the forefront of public debate. Previously marginalised populations, such as members of the LGBTQ+ community, racial minorities, and women, have sought legal recognition, equality, and protection. This shift in social acceptance has driven lawmakers to rectify historical injustices and pass legislation protecting these communities' rights and dignity.

However, the path to inclusion and social acceptance does not come without challenges. In Thailand, the rule of recognition confronts special obstacles in harmonising with legislative power while also accepting cultural differences. The Thai legal system has a complicated task in balancing the demands of social acceptance with the necessity to respect established legal principles and the rights of all citizens.

Traditional values and cultural standards frequently intersect with legal systems in Thai culture. Social acceptability can be tough to alter since it is strongly based on social norms and historical traditions. While Thailand has made tremendous progress in recognising the rights of excluded groups, barriers persist as some elements of society continue to fight progressive change. This contradiction between societal acceptance and the rule of recognition provides a difficult balancing act for Thai legislators, who must balance the needs of a developing community with the preservation of its cultural traditions.

This study will examine the interrelationship between the rule of recognition and social acceptance as an essential component of Hart's theory. Legal systems must adapt to reflect the changing values and norms of society as societal attitudes change. By comprehending the interplay between social acceptance and the rule of recognition, we are looking further to critically analyse the effect of societal attitudes on the evolution of legal systems and the protection of marginalised groups in Thailand, in particular. This examination opens up opportunities for additional studies into how legal systems can effectively respond to the changing social landscape while upholding the principles of justice, equality, and the rule of law. As well as how the rule of recognition of Hart is dynamically affected and challenged by a rapidly evolving society.

Hart's Concept on the Rule of Recognition

Hart posits that societal control can conceivably be achieved through the collective disposition of the group towards its established normative patterns of conduct, encapsulated within what he terms as primary rules of obligation.³ However, this assertion holds true solely within the confines of a compact community characterised by close-knit social bonds grounded in kinship, shared sentiments, and common beliefs. As the size of a society expands, the probability of encountering inquiries regarding the nature of its rules or the precise extent of their application becomes increasingly likely. In such instances, if the community relies exclusively on primary rules, no mechanism exists to resolve these uncertainties, be it through reference to an authoritative textual source or the pronouncements of an authoritative figure. Consequently, an exclusively primary rule-based society inexorably encounters the predicament of uncertainty pertaining to the ambit of primary rules.⁴

The secondary rule of recognition serves as a remedial mechanism aimed at addressing the aforementioned problem of uncertainty by facilitating the determination of binding and valid rules.⁵ Hart, in his scholarly discourse, provides an illustrative example from the legal system of the United Kingdom, wherein he expounds upon the validity of a particular law through an analysis of its hierarchical structure. He traces the validation of this law to a specific rule, namely, the enactment of legislation by the Queen in Parliament. However, a pertinent question arises: what underpins the legitimacy of this particular rule? Hart elucidates that the "law enacted by the Queen in Parliament" holds the status of a rule of recognition within the UK legal framework. He further clarifies that the Rule of Recognition is fundamentally a social rule, emanating directly from the collective acknowledgment of the populace, wherein they recognise its existence and validate its normative authority.

Upon deeper analysis, it becomes evident that the rule of recognition need not necessarily assume a written form, as its presence manifests in the manner by which specific rules are discerned and identified.⁶ This identification process is carried out by a variety of actors, including courts, officials, private individuals, and their advisors⁷, who collectively engage in the task of recognising and applying legal norms. In the context of a rudimentary legal system, the criteria employed for identifying the rule of recognition may exhibit considerable diversity. These criteria could encompass authoritative textual sources, legislative

³ HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994) 91.

⁴ Ibid 92.

⁵ Ibid 94.

⁶ Ibid 94.

⁷ Ibid 101.

enactments, customary practices, general pronouncements made by designated individuals, or judicial decisions rendered in specific cases.⁸

However, as legal systems evolve and grow more intricate, the criteria employed for establishing the rule of recognition become increasingly multifaceted. In modern legal frameworks, such criteria encompass the entire spectrum of legal sources. This encompasses not only written constitutions, enactments by legislative bodies, and judicial precedents, but also the broader array of legal authorities that shape the legal landscape. Thus, the criteria for identifying the rule of recognition expand to incorporate the multifarious origins from which legal norms emerge, reflecting the complex and interconnected nature of contemporary legal systems.⁹

In essence, Hart postulates two imperative conditions that serve as prerequisites for the establishment of the Rule of Recognition. Firstly, the rule in question must enjoy widespread adherence and observance within the given legal system. Its normative authority and enforceability should be substantiated by a broad acceptance and conformity among the members of the community. Secondly, the rule must be embraced and acknowledged from an internal perspective, effectively assuming the status of a shared, communal standard of conduct. It necessitates that the individuals comprising the society genuinely internalise and embrace the rule as an inherent aspect of their collective normative framework. Only when these two conditions are satisfied can the rule be deemed officially recognised and valid within the legal system, consequently mitigating the predicament of uncertainty that plagues the determination of the legitimacy and applicability of the rules.

By imposing such conditions, the rule of recognition effectively resolves the conundrum of uncertainty that arises within a legal system. It achieves this by providing a robust mechanism for distinguishing between rules that hold legal validity and those that do not. The recognition of a rule as a binding norm effectively dispels ambiguity and imbues it with legal efficacy. As a consequence, the legal actors within the system gain the capacity to differentiate between valid and invalid rules, facilitating consistent and predictable legal outcomes. This establishment of legal certainty engenders stability and coherence within the legal order, fostering a more effective and functional framework for governance and social regulation. Also, the rule of recognition, if approached from a simplified standpoint, can be discerned through legal hermeneutics and jurisprudential analyses, as it represents a phenomenon rooted in societal acceptance and adherence. It epitomises a state of validity, contingent upon the degree to which individuals acquiesce to and conform with it. Nevertheless, upon careful consideration, the inquiry arises as to which particular rules can be deemed to embody the rule of recognition, thereby attaining the esteemed status of validity.

⁸ Ibid 100.

⁹ HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994) 116.

This inquiry necessitates a comprehensive assessment of whether such rules satisfy the criteria of being generally obeyed and accepted as an internal perspective.

Examining Context on the Rule of Recognition in Thailand

Hart's key idea of the rule of recognition, within the rich tapestry of legal theory, provides an informative framework for examining the complexity and nuances of legal systems, including Thailand's particular environment. Hart's suggested rule of recognition serves as a basic pillar, establishing the conditions for recognising and certifying legal norms within a specific jurisdiction.¹⁰ Understanding the rule of recognition is critical in understanding the methods by which legal validity is imparted and legal norms acquire authoritative status in the Thai legal environment.

For a thorough understanding of how Hart's rule of recognition is used in Thailand, it is necessary to investigate the unique factors that determine the recognition and validation of legal norms within the country's legal structure. Hart highlighted general obedience as an essential requirement¹¹ that needs an analysis of the extent to which legal rules are adhered to throughout Thai society. This entails a detailed study of people', institutions', and governing bodies' legal practices and behaviours, highlighting the extent to which legal standards are observed and respected.

In Thailand, the rule of recognition is critical in creating and legitimising legal norms. When correctly developed and followed, the norm of recognition acts as a compass for legal actors and institutions, directing their interpretation and implementation of the law. The rule of recognition guarantees the Thai legal system's stability, coherence, and predictability by adhering to the prerequisites of widespread obedience and acceptance as an internal point of view. It offers a method for resolving legal issues, establishing societal trust, and preserving the rule of law.

It is significant to highlight, however, that the rule of recognition is not static and changes in tandem with cultural transformations and legal advances.¹² The rule of recognition in Thailand must be sensitive to the dynamic nature of Thai society, its cultural diversity, and the changing demands and ambitions of its citizens. This necessitates an ongoing conversation between legal institutions, legislators, and the broader public to ensure that the rule of recognition meets increasing aspirations for justice, equality, and human rights.

The application of Hart's rule of recognition to the Thai legal setting reveals the complexities of legal systems and the critical role that the rule of recognition plays in

¹⁰ HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994) 102-103.

¹¹ Ibid 115.

¹² Ibid 197.

bestowing legal legitimacy. By investigating the prerequisites of universal obedience and acceptance from inside Thailand, a thorough knowledge of the recognition and validation of legal norms emerges. This research offers insight on the intricate interplay of legal concepts, societal attitudes, and growing expectations for justice, adding to the continuing debate in Thailand about the rule of law.

The Rule of Recognition in Thailand: case study of LGBTIQ+ rights on same sex-marriage recognition

Globally, there has been notable advancement in the acknowledgement and safeguarding of LGBTIQ+ rights, which encompasses the legalization of same-sex marriage. This progress is indicative of a shifting societal attitude and an increasing dedication to achieving parity. Several countries have made significant progress in legalizing same-sex marriage and implementing legislation that protects the rights of individuals who identify as LGBTIQ+. This including the Netherlands, Belgium, Canada, Spain, South Africa and Taiwan, have been at the forefront of recognising same-sex marriage, establishing a model for other regions to emulate.¹³ These countries have adopted the tenets of social inclusivity by recognising the multiplicity of gender and validating the entitlements of persons to establish voluntary, affectionate partnerships, irrespective of their sexual preference or gender expression. Furthermore, the acknowledgement of same-sex marriage and the more extensive safeguarding of the rights of the LGBTIQ+ community exemplify a communal transition towards comprehensive legal structures that advance parity, confront prejudice, and cultivate societal unity.

Thailand has also witnessed notable progress in its quest for legal recognition of LGBTIQ+ rights, driven by a burgeoning societal acceptance and the relentless pursuit of equality. The estimated figures from LBGT Capital found that in 2019, there were approximately 3.6 million Thai LGBT+ individuals aged 15 and above. This accounts for about 5% of the total Thai population. If we also include foreign residents who identify as LGBT+ living in Thailand, it cannot be denied that they constitute a significant portion of society, forming one large group.¹⁴

Momentous strides, including the decriminalisation of homosexuality, and the implementation of anti-discrimination legislation. Nevertheless, the unresolved issue of same-sex marriage looms, demanding further legal reforms and continued dialogue within society to address this pressing concern comprehensively. The formulation of inclusive legal frameworks and the promotion of social acceptability for all individuals, regardless of sexual

¹³ David Masci, Elizabeth Podrebarac Sciupac, and Michael Lipka, 'Same-Sex Marriage Around the World' (Pew Research Center, 28 October 2019) <<https://policycommons.net/artifacts/616530/same-sex-marriage-around-the-world/1597190/>> accessed 23 May 2023.

¹⁴ Thuttai Keeratipongpaiboon, 'LGBT+ เปิดกว้างสู่สังคมที่เท่าเทียม ฟังพาแต่ไม่ฟังฟัง' (Thaipublica, 25 January 2022) <<https://thaipublica.org/2022/01/future-thailand-thuttai-keeratipongpaiboon/>> accessed 23 May 2023.

orientation or gender identity, requires a thorough comprehension of the historical context and ongoing developments surrounding LGBTIQ+ rights in Thailand. And as of 2022, there are four draft legislations that currently passed the parliamentary votes which were presented by political parties and by the cabinet.¹⁵

Examining into the consideration of Hart's recognition rule in legal theory gives a viewpoint through which to critically assess the complex and shifting environment of LGBTIQ+ rights and legal acknowledgment. It is obvious that the acknowledgement of these rights extends much beyond a simple assessment of societal approval or individual subjective preferences. Instead, a more sophisticated understanding is required when delving into the normative foundations of the legal system, where the rule of recognition is crucial.

According to Hart, the rule of recognition is the basic mechanism for establishing and determining the validity of legal norms in a given jurisdiction. It is the cornerstone of the legal system, providing the framework for regulations to gain authoritative stature and binding force. In relation to LGBTIQ+ rights, the recognition rules are crucial in shaping the legal landscape and giving legal force to these rights. From his viewpoint, Hart is highly pertinent in the context of homosexuality because of his discussion with Lord Devlin on the merging of law and morality. The Wolfenden Committee Report, released in England in 1957, articulated its opinion on homosexuality decriminalisation in simple and harsh terms: *"must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business."* In rejecting this thesis, Devlin called it *"crude and brief"*¹⁶ and claimed that legislation plays an important role in defending society's morals. According to him, homosexuality is immoral, and no distinction should be made between private and public morality in this respect.

In considering Lord Devlin's report, it is essential to recognise the shift in societal attitudes towards homosexuality and the subsequent development of laws that protect LGBTIQ+ rights. The concept of conferring power on individuals without assigning them specific responsibilities reflects the evolution of legal frameworks designed to ensure equality and nondiscrimination. It recognises that the law should not impose restrictive obligations based solely on the sexual orientation or gender identity of an individual. Instead, the emphasis is placed on empowering members of the LGBTIQ+ community to freely exercise their rights, participate fully in society, and enjoy the same opportunities as their heterosexual counterparts.

Overall, the application of Hart's rules of recognition in the legal context of LGBTIQ+ people reveals the complicated and multidimensional processes of legal recognition.

¹⁵ BBC Thai, 'ร่าง พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียม-คู่ชีวิต : ต้องผ่านขั้นตอนอะไรบ้าง ก่อนบังคับใช้เป็นกฎหมาย' (BBC Thai, 15 June 2022) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-61808097>> accessed 24 May 2023.

¹⁶ Home Office, *The Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (Cmnd 247, 1957) para 61.

Analysing the prerequisites of universal conformance and acceptance as an internal perspective leads to a full understanding of the recognition and validation of LGBTIQ+ rights. This research illustrates the intricate interplay between legal frameworks, public views, and growing demands for equality, eventually contributing to continuing legal theory and practice debates around LGBTIQ+ rights.

Comparative Analysis of Rule of Recognition from Hart's context and Thailand Context

Similarities of Hart's Rule of Recognition in Thailand Context

The rule of recognition, a central concept in H.L.A. Hart's legal theory plays a crucial role in understanding the establishment and authoritative status of legal norms. This concept finds resonance in the legal landscape of Thailand, where it operates as a fundamental principle for determining the validity and binding force of legal rules. By examining the similarities between Hart's rule of recognition and its application in the Thai context, we can gain valuable insights into the interplay between legal systems, societal values, and the evolving nature of social acceptance.

In both Hart's context and the Thai context, the rule of recognition serves as a criterion by which legal norms acquire legitimacy and become authoritative. It functions as a fundamental norm that is acknowledged and accepted by key actors within the legal system, including courts, officials, and individuals. The recognition of this norm is essential for conferring validity and enforceability to legal rules, thereby providing a sense of certainty and stability in legal relations.

Moreover, the rule of recognition, in both contexts, encompasses a wide range of legal sources. It extends beyond formal legal mechanisms, such as legislation and judicial decisions, to include informal practices, cultural norms, and societal attitudes. This recognition of diverse sources acknowledges the complex interplay between legal frameworks and societal dynamics, highlighting the significance of social acceptance in shaping the legal landscape.

Despite the differences in cultural, historical, and institutional contexts, the Thai legal system shares a fundamental similarity with Hart's concept of the rule of recognition: the reliance on collective recognition and acceptance of legal norms. Just as Hart argues that social control depends on the adherence to primary rules of obligation within close-knit communities, the Thai legal system recognises the importance of collective adherence to legal norms in maintaining social order and harmony.

Furthermore, the application of the rule of recognition in Thailand, as in Hart's context, faces challenges arising from the evolving nature of social acceptance. With the increasing awareness and emphasis on inclusivity and equality in Thai society, there is a growing demand

for the recognition and protection of the rights of marginalised groups, including the LGBTIQ+ community. This necessitates an evolving understanding of legal norms and their recognition to align with the changing values and expectations of the society.

The Thai legal system, like any legal system influenced by societal change, must navigate the complexities of reconciling legal principles with evolving social values and demands for justice. This requires a continuous process of reevaluation and adaptation, ensuring that the rule of recognition remains responsive to societal shifts while upholding the legitimacy and authority of legal norms.

By recognising the similarities between Hart's rule of recognition and its application in the Thai context, we gain a deeper appreciation for the universal nature of this concept and its relevance in diverse legal systems. This understanding allows for critical analysis of how the rule of recognition can effectively address the challenges posed by societal changes, while upholding the legitimacy and authority of legal norms.

The similarity between Hart's rule of recognition and its application in the Thai legal system lies in the recognition of legal norms through collective acceptance, the incorporation of diverse legal sources, and the challenges posed by evolving social acceptance. This recognition provides a foundation for exploring the nuanced interplay between legal frameworks and societal dynamics, facilitating a comprehensive understanding of the rule of recognition in the context of Thailand and its continued relevance in ensuring the fair and equitable functioning of the legal system. By embracing and addressing these challenges, the Thai legal system can effectively adapt and evolve to meet the changing needs and expectations of society.

Differences of Hart's Rule of Recognition in Thailand Context

Despite the fact that Hart's rule of recognition and its application in the Thai legal system share many similarities, it is essential to recognise the distinctions that result from different cultural, historical, and institutional contexts. These distinctions influence the implementation and interpretation of the rule of recognition, resulting in unique characteristics and difficulties within the Thai legal framework.

The sources of legal recognition constitute a significant difference. In establishing the rule of recognition, Hart's theory emphasises the importance of formal legal mechanisms, such as legislation and judicial decisions.¹⁷ In contrast, the Thai legal system draws from a wider variety of sources, including customary practices, cultural norms, and religious traditions. These informal sources of recognition supplement formal legal mechanisms and significantly shape the Thai legal environment.

¹⁷ HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994) 155.

In addition, the Thai legal system confronts exceptional difficulties in reconciling the rule of recognition with the principle of legislative power by the parliament. The legislative power, which is profoundly rooted in Thai constitutional law, provides the legislature with the ultimate authority to create and amend laws. Therefore, the rule of recognition must navigate the tension between collective recognition and legislative preeminence. This difficulty illustrates the need to strike a delicate balance between recognising societal values and preserving the democratic legitimacy of the legislative process.

The cultural particularities endemic to the Thai context constitute a second distinction. Collectivism, hierarchical relationships, and respect for authority are highly valued in Thai culture.¹⁸ As they define the attitudes and expectations of individuals and institutions within the legal system, these cultural values influence the acceptance and recognition of legal norms. To preserve social cohesion and stability, the rule of recognition in Thailand must account for and accommodate these cultural nuances.

Moreover, the evolving character of social approval presents a unique challenge to the application of the rule of recognition by the Thai legal system. Awareness and advocacy for the rights of marginalised groups, including the LGBTIQ+ community, have increased in Thailand. This societal transformation necessitates a more inclusive comprehension and acceptance of legal norms. The Thai legal system must adapt to these shifting values while balancing the need for legal certainty and uniformity, highlighting the dynamic nature of the rule of recognition in the face of changing societal expectations.

Despite the fact that Hart's rule of recognition functions as a foundational concept in both Hart's context and the Thai legal system, there are significant cultural, historical, and institutional differences. These distinctions manifest themselves in the sources of legal recognition, the interplay between the rule of recognition and legislative power, cultural particularities, and the difficulties posed by the evolution of social acceptability. Recognizing and addressing these differences is necessary for a comprehensive comprehension of the rule of recognition in the Thai context and for the effective operation of the legal system in light of Thailand's distinctive sociocultural landscape.

Gaps and Criticisms in Hart's Rule of Recognition in the real world context

The interpretation of H.L.A. Hart's first essential condition for establishing a legal system revolves around the notion of social acceptance. According to Hart's theory, it is both a necessary and sufficient condition that a social group's majority habitually obeys the rules. This implies that in a society, citizens adhere to the primary rules, even in the absence of specific numerical thresholds. Hart's example draws upon a primitive society where rules could

¹⁸ Zhaoyan Duan, 'The Concrete Embodiment of Hierarchy in Thailand's Society and Its Analysis' (2019) 378 *Advances in Social Science, Education and Humanities Research* 887, 887-888.

manifest as authoritative lists or texts found in written documents or publicly displayed inscriptions. While Hart does not provide examples of rules beyond regulations or laws, it is reasonable to assume that in a primitive society, rules presented for public acknowledgment hold a similar weight to laws in modern societies. Consequently, Hart's Concept of Law allows for interpretive flexibility, as it does not impose limitations on the forms rules may take.¹⁹

Furthermore, Hart elucidates that the rule of recognition can take on diverse and varied forms, whether simple or complex. However, in contemporary society, with its legislative presuppositions, an intriguing question arises regarding whether acceptance can stem from de facto behaviours. In this context, societal acceptance of the LGBTIQA+ phenomenon can be understood as treating it as "true" based on Robert Stalnaker's definition, which asserts that accepting a proposition involves treating it as true for a reason.²⁰ Thus, treating the phenomenon as true becomes fundamental to acceptance.

Examining the Thai context, substantial evidence supports the notion that citizens treat the phenomenon as true. This suggests that rules need not necessarily be laws, written or legislated, to qualify as "generally obeyed" by the people. The social acceptance of a phenomenon, as reflected in how it is treated as true, can function as the contemporary equivalent of primary rules. However, social acceptance alone cannot suffice for it to attain legal standing. Recognition, or the acceptance of the rules by officials, represents the additional necessary condition. These officials must not only acknowledge the rule of recognition embraced by the people but also adopt those rules as standards for their own behaviour, ensuring their appropriate conduct.²¹

According to this interpretation within the Thai context, Hart's theory implies that Members of Parliament (MPs) and legislators, as officials, should recognise the society's acceptance. Given that MPs derive their legislative powers from the sovereign power granted by the consent of the Thai people²² failing to align with the societal rule signifies a dereliction of their duty as representatives. Thus, a harmonious relationship between legislators and the society's recognition is paramount for upholding the rule of recognition.

Exploring Hart's rule of recognition within the context of Thailand highlights the significance of social acceptance and recognition by officials. While societal acceptance based on the treatment of a phenomenon as true can serve as a contemporary manifestation of primary rules, the recognition of these rules by officials, particularly legislators, is essential. By aligning legislative actions with societal expectations, officials can fulfil their responsibilities as

¹⁹ HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994) 94.

²⁰ Robert Stalnaker, 'Common Ground' (2002) 25(5/6) *Linguistics and Philosophy* 701, 702-720.

²¹ HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994) 116.

²² Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (THA)

representatives, ensuring the rule of recognition's efficacy and integrity within the Thai legal system.

To look deeper into the rule of recognition within a real-world context and considering the perspectives of Adam Perry, Sylvie Delacroix, and Adam Tucker, certain gaps and criticisms emerge. While Hart's concept of the rule of recognition provides a valuable framework, it encounters challenges when applied in practical settings. Perry's analysis highlights the potential limitations of relying solely on social acceptance as the basis for recognition, as societal attitudes may fluctuate and differ across diverse populations. This raises concerns about the stability and consistency of the rule of recognition in capturing the complexity of societal norms.²³

Delacroix's examination underscores the need to consider the impact of social habits on the rule of recognition. She posits that the rule of recognition should not solely rely on formal legislation or written laws but should also account for the influence of informal practices and customs.²⁴ This highlights a potential limitation of Hart's framework, which predominantly focuses on the formal sources of law and may overlook the significance of informal norms that shape legal understandings in a given society.

In the Thai context, additional gaps and criticisms arise. While Hart's theory emphasises the role of social acceptance and recognition by officials, the practical implementation of the rule of recognition within the Thai legal system faces challenges. The interplay between the rule of recognition and the doctrine of exercising power of legislative power, as explored by Tucker, reveals potential conflicts. The exercise of legislative power may not always align with the social acceptance and recognition of certain phenomena, leading to a dissonance between the rule of recognition and the legislative actions of officials.²⁵

Furthermore, the Thai context highlights the need to consider cultural specificities and societal complexities. The diverse nature of Thai society, with its unique customs, traditions, and values, necessitates a nuanced understanding of recognition and acceptance within the rule of law. The rule of recognition should be adaptive and flexible, encompassing the dynamic social landscape of Thailand and accounting for the diverse perspectives and interests within the legal system. This unique context on the social acceptance and recognition is shown by one of the exceptional court verdicts on same-sex marriage in the Constitutional Court of Thailand decision number 20/2564. According to a study conducted by Pudit Ovattananakhun in 2022, the Court ruling on Article 1448 of the Thai Civil Code regarding marriage, which is only permitted between men and women, is not unconstitutional or

²³ Adam Perry, 'Aspect of Social Rules' (2015) 35 Oxford Journal of Legal Studies 283, 284-293.

²⁴ Sylvie Delacroix, 'Law and Habits' (2017) 37 Oxford Journal of Legal Studies 660, 662-685.

²⁵ Adam Tucker, 'Uncertainty in the Rule of Recognition and in the Doctrine of Parliamentary Sovereignty' (2011) 31 Oxford Journal of Legal Studies 61, 71-72.

contains elements of gender discrimination that violate human rights. The Court used natural law lenses to conceptualise the morality and norms of love and marriage in the traditional sense. Ovattananukhun further noted that the Court only referenced a few extracts from Cicero and Finnis ideas, both of which included the natural law applicability to marriage.²⁶

Cicero's definition of true law includes the idea that laws must be consistent with natural and moral principles in order to be regarded as legitimate. This viewpoint raises concerns about the compatibility of same-sex partnerships with Cicero's notion of true law in the case of same-sex marriage. Given that Cicero's definition of natural order was based on conventional cultural norms and reproduction, same-sex marriage may be considered a departure from his understanding of natural order. The same-sex marriage controversy shows the dichotomy between sticking to historical concepts of true law and modifying legal systems to suit modern understandings of human rights and social development.

Also, cited by the Court in the ruling pointed out by Ovattananakhun, Finnis argues that the institution of marriage possesses an innate objective of procreation and nurturing, and as a result, it ought to be restricted to heterosexual unions. He viewed the same-sex relationships as incongruous with the innate objective of marriage due to their inability to fulfil the procreative function. In addition, acknowledgement of same-sex marriage would diminish the distinct societal importance attributed to heterosexual partnerships and, consequently, result in a weakened institution overall. The individual posits that the conventional concept of marriage holds significant value for society and that legalizing same-sex marriage could potentially have adverse effects on the welfare of children and the stability of society. Finnis posits that the intrinsic link between marriage, procreation, and societal order, grounded in natural law principles, underlies his opposition to same-sex marriage.

But these two scholars' perspectives also have certain weaknesses and contradictions in their views regarding social acceptance and the rule of recognition. One weakness lies in their limited consideration of the evolving nature of social norms and cultural diversity. They tend to emphasise universal moral principles as the basis for determining the validity and recognition of laws, which may overlook the complexities of societal values and the need for inclusive perspectives. This can create a tension between their natural law framework and the realities of diverse social contexts, where social acceptance and the rule of recognition may require a more nuanced understanding of cultural dynamics and evolving societal norms.

Furthermore, a contradiction arises in their views concerning the role of lawmaking in protecting individual rights. While both Cicero and Finnis acknowledge the importance of law in upholding human rights, their natural law perspectives can present challenges when it comes to translating moral principles into legal norms. Cicero's emphasis on reason and

²⁶ Pudt Ovattananakhun, 'Application of Natural Law Doctrine in Constitutional Court Decision No. 20/2564: A Jurisprudential Analysis' (2022) 2 Thai Legal Studies 227, 244-247.

natural justice may face difficulties in accommodating different cultural and ethical perspectives, potentially limiting the inclusivity and effectiveness of legal protections. Similarly, Finnis' reliance on a comprehensive moral framework may encounter criticism for imposing a particular moral vision on diverse societies, potentially undermining social acceptance and the legitimacy of the rule of recognition. These contradictions highlight the tension between the universal principles advocated by natural law theory and the need to navigate the complexities of social acceptance and the rule of recognition within a diverse and pluralistic society.

In light of these gaps and criticisms, it is crucial to further develop and refine Hart's concept of the rule of recognition to address the complexities and realities of legal systems in both global and local contexts. This requires incorporating a broader range of factors, such as cultural norms, informal practices, and the evolving nature of social acceptance, to ensure the rule of recognition remains relevant and effective in capturing the multifaceted nature of law in practice.

In conclusion, while Hart's rule of recognition provides a foundational framework, its application in real-world contexts, including the Thai legal system, reveals gaps and limitations. The insights from Perry, Delacroix, and Tucker shed light on the need to consider social habits, informal practices, cultural specificities, and the interplay with legislative power. Addressing these gaps and criticisms will contribute to a more comprehensive and contextually sensitive understanding of the rule of recognition, enhancing its practicality and relevance in contemporary legal systems.

Conclusion

The concept of the rule of recognition, as developed by H.L.A. Hart plays a significant role in understanding the establishment and authoritative status of legal norms. Analysing its application in the context of Thailand reveals valuable insights into the interplay between legal systems, societal values, and the evolving nature of social acceptance. While the Thai legal system shares fundamental similarities with Hart's rule of recognition, there are notable cultural, historical, and institutional differences that shape its implementation.

In both Hart's theory and the Thai legal system, the rule of recognition serves as a criterion by which legal norms gain legitimacy and authority. It is a fundamental norm acknowledged and accepted by key actors within the legal system. Additionally, the rule of recognition encompasses diverse legal sources, extending beyond formal mechanisms to include informal practices, cultural norms, and societal attitudes. This recognition of multiple sources recognises the complex interplay between legal frameworks and societal dynamics.

However, specific distinctions arise when applying the rule of recognition in the Thai context. The sources of legal recognition differ, with the Thai legal system drawing from a wider variety, including customary practices, cultural norms, and religious traditions. The interplay between the rule of recognition and legislative power poses challenges as well, as legislative actions may not always align with social acceptance, requiring a delicate balance to maintain the legitimacy of legal norms. Moreover, cultural particularities in Thai society, such as collectivism and respect for authority and seniority, influence the acceptance and recognition of legal norms, necessitating a nuanced understanding within the rule of law.

The evolving nature of social acceptance presents another challenge for the Thai legal system's application of the rule of recognition. Increased awareness and advocacy for the rights of marginalised groups, such as the LGBTIQ+ community, highlight the need for a more inclusive understanding and acceptance of legal norms. The Thai legal system must adapt to shifting values while ensuring legal certainty and uniformity. To emphasise static norms without taking into account the dynamic nature of social acceptability is incompatible with a society in which the movement toward the equal protection of the law for all is becoming increasingly esteemed.

While Hart's rule of recognition provides a valuable framework, gaps and criticisms arise when considering its practical application. These gaps include the stability and consistency of social acceptance, the influence of informal practices and customs on legal norms, and the challenges posed by legislative power and cultural diversity. Scholars like Adam Perry, Sylvie Delacroix, Adam Tucker raise these concerns, emphasising the need for a more nuanced and comprehensive understanding of the rule of recognition.

Addressing these gaps and criticisms requires the incorporation of factors such as cultural norms, informal practices, and the evolving nature of social acceptance into the concept of the rule of recognition. By doing so, a more contextually sensitive understanding can be achieved, enhancing the practicality and relevance of the rule of recognition in contemporary legal systems.

In conclusion, Thai authorities are still in favour of citing natural law as the legal justification towards social acceptance and lawmaking, which contradicts Hart's rule of recognition. But looking at the Constitutional Court of Thailand cited in the decision number 20/2564 in 2022, *"However, in the current global and Thai social context, there is an increasing acceptance and recognition of granting individuals broader rights regarding their gender identity. The state should have appropriate measures and support to enable individuals with diverse gender identities to live together. This can be achieved through specific legislation aimed at granting rights and addressing obstacles to the livelihood of*

*individuals with diverse gender identities (translated)*²⁷, it still opens for the possibility of using positive law as the legal justification to fulfil the gap for equal legal protection for everyone through laws.

With social acceptance as the key element as the secondary rule of recognition, it serves as the force to drive the process of legislative institutions by using the legislative power to proceed with this acceptability and become a fully recognised law. It ensures the rights of all people without prejudice and is adaptable to rapid societal change.

²⁷ Decision No 20/2564 (Decision on ‘Does Article 1448 of the Commercial and Civil Code contradict or conflict with Articles 25, 26, and 27 (1) (2) and (3) of the Constitution?’) (17 November 2021) 11 <https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20211221153745.pdf> accessed 24 May 2023.

การห้ามผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นสื่อ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560
Prohibiting Politician Officers from Being the Owners of, or Shareholders in
the Media Business according to the Constitution of the Kingdom of
Thailand, B.E. 2560 (2017)

ตรีชฎา บุญจันทร์
Threechada Boonchan

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี)
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL. B Candidates
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Wangmai, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: threechada314@gmail.com
(Received: March 29, 2024; Revised: April 2, 2024; Accepted: April 3, 2024)

บทคัดย่อ

เพื่อป้องกันการแทรกแซงเสรีภาพสื่อจากนักการเมืองและไม่ให้นักการเมืองใช้สื่อในมือเป็นคุณกับตัวเองและเป็นโทษกับฝ่ายตรงข้าม ภายหลังการรัฐประหารในปี 2549 ได้มีการกำหนดห้ามไม่ให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อขณะดำรงตำแหน่งในรัฐธรรมนูญ (รธน.) ปี 2550 แต่ไม่มีการกำหนดผลกรณีฝ่าฝืน ภายหลังการรัฐประหารปี 2557 ได้มีการกำหนดห้ามไม่ให้ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง สส./สว. ถือหุ้นสื่อไว้ใน รธน. 2560 จากเดิมที่ห้ามไม่ให้ถือหุ้นสื่อขณะดำรงตำแหน่งเท่านั้นและมีการกำหนดผลกรณีฝ่าฝืนคือ ทำให้สิ้นสุดสมาชิกภาพ สส./สว. หรือต้องพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองไป บทความนี้ได้รวบรวมสรุปแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญกรณีนักการเมืองถือหุ้นสื่อ รวบรวมว่าต่างประเทศมีการกำหนดถึงการถือหุ้นสื่อของผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งเช่นไร และวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายห้ามไม่ให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อของประเทศไทยว่ามีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใดด้วยการใช้รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 77 ประกอบการพิจารณา ผู้เขียนเห็นว่าการห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อไม่สอดคล้องกับมาตรา 77 เนื่องจากไม่สามารถใช้บังคับได้จริง นักการเมืองสามารถแทรกแซงสื่อได้หลายวิธีโดยไม่ต้องถือหุ้น กฎหมายเข้าใจได้ยากเห็นได้จากแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกัน แนววินิจฉัยของศาลฎีกายึดรูปแบบมากกว่าเนื้อหาข้อเท็จจริงโดยไม่สนใจเจตนารมณ์ของกฎหมาย สะท้อนถึงภาวะนิติศาสตร์นิยมล้นเกิน (hyper-legalism) และไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันที่อยู่ในยุคสื่อโซเชียลมีเดียที่ผู้คนเข้าถึงได้ตลอดเวลาและทุกคนเป็นสื่อได้โดยไม่ต้องมีค่าใช้จ่าย

คำสำคัญ : สื่อ, หุ้นสื่อ, ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง, รัฐธรรมนูญ, ประเทศไทย

Abstract

After the 2006 coup in Thailand, the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2007), prohibited Thai politicians from owning shares in media companies to prevent an

interference in media freedom and ensure that they would not be able to use media power against their opponents. However, there was no determination of legal consequences in case of violation of the law. Later, after the 2014 coup, the Constitution, B.E. 2560 (2017), prohibited the members of the House of Representatives (MP) candidates and senate candidates from owning media shares and stated the consequences in case of violation, i.e., being terminated from the political position. This article aimed to briefly review the decisions by the Supreme Court and the Constitutional Court in the case of politicians owning media shares, the law in other countries regarding holding of media shares by politicians, and to criticize whether the Thailand laws complied with what is stipulated in Section 77 of the 2017 Constitution. In the author's opinion, the prohibition on politicians from holding media shares in the 2017 Constitution was inconsistent with Section 77 of the Constitution due to the following reason: the law could not be enforced because politicians could influence the media in many ways without owning shares, and the law was difficult to understand, as evidenced by the inconsistencies between the decisions of the Supreme Court and the Constitutional Court. The decisions of the Supreme Court followed the letter of the law rather than considering the content (fact) and the spirit of the law. This represented “hyper-legalism” of the court. In addition, the law was impractical in the era of social media that allows people to access and share the information in real-time using many free social media platforms; anyone could be “a media”.

Keywords : Media, Media shares, Constitution, Politician, Thailand

1. บทนำ

ภายหลังการเลือกตั้งในปีการเลือกตั้งปี 2562 คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) มีมติส่งศาลรัฐธรรมนูญให้ทำการวินิจฉัยคุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (สส.) บางราย นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้รับคำร้องให้ทำการวินิจฉัยคุณสมบัติของ สส. จำนวนหลายราย เนื่องจากการยื่นคำร้องต่อประธานสภาจาก สส. ทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคุณสมบัติของ สส. ฝ่ายตรงข้ามกรณี “ถือหุ้นสื่อ” ว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการเป็น สส. เนื่องจากการเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็น สส. ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 (รธน. 2560) มาตรา 98 (3) เป็นเหตุให้สมาชิกภาพ สส. สิ้นสุดลงตาม รธน. 2560 มาตรา 101 (6) หรือไม่ ผลการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญพบว่า มี สส. บางรายขาดคุณสมบัติในการเป็น สส. เนื่องจากการถือหุ้นสื่อ นอกจากนี้ ระหว่างรอการวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีคำวินิจฉัยให้ สส. บางรายหยุดปฏิบัติหน้าที่อีกด้วย ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมของกฎหมายและการใช้บังคับกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด ๆ ลงสมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นอกจาก สส. แล้ว รัฐมนตรีและสมาชิกวุฒิสภา (สว.) ก็ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกันนี้ เนื่องจาก รธน. 2560 มีการกำหนดห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองถือหุ้นสื่อไว้เช่นกัน

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรวบรวมสรุปแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการเมืองถือหุ้นสื่อ รวบรวมว่าในต่างประเทศมีการกำหนดถึงการถือหุ้นสื่อของผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง

เช่นไร และกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นสื่อลงสมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของประเทศไทยหรือห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อมีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด โดยใช้ รธน. 2560 มาตรา 77 ประกอบการพิจารณา โดยมาตรา 77 วรรคแรกได้กำหนดว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และรัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง และวรรคสองส่วนท้ายยังได้กำหนดว่า เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปอีกด้วย

2. ที่มาในการกำหนดเรื่อง “ถือหุ้นสื่อ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ก่อนการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2549 ในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2543 กลุ่มชินคอร์ปอเรชันของ ดร.ทักษิณ ชินวัตร ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในช่วงเวลานั้นได้เข้าถือหุ้นบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ร่วมสัญญาการดำเนินกิจการสถานีโทรทัศน์กับสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี และกลายเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของไอทีวีต่อจากธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) ทำให้เกิดความกังวลว่าจะเกิดการแทรกแซงการทำงานของสื่อจากฝ่ายการเมือง เกิดการคัดค้านต่อต้านอย่างรุนแรงของพนักงานฝ่ายข่าวที่ได้รับเรียกว่า “กบฏไอทีวี” ซึ่งไม่พอใจที่ถูกผู้บริหารของชินคอร์ปเข้าแทรกแซงห้ามมิให้มีการนำเสนอข่าวด้านลบเกี่ยวข้องกับ ดร. ทักษิณ ชินวัตร อันจะส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และคะแนนนิยมในการเลือกตั้งทั่วไปที่กำลังจะจัดขึ้นในวันที่ 6 มกราคม 2544 จนทำให้พนักงานบางส่วนของสถานีโทรทัศน์ไอทีวีฝ่ายบริหารและฝ่ายข่าวตัดสินใจลาออกและมีพนักงานบางส่วนที่ถูกเลิกจ้างอย่างไม่เป็นธรรมขึ้น^{1,2} การปลดพนักงานออกจำนวนหนึ่งโดยไม่เป็นธรรมทำให้เกิดการฟ้องร้องคดีต่อศาลแรงงานและในปี พ.ศ. 2546 ศาลแรงงานได้มีคำวินิจฉัยให้ฝ่ายโจทก์หรือกลุ่ม “กบฏไอทีวี” เป็นฝ่ายชนะคดีในที่สุด

ภายหลังการรัฐประหาร 2549 จึงมีการกำหนดเรื่อง “การถือหุ้นสื่อ” ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (รธน. 2550) ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการกำหนดเรื่อง “การถือหุ้นสื่อ” ของนักการเมือง โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 48 ว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคมมิได้ ไม่ว่าในนามของตนเองหรือให้ผู้อื่นเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นแทน หรือจะดำเนินการโดยวิธีการอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมที่สามารถบริหารกิจการดังกล่าวได้ในทำนองเดียวกับการเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการดังกล่าว” เจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวโดยอนุกรมการยกย่องรัฐธรรมนูญ 2550 เชื่อว่าปัญหาประการหนึ่งของการเมืองไทยนับตั้งแต่สถานการณ์ความไม่สงบเมื่อปี พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา เป็นผลมาจากสื่อได้กลายเป็นเครื่องมือสำคัญที่ถูกฉวยใช้เพื่อหวังผลทางการเมือง จึงเห็นชอบในหลักการไม่ให้นักการเมืองเป็นเจ้าของสื่อ โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพื่อให้สื่อมี “เสรีภาพ” ในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารอย่างตรงไปตรงมา โดยปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง และมุ่งหวังว่าสื่อจะสามารถทำหน้าที่วิพากษ์การทำงานของรัฐบาลอย่างตรงไปตรงมา เพราะสื่อมีหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลแล้วนำเสนอให้ประชาชนได้รับทราบ

¹ ‘เปิดที่มาข้อกฎหมาย ห้ามนักการเมืองถือหุ้นสื่อ เกิดขึ้นเพราะอะไร?’ (ประชาชาติธุรกิจ, 13 พฤษภาคม 2566) <<https://www.prachachat.net/politics/news-1289615>> สืบค้นวันที่ 17 ธันวาคม 2566.

² อรรถสิทธิ์ ปานแก้ว และสตีล ธนาธิโชติ, ‘ถือหุ้นสื่อ’ (สถาบันพระปกเกล้า) <<http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ถือหุ้นสื่อ>> สืบค้นวันที่ 17 ธันวาคม 2566.

(watchdog) และเป็นปากเสียงให้กับประชาชน³ อย่างไรก็ตาม รธน. 2550 มาตรา 48 ไม่ได้มีการกำหนดโทษเอาไว้อย่างชัดเจนว่า หากผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองถือหนังสือแล้วจะต้องพ้นสมาชิกภาพหรือต้องได้รับการลงโทษอย่างไร ทำให้มาตราดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่สามารถนำไปสู่การปฏิบัติได้จริง เนื่องจากขาดบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดโทษ

ภายหลังการรัฐประหารวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2557 และมีการร่างรัฐธรรมนูญในเรื่องของ “การถือหนังสือ” ขึ้นใหม่ และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 (รธน. 2560) ซึ่งมีความแตกต่างไปจากรธน. 2550 โดยใน รธน. 2560 ได้มีการบัญญัติคุณสมบัติต้องห้ามของผู้ลงสมัคร สส. เพิ่มเติมในมาตรา 98 (3) โดยห้ามมิให้ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด ๆ (ถือหนังสือ) ลงสมัคร สส. หาก สส. มีคุณสมบัติต้องห้ามดังกล่าวจะเป็นเหตุให้สมาชิกภาพ สส. สิ้นสุดลงตาม รธน. 2560 มาตรา 101 (6) ที่กำหนดว่า สมาชิกภาพของ สส. สิ้นสุดลงเมื่อมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 98 จะเห็นได้ว่าจากเดิม (รธน. 2550) ที่ห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองถือหนังสือขณะดำรงตำแหน่งเท่านั้น ได้รับการขยายออกไปตั้งแต่ในเวลาลงสมัครรับเลือกตั้ง นอกจากการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ลักษณะต้องห้ามเช่นว่านี้ ยังได้รับการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561 (พรป. ว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. 2561) ในมาตรา 42 (3) ความว่า “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็น สส.” และใน (3) ความว่า “เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด ๆ” อีกด้วย

คุณสมบัติต้องห้ามตาม รธน. 2560 มาตรา 98 นี้ยังถูกนำมาใช้กับสมาชิกวุฒิสภา (สว.) โดย สว. ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามโดยได้รับการกำหนดไว้ในมาตรา 108 ข. ลักษณะต้องห้าม (1) ที่ห้ามมิให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 98 ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง สว. ได้ และมาตรา 111 (4) ที่กำหนดว่า สมาชิกภาพของ สว. สิ้นสุดลงเมื่อ สว. ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 108

สำหรับรัฐมนตรี รธน. 2560 มาตรา 160 (6) กำหนดว่า รัฐมนตรีต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 98 และมาตรา 170 (4) กำหนดว่า ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวเมื่อขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 160 นอกจากนี้ กรณีที่นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 98 นายกรัฐมนตรีจะอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 168 (1) อีกด้วย (ตารางที่ 1 ความแตกต่างข้อกำหนดในการถือหนังสือระหว่าง รธน. 2550 และ รธน. 2560)

ตารางที่ 1 ความแตกต่างข้อกำหนดในการถือหนังสือระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560

	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560
รัฐมนตรี	ห้ามมิให้ถือหนังสือขณะดำรงตำแหน่งตามมาตรา 48 แต่ไม่ได้กำหนดผลหากฝ่าฝืน	ห้ามมิให้ถือหนังสือตามมาตรา 160 ผลหากฝ่าฝืน ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามมาตรา 170 (4) และไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ตามมาตรา 168 (1)
สส.	ห้ามมิให้ถือหนังสือขณะดำรงตำแหน่งตามมาตรา 48 แต่ไม่ได้กำหนดผลหากฝ่าฝืนระหว่างลงสมัครรับเลือกตั้งก็ยังสามารถถือหนังสือได้	ห้ามมิให้ลงสมัครรับเลือกตั้ง สส. หากถือหนังสือตามมาตรา 98 (ห้ามตั้งแต่การสมัคร) ผลหากฝ่าฝืน หาก สส. ถือหนังสือจะเป็นเหตุให้สมาชิกภาพ สส. สิ้นสุดลงตามมาตรา 101 (6)

³ อรรถสิทธิ์ พานแก้ว และสตีเฟน ธนานิธิโชติ (เชิงอรรถ 2).

สว.		ห้ามไม่ให้ลงสมัครรับเลือกตั้ง สว. หากถือหุ้นสื่อตามมาตรา 108 ข. (1) (ห้ามตั้งแต่การสมัคร) ผลหากฝ่าฝืน หาก สว. ถือหุ้นสื่อจะเป็นเหตุให้สมาชิกภาพ สว. สิ้นสุดลงตามมาตรา 111 (4)
รธน. 2550 มาตรา 48 ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคม มิได้ไม่ว่าในนามของตนเองหรือให้ผู้อื่นเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นแทน หรือจะดำเนินการโดยวิธีอื่นไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่จะสามารถบริหารกิจการดังกล่าวได้ในทำนองเดียวกันกับการเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการดังกล่าว		

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดเพิ่มเติมใน รธน. 2560 มาตรา 184 (4) ว่า สส. และ สว. ต้องไม่กระทำการใด ๆ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมอันเป็นการขัดขวางหรือแทรกแซงการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนโดยมิชอบ โดยมาตรา 186 ให้นำความในมาตรา 184 มาใช้บังคับแก่รัฐมนตรีด้วย โดยอนุโลมอีกด้วย จะเห็นได้ว่า รธน. 2560 มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามการถือหุ้นสื่อตั้งแต่การลงสมัครรับเลือกตั้ง สส. หรือ สว. ในขณะที่ รธน. 2550 มาตรา 48 กำหนดเพียงว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะถือหุ้นสื่อมิได้ ทำให้ในขณะที่ยังไม่ได้รับตำแหน่งแต่อยู่ระหว่างการเลือกตั้ง สส. หรือ สว. ก็สามารถถือหุ้นสื่อได้ตาม รธน. 2550 ทำให้ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งหากถือหุ้นสื่อหรือเป็นเจ้าของกิจการสื่ออยู่ก็อาจใช้สื่อเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ของตนในการแข่งขันเพื่อให้ตนได้เปรียบคู่แข่งในช่วงฤดูการเลือกตั้งได้

3. นักการเมือง พรรคการเมือง และการเป็นเจ้าของหรือถือหุ้นสื่อในประเทศอื่น

เครือข่ายความรู้เรื่องการเลือกตั้ง (The ACE Electoral Knowledge Network) ระบุว่า ในหลายประเทศพรรคการเมืองไม่ได้รับอนุญาตให้เป็นเจ้าของสถานีวิทยุ/โทรทัศน์ เนื่องจากการครอบครองคลื่นความถี่โดยกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองถือเป็นการจัดสรรทรัพยากรของชาติอย่างไม่เป็นธรรมและอาจถูกนำไปใช้เพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่หลายประเทศก็ยอมรับให้นักการเมืองถือครองหุ้นสื่อได้เนื่องจากถือเป็นการแสดงออกถึงสังคมที่มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

คณะกรรมการยุโรป (European Commission) ได้ทำการรวบรวมและศึกษาพหุนิยมสื่อในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปและสรุปข้อจำกัดสำหรับพรรคการเมืองและองค์กรการเมืองในการเป็นเจ้าของหรือถือหุ้นสื่อไว้ โดยประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปส่วนใหญ่ไม่มีข้อห้ามมิให้พรรคการเมืองเป็นเจ้าของสื่อ เช่น เอสโตเนีย, ฟินแลนด์, ฝรั่งเศส, อิตาลี, ลักเซมเบิร์ก, เนเธอร์แลนด์, โรมาเนีย, สโลวาเกีย, สโลวีเนีย, และสวีเดน เป็นต้น⁴ เพื่อรักษาหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและความหลากหลายหรือความเป็นพหุนิยมในสังคม ดังจะเห็นในประเทศอิตาลีหนังสือพิมพ์มักเป็นกระบอกเสียงของพรรคการเมือง และพรรคการเมืองส่วนใหญ่ก็จะเป็นเจ้าของหนังสือพิมพ์ นักการเมืองในอิตาลีครอบครองสื่ออย่างเต็มที่โดยไม่ผิดกฎหมาย เช่น Silvio Berlusconi อดีตนายกรัฐมนตรีและเจ้าพ่อสื่ออิตาลีที่ใช้ช่องทางสื่อต่าง ๆ ในเครือ Mediaset หนุนให้ตนเองก้าวขึ้นมาเป็นนายกรัฐมนตรีและใช้สื่อช่วยประคับประคองอำนาจมาตลอด อย่างไรก็ตาม การที่นักการเมืองมีสื่อในกำมือทำให้เกิดกระแสกังวลเรื่องการผูกขาดช่องทางการสื่อสารกับ

⁴ Commission Staff Working Document, 'Media pluralism in the Member States of the European Union' (2007) European Commission, working paper SEC (2007) 32
<https://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/doc/pluralism/media_pluralism_swp_en.pdf> accessed 17 December 2023.

ประชาชน⁵ แต่ก็มีประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหลายประเทศที่มีข้อกำหนดไว้ในกฎหมายไม่ให้พรรคการเมืองเป็นเจ้าของสื่อบางประเภท เช่น ออสเตรีย, เดนมาร์ก, เยอรมนี, ฮังการี, โปรตุเกส เป็นต้น โดยพรรคการเมืองประเทศเยอรมนีสามารถถือหุ้นของหนังสือพิมพ์ได้แต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ถือหุ้นในสถานีวิทยุโทรทัศน์ ประเทศเดนมาร์กห้ามพรรคการเมืองถือใบอนุญาตบริษัทกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุ ประเทศโปรตุเกสที่ห้ามพรรคการเมืองเป็นเจ้าของบริษัทโทรทัศน์หรือวิทยุส่วนตัว (ตารางที่ 2 พรรคการเมืองกับการเป็นเจ้าของหรือถือหุ้นสื่อของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป)

ส่วนประเทศอื่น ๆ เช่น ประเทศตุรกีในปี ค.ศ. 2011 ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งบริษัทวิทยุและโทรทัศน์และบริการสื่อโดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดว่า ไม่ให้ออกใบอนุญาตแพร่ภาพกระจายเสียงแก่พรรคการเมือง (และองค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง) และพรรคการเมืองไม่สามารถถือหุ้นของผู้ให้บริการสื่อไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม⁶ รัฐธรรมนูญประเทศบราซิลระบุห้ามผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเกี่ยวข้องกับธุรกิจสื่อโดยตรง แต่จากการศึกษาโดยองค์กรนักข่าวไร้พรมแดน (Reporters sans frontières; RSF) พบว่ามีเจ้าหน้าที่รัฐบาลสหพันธรัฐ 32 คน และวุฒิสมาชิก 8 คน เกี่ยวข้องกับสื่อ หรือบางครั้งหุ้นของสื่ออยู่ในกำมือของสมาชิกในครอบครัวนักการเมือง บราซิลจึงเป็นตัวอย่างของประเทศที่มีข้อห้ามนักการเมืองถือหุ้นสื่อ แต่ไม่มีประสิทธิภาพในการดำเนินการเอาผิดตามกฎหมาย ประเทศออสเตรียไม่มีกฎหมายห้ามนักการเมืองถือครองหุ้นสื่อและพบว่าธุรกิจหนังสือพิมพ์ร้อยละ 70 ตกอยู่ในกำมือของนักธุรกิจเพียง 1 คน คือรูดอล์ฟ เมอร์ด็อก แห่ง News Corp ทำให้เกิดความกังวลกับการผูกขาดสื่อมากเกินไป จึงมีการเสนอให้แก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของหรือการถือหุ้นสื่อ เช่นเดียวกับประเทศมาเลเซียที่ไม่มีกฎหมายห้ามนักการเมืองถือครองหุ้นสื่อ แต่ในปี พ.ศ. 2561 รัฐบาลมาเลเซียเริ่มศึกษาความเป็นไปได้ที่จะจำกัดการถือครองหุ้นในสื่อของผู้นำทางการเมืองหรือพรรคการเมืองเพื่อให้สื่อรายงานด้วยความเป็นกลางมากขึ้น⁷

แม้จะมีหลายประเทศมีการห้ามพรรคการเมืองไม่ให้เป็นเจ้าของหรือถือหุ้นสื่อ แต่ประเทศไทยมีการห้ามขยายออกไปถึงตัวของนักการเมืองแต่ละรายด้วยการกำหนดไว้ว่า การถือหุ้นสื่อเป็นลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งไม่ว่าจะเป็น สส. หรือ สว. ทำให้ผู้ที่ถือหุ้นสื่อแม้เพียงเล็กน้อยในฐานะประชาชนทั่วไปต้องทำการขายหรือถ่ายเทหุ้นออกจากตน ในขณะที่บางรายการถือหุ้นสื่อไม่ได้เป็นเจ้าของสื่อหรือมีอิทธิพลในการควบคุมสั่งการแต่อย่างใด ในขณะที่ประเทศส่วนใหญ่จะการใช้การควบคุมสื่อประกอบกับกฎหมายหรือกฎระเบียบว่าด้วยวิธีการหาเสียงและลักษณะต้องห้ามในการหาเสียงแทน

ตารางที่ 2 พรรคการเมืองกับการเป็นเจ้าของหรือถือหุ้นสื่อของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

ประเทศ	ข้อกำหนด
ประเทศออสเตรีย	พรรคการเมืองไม่ได้รับอนุญาตให้ถือหุ้นในสถานีวิทยุ/โทรทัศน์
ประเทศเบลเยียม	ประมวลกฎหมายอาญาห้ามไม่ให้พรรคการเมืองให้บริการกระจายเสียง ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กำหนดให้บรรณาธิการต้องเป็นอิสระจากพรรคการเมือง
ประเทศบัลแกเรีย	พรรคการเมืองไม่มีสิทธิดำเนินการกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือเพื่อเป็นเจ้าของบริษัทการค้า ตามกฎหมายพรรคการเมือง (Political Parties Law) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่ 1 เมษายน ค.ศ. 2005
ประเทศไซปรัส	ไม่มีข้อกำหนดเฉพาะ พรรคการเมืองถือเป็นนิติบุคคลเหมือนนิติบุคคลอื่น เพียงปฏิบัติตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในกฎหมายที่มีอยู่เช่นเดียวกับนิติบุคคลเหมือนนิติบุคคลอื่น

⁵ ‘นักการเมืองถือหุ้นสื่อผิดไหม? ในประเทศอื่นอาจจะไม่’ (โพสต์ทูเดย์, 25 เมษายน 2562) <<https://www.posttoday.com/international-news/587260>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

⁶ ‘นักการเมืองถือหุ้นสื่อผิดไหม? ในประเทศอื่นอาจจะไม่’ (เชิงอรรถ 5).

⁷ ‘นักการเมืองถือหุ้นสื่อผิดไหม? ในประเทศอื่นอาจจะไม่’ (เชิงอรรถ 5).

ประเทศ	ข้อกำหนด
สาธารณรัฐเช็ก	ไม่มีข้อกำหนดเฉพาะสำหรับพรรคการเมืองหรือองค์กรในกฎหมายกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พรรคการเมืองและขบวนการทางการเมืองได้รับอนุญาตให้ดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในบริษัทที่ดำเนินกิจการเฉพาะด้านกิจการกระจายเสียงและเผยแพร่ทางวิทยุและโทรทัศน์ได้
ประเทศเดนมาร์ก	ห้ามพรรคการเมืองถือใบอนุญาตบริษัทกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุ
ประเทศเอสโตเนีย	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศฟินแลนด์	พรรคการเมืองถือใบอนุญาตวิทยุหรือโทรทัศน์ได้
ประเทศฝรั่งเศส	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศเยอรมนี	พรรคการเมืองไม่ได้รับอนุญาตให้ถือหุ้นในสถานีวิทยุ/โทรทัศน์
ประเทศกรีซ	พรรคการเมืองไม่ได้อยู่ในกลุ่มนิติบุคคลที่มีสิทธิเป็นเจ้าของวิทยุหรือโทรทัศน์ อย่างไรก็ตามพรรคการเมืองสามารถตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ได้เนื่องจากไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิในการเผยแพร่ความคิดเห็นผ่านสื่อ
ประเทศฮังการี	พรรคการเมืองไม่มีสิทธิออกอากาศ
ประเทศอิตาลี	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศลัตเวีย	ไม่อนุญาตให้พรรคการเมืองผูกขาดสื่อมวลชนอิเล็กทรอนิกส์เพื่อผลประโยชน์ของพรรค พรรคการเมืองอาจไม่จัดตั้งองค์กรกระจายเสียง
ประเทศลิทัวเนีย	ห้ามพรรคการเมืองมิให้เป็นเจ้าของสถานีโทรทัศน์หรือผู้ดำเนินการโทรทัศน์
ประเทศลักเซมเบิร์ก	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศมอลตา	ไม่มีข้อห้าม โดยประเทศมอลตามีพรรคการเมือง 3 พรรค ทั้ง 3 พรรคล้วนเป็นเจ้าของสถานีวิทยุ พรรคใหญ่ที่สุดเป็นเจ้าของสถานีโทรทัศน์ด้วย นอกจากนี้พรรคการเมืองบางพรรคยังเป็นเจ้าของหนังสือพิมพ์ด้วย
ประเทศเนเธอร์แลนด์	ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจน
ประเทศโปแลนด์	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศโปรตุเกส	ห้ามพรรคการเมืองเป็นเจ้าของบริษัทโทรทัศน์หรือวิทยุส่วนตัว
ประเทศโรมาเนีย	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศสโลวาเกีย	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศสโลวีเนีย	ไม่มีข้อห้าม
ประเทศสวีเดน	ไม่มีข้อห้าม
สหราชอาณาจักร	พรรคการเมืองไม่ได้รับอนุญาตให้ถือใบอนุญาตกระจายเสียงทุกประเภท

ข้อมูลจาก European Commission. Media Pluralism in the Member States of the European Union 2007

4. แนวทางการวินิจฉัยของศาลประเทศไทย

การถือหุ้นสื่อกลายเป็นจุดอ่อน (pain point) ของการเลือกตั้งไทยภายหลังการประกาศใช้ รธน. 2560 ก็พบว่า มีการร้องต่อศาลฎีกาก่อนการเลือกตั้ง เพื่อขอให้ศาลฎีกาวินิจฉัยคุณสมบัติการเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้ง และมีการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่ผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งทางการเมืองแล้วเพื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคุณสมบัติการเป็นสมาชิกภาพ สส. เป็นจำนวนมาก หลังการเลือกตั้งปี พ.ศ. 2562 คดีที่โด่งดัง ได้แก่ คดีของนายธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ หัวหน้าพรรคอนาคตใหม่ คดีของอดีต สส. พรรคฝ่ายรัฐบาล 32 ราย และคดีของอดีต สส. พรรคฝ่ายค้าน 32 ราย^๑ และหลังการเลือกตั้งปี พ.ศ. 2566 คดีที่โด่งดัง คือ คดีของ สส. นายพิธา ลิ่มเจริญรัตน์ หัวหน้าพรรคก้าวไกล ซึ่งอยู่ระหว่างรอการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญระหว่างการเขียนบทความฉบับนี้

^๑ ฌัชกร นามเมือง, ‘แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดีหุ้นสื่อ ถือหุ้นจริง + ทำสื่อจริง = มีความผิด’ (ไทยรัฐออนไลน์, 8 มิถุนายน 2566) <<https://plus.thairath.co.th/topic/politics&society/103290>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

โดยหลังการเลือกตั้งปี พ.ศ. 2562 คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ส่งเรื่องต่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคุณสมบัติการเป็น สส. ของนายธนธร จีรุงเรืองกิจ เนื่องจากการถือครองหุ้นสื่อในบริษัท วี-ลัค มีเดีย จำกัด ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้นายธนธร ระงับการปฏิบัติหน้าที่ สส. ในระหว่างรอการวินิจฉัยคุณสมบัติ ในท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยความตาม รธน. 2560 มาตรา 98 ที่กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรข้อ (3) ที่ระบุว่าผู้สมัคร สส. จะต้องไม่ “เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด” ประกอบมาตรา 101 ที่ระบุว่า สมาชิกภาพของ สส. จะสิ้นสุดลงเมื่อมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 98 ซึ่งหมายความว่า สมาชิกภาพของ สส. จะสิ้นสุดลงเมื่อพบว่า สส. รายนั้น เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า นายธนธร จีรุงเรืองกิจ มีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท วี-ลัค มีเดีย จำกัด ในระหว่างสมัครรับเลือกตั้งจึงขาดคุณสมบัติการดำรงตำแหน่ง สส.

คดีของนายธนธร จีรุงเรืองกิจ นำมาสู่การยื่นร้องศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัย สส. จำนวน 64 รายการถือครองหุ้นสื่อในเวลาต่อมา โดย สส. พรรคฝ่ายค้านยื่นร้องนายชวน หลีกภัย ประธานรัฐสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย สส. ฝ่ายรัฐบาล 41 รายการถือหุ้นสื่อก่อนรับสมัครเลือกตั้งว่ามีคุณสมบัติขัดกับลักษณะต้องห้ามหรือไม่ โดยศาล รธน. ได้ยกคำร้อง 9 รายและรับคำร้องไว้ตรวจสอบ 32 รายแต่ไม่ได้สั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ หลังจากนั้น สส. ฝ่ายรัฐบาลได้ยื่นร้องนายชวน ประธานสภาฯ ให้ส่งคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสมาชิกภาพ สส. ของฝ่ายค้านจำนวน 32 รายว่าสิ้นสุดลงตาม รธน. 2560 มาตรา 101(6) ประกอบมาตรา 98(3) หรือไม่เช่นเดียวกัน โดยในวันที่ 28 ตุลาคม พ.ศ. 2563 ศาลรัฐธรรมนูญได้อ่านคำวินิจฉัยกรณี 64 สส. ถือครองหุ้นสื่อ การอ่านคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลได้ส่งรวมสำนวนเลขที่ 12/2562 และ 13/2562 ไว้ด้วยกันโดยให้ยึดตามสำนวนเลขที่ 12/2562 เป็นหลัก ในส่วนของ สส. ฝ่ายค้าน เนื่องจาก พล.ท.พงศกร รอดชมภู นายชำนาญ จันทร์เรือง และนายสุรชัย ศรีสารคาม 3 ราย ได้พ้นจากตำแหน่ง สส. เนื่องจากถูกศาล รธน. วินิจฉัยยุบพรรคอนาคตใหม่ จึงเหลือผู้ถูกร้อง สส. ฝ่ายค้าน 29 รายจาก 32 ราย ในระหว่างรอการวินิจฉัย สส. ทั้งฝ่ายรัฐบาลหรือฝ่ายค้านที่ถูกร้องผ่านประธานสภาฯ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีคำสั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่แต่อย่างใด โดยสามารถสรุปจำนวน สส. ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำการวินิจฉัยได้ในตารางที่ 3

ตารางที่ 3 จำนวน สส. ที่ถูกร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยคุณสมบัติการเป็น สส. เนื่องจากถือหุ้นสื่อตามมาตรา 98 (3) ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปปี พ.ศ. 2562

ผู้ร้อง	ผู้ถูกร้อง สส. ฝ่ายรัฐบาล	ผู้ถูกร้อง สส. ฝ่ายค้าน
(1) ยื่นโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้อง	1 ราย (ธนธร จีรุงเรืองกิจ) รับคำร้อง และมีคำสั่งให้หยุด ปฏิบัติหน้าที่	0 ราย 0 ราย
(2) ยื่นโดย สส. ผ่านประธานสภาฯ ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้อง มีคำสั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ สส. พ้นสมาชิกภาพด้วยเหตุอื่นก่อนการวินิจฉัย (จำหน่วยคดี) ได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญ	32 ราย 32 ราย 0 ราย 0 ราย 3 ราย 29 ราย	41 ราย 32 ราย 9 ราย 0 ราย 3 ราย 29 ราย
จำนวน สส. ที่ได้รับการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพ สส. สิ้นสุดลงตาม รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (3)	2 ราย (ธนธร จีรุงเรืองกิจ และ อัญญ์วาริน สุขะพิสิษฐ์)	0 ราย

ในการออกคำสั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่จะเป็นกรณีศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “มีเหตุอันควรสงสัยว่า มีพฤติการณ์ตามที่ถูกร้องจริง” ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ สส. ได้ ทำให้กรณีที่เป็นการร้องจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ที่มีสำนวนการสอบสวนและพยานหลักฐานซึ่งผ่านการตรวจสอบและสอบสวนจาก กกต. ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายมาแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมี “เหตุอันควรสงสัย” ว่าผู้ถูกร้องมีพฤติการณ์ตามที่ถูกร้องจริง ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ สส. ได้ เช่นในกรณีของนายธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ ซึ่งต่างจากกรณีของ สส. 64 รายที่ถูกร้องผ่านประธานสภาฯ ซึ่งยังไม่ปรากฏการสอบสวนและพยานหลักฐานที่ผ่านการตรวจสอบ และสอบสวนจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายมาก่อน แต่เป็นเพียงการรวบรวมข้อมูลและพยานหลักฐานเบื้องต้นประกอบคำกล่าวหาหรือเรียนเท่านั้น อีกทั้งเป็นการดำเนินการโดย สส. พรรคฝ่ายตรงข้ามกัน กรณีนี้ถือว่าเป็นข้อมูลและพยานหลักฐานของผู้ที่เป็นปฏิปักษ์กับผู้ถูกกล่าวหาอีกด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตรวจสอบข้อมูลและพยานหลักฐานต่อไป จึงยัง “ไม่มีเหตุเพียงพอ” ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมี “เหตุอันควรสงสัย” ว่า สส. ที่ถูกร้องนั้นมีพฤติการณ์ตามที่ถูกร้องนั้นจริงหรือไม่

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนวันเลือกตั้งหากผู้อำนวยการ กกต. ประจำเขตเลือกตั้งสำหรับการสมัครแบบแบ่งเขต หรือ กกต. สำหรับการสมัครแบบบัญชีรายชื่อตรวจสอบพบว่า ผู้สมัครรายใดไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อสั่งถอนชื่อผู้นั้นออกจากประกาศรายชื่อผู้สมัครตาม พรป. ว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. 2561 มาตรา 52⁹ และมาตรา 61¹⁰ นอกจากนี้ กรณีผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครผู้ใดยื่นคำร้องต่อ กกต. ว่า ผู้มีชื่อในประกาศรายชื่อไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งและ กกต. มีคำวินิจฉัยให้ถอนการรับสมัคร ผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยของ กกต. ต่อศาลฎีกาตาม พรป. ว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. 2561 มาตรา 51¹¹ และมาตรา 60¹² จะเห็นได้ว่า ก่อนการเลือกตั้งผู้ที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัคร สส. ได้แก่ กกต. และศาลฎีกา

⁹ มาตรา 52 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 52 ก่อนวันเลือกตั้ง หากผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้งตรวจสอบแล้วเห็นว่าผู้สมัครผู้ใดไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเนื่องจากขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ถอนชื่อผู้นั้นออกจากประกาศรายชื่อผู้สมัคร

เมื่อถึงวันเลือกตั้ง ถ้าปรากฏว่าศาลฎีกายังมิได้วินิจฉัยให้ดำเนินการเลือกตั้งไปตามประกาศรายชื่อผู้สมัครที่มีผลอยู่ในวันนั้น

¹⁰ มาตรา 61 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 61 ก่อนวันเลือกตั้ง หากคณะกรรมการเห็นว่าผู้สมัครของพรรคการเมืองใดไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเนื่องจากขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม มิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ถอนชื่อผู้นั้นออกจากประกาศรายชื่อผู้สมัคร และให้นำความในมาตรา 52วรรคสอง มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

¹¹ มาตรา 51 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 51 ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครผู้ใดเห็นว่าผู้มีชื่อในประกาศรายชื่อที่ผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้งได้ประกาศตามมาตรา 56 ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ประกาศรายชื่อผู้สมัคร เมื่อคณะกรรมการมีคำวินิจฉัยเช่นใดแล้ว ให้แจ้งคำวินิจฉัยไปยังผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้งเพื่อดำเนินการตามคำวินิจฉัยต่อไปโดยเร็ว ตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติก่อนทราบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ

ในกรณีที่คณะกรรมการมีคำวินิจฉัยให้ถอนการรับสมัครของผู้ใด ให้ผู้นั้นมีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าวต่อศาลฎีกาได้ภายในสามวันนับแต่วันที่ถูกถอนการรับสมัคร และในกรณีที่ศาลฎีกายังมิได้มีคำวินิจฉัยเป็นประการใดก่อนวันเลือกตั้ง ให้การพิจารณาเป็นอันยุติและให้ดำเนินการเลือกตั้งไปตามคำสั่งของคณะกรรมการ

¹² มาตรา 60 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 60 ให้นำความในมาตรา 51 มาใช้บังคับแก่กรณีที่มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครผู้ใดเห็นว่าผู้มีชื่อในบัญชีรายชื่อที่คณะกรรมการประกาศตามมาตรา 58 ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งด้วยโดยอนุโลม

แนวทางการวินิจฉัยคดีการถือหุ้นสื่อของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญสามารถสรุปได้ดังตารางที่ 4¹³ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้งนั้น มีลักษณะเคร่งครัด เพียงผู้สมัครมีชื่อเป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด ๆ แม้ไม่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการในความเป็นจริงก็ถือว่า มีลักษณะต้องห้าม โดยไม่คำนึงว่าสื่อหนังสือพิมพ์หรือเสนอเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือไม่ และแม้หนังสือพิมพ์จะยุติพิมพ์แล้วแต่ยังไม่ได้แจ้งยกเลิกการประกอบกิจการต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ถือว่า มีลักษณะต้องห้ามตาม รธน. 2560 มาตรา 98 (3) แตกต่างกับศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วางหลักว่า การเป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนต้องมีการประกอบกิจการจริงด้วย หากมีเพียงแค่การระบุในหนังสือบริคณห์สนธิว่ามีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนแต่ไม่ได้ประกอบกิจการจริง ก็ถือว่าเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นไม่ได้อยู่ในฐานะที่เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนแต่อย่างใด โดยการพิจารณาว่าประกอบกิจการจริงหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาจาก 1. แบบ สสข.1 ซึ่งเป็นแบบแสดงรายการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของหุ้นส่วนบริษัทตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ฉบับที่ 83 (พ.ศ. 2515) ที่ยื่นต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท 2. แบบ สบข.3 ซึ่งเป็นแบบนำส่งงบการเงินต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และ 3. หมายเหตุประกอบงบการเงิน จะเห็นได้ว่าแนวทางการวินิจฉัยคดีการถือหุ้นสื่อของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด โดยศาลรัฐธรรมนูญมุ่งเน้นที่เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 98 (3) ที่มีเจตนารมณ์ให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในการเลือกตั้ง เพราะผู้สมัครที่มีสื่ออยู่ในมือ ย่อมได้เปรียบผู้สมัครอื่น¹⁴ ในขณะที่ศาลฎีกาตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร

ตารางที่ 4 แนวทางการวินิจฉัยคดีการถือหุ้นสื่อของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลฎีกา	ศาลรัฐธรรมนูญ
ผู้สมัครที่มีชื่อเป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด ๆ แม้ไม่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการในความเป็นจริง ก็มีลักษณะต้องห้าม (ฎีกาที่ 1143/2562)	การเป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนต้องมีการประกอบกิจการจริงด้วย หากมีเพียงแค่ การระบุในหนังสือบริคณห์สนธิว่ามีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชน แต่ไม่ได้ประกอบกิจการจริง ก็ถือว่าเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นไม่ได้อยู่ในฐานะที่เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชน
ไม่คำนึงว่าสื่อจะตีพิมพ์หรือเสนอสิ่งเกี่ยวข้องกับการเมืองหรือไม่ (ฎีกาที่ 1109/2562)	การพิจารณาว่าประกอบกิจการจริงหรือไม่ พิจารณาจาก
แม้หนังสือพิมพ์หยุดตีพิมพ์แล้ว แต่ยังไม่ได้แจ้งยกเลิกการประกอบกิจการต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เจ้าของหรือผู้ถือหุ้นก็มีลักษณะต้องห้าม (ฎีกาที่ 1111/2562, 1220/2562, 1228/2562)	1. แบบ สสข.1 (แบบแสดงรายการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของหุ้นส่วนบริษัทตามประกาศกระทรวงพาณิชย์) ที่ยื่นต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท 2. แบบ สบข.3 (แบบนำส่งงบการเงินต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า) 3. หมายเหตุประกอบงบการเงิน

ข้อมูลจาก อธิคม อินทุฤติ. เอกสารประกอบการบรรยายเนติบัณฑิต หัวข้อคดีเลือกตั้ง ภาคปกติ ชุดที่ 7, 2563

อย่างไรก็ตาม ยังมีคดีนายชาญชัย อิสระเสนารักษ์ ที่ศาลฎีกากลับตีความตามเจตนารมณ์โดยวินิจฉัยว่า กกต. ตีความไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ การที่ กกต. เขต 2 นครนายกไม่ประกาศรายชื่อนายชาญชัย อิสระเสนารักษ์ เป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง สส. เขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดนครนายก จึงเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 98 (3) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย

¹³ อธิคม อินทุฤติ, 'คดีเลือกตั้ง' (เอกสารประกอบการบรรยายเนติบัณฑิต ภาคปกติ ชุดที่ 7, 2563)

<https://www.thethaibar.or.th/thaibarweb/files/Data_web/downloads_doc/term1/athikom/at7.pdf> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

¹⁴ อธิคม อินทุฤติ (เชิงอรรถ 13).

การเลือกตั้ง สส. พ.ศ.2561 มาตรา 42 (3) จึงมีคำสั่งให้ กกต.นครนายกต้องเพิ่มชื่อนายชาญชัย พร้อมประกาศรายชื่อชาญชัยให้กลับมาเป็นผู้สมัคร สส. เขต 2 จ.นครนายกของพรรคประชาธิปัตย์ โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การถือหุ้นในบริษัท AIS มีจำนวนเพียง 200 หุ้นจากจำนวนหุ้นที่ชำระแล้วทั้งหมด 2,873,425,791 หุ้น มูลค่าหุ้นทั้งหมดของบริษัท AIS ตามราคาตลาด ณ สิ้นปี 2565 เป็นเงิน 579,971,000,000 บาท ในขณะที่หุ้นของนายชาญชัยมีมูลค่าตามราคาตลาดในวันเดียวกันเพียง 39,000 บาท สัดส่วนดังกล่าวถือว่าเป็นสัดส่วนที่น้อยมาก นายชาญชัยย่อมไม่มีอำนาจสั่งการให้บริษัท AIS ดำเนินการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์แก่ตนและพรรคการเมืองที่ตนสังกัด หรือเป็นโทษต่อผู้สมัครและพรรคการเมืองอื่น เพื่อประโยชน์ในการเลือกตั้งของตนหรือพรรคการเมืองของตนได้ (หมายเลขคดีแดง (ศาลฎีกา) ลต สสข 24/2566 และหมายเลขคดีดำ (ศาลชั้นต้น) ลต 9/2566 (ศาลจังหวัดนครนายก))¹⁵ จากแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ และ กกต. เห็นได้ว่าหลายกรณีที่มีความไม่สอดคล้องไปในทางเดียวกัน

5. บทวิพากษ์วิจารณ์ข้อกฎหมายห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อ

การเลือกตั้งแม้จะเป็นกระบวนการทางการเมือง แต่การเลือกตั้งก็ถูกกำกับด้วยกฎหมาย ผลของการเลือกตั้งที่มาจากเจตจำนงของประชาชนก็อาจถูกรบกวนด้วยกฎหมายที่ทางกฎหมาย ผู้ที่ประชาชนเลือกอาจถูกตัดสิทธิในการเป็น สส. หรือ สว. ได้ เนื่องจากการฝ่าฝืนระเบียบหรือกฎหมายบางประการ เช่น การถือหุ้นสื่อของผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น การแทรกแซงสื่อของนักการเมืองก่อนการรัฐประหาร 2549 ทำให้สื่อมวลชนไทยออกมาต่อสู้เรียกร้องเรื่องเสรีภาพสื่อกันมาก ตัวอย่างเช่น กบฏไอที ทำให้รัฐธรรมนูญ 2550 ได้มีการกำหนดมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อเป็นครั้งแรก และมีความเข้มข้นมากขึ้นในรัฐธรรมนูญ 2560 ตามที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2 นอกจากนักการเมือง การคุกคามสื่อยังปรากฏผ่านกลไกหน่วยงานความมั่นคง และหน่วยงานกำกับดูแล เช่น กสทช. ที่เคยปิดทีวีบางช่องมาแล้ว หรือเซ็นเซอร์สื่อที่มีเนื้อหาวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาล คสช. ถึงขั้นสั่งให้ “จอดำ” เป็นเวลานานมากกว่าสัปดาห์ หรือแม้แต่การที่ผู้นำทางการเมืองชี้หน้าด่าสื่อ แต่การคุกคามเหล่านี้กลับไม่ถูกนำไปสู่ความพยายามจะคุ้มครองเสรีภาพสื่อให้มากขึ้น ในทางกลับกันรัฐพยายามออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกสื่อมากกว่าเดิมหลังการรัฐประหารในปี 2549 ด้วย¹⁶ โดยเฉพาะในช่วงสถานการณ์โควิด-19¹⁷ เป็นคำถามต่อมาว่า การกำหนดให้นักการเมืองห้ามถือหุ้นสื่อนั้นในทางความเป็นจริง (*De facto*) สามารถช่วยให้นักการเมืองไม่มีอิทธิพลหรือคุกคามสื่อได้จริงหรือไม่ เนื่องจากแม้ว่านักการเมืองจะไม่ถือหุ้นเองก็สามารถยกย่าย้ายโอนให้ญาติพี่น้องหรือให้ผู้อื่นถือแทนได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 77 วรรคแรก กำหนดว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง” และวรรคสอง กำหนดว่า “ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มี

¹⁵ หมายเลขคดีแดง (ศาลฎีกา) ลต สสข 24/2566 และหมายเลขคดีดำ (ศาลชั้นต้น) ลต 9/2566 (ศาลยุติธรรมจังหวัดนครนายก) [2566] <<http://www.supremecourt.or.th/คำพิพากษาคดีเลือกตั้ง-ปี-2566/14/download>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566

¹⁶ เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, ‘หุ้นสื่อ (อีกแล้วหรือ)’ (*The101.world*, 11 พฤษภาคม 2566) <<https://www.the101.world/media-share-law/>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

¹⁷ ณฑิเดช มณีลังกา และคณะ, ‘การจำกัดเสรีภาพสื่อระหว่างการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินโควิด-19 ของประเทศไทย: เพื่อความมั่นคงของชาติหรือปิดปากประชาชน’ (2565) 2(3) วารสารนิติปริทัศน์ 19–42 <<https://so06.tci-thaijo.org/index.php/NitiPariJ/article/view/259323>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566

การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป”

เมื่อพิจารณาว่า รธน. 2560 มาตรา 77 วรรคแรกส่วนต้นที่กำหนดว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์” ในแง่ของความจำเป็น ผู้เขียนจึงตั้งคำถามว่า การกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา 98 (3) นั้นสามารถช่วยให้ผู้สมัครแต่ละรายมีความเท่าเทียมกันในการแข่งขันได้จริงหรือไม่ ผู้เขียนเห็นด้วยกับ สถณี อาชวานันทกุล ที่ว่า นักการเมืองมีวิธีแทรกแซงสื่อมากมายโดยไม่จำเป็นต้องถือหุ้นสื่อแม้แต่หุ้นเดียว เช่น การสั่งให้ธุรกิจในเครือของตนถอนโฆษณาหากสื่อค่ายนั้นวิพากษ์วิจารณ์หรือไม่ยอมสนับสนุนตน การปรนเปรอนักข่าวด้วยการพาเที่ยวเพื่อสร้างความสนิทสนมกลมเกลียว ส่งผลให้นักข่าวสนับสนุนหรือพรรคตนโดยไม่ต้องจ้าง อีกทั้งแม้ตัวนักการเมืองไม่ได้เป็นเจ้าของแต่คู่สมรส (หลายกรณี มิได้มีการสมรสทางกฎหมายเพื่อเลี่ยงกฎหมาย) หรือญาติพี่น้องเป็นเจ้าของสื่อ ก็สามารถใช้อำนาจในการโจมตีคู่แข่งได้ ดังนั้น การกำหนดห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่สามารถมีผลเปลี่ยนแปลงการแทรกแซงของนักการเมืองในความเป็นจริงได้แต่อย่างใด¹⁸ เห็นได้ว่ากฎหมายห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อไม่สามารถคุ้มครองเสรีภาพสื่อได้จริง นักการเมือง พรรคการเมืองสามารถยกย่ายการจัดการกิจการสื่อสารมวลชนได้ผ่านญาติหรือตัวแทน หรือผู้มีอุดมการณ์ร่วมกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องเข้าไปถือครองกิจการเองแต่อย่างใด

ในทางกลับกันเมื่อพิจารณากรณีที่ศาลมีการวินิจฉัยให้ สส. ที่ได้รับเลือกจากประชาชนที่ต้องสิ้นสมาชิกภาพไป 2 ราย ได้แก่ นายธนธร จีรุงเรืองกิจ และธัญญ์วาริน สุขะพิสิษฐ์ ผู้เขียนเห็นว่าแม้ทั้ง 2 รายจะมีการถือหุ้นสื่อ แต่ก็ไม่ปรากฏว่าทั้งสองรายจะได้ประโยชน์เหนือคู่แข่งจากหุ้นสื่อที่ตนถือเป็นคุณกับตัวเองหรือเป็นโทษกับคนอื่นใด ในขณะที่สื่อหลายเจ้ากลับมีการเชียร์หรือนำเสนอข่าวที่อาจทำให้ฝ่ายที่ตนไม่สนับสนุนเสียคะแนนนิยม จากการสังเกตของผู้เขียนเห็นว่า “ความเป็นกลางของสื่อไม่มีอยู่ในความเป็นจริง” ผู้เขียนเห็นด้วยกับ ดร.พรรษาสิริ กุหลาบ ที่ได้กล่าวไว้ว่า “การถกเถียงเรื่องความเป็นกลางในทางวารสารศาสตร์มีความซับซ้อนและมีข้อสรุปที่เปลี่ยนไปอยู่เสมอ สังคมไม่ควรนำเรื่องความเป็นกลางมาเป็นเครื่องมือตัดสินความเป็นมืออาชีพของนักวารสารศาสตร์เพียงประการเดียว แต่ควรพิจารณาความถูกต้องและเป็นธรรมของข้อมูลที่น่าเสนอมากกว่า โดยควรพิจารณาว่า เมื่อนักวารสารศาสตร์ “ไม่เป็นกลาง” หรือ “เลือกข้าง” (ซึ่งในกรณีนี้หมายถึง “การแสดงจุดยืน” ทางการเมืองหรือสังคมบางประการ) ผลของการเลือกข้างนั้นส่งผลต่อการรายงานอย่างไร หากการรายงานของนักวารสารศาสตร์ยังแสดงให้เห็นว่า ข้อมูลที่น่าเสนอเป็นประโยชน์สาธารณะ ถูกต้อง มีมุมมองที่หลากหลาย เป็นธรรมต่อหลักฐานและทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เคารพหลักการประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชน รวมถึงรับผิดชอบต่อสิ่งที่รายงานไป ก็สะท้อนว่าการแสดงจุดยืนไม่ได้ส่งผลต่อการทำหน้าที่ของนักวารสารศาสตร์”¹⁹ ดังนั้น กฎหมายจึงควรมุ่งเน้นเรื่องความถูกต้องและเป็นธรรมในการนำเสนอข้อมูลของสื่อมากกว่าการกำหนดห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อ เพราะในความเป็นจริงตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าแม้ตัวนักการเมืองจะไม่ได้ถือหุ้นสื่อก็ไม่สามารถควบคุมอิทธิพลหรือการแทรกแซงที่มา

¹⁸ สถณี อาชวานันทกุล, ‘อันตรายของภาวะ “นิติศาสตร์นิยมล้นเกิน” (อิกที) : กรณี “หุ้นสื่อ” ของผู้สมัคร ส.ส.’ (ไทยพับลิก้า, 14 พฤษภาคม 2562) <<https://thaipublica.org/2019/05/hyper-legalism-and-media-shares/>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

¹⁹ พรรษาสิริ กุหลาบ, ‘ถ้าสื่อมวลชนที่เป็นกลางไม่มีอยู่จริง?’ (รู้ลึกกับจุฬาฯ, 12 พฤศจิกายน 2561) <<https://www.chula.ac.th/cuinside/14363/>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

ในรูปแบบต่าง ๆ ได้ และความเป็นกลางของสื่อแต่ละเจ้าก็ไม่ได้มีอยู่จริง การกำหนดห้ามไม่ให้มีการเมืองถือหุ้นสื่อจึงไม่ได้สอดคล้องกับ รธน. 2560 มาตรา 77 ววรรคแรกส่วนต้นที่กำหนดว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพิงเท่าที่จำเป็น” อีกทั้งการกำหนดเช่นว่ากลับเป็นภาระให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องโอนย้ายถ่ายเทหุ้นของตนแม้หุ้นที่มีจะมีเพียงจำนวนน้อยหรือไม่ได้เกี่ยวข้องกับสื่อด้านการเมืองแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาข้อความในรัฐธรรมนูญมาตรา 77 ที่ว่า **กฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นนั้นต้อง “สามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง”** เห็นได้ว่า กรณีถือหุ้นสื่อ แม้กระทั่งแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญยังแตกต่างกัน และยังมีกรณีที่ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องกับการตีความของ กกต. หรือแม้กระทั่งนักกฎหมายยังต้องมาถกเถียงกันว่า ในฐานะผู้จัดการมรดกตามคำสั่งศาลถือเป็นการถือหุ้นสื่อตามมาตรา 98 (3) หรือไม่ สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าว ไม่ได้เป็นกฎหมายที่เข้าใจได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง ผู้เขียนเองก็เกิดคำถามว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นธรรมหรือไม่ ยกตัวอย่าง หากผู้เขียนเป็นทนายเพียงคนเดียวและได้รับมรดกหุ้นที่ตกทอดต่อ ๆ กันมาจากรุ่นสู่รุ่น แต่หากผู้เขียนดำรงตำแหน่งทางการเมืองกลับต้องโอนหรือขายหุ้นให้แก่ผู้อื่นไป แม้ผู้เขียนจะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นรายเล็กที่ไม่มีอำนาจบริหารใด ๆ เลยก็ตาม

นอกจากปัญหาเรื่องความแตกต่างระหว่างแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญ แนวทางการตัดสินของศาลฎีกาที่ยึดรูปแบบมากกว่าเนื้อหา ละเลยเนื้อหา โดยไม่สนใจเจตนารมณ์ของกฎหมายสะท้อนให้เห็นถึงภาวะ “อำนาจนิยมล้นเกิน” (hyper-authoritarianism) หรือ “นิติศาสตร์นิยมล้นเกิน” (hyper-legalism) ในศัพท์บัญญัติของ ผศ.ดร. เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งเห็นได้ชัดในกรณีศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้งมีคำสั่งถอนชื่อ นายภูเบศวร์ เห็นหลุด อดีตผู้สมัคร ส.ส. เขต 2 จ.สกลนคร พรรคอนาคตใหม่ในเดือน มี.ค. พ.ศ. 2562 เนื่องจากพบว่าเป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนจำกัด มาร์ส เอ็นจิเนียริง แอนด์ เซอร์วิส ที่วัตถุประสงค์ข้อหนึ่งของบริษัทเขียนว่า “ประกอบกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ รัจัดทำสื่อโฆษณา สปอร์ตโฆษณา เผยแพร่ข้อมูล” ศาลฎีกาจึงถือว่า ผู้สมัครรายนี้มีลักษณะต้องห้ามในการสมัครรับเลือกตั้ง ทั้งที่ในความเป็นจริง ห้างหุ้นส่วนจำกัดประกอบกิจการก่อสร้างไม่ได้ประกอบกิจการสื่อมวลชนแต่อย่างใด เพียงแต่วัตถุประสงค์ข้อหนึ่งระบุเรื่องสื่อเอาไว้ ซึ่งก็เป็นเรื่องปกติทั่วไปในการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดที่มีแบบฟอร์มสำเร็จรูปที่ทำตาม ๆ กันมา ตอนจดทะเบียนต่อกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งระบุวัตถุประสงค์ยาวหลายสิบข้อแบบกว้าง ๆ เพื่อเพิ่มความคล่องตัวในการทำธุรกิจ เพื่อไม่ต้องไปเสียเวลาจดทะเบียนเพิ่มเติมในอนาคต เมื่อต้องการขยายกิจการไปทำธุรกิจอื่น ดังนั้น การระบุใน “วัตถุประสงค์” ว่าประกอบกิจการสื่อในหนังสือบริคณห์สนธิ ไม่ได้แปลว่ากิจการนั้นประกอบกิจการสื่อในความเป็นจริง การตีความของศาลฎีกาในกรณีนี้จึงเป็นการตีความตวัดโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงของการประกอบกิจการ โดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย การตีความเช่นนี้หมายความว่า “กิจการอะไรก็ตามที่บริษัทยังไม่ได้ทำเท่ากับเป็นกิจการที่บริษัททำอยู่” เพียงเพราะถูกระบุอยู่ใน “วัตถุประสงค์ของบริษัท”²⁰ การตีความกฎหมายโดยไม่ดูพฤติการณ์และข้อเท็จจริงสะท้อนให้เห็นถึง “ภาวะนิติศาสตร์นิยมล้นเกิน” เป็นสถานการณ์ที่น่าเป็นห่วงและอันตรายอย่างยิ่ง เมื่อหน่วยงานรัฐและองค์กรอิสระหลายแห่งใช้กฎหมายแบบตะพึดตะพือโดยไม่ดูเจตนารมณ์ของกฎหมาย²¹

²⁰ สฤณี อาชวานันทกุล (เชิงอรรถ 18).

²¹ ประชาชน 2.0, ‘ปัญหาเรื้อรังของภาวะ “นิติศาสตร์นิยมล้นเกิน” + “อำนาจนิยมล้นเกิน”’ (กรุงเทพธุรกิจ, 30 เมษายน 2562) <<https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/122052>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

เมื่อพิจารณา รธน. มาตรา 77 วรรค 2 ตอนท้าย ที่ว่า “รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป” ผู้เขียนเห็นว่าข้อกังวลเรื่องนักการเมืองแทรกแซงควบคุมสื่อ่นั้นเกิดขึ้นในช่วงปี 2549 ในยุคที่สื่อทางทีวี-หนังสือพิมพ์-วิทยุ มีบทบาทและอิทธิพลต่อคนในสังคม เป็นที่มาของ รธน. 2550 มาตรา 48 และ รธน. 2560 มาตรา 98 (3) โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้เพื่อไม่ต้องการให้ผู้สมัคร สส. ใช้ “สื่อในมือตัวเอง” สร้างอิทธิพลโปรโมตตัวเองหรือชักจูงผู้มีสิทธิเลือกตั้งกล่าวคือ ใช้สื่อในมือตนเป็นคุณกับตัวเองและเป็นโทษกับผู้อื่น (คู่แข่ง) แต่ปัจจุบันสื่อทางทีวี-หนังสือพิมพ์-วิทยุมีบทบาทลดน้อยถอยลงอย่างมาก โซเชียลมีเดียกลายเป็นสิ่งที่มีอิทธิพลต่อความคิดของผู้คนที่ผู้คนสามารถเข้าถึงได้ทุกที่และทุกเวลาโดยไม่มีค่าใช้จ่าย เห็นได้ชัดในการเลือกตั้งปี 2566 ตัวอย่างเช่นไรเดอร์แพลตฟอร์มส่งอาหารตั้งกล้องไว้หน้ารถมอเตอร์ไซด์ อัศวินไอตัวเขาเองเดินไปเซดป้ายหาเสียงให้พรรคการเมืองพร้อมใส่เพลงประกอบ เพลงที่ผู้ชมคลิปหลายคนเห็นตรงกันว่าเนื้อร้องเข้ากันกับบทบาทพรรคการเมืองนั้น คลิปดังกล่าวมียอดคนดูใน TikTok กว่า 12 ล้านครั้ง กลายเป็นจุดเริ่มต้นของไวรัล ‘ซ่อมป้าย’ ปลุกกระแส ‘หัวคะแนนธรรมชาติ’ ให้พรรคก้าวไกล²² ในท้ายที่สุดเมื่อผลการเลือกตั้งออกมาก็ได้พิสูจน์ให้เห็นว่าบทบาทของ ‘ชาวเน็ต’ กลายเป็นคะแนนที่นับได้จริงในการเลือกตั้งปี 2566

ผู้เขียนขอกล่าวว่า “โลกได้เปลี่ยนไปแล้ว” โซเชียลมีเดียกลายเป็นเครื่องมือสำคัญและมีอิทธิพลต่อผลการเลือกตั้ง และได้รับการพิสูจน์ให้เห็นในการเลือกตั้งของหลายประเทศ เช่น การเลือกตั้งประเทศมาเลเซีย ในปี 2556 พรรคฝ่ายค้านใช้โซเชียลมีเดียทำให้คะแนนจนเกือบชนะพรรครัฐบาลได้ หากรัฐบาลไม่ได้โกงการเลือกตั้งด้วยระบบการเลือกตั้งและการแบ่งเขตเลือกตั้งที่ไม่เป็นธรรม ภายหลังเสร็จสิ้นการเลือกตั้งนายนาจิบ ราซัค นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นกล่าวว่า เขาพบกับ “อินเทอร์เน็ตซินามิ” ส่งผลให้นักการเมืองมาเลเซียต้องปรับตัวมีเฟซบุ๊กและทวิตเตอร์เพื่อสื่อสารกับประชาชน ในที่สุดพรรคฝ่ายค้านก็ได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งปี 2561²³ การเลือกตั้งประธานาธิบดีประเทศอินโดนีเซียในปี 2557 ‘โจโกวี’ หรือ โจโก วิโดโด ซึ่งเป็น “ม้ามืด” ก็มีทีมโซเชียลมีเดียที่มีประสิทธิภาพมากจนทำให้ชนะการเลือกตั้ง²⁴ การมีโซเชียลมีเดียทำให้พรรคการเมืองและนักการเมืองได้ประโยชน์ เนื่องจากมีทางเลือกในการใช้สื่อมากขึ้น สื่อหลัก เช่น หนังสือพิมพ์และโทรทัศน์ถูกครอบครองโดยรัฐและถูกเซ็นเซอร์ได้ง่ายแต่โลกโซเชียลไม่มีใครเป็นเจ้าของหลัก นักการเมืองสามารถสื่อสารกับประชาชนได้โดยตรงโดยไม่ต้องผ่านตัวกลาง ผศ.ดร. ประจักษ์ ก้องกีรติ กล่าวว่า โซเชียลมีเดียทำให้การเลือกตั้งเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการที่ประชาชนรู้จักผู้สมัคร สามารถสืบค้นข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลงสมัคร แลกเปลี่ยนความคิดเห็น และใช้โซเชียลมีเดียเป็นพื้นที่เรียนรู้เรื่องการเลือกตั้งกันเอง หรือ “Voter education by the people” โดยไม่ต้องรอหน่วยงานภาครัฐ²⁵ ผลการเลือกตั้งประเทศไทย 2566 สะท้อนถึงการเปลี่ยนแปลงไปของภูมิทัศน์การเมืองไทยจากเดิม ข้อมูลจาก กกต. พบว่าผู้เข้ามาใช้สิทธิเลือกตั้งครั้งนี้สูงถึงร้อยละ 75 ซึ่งเป็นจำนวนผู้ใช้สิทธิสูงที่สุดเท่าที่ประเทศไทยมีมา แสดงให้เห็นถึงความสนใจและความ

²² สุดารัตน์ พรหมสีใหม่, ‘และนี่คือเสียงของชาวเน็ต : เมื่อโซเชียลมีเดียคือ game changer การเมืองไทย?’ (*The 101.World*, 2 ตุลาคม 2566) <<https://www.the101.world/social-media-game-changer/>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

²³ ‘เลือกตั้ง 62: ‘โซเชียลมีเดีย’ จะเป็นสมรภูมิรบสำคัญเป็นครั้งแรก’ (*iLaw*, 19 พฤศจิกายน 2561) <<https://ilaw.or.th/node/5024>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

²⁴ ‘เลือกตั้ง 62: ‘โซเชียลมีเดีย’ จะเป็นสมรภูมิรบสำคัญเป็นครั้งแรก’ (เชิงอรรถ 23).

²⁵ ‘เลือกตั้ง 62: ‘โซเชียลมีเดีย’ จะเป็นสมรภูมิรบสำคัญเป็นครั้งแรก’ (เชิงอรรถ 23).

กระตือรือร้นของประชาชนในการออกมาใช้สิทธิของตนเองที่ไม่ใช่เพียงการทำตามหน้าที่ความเป็นพลเมืองที่ระบุในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เป็นการแสดงออกถึงความต้องการการเปลี่ยนแปลงผ่านการเข้าคูหาเลือกตั้ง²⁶

ปัจจุบันสื่อโซเชียลเข้ามามีบทบาทและอิทธิพลต่อการรับรู้และการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนทั้งก่อนและหลังเลือกตั้ง รวมไปถึงช่วงการหาเสียงของพรรคการเมือง สื่อโซเชียลกลายเป็นเครื่องมือสำคัญที่ช่วยจุดกระแสการเลือกตั้งและทำให้เกมการเมืองเปลี่ยนไปจากวิถีเดิม เช่น การเกิดขึ้นของ ‘หวัะแนนธรรมชาติ’ หรือภาพการขับเคลื่อนเปลี่ยนแปลงทางการเมืองผ่านแฮชแท็กทวิตเตอร์ การมีกระแสเรื่องใหม่ทางการเมืองเข้ามาไม่เว้นวัน ในขณะที่สื่อทีวี-หนังสือพิมพ์-วิทยุ มีบทบาทน้อยลงไปทุกที แนวคิดเรื่องการห้ามนักการเมืองถือหุ้หนังสือนั้นเกิดขึ้นขณะที่โซเชียลมีเดียยังไม่แพร่หลาย การเป็นเจ้าของสื่อต้องใช้เงินมหาศาล ขณะที่ปัจจุบัน “ทุกคนเป็นสื่อได้” เนื่องจากทุกคนสามารถใช้เฟซบุ๊ก ทวิตเตอร์ อินสตาแกรม ตี๊กต็อก และโซเชียลมีเดียในการสื่อสารแลกเปลี่ยนกับคนอื่นโดยไม่มีค่าใช้จ่าย รวมถึงนักการเมืองทุกคนก็ใช้สื่อเหล่านี้ได้โดยไม่จำเป็นต้องถือหุ้หนังสือหรือเป็นเจ้าของกิจการสื่อแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้หนังสือจึงล้าสมัยและไม่จำเป็นอีกต่อไป

การกำหนดห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้หนังสือในรัฐธรรมนูญ 2560 และ พรป. ว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. 2561 จึงไม่สอดคล้องกับ รธน. 2560 มาตรา 77 ด้วยเหตุผลสรุปได้ดังนี้

1. กฎหมายไม่สามารถใช้บังคับได้จริง นักการเมืองสามารถแทรกแซงสื่อได้หลายวิธีโดยไม่ต้องถือหุ้หนังสือ แม้แต่หุ้เดียว และสามารถยกย้ายถ่ายเทหุ้ไปให้ญาติพี่น้องหรือบุคคลที่มีอุดมการณ์เดียวกัน และในความเป็นจริงก็ไม่มีสื่อที่มีความเป็นกลางในความเป็นจริงอยู่แล้ว

2. กฎหมายเข้าใจได้ยาก แนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกัน แนววินิจฉัยของศาลฎีกา ยึดรูปแบบมากกว่าเนื้อหา ละเลยเนื้อหา โดยไม่สนใจเจตนารมณ์ของกฎหมายยังสะท้อนภาวะ “อำนาจนิยมล้นเกิน” (hyper-authoritarianism) หรือ “นิติศาสตร์นิยมล้นเกิน” (hyper-legalism) และในบางกรณีไม่ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ว่าบริษัททำกิจการสื่อจริงหรือไม่

3. กฎหมายไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ที่นักการเมืองไม่ว่าใครก็ใช้โซเชียลมีเดียเข้าถึงผู้คนได้ และผลการเลือกตั้งในหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยก็สะท้อนให้เห็นว่าโซเชียลมีเดียมีอิทธิพลเหนือว่าสื่อรูปแบบเก่า เช่น หนังสือพิมพ์ วิทยุ หรือโทรทัศน์

4. กฎหมายห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้หนังสือถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือทางการเมือง และไม่ได้ช่วยให้การลิดรอนหรือคุกคามเสรีภาพสื่อดีขึ้นแต่อย่างใด การคุกคามสื่อยังเกิดขึ้นผ่านกลไกหน่วยงานความมั่นคง และหน่วยงานกำกับดูแล แต่การคุกคามเหล่านี้กลับไม่ถูกนำไปสู่ความพยายามจะคุ้มครองเสรีภาพสื่อให้มากขึ้นแต่อย่างใด ในทางกลับกันรัฐพยายามออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกสื่อมากกว่าเดิมอีกด้วย²⁷

6. ข้อเสนอแนะ

การห้ามมิให้ผู้สมัคร สส. หรือ สว. ถือหุ้หนังสือไม่ได้แก้ปัญหาการแทรกแซงสื่อ เป็นกฎหมายที่ล้าสมัย ไม่ได้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันที่โซเชียลมีเดียเป็นสื่อที่ทุกคนเข้าถึงได้และมีอิทธิพลต่อการเลือกตั้งเป็น

²⁶ ปุรวิชญ์ วัฒนสุข, อาจารย์ประจำสาขาการเมืองการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ‘การเมืองหลังเลือกตั้ง 66 การเปลี่ยนแปลงกับพลังโซเชียล’ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 7 มิถุนายน 2566) <<https://tu.ac.th/thammasat-070666-politics-after-the-election>> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

²⁷ เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง (เชิงอรธ 16).

ที่ประจักษ์แล้วในหลายประเทศ กฎหมายห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อก็ไม่ช่วยคุ้มครองเสรีภาพสื่อแต่อย่างใด เนื่องจากปัจจุบัน กสทช. หรือกลไกด้านความมั่นคงเป็นสิ่งที่ละเมิดเสรีภาพสื่อที่ไม่ได้รับการแก้ไขและไม่ถูกกล่าวถึงเท่าใดนักดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรยกเลิกกฎหมายห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อเนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 77 วรรคแรก ที่กำหนดว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์” ผู้เขียนเห็นพ้องกับ ดร. เข้มทอง ที่ได้เสนอแนะไว้ว่า²⁸ หน่วยงานของรัฐควรมุ่งเน้นไปที่การเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างพรรคหรือนักการเมืองกับสื่อแต่ละเจ้าให้รู้ทั่วกันโดยเปิดเผย และเปิดพื้นที่ให้สื่อแต่ละเจ้านำเสนอข่าวอย่างเสรีโดยรัฐเป็นกรรมการทำหน้าที่ตรวจสอบเนื้อหาที่สื่อการเมืองแต่ละค่ายนำเสนอว่าถูกต้องหรือไม่ เป็นการเผยแพร่ข่าวเท็จข่าวปลอม (fake news, misinformation, disinformation) หรือไม่ และมีการเฝ้าติดตามเพื่อให้สื่อนำเสนออย่างเป็นมืออาชีพและตรงไปตรงมา

ผู้เขียนยังเห็นว่า กกต. สามารถที่จะกำหนดกฎระเบียบ เพื่อป้องกันมิให้นักการเมืองจะใช้สื่อในทางที่ไม่ถูกต้องได้อยู่แล้ว โดยผู้เขียนเห็นว่าปัจจุบันประเทศไทยมีทั้งกฎหมายเลือกตั้งและประกาศ กกต. ที่เข้มงวดมากอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นระเบียบ กกต. ว่าด้วยวิธีการหาเสียงและลักษณะต้องห้ามในการหาเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561 ที่มีการห้ามใช้นักแสดง นักร้อง นักดนตรี พิธีกร สื่อมวลชน เพื่อประโยชน์ในการหาเสียง การห้ามหาเสียงเลือกตั้งโดยใช้ถ้อยคำรุนแรง ก้าวร้าว หยาดคาย หรือปลุกระดม การห้ามช่วยเหลือเงินทรัพย์สิน เช่น ช่วยหางานทำบุญ งานบวช หรืองานศพ การห้ามแจกเอกสารหาเสียงโดยการวางหรือโปรยในที่สาธารณะ นอกจากนี้ ประเทศไทย ยังมี พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (พ.ร.บ. คอมฯ) ซึ่งมีการกำหนดถึงบทลงโทษแก่ผู้ที่ผลิตข่าวปลอม บิดเบือน และนำมาเผยแพร่บนโซเชียลมีเดีย โดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้งมีการกำหนดความผิดของผู้ส่งต่อข้อมูลเท็จโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นผลิตข่าวปลอม บิดเบือน ก็มีอัตราโทษเช่นเดียวกันกับผู้ผลิต²⁹ นอกจากนี้ หากข้อมูลข่าวปลอมหรือบิดเบือนหรือบิดเบือนทำให้บุคคลองค์กรเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือถูกดูหมิ่นเกลียดชังก็ยังมีความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับอีกด้วย³⁰ กฎหมายห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อจึงไม่ได้มีความจำเป็น ผู้เขียนเห็นว่าการเฝ้าระวังไม่ให้สื่อผลิตข่าวปลอมหรือบิดเบือนเป็นภารกิจหลักที่รัฐควรมุ่งเน้นมากกว่า นอกจากนี้ เพื่อให้พรรคการเมืองขนาดเล็กที่มีต้นทุนต่ำได้มีโอกาสนำเสนอนโยบายของตน รัฐควรเป็นตัวกลางในการจัดสรรเวลาออกอากาศให้แก่ทุกพรรคอย่างเท่าเทียมกัน

7. สรุป

การกำหนดห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อใน รธน. 2560 นั้นไม่สอดคล้องกับ รธน. 2560 มาตรา 77 เนื่องจากไม่สามารถใช้บังคับได้จริง นักการเมืองสามารถแทรกแซงสื่อได้หลายวิธีโดยไม่ต้องถือหุ้นแม้แต่หุ้นเดียว กฎหมายเข้าใจได้ยาก แนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกัน แนววินิจฉัยของศาลฎีกายึดรูปแบบมากกว่าเนื้อหา ละเลยเนื้อหาโดยไม่สนใจเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันสะท้อนภาวะ “อำนาจนิยมล้นเกิน” (hyper-authoritarianism) หรือ “นิติศาสตร์นิยมล้นเกิน” (hyper-legalism) กฎหมายไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันที่นักการเมืองไม่ว่าใครก็ใช้โซเชียลมีเดียเข้าถึงผู้คนได้

²⁸ เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง (เชิงอรธ 16).

²⁹ มาตรา 14 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2560

³⁰ มาตรา 326 พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พุทธศักราช 2535.

กฎหมายห้ามมิให้นักการเมืองถือหุ้นสื่อถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือทางการเมือง หน่วยงานของรัฐจึงควรมุ่งเน้นไปที่การเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างพรรคหรือนักการเมืองกับสื่อโดยเปิดเผย และเปิดพื้นที่ให้สื่อเสนอข่าวอย่างเสรีโดยรัฐเป็นกรรมการทำหน้าที่ตรวจสอบเนื้อหาที่สื่อการเมืองแต่ละค่ายนำเสนอว่าถูกต้องหรือไม่ และรัฐควรมุ่งเน้นเฝ้าระวังไม่ให้สื่อผลิตข่าวปลอมหรือบิดเบือนเป็นภารกิจหลัก นอกจากนี้ เพื่อให้พรรคการเมืองขนาดเล็กที่มีต้นทุนต่ำได้มีโอกาสนำเสนอนโยบายของตน รัฐควรเป็นตัวกลางในการจัดสรรเวลาออกอากาศให้แก่ทุกพรรคอย่างเท่าเทียมกัน

การกำกับดูแลกฎหมายและนโยบายของรัฐบาลท้องถิ่นในสมัยเขตปกครองพิเศษอาเจะห์

Regulatory Implementation in Aceh Special Autonomy Era by Local Government

Rico Novianto Hafidz

Graduate Program

Institute for Peace Studies, Prince of Songkla University

Kanjanavanich Road, Kho Hong, Hat Yai District, Songkhla 90110

Corresponding author email: noviantorico1@gmail.com

(Received: February 9, 2024; Revised: April 5, 2024; Accepted: April 5, 2024)

บทคัดย่อ

การมอบอำนาจปกครองตนเองเป็นหนึ่งในแนวทางสำหรับการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งเหนือพื้นที่อาเจะห์ ตลอดจนเป็นกลไกที่ให้อำนาจกับรัฐบาลท้องถิ่นในการสร้างกลไกการปกครองทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาการปรับใช้กฎหมายและนโยบายท้องถิ่นเพื่อฟื้นฟูการปกครองท้องถิ่นเหนือดินแดนอาเจะห์บนพื้นฐานของบันทึกความเข้าใจร่วมกันเฮลซิงกิผ่านวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ ทั้งนี้กฎหมายหลักที่ว่าด้วยการปกครองตนเองของอาเจะห์ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการปกครองเอเซีย หมายเลข 11 พ.ศ. 2549 (LoGA) ในขณะเดียวกัน รัฐบาลท้องถิ่นอาเจะห์ได้ประกาศใช้กฎหมายศาสนาอิสลามและบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม รัฐบาลท้องถิ่นของอาเจะห์ยังไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามข้อบทบางประการตามที่ปรากฏในบันทึกความเข้าใจร่วมกันบางประการ

คำสำคัญ : อาเจะห์, สิทธิการปกครองตนเองพิเศษ, รัฐบาลท้องถิ่น

Abstract

Special autonomy is one of the conflict solutions for Aceh and gives authority to the local government to create their governance in social, economic, and political aspects. This research will focus on regulatory implementation and local government policy to rebuild Aceh based on MoU Helsinki. The Qualitative methodology is a method of analyzing this study using a literature review and local government legal product to assess the implementation of Aceh Special Autonomy. Law of Governing Aceh No. 11 of 2006 (LoGA) is the manifestation of the Special Autonomy in Aceh. Aceh Local Government already issued hundreds of Qanun or Sharia Law regulations and other legal documents. However, Aceh Local Government still has not implemented some of the articles MoU Helsinki and Special Autonomy articles such as land rights for ex-combatants and political stance authorities.

Keywords : Aceh, Special Autonomy, Local Government

Introduction

The conflict for independence in Aceh has led to tensions between Acehnese and Indonesian identities. Acehnese have uncertainty about their national identification and system in Indonesia. Acehnese and Indonesian identities are mutually incompatible. Being Acehnese entails identifying as 'not being Indonesian'.¹ Development disparities and centralist policy between the central province (Jakarta) and Aceh by the Government of Indonesia (GOI) are the primary causes of conflict in Aceh.² Aceh's deadly struggle lasted almost 30 years. The Republic of Indonesia's post-independence conflict began with Tengku Muhammad Daud Beureueh's rebellion against Hasan Tiro's proclamation of the Free Aceh Movement (GAM) on December 4, 1976.³ In response to the uprising, the central government launched counterinsurgency operations, resulting in significant losses, human rights violations, and escalating the conflict.⁴

After 1998, Indonesia had government transitions, and improved local administration was the spirit of decentralization in Indonesia. The amendment of the constitution in 1998-2002 contains a paradigm of new local government which essentially strengthened the foundation of constitutional local government in Indonesia and reopened negotiations to accommodate Aceh aspirations. Law 22/1999 on Regional Government, explicitly declared that democratic ideals and public engagement would serve as the foundation for regional autonomy.⁵ The regional government emphasizes the significance of community empowerment, grassroots participation, and democratic ideals to accelerate people's welfare and promote regional competitiveness.⁶

However, decentralization should be implemented as an urgent solution to avoid the state from disintegrating amid a grave political crisis. Arguably, Indonesia in 1999 was such a state: many observers were anxious that, after 40 years of centralist dictatorship, post-regime of Suharto, Indonesia might become the next Yugoslavia or Soviet Union. After East Timor's separation in 1999 by referendum supervised by the United Nation (UN), fears arose throughout Indonesia that other areas of the archipelago might seek independence including

¹ Febri Nurrahmi, 'The Construction of Acehnese Identity in Serambi Indonesia after the Helsinki Memorandum of Understanding' (2018) 1(2) TALENTA Conference Series: Local Wisdom, Social, and Arts 44, 45.

² Edward Aspinall, *Aceh/Indonesia Conflict Analysis and Options for Systemic Conflict Transformation* (Berghof Foundation for Peace Support, 2005) 3.

³ Muhammad Akmal, Misri A. Muchsin, TM Jamil, Rusli Yusuf, 'The Transformation of Free Aceh Movement (GAM) from Armed Movement into Political Movement: Strategy and Challenges of Aceh Party (PA)' (2019) 9(12) Indian Journal of Public Health Research & Development 245, 245.

⁴ Thomas Parks, Nat Colleta, and Ben Oppenheim, *The Contested Corners of Asia: Subnational Conflict and International Development Assistance* (The Asia Foundation, 2013) 2.

⁵ Arianto A Patunru. and Erman A Rahman, *Local governance and development outcomes* (Hal Hill ed., Regional Dynamics in a Decentralized Indonesia, ISEAS Publishing, 2014) 156.

⁶ Ibid.

Aceh, Papua, and Maluku.⁷ In this regard, the non-profit Centre for Humanitarian Discussion (HDC) in Geneva has offered to organize a humanitarian discussion. Both the Free Aceh Movement (GAM) and elected President Abdurrahman Wahid welcomed the initiative and pro-dialogue. This led quickly to an agreement establishing the Humanitarian Pause in May 2000 and the Cessation of Hostilities Agreement of December 2002.

GAM recognized the involvement and benefits of international engagement, but Gol officials were wary of over-internationalizing the peace process by employing UN mediators, citing the East Timor experience. The HDC project and former Finland president Martti Ahtisaari's Crisis Management project promoted the use of non-official intermediates. Ahtisaari facilitated the Helsinki process and the signing of the Memorandum of Understanding, which ended the conflict.⁸ 'Nothing is agreed until everything is agreed' made it possible for us to return to the negotiation table without accepting the Indonesian demand for autonomy and for Indonesia to continue without losing face. This became helpful when we explored difficult issues like self-government, because it meant if any one agenda item did not reach an agreement, all points were unacceptable.⁹

Special autonomy is a part of local autonomy or decentralization. Regions that have special status and are granted special autonomy besides being regulated by Local Government Law also enacted special provisions as regulated in other laws. In the context of equality and balancing advancement with other provinces, the provision of special autonomy for Aceh province was meant to achieve justice, uphold the rule of law, respect for human rights, accelerate economic development, and improve the welfare and advancement of society.¹⁰

After the Helsinki MoU, civil society in Aceh could rebuild Aceh and role as government officials, administrators, and businesses. Moreover, the Gol of Law 11/2006 on Governing Aceh (LoGA) in 2006 was issued and gave Aceh as a Special Autonomy area.¹¹ LoGA is governed by Islamic and Custom Law with various aspects of Acehese lives, such as local political parties, and the application of Islamic law in religious matters, such as civil law, family law, criminal law, constitutional law, and judicial law.¹² In the reconstruction process, the former GAM elites were offered many positions in politics and economic management by local parties and

⁷ Mietzner, Marcus, *Indonesia's decentralization: the rise of local identities and the survival of the nation-state* (Hall Hill ed., Regional Dynamics in a Decentralized Indonesia, ISEAS Publishing, 2014) 45.

⁸ Conciliation Resources, *Learning from the Indonesia-Aceh Peace Process* (Accord 20: Reconfiguring Politics: The Aceh Peace Process, 2008) 4.

⁹ Ibid.

¹⁰ Teuku Zulham, et al., 'The Impact of Special Autonomy on the Convergence of Regional Economic Growth in Aceh, Indonesia' (2015) 4(1) Aceh International Journal of Social Science 41, 43.

¹¹ Aspinall, Edward., 'Aceh's no-win election' (*Inside Indonesia*, 10 December 2011)

<<https://www.insideindonesia.org/archive/articles/aceh-s-no-win-election>> accessed 9 February 2024.

¹² Ahmad Ainun Najib and Indarja, 'Special Autonomy Dilemma in The 1945 Constitution of The Republic Of Indonesia' (2023) 7(1) Syiah Kuala Law Journal 32, 45.

independent candidates. GAM insisted on these provisions to advance its transformation from a separatist group into a political party to gain a political position. Aceh Party is the vehicle for former GAM, several former GAM have occupied many important political and social positions in the Province.¹³

Special autonomy is a form that needs regulation and policy to address Acehese grievances and MoU Helsinki. Regulation issued by the local government is the focus of the research. Moreover, this research needs to examine the dynamic roles of each party in terms of success, obstacles, and policy in the future to maintain special autonomy in Aceh.

Research Question

What was the regulation implementation of the Helsinki MoU by local government strategy in the Special Autonomy Era based on MoU Helsinki?

Research Approach

This research will use interdisciplinary analysis between legal and peace studies approaches, literature review, and case studies from law and regulation in Aceh. The secondary sources are from law, regulation, articles, and journals that occurred in the past fifteen years during the special autonomy era. The research will focus on the implementation of the Helsinki MoU already applied in Aceh for politics and democracy. The area of this research is on how the local government has developed throughout the post-conflict period. Helsinki MoU implementation might include things such as organized crime and insecurity, human rights abuse, religious and ethnic tensions, country instability, poverty, economic development, and political authority. As observation sources, secondary materials attempted to explain the implementation of Special Autonomy in Aceh. Also, generally accepted special autonomy and theories were used for actual situations about Aceh.

Aceh Local Government Policy After the Helsinki MoU

The LoGA has given local governments the authority to carry out development initiatives. Policies and judgments made by a legal system may regulate state activities, including development and investment. The government must have a role in identifying and implementing a legal system.¹⁴ Additionally, Aceh has privileged access to conduct several governmental functions such as managing local political parties, executing religious affairs,

¹³ Achim Wennmann and Jana Krause, *Managing the economic dimensions of peace processes: resource wealth, autonomy, and peace in Aceh* (Geneva, The Graduate Institute of International and Development Studies, 2009) 17.

¹⁴ Bertrand, *Indonesia: "Special Autonomy" for Aceh and Papua* (Anderson G, Choudhry S eds., *Territory and Power in Constitutional Transitions*, Oxford University Press, 2019) 120.

involving religious leaders in policy decisions, conducting traditional practices, and overseeing education.¹⁵

Local government authority includes the power of the district or municipal administration inside the province as well as the authority of the province itself.¹⁶ To promote society's welfare and preserve Aceh's peace, districts and cities should base it on the current legal system.¹⁷ Using the LoGA as its legal framework, the district government's legislative and executive branches play a crucial role in carrying out the duties and responsibilities of regional development aimed at reducing poverty and conflict in Aceh.¹⁸

The local government in Aceh regulation is called Qanun. Qanun can be interpreted as a form of national law that has a legal-formal function. In other words, the Qanun is a positive law applicable in a country, made by the government, which is binding, and is coming up with sanctions for those who violate it.¹⁹ In Aceh people's comprehension, sharia law is not only about judicial and sharia aspects but also covers all aspects of life such as education, economy, and social society. The Qanun dimension as an area of Islamic legal research discusses the principles and rules of Islamic law that are transferred (transformed) into the products of state organizing bodies, especially the legislature and the executive, which are documented in laws and regulations.²⁰ Acehnese incorporate Islamic doctrine into customs and customary laws in such a way that so that they are integrated.²¹

Aceh society takes up the legal infrastructure for criminal law and the Islamic trial system. At least eight Qanun already applied to accommodate the Islamic criminal law legal system. Qanun No. 02/2002 on Islamic Trial Law, Qanun No. 11/2022 on Shariah Islamic Law, Qanun No. 7/2013 on Jinayat (Criminal) Law, Qanun 6/2014 on Criminal Law Procedure. In the health sector, Qanun no. 4/2010 regulates that the Aceh Government must allocate a minimum budget of 10 percent (ten percent) of APBA for the health sector outside of salaries. the government also made it mandatory for Aceh and district/city governments to provide and maintain facilities and health services.²²

¹⁵ Law No. 44 of 1999.

¹⁶ Article 17, Law No. 11 of 2006.

¹⁷ Kentaro Fujikawa, 'Settling with Autonomy after Civil Wars: Lessons from Aceh, Indonesia' (2021) 12(2) Global Policy 204, 205.

¹⁸ Erlan Wijatmoko, Armaid Armawi, Teuku Faisal Fathani, 'An Evaluation of a Special Government's Legal Structure for Alleviating Poverty: Role of Local Government in North Aceh, Indonesia' (2023) 8(2) Journal of Infrastructure, Policy and Development 1, 5.

¹⁹ Ria Delta, Erina Pane, 'The Implementation of Islamic Qanun Law in the Modern Aceh Society' (2019) 492 Advances in Social Science, Education, and Humanities Research 195, 196.

²⁰ Cik Hasan Basri, *Pillars of Research on Islamic Law and Social Institutions* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004) 10.

²¹ Amsori and Jailani, 'Legislation of Aceh's Qanun Jinayat in the National Legal System' (2017) 4(2) Ar-Raniry International Journal of Islamic Studies 221, 227.

²² Article 6 of Qanun 4/2010.

In the education sector, UUPA accommodates the Dayah system. Dayah education system is Aceh local education since the 15th century or Aceh Sultaness era. Dayah regulated in Qanun No 9/2018 on Dayah Education system.²³ Dayah education system received a minimum allocation of funds 30 percent of the education fund allocation from Aceh Budget allocation.²⁴ According to LoGA, Aceh was given authority to manage natural resources, including land allocation. LoGA states that there are some obligatory things to do authority of the Aceh Government, including, the scale of land services in Aceh or across districts/cities. Meanwhile, mandatory affairs of the district government/the city is a land service scale district/city.²⁵ However, there is no Qanun to address LoGA related to rights on the land and private ownership. Aceh land regulation must remain under applicable norms, standards, and procedures nationally, so it needs to be made to related technical regulations specifically for Aceh Province.²⁶

Economic allocation and development budget regulated by Qanun. Aceh Qanun 9/2012 on the Aceh Long Term Development Plan 2012-2023 is fundamental for Aceh's development. This regulation was then detailed further in Aceh Qanun Number 1 of the Year.²⁷ As a Special Autonomy area, Aceh receives 2% of its funding from the National General Fund for economic sectors by The Special Autonomy Fund (SAF). After sixteen years, the total special autonomy funds that have been distributed by the Central Government to the Aceh Government reached a significant value, namely around IDR 99.9 trillion with an average of IDR 6.2 trillion per year.²⁸

SAF is regulated by Qanun SAF distribution: at least 30% for education and 70% for other purposes. Additionally, 60% goes toward monumental infrastructure and city/regency infrastructure.²⁹ SAF will be ended in 2027. The central government needs to consider allocating special autonomy funds to be extended after 2027. Special autonomy institutions were raised after the Aceh conflict to implement the LoGA where the existence of Aceh institutions will be very important for stability after conflict.³⁰

²³ Article 228 of LoGA.

²⁴ Article 193 of LoGA.

²⁵ Article 16-17 of LoGA.

²⁶ Indonesia House of Representatives, *Academic Report the implementation of Autonomy* (Indonesia House of Representative Research Center, 2018) 262.

²⁷ Mahdawi and Rinaldi Rustam, 'Determination of District/City Economic Growth in Nanggroe Aceh Darussalam Province' (2022) 30(1) Media Ekonomi 43, 50.

²⁸ Hefrizal Handra, Eddy Suratman, Machfud Siddik, Nurkholis, *Evaluasi Pemanfaatan Dana Otonomi Khusus Aceh 2008-2017* (Collaboration Team for Prosperity Indonesia – Australia Government, 2018) 37.

²⁹ Febi Priska Utami, Achmad Luthfi, 'Special Autonomy Fund as Implementation of Special Autonomy Policy In Aceh' (2023) 2(12) Return: Study of Management Economic And Business 1999, 1200.

³⁰ Debora Sanur L, 'Implementation of Special Autonomy Policies In Aceh' (2020) 11(1) Politica 65, 70.

Aceh has created many Qanun relevant to providing welfare for the Acehnese. The number and types of Qanun in Aceh to the date of the study reach hundreds. The number of legal documents uploaded to Aceh Legal Documentation and Information Network was 971, comprising 333 Perdas (Qanun), 609 Governor Regulations (Pergub) and others. Based on the Legal Documentation and Information Agency, there are 959 documents. See Table 1 for details below

Table 1. Types and Number of Legal Documents in Aceh³¹

No	Type of Documents	Total
1	Laws	6
2	Qanun (Regional Regulations)	333
3	Governor Regulations	609
4	Mayor's Regulations	1
5	Regent's Regulation	3
6	Decision	2
7	Governors Instructions	4
8	Circular Letters	1
9	Governor Decree	2
10	Others Legal Products	10
	Total	971

Aceh Special Autonomy Institution

Aceh Government prioritizes the identity of Aceh as the main value to build their autonomy based on religion and culture. The way to prioritize identity is with “cultural protection”. It is translated into the establishment of the institution of Wali Nangroe as “an indigenous leadership institution as the uniting instrument of the community and the preserving instrument of indigenous life of customs and culture.”³²

Aceh Sharia Islamic Law institution is divided into three institutions, namely: *Wilayatul Hisbah* (Sharia Police), *Dinas Syariah* (Sharia Body), and *Mahkamah Syariah* (Sharia Court). The *Wilayatul Hisbah* is a police institution whose job is to keep an eye on whether Islamic law is being followed, particularly making sure that the sharia regulations are being followed. The principal organization for overseeing and coordinating the application of Sharia law is the *Dinas*

³¹ Ayon Diniyanto, Dani Muhtada, ‘The Dynamics and Future of Qanun in the Welfare of the People of Aceh’ (2022) 2(1) *Bestuurskunde: Journal of Governmental Studies* 31, 35.

³² Article 1.17 of Law of Governing Aceh

Syariah, which was founded at the province and district levels. The Mahkamah Syariah is Aceh Islamic Court related to Sharia enforcement law.³³

Political institutions provided opportunities for Acehnese people to get their political aspirations through local political parties. In this condition, the local political party is a political organization formed by a group of Indonesian citizens domiciled in Aceh to fight for the interests of members, society, nation, and state through the election of members of the Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA) or Parliament Aceh and Dewan Perwakilan Rakyat Kota / Kabupaten (DPRK) or City Aceh Parliament.³⁴ In the executive election, independent and local parties are possible to be a major or Governor Aceh candidate. One of the Local Parties, Aceh Party is a marker for the continuation of peace in Aceh, after the suspension of the road to violence turned into a constitution.

Local political parties will also be an important element in maintaining security and peace in Aceh because they can accommodate the interests of the Acehnese people.³⁵ Aceh's political situation is dynamic for the last 15 years. In the first five years, Acehnese support for local parties and actor politics was very dominant, especially for the Aceh Party or ex-GAM actors. However, after 2009, support for the Aceh Party declined over time. This phenomenon does not only occur at the provincial level but also occurs at the district and city levels in Aceh.³⁶

Aceh has different election committees and regulations with National elections or other areas. Independent candidates and local parties are part of Special Autonomy. Election Independent Committee (KIP) Aceh is the one responsible for national and regional elections in Aceh province and holds control of the organizational structure of election organizers in Aceh province and City/regent. However, the remaining Acehnese KIPs have focused on their duties and responsibilities by the principles and objectives of the independent election.³⁷

Local parties are Aceh symbol for the Acehnese people to manage their political actors. However, the Aceh Party total voters was reduced by three times election. However, the existence of Aceh Party was a local party that only dominated in the first election after LoGA. In the last three elections, Aceh's local parties' votes declined in the local political arena, both in the legislative and executive institutions. The vote declined for the legislative elections in Aceh in 2009, 2014, 2019 as follows:

³³ Edward Aspinall, 'The Construction of Grievance' (2007) 51(6) *Journal of Conflict Resolution* 950, 960.

³⁴ Article 80 of Law of Governing Aceh.

³⁵ Alfian, Zikri Muhammad, Jumadil Saputra, 'The Crisis of the Aceh Local Party's Hegemony Post Election 2019' (2022) 648 *Advances in Social Science, Education and Humanities Research* 66, 68

³⁶ Ibid 68.

³⁷ Rahmah Harianti and Nursyirwan Effendi, 'Implementation of the Principles of Independence and Ethics for Election Organizers in Aceh in the 2019 Election' (2019) 6(2) *Nusantara: Jurnal Ilmu Pengetahuan Sosial* 87.

Table 2: Aceh Party General Election Result³⁸

Year	Voters	Percentage	Seats
2009	1.007.173	31,4 %	33
2014	847,956	45,6 %	29
2019	555,419	27,2 %	18

Aceh local government and institutions expected to gain legitimacy from Aceh society in the post-conflict era. Supremacy of institution building over participation in the development of Wali Nanggroe and Sharia regimes as powerful institutions. In other words, there has been a process of the institutionalization of identity in Aceh. The requirement of belonging to an Acehnese ethnic group and being fluent in the Acehnese language prevents the ethnic minorities in Aceh. Sharia law enforcement also focuses on the Aceh people. In the social and political sectors, civil society participation is the key institution for gaining trust in Aceh. Asymmetric decentralization is also a comprehensive strategy of the central government to re-embrace the region that wants to separate itself from the Republic of Indonesia.³⁹ Special autonomy institutions are in the table below.

Table 3: Aceh Special Autonomy Institution

No	Institution	Authority
Islamic and Cultural		
1	Wali Nanggroe	Aceh Institution Center
2	Aceh Indigenous Assembly	Root Indigenous Aceh Policy
3	Gampong	Country or Village in Aceh
4	Ulama Consultative Board	Islamic Consultant for Aceh Government
Sharia Law Enforcement		
1	Dinas Syariah	Executive Institution for Islamic Sharia
2	Wilayatul Hisbah	Islamic Aceh Police
3	Mahkamah Sharia	Aceh Islamic Court Institution
Social and Politic		
1	Aceh Reintegration Body	Aceh reconciliation and development peace
2	Aceh Independent Commission	Election Institution
8	Dewan Perwakilan Rakyat Aceh	Parliament Aceh

Unclear Policies in Aceh Special Autonomy Era

One of the accommodations in LOGA is a symbol of Aceh, which has its own Qanun No 3/2013. Whereas, when Aceh's official GAM flag with Qanun was used, the GOI regulated

³⁸ Aceh Independent Commission Data Center.

³⁹ Didik J. Rachbini, *Ekonomi Politik dan teori Pilihan Publik* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2006) 20.

the Government Regulation number 77 of 2007 regarding Regional Symbol which the regulation implementation of the flag always forbidden in Aceh. Aceh flags symbols have been controversial during the past five years due to certain former GAM members raising their flag during the ceremony The Helsinki Memorandum (15 August) and the GAM's founding momentum (4 December). The GAM flag flew in front of the Aceh Party office in Banda Aceh for an hour on August 15, 2020. Hundreds of former GAM cadres flew their flag in front of Banda Aceh City's Grand Mosque Baiturahman on December 4, 2021. They claimed that since the GOI changed Qanun and it is now not in line with official policy, raising the flag is treasonous. In Aceh, the GAM flag continues to be controversial and the status quo.⁴⁰

One of the measures under point 3.2.3 of the MoU Helsinki is the Aceh Reintegration Body to provide economic aid to former fighters, pardoned political prisoners and affected civilians. Until today, there has been no social security or job opportunities as promised. In addition, very little support for suitable lands for agriculture has been given as compensation to former combatants, former political prisoners, or victims of the conflicts. The Government of Indonesia (GOI) fulfilled its responsibility under the Helsinki Memorandum of Understanding (MoU) by establishing four permanent human rights courts in Indonesia, one of which is in Medan,⁴¹ North Sumatera which is physically more than 450 km from Aceh and not part of Aceh province.

In the meantime, the national regulation related to the Truth and Reconciliation Commission was issued by Law No 27/2004 as a legal base to establish a TRC in national areas. However, both for Aceh and other cases was deemed unconstitutional by the Constitutional Court due to it allowed an amnesty for perpetrators before being eligible for reparations. Unexpectedly, the Constitutional Court invalidated the whole of the TCR Law, rather than only the related provision.⁴² However, no cases regarding Aceh regarding Human Rights until now.

In addition, the establishment of "ad hoc human rights courts" was created to address major human rights violations that occurred during the conflict. Since the government has already granted amnesty to GAM members, it would not be proper to enforce the law against Indonesian soldiers accused of committing abuses during the same period. The human rights

⁴⁰ Irvan Setiawan, Dahlan Ali, Darmawan, Suhaimi, 'Strategy of Political Law on Conflict Terror on the use of Aceh's Flag as a Resistance Message to Quo Vadis Legal System' (2023) 3(2) International Journal of Advanced Multidisciplinary Research and Studies 77, 77.

⁴¹ Law No. 26 of 2000 on Human Rights Court.

⁴² Constitutional Court on Case Number 006/PUU-IV/2006 promulgated on December 7, 2006. The Petitioners were civil society groups and human rights defenders asking the Constitutional Court to invalidate Article 1 Section (9), Article 27, and Article 44 of the Truth and Reconciliation Commission Law since the Articles were considered unconstitutional. According to the Decision of the Constitutional Court, the whole of the Law is unconstitutional, not only the Articles asked by the Petitioners. As a result, the Law is invalid wholly and cannot be applied to establish a TRC.

violations trial process resulted after 20 years of struggle and nine District Court rejections between the Acehese people and Exxon-Mobile. In Indonesia's Human Rights Court, TCR has not carried out further investigations due to limited authority. In the Human Rights program, the local government ran a reintegration program through BRA. Ex-combatants and victims received short-term reintegration support, including projects for empowerment. On the other side, farming land was not given. Until 2014, there is no progress from BRA to the reconciliation process.⁴³

The situation makes the Aceh people feel disappointed with the current government of Aceh. However, the management skills of leaders and bureaucrats need to be improved. Institutions must comprehend autonomy to function well. So far, the government has only finished its program and divided projects among politicians and has not implemented a big vision of the Aceh people to convert Aceh's natural resources for a sustainable economy. As special autonomy, the Aceh government must solve their governance and some problems such as corruption and poverty in Aceh.

Conclusion and Recommendation

The main goal of the Special Autonomy is to create a sustainable economy. In the new Aceh, potential conflicts are emerging because of the inequalities in the aid distribution between conflict victims and former GAM combatants. The key to Aceh's peacebuilding is solid cooperation between the locals and GOIs and backing from civil society to maintain many programs doing well. Self-determination with participation and institution-building legitimacy are essential to peacebuilding in Aceh.

The GAM movements have already changed from separatist to political movements and always have some political actors and political parties in the Aceh election. They greatly benefited from their positions in the movement's hierarchical Aceh structure. On the other side, another element of the Aceh people is hard to scale up their access in Aceh. The former leader GAM as part of the Aceh people must work together with multiple elements in Aceh. They do formulate laws and regulations, but these regulations are not for the needs of the welfare of the public at large, but rather to maximize their profits.

Aceh has created many Qanun relevant to providing welfare for the Acehese. The number and types of Qanun in Aceh to the date of the study reach hundreds. The number of legal documents uploaded to Aceh Legal Documentation and Information Network was 971 and until right now still has not a massive impact after the conflict.

⁴³ 'Reintegration: MoU between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement' (*Peace Accords*) <<https://peaceaccords.nd.edu/provision/reintegration-mou-between-the-government-of-the-republic-of-indonesia-and-the-free-aceh-movement>> accessed 9 February 2024

The GOI must provide better training and supervision for the development and practices of good governance in Aceh. Acehnese people must also remind its leaders to work under the vision of special autonomy and ensure peacebuilding in Aceh. Voter participation in recent elections indicates widespread acceptance of Sharia as a set of principles that regulate Aceh regarding social, moral, religious, and legal guidance of Aceh's place within the Republic of Indonesia. Political stability and trust from the GOI manifested by development in the socio-politics institutions with LoGA in 2006 and economic support with a special autonomy fund from 2008 until 2028. The local governments, which the Acehnese people elect, have seven local priority issues for allocating a special autonomy fund to rebuild Aceh for 20 years.

Moreover, SAF will be terminated in 2027 by LOGA. The Aceh administration still gets more than half of its resources from the SAF now if the Central Government discontinues based on the Law of Governing Aceh. The government of Aceh must consider its strategic plans for distributing SAF funding to a sustainable Aceh. In Aceh, poverty is a major issue. The poverty rate in Aceh simply returns things to how they were before the fighting fifteen years ago. Even compared to the average province in Indonesia, the poverty rate in Aceh remains higher than that of the closest Aceh region.

The major population in Aceh still works in agriculture and on traditional plantations. Investment and private sectors outside Aceh are uninteresting since there is no strategic development for trade, industry, or investment. The government of Aceh must refocus its budgetary priorities to include not only infrastructure development but also poverty alleviation and sustained special autonomy. The government must solve the unclear MoU of Helsinki and potential social, political, and economic conflicts. For example, the Aceh symbol, reconciliation of conflict victims, and allocating support for suitable farming land, employment, and social security are still unfinished agendas from the Helsinki MoU. In addition, poverty is still in problem in the middle of a corruption case in the Aceh government.

The government must provide a better environment for informal jobs such as dealers and farmers, as most Acehnese people. Opening ports and appropriate transportation outside of Aceh are two ways to improve people's well-being as mandated of MoU Helsinki. Furthermore, the GOI must implement the provision of land for GAM and victim conflict with Qanun related to Land Granting in Aceh. At this moment, Aceh and Indonesia's regulation should focus on long-term economic development. The focus of budget allocations and regulation should be on human development rather than building or construction of the infrastructure. Special autonomy will be meaningless without exceptional socio-economic development, with the critical element being the Acehnese people.

