



ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 มกราคม-เมษายน 2568

## วารสารนิติปริญญา

# NITIPARITAT JOURNAL

Vol. 5 No. 1 January - April 2025



ISSN 3057-1219 (online)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Faculty of Law, Chulalongkorn University

Phyathai Road, Wang Mai, Pathumwan, Bangkok 10330

Tel. 02 218 2029 | Email: [nitiparitatjournal@law.chula.ac.th](mailto:nitiparitatjournal@law.chula.ac.th)

Website: <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/NitiParij>

## สารสารนิติปริทัศน์

ปีที่ 5 ฉบับที่ 1

(มกราคม-เมษายน 2025)

### สารบัญ

#### บทความวิชาการ

1-24 ข้อจำกัดในสำนักกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller กับการทดลองในมนุษย์  
ผ่านภาพยนตร์เรื่อง Poor Things  
ชนิกานต์ เศรษฐวัสดุ  
ณัชารักษ์ สมอุดร  
พิรชัย สามิตสมบัติ  
วรินทร์ ธนาศานนท์  
วัฒน์วดี เสถีรพานิช

25-46 บทวิเคราะห์เชิงนิติปรัชญาต่อสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย  
(The Right to Assisted Suicide) ผ่านคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
ชัยญา ฉัตรพรจรัส  
ชาคริต หาทอง  
ปภัสสรินทร์ อนันทปิยะศาสตร์  
พิมพ์มาดา แก้วกสิ  
รัชชานนท์ สุวรรณแสน  
สมิตา หนูปัลเม่ມ

47-65 การฆ่าตัวตายด้วยความช่วยเหลือและการการรุณยชาติ: ขาดกรรมหรือความเมตตา? มองผ่าน  
สำนักกฎหมายธรรมชาตินิยม สำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม และสำนักประวัติศาสตร์นิยม  
ตรีชฎา บุญจันทร์  
ปวัตตน์สวัสดิ์ สวัสดิวัตน์  
ณพลดे�ช มณีลังกา<sup>1</sup>  
จิณณิชิรา บุญภูมิ  
วัชรมน อนันตภูล  
ขวัญชนก อุ่นออก  
จุลเดช แจ้งจิรภัทร

#### บทความวิจัย

66-127 กรอบกฎหมายการคุ้มครองความลับทางการค้า: การศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับความหมาย  
การละเมิดสิทธิ และข้อยกเว้นการละเมิด ในสหราชอาณาจักร สหภาพยุโรป จีน และไทย  
นรภิชญ์ ลิมปานุกร

Contents

---

Academic Articles

1-24 A Study in Limitation of Lon L. Fuller's Natural Law Philosophy through Scientific Endeavors on Humans Depicted in Poor Things

Chanikarn Setthavas

Nichapat Somudorn

Piratch Samitsombat

Warintira Thanesanont

Wattawadee Sathienpanich

25-46 The Right to Assisted Suicide: A Jurisprudential Analysis on the Rulings of The European Court of Human Rights

Chanya Chatpornjarat

Chakrit Tatong

Papasarin Thanatpiyasart

Pimmada Kaewkasi

Ratchanon Suwannasaen

Samita Noopluem

47-65 Assisted Suicide and Euthanasia: Murder or Mercy?

Natural Law School vs Legal Positivism vs Historical School

Threechada Boonchan

Pawattanasvas Svasti

Napoldech Manilanga

Jintipa Boonpoom

Watcharamon Anuntagool

Khuanchanok Aunok

Juladej Changjirapat

Research Articles

66-127 Legal Frameworks for Trade Secrets Protection: A Comparative Study of Definition, Infringement, and Defense in the United States, European Union, China, and Thailand

Norravich Limpanukorn

# ข้อจำกัดในสำนักกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller กับการทดลองในมนุษย์ ผ่านภาพนิทรรศ์เรื่อง Poor Things

A Study in Limitation of Lon L. Fuller's Natural Law Philosophy through  
Scientific Endeavors on Humans Depicted in Poor Things

ชนิกานต์ เศรษฐวัสดุ

*Chanikarn Setthavas*

ณิชาภัทร สมอุดร

*Nichapat Somudorn*

พิรัชย์ สามิตสมบัติ

*Piratch Samitsombat*

วรินทริรา ธนาศานนท์

*Warintira Thanesanont*

วัฒน์วีดี เสถียรพาณิช

*Wattawadee Sathienpanich*

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B Candidates

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

Corresponding author E-mail: [piratch.sm@gmail.com](mailto:piratch.sm@gmail.com)

(Received: June 18, 2024; Revised: October 31, 2024; Accepted: October 31, 2024)

## บทคัดย่อ

Poor Things เป็นภาพนิทรรศ์ที่เล่าเรื่องราวของการทดลองวิทยาศาสตร์ที่นำมนุษย์มาเป็นเครื่องมือในการทดลองโดยนำผู้หญิงที่ตายแล้วมาผ่าตัดเปลี่ยนสมองโดยการใส่สมองของทารกเข้าไปแทนที่สมองผู้หญิงคนนั้น เพื่อให้สามารถมีชีวิตต่อต่อได้ จึงทำให้ผู้หญิงคนนี้แม้มีร่างกายเป็นผู้หญิงแต่อายุสมองยังคงเป็นของทารกนอกจากนี้ ในภาพนิทรรศ์ยังมีการทดลองวิทยาศาสตร์ระหว่างบิดากับบุตร โดยบิดาเป็นผู้ที่ทำการทดลองกับบุตรของตนเอง เช่น การตัดอวัยวะที่เกี่ยวกับการย่อยอาหารเพื่อต้องการทดลองว่ามนุษย์สามารถอยู่ได้หรือไม่ และมีการนำการทดลองวิทยาศาสตร์มาเป็นเครื่องมือในการแก้แค้น โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดวิทยาการทางวิทยาศาสตร์ด้วยเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ คณะผู้เขียนจึงนำแนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller ซึ่งเป็นสำนักกฎหมายธรรมชาติยุคใหม่มาเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์การทดลองวิทยาศาสตร์ในภาพยนตร์เรื่อง Poor Things เนื่องจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller โดยเฉพาะหลัก “Two Moralities (หลักจริยธรรม)” “Internal Morality (จริยธรรมภายใน) แปดประการ” “ทฤษฎี Collaboration (การร่วมมือกัน)” และ “ทฤษฎี Consent (ความยินยอม)” นั้นมีข้อจำกัดบางประการในการอธิบายนิยามของกฎหมาย และความชอบของกฎหมาย หลักการเหล่านี้ยังคงมีช่องโหว่และมีความขัดแย้งกันเองเมื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์กับภาพยนตร์ อาจเกิดผลประหลาดหากการทดลองเหล่านั้นได้เกิดขึ้นจริงในสังคมมนุษย์ ดังนั้นแล้ว คณะผู้เขียนจึงนำเสนอว่าแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller มีข้อจำกัดอย่างไร

**คำสำคัญ:** ภาพยนตร์เรื่อง Poor Things, การทดลองในมนุษย์, หลักจริยธรรม, หลักจริยธรรมภายใน, หลักความยินยอม, หลักการร่วมมือกัน

## Abstract

“Poor Things” is a movie that portrays a reincarnation-like revival of a deceased woman who was subjected to scientific experiment by transplanting the brain of her unborn fetus into her own skull, leading to the profound incompatibility between her body and consciousness. Additionally, the film features other experiments in which the father conducted scientific endeavors on his child, as well as one character using it as a mean of vengeance.

Hence to analyze the scientific acts conducted in this film, this study employs Lon L. Fuller’s philosophy, a contemporary natural law theory, to answer the justification, legality through Two Moralities, Internal Morality, and The Principle of Consent as well as The Principle of Collaboration, and whether it is plausible to conduct such experiments in reality. This study aims to demonstrate that Lon L. Fuller’s ideology is inadequate to address the correlation of his doctrine when used to apply the scientific endeavors depicted in “Poor Things.”

**Keywords:** Poor Things, Scientific Experiments on Humans, Scientific Endeavors on Humans, Two Moralities, The Principle of Consent, The Principle of Collaboration

## บทนำ

ภาพยนตร์เรื่อง Poor Things นำเสนอเรื่องราวเกี่ยวกับชีวิตของ “Bella” มนุษย์ผู้่านการทดลองผ่าตัดนำสมองของเด็กทารกมาใส่ในศพของหญิงสาวผู้ซึ่งเสียชีวิต ช่วงต้นของภาพยนตร์จึงแสดงออกให้เห็นถึง

วุฒิภาวะและศักยภาพในการตัดสินใจของ Bella ที่ยังไม่เทียบเท่ากับสภาพของร่างกายในรูปของผู้ใหญ่ที่โตเต็มวัย โดยภาพนั้นต้องได้เล่าเรื่องการพัฒนาการของ Bella ผ่านการเรียนรู้จากการเดินทางออกไปยังโลกภายนอก ภายนั้นต้องดังกล่าวจึงเป็นภายนั้นที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางปรัชญาผ่านตัว Bella

หนึ่งในประเด็นสำคัญที่ได้ถูกนำเสนอผ่านภายนั้นคือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งได้ถูกอ้างอิงถึงครั้งแรกจากการทดลองผ่าตัดสมองมนุษย์ของ Bella อย่างไรก็ตาม ตลอดทั้งภายนั้นมีการแทรกประเด็นเกี่ยวกับการทดลองทางวิทยาศาสตร์ ตั้งแต่การทดลองทางวิทยาศาสตร์ในสัตว์ตลอดจนการทดลองในมนุษย์ซึ่งยังมีชีวิตอยู่ จากสถานการณ์ในภายนั้นไม่ได้แสดงให้ปรากฏว่าการทดลองทางวิทยาศาสตร์ในมนุษย์เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ประกอบกับการถ่ายทอดให้เห็นถึงการทดลองทางวิทยาศาสตร์ในมนุษย์อย่างชัดเจน ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่ากฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรที่ใช้ภายในภายนั้นอยู่ในภายนั้นอย่างไร ให้ทดลองทางวิทยาศาสตร์ในมนุษย์ได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการทดลองทางวิทยาศาสตร์ในมนุษย์จึงชอบด้วยกฎหมายตามมุ่งมองของสำนักกฎหมายบ้านเมือง

อย่างไรก็ตาม เมื่อมองข้ามความเป็นกฎหมายของสำนักกฎหมายแบบบ้านเมืองไป ประเด็นที่ต้องการศึกษาจากภายนั้นเรื่อง Poor Things คือหากการทดลองวิทยาศาสตร์ในมนุษย์ไม่ได้เป็นการทำผิดกฎหมาย ตามแนวของสำนักกฎหมายแบบบ้านเมือง แล้วในมุมมองของกฎหมายธรรมชาติสถานการณ์ดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติหรือไม่ และการทดลองวิทยาศาสตร์ในมนุษย์หากมองผ่านแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติจะแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดบางประการได้ ซึ่งเมื่อนำมาอธิบายตามแนวกฎหมายธรรมชาติแล้วจะไม่สามารถอธิบายได้ แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดบางประการของสำนักกฎหมายธรรมชาติผ่านการทดลองวิทยาศาสตร์ในมนุษย์ผ่านภายนั้นเรื่อง Poor Things

ในการศึกษาประเด็นดังกล่าวหลักการที่นำมาใช้ คือแนวคิดกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller ด้วยเหตุ因为 Lon L. Fuller เป็นนักคิดในแนวความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติที่อธิบายกฎหมายธรรมชาติได้เป็นระบบทำให้เกิดความแตกต่างจากนักคิดรุ่นก่อนในสำนักคิดกฎหมายธรรมชาติ เพราะการอธิบายตามแบบของ Lon L. Fuller มีความเป็นรูปธรรมและชัดเจนด้วยกรอบที่ Lon L. Fuller นิยามขึ้นอันประกอบไปด้วยหลัก Internal Morality<sup>1</sup> อันมีลักษณะทั้งหมดเป็นประการ หลัก Two Moralities<sup>2</sup> และความสอดคล้องระหว่าง Two Moralities รวมถึงหลัก Collaboration และหลัก Consent<sup>3</sup> ซึ่งสกัดจากหลัก Internal Morality ในทฤษฎีของ Fuller ด้วยเหตุผลดังกล่าวคณ์ผู้เขียนจึงเลือกทฤษฎีของ Lon L. Fuller ยึดโยงเข้ากับการทดลองทางวิทยาศาสตร์ในมนุษย์จากภายนั้นเรื่อง Poor Things เพื่อวิเคราะห์ทฤษฎีของ Lon L. Fuller และหาข้อจำกัดในทฤษฎีดังกล่าว

<sup>1</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Connecticut: Yale University Press, rev edn) 33-94.

<sup>2</sup> Ibid 3-32.

<sup>3</sup> Ibid 192.

## 1. ความแตกต่างระหว่างทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบ Lon L. Fuller กับทฤษฎีสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิม

### 1.1 ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิม

แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติได้ฝังรากฐานสืบเนื่องมาตั้งแต่สมัยโบราณ และได้พัฒนามาเป็นระยะเวลาต่อเนื่องจากสมัยกรีก-โรมัน ยุคกลาง จนถึงปัจจุบัน โดยลักษณะสำคัญของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิม คือ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ (Morality Thesis)<sup>4</sup> โดยเน้นว่ากฎหมายที่แท้จริงต้องสอดคล้องกับศีลธรรม ซึ่งแนวคิดนี้มาจากการที่สำนักกฎหมายธรรมชาติยืนยันว่าจักรวาลมีระบบเบียบทางศีลธรรมที่เป็นสากลเรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติ” โดยเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามภาวะวิสัยไม่ใช่ขึ้นอยู่ตามเจตนาของมนุษย์<sup>5</sup> ดังนั้น กฎหมายที่หรือจะเบียบแบบแผนตามสังคมมนุษย์หรือ “กฎหมาย” จึงเป็นส่วนหนึ่งของระบบเบียบแบบแผนของจักรวาล<sup>6</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าว กฎหมายจึงควรที่จะสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ

ลักษณะสำคัญของกฎหมายธรรมชาติตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมสามารถจำแนกได้เป็นสองประการหลัก คือ ประการแรกกฎหมายธรรมชาติจะต้องเป็นกฎหมายที่ทั่วไป กล่าวคือ หากสิ่งใดเป็นกฎหมายธรรมชาติ สิ่งนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปที่สามารถบังคับใช้ได้ในทุกสถานที่<sup>7</sup> และประการที่สองคือกฎหมายธรรมชาติต้องมีความเป็นนิรันดร์ แน่นอน ไม่เปลี่ยนแปลง กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติจะต้องเป็นจริงในทุกยุคสมัย ไม่ผันเปลี่ยนไปตามกาลเวลา<sup>8</sup>

นักปรัชญาคลาสสิกอย่าง Cicero และ St. Thomas Aquinas เป็นผู้สนับสนุนหลักแนวคิดนี้ โดย Cicero มองว่ากฎหมายธรรมชาติเป็น “เหตุผลที่ถูกต้อง” ที่ต้องมีลักษณะเป็นนิรันดร์และเท่าเทียมกันในทุกที่ และทุกเวลา ไม่สามารถขัดกับหลักธรรมชาติที่อยู่เหนือกฎหมายของรัฐได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับเหตุผลและหลักการที่เป็นนิรันดร์<sup>9</sup> ในขณะที่ St. Thomas Aquinas เสนอว่ากฎหมายเป็นผลมาจากการเจตจำนงของพระเจ้า และกฎหมายของมนุษย์ต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ (Divine Law) ซึ่งถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นมาตรฐานแห่งความดีงามร่วมกันในสังคม โดยมีหลักการวางอยู่บนความเชื่อในเรื่องธรรมชาติของมนุษย์ที่มีเหตุผล และสามารถรู้จักรความผิดชอบชั่วดีได้ด้วยตนเอง ดังนั้น มนุษย์จึงสามารถเข้าถึงกฎหมายธรรมชาติได้<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Han Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory* (New York: Clarendon Press 1992) xxvi.

<sup>5</sup> สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร: วิญญาณ, 2567) 130.

<sup>6</sup> Ibid 131.

<sup>7</sup> Ibid 88.

<sup>8</sup> Ibid 89.

<sup>9</sup> Ibid 99-102.

<sup>10</sup> Ibid 105-110.

Aristotle เป็นอีกหนึ่งนักคิดที่มีบทบาทสำคัญในการกำหนดแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ โดยเขาเชื่อว่า กฎหมายแห่งธรรมชาติสามารถหาได้จากการศึกษาเหตุผลและธรรมชาติของมนุษย์ โดยเขามองว่ามนุษย์ที่เรียกว่า Form หรือแบบ และ Telos หรือจุดหมาย ซึ่ง Form หมายถึง สภาพหรือคุณสมบัติของสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นแก่นแท้ของความเป็นจริง เป็นสิ่งที่คงอยู่ทั่วไป ไม่เปลี่ยนแปลง และนิรันดร์ ส่วน Telos หมายถึง จุดมุ่งหมายสูงสุด หรือเป้าหมายของสิ่งที่มีชีวิตหรือสิ่งต่าง ๆ เขายังเชื่อว่ามนุษย์มี Telos ที่สูงสุดอยู่ในความสามารถที่จะใช้เหตุผลและพัฒนาไปสู่ความดีงามทางจริยธรรม<sup>11</sup> มนุษย์จึงต้องใช้ชีวิตภายใต้หลักเหตุผลและความยุติธรรม ซึ่งจะสามารถเกิดขึ้นได้เมื่อมนุษย์อยู่ในสังคมที่เป็นระเบียบ และกฎหมายทำหน้าที่เป็นเครื่องมือสำคัญที่ช่วยให้สังคมดำเนินไปตามครรลองแห่งเหตุผลนั้น

ดังนั้น กฎหมายในมุมมองของ Aristotle จึงสามารถจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ กฎหมายธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นจริงเหมือนกันในทุกแห่ง มีความสากลโดยไม่ได้เกิดขึ้นจากเจตนาของผู้ใดผู้หนึ่ง และกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่สร้างเพื่อแก้ไขปัญหาบางประการของสังคมได้สังคมหนึ่ง จึงสามารถผันแปรได้ตามแต่ละสังคมหรือยุคสมัย<sup>12</sup>

## 1.2 ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller

Lon L. Fuller เป็นหนึ่งในนักคิดสำคัญของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยเขาได้พัฒนาแนวคิดที่เน้นถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมเพื่อตอบโต้กับแนวคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานินิยม (Positivism) ซึ่งเชื่อว่าคำสั่งของรัฐเป็นสิ่งสูงสุดและต้องปฏิบัติตามโดยไม่คำนึงถึงศีลธรรม Fuller ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ โดยเขาเชื่อว่าการที่กฎหมายออกโดยรัฐไม่ได้หมายความว่ากฎหมายนั้นมีความชอบธรรมเสมอไป แต่ความชอบธรรมของกฎหมายคือการมาจากภายนอก การยอมรับร่วมกันของสังคม ผ่านกระบวนการที่โปร่งใสและมีศีลธรรม<sup>13</sup>

แนวคิดว่าด้วยทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Fuller มุ่งเน้นว่ากฎหมายนั้นต้องมีระเบียบโดยธรรมชาติในตัวเอง ไม่ขึ้นอยู่กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ความสัมพันธ์เชิงจำเป็นระหว่างกฎหมายและศีลธรรมยังคงเป็นศูนย์กลางสำคัญของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Fuller แต่ศีลธรรมในที่นี้ไม่ใช่ศีลธรรมที่ผูกพันกับศาสนาอย่างที่เข้าใจกันในภาษาไทย Fuller ไม่ได้มองว่ากฎหมายต้องสอดคล้องกับหลักธรรมชาติหรือกฎหมาย แต่เน้นไปที่ศีลธรรมภายในกระบวนการสร้างกฎหมาย หรือ Internal Morality of Law ซึ่งเป็นกรอบจริยธรรมที่ใช้ในการพิจารณาว่ากระบวนการสร้างกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายนั้นยุติธรรมหรือไม่

แนวคิดดังกล่าวสะท้อนถึงการเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายและศีลธรรมในลักษณะที่กฎหมายไม่ควรเป็นเพียงข้อกำหนดที่รัฐกำหนดเท่านั้น แต่ยังต้องมีศีลธรรมเป็นพื้นฐานในการสร้างกฎหมาย โดย Fuller เชื่อว่า

<sup>11</sup> Ibid 94-95.

<sup>12</sup> Ibid 97-98.

<sup>13</sup> Douglas Sturm, 'Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory' (1966) 18 Stan L. Rev. 612, 633.

กฎหมายและศีลธรรมไม่สามารถแยกออกจากกันได้ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่เข้าเรียกว่า *Inseparability of Law and Morality*

โดย Fuller เสนอว่าความยุติธรรมของกฎหมายต้องไม่เพียงแต่พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย (Substantive Law) เท่านั้น แต่ยังต้องพิจารณาจากการกระบวนการสร้างกฎหมาย (Procedural Law)<sup>14</sup> ด้วย โดยเข้าใจได้เสนอหลักการของ Internal Morality of Law ซึ่งประกอบด้วยกรอบศีลธรรม 8 ประการ การที่ต้องนำมายกเว้นในการสร้างกฎหมายที่ขอบธรรมและยุติธรรม ได้แก่

**ประการที่หนึ่ง การบังคับใช้ทั่วไปของกฎหมาย** (The Generality of Law) หมายความว่า กฎหมายต้องใช้กับทุกคนในสังคมโดยไม่มีข้อยกเว้น ไม่มีการระบุชื่อใครคนใดเป็นการเฉพาะ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียม<sup>15</sup>

**ประการที่สอง การต้องมีการประกาศใช้** (Promulgation) หมายความว่า กฎหมายต้องเผยแพร่ให้ประชาชนเข้าถึงรับรู้ได้ เพื่อประชาชนจะได้ทราบว่าตนต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไร และจะได้เป็นการเปิดให้มีการวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายนั้นได้<sup>16</sup>

**ประการที่สาม กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง** (Retroactive Laws) หมายความว่า กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง ตามหลักกฎหมายที่ว่า *Nulla poena sine lege* (No Crime nor Punishment without Law: ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด) อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นการย้อนหลังที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนหรือเป็นคุณก็สามารถทำได้<sup>17</sup>

**ประการที่สี่ กฎหมายต้องมีความชัดเจน** (The Clarity of Laws) หมายความว่า กฎหมายต้องมีความชัดเจนและสามารถตีความได้อย่างไม่คลุมเครือ เพื่อป้องกันการตีความที่แตกต่างกัน แต่กรณั้น อาจมีคำบางคำที่กำหนดความหมายกว้างไว้ โดยต้องอาศัยการตีความ เช่น หลักสุจริต (Good Faith) หรือความระมัดระวังตามสมควร (Due Care) หรือคำบางคำต้องอาศัยกรอบหรือทางปฏิบัติตามความเป็นจริง เช่น กฎหมายพานิชย์ต้องตีความในทางพาณิชย์<sup>18</sup>

**ประการที่ห้า กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งกัน** (Contradictions in the Laws) หมายความว่า กฎหมายต้องไม่มีข้อขัดแย้งในตัวเอง กล่าวคือ กฎหมายจะห้ามหรือสั่งในเวลาเดียวกันไม่ได้ แต่ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาให้ถ้วนด้วยว่า กฎหมายนั้นขัดแย้งหรือไม่ได้ขัดแย้งกันเอง เช่น มีกฎหมายมาว่า “ข้ามแม่น้ำแต่อย่า

<sup>14</sup> จัณุ ใจเย็นนันท์, นิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร: อ่านกฎหมาย, 2564) 157.

<sup>15</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (n 1) 47.

<sup>16</sup> Ibid 50-51.

<sup>17</sup> Ibid 51-62.

<sup>18</sup> Ibid 63-65.

ให้เปียก”<sup>19</sup> หากพิจารณาโดยผิวเผินอาจจะมองว่าทำไม่ได้ แต่หากเราริบิจารณาโดยถือว่าในปัจจุบันมีสภาพนหรือเรื่องในการข้ามแม่น้ำได้ ดังนั้น กฎข้างต้นนี้จึงไม่ขัดแย้งกัน<sup>20</sup>

**ประการที่หก กฎหมายต้องไม่กำหนดในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ (Laws Requiring the Impossible)** หมายความว่า กฎหมายที่จะให้คนต้องรับผิดนั้นต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการที่ผู้อยู่ภายใต้กฎหมายนั้น สามารถปฏิบัติได้จริง กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ปฏิบัติตามได้ ไม่อย่างนั้นแล้ว กฎหมายจะกลایเป็นอำนาจที่ไร้ขีดจำกัดที่ไม่ใช่กฎหมาย (Lawless Unlimited Power) ซึ่งผู้อยู่ภายใต้กฎหมายไม่มีทางที่จะปฏิบัติตามได้<sup>21</sup>

**ประการที่เจ็ด กฎหมายต้องมีความเสมอต้นเสมอปลาย มั่นคง แน่นอน (Constancy of the Law Through Time)** หมายความว่า กฎหมายต้องไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งจนทำให้เกิดความสับสนหรือความไม่แน่นอน ซึ่งการจะพิจารณาถึงความถี่ของการเปลี่ยนกฎหมายนั้น ก็ต้องพิจารณาจากปัจจัยด้านสภาพสังคมแต่ละท้องที่ประกอบกันด้วย<sup>22</sup>

**ประการที่แปด ความสอดคล้องระหว่างการกระทำกับกฎหมายที่ประกาศใช้ (Congruence between Action and Declared Rule)** หมายความว่า กฎหมายต้องถูกบังคับใช้ให้ตรงตามที่ได้มีการประกาศไว้ การบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องอาจจะเกิดจากการตีความกฎหมายผิดพลาด การเข้าไม่ถึงกฎหมาย การไม่ทราบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการรักษาไว้ การติดสินบน หรืออคติ<sup>23</sup>

หลักการทั้ง 8 ประการนี้ทำหน้าที่เป็นศีลธรรมภายในของกฎหมาย ซึ่งหากกระบวนการสร้างกฎหมายไม่ปฏิบัติตามหลักการเหล่านี้ กฎหมายที่ถูกตราขึ้นก็จะเป็นกฎหมายที่ไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายที่ยุติธรรมได้ตามนิยามของ Fuller

Fuller ขยายแนวคิด Internal Morality of Law ไปสู่หลักการ Collaboration หรือการร่วมมือกัน ซึ่งมีความสำคัญต่อการสร้างกฎหมายที่ชอบธรรมและเป็นธรรม โดย Internal Morality of Law ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของทั้งผู้สร้างกฎหมายและผู้ถูกปกครองเพื่อให้กฎหมายนั้นทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ แนวคิดเรื่อง Collaboration นี้สะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายไม่สามารถมีความชอบธรรมได้หากเกิดจากอำนาจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงท่านเดียว (Law as a One-way Projection of Authority)<sup>24</sup> ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม แต่แท้จริงกฎหมายที่ชอบธรรมในมุมมองของเขานั้นเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์แบบร่วมมือกันระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง

<sup>19</sup> Ibid 69.

<sup>20</sup> Ibid 65-70.

<sup>21</sup> Ibid 70-79.

<sup>22</sup> Ibid 79-80.

<sup>23</sup> Ibid 81-91.

<sup>24</sup> Ibid 192.

ทฤษฎีของ Fuller เกี่ยวกับกฎหมายในฐานะกระบวนการร่วมมือกันหรือ Collaboration นั้น เชื่อมโยงกับการที่เขายืนยันว่าระบบกฎหมายต้องเคารพและปฏิบัติตามหลัก Internal Morality or Law ซึ่ง เป็นจริยธรรมเชิงกระบวนการเพื่อให้กฎหมายนั้นมีความชอบธรรม เข้าอธิบายถึงความร่วมมือนี้ผ่านการแสดงให้เห็นถึงความคาดหวังที่ตอบแทนกันระหว่างผู้สร้างกฎหมายและผู้ที่ถูกปกครอง ซึ่งเห็นได้ชัดในคำอธิบายของเขากับหลัก Internal Morality of Law ซึ่งระบุว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน สอดคล้อง และ เปิดเผยต่อสาธารณะ เป็นต้น หลักการเหล่านี้ทำให้กฎหมายไม่ใช่เพียงสิ่งที่ถูกบังคับใช้กับผู้ถูกปกครองเท่านั้น แต่ยังเป็นสิ่งที่ผู้ถูกปกครองสามารถมีส่วนร่วมและปฏิบัติตามได้อย่างสมเหตุสมผลและในลักษณะของ Collaboration ด้วยเช่นกัน

Fuller ยังอธิบายว่าการสร้างกฎหมายที่มีความชอบธรรมต้องเกิดขึ้นผ่านการยินยอมร่วมกัน หรือ Consent ระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง ในบริบทที่เชื่อมโยงกับแนวคิดเรื่อง Internal Morality of Law โดยซึ่งให้เห็นถึงความสำคัญของหลักการนี้ในการกำหนดและรักษาความชอบธรรมของกฎหมายและการใช้อำนาจทางการเมือง โดย Fuller ได้กล่าวว่ากฎหมายจะรุ่งเรืองได้นั้นขึ้นอยู่กับการร่วมมือกันอย่างเต็มใจ ระหว่างผู้ออกกฎหมายและผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย (Voluntary Collaboration)<sup>25</sup> การมีอำนาจทางกฎหมายที่ไม่มีขีดจำกัด หรือที่เรียกว่า “ความเป็นอธิปไตยของรัฐสภา” (Parliamentary Sovereignty) โดยไม่มีการยินยอมร่วมกันจากผู้ที่ถูกปกครอง หรือไม่มีข้อจำกัดทางศีลธรรม ทำให้กฎหมายขาดความชอบธรรมและไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนั้น Fuller ได้พัฒนาแนวคิดเรื่อง Two Moralities เพื่อตอบสนองต่อการอธิบายกฎหมาย ธรรมชาติแบบดั้งเดิมที่เขามองว่าเป็นนามธรรมเกินไป ซึ่งไม่สามารถอธิบายความเป็นศีลธรรมในกฎหมายได้อย่างเพียงพอ กล่าวคือ สำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมมองศีลธรรมว่าเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือมนุษย์ เป็นหลักด้วยตัวและมาจากการชาติหรือจากพระเจ้า ซึ่งมีผลบังคับอย่างสมบูรณ์ในทุกรัฐ และกฎหมายต้องสอดคล้องกับหลักศีลธรรมเหล่านั้น แต่ Fuller ไม่เห็นด้วยกับการจำกัดศีลธรรมไว้เพียงความคิดเหล่านี้ เพราะไม่ใช่ทุกอย่างในศีลธรรมจะสามารถนำมาใช้กับกฎหมายได้โดยตรง หลักการดังกล่าวทำให้บุนมองเรื่องศีลธรรม มีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น และสามารถนำไปใช้ในการพัฒนาระบบกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในสังคมได้จริง

Two Moralities นั้นประกอบด้วย Morality of Aspiration และ Morality of Duty การแยกดังกล่าวช่วยให้สามารถทำความเข้าใจได้ว่าศีลธรรมเพียงใดที่สามารถนำไปใช้กับกฎหมายได้โดยตรง

Morality of Duty เป็นจริยธรรมที่กำหนดข้อบังคับพื้นฐานสำหรับการอยู่ร่วมกันในสังคม เช่น กฎหมายช่าคน การห้ามลักทรัพย์ เป็นต้น จริยธรรมนี้มีความสำคัญในการป้องกันความวุ่นวายและการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยเป็นสิ่งที่บุคคลต้องปฏิบัติตาม การละเมิดจริยธรรมเหล่านี้จะทำให้สังคมไม่สามารถ

<sup>25</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (n 1) 219-220.

ดำเนินไปได้อย่างปกติ<sup>26</sup> กฎหมายจึงต้องใช้ Morality of Duty เป็นหลักในการออกแบบข้อบังคับเพื่อสร้างความเสถียรภาพและระเบียบในสังคม ซึ่ง Fuller อธิบายว่า Morality of Duty เป็นส่วนแบ่งขั้นต่ำสุดที่มนุษย์ต้องปฏิบัติตามเพื่อรักษาและรักษาสังคม หากไม่มีจริยธรรมนี้ สังคมจะเข้าสู่ภาวะความวุ่นวาย<sup>27</sup>

ในทางตรงกันข้าม Morality of Aspiration เป็นจริยธรรมที่ส่งเสริมให้บุคคลพิจารณาและห้ามความสมบูรณ์แบบทางศีลธรรม เช่น การทำความดี ความยุติธรรม การเป็นคนดีเลิศในสังคม ซึ่งเป็นสิ่งที่บุคคลปรารถนาจะบรรลุ<sup>28</sup> แต่ไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายบังคับใช้ได้โดยตรง Fuller อธิบายว่าเป็นไปไม่ได้ที่กฎหมายจะบังคับให้มนุษย์เป็นคนที่ดีที่สุดตามมาตรฐานของ Morality of Aspiration เพราะความสมบูรณ์แบบทางศีลธรรมเป็นเรื่องที่มนุษย์ควรมุ่งหวังถึงเอง แต่ไม่ใช่สิ่งที่สามารถบังคับให้เกิดขึ้นได้<sup>29</sup> กฎหมายจึงไม่สามารถนำ Morality of Aspiration มาบังคับใช้ในเชิงกฎหมายได้โดยตรง

พระฉะนั้นแล้ว การแยก Morality of Duty และ Morality of Aspiration ออกจากกันอย่างชัดเจนนั้นจึงเป็นสิ่งที่สำคัญในการอธิบายจริยธรรมในมุมมองของ Fuller เพื่อให้เข้าใจชัดเจนขึ้น Fuller ได้ทำการเปรียบเทียบโดยเสนอภาพเส้นตรงเส้นหนึ่ง โดย Morality of Duty จะเริ่มจากจุดล่างสุดของเส้น ส่วน Morality of Aspiration จะอยู่จุดสูงสุดของเส้นตรง โดยระหว่างเส้นตรงนี้มี Invisible Pointer หรือจุดแบ่งที่มองไม่เห็นอยู่คั่นกลาง เพื่อแบ่งว่าจริยธรรมเพียงใดเป็น Morality of Duty หรือจริยธรรมเพียงใดเป็น Morality of Aspiration<sup>30</sup> ความสำคัญของการมีเส้นแบ่งนี้อยู่ที่การทำให้การอธิบายหรือการแยกจริยธรรมทั้งสองประเภทเป็นไปอย่างชัดเจน หากไม่มีการแบ่งแยกที่ชัดเจน จริยธรรมที่ควรจัดอยู่ในกลุ่ม Morality of Aspiration อาจถูกตีความว่าเป็น Morality of Duty ซึ่งจะส่งผลให้เมื่อจริยธรรมเหล่านี้ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย กฎหมายที่ควรบัญญัติตาม Morality of Duty อาจถูกกำหนดตาม Morality of Aspiration แทน ซึ่งอาจนำไปสู่การมีจริยธรรมที่ควบคุมข้อบังคับพื้นฐานสำหรับการอยู่ร่วมกันในสังคมมากเกินไป ส่งผลให้เกิดการจำกัดอิสระทางความคิดของประชาชน และทำให้บุคคลในสังคมขาดความกล้าที่จะริเริ่มและสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ได้ เนื่องจากข้อจำกัดที่มากเกินจำเป็นในสังคม<sup>31</sup>

การแยกจริยธรรมทั้งสองประเภทนี้ออกจากกันทำให้ Fuller สามารถอธิบายได้ว่า กฎหมายควรตราขึ้นเพื่ออะไร และควรมีเนื้อหาและการบังคับใช้อย่างไร เพื่อรักษาสมดุลระหว่างความต้องการพื้นฐานของสังคมและการพัฒนาคุณธรรมในระดับสูง และทำให้จริยธรรมมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้นเมื่อเทียบกับสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิม

<sup>26</sup> Ibid 5.

<sup>27</sup> Ibid 9-11.

<sup>28</sup> Ibid 5.

<sup>29</sup> Ibid 9.

<sup>30</sup> Ibid 10.

<sup>31</sup> Ibid 28.

### 1.3 ความแตกต่างระหว่างทฤษฎีของสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมและทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller

แม้ว่าทั้งทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมและทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบ Fuller จะเห็นพ้องกันว่ากฎหมายต้องสอดคล้องกับศีลธรรม แต่แนวคิดของ Fuller มีความแตกต่างอย่างชัดเจนในเรื่องวิธีการมองศีลธรรม และบทบาทของกระบวนการสร้างกฎหมายที่เป็นธรรม

ประการแรก การตีความศีลธรรม ในขณะที่สำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมมักเน้นว่ากฎหมายต้องไม่ขัดกับศีลธรรมทางธรรมชาติที่อยู่เหนือกฎหมายของรัฐ ซึ่งทำให้การตีความนิยามของกฎหมายที่อิงกับศีลธรรมมีความเป็นปัจเจกและเหตุผลตามอุดมคติของสังคมที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยเป็นมาตรฐานที่มั่นคง แน่นอน ไม่เปลี่ยนแปลง เช่น กฎของพระเจ้า หรือกฎหมายศาสนา<sup>32</sup> ในทางกลับกัน งานเขียนของ Fuller ไม่ได้มีการอธิบายประเดิมเรื่องการตีความศีลธรรมที่แตกต่างจากสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมไว้โดยตรง แต่อนุมานได้ว่า Fuller แยกกฎหมายธรรมชาติเป็นสองส่วน โดยประกอบไปด้วยกฎหมายธรรมชาติในเชิงเนื้อหา (Substantive Natural Law) และกฎหมายธรรมชาติในเชิงกระบวนการ (Procedural Natural Law)<sup>33</sup> กล่าวคือ

ศีลธรรมภายนอก (External Morality) หรือศีลธรรมในเนื้อหาของกฎหมาย (Substantive Morality) หมายถึง การที่กฎหมายต้องสอดคล้องกับหลักศีลธรรมที่มีอยู่ในสังคม เช่น ความยุติธรรม ความเท่าเทียม และหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าทางศีลธรรมที่มนุษย์ยึดถือ หรือหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าทางศีลธรรมที่มนุษย์ยึดถืออยู่ภายใต้กระบวนการของกฎหมาย

ศีลธรรมภายใน (Internal Morality) เป็นศีลธรรมที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสร้างและบังคับใช้กฎหมาย (Procedural Natural Law) ประกอบไปด้วย 8 ประการที่อธิบายไปแล้วในหัวข้อ 1.2 เพื่อให้ประชาชนสามารถปฏิบัติตามได้ หลักการเหล่านี้คือสิ่งที่ Fuller มองว่าเป็นศีลธรรมของตัวกฎหมายเอง โดยที่การปฏิบัติตามหลักการเหล่านี้ช่วยให้เกิดระบบกฎหมายที่มีความยุติธรรมและมีความน่าเชื่อถือ

ประการที่สอง ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมมักเน้นไปที่เนื้อหาของกฎหมาย โดยเชื่อว่ากฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดกับหลักการทางศีลธรรมที่สูงกว่ากฎหมายของรัฐ แต่ Fuller มองว่ากระบวนการในการสร้างกฎหมายเป็นสิ่งที่สำคัญ หากกระบวนการตรากฎหมายขาดศีลธรรมภายใน กฎหมายที่ออกแบบไม่สามารถเป็นกฎหมายที่ยุติธรรมได้

ในมุมมองของ Fuller นิยามของกฎหมาย คือ องค์กรที่ควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย (the Enterprise of Subjecting Human Conduct to the Governance of

<sup>32</sup> Douglas Sturm, 'Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory' (n 13) 612, 613.

<sup>33</sup> Ibid.

Rule)<sup>34</sup> เพื่อให้การดำเนินชีวิตในสังคมเป็นไปอย่างมีระเบียบและยุติธรรม ดังนั้น การค้นหากระบวนการในการสร้างกฎหมายหรือหลัก Internal Morality of Law จึงหมายถึงการหาข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่จำเป็นต่อการสร้างและรักษากฎหมายในมุมมองของเขา

ดังนั้น แนวคิดของ Fuller เน้นไปที่การสร้างกฎหมายที่มีความโปร่งใสและสามารถบังคับใช้ได้จริง รวมถึงการต้องอาศัยการยินยอมและความร่วมมือของประชาชนที่อยู่ภายใต้กฎหมายนั้น ๆ ทำให้ระบบกฎหมายที่เขานำเสนอ มีความเป็นรูปธรรมมากกว่าระบบกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมที่มักมองศีลธรรมในเชิงนามธรรม การที่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ต้องมีกระบวนการสร้างกฎหมายที่เป็นธรรมและมีศีลธรรมในกระบวนการ<sup>35</sup>

ฉะนั้นแล้ว เหตุผลที่ผู้เขียนเลือกใช้แนวคิดของ Fuller ในการวิเคราะห์กฎหมายในบทความนี้ เกิดจากความชัดเจนและความเป็นรูปธรรมในกระบวนการสร้างกฎหมายที่ Fuller นำเสนอ กล่าวคือ การนำเสนอวิธีการสร้างกฎหมายผ่านกรอบของ Internal Morality of Law ซึ่งเป็นแนวทางที่สามารถนำไปใช้ในกระบวนการสร้างกฎหมายสมัยใหม่ได้จริง โดยไม่เพียงแต่เน้นเนื้อหาของกฎหมายเท่านั้น แต่ยังให้ความสำคัญกับกระบวนการในการสร้างกฎหมายที่มีศีลธรรมและความยุติธรรมในทุกขั้นตอน ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดของนักปรัชญาในสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมที่มักมุ่งเน้นไปที่ศีลธรรมในเชิงนามธรรม

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีของ Fuller จะมีความใหม่และช่วยขยายความกฎหมายธรรมชาติและตอบโจทย์ข้อสงสัยในหลักการของสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิมในอดีต แต่ในบางประการของหลักทฤษฎีกฎหมายของ Fuller เช่นหลัก Two Moralities ก็ยังขาดความชัดเจนทำให้เกิดความขัดแย้งจากการนำหลักการดังกล่าวมาอธิบาย ดังที่จะได้อธิบายผ่านการวิเคราะห์โดยอาศัยภาพนิทรรศเรื่อง Poor Things ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการทดลองในมนุษย์ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความซับซ้อนของศีลธรรมและจริยธรรม การนำภาพนิทรรศเรื่องนี้มาวิเคราะห์กับทฤษฎีของ Fuller เป็นการที่ต้องการพิสูจน์ว่าแม่ทฤษฎีของ Fuller จะมีความซับซ้อนและเป็นแบบแผนมากกว่าทฤษฎีของสำนักคิดกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิม แต่เมื่อปรับเข้ากับข้อเท็จจริงบางประเททที่มีความแตกต่าง ทฤษฎีของเขาก็จะเป็นทฤษฎีที่เป็นคำตอบของกฎหมายธรรมชาติ หรือเป็นทฤษฎีที่ถูกต้องเป็นนิรันดร์ที่สุดหรือไม่

## 2. สรุปเนื้อเรื่องในภาพนิทรรศ Poor Things

ภาพนิทรรศเล่าถึง “Godwin Baxter” อาจารย์แพทย์ผู้ถูกบิดาทำการทดลองมาตั้งแต่เด็ก ทำให้ร่างกายของเขามีปัจจัยร่องรอยของการผ่าตัด เขาได้นำร่างของหญิงสาวที่เสียชีวิตจากการกระโดดน้ำมาทำ

<sup>34</sup> Edwin W. Tucker, ‘The Morality of Law, by Lon L. Fuller’ (1965) 40(2) Ind. L. J. 276.

<sup>35</sup> Douglas Sturm, ‘Lon Fuller’s Multidimensional Natural Law Theory’ (n 13) 612, 630-633.

การทดลองโดยนำสมองของหารกในครรภ์มาใส่ในร่างของหญิงสาว กระตุ้นด้วยกระแสไฟฟ้าให้เรอฟื้นคืนชีพ และตั้งชื่อให้เรอว่า “Bella” เธอจึงเป็นผู้ใหญ่ที่มีสามัญสำนึกเหมือนกับเด็กหารก

Baxter ขัง Bella ไว้เมื่อต้องออกไปพบเจอโลกภายนอก แต่วันหนึ่ง Bella ต้องการออกไปเรียนรู้โลกภายนอก “Duncan Wedderburn” หนาของ Baxter เมื่อ Bella ไม่พอใจ เธอจึงแสดงกริยาภารร้าว ทำลายข้าของในบ้าน Baxter จึงต้องจำใจยอมปล่อย Bella ออกไปตามที่เรอต้องการ

ในโลกภายนอกนั้น การกระทำตามสามัญสำนึกโดยปราศจากการควบคุมอารมณ์และการยับยั้งชั่งใจของ Bella ไม่เป็นที่พึงพอใจของครุฑายคน การออกเดินทางครั้งนี้ทำให้ Bella ได้ตระหนักรู้ถึงความเป็นจริงของชีวิต รวมไปถึงการค้นหาตัวตนที่แท้จริงก่อนที่เรอจะถูกผ่าตัดฟื้นคืนชีพว่าเรอเป็นกริยาของ “Alfie Blessington” ผู้มีอิทธิพลที่ชอบกระทำารุณเรอเสมอมาอันเป็นต้นเหตุให้เรอเลือกที่จะฆ่าตัวตายพร้อมหารกในครรภ์

ในตอนท้ายของภาพยนตร์เรื่องนี้ Alfie ปรากฏตัวขึ้น Bella จึงทำการแก้แค้นโดยผ่าตัดนำสมองเพฟมาใส่สมองของเขา ทำให้ Alfie กลายเป็นคนที่มีความรู้สึกนึกคิดเหมือนกับเพฟ สุดท้ายนี้ Bella ได้กล่าวกับ Baxter ว่าเรอต้องการจะเป็นศัลยแพทย์เช่นเดียวกับเขาต่อไปในอนาคต

### 3. บทวิเคราะห์ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller กับการทดลองในมนุษย์ ผ่านภาพยนตร์เรื่อง Poor Things

ในส่วนนี้จะพิเคราะห์ถึงการใช้มนุษย์ทดลองทั้งสามกรณี ประกอบไปด้วย กรณีแรกการทดลองระหว่างบิดาของ Baxter และตัว Baxter เอง, กรณีที่สองการทดลองระหว่าง Baxter และ Bella, และกรณีที่สามการทดลองระหว่าง Bella และ Alfie สามีเก่าของ Bella ผ่านทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Fuller ว่า การทดลองดังกล่าวมีแสดงถึงข้อจำกัดใดในการอธิบายนิยามของกฎหมายและความชอบด้วยกฎหมายของ Fuller

#### 3.1 หลัก Two Moralities ของ Fuller

Fuller ใช้หลัก Two Moralities เป็นมาตรฐานด้วยความเหมาะสมของกฎหมายธรรมชาติซึ่งหลักดังกล่าวแบ่งออกได้เป็น Morality of Duty และ Morality of Aspiration ซึ่งจะนำมาเป็นเครื่องมือวิเคราะห์การทดลองทั้งสามกรณีในเรื่อง Poor Things

Morality of Duty คือ จริยธรรมที่เป็นหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของคนในสังคม จุดประสงค์ของ Morality of Duty นี้ มีเพียงเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม<sup>36</sup> โดยไม่ต้องคำนึงปัจจัย

<sup>36</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (n 1) 27-28.

อีน ๆ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ตั้งกล่าวกับการทดลองโดยการใช้มนุษย์ที่เกิดขึ้นในภาพนิทรรศเรื่อง Poor Things พบว่า

กรณีแรก การทดลองของบิดา Baxter ต่อ Baxter ตั้งแต่วัยเด็ก ทำให้ร่างกายของ Baxter เติ่มไปด้วย แผลผ่าตัด อีกทั้งบิดาของ Baxter ได้ตัดอวัยวะเกี่ยวกับการย่อยอาหารของเขารอๆไป ทำให้เขาไม่สามารถย่อยอาหารแบบมนุษย์ปกติทั่วไปได้ ต้องใช้เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ช่วยย่อยอาหารแทน ทำให้ Baxter เกิดความยากลำบากในการใช้ชีวิตประจำวัน จึงพิจารณาได้ว่าการที่ Baxter ถูกนำมาเป็นตัวอย่างการทดลองนั้น เป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในร่างกายของมนุษย์ และเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ควรจะมีสิทธิในการใช้ร่างกายของตนได้อย่างเต็มความสามารถและไม่ควรมีสถานะเป็นเพียงตัวอย่าง หนึ่งของการทดลอง แต่ต้องได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษย์ตามหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้น การที่มีการนำมนุษย์มาทดลองดังที่เกิดขึ้นกับ Baxter จึงไม่ใช่เป็นเพียงการสร้างปัญหาให้กับบุคคลเพียงคนเดียว แต่อาจทำให้ผู้อื่นในสังคมเกิดความหวาดกลัวหรือวิตกกังวล นำมาซึ่งความปั่นป่วนในสังคมได้ ด้วยเหตุนี้ หากมีการทดลองในมนุษย์ เช่นว่ากับบุคคลในสังคมจำนวนมาก ย่อมทำให้สิทธิในร่างกายของคนในสังคมถูกกระทบเป็นวงกว้าง จึงกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น การทดลองนี้จึงไม่สอดคล้องกับหลัก Morality of Duty

นอกจากนั้น การที่ Baxter ถูกนำมายังการทดลองตั้งแต่วัยเด็กยังเป็นการละเมิดสิทธิเด็ก เนื่องจากเป็นการทารุณกรรมเด็ก (Child Abuse / Child Maltreatment)<sup>37</sup> และแสดงให้เห็นว่าบิดาของเขายังเป็นผู้ปกครองที่ใช้ความรุนแรงกับลูกในด้านร่างกาย และอาจรวมถึงด้านจิตใจ เนื่องจากตัวอย่างในภาพนิทรรศที่ Baxter ขาดความมั่นใจที่จะออกไปอยู่ในสังคม เพราะเหตุจากหน้าตาที่เติ่มไปด้วยรอยแผลและลักษณะภายนอกอีน ๆ ที่มีความแตกต่างจากคนในสังคม หากการทดลองดังกล่าวเกิดขึ้นกับเด็กคนอื่นในสังคมจำนวนมาก ย่อมส่งผลให้สิทธิเด็กถูกกระทบเป็นวงกว้างอันเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น การทดลองในมนุษย์ที่ทดลองกับ Baxter ในวัยเด็กดังที่ปรากฏในภาพนิทรรศจึงขัดกับหลัก Morality of Duty เช่นกัน

กรณีที่สอง การสร้าง Bella ขึ้นมาโดยการนำสมองทารกมาใส่ในร่างของผู้ใหญ่ที่เสียชีวิตแล้วและใช้วิทยาศาสตร์พื้นคืนชีพ หากมองเพียงแค่ผลลัพธ์ดังกล่าวอาจเห็นว่าเป็นการช่วยชีวิตหรือสร้างชีวิตขึ้นมาใหม่ แต่ผลกระทบต่อมาที่เกิดขึ้นในภาพนิทรรศคือ Bella มีพัฒนาการทางสมองกับร่างกายไม่สอดคล้องกัน กล่าวคือแม้จะมีร่างกายเป็นผู้ใหญ่ แต่อารมณ์ ความคิด และการกระทำจะมีรูปนิภาพเป็นเด็กเล็ก เช่น ในตอนต้นเรื่องที่ Baxter ชูชีวิต Bella ขึ้นมาใหม่ Bella ยังไม่สามารถพูดและเดินได้คล่องเพราทัพนากරของ Bella ยังอยู่ในวัยทารก หรือตัวอย่างที่ Bella ควบคุมอารมณ์ไม่ได้เมื่อถูกขัดใจ และเลือกที่จะใช้กำลังทุบตี Baxter ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า Bella ขาดความสามารถในการควบคุมอารมณ์ หรือตัวอย่างที่เป็นประเด็นหลักของเรื่องคือการที่ Bella มีเพศสัมพันธ์กับผู้คนจำนวนมากโดยที่ไม่เข้าใจว่าการกระทำดังกล่าวคืออะไร และมีจุดประสงค์เพื่ออะไร เหตุผลที่ Bella ทำลงในนั้นเป็นเพราะมาจากแรงขับเคลื่อนของฮอร์โมนในร่างกายที่อยู่

<sup>37</sup> Dulce Gonzalez, Arian Bethencourt Mirabal, and Janelle D. McCall, 'Child Abuse and Neglect' (National Library of Medicine, 4 July 2023) <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK459146/>> accessed 23 May 2024.

ในวัยเจริญพันธุ์ ซึ่งขัดกับพัฒนาการทางความคิดของ Bella ที่ยังอยู่ในวัยเด็ก เมื่อ Bella ขาดความยับยั้งชั่งใจ เพราะปัจจัยเรื่องพัฒนาการจึงนำไปสู่ปัญหาหลาย ๆ อย่างที่ปรากฏในเรื่อง เช่น การใช้กำลัง การคิดที่จะทำกิจกรรมทางเพศในที่สาธารณะหากไม่มีคนห้ามไว้ รวมถึงการมีเพศสัมพันธ์เมื่อเวลาที่ต้องการโดยไม่สนใจอีกฝ่ายจะเป็นใคร แม้ในสภาพนั่งอยู่ในห้องน้ำก็ตาม อาจมีความสัมภัยในตัวเองว่าจะมีคู่สมรสแล้วหรืออาจมีโรคทางเพศสัมพันธ์ซึ่งถ้าเป็นดังที่วิเคราะห์ไว้ก็จะเกิดปัญหาในเรื่องสถาบันครอบครัวหรือการแพร่ระบาดของโรคที่อาจจะป้องกันได้ยาก เพราะหากพิจารณาจากยุคสมัยที่ปรากฏในสภาพนั่งอยู่ในห้องน้ำก็อาจมีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์แต่ก็ยังปรากฏให้เห็นว่าผู้คนในสภาพนั่งอยู่ในห้องน้ำก็มีอาการป่วยบางอย่างที่หลีกเลี่ยงไม่ได้

ทั้งนี้ ยังมีประเด็นที่ควรพิจารณาอีกว่าแม้ Bella จะให้ความยินยอมต่อ Wedderburn ในการมีเพศสัมพันธ์แต่ก็ปรากฏว่า Bella อาจถูกเอาเปรียบจากความไว้เดียงสาของเธอ รวมถึงประเด็น Consent ที่ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีปัญหาหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากวุฒิภาวะของ Bella ก็สามารถวิเคราะห์ได้ว่า Bella ถูกฉกฉวยโอกาสทางเพศ (Sexual Exploitation)<sup>38</sup> ซึ่งต้องถูกมองเป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคม ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่า การผ่าตัดสมองให้ Bella ไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมได้จึงไม่สอดคล้องกับหลัก Morality of Duty

กรณีที่สาม การทดลองของ Bella ที่ทำต่อ Alfie เป็นการทดลองที่นำเอาสมองแพะมาใส่ก้านสมองของ Alfie ซึ่งส่งผลให้ Alfie มีสำนึกระและการใช้ชีวิตไม่ว่าจะเดินหรือกินอาหารเป็นแบบแพะ หากพิจารณาว่า การทดลองดังกล่าวเป็นไปเพื่อการแก้แค้นนั้น อาจสามารถวิเคราะห์ได้ว่าการทดลองดังกล่าวไม่ได้เกิดประโยชน์ต่อสังคมหรือวิทยาการทางวิทยาศาสตร์เลย หรือหากมองว่าเป็นการทำเพื่อประโยชน์ทางวิทยาการไม่ว่าการทดลองดังกล่าวจะทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด ต่างก็เป็นการทดลองที่เป็นการละเมิดสิทธิในร่างกายของมนุษย์ กล่าวคือ เป็นการทดลองที่เกิดจากการที่ Alfie ปราศจากสิทธิในร่างกายของตนเอง ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากร่างกายได้ตามธรรมชาติของมนุษย์ นอกจากนี้ การทดลองดังกล่าวยังเป็นการลดTHONศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากการที่ทำให้ Alfie มีสมองเป็นแพะนั้น เป็นการทำให้เขามีสามัญสำนึกทั้งทางสมองและร่างกายเท่ากับสัตว์แทนที่จะเป็นมนุษย์ และ Bella ผู้ทดลองไม่ได้มองว่าผู้ถูกทดลองมีศักดิ์ศรีของมนุษย์แต่ถูกมองเป็นเพียงตัวอย่างการทดลอง

แม้ในสภาพนั่งอยู่ในห้องน้ำก็ตาม Alfie ที่มีสำนึกระเป็นแพะได้ออกไปสร้างความเดือดร้อนแก่สังคม ภายนอก แต่สิ่งที่สามารถคาดการณ์ได้คือหาก Alfie ออกไปใช้ชีวิตในสังคมภายนอกก็จะก่อให้เกิดความวุ่นวายแก่สังคม เนื่องด้วยเหตุผลที่ไม่ทราบว่าจะปฏิบัติกับเขายอย่างมนุษย์หรือสัตว์ ด้วยเหตุนี้ การทดลองดังกล่าว

<sup>38</sup> World Health Organization, 'Sexual Exploitation and Abuse: Prevent and Protect; What you need to know and do' (World Health Organization Ethics) <<https://www.who.int/docs/default-source/documents/ethics/sexual-exploitation-and-abuse-pamphlet-en.pdf>> accessed 23 May 2024.

อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนที่เป็นรูปธรรมในสังคม ทำให้ไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้ จึงไม่สอดคล้องกับหลัก Morality of Duty

ส่วนต่อมาคือ Morality of Aspiration ซึ่งเป็นจริยธรรมมาจากชนะของมนุษย์ที่พึงประณญาหรือเป็นสิ่งที่ต้องบ่าว่า ท้ายที่สุดแล้วมนุษย์ควรเป็นอย่างไร แต่เนื่องจากมีข้อจำกัดที่ว่า Fuller ไม่ได้ให้คำอธิบายว่า Morality of Aspiration แท้จริงแล้วคือสิ่งใด อย่างไรก็ได้ เขาไม่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่ามนุษย์จะไม่สามารถทราบได้ว่าอะไรเป็นสิ่งไม่ดี ถ้าไม่ทราบว่าอะไรคือสิ่งที่ดีที่สุดก่อน<sup>39</sup> โดย Fuller ได้ยกตัวอย่างเหตุการณ์เพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งของเขาว่า การที่มนุษย์เลือกใช้เครื่องมือ ว่าเครื่องมือใดที่สามารถใช้งานตอบโจทย์ได้อย่างสมบูรณ์แบบที่สุด โดยยกตัวอย่างเครื่องมือที่ถูกออกแบบมาให้ใช้อย่างอเนกประสงค์อย่างค้อนของช่างไม้ เนื่องจากค้อนของช่างไม้นั้นสามารถใช้งานได้กับงานหลากหลายรูปแบบ แม้จะไม่ทราบว่าค้อนของช่างไม้จะถูกใช้อย่างไรหรือกับอะไรได้ดีที่สุด แต่เราถือสามารถทราบได้ว่าค้อนของช่างไม้นั้นไม่สามารถใช้กับหมุด (หรือตะปู) ที่เล็กมากเกินไปได้

Fuller ได้ยกตัวอย่างสถานการณ์ คือถ้ามีคน wan ให้เราหยิบค้อนให้ แม้เราจะไม่ทราบโดยแน่ชัดว่าผู้wanนั้นต้องการนำค้อนไปใช้กับงานใด แต่ก็พอทราบได้ว่างานนั้นต้องใช้เครื่องมือที่มีคุณสมบัติคล้ายค้อน และสามารถทราบได้เองทันทีว่าเครื่องมือได้ไม่มีประโยชน์ต่องานนั้น กรณีดังกล่าว แม้ว่าบริเวณนั้นจะไม่มีค้อน เราอาจจะไม่หยิบเครื่องมือที่ทราบว่าไม่เป็นประโยชน์ต่องานนั้นให้ เช่น เขือกหรือไขขวาง เพราะฉะนั้นจากเหตุการณ์นี้ แม้ว่าเราไม่ทราบว่าผู้wanนำค้อนไปใช้กับงานใด เราถือสามารถทราบได้ว่าเครื่องมือใดบ้างที่ไร้ประโยชน์สำหรับงานนั้น เปรียบเทียบได้กับการที่สามารถทราบว่าอะไรเป็นสิ่งที่ไม่ดี โดยที่เราไม่จำเป็นต้องทราบว่าสิ่งที่ดีที่สุดคืออะไร<sup>40</sup>

อย่างไรก็ได้ Fuller ได้กล่าวไว้ว่า Morality of Aspiration นั้นสอดคล้องกับหลัก Marginal Utility<sup>41</sup> ซึ่งหมายถึง การบริหารทรัพยากรที่จำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด เทียบได้กับการที่มนุษย์ใช้ชีวิตของตนที่มีจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด

ในการวิเคราะห์ภาพนั้น จึงแยกการตีความ Morality of Aspiration ออกเป็นสองกรณี

กรณีแรก หากตีความว่าสิ่งที่มนุษย์พึงประณญาที่สุดคือการใช้ร่างกายของตนได้อย่างเต็มความสามารถโดยไม่ต้องพึ่งพาเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์หรือควบคุมร่างกายของตนได้อย่างที่ต้องการ เป็นการที่มนุษย์ได้ใช้ชีวิตของตนที่มีอย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด การทดลองวิทยาศาสตร์ในภาพนั้นอย่างการทดลองของบิดา Baxter ต่อ Baxter ในวัยเด็ก ซึ่งส่งผลให้ Baxter มีรูปลักษณ์ภายนอกและระบบอวัยวะภายในร่างกายผิดปกติและไม่สามารถใช้งานได้อย่างเต็มที่ จึงเป็นการจำกัดความสามารถของมนุษย์และไม่

<sup>39</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (n 1) 11-12.

<sup>40</sup> Ibid 12.

<sup>41</sup> Ibid 15-19.

สามารถทำให้มนุษย์ได้ใช้ชีวิตของตนที่มีอย่างจำกัด การทดลองที่เกิดขึ้นนี้จึงไม่สอดคล้องตามหลัก Morality of Aspiration

เช่นเดียวกับการทดลองที่สร้าง Bella ขึ้นมา จึงส่งผลให้ Bella มีพัฒนาระหว่างร่างกายและสมองไม่เท่ากันและนำมาสู่การที่ Bella ไม่สามารถควบคุมตนเองได้ในหลาย ๆ สถานการณ์ อย่างเช่น การใช้กำลัง การคิดที่จะทำกิจกรรมทางเพศในที่สาธารณะหากไม่มีคนห้ามไว้ หรือการมีเพศสัมพันธ์เมื่อเวลาที่ต้องการโดยไม่สนใจว่าอีกฝ่ายจะเป็นใคร เหตุการณ์เหล่านี้แสดงให้เห็นว่า Bella ไม่สามารถใช้ร่างกายของตนเองได้อย่างที่ต้องการ แสดงให้เห็นถึงการไม่สามารถใช้ชีวิตของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุดได้ ดังนั้น การทดลองในการสร้าง Bella ขึ้นมาจึงไม่สอดคล้องกับหลัก Morality of Aspiration

รวมถึงการทดลองของ Bella ที่ทำต่อ Alfie การทดลองนี้ทำให้ Alfie มีสำนึกกล้ายเป็นแพะ กล่าวคือ ไม่มีความเป็นมนุษย์เหลืออยู่ซึ่งเป็นเหตุให้ Alfie ไม่สามารถใช้ร่างกายของตนที่เป็นมนุษย์ให้เกิดประโยชน์สูงสุดได้ ฉะนั้น การทดลองที่ Bella ทำต่อ Alfie จึงไม่สอดคล้องกับหลัก Morality of Aspiration

กรณีที่สอง ในทางกลับกัน หากตีความว่าสิ่งที่มนุษย์พึงประณนาที่สุดคือความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ แม้ว่าจะใช้มนุษย์ในการทดลองก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่ามนุษย์นั้นไม่ได้บริหารทรัพยากรที่จำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด แต่เป็นการที่มนุษย์ยอมใช้ร่างกายของตนที่มีอยู่อย่างจำกัดกับการทดลองทางวิทยาศาสตร์เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อความเจริญก้าวหน้าที่อาจเกิดขึ้นได้ในสังคม เมื่อวิเคราะห์กับกรณีของ Baxter แม้ว่าการทดลองโดยบิดาของ Baxter ในวัยเด็กจะส่งผลให้ Baxter มีความผิดปกติทางด้านร่างกายแต่การทดลองของบิดาของ Baxter ก็ทำให้ทราบว่าอย่างใดจำเป็นต่อระบบอย่างอาหารของร่างกายมนุษย์ และจากภาพนั้นที่ปรากฏว่าความรู้ทางวิทยาศาสตร์ของบิดาของ Baxter นั้นมีคุณปการต่อสังคม ซึ่งเห็นได้จากมีการตั้งสถาบันสำหรับการเรียนการสอนเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ นอกจากนี้ การกระทำการของบิดาของ Baxter ยังมีอิทธิพลต่อ Baxter ในการสืบทอดความรู้ต่าง ๆ จากบิดา และทำให้ Baxter กลายเป็นอาจารย์แพทย์และนักวิทยาศาสตร์ที่มีชื่อเสียง ดังนั้น การทดลองทางวิทยาศาสตร์โดยใช้มนุษย์จึงเป็นการที่มนุษย์ใช้ประโยชน์จากการร่างกายของตนที่มีอย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด คือวิทยาการทางวิทยาศาสตร์ซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์พึงประณนา ด้วยเหตุนี้ การทดลองของบิดา Baxter ต่อ Baxter ในวัยเด็กจึงสอดคล้องกับหลัก Morality of Aspiration

ส่วนการทดลองในการสร้าง Bella ขึ้นมา นั้น เป็นการใช้ชีวิตมนุษย์ที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุดจากการที่ Baxter ใช้ร่างกายของหญิงที่เสียชีวิตแล้วกับสมองของเด็กทารก และผลของการทดลองดังกล่าวก็ทำให้เห็นว่าวิทยาศาสตร์สามารถพัฒนาการไปได้ถึงการเปลี่ยนสมองของมนุษย์และการซุบชีวิตมนุษย์ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ได้ในอนาคต นอกจากนี้ ตัว Bella เองยังได้รับอิทธิพลจาก Baxter ในการที่จะเป็นแพทย์ในอนาคต ดังนั้น ผลลัพธ์ของการทดลองจึงเป็นการแสดงให้เห็นว่ามนุษย์ได้ค้นพบความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์พึงประณนา ดังนั้น การทดลองในการสร้าง Bella จึงไม่ขัดแย้งกับหลัก Morality of Aspiration

ในการทดลองสุดท้ายคือการทดลองที่ Bella ทำต่อ Alfie แม้จะเกิดจากการแก้แค้น แต่ก็เป็นก้าวหนึ่งที่ทำให้ Bella ได้เรียนรู้ถึงการทดลองทางวิทยาศาสตร์ได้ด้วยตนเอง ซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เธอตัดสินใจที่จะเป็นศัลยแพทย์ ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า การทดลองนี้เป็นอีกก้าวหนึ่งของ Bella ที่ช่วยส่งเสริมให้ วิทยาศาสตร์ก้าวหน้าไปอีกขั้นหนึ่ง เพราะการเปลี่ยนสมองมนุษย์กับสัตว์นั้นอาจจะเป็นประโยชน์ต่อการทดลองอื่น ๆ ในอนาคตได้

ทั้งนี้ ยังมีข้อสังเกตว่า หากตีความถึงสิ่งที่มนุษย์พึงประธานาธิบดีคือการที่สังคมปราศจากมนุษย์ที่มีการกระทำที่ชั่วร้ายอย่าง Alfie ที่ชอบใช้ความรุนแรงกับภรรยาและผู้ตัวบังคับบัญชา การที่ Bella นำสมองแพะมาเปลี่ยนให้กับ Alfie ก็เป็นการช่วยลดอาชญากรในสังคมซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์พึงประธานาธิบดีอีกอย่างหนึ่ง การทดลองนี้จึงสามารถวินิจฉัยได้ว่าเป็นการทดลองที่สอดคล้องกับ Morality of Aspiration

### 3.2 ความ (ไม่) สอดคล้องของ Morality of Aspiration และ Morality of Duty

Fuller ไม่ได้กล่าวไว้ว่าอย่างชัดเจนว่า Morality of Aspiration และ Morality of Duty มีความสอดคล้องกันหรือไม่ เพียงใด แต่เขาริบายไว้ว่า Morality of Aspiration จะเริ่มต้นจากจุดที่สูงสุด และ Morality of Duty จะเริ่มจากจุดท้ายสุด โดยมี Invisible Pointer (จุดแป่งที่มองไม่เห็น) ขึ้นกลาง<sup>42</sup> จึงอนุมานได้ว่าเขามองว่าจริยธรรมทั้งสองประการนี้ต้องสอดคล้องและอยู่บนเส้นตรงเดียวกัน นอกจากนั้น เขายังอธิบายต่อไปว่า Morality of Aspiration คือจริยธรรมสูงสุดที่มุนุษย์พึงประถนา และ Morality of Duty คือจริยธรรมที่เพียงพอต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นกฎหมาย คือสิ่งนั้นต้องเป็นไปตาม Morality of Duty ไม่จำเป็นต้องบรรลุไปถึง Morality of Aspiration แต่อย่างใด<sup>43</sup>

โดย Fuller ยกตัวอย่างเรื่อง กฎหมายการห้ามฝ่ากันเพื่อพิจารณาถึงจริยธรรมทั้งสองประการ โดย Fuller กล่าวว่ามนุษย์ทุกคนต้องมีสติและรู้ว่าการฝ่ากันนั้นไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง โดยไม่จำเป็นต้องทราบเลยว่า จุดมุ่งหมายสูงสุดของมนุษย์คือสิ่งใด<sup>44</sup> การห้ามฝ่ากันจึงเป็นไปตาม Morality of Aspiration และการฝ่ากันนั้นย่อมก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม การห้ามฝ่ากันจึงเป็นจริยธรรมที่เพียงพอเพื่อจะรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงสอดคล้องกับ Morality of Duty ดังนั้น กฎหมายการห้ามฝ่ากันจึงเป็นกฎหมายตามทฤษฎีของ Fuller

เมื่อนำจริยธรรมสองประการนี้มาพิจารณาเรื่องการใช้มนุษย์ทดลองวิทยาศาสตร์ ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือกฎหมายอนุญาตให้ทดลองในมนุษย์นั้นสอดคล้องกับหลักดังกล่าวหรือไม่

พิจารณาได้ว่า การทดลองทั้งสามกรณี ไม่ว่าจะเป็นกรณีแรกการที่บิดาของ Baxter ทำให้ Baxter มีร่างกายที่ไม่สมบูรณ์ กรณีที่สองการที่ Baxter สร้าง Bella ขึ้นมา หรือกรณีที่สามการที่ Bella นำสมองแพะมา

<sup>42</sup> Ibid 10.

<sup>43</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (n 1) 27-28.

<sup>44</sup> Ibid 11.

ใส่สมองของ Alfie ล้วนทำให้สังคมเกิดความไม่สงบเรียบร้อย ดังนั้น กฎหมายที่อนุญาตให้ทดลองในมนุษย์จึงขัดต่อหลัก Morality of Duty ตามที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อ 3.1

อย่างไรก็ตาม คำอธิบายของ Fuller ในเรื่อง Morality of Aspiration ยังคงมีปัญหา เนื่องจากเขาระบุว่า Morality of Aspiration คือสิ่งที่ดีที่สุดที่มนุษย์ควรไปถึง แต่มนุษย์ไม่จำเป็นต้องทราบว่าสิ่งที่ดีที่สุดนั้นคืออะไร ทราบว่าสิ่งที่ดีคืออะไรก็เพียงพอ ซึ่งสิ่งที่ดีในความหมายของ Fuller หมายถึง Morality of Duty ส่วนสิ่งที่ดีที่สุด หมายถึง Morality of Aspiration กรณีจึงเป็นเรื่องยากในการใช้ทฤษฎีของ Fuller เรื่อง Morality of Aspiration มาวิเคราะห์กับภาพยนตร์

แต่เมื่อพิจารณาคำอธิบายของ Fuller โดยให้เปรียบเทียบ Morality of Aspiration กับหลัก Marginal Utility ทำให้การวิเคราะห์ Morality of Aspiration สามารถตีความได้เป็นสองกรณีตามที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อ 3.1

ในกรณีแรก เมื่อตีความว่าประโยชน์สูงสุดของการอนุญาตให้ทดลองในมนุษย์ คือ การที่มนุษย์ใช้ร่างกายของตนได้อย่างเต็มความสามารถ โดยไม่ต้องพึ่งพาเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ หรือควบคุมร่างกายของตนได้อย่างที่ต้องการ พิจารณาผ่านการทดลองทั้งสามกรณีแล้ว พบว่า การทดลองในมนุษย์นั้นไม่สอดคล้องกับหลัก Morality of Aspiration และ Morality of Duty การปฏิบัติตามกฎหมายห้ามทดลองในมนุษย์จึงสามารถนำไปสู่ Morality of Aspiration ได้ตามที่ Fuller อธิบาย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สอง เมื่อตีความว่า ประโยชน์สูงสุดของการอนุญาตให้ทดลองในมนุษย์ คือ ความเจริญก้าวหน้าอย่างสูงที่สุดของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และการลดจำนวนประชากรที่มีความคิดหรือการกระทำที่อันตราย เมื่อพิจารณาการทดลองทั้งสามล้วนตอบสนองประโยชน์สูงสุดนั้นทั้งสิ้น ดังนั้น การปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวโดยไม่ทดลองในมนุษย์ เป็นการกระทำที่สอดคล้องกับ Morality of Duty และไม่สามารถนำไปสู่ Morality of Aspiration ได้ กรณีดังกล่าวเป็นสถานการณ์หนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งกันของระหว่างหลัก Two Moralities ของ Fuller เพราะในกรณีนี้ Morality of Aspiration และ Morality of Duty ไม่ได้อยู่บนเส้นตรงเดียวกันดังที่ Fuller อธิบาย

### 3.3 ความไม่ชัดเจนระหว่างหลัก Consent และหลัก Two Moralities

เรื่อง Consent หรือความยินยอมปรากฏในงานเขียนของ Fuller โดยเข้าพูดถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในเวลานั้นเกี่ยวกับการทำให้ความสัมพันธ์ทางเพศของเพศเดียวกันผิดกฎหมาย เข้าบก่าวว่าการถูกเลี้ยงกันเกี่ยวกับปัญหาการออกกฎหมายศีลธรรม (Legislation Morals)<sup>45</sup> ในเรื่องความเหมาะสมของกฎหมายกับพฤติกรรมทางเพศในเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน โดย Fuller มองว่าทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยในการออกกฎหมายดังกล่าวกับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยต่างก็มีข้อโต้แย้งที่ไม่มีคำตอบที่ถูกต้อง เพราะสมมติฐานเบื้องต้นของทั้งสองฝ่ายขาดความชัดเจน อย่างไรก็ได้ Fuller มองว่าไม่มีความจำเป็นที่จะทำให้การมีเพศสัมพันธ์

<sup>45</sup> Ibid 132-133.

ระหว่างเพศเดียวกันเป็นอาชญากรรม เพราะเป็นการกระทำที่ยินยอมโดยผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่าย และเป็นเรื่องที่ทำกันโดยส่วนตัว จึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้ กลับกัน Fuller มองว่าการใช้กฎหมายนี้จะเป็นการแบล็คเมล (Blackmail) ซึ่งจะทำให้ตัวกฎหมายที่ออกแบบกับการปฏิบัติใช้กฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกัน ในประเด็นเรื่องนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเรื่องศีลธรรมที่เกี่ยวข้องเลย<sup>46</sup>

จากข้อความดังกล่าวจึงวิเคราะห์ได้ว่า Fuller มองว่าหากการกระทำนั้นเป็นการให้ Consent ระหว่างผู้ใหญ่สองคนก็เป็นสิ่งที่ทำได้ โดยไม่ต้องตั้งคำถามถึงเรื่องอื่น เมื่อพิจารณาแล้วอาจมองได้ว่า Fuller มองลำดับของเรื่อง Consent ไว้สูงกว่า Two Moralities หรือไม่ เพราะไม่ได้มีการพิจารณาถึงความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือสิ่งที่มนุษย์พึงประสงค์ ทำให้เข้าใจได้ว่า Consent เป็นกุญแจที่ปลดล็อกข้อจำกัดของหลัก Two Moralities กล่าวคือ หากมี Consent ระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้องแล้ว แม้การกระทำนั้นจะขัดต่อกลั่ก Morality of Duty หรือ Morality of Aspiration ก็เป็นสิ่งที่สามารถทำได้โดยปราศจากคำวิจารณ์และข้อกังขาได้

ภายในภาพยนตร์ปราภูการทดลองในการสร้าง Bella และการนำสมองแพะมาสักกับสมองของ Alfie การทดลองแรกนั้นเป็นการนำเอาสมองของเด็กทารกซึ่งไม่สามารถให้ Consent ในการทดลองได้มาผ่าตัดใส่กับศีรษะของ Bella ที่ ณ ตอนนั้นไม่มีชีวิต เมื่อ Bella ไม่อยู่ในสถานะบุคคลจึงเป็นไปไม่ได้ที่ Bella จะสามารถให้ Consent กับ Baxter ในการทำการทดลองได้ ดังนั้น เมื่อไม่มี Consent เกิดขึ้น การทำการทดลองดังกล่าวจึงไม่มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการทดลองนี้เข้าข่ายกเว้นในเรื่อง Consent ตามทฤษฎีของ Fuller หรือไม่ เช่นเดียวกับการทดลองนำเอาสมองแพะมาใส่ในศีรษะของ Alfie ขณะที่ทำการผ่าตัดดังกล่าว Alfie หมดสติอยู่ จึงไม่อยู่ในสถานะที่จะสามารถให้ Consent ได้ ดังนั้น การทดลองนี้จึงเป็นการทดลองที่ไม่สอดคล้องกับหลัก Consent ของ Fuller

นอกจากนี้ ในภาพยนตร์ปราภูการทดลองแรกที่บิดาของ Baxter ทดลองต่อ Baxter ในวัยเด็กที่แม้ว่าภาพยนตร์ไม่ได้แสดงให้เห็นชัดว่าการทดลองเหล่านั้นเกิดขึ้นอย่างไร มีเพียงแค่กล่าวถึงว่า Baxter ในวัยเด็กถูกบิดาของตนทดลองเท่านั้น ดังนั้น กรณีนี้อนุมานได้สองกรณี คือ กรณีที่ Baxter ไม่ได้ให้ Consent ต่อบิดากับกรณีที่ Baxter ให้ Consent ต่อบิดา ในกรณีแรกเห็นได้ชัดว่าเมื่อ Baxter ไม่ได้ให้ Consent แล้ว ก็เป็นกรณีที่การทำการทดลองนั้นไม่ได้รับ Consent จากทั้งสองฝ่าย ดังนั้น การที่ Baxter ไม่ได้ให้ Consent ต่อบิดานั้น จึงไม่เข้าข่ายกเว้นในเรื่องของหลัก Consent อย่างไรก็ได้ แม้กรณีที่สองจะอนุมานได้ว่าเป็นกรณีที่ Baxter ให้ความยินยอมกับบิดาของตน แต่ก็ยังมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยคือการให้ Consent นั้นเป็นการให้ความยินยอมตามความเข้าใจของ Fuller หรือไม่ เนื่องจาก Fuller ได้กล่าวถึงประเด็นในเรื่องความยินยอมไว้ว่าเป็นการกระทำระหว่างผู้ใหญ่สองฝ่าย ดังนั้น Baxter ในวัยเด็กจึงไม่ได้มีสถานะที่จะสามารถให้ Consent ได้ในความหมายของ Fuller รวมถึงประเด็นในเรื่องอำนาจการต่อรองระหว่างความสัมพันธ์บิดาและบุตร

<sup>46</sup> Ibid.

(Power Dynamics)<sup>47</sup> กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างสองฝ่าย ซึ่งอำนาจดังกล่าวจะถูกนำมาใช้กับฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่า ดังนั้น สถานะบิดาและบุตรจึงเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน เพราะโดยปกติแล้วบิดาจะมีอำนาจในการควบคุมบุตร ให้บุตรทำตามสิ่งที่ตนมองว่าดี บางครั้งเป็นการสั่งสอนเลี้ยงดูบุตรตามปกติ แต่บางครั้งก็อาจเกิดผลในแผลที่ทำให้บิดาบังคับบุตรในสิ่งที่ตนต้องการซึ่งนำไปสู่การทารุณกรรมเด็กดังที่เกิดขึ้นกับ Baxter ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าเหตุการณ์ที่จะเข้าข่ายกเว้นในเรื่อง Consent ตามความคิดของ Fuller จึงต้องเป็น Consent ที่เกิดจากการให้ Consent ของผู้ที่บรรลุนิติภาวะทุกฝ่าย จึงไม่เข้าข่ายกเว้นในเรื่องหลัก Consent ของ Fuller

พิจารณาต่อไปว่า หากขณะที่ Baxter ให้ความยินยอมกับบิดาของเขาระดับล่างนี้ Baxter รับรู้ทุกอย่างชัดเจน มีความคิดการตัดสินใจที่มีมุณิคิวะแล้ว การที่เข้าให้ Consent ไปเช่นว่านี้ จะขัดหรือแย้งอะไร์กับสามัญสำนึกตามหลัก Two Moralities หรือไม่ เพราะหากพิจารณา Morality of Aspiration ซึ่งเป็นจริยธรรมที่สมบูรณ์แบบ กล่าวคือ เป็นจริยธรรมที่มนุษย์บรรลุนิติภาวะที่จะไปถึงในแรงนี้คือการใช้ประโยชน์จากการร่างกายของตนได้อย่างสูงสุดเต็มประสิทธิภาพ แต่การที่คน ๆ หนึ่งต้องสูญเสียความสามารถในการย่อยอาหาร มิได้สอดคล้องกับ Morality of Aspiration อย่างไรก็ตาม ในเมื่อการกระทำนี้ได้รับ Consent แล้ว จะถือได้ว่าการกระทำนี้ชอบแล้วตามหลัก Consent ที่ Fuller อธิบายหรือไม่

อย่างไรก็ตี มีข้อสังเกตในเรื่องข้อจำกัดของ Consent ของ Fuller ว่า ทฤษฎีหลัก Consent ของ Fuller ไม่ได้พิจารณาไปถึงกรณีการให้ Consent จากการถูกชักจูง (Grooming)<sup>48</sup> ข่มขู่ หรือใช้สถานะความสัมพันธ์ในการกดดันจนทำให้อีกฝ่ายยอมตกลงให้กระทำการบางอย่าง (Dubious Consent)<sup>49</sup> การให้ความยินยอมเช่นนี้ แม้จะเป็นการให้ Consent จากผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่ายแต่ก็ไม่ได้หมายความว่า Consent มาจากความยินยอมโดยแท้จริง จึงมีข้อพิจารณาว่า Consent ที่เกิดขึ้นนั้นเป็น Consent โดยแท้จริง ปราศจากเหตุแทรกแซงใด ๆ ซึ่งเป็นสิ่งที่ Fuller ไม่ได้กล่าวไว้ในเรื่องของ Consent นอกจากนี้ แม้ทั้งสองฝ่ายจะเป็นผู้ใหญ่ทั้งคู่ แต่ก็อาจจะเกิดกรณีที่ทั้งสองฝ่ายมีอำนาจการต่อรองในความสัมพันธ์ที่ไม่เท่ากัน โดยในกรณีนี้ อาจเป็นฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจมากกว่ากดดันให้ฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่ากระทำการใด ๆ ตามที่ตนต้องการ เมื่อเปรียบเทียบและวิเคราะห์กับการทดลองในมนุษย์ จึงอาจเกิดกรณีผู้ที่มีสถานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่ามีอำนาจให้ตนเองถูกทดลองเพื่อแลกกับสิ่งตอบแทนหรือประโยชน์อื่นจากอีกฝ่าย ถ้าเป็น

<sup>47</sup> Michelle Chesson, ‘Power dynamics in the Family: Are They Natural?’ (Medium, 13 June 2023) <https://medium.com/@michelledaceynewman/power-dynamics-in-the-family-are-they-natural-e3899c2a41fb> accessed 23 May 2024.

<sup>48</sup> Kayla Tricaso, ‘Understanding Grooming in Adult Relationships’ (Modern Intimacy, 28 January 2021) <https://www.modernintimacy.com/understanding-grooming-in-adult-relationships/> accessed 24 May 2024.

<sup>49</sup> Robin West, ‘ON RAPE, COERCION AND CONSENT’ (Jurisprudence JOTWELL, 15 March 2016) <https://juris.jotwell.com/on-rape-coercion-and-consent/> accessed 24 May 2024.

เช่นนี้ แม้ Fuller จะไม่ได้กล่าวถึงข้อจำกัดเหล่านี้ไว้ แต่เมื่อพิจารณาแล้วจึงน่าจะสรุปได้ว่าการทดลองที่ได้รับ Consent เช่นนี้ก็จะไม่สามารถใช้ Consent นั้นเป็นข้อยกเว้นในเรื่องหลัก Two Moralities ได้

อีกประการหนึ่ง ยังมีข้อจำกัดในเรื่องของกรณีที่ร่างกฎหมายกับพัฒนาการไม่สอดคล้องกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ในมนุษย์ เช่น ออทิสติกスペกตรัมหรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางระบบประสาท (Neurodiversity) แม้ภายในภาพนิทรรศ์ไม่มีการกล่าวถึงเรื่องนี้ที่เกี่ยวกับการทดลอง แต่ภาพนิทรรศ์ก็ได้แสดงให้เห็นว่า Bella ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับผู้ชายหลายคนในเรื่อง ในขณะที่เห็นได้ชัดว่าพัฒนาการของเธอนั้นยังเป็นเด็กอยู่ แม้ว่าภาพนิทรรศ์จะไม่ได้บอกโดยตรงว่า Bella ถูกอกถ่ายโอกาส แต่ผู้ชมก็สามารถเข้าใจได้ว่า การให้ความยินยอมของเธอไม่เป็นความยินยอมโดยแท้จริง เนื่องจาก Bella ถูกใช้ประโยชน์จากความไว้เดียงสาและความไม่เข้าใจในการกระทำการ อย่างที่เกิดขึ้นของเธอ ดังนั้น จึงสามารถวิเคราะห์ได้ว่า หากมีการทดลองในมนุษย์โดยผู้ทดลองเป็นผู้ที่มีพัฒนาการไม่สอดคล้องกับร่างกาย เช่น พัฒนาการช้ากว่าปกติ หรือมีพัฒนาการบางเรื่องเท่าเด็ก แม้ร่างกายจะเป็นผู้ใหญ่ Consent นั้นก็ไม่สามารถรับฟังเป็นข้อยกเว้นของหลัก Two Moralities ได้ รวมถึงยังแสดงให้เห็นว่า Consent ที่ Fuller กล่าวถึงนั้นไม่สอดคล้องกับหลัก Two Moralities และไม่ครอบคลุมปัญหาเรื่อง Consent ที่มีความตระหนักรู้มากขึ้นในสังคมปัจจุบัน

ท้ายที่สุด แม้ผู้ถูกทดลองได้ให้ Consent โดยแท้จริงที่ปราศจากการซักจุ่ง ข่มขู่ หรือออำนาจในการต่อรองที่ไม่เท่ากัน แต่ Consent ดังกล่าวนั้นจะทำให้การทดลองในมนุษย์สามารถทำได้ เพราะในเมื่อมีการให้ Consent แล้ว ก็จะไม่จำเป็นต้องต้องพิจารณาหลัก Two Moralities อีก ถ้าเป็นเช่นนี้ หลัก Two Moralities ของ Fuller ก็จะกลายเป็นหลักที่ไม่สามารถใช้อธิบายการกระทำการต่าง ๆ ได้ ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันเองในเรื่องหลักได้มีความสำคัญมากกว่ากันระหว่าง Consent และ Two Moralities

### 3.4 ปัญหาของการสร้างสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์ของมนุษย์ผ่านหลัก Consent และ Collaboration

Fuller อธิบายว่ากฎหมายเป็นวิธีการสร้างสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์ของมนุษย์ที่ขัดแย้งกัน<sup>50</sup> ซึ่งแสดงออกผ่านกระบวนการอุตสาหกรรม โดยให้ความสำคัญกับ Consent และ Collaboration ระหว่างรัฐและประชาชน ซึ่งทำได้ผ่านการเจรจา<sup>51</sup> ในบริบทของภาพนิทรรศ์นี้จึงต้องหาสมดุลระหว่าง วัตถุประสงค์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในทั้งสามการทดลองนั้น ประกอบด้วย ตัวผู้ทำการทดลอง, ตัวผู้ถูกทดลอง, ญาติของผู้ถูกทดลอง (ถ้ามี) และ ประชาชนในสังคมโดยรวม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการหาสมดุลระหว่างผู้ออกกฎหมายและผู้ถูกกฎหมายบังคับ

การพิจารณาวัตถุประสงค์ของผู้ทดลอง ในการทดลองแรก ระหว่างบิดาของ Baxter ต่อ Baxter และการทดลองที่สอง ที่ Baxter ได้สร้าง Bella ขึ้นมาโดยการผ่าสมองของเด็กทารกมาใส่ในตัวเธอ พิจารณาได้ว่า

<sup>50</sup> Edwin W. Tucker, 'The Morality of Law, by Lon L. Fuller' (n 34) 276.

<sup>51</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (n 1) 219-220.

วัตถุประสงค์ของผู้ทดลองทั้งสองกรณี คือ การบรรลุถึงผลสำเร็จในงานวิชาการของตน เพื่อความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี แต่ในการทดลองที่สามที่ Bella ผู้ตัดนำสมองแพะมาใส่สมองของ Alfie วัตถุประสงค์ของผู้ทดลองนั้นเป็นเพียงการแก้แค้น ทำให้เกิดปัญหาว่าการแก้แค้นควรเป็นวัตถุประสงค์ที่ต้องนำมาพิจารณาด้วยหรือไม่ ซึ่งคำอธิบายของ Fuller ไม่ได้กล่าวชัดว่าวัตถุประสงค์ที่ดูจะขัดศีลธรรมเช่นนี้ ต้องนำมาพิจารณาในการหาสมดุลด้วยหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หากนำวัตถุประสงค์ที่ขัดศีลธรรมอย่างชัดแจ้งนี้มาพิจารณาในการหาสมดุลด้วย กฎหมายที่ออกแบบโดยนำสิ่งดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการออกกฎหมายอาจไม่เป็นกฎหมายที่ดีตามที่ Fuller ต้องการจะอธิบาย

ส่วนการพิจารณาวัตถุประสงค์ของผู้ทดลอง ในการทดลองที่สองในการสร้าง Bella ขึ้นมาโดยผู้ตัดสมองทารกมาใส่สมองของเรอ ผู้ถูกทดลองไม่สามารถพิจารณาวัตถุประสงค์ได้ เนื่องจากร่างของหลูงขณะถูกผ่าตัดไม่ได้มีสภาพบุคคลแล้ว ส่วนทารกที่ถูกผ่าสมองนั้น ก็ไม่อาจทราบถึงวัตถุประสงค์ได้เช่นกัน เกิดปัญหาว่าต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของบุคคลดังกล่าวหรือไม่ หากต้องพิจารณาจะหาวัตถุประสงค์นั้นอย่างไร หรือหากจะไม่พิจารณาเท่ากับว่าตัววัตถุประสงค์ของผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงที่สุด ทำให้การหาสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์ของทุกฝ่ายที่ขัดแย้งกันอาจไม่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพตามที่ Fuller ต้องการ

นอกจากนั้น คำอธิบายของ Fuller ไม่ได้ระบุว่าการจะพิจารณาวัตถุประสงค์ของผู้ที่เกี่ยวข้องนั้น ต้องพิจารณาในระยะเวลาใด ทำให้เกิดปัญหาเมื่อวัตถุประสงค์ของผู้เกี่ยวข้องนั้นเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากในการทดลองแรกระหว่างบิดาของ Baxter ต่อ Baxter ถึงแม้จะพิจารณาได้ว่า Baxter ผู้ถูกทดลองจะมีวัตถุประสงค์คือการมีร่างกายครบสมบูรณ์ดังเช่นมนุษย์โดยทั่วไป แต่เพราการทดลองทั้งหมดที่บิดาของเขาระบุทำนั้นทำให้เขาเดิมโตมาเป็นศัลยแพทย์ที่อั้งที่มีลักษณะรูปแบบที่หลากหลาย แต่ต่อมาตัว Baxter ก็กลับใช้มนุษย์ทดลองเสียเอง หนึ่งในนั้นคือการสร้าง Bella ขึ้นมา ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ หากพิจารณาในระยะเวลาที่ถูกทดลอง วัตถุประสงค์ของ Baxter ที่จะนำมาซึ่งน้ำหนักเพื่อหาสมดุลนั้น คือ การไม่เห็นด้วยกับการใช้มนุษย์ทดลอง เพราะเขาต้องการมีร่างกายที่ครบสมบูรณ์ แต่หากพิจารณาตัว Baxter ในอนาคตก็จะพบว่าวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของเขากลายเป็นเห็นด้วยกับการใช้มนุษย์ทดลอง กรณีดังกล่าวเนี้อ่าจะทำให้กฎหมายที่ออกแบบมาได้สอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริงของ Fuller เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่เปลี่ยนแปลงไปของ Baxter ในภายหลังนี้ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ที่นำมาพิจารณาในตอนต้น

ดังนั้น การทดลองกันเพื่อหาจุดสมดุลของวัตถุประสงค์ซึ่งเป็นผลสุดท้ายที่จะนำไปสู่นิยามของกฎหมายของ Fuller ยังคงมีปัญหาอยู่มากเมื่อนำมารับกับการใช้มนุษย์ทดลองทั้งสามกรณี ทำให้การแสดงออกวัตถุประสงค์ดังกล่าวผ่านกระบวนการออกกฎหมายไม่สามารถทำได้

### 3.5 ปัญหาของ Internal Morality แปดประการ และหลัก Collaboration

หลัก Internal Morality แปดประการ เป็นหลักที่ออกแบบมาเพื่อให้ผู้ออกกฎหมายและผู้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายอยู่ร่วมกันได้ตามหลัก Collaboration กล่าวคือ กฎหมายนั้นใช่ว่าจะออกแบบมาบังคับใช้อย่างไรก็ได้ แต่

ต้องผ่านหลัก Internal Morality แปดประการ และเมื่อพิจารณาจะพบว่าการที่ผู้ออกกฎหมายจะออกกฎหมายมาโดยผ่านหลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นก็ต้องอาศัยการร่วมมือกันจากทั้งฝ่ายผู้ออกกฎหมายและผู้อยู่ใต้การบังคับของกฎหมาย นิใช่ว่ากฎหมายเป็นอำนาจฝ่ายเดียว (Law as a One-way Projection of Authority)<sup>52</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตัวอย่างจากกฎหมายต์ที่มีได้มีกฎหมายห้ามการทดลองในมนุษย์ตามทฤษฎีของ Fuller จึงตีความได้ว่าในบริบทสังคมดังกล่าว การทดลองในมนุษย์นั้นเป็นไปตามหลัก Internal Morality แปดประการแล้ว การกระทำดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย ตามทฤษฎีของ Fuller

อย่างไรก็ตาม การนำหลัก Collaboration มาผูกกับความเป็นกฎหมายยังคงมีปัญหา เนื่องจาก Fuller ไม่ได้อธิบายว่าการไม่ปฏิเสธหรือไม่เห็นด้วย (การนิ่งเฉย) จะถือเป็นการยอมรับเพื่อนำไปสู่หลัก Collaboration ได้หรือไม่ ตัวอย่างในกฎหมายต์ นักเรียนในสถาบันของ Baxter ที่ทราบถึงการทดลองของ Baxter แม้ไม่ประท้วงท่าทีต่อต้านใด ๆ แต่ก็ไม่สามารถสรุปได้ว่าพวกเขารู้ด้วยกับการใช้มนุษย์ทดลอง เนื่องจากการแสดงออกดังกล่าววนอยู่ต่อหน้า Baxter ที่เป็นอาจารย์ซึ่งมีอำนาจต่อรองมากกว่า เปรียบเทียบได้กับอำนาจต่อรองของผู้ออกกฎหมายที่มีมากกว่าผู้ถูกกฎหมายบังคับ แสดงให้เห็นว่า แม้การใช้มนุษย์ทดลอง ดังกล่าวจะจะสอดคล้องกับหลัก Internal Morality ตามคำอธิบายของ Fuller แล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถแสดงให้เห็นถึง Collaboration ที่แท้จริงได้

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาจากตัวละครอื่น ๆ ในกฎหมายต์จะพบว่าการทดลองในมนุษย์ยังมีได้ถูกยอมรับในสังคม มีอิทธิพลตัวละครที่ปรากฏถึงความสนใจวิทยาการของ Baxter เช่น นักเรียนคนอื่นที่มหาวิทยาลัย หรือคนทั่วไปในสังคม ที่มองว่าการกระทำของครอบครัว Baxter เป็นการกระทำที่ประหลาด เพราะแม้จะมีสถาบันหรือสถานะทางวิชาการของ Baxter อยู่ แต่ตัวละครอื่นก็ยังมีการตั้งคำถาม รวมถึงล้อเลียน Baxter ลับหลัง เนื่องจากการกระทำของเขาร้ายทั้งตัว Baxter เองก็ไม่กล้าเปิดเผยใบหน้าในที่สาธารณะเหตุเพราะรอยแผลผ่าตัดที่เต็มตัวของเขาร้าย ดังนั้น หากตั้งข้อเท็จจริงว่ามีกฎหมายดังกล่าว ก็คงถือไม่ได้ว่ากฎหมายนี้ได้รับความร่วมมือจากคนในสังคมอย่างแท้จริง เนื่องจากการทดลองวิทยาศาสตร์ในมนุษย์ เป็นสิ่งที่ตัวละครส่วนใหญ่ในกฎหมายต์มองว่าแปลกและไม่ใช่สิ่งที่ควรทำ ตัวอย่างดังกล่าวเป็นสถานการณ์หนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าถึงแม้การทดลองในมนุษย์จะชอบด้วยกฎหมายตามหลัก Internal Morality แปดประการแล้ว ประชาชนในสังคมก็ยังคงมีได้ยอมรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งมีได้สะท้อนให้เห็นถึงหลัก Collaboration คำอธิบายของ Fuller จึงขัดหลักกฎหมายธรรมชาติที่มองกฎหมายที่เป็นควบคู่ไปกับกฎหมายที่ควรเป็น

## บทสรุป

กล่าวโดยสรุป บทความเรื่อง The Morality of Law ของ Fuller มุ่งอธิบายกฎหมายผ่านทฤษฎีสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีความสัมพันธ์เชิงจำเป็นระหว่างกฎหมายและศีลธรรม โดยมุ่งเน้นไปที่การสร้าง

<sup>52</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (n 1) 192.

สมดุลระหว่างวัตถุประสงค์ของมนุษย์ทุกคนให้คงอยู่ในกฎหมาย โดยมีจริยธรรมของกฎหมายเป็นหลักพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่

อย่างไรก็ตาม เมื่อใช้หลักจริยธรรมของกฎหมายอธิบายการทดลองวิทยาศาสตร์ในภาพนั้นเรื่อง Poor Things ทั้งสามกรณีนั้น พบว่าทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ Fuller ยังมีข้อจำกัดบางประการ เนื่องจาก จุดแบ่งที่ไม่ชัดเจนของหลัก Two Moralities ทำให้ไม่สามารถอธิบายได้ว่าขอบเขตของจริยธรรมที่พึงมีในกฎหมายนั้น มีเพียงใด อีกทั้งคำอธิบายที่ไม่ชัดเจนของหลัก Morality of Aspiration ส่งผลให้เกิดการตีความที่ หลากหลายนำไปสู่ความขัดแย้งกันของ Morality of Aspiration และ Morality of Duty ซึ่งตามความ เป็นจริงควรจะสอดคล้องกัน ประกอบกับคำอธิบายที่ไม่ชัดเจนของหลัก Consent ว่าสมควรอยู่เหนือหลัก Two Moralities หรือไม่ นอกจากนั้น การอธิบายความเหมาะสมของกฎหมายผ่านหลัก Internal Morality แปดประการประกอบกับหลัก Collaboration พบว่าแม้การอนุญาตให้ทดลองในมนุษย์จะเป็นกฎหมายตาม หลักดังกล่าวแล้ว แต่ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดประชาชนในสังคมจึงไม่เห็นด้วยกับกฎหมายนั้น หากมองใน ภาพบริบทสังคมปัจจุบัน ในสหรัฐอเมริกา มีการทดลองฝังชิปในสมองมนุษย์ของ Elon Musk ซึ่งเป็นการ ทดลองที่ได้รับอนุญาตจาก Food and Drug Administration ของสหรัฐอเมริกา แต่การทดลองนี้ได้รับการ วิจารณ์อย่างมากจากผู้แทนสภากองสหรัฐอเมริกาและประชาชนทั่วไป<sup>53</sup> จะเห็นได้ว่าการอธิบายการทดลอง วิทยาศาสตร์บางอย่างขอบด้วยกฎหมายตามทฤษฎีของ Fuller แต่ในสายตาของประชาชนในสังคมนั้นยังคงไม่ ยอมรับหรือตั้งคำถามกับการทดลองดังกล่าว呢 แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของหลักจริยธรรมของกฎหมายของ Fuller ที่ไม่สามารถปรับใช้ได้ในทุกบริบทสังคม

<sup>53</sup> Diksha Madhock, 'Elon Musk says his Neuralink startup has implanted a chip in its first human brain' (CNN, 30 January 2024) <<https://edition.cnn.com/2024/01/30/business/elon-musk-brain-implant-neuralink-intl-hnk/index.html#:~:text=Elon%20Musk%20says%20his%20Neuralink,in%20its%20first%20human%20brain&text=The%20first>> accessed 13 July 2024.

บทวิเคราะห์เชิงนิติป्रัชญาต่อสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย  
(The Right to Assisted Suicide) ผ่านคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
The Right to Assisted Suicide: A Jurisprudential Analysis on the Rulings of  
The European Court of Human Rights

ชัญญา ฉัตรพรจรัส

Chanya Chatpornjarat

ชาคริต ทากอง

Chakrit Tatong

ปภัสสินทร์ ธนาทปิยะศาสตร์

Papasarin Thanatpiyasart

พิมพ์มาดา แก้วกสิ

Pimmada Kaewkasi

รัชชานนท์ สุวรรณแสน

Ratchanon Suwannasaen

สมิตา หนูปลื้ม

Samita Noopluem

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B Candidates

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

Corresponding author E-mail: 6440294834@student.chula.ac.th

(Received: June 18, 2024; Revised: October 31, 2024; Accepted: October 31, 2024)

## บทคัดย่อ

“สิทธิที่จะมีชีวิต (Right to Life)” เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับไว้ในข้อ 2 แห่งอนุสัญญาตุรพ่วงด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีเจตนาว่าสิทธิในชีวิตของบุคคลจะต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย และรัฐสามารถอนุสัญญา ต่างมีหน้าที่ในการป้องกันมิให้บุคคลได้ถูกพำนักชีวิตโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ประเด็นที่น่าสนใจประกายขึ้นในคดีจำนวนหนึ่งซึ่งถูกเสนอต่อศาลยุโรปว่าด้วยการเรียกร้องสิทธิในการฆ่าตัวตายโดยได้รับการช่วยเหลือ (Assisted Suicide) โดยคดีเหล่านี้อ้างอิงข้อ 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วย

สิทธิในการที่จะได้รับความเคารพในชีวิตส่วนตัว หรือกล่าวคือเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะมีอัตตาณติส่วนตนในการตัดสินใจเกี่ยวกับการเลือกจบชีวิตของตนเอง โดยรัฐมีหน้าที่งดเว้นไม่เข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าว

จากแนวคิดพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป พบว่าเดิมศาลฯ มักจะให้น้ำหนักไปที่พันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของประชาชนตามข้อ 2 แต่ต่อมาศาลมีวาระที่ตัดสินใจเปลี่ยนไปว่าในกรณีการฆ่าตัวตายโดยได้รับการช่วยเหลืออยู่ในขอบข่ายของสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคล ซึ่งพึงได้รับการคุ้มครองตามข้อ 8 เช่นกัน

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดของศาลสิทธิมนุษยชนในการวางแผนบริหารด้านในคดีเรียกร้องสิทธิในการฆ่าตัวตายโดยได้รับการช่วยเหลือ ผ่านมุมมองทางนิติปรัชญา เนื่องจากโดยลักษณะคดีเป็นคดีที่มีความคลุมเครือในการปรับใช้บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในอนุสัญญาฯ โดยคณะกรรมการผู้เขียนได้หยิบยกแนวคิดทางนิติปรัชญาที่เป็นขั้นตอนข้ามกัน ได้แก่ แนวคิด Rule of Recognition ของ H.L.A Hart กับแนวคิด Rights Thesis ของ Ronald Dworkin ซึ่งนักนิติปรัชญาทั้งสองมีแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของศาลในการตัดสินคดีที่ซึ่งมีลักษณะยุ่งยาก หรือคดีที่บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ครอบคลุม (Hard Cases) ที่แตกต่างกัน โดยแนวคิดของฮาร์ทให้ความสำคัญกับการใช้อำนาจดุลยพินิจโดยศาลเพื่อวางแผนกฎหมายใหม่นำมาปรับใช้แก่คดี ในขณะที่ดอว์คินเสนอว่าศาลมีหน้าที่ตัดสินคดียุ่งยากโดยอาศัยการปรับใช้หลักการซึ่งอยู่เบื้องหลังบทบัญญัติทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิซึ่งปัจเจกชนมีโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ ทั้งนี้ แนวคิดทั้งสองสามารถนำมาใช้อ้างอิงเพื่อสนับสนุนการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของศาลฯ ได้เช่นเดียวกันแม้จะมีการให้เหตุผลที่แตกต่างกัน คุณลักษณะของทฤษฎีทางนิติปรัชญาซึ่งอาจถูกนำไปปรับใช้เพื่อยืนยันความถูกต้องของขอบเขตของกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่พึงจะถูกจึงเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในการตัดสินใจคดีซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อน และคำพิพากษาตัดสินของศาลส่งผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนโดยตรง

**คำสำคัญ:** นิติปรัชญา, สิทธิในการฆ่าตัวตายโดยได้รับการช่วยเหลือ, สิทธิที่จะมีชีวิต, สิทธิในชีวิตส่วนตัว, ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

## Abstract

The European Convention on Human Rights acknowledges, *The Right to Life* by articulating in Article 2 of the Convention that the lives of individuals be protected by law, member states have the duty to ensure that no person be deprived of their life by unlawful means.

Inquisitively, a number of individuals have asserted claims against the state before the European Court of Human Rights regarding the '*Right to Assisted Suicide*' on grounds of the

*Right to respect for private life* under Article 8 of the same convention, which restricts state interference in regard to the individual's liberty and personal autonomy.

Interestingly, the rulings of the ECtHR had progressively shifted from declaring them inadmissible with regards to the state's duty under Article 2, to recognizing that claims of such a right could fall in the scope of Article 8. This paradigm shift in the Court's reasoning has raised concerns, primarily about the conflicting interests between the state's duty to protect life and the individual's personal autonomy, and subsequently on the role of the judiciary in the establishment of new legal norms through the adjudication process; the acclaimed '*Right to Assisted Suicide*'.

This paper intends to provide an analysis on how the ECtHR's altered stance on its rulings could be understood through a jurisprudential point of view, involving two contrasting concepts in jurisprudence: H.L.A Hart's *Rule of Recognition*, and Ronald Dworkin's *Rights Thesis*., despite their difference in methodologies, an Despite their contrasting nature, both theories can provide an explanation of how the judicial decision-making process functions in a legal *penumbra*, which , be used to justify thereby grounding jurisprudential action for legal decisions in difficult cases such as the same rulings of ECtHR's. This phenomenon of contradicting theories leading to the same outcome must be highlighted on the asserted '*Right to Assisted Suicide*' Therefore, the probability of deviating outcomes resulting from the implementation of legal theories must be highly considered and understood, especially in the field of jurisprudence where outcomes of judicial decisions have direct impact on individual rights.

**Keywords:** Jurisprudence, Right to Assisted Suicide, Right to Life, Right to Private Life, European Court of Human Rights

## 1. บทนำ

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights : ECtHR)<sup>1</sup> ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1959 ตามมาศัยข้อ 19 แห่งอนุสัญญาคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพลเมืองยุโรป (European Convention on Human Rights : ECHR)<sup>2</sup> มีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการกระทำการของรัฐ

<sup>1</sup> ต่อไปในบทความนี้ใช้คำว่า 'ศาล' 'ศาลสิทธิมนุษยชน' หรือ 'ECtHR'

<sup>2</sup> ต่อไปในบทความนี้ใช้คำว่า 'อนุสัญญา'

สมาชิกเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามที่อนุสัญญาฯ กำหนด<sup>3</sup> บนพื้นฐานของหลักความเป็นองค์กรลำดับรอง (The Principle of Subsidiarity)<sup>4</sup> ซึ่งเป็นขอบเขตในแต่ละกระบวนการใช้อำนาจของสภាឦโรป (European Council) โดยรัฐสมาชิกยังคงมีพื้นที่แห่งดุลพินิจในการใช้อำนาจจัดการกิจการภายในรัฐตนโดยอิสระและถูกแทรกแซงโดยสภារอย่างสุด อนึ่ง การตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสมาชิกบนหลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (Margin of Appreciation) ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาฯ อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในกรณีที่รัฐสมาชิกมิได้กระทำการเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามอนุสัญญาฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

สำหรับกฎหมายตามอนุสัญญาคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพลเมืองยุโรป ที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่คดีผู้เขียนจะทำการศึกษา มีทั้งหมด 2 ข้อบท ได้แก่

**ข้อบทแรก** ได้แก่ ข้อ 2 วรรคแรก<sup>5</sup> ซึ่งกำหนดว่าสิทธิในการมีชีวิตจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย และไม่มีผู้ใดสามารถพรางชีวิตผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ (“Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.”)

**ข้อบทที่สอง** ได้แก่ ข้อ 8 วรรคแรก<sup>6</sup> ซึ่งกำหนดว่าทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพต่อชีวิตส่วนตัว และครอบครัว (“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.”)

ตามอนุสัญญาฯ โดยหลักแล้วรัฐมีหน้าที่ตามพันธกรณีที่จะต้องดูแลการกระทำการบางอย่าง (Negative Obligations) ในการที่รัฐจะต้องไม่เข้าไปแทรกแซง ขัดขวางหรือละเมิดสิทธิมนุษยชนดังที่ได้รับการยอมรับบนฐานของอนุสัญญาดังกล่าว (ซึ่งรวมถึงข้อ 2 และข้อ 8 ที่คดีผู้เขียนได้กล่าวถึงด้วย)<sup>7</sup> และในขณะเดียวกัน ด้วยผลของข้อ 1 แห่งอนุสัญญาฯ<sup>8</sup> (“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this

<sup>3</sup> European Convention on Human Rights at Preamble.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> European Convention on Human Rights art 2.1.

<sup>6</sup> European Convention on Human Rights art 8.1.

<sup>7</sup> J. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Human Rights Handbook Series No.7, Council of Europe 2007) 5.

<sup>8</sup> European Convention on Human Rights art 1.

Convention") รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการบางอย่าง (Positive Obligations) เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ได้รับการรับรองในอนุสัญญา เช่นกัน<sup>9</sup>

กล่าวโดยสรุป คือ ตามข้อ 2 รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องไม่ละเมิดสิทธิในการมีชีวิตของประชาชนและมีหน้าที่ที่จะต้องออกมาตรการบางอย่างเพื่อที่จะให้ประชาชนไม่ถูกปราบสิทธิในการมีชีวิต และตามข้อ 8 รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องไม่เข้าไปแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของประชาชน และในขณะเดียวกันก็มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการบางอย่างเพื่อคุ้มครองการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของประชาชน แต่ทั้งนี้ Positive Obligations และ Negative Obligation อาจมีการทับซ้อนกันได้ในทางปฏิบัติ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่รัฐปฏิเสธไม่ให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพของตนในการเลือกเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตร ที่ศาลมองว่าเป็นการที่รัฐไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทั้งที่ในการดูแลกระทำการ และหน้าที่ของรัฐในการกระทำการเพื่อคุ้มครองสิทธิตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา<sup>10</sup>)

ชั่งศาลฯ ได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งความขัดแย้งดังกล่าวปราบภัยให้เห็นอย่างชัดเจนในเรื่องสิทธิของปัจเจกชนในการได้รับการรุณณาจ หรือ 'สิทธิในการฆ่าตัวตายโดยได้รับความช่วยเหลือ' (Right to Assisted Suicide หรือ RAS) อันเป็นความขัดแย้งระหว่างหน้าที่และผลประโยชน์ของรัฐในการปกป้องชีวิตของบุคคล ตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญา และสิทธิตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิของปัจเจกชนในการได้รับความเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว (Right to Respect for Private and Family Life)

บทความฉบับนี้มุ่งศึกษาการวางแผนบรรทัดฐานของศาลฯ และการทำคำพิพากษาของศาลในกรณีที่คดีมีความคดุลเครือในการบังคับใช้กฎหมายที่เนื่องด้วยข้อจำกัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Hard Cases) ผ่านคดีว่าด้วยการเรียกร้องสิทธิในการที่ได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย โดยใช้กรณีศึกษาจากคดี *Pretty v. United Kingdom, Hass v. Switzerland, Koch v. Germany* และคดี *Gross v. Germany* โดยการประยุกต์เข้ากับแนวคิดทางนิติปรัชญาว่าด้วยการทำคำพิพากษาตัดสินโดยตุลาการ ของ H.L.A. Hart และ Ronald Dworkin เนื่องจากแนวคิดของทั้งสองมีความโดดเด่นในประเด็นของการใช้ดุลพินิจศาลโดยแต่เมื่อการให้ความสำคัญกับคุณค่าและรายละเอียดในกระบวนการคิดที่แตกต่างกันอันจะเห็นได้จากวิหารระหว่างชาร์ทและดอร์คิน<sup>11</sup>

<sup>9</sup> J. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Human Rights Handbook Series No.7, Council of Europe 2007) 20, 21, 35, 36.

<sup>10</sup> See *Cossey v. the United Kingdom* App no 10843/04 (ECtHR, 27 September 1990)

<sup>11</sup> S. Shapiro, 'The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed' in Arthur Ripstein (ed) *Ronald Dworkin Contemporary Philosophy in Focus* (Cambridge University Press 2007) 22, 36.

การที่สาธารณะและครอบครัวนั้นมีมุ่งมองที่แตกต่างกันในเรื่องของการใช้อำนาจของศาล ทำให้ในกรณีกฎหมายที่นั้นมีข้อจำกัดในด้านของลายลักษณ์อักษร อาจส่งผลให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการวางแผนและทำการทำคำพิพากษาของศาลปราภูชัดเจนมากขึ้น

## 2. แนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่อกรณีการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย (Assisted Suicide)

สิทธิในการที่ได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย (Right to Assisted Suicide) มักถูกอ้างว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคล (Right to Private and Family Life) ตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญาฯ อันเป็นสิทธิซึ่งป้าเจกชนพึงมีโดยรัฐต้องคุ้มครองโดยเคราะห์ต่อชีวิตส่วนตัว ความเสมอภาค และเสรีภาพในการดำเนินชีวิตของตนเอง อันเป็นอัตตาณติส่วนบุคคล (Personal Autonomy)<sup>12</sup> กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการเลือกที่จะใช้ชีวิตส่วนตัวรวมถึงการเลือกที่จะจบชีวิตของตน<sup>13</sup> (แม้ว่าแนวคิดเรื่องอัตตาณติส่วนบุคคลจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในข้อ 8 แห่งอนุสัญญาฯ แต่จากแนวความคิดพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลฯ มี prerogative ที่จะเข้าไปแทรกแซงการตัดสินใจในชีวิตส่วนบุคคล คือใช้อำนาจรัฐเพื่อจำกัดอัตตาณติส่วนบุคคลของป้าเจกชนได้อย่างจำกัดภายใต้ขอบเขตซึ่งกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม มีความเห็นในแนวทางตรงกันข้ามว่าสิทธิดังกล่าวไม่อาจมีได้ โดยอิงเหตุผลเรื่องสิทธิในชีวิต (Right to Life) ตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิของบุคคลในการมีชีวิตอันเป็นมูลฐานแห่งสิทธิทั้งปวง โดยสิทธิในการมีชีวิตจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย และไม่มีผู้ใดสามารถพรางชีวิตผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้<sup>16</sup> โดยคดีพิพากษาที่ว่าด้วยสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายซึ่งบញความฉบับนี้ใช้อ้างอิง ดังนี้

คดี *Pretty v. United Kingdom*<sup>17</sup> โดยที่ประสังค์จะจบชีวิตของตน แต่ด้วยข้อสภาพร่างกายซึ่งเป็นอันพาตทำให้เจกไม่สามารถจบชีวิตด้วยตนเองได้ อีกทั้งกฎหมายของสหราชอาณาจักรกำหนดให้การให้การช่วยเหลือผู้อื่นฆ่าตัวตายเป็นความผิดอาญา ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่า สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายไม่อาจถูกอ้างอิงขึ้นจากข้อ 2 แห่งอนุสัญญาฯ เนื่องจากสิทธิในการมีชีวิตไม่อาจถูกพรางไปได้แม้ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ อย่างไรก็ได้ ศาลเห็นว่า ภายใต้ข้อ 8 แห่งอนุสัญญาฯ ป้าเจก

<sup>12</sup> *Pretty v. the United Kingdom* App no 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002) para 61.

<sup>13</sup> D. Sartori, 'End-of-life issues and the European Court of Human Rights. The value of personal autonomy within a 'proceduralized' review' (2018) 52 QIL 23, 40.

<sup>14</sup> Ibid 40; *Pretty v. the United Kingdom* App no 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002) para 61.

<sup>15</sup> Ibid; *Pretty v. the United Kingdom* App no 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002) para 66.

<sup>16</sup> European Convention on Human Rights art 2.

<sup>17</sup> *Pretty v. the United Kingdom* App no 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002)

ชนย่อมมีเสรีภาพในการเลือกจบชีวิตเพื่อหลีกเลี่ยงการตายอย่างไร้ศักดิ์ศรีได้ เสรีภาพดังกล่าวเป็นสิทธิส่วนบุคคล และการที่โจทก์ไม่สามารถจบชีวิตของตนได้นั้นถือว่าเป็นการที่สิทธิของโจทก์ตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญาทั่วไป แต่รัฐยังมีสิทธิในการออกกฎหมายเพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตและความปลอดภัยของผู้อื่น อีกทั้งการที่สาธารณาณาจารห้ามให้มีการช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองชีวิตของผู้ที่มีความอ่อนแอด้วยรวมถึงผู้ป่วยระยะสุดท้าย ดังนั้น การห้ามดังกล่าวนั้นจึงเป็นการจำกัดสิทธิที่ได้สัดส่วน อนึ่ง คดีนี้มีการวางแผนที่ดีที่สุดที่จะให้โจทก์ได้รับสิทธิ์ดังกล่าว โจทก์จึงเสนอคดีต่อศาลฯ โดยอ้างว่ารัฐมิได้ให้ความเคารพในสิทธิในการจบชีวิตโดยปลอดภัยและมีศักดิ์ศรี และตนนั้นอยู่ในฐานะที่สมควรมีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย จึงเกิดเป็นประเด็นว่า การปฏิเสธการจ่ายยาให้แก่ผู้ป่วยทางจิตซึ่งต้องการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายนั้นเป็นการผิดหน้าที่ของรัฐตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา หรือไม่ โดยศาลตัดสินว่า โจทก์มีสิทธิในการตัดสินใจในการจบชีวิตโดยปลอดภัย มีศักดิ์ศรี และปราศจากความเจ็บปวด อย่างไรก็ได้ การกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิดังกล่าวอยู่ภายใต้ข้อบ่งชี้ที่สำคัญ เช่น ความต้องการของผู้ที่จะฆ่าตัวตาย ความปลอดภัยของบุคคลอื่น ไม่บุกรุกสิทธิ์ของผู้อื่น และการไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น

**คดี Hass V. Switzerland<sup>18</sup>** สวิตเซอร์แลนด์ยินยอมให้มีสิทธิในการที่ได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย เมื่อได้รับการอนุญาตโดยแพทย์ อย่างไรก็ได้ ในกรณีของโจทก์ซึ่งเป็นผู้ป่วยใบโพลาร์นั้น ไม่มีแพทย์คนใดอนุญาตให้โจทก์ได้รับสิทธิดังกล่าว โจทก์จึงเสนอคดีต่อศาลฯ โดยอ้างว่ารัฐมิได้ให้ความเคารพในสิทธิในการจบชีวิตโดยปลอดภัยและมีศักดิ์ศรี และตนนั้นอยู่ในฐานะที่สมควรมีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตาย จึงเกิดเป็นประเด็นว่า การปฏิเสธการจ่ายยาให้แก่ผู้ป่วยทางจิตซึ่งต้องการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายนั้นเป็นการผิดหน้าที่ของรัฐตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา หรือไม่ โดยศาลตัดสินว่า โจทก์มีสิทธิในการตัดสินใจในการจบชีวิตโดยปลอดภัย มีศักดิ์ศรี และปราศจากความเจ็บปวด อย่างไรก็ได้ การกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิดังกล่าวอยู่ภายใต้ข้อบ่งชี้ที่สำคัญ เช่น ความต้องการของผู้ที่จะฆ่าตัวตาย ความปลอดภัยของบุคคลอื่น ไม่บุกรุกสิทธิ์ของผู้อื่น และการไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น

**คดี Koch V. Germany<sup>19</sup>** ในประเทศเยอรมนี ณ ขณะนั้น การให้ความช่วยเหลือผู้อื่นในการฆ่าตัวตายถือว่าไม่เป็นความผิดทางอาญา อย่างไรก็ได้ หากเป็นการช่วยเหลือโดยการจ่ายยาอันตรายทำให้ถึงแก่ความตายนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายเดสติดเยอรมนี โจทก์ซึ่งมีดีตภาริยาผู้เป็นอัมพาตและประสบปัญหาน้ำเหลือง ร้องขอให้องค์การเภสัชกรรมแห่งชาติของประเทศเยอรมัน จ่ายสาร Sodium Pentobarbital ให้แก่ภาริยาของโจทก์ องค์การเภสัชกรรมได้ปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่าการจ่ายยาเพื่อการฆ่าตัวตายไม่สามารถทำได้ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยยาเดสติดให้โทษ อดีตภาริยาของโจทก์จึงต้องเดินทางไปยังประเทศสวิตเซอร์แลนด์เพื่อจบชีวิตของตน ภายหลังนาย Koch จึงอุทธรณ์คำสั่งขององค์การเภสัชไปยังศาลปกครองแห่งรัฐโโลญ ศาลปกครองฯ เห็นว่า การปฏิเสธการจ่ายยาขององค์การเภสัชกรรมแก่ภาริยาผู้ล่วงลับนั้นไม่เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ เนื่องจากสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฆ่าตัวตายเป็นสิทธิเฉพาะตัว อีกทั้งจำนำจในการตรวจสอบเพื่อป้องกันอันตรายและประเมินความเสี่ยงในการใช้สิทธิในการได้รับความ

<sup>18</sup> *Hass v. Switzerland* App no 31322/07 (ECtHR, 20 January 2011) (First Section)

<sup>19</sup> *Koch v. Germany* App no 479/09 (ECtHR, 19 July 2012)

ช่วยเหลือในการช่วยเหลือตัวตายในทางที่ผิด เป็นอำนาจของรัฐภายใต้กฎหมายพื้นที่แห่งคุลพินิจ ข้อจำกัดของสิทธิดังกล่าว ตามกฎหมายยาเสพติดให้โทษจึงได้สัดส่วนและสอดคล้องกับข้อ 8 แห่งอนุสัญญา แล้ว

อย่างไรก็ตี ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ไม่เห็นพ้องกับศาลปกครองฯ ในคดีดังกล่าว โดยศาลฯ เห็นว่าโจทก์ เป็นผู้เสียหายโดยตรง เพราะเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการที่ศาลเยอรมันปฏิเสธในการตรวจสอบคำร้อง ดังกล่าว และศาลฯ ยืนยันว่า สิทธิในชีวิตส่วนตัวตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา ครอบคลุมถึงสิทธิของป้าเจกชนในการตัดสินใจชีวิตของตน และการใช้อำนาจรัฐเพื่อจำกัดสิทธิดังกล่าวอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลฯ เมื่อศาลฯ ตรวจสอบแล้วจึงพบว่า การที่ศาลเยอรมันปฏิเสธในการตรวจสอบคำร้องของโจทก์เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา

คดี *Gross V. Switzerland*<sup>20</sup> โจทก์ประสงค์จะจบชีวิตของตนตามกระบวนการที่มีในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ แม้ตนจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงและมีได้เจ็บป่วย แพทย์จึงปฏิเสธการจ่ายยา Sodium Pentobarbital ให้แก่โจทก์โดยอ้างอิงว่าเป็นยาที่แก้ไข้ไข้ แต่โจทก์กลับไม่สามารถใช้สิทธิได้เนื่องจากจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาตัว จึงเกิดเป็นประเด็นว่า เมื่อโจทก์มีสิทธิในการตัดสินใจว่าชีวิตของตนควรจะจบลงอย่างไรและเมื่อไรตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา และโจทก์สามารถแสดงเจตนาของตนได้อย่างสอดคล้องกับเจื่อนใจเชิงกระบวนการเข้าถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการช่วยเหลือตัวตายที่รัฐวางไว้ แต่โจทก์กลับไม่สามารถใช้สิทธิได้เนื่องจากจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาตัว จึงเกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทว่า รัฐล้มเหลวในการจัดเตรียมแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนเพื่อให้บุคคลสามารถใช้สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการช่วยเหลือตัวตายอันเป็นต้นเหตุของความไม่ชัดเจนในทางกระบวนการซึ่งก่อให้เกิดความคลุมเครือว่า บุคคลที่อยู่ในสภาพเช่นใดและภายใต้สถานการณ์ใดจึงสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิ์และสามารถใช้สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการช่วยเหลือตัวตายได้ หรือไม่

ในคดีนี้ศาลฯ วินิจฉัยว่า การที่รัฐไม่กำหนดแนวทางปฏิบัติทางกฎหมายที่ชัดเจนและมีประสิทธิภาพนั้นอาจส่งผลให้แพทย์มีแนวโน้มในการจ่ายยาให้กับคนที่มีสภาพร่างกายปกติและไม่มีความจำเป็นต้องได้รับการรักษาเช่นนั้น ดังนั้น ปัญหานี้เรื่องของความคลุมเครือนั้นจะไม่เกิดขึ้นหากว่ามีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนว่า แพทย์มีอำนาจออกใบสั่งยาได้ในกรณีใดบ้าง ศาลได้มีตัดสินการที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีได้กำหนดแนวทางปฏิบัติอันมีผลทางกฎหมายที่ชัดเจนและมีประสิทธิภาพนี้เป็นการใช้อำนาจรัฐโดยละเอียดสิทธิส่วนบุคคลตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา คำตัดสินดังกล่าวแตกต่างจาก คดี *Hass v. Switzerland* ซึ่งศาลเคยกล่าวว่า กระบวนการในการตรวจสอบนั้นอยู่ในดินแดนแห่งคุลพินิจของรัฐสมาชิก

จากการนี้ศึกษาในคดีต่าง ๆ ที่เสนอต่อศาลสิทธิมนุษยชนฯ ข้างต้น เห็นได้ว่าศาลให้ความสำคัญกับพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองสิทธิในการใช้ชีวิตส่วนตัวของป้าเจกชนตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา เป็นสำคัญ

<sup>20</sup> *Gross v. Switzerland* App no 67810/10 (ECtHR, 14 May 2013) (Second Section)

และศาลฯ มิได้ให้น้ำหนักกับข้อโต้แย้งเรื่องพันธกรณีของรัฐในการปกป้องสิทธิในการมีชีวิตตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญา

ศาลสิทธิมนุษยชนยูโรปได้วางบรรทัดฐานไว้ในคดี *Pretty*<sup>21</sup> ว่าการพิจารณาเรื่องการใช้สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฟื้นฟูตัวเองไม่สามารถอ้างอิงจากข้อ 2 แห่งอนุสัญญา ได้ ในคดีต่อ ๆ มา จึงมิได้มีประเดิมโต้แย้งว่าการยอมให้มีสิทธิการได้รับความช่วยเหลือในการฟื้นฟูตัวยังจะเป็นการผิดต่อพันธกรณีของรัฐตามข้อ 2 หรือไม่ หากแต่เป็นการโต้แย้งในประเดิมเรื่องการกำหนดกฎหมายและเงื่อนไขเชิงกระบวนการในการเข้าถึงสิทธิตั้งกล่าว ว่ารัฐได้จัดให้มีแนวทางเชิงกระบวนการในการเข้าถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฟื้นฟูตัวโดยย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพหรือไม่ หากรัฐมิได้กำหนดกฎหมายในการใช้สิทธิไว้อย่างเหมาะสมอาจถือเป็นการที่รัฐสมาชิกมิได้กระทำการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งเป็นการผิดต่อพันธกรณีของรัฐตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา เห็นได้ว่าศาลฯ ให้น้ำหนักต่อข้อบททั้งสองข้อซึ่งถูกยกขึ้นอ้างแตกต่างกัน บทความชอบนี้จะอธิบายต่อไปถึงทฤษฎีว่าด้วยการใช้อำนาจในการทำคำพิพากษาตัดสินของศาล โดยอ้างอิงจากแนวคิดว่าด้วยกฎหมายซึ่งใช้บังคับอยู่มีลักษณะคลุมเครือทั้งช้อนกัน หรือในคดีที่มีข้อเท็จจริงมีความยุ่งยากซับซ้อนเกินกว่าจะสามารถตัดสินตามบทกฎหมายที่ทางกฎหมายซึ่งบังคับใช้อยู่ได้ (Hard Cases) ทั้งนี้ เนื่องจากhardt และดอร์คินมีความเห็นแย้งกันต่อบทบาทของศาลในการพิจารณาตัดสินกรณีที่ซึ่งมีลักษณะยุ่งยากตั้งกล่าว โดยบทบาทของศาลที่มีจะยึดโยงอยู่กับแนวคิดว่าด้วยระบบกฎหมายของhardt และดอร์คินซึ่งมีมุ่งมองต่างกัน โดยอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

### 3. ทฤษฎีของ H.L.A. Hart

#### 3.1. ทฤษฎีของhardt ว่าด้วยระบบกฎหมายซึ่งเป็นระบบแห่งกฎหมาย

ระบบกฎหมายในทรรศนะของhardt เป็นระบบแห่งกฎหมายซึ่งประกอบขึ้นจากกฎหมายประถมภูมิ (Primary Rules)<sup>22</sup> และกฎหมายทุติยภูมิ (Secondary Rules)<sup>23</sup> โดยกฎหมายภูมิ คือ กฎหมายซึ่งควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมเป็นการทั่วไป เช่น กฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อการละเมิด เป็นกฎหมายซึ่งกำหนดพันธหน้าที่ในการเคราะห์และปฏิบัติตาม (Rules of Obligation)<sup>24</sup> ส่วนกฎหมายทุติยภูมิ เป็นกฎหมายที่อันเกิดขึ้นจากอำนาจอันชอบธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐ (Authoritative Body) เพื่อบังคับใช้กฎหมายภูมิอย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>21</sup> *Pretty v. the United Kingdom* App no 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002) paras 37-42.

<sup>22</sup> H.L.A Hart, *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press 2012) 93.

<sup>23</sup> Ibid 93-120.

<sup>24</sup> Ibid 82-84.

เนื่องจากระบบแห่งกฎหมายของษาร์ทกำรอยู่โดยอาศัยการยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมายที่ป্র้อมภูมิอย่างสม่ำเสมอันเป็นการแสดงถึง 'ลักษณะภายนอก' (External Point of View) และความเชื่อมั่นในกฎหมายซึ่งสะท้อนจากการวิพากษ์วิจารณ์และท่าทีของประชาชนในสังคมต่อผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือ 'ลักษณะภายใน' (Internal Point of View) กฎหมายซึ่งกำหนดการรับรองสถานะความเป็นกฎหมาย หรือกฎหมายแห่งการยอมรับ (Rule of Recognition)<sup>25</sup> จึงเป็นกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นการที่เจ้าหน้าที่รักษาด้วยอำนาจอันชอบธรรมยืนยันการมีอยู่ของกฎหมายแก่ปัจเจกชนในการตรวจสอบตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแล้วย่อมก่อพัฒนาทางกฎหมายแก่ปัจเจกชนในการตรวจสอบตามกฎหมายนั้น ๆ โดยไม่ต้องอาศัยการวินิจฉัยทางศีลธรรมภายใต้จริจใจของบุคคลเพื่อตัดสินใจว่าควรปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว หรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายได้รับการยอมรับโดยเจ้าหน้าที่ฯ แล้ว

ษาร์ทให้ความสำคัญกับความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายในระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ษาร์ทยอมรับว่าภายใต้กรอบของข้อจำกัดทางภาษาซึ่งใช้บัญญัติกฎหมายอาจมีความคลุมเคลือโดยธรรมชาติก่อให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนของตัวบทกับการปรับใช้กฎหมายต่อคดีที่ยุ่งยากซับซ้อน เพราะบทบัญญัติหลายลักษณะอักษรไม่อาจครอบคลุมถึงประเด็นทางกฎหมายทุกกรณี ด้วยเหตุดังกล่าว 'ช่องว่างทางกฎหมาย' (Gap in the Law)<sup>26</sup> จึงเกิดขึ้นได้ และผู้พิพากษาจำเป็นต้องกระทำสิ่งที่เรียกว่า 'การสร้างหลักกฎหมาย' ภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ไม่ครอบคลุม ษาร์ทจึงให้ข้อสรุปว่า แม้ว่าภายในการของกฎหมายจะมีความชัดเจนในระดับหนึ่ง แต่ต้องมีที่ว่างเรื่อง 'ดุลพินิจ' (Discretion)<sup>27</sup> ที่เปิดกว้างไว้สำหรับผู้พิพากษาในการใช้ประกอบเป็นเครื่องมือเพื่อยุติปัญหาควบคู่ไปกับการยึดถือตัวบท<sup>28</sup> ดังนั้น สำหรับษาร์ท กฎหมายจึงมิใช่ระบบบรรทัดฐานความประพฤติอันสมบูรณ์พร้อมทุกอย่างซึ่งสามารถกำหนดข้อตัดสินข้อพิพาทในเรื่องสิทธิของบุคคลทุกคนได้ในทุกกรณี ศาลจึงมีบทบาทใช้อำนาจในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อบังคับใช้แก่คดีในกรณีจำเป็น

แนวคิดของษาร์ทว่าด้วยการใช้ดุลยพินิจของศาลเพื่อการสร้างหลักกฎหมายภูมิวิพากษ์วิจารณ์ในหลายแห่งมุ่ง อาทิ ความเป็นไปได้ในการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยศาล และอคติของผู้พิพากษาซึ่งส่งผลต่อการดำเนินการพิพากษาตัดสิน หลักกฎหมายซึ่งศาลสร้างขึ้นใหม่เพื่อปรับใช้แก่คดีจึงอาจไม่เหมาะสมหรือขัดแย้งต่อความเห็นในฐานะบุคคลภายใต้ปัจเจกชน ด้วยเหตุนี้ การใช้ดุลยพินิจของศาลตามทฤษฎีของษาร์ทจึงต้องดำเนินถึงการยอมรับโดยประชาชนด้วย หากหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลัก

<sup>25</sup> Ibid 94.

<sup>26</sup> J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford University Press 1979) 73-80.

<sup>27</sup> M. La Torre, 'The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law' (2013) 21 *Revus* 141-161.

<sup>28</sup> G. Dajović, 'Hart's Judicial Discretion Revisited' (*OpenEdition Journals*) <<http://journals.openedition.org/revus/9735>> accessed 28 May 2024.

<sup>29</sup> HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1961) 119.

ศีลธรรมตามความเห็นของประชาชนมากเกินไป ย่อมเกิดความไม่ปรสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะเป็นกฎหมายที่ไม่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติโดยปัจเจกชนในสังคม ก่อให้เกิดคดีขึ้นสู่ศาลไม่จบสิ้น กล่าวโดยสรุป การที่ศาลใช้ดุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายเป็นการใช้อำนาจโดยเจ้าหน้าที่เพื่อยอมรับและยืนยันการมีอยู่ของกฎหมาย และมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมาย ตามหลัก Rule of Recognition โดยหลักกฎหมายซึ่งศาลสร้างขึ้นดังกล่าวเป็นกฎหมายซึ่งต้องอาศัยการยอมรับโดยประชาชนเพื่อให้ระบบกฎหมายสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

### 3.2. แนวคิดกฎหมายที่เป็นอยู่ต่างจากกฎหมายที่ควรเป็น

ในทฤษฎีของอาร์ท กฎหมายและศีลธรรมไม่จำเป็นต้องเกี่ยวโยงกันเสมอไป เพราะการดำรงอยู่ของกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่ต้องแยกออกจากความชอบหรือไม่ชอบของกฎหมาย แต่มีความบ่อ悒ครั้งที่กฎหมายและศีลธรรมนั้นมีความควบคุมกัน (Overlap)<sup>30</sup> นั่น การดำรงอยู่ของกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงทางสังคมที่ซับซ้อน (Complex Social Facts)<sup>31</sup> หลาย ๆ ประการ ดังนั้น กฎหมายจึงอยู่ภายใต้การวิพากษ์วิจารณ์ทางศีลธรรมได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ดำรงอยู่ไม่จำเป็นจะต้องถูกต้องดีงามเสมอไป เนื่องจากกฎหมายแต่ละฉบับถูกสร้างขึ้นโดยอิงตามบริบทและข้อเท็จจริงทางสังคมที่เกี่ยวข้องในปัจจุบัน<sup>32</sup> โดยกฎหมายที่เป็นอยู่อาจเป็นกฎหมายที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับความคิดเห็นส่วนตัวหรือค่านิยมของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อาทิ การกำหนดความเร็วสูงสุดในการขับขี่บนท้องถนน หากการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวจะต้องถูกปรับอีกทั้งกฎหมายที่เป็นอยู่นั้นมีความสำคัญ เนื่องจากเป็นพื้นฐานในการดำเนินการทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายเพื่อความเป็นระเบียบร้อยภัยในสังคม

อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อจำกัดว่า กฎหมายที่เป็นอยู่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามข้อเท็จจริงของสังคมเสมอไปเนื่องจากข้อเท็จจริงทางสังคมที่มีความเป็นพลวัตสูง ข้อจำกัดดังกล่าวต้องอาศัยกฎหมายที่ควรจะเป็นมาแก้ไขปัญหาดังกล่าว<sup>33</sup> เพราะกฎหมายที่ควรจะเป็น คือ การเสนอว่ากฎหมายควรจะมีลักษณะหรือเนื้อหาอย่างไรโดยอิงอยู่กับค่านิยมทางศีลธรรมหรือหลักการความยุติธรรมและการให้เหตุผลหรือการเสนอแนะเช่นว่านี้ไม่ได้อิงอยู่บนข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นจริงหรือเท็จ เป็นเพียงการพิจารณาตามค่านิยม หรือหลักการบางอย่างที่ต้องการให้สังคมยึดถือ ทำให้กฎหมายที่ควรจะเป็นมักถูกนำเสนอในบริบทของการปฏิรูปกฎหมายหรือการพัฒนานากฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป haarที่มีความเห็นว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถถูกวิจารณ์และปรับปรุงได้ตลอดเวลาในแง่มุมของศีลธรรมและความยุติธรรม<sup>34</sup> เพราะสังคม

<sup>30</sup> Ibid 185.

<sup>31</sup> Ibid 193.

<sup>32</sup> O. Cox, 'The Meaning of Law in The Concept of Law' (1999) 24 Australian Journal of Legal Philosophy 146.

<sup>33</sup> W. Starr, 'Law and Morality in H.L.A. Hart's Legal Philosophy' (1984) 67 Marq.L.Rev. 673, 674-685.

<sup>34</sup> E. Orts, 'Positive Law and Systemic Legitimacy: A Comment on Hart and Habermas' (1993) 6(3) Ratio Juris 246-253.

มักมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทั้งในด้านเทคโนโลยี เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม กฎหมายที่ควรจะเป็นช่วยให้ระบบกฎหมายสามารถปรับตัวและตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

#### 4. ทฤษฎีสิทธิของ Ronald Dworkin

##### 4.1 แนวคิดของดอร์คินว่าด้วยระบบกฎหมาย

ดอร์คินแสดงจุดยืนโดยแบ่งแนวคิดเรื่องระบบกฎหมายของนักกฎหมายสำนักปฏิฐานิยม (Legal Positivists) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง H.L.A. Hart ไว้อย่างชัดเจนในงานเขียนเรื่อง *The Model of Rules*<sup>35</sup> ของเข้า โดยดอร์คินปฏิเสธว่าระบบกฎหมายมีได้ประกอบขึ้นจากกฎหมาย (Rules) เพียงอย่างเดียว เนื่องจากเมื่อมีกรณีพิพากษาเกี่ยวกับ 'สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย' (Legal Rights and Obligations) โดยเฉพาะในคดียุ่งยาก (Hard Cases) นักกฎหมายจะต้องแบ่งและให้เหตุผลเกี่ยวกับคดีนั้น ๆ โดยนำมาตรฐานอย่างอื่นซึ่งมิใช่กฎหมาย หากแต่ต้องอยู่ในฐานะของหลักการ (Principles) นโยบาย (Policies) หรือมาตรฐานอื่น ๆ มาปรับใช้<sup>36</sup> ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายในทฤษฎีของดอร์คินจึงมีได้อ้างอิงอาศัยกรณีอื่นของกฎหมายเพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องคำนึงถึงหลักการอื่น ๆ อันเป็นมาตรฐานซึ่งสามารถอ้างอิงเพื่อหลักกฎหมายนั้น ๆ ด้วย

##### 4.2 แนวคิดของดอร์คินว่าด้วยการตัดสินใจในทางกฎหมาย

ดอร์คินอธิบายถึงเหตุผลสนับสนุน 'การตัดสินใจในทางกฎหมาย' (Legal Decision-Making) โดยองค์กรต่าง ๆ ในระบบกฎหมาย อาทิ การร่างกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหาร ตลอดจนการพิจารณาตัดสินอրรถคดีโดยองค์กรตุลาการนั้นจะต้องอ้างอิงเหตุผลสนับสนุนประกอบการตัดสินใจทางกฎหมาย โดยเหตุผลสนับสนุนการตัดสินใจในทางกฎหมายนั้นอาจมีได้ 2 รูปแบบได้แก่ เหตุผลทางด้านนโยบาย (Policies) และเหตุผลที่อ้างอิงหลักการ (Principles)<sup>37</sup> เหตุผลทั้งสองรูปแบบดังกล่าวมีความแตกต่างกัน โดยเหตุผลทางนโยบายจะมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสังคมส่วนรวม (Collective Goal of the Community as a Whole) ในขณะที่การอ้างเหตุผลสนับสนุนโดยอาศัยหลักการนั้นเป็นไปเพื่อ มุ่งคุ้มครองประโยชน์อันเป็นสิทธิของปัจเจกชนหรือกลุ่มบุคคล (Individual or Group Rights)<sup>38</sup> เป็นสำคัญเหตุผลทั้งสองรูปแบบจำเป็นต้องถูกคำนึงถึงและได้รับการพิจารณาเมื่อมีการกระทำการในระบบกฎหมาย อาทิ

<sup>35</sup> R. Dworkin, 'The Model of Rules' (1967) 35(1) U.Chi.L.Rev. 22.

<sup>36</sup> R. Dworkin, 'Hard Cases' (1975) 88 HLR 1057, 1058; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) 82.

<sup>37</sup> Ibid 83.

<sup>38</sup> R. Wacks, *Understanding Jurisprudence* (3rd edn, Oxford University Press 2012) 121-122; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) 82.

สถาปัตย์เป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายโดยคำนึงถึงนโยบายเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนหรือกลุ่มผลประโยชน์บันพันธุ์งานของหลักการไปด้วยในขณะเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ ในการนิทิยาลตามที่เป็นต้องสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อน (Hard Cases) และศาลถูกมองว่าเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติลำดับรอง (Deputy Legislation) ศาลจึงมักพิจารณาถึงทั้งเหตุผลทางด้านนโยบายและเหตุผลทางด้านหลักการ โดยด้วยคิดได้ยกตัวอย่างคดี *Spartan Steel*<sup>39</sup> คดีดังกล่าวจำเลยลูกจ้างของบริษัทไฟฟ้าได้ทำให้ระบบสายไฟฟ้าขัดข้อง เป็นเหตุให้ไฟฟ้าของโรงงานของโจทก์ดับลง ศาลได้ทำการตัดสินโดยพิจารณาถึงเหตุผลทางด้านหลักการว่า โจทก์ที่เป็นผู้เสียหายยื่อมีสิทธิได้รับการชดเชย ส่วนในแง่ของนโยบายศาลได้ตัดสินว่าในการรับผิดต่อโจทก์ ควรมีการแบ่งสัดส่วนความรับผิดเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของโจทก์

อย่างไรก็ได้ ด้วยคิดได้ตั้งข้อโต้แย้งว่า ในการพิจารณาตัดสินคดีที่มีความก้าวหน้าซึ่งบัญญัติหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีอยู่มิได้รองรับไว้ ข้อสันนิษฐานว่าศาลผู้มีอำนาจตัดสินคดีจะสร้างหลักกฎหมายที่ถูกต้องเหมาะสมขึ้นโดยอ้างอิงเหตุผลลักษณะเดียวกับฝ่ายนิติบัญญัตินั้นไม่ถูกต้องเสียที่เดียว เนื่องจากในการตัดสินใจออกกฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัตินั้นจำต้องอ้างอิงเหตุผลสนับสนุนทั้งทางด้านนโยบายและทางหลักการประกอบกัน ในขณะที่ในการนิทิยาเป็นซึ่งศาลต้องเป็นผู้วางแผนบรรทัดฐานทางกฎหมายโดยขึ้นใหม่นั้น ศาลจำต้องอ้างอิงเหตุผลทางหลักการ (Principles) เป็นหลัก มิใช่เหตุผลทางนโยบาย<sup>40</sup> เนื่องจากเหตุผลทางหลักการนั้นมิอยู่เพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเป็นสำคัญ<sup>41</sup>

## 5. ความแตกต่างในแนวคิดระหว่าง H.L.A. Hart และ Ronald Dworkin ว่าด้วยอำนาจของศาลในการพิจารณาบรรทัดฐาน

### 5.1. แนวคิดของ H.L.A. Hart ว่าด้วยอำนาจศาลในการสร้างหลักกฎหมาย

ภายใต้แนวคิดของชาร์ทที่กล่าวถึงความเป็นระบบแห่งกฎหมาย (System of Rules) ของระบบกฎหมาย ชาร์ทอธิบายถึงคุณลักษณะของกฎหมายซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรว่า กฎหมายทั้งหลายล้วนมีคุณลักษณะของความไม่ชัดเจนอยู่ในตัว (Indeterminacy / Vagueness) ทำให้กฎหมายดังกล่าวต้องอาศัยการตีความในกรณีที่เกิดความเคลือบแคลงแสงสัมย (Penumbra of Doubt) ในการจัดลักษณะข้อเท็จจริง หรือพฤติกรรมหนึ่ง ๆ เข้ากับกฎหมายซึ่งข้อใด โดยชาร์ทนิยามคุณลักษณะดังกล่าวของกฎหมายว่าเป็น

<sup>39</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) 84; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.* [1963] 1 QB 27.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid 86.

‘คุณลักษณะเปิดกว้างให้ตีความในเนื้อหา’ (Open-Texture)<sup>42</sup> อันเป็นผลจากข้อจำกัดของกรอบทางภาษาใน การบัญญัติกฎเกณฑ์เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากการบัญญัติกฎเกณฑ์ด้วยตัวอักษรให้ครอบคลุม ถึงทุกรายละเอียดในทุกมูลกรณีย่อมเป็นพันวิสัย

ด้วยเหตุดังกล่าว ยาร์ทเสนอว่าให้ผู้พิพากษาหรือศาลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยชอบธรรมในการ พิจารณาตัดสินใจเป็นผู้ใช้ ‘ดุลยพินิจ’ (Discretion) ในการ ‘พิจารณาทางเลือกอื่นซึ่งเปิดไว้อยู่’ (Make a Choice between Open Alternatives) โดยศาลในฐานะผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติลำดับรอง (Deputy Legislator) จะ ‘กระทำการเชิงสร้างสรรค์’ (Creative Function) เพื่อสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ปรับใช้แก่ คดีที่มีความคลุมเครือ ทั้งนี้ ยาร์ทมองว่าการวินิจฉัยปัญหาในคดีซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อนดังกล่าวไม่สามารถ อาศัยการหา ‘คำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียว’ (One Unique Correct Answer) อันเป็นคำตอบที่ชัดเจน เที่ยงแท้ และก่อให้เกิดการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ที่ขัดกันของหลาย ๆ ฝ่าย (A Reasonable Compromise between many Conflicting Interests) เพื่อนำมาปรับใช้กับการพิจารณาคดีซึ่งมีข้อเท็จจริง ที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปไม่ได้ ยาร์ทจึงให้ความสำคัญกับการใช้อำนาจของศาลในการพิจารณาหา ‘ทางเลือกอื่น ที่เปิดอยู่’ (Open Alternatives) ด้วยการใช้อำนาจดุลยพินิจของศาลเพื่อสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ อันเป็น วิธีการแก้ไขปัญหาความก้าวหน้าของบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร

เมื่อพิจารณาแนวคิดของยาร์ทว่าด้วยอำนาจของศาลในการสร้างหลักกฎหมายแล้วเห็นได้ว่า ภายใต้ ระบบแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้หรือไม่มีผลบังคับใช้โดยสิ้นเชิง (Rules Apply in an ‘All or Nothing’ Fashion) เท่านั้น เมื่อไม่มีกฎหมายใดที่อาจบังคับใช้ได้แก่คดี ศาลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐอำนาจผู้ได้รับ มอบอำนาจโดยชอบธรรม จะใช้อำนาจนิติบัญญัติลำดับรอง (Deputy Legislation) สร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อตัดสินข้อพิพาท โดยศาลจะให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาโดยคำนึงถึงการประนีประนอมระหว่าง ประโยชน์ที่ขัดแย้งกันของคู่ความแต่ละฝ่าย นิติวิธีเช่นนี้เป็นที่นิยมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กลุ่มแรก โกล-อเมริกัน ซึ่งศาลมีบทบาทสำคัญในการวางแผนบริหารด้านอันประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายทั้ง ระบบ อำนาจดุลยพินิจที่ใช้โดยศาลตามแนวคิดของยาร์ทจึงเกี่ยวข้องกับนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Policy) อย่างเลี่ยงไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ในคดีที่ไม่มีกฎหมายหรือบทบัญญัติที่บังคับใช้อยู่รองรับ ศาลจึง ต้องให้เหตุผลประกอบการใช้ดุลยพินิจโดยพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับจากการตัดสินของศาล คำพิพากษาของศาลจึงต้องประกอบด้วยเหตุผลทางการเมือง สังคม หรือหลักศิลธรรมอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือ กฎหมายที่มีอยู่อย่างเดียว ทั้งนี้เพื่อให้ผู้คนในสังคมยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมาย ทำให้ระบบกฎหมาย สามารถดำรงอยู่ได้ หลักกฎหมายที่วางขึ้นใหม่โดยศาลนั้นสมบูรณ์และบังคับใช้ได้เนื่องจากศาลเป็นผู้ทรง อำนาจนิติบัญญัติลำดับรองตามทัศนะของยาร์ท

<sup>42</sup> HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1961) 124; Paul Edwards, ‘Problems of the Philosophy of Law’ (1967) 6 ENCYC. OF PHILOSOPHY 264.

## 5.2. แนวคิดของ Ronald Dworkin ว่าด้วยหน้าที่ของศาลในการค้นหาหลักการในระบบกฎหมายเพื่อพิจารณาตัดสินคดี

ในงานเขียนเรื่อง *Hard Cases*<sup>43</sup> ดอร์คินปฏิเสธแนวคิดอันเป็นที่ยอมรับว่าด้วยการใช้อำนาจดุลยพินิจโดยศาลเพื่อสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อปรับใช้แก่คดีคดีลุ่มเครือดังกล่าว แนวคิดเช่นว่าตั้งอยู่บนสมมติฐานว่าศาลจะสร้างหลักกฎหมายใหม่มาปรับใช้แก่คดีโดยอ้างอิงเหตุผลเสมอ กับที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้ในการตัดสินใจออกกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ หรือที่การที่ศาลทำหน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมายลำดับรอง (Deputy Legislator)<sup>44</sup>

แนวคิดว่าด้วยการพิจารณาอุรุคดีของดอร์คินให้ความสำคัญกับบทบาทของศาลในการนำหลักการ (Principles) อันเป็นหลักเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายที่ทางกฎหมายมาปรับใช้ในการตัดสินคดี โดยดอร์คินปฏิเสธว่าศาลไม่สามารถใช้อำนาจดุลยพินิจโดยอิสระ ปราศจากพันธะใด ๆ ทางกฎหมาย (Strong Discretion) เพื่อการตัดสินคดีที่กฎหมายมีความคดีไม่ได้<sup>45</sup> ตรงกันข้ามกับแนวคิดของอาร์ทซ์ที่ให้ความสำคัญกับการใช้อำนาจดุลยพินิจของศาลในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ในลักษณะเดียวกับผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ<sup>46</sup>

ดอร์คินเห็นว่าในการพิจารณาตัดสินอุรุคดี ผู้พิพากษาต้องพิจารณาให้น้ำหนักในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (Individual Rights) มากกว่าการสนองประโยชน์ส่วนรวมนโยบาย (Policy) โดย Rolf Sartotius ผู้มีจุดยืนเดียวกันกับดอร์คินในเรื่องนี้อธิบายว่า ‘คุ้มครองซึ่งปรากฏตัวต่อหน้าศาลมิได้มาของความเห็นใจจากผู้มีพระคุณ แต่มาเรียกร้องเพื่อให้มีการตัดสินขึ้นมาในข้อโต้แย้งเรื่องสิทธิที่เข้าพึงมิโดยชอบด้วยกฎหมาย’<sup>47</sup> ดอร์คินยืนยันว่าผู้พิพากษาต้องพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดให้ครบถ้วน เสียก่อนจึงจะสามารถตัดสินว่าคุ้มครองผู้มีสิทธิได้ฝ่ายหนึ่งมิสิทธิที่กฎหมายรับรองตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ โดยคำตوبอที่อ้างอิงเหตุผลจากหลักการที่ถูกต้องจะนำไปสู่คำตوبอที่ถูกต้องคำตوبอเดียวกับคดีนั้น ด้วยเหตุนี้ คุ้มครองผู้มีสิทธิจึงมี ‘สิทธิในการชนะคดี’ ตามกฎหมายเสมอ ศาลจึงไม่อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยอ้างอิงเหตุผลเชิงนโยบายจากการซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ต่าง ๆ ทางสังคมที่ขัดแย้งกัน แต่ศาลมีหน้าที่ตัดสินคดีตามหลักการซึ่งเป็นส่วนสำคัญของระบบกฎหมาย และปรับใช้หลักการเหล่านั้นอย่างสม่ำเสมอในคดีที่ข้อเท็จจริงขึ้นไปในแนวทางเดียวกัน ศาลจึงจะสามารถทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิที่ปัจเจกชนมิได้อย่างแท้จริง นอกจากนี้ สิทธิของปัจเจกชนซึ่งมีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายไม่อาจถูกลิตรอนได้แม้เพื่อประโยชน์

<sup>43</sup> R. Dworkin, 'Hard Cases' (1975) 88 HLR 1057, 1058; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) 82.

<sup>44</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) 82.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> R. Sartorius, 'Social Policy and Judicial Legislation' (1971) 8(2) American Philosophical Quarterly 153.

สาธารณสุข เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นอย่างยิ่ง<sup>48</sup> ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงไม่สามารถให้น้ำหนักของเหตุผลทางนโยบายมากกว่าเหตุผลทางหลักการที่รับรองสิทธิของปัจเจกชนอยู่ได้

บทบาทของศาลในทรัพนจะของดอร์คินสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความเป็นอิสระในการทำค้าพิพากษาของศาล โดยศาลไม่จำต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่คุ้มครองความแต่ละฝ่ายอาจได้รับ หรือเสียไปเนื่องจากคำตัดสินของศาล หากแต่ศาลเพียงต้องพิจารณาหลักการที่รับรองสิทธิของคุ้มครอง และพิพากษายืนยันว่าคุ้มครองสิทธิเช่นว่านั้นอยู่แล้วโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนผ่านการใช้อำนวยความยุติธรรมโดยการตัดสินคดี ในขณะที่หน้าที่กระทำการเพื่อแบ่งสรรประโยชน์ต่าง ๆ ให้ผู้คนในสังคมได้รับอย่างเท่าเทียมนั้นเป็นหน้าที่ของผู้บริหารซึ่งมีความเชี่ยวชาญในการดำเนินนโยบายอยู่แล้ว

6. บทวิเคราะห์คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยูโรเปี้ยวกับสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฟ้าตัวตามทฤษฎีของ H.L.A. Hart และ Ronald Dworkin

6.1. วิเคราะห์คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตามทฤษฎีของ H.L.A. Hart

#### 6.1.1. แนวคิดว่าด้วยอำนาจของศาลในการสร้างหลักกฎหมาย

แนวคิดของยาารทที่ศาลสามารถสร้างหลักกฎหมายโดยใช้ดุลยพินิจเพื่อแก้ไขปัญหาทางกฎหมายได้นั้นสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีปัญหาที่ขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการฟ่าตัวด้วยได้ จากการที่ประชาชนไม่ยอมรับการจำกัดสิทธิดังกล่าวโดยรัฐซึ่งเห็นได้จากการที่มีคดีความขึ้นสู่ศาลมากมายประกอบกับที่ผ่านมายังไม่เคยปรากฏคำพิพากษาที่ชัดเจนเกี่ยวกับการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว และแม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องแต่ยังสามารถตีความได้หลายนัยหรือมีความขัดแย้งกันอยู่ ดังนั้น เมื่อไม่เคยปรากฏว่ามีหลักกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้ ศาลจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อยุติปัญหา อย่างเช่น การที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECtHR) ให้ความสำคัญต่อข้อ 8 แห่งการให้ความสำคัญกับข้อ 2 ในคดี *Gross v. Switzerland* เนื่องจากข้อ 8 แห่งอนุสัญญาฯนั้นมีความยืดหยุ่นในการตีความมากกว่าทำให้สามารถครอบคลุมถึงสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตของตนเองรวมถึงสิทธิในการตายนอย่างสมศักดิ์ศรีได้ นอกจากนี้ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการตายนี้มีความขัดแย้งและไม่ชัดเจน การมุ่งเน้นที่ข้อ 8 ทำให้ศาลสามารถใช้ 'ดุลยพินิจ' ใน การสร้างหลักกฎหมายใหม่เพื่อยุติปัญหาและตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพเป็นการสอดคล้องกับแนวคิดของยาารทในส่วนของบทบาทของศาลในการสร้างหลักกฎหมายในกรณีที่มีความขัดแย้งหรือความไม่ชัดเจนในกฎหมายที่เป็นอยู่ อีกทั้งการใช้ดุลพินิจของศาล ในกรณีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ได้ละทิ้งศีลธรรมออกไปเสียทั้งหมด เพราะหากหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น ไม่ได้ยึดโยงกับศีลธรรมอันดียอมอาจทำให้ประชาชนไม่ยอมรับคำตัดสินของศาล

<sup>48</sup> Michigan Law Review, 'Dworkin's "Rights Thesis"' (1976) 74 Mich.L.Rev. 1174.

### 6.1.2. แนวคิดว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอยู่ต่างจากกฎหมายที่ควรจะเป็น

ประเทศไทยในยุโรปไม่ได้ให้การรองรับในสิทธิในการตาย หรือแม้ว่าจะมีการยอมรับสิทธิดังกล่าวแต่ยังคงมีข้อจำกัดอยู่มาก many ใจประชาชนเกิดการตั้งคำถามในสิทธิดังกล่าวว่าแท้จริงแล้วตนมีสิทธิดังกล่าวมากน้อยเพียงใด หรือแท้จริงแล้วทุกคนล้วนมีหน้าที่ต้องอยู่เพื่อรักษาโดยสิทธิดังกล่าวถูกจำกัดไว้จนแทบไม่เหลือ ข้อสังสัยดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายที่เป็นอยู่นี้ไม่สามารถนำมาใช้กับสถานการณ์ในปัจจุบันได้อีกต่อไป เนื่องจากความล้าสมัยและไม่แปรเปลี่ยนไปตามสังคมที่มีการวิวัฒนาการ ยกตัวอย่าง คดีของ *Pretty v. United Kingdom* ที่ผู้ฟ้องร้องต้องการจะจบชีวิตของตนเองแต่ไม่สามารถกระทำได้เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมาย อีกทั้งยังไม่สามารถร้องขอให้บุคคลอื่นช่วยเหลือตอนองในกรณีที่ต้องหายใจไม่ได้ เพราะณ ขณะนั้นยังคงไม่มีการรองรับในเรื่องของสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการช่วยหายใจ คดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า บุคคลที่ต้องการจบชีวิตตนเองอาจรู้สึกว่าตนเองมีหน้าที่ในการต้องมีชีวิตอยู่ต่อไป หรืออีกนัยคือรักษาบังคับให้ประชาชนมีหน้าที่ในการต้องมีชีวิตอยู่ กลับกลายเป็นว่าสิทธิและเสรีภาพที่สามารถเลือกในการมีชีวิตอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีนั้นเป็นหน้าที่บุคคลจะต้องปฏิบัติไปโดยปริยาย ศาลเมืองน้ำที่ในการหากฎหมายที่ควรจะเป็นเพื่อแก้ไขกฎหมายที่เป็นอยู่นี้

ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถอธิบายได้ว่า เหตุที่ศาลเมืองน้ำที่การปรับใช้ข้อ 8 แทนการปรับใช้ข้อ 2 เนื่องจากหากอ้างอิงข้อ 2 ที่บัญญัติถึงเรื่องสิทธิในการมีชีวิต (Right to Life) โดยทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิตและอยู่รอดโดยที่รักษาต้องเข้ามาป้องกันการถูกพิราบชีวิตไป ดังนั้น จึงไม่อาจรวมเรื่องสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการช่วยหายใจเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิดังกล่าวด้วย และรักษาสามารถอ้างได้ว่า การที่รักษาไม่อนุญาตให้มีการช่วยเหลือในการช่วยหายใจเป็นเพียงต้องป้องกันป้องประชาชนจากการถูกพิราบชีวิตอันเป็นหน้าที่ของรักษาอย่างไรก็ตาม หากศาลใช้ดุลพินิจตัดสินว่า สิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งตามสิทธิในข้อที่ 2 เช่นนี้ย่อมไม่ใช่การส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของปวงชนแต่เป็นการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตของบุคคลจากการแทรกแซงของรักษา

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของข้อ 8 แห่งอนุสัญญาฯ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและครอบครัว (Right to Respect for Private and Family Life) ที่เป็นเรื่องความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่สามารถกำหนดแนวทางการชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรี ดังนั้น สิทธิดังกล่าวสามารถขยายความถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการช่วยหายใจได้ การปรับใช้ข้อ 8 เพื่อคุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับการตายอาจถูกพิจารณาว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในบริบทของคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวและความเสรีภาพของบุคคล เช่นนี้รักษาจึงไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงได้ และต้องรองรับสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการช่วยหายใจแก่ประชาชน ยกตัวอย่าง คดี *Gross v. Switzerland* ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ได้วินิจฉัยว่า บุคคลที่สามารถตัดสินใจได้อย่างมีสติควรได้รับอนุญาตให้ตัดสินใจว่าจะยุติชีวิตของตน การที่รักษาไม่ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติอันมีผลทางกฎหมายที่ชัดเจนและมีประสิทธิภาพนั้นจึงเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวในการเลือกเวลาและวิธีการตายของตนเองได้และขัดต่อข้อ 8 แห่งอนุสัญญาฯ จากกรณีดังกล่าวจึงสะท้อนให้เห็นว่าหลักกฎหมาย

เดิมที่เป็นอยู่นั้นไม่สามารถตอบสนองความต้องการและเจตจำนงของประชาชนได้ ศาลซึ่งเป็นผู้มีบทบาทในการสร้างหลักกฎหมายจึงต้องหากฎหมายที่ควรจะเป็นเพื่อนำมาแก้ไขกฎหมายที่เป็นอยู่

## 6.2. วิเคราะห์คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตามทฤษฎีของ Ronald Dworkin

หากพิเคราะห์แนวทางในการทำคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปผ่านแนวคิดของดอร์คินแล้ว เห็นได้ว่าศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน อันเป็นสิทธิส่วนบุคคล (Individual Right) ซึ่งปัจเจกชนมีอยู่ชอบด้วยกฎหมายและติดตัวมาตั้งแต่เกิด ปัจเจกชนทุกคนพึงได้รับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามที่ตนมี การพิจารณาตัดสินของศาลฯ จึงยึดโยงอยู่กับหลักการอันเป็นที่มาแห่งสิทธิตามข้อต่าง ๆ แห่งอนุสัญญา เป็นสำคัญ โดยเมื่อพิจารณาหลักการเบื้องหลังข้อ 2 เทียบกับข้อ 8 ของอนุสัญญา จะเห็นได้ว่าหลักการของข้อ 2 คือการบังคับให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิในการมีชีวิต (Right to Life) ของปัจเจกชน โดยรัฐมีหน้าที่กระทำการเพื่อป้องกันมิให้บุคคลได้ถูกพิราบชีวิตโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่ข้อ 8 คำนึงถึงหลักการว่าด้วยอัตตานิส่วนบุคคล (Personal Autonomy) ของปัจเจกชน

ซึ่งรัฐมีหน้าที่ในการดูแลไม่กระทำการอันเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการใช้ชีวิตของส่วนตัวของปัจเจกชน เนื่องจากปัจเจกชนซึ่งเป็นมนุษย์ยอมสามารถคิดและตัดสินใจในการใช้ชีวิตของตนเองได้อย่างมีเหตุผลและศักดิ์ศรีที่มีในฐานะมนุษย์

เมื่อข้อบัญญัติในอนุสัญญา ตั้งอยู่บนหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเป็นสำคัญ และตามแนวคิดของดอร์คิน สิทธิของปัจเจกชนไม่อาจถูกลิตรอนเพื่อสนองเหตุผลทางนโยบายหรือประโยชน์สาธารณะ จึงอธิบายได้ว่าศาลฯ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมิได้ให้น้ำหนักในเรื่องหน้าที่ของรัฐตามข้อ 2 ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐสามารถย่อกระทำการภายใต้หน้าที่แห่งดุลยพินิจเพื่อกำหนดนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับ RAS โดยพิจารณาปักป้องมิให้บุคคลถูกพิราบชีวิตโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมที่จะเกิดขึ้นในรัฐสามารถย่ออยู่แล้ว สอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ตามข้อ 2 ศาลฯ จึงไม่เข้าไปตรวจสอบว่าแต่ละรัฐสามารถได้ออกกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิ RAS หรือไม่ เพราะรัฐมีหน้าที่ปกป้องชีวิต หากรัฐไม่รับรองสิทธิดังกล่าวก็ไม่ผิดหน้าที่ตามข้อ 2 และหากรัฐยินยอมให้ปัจเจกชนมีสิทธิ RAS รัฐก็จะออกกฎหมายมารับรองสิทธิดังกล่าว การที่บุคคลใช้สิทธิในการจบชีวิตตาม RAS จึงไม่เป็นการถูกพิราบชีวิตโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ประเด็นเรื่องการผิดหน้าที่ของรัฐตามข้อ 2 จึงมิใช่ประเด็นที่ศาลฯ ให้ความสำคัญ เพราะการที่รัฐให้หรือไม่ให้สิทธิ RAS นั้นเป็นเหตุผลทางนโยบายซึ่งแสดงออกผ่านกระบวนการนิติบัญญัติในแต่ละรัฐเอง ซึ่งย่อมมีการพิจารณาและต่อรองกันระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ผ่านกลไกทางระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยมาแล้ว จึงมิใช่หน้าที่และวัตถุประสงค์ของศาลสิทธิมนุษยชนฯ ในการตรวจสอบการกระทำการทางนโยบายของรัฐสามารถ

อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลฯ มีเขตอำนาจและวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสามารถหรือไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแล้ว ศาลจึง

ขอบที่จะตรวจสอบในเชิงกระบวนการการเข้าสิทธิ RAS ในกรณีที่กฎหมายของรัฐรับรองให้มีได้ ศาลจึงให้น้ำหนักกับหน้าที่ของรัฐตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา เป็นพิเศษ เนื่องจากสิทธิ RAS เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิต ส่วนตัวซึ่งปัจเจกชนพึงได้รับการคุ้มครองตามข้อ 8 ศาลจึงใช้อำนาจเพื่อตรวจสอบว่ารัฐได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวของปัจเจกชนหรือไม่ อาทิ การที่รัฐสมาชิกไม่จัดให้มีกระบวนการทางกฎหมายชัดเจน และมีประสิทธิภาพสำหรับใช้สิทธิ RAS ซึ่งกฎหมายของรัฐรับรองไว้ ศาลตัดสินว่าเป็นรัฐมิได้ดำเนินการตามสมควรเพื่อการคุ้มครองสิทธิในชีวิตส่วนตัวของปัจเจกชนตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิ RAS นั้น เป็นสิทธิของปัจเจกชนซึ่งรัฐจะจำกัดสิทธิส่วนบุคคลที่มีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายได้เฉพาะกรณีจำเป็นอย่างยิ่งและโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ศาลจึงให้ความสำคัญกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในคดีเรียกร้องสิทธิ RAS ภายใต้กรอบของข้อ 8 มากกว่า เนื่องจากเป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนอันเป็นหน้าที่และวัตถุประสงค์หลักของศาลฯ โดยสิทธิของปัจเจกชนดังกล่าวไม่อาจถูกลิดรอนได้แม้รัฐจะอ้างเหตุผลเชิงนโยบาย อาทิ ข้อมูลทางการแพทย์ เศรษฐกิจ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เหตุผลทางนโยบายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ และไม่อาจมีน้ำหนักเหนือเหตุผลทางหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่รับรองไว้โดยกฎหมาย ตามทฤษฎีของดอร์คิน ศาลจึงให้เหตุผลตามหลักการ (Principles) ประกอบคำตัดสินเพื่อคุ้มครองสิทธิ RAS ซึ่งกฎหมายของแต่ละรัฐบัญญัติรองรับไว้ โดยว่างบบทัดฐานว่ารัฐควรที่ยอมรับสิทธิ RAS ต้องจัดให้มีกระบวนการเข้าถึงสิทธิที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิสามารถเข้าถึงและใช้สิทธิที่ตนมีโดยชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อให้รัฐกระทำการตามหน้าที่ในการเคารพสิทธิในการใช้ชีวิตส่วนตัวของบุคคลตามวัตถุประสงค์ของข้อ 8 แห่งอนุสัญญา

### 6.3. จุดเด่นและข้อจำกัดของการปรับใช้ทฤษฎีของ H.L.A. Hart และ Ronald Dworkin ต่อกรณีการทำคำพิพากษาโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

#### 6.3.1. จุดเด่นและข้อจำกัดของการปรับใช้ทฤษฎีของ H.L.A. Hart

ทฤษฎีว่าด้วยระบบแห่งกฎหมายของอาร์ททั้งอยู่บนฐานความคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมเชิงประจักษ์ (Empirical-Positivist) ซึ่งมุ่งอธิบายการมีอยู่และผลบังคับใช้ของกฎหมายโดยอาศัยฐานความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์เชิงจำเป็นระหว่างกฎหมายและข้อเท็จจริง (Inseparability of Law and Fact) ตาม Reductive Thesis<sup>49</sup> ซึ่งstateท่อนให้เห็นผ่านข้อความคิดเรื่องกฎหมายที่ว่าด้วยการรับรู้ (Rule of Recognition) อันเป็นกฎหมายสำคัญเพื่อยืนยันถึงการมีอยู่ของกฎหมายที่ปฐมภูมิ stateท่อนให้เห็นว่าการรับรู้โดยเจ้าหน้าที่รัฐเป็นองค์ประกอบสำคัญเพื่อยืนยันความสมบูรณ์ของกฎหมายที่ในระบบกฎหมาย ศาลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจโดยชอบธรรมจึงทำหน้าที่สร้างหลักกฎหมายเพื่อปรับใช้ในคดีคุกคุกเครือ

การนำแนวคิดของอาร์ทมาปรับใช้กับคดีดังกล่าวนั้นมีจุดเด่นในแง่ที่สามารถตอบปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขซึ่งของบบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรได้อย่างชัดเจน โดยให้ศาลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้

<sup>49</sup> H. Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory* (Clarendon Press 1992) xxvi.

ยืนยันรับรองกฎหมายที่ป้องกันภัยในกรณีที่มีข้อสงสัย ซึ่งมีความสอดคล้องกับการทำงานของศาลสิทธิมนุษยชน ยุโรปในแต่ละด้าน กระทำการบนพื้นฐานของการได้รับความยินยอมโดยรัฐภาคี และรัฐภาคียอมรับให้คำพิพากษามีผลผูกพันตน กรณีมีข้อสงสัยในคดีพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน จึงชอบที่จะให้ศาลฯ ผู้กระทำการในทำนองเดียวกันกับเจ้าหน้าที่รัฐตามแนวคิดของอาร์ท เป็นผู้วางหลักการสำหรับการตีความข้อบทในอนุสัญญา หรือเป็นผู้วางหลักกฎหมายและพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ต่อไป

อีกทั้งทฤษฎีของอาร์ทยังช่วยให้การใช้กฎหมายสามารถปรับตัวเข้ากับสถานการณ์ใหม่ที่มีความซับซ้อนและต้องการการพิจารณาในหลากหลายมิติ โดยหลักกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นใหม่นี้สามารถตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในยุคปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม การที่ศาลฯ นำข้อ 8 แห่งอนุสัญญา มาใช้ในการให้สิทธิในการช่วยเหลือในการช่าตัวตายนั้นเป็นการเปิดทางให้มีการพิจารณาในเรื่องสิทธิมนุษยชน และจริยธรรมในมิติใหม่ ซึ่งช่วยให้กฎหมายสามารถรองรับประเด็นปัญหาทางสังคมที่ซับซ้อนได้ดียิ่งขึ้น และการสำคัญ คือ หากศาลฯ ตัดสินให้สิทธิในการช่วยเหลือในการช่าตัวตายนั้นเป็นสิทธิที่รัฐต้องรับรองนั้นได้สะท้อนให้เห็นถึงการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ป่วยมีความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงและต้องการเลือกทางเลือกที่เหมาะสมกับตนเอง การให้สิทธิดังกล่าวช่วยเสริมสร้างความเคารพต่อความต้องการและความเป็นอิสระของบุคคล ดังนั้น การตัดสินเช่นนี้จึงเป็นการตอบสนองต่อความต้องการที่แท้จริงของผู้ป่วยและเสริมสร้างความเป็นธรรมในระบบกฎหมาย

อย่างไรก็ตี ทฤษฎีของอาร์ทมีข้อจำกัดในเรื่องอำนาจกระทำการในเชิงสร้างสรรค์ของศาลฯ การปรับใช้ทฤษฎีนี้อาจนำไปสู่ความไม่แน่นอนในระบบกฎหมาย เนื่องจากหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาสร้างขึ้นอาจเปลี่ยนแปลงไปตามความคิดเห็นของผู้พิพากษาต่าง ๆ ในแต่ละช่วงเวลา ซึ่งอาจทำลายความยั่งยืนและเสถียรภาพของระบบกฎหมาย และความเสี่ยงอีกประการหนึ่ง คือ ความยุติธรรมที่ไม่เสมอภาค การที่ผู้พิพากษามีอำนาจในการสร้างกฎหมายอาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการตัดสินคดีเนื่องจากอคติหรือความคิดเห็นส่วนตัวที่แตกต่างกันไป นอกจากนี้ การใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษายังเป็นการยากที่จะตรวจสอบและกำกับดูแล ทำให้เกิดความเสี่ยงในการใช้อำนาจในทางที่ไม่เหมาะสม

นอกจากนี้ โดยลักษณะคดีพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนอันตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ การใช้อำนาจโดยศาลฯ เพื่อทำคำพิพากษาตัดสินจึงย่อมมีพันธะทางกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎหมายที่รือบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรผูกพันอยู่อย่างเลี่ยงไม่ได้ อथิ กฎหมาย Jarvis ประเทศหรือประเทศใดก็ตาม ตลอดจนวัตถุประสงค์และแนวทางปฏิบัติขององค์กร ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงไม่สามารถกระทำการในเชิงสร้างสรรค์เพื่อยุติข้อพิพาทตามแนวคิดของอาร์ทได้ในทางข้อเท็จจริง ทั้งนี้ เนื่องจากการอธิบายระบบกฎหมายตามแนวคิดของอาร์ททบทวนความคิดตาม Reductive Thesis ไม่สามารถอธิบายการมีอยู่ของปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งมีได้จริงอยู่ในฐานะของกฎหมาย แต่มีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผูกพันการคำพิพากษาของศาลฯ ในคดีต่าง ๆ ดังกล่าว

### 6.3.2. จุดเด่นและข้อจำกัดของการปรับใช้ทฤษฎีของ Ronald Dworkin

ระบบกฎหมายตามแนวคิดของดอร์คินตั้งอยู่บนฐานความคิดที่อาศัยความสัมพันธ์เชิงจำเป็นระหว่างกฎหมายและหลักศีลธรรม (Morality Thesis)<sup>50</sup> โดยดอร์คินยืนยันในทฤษฎีว่าด้วยหลักการ (Principles) ซึ่งเป็นหลักการอันอยู่เบื้องหลังกฎหมายที่หรืออบทบัญญัติทางกฎหมาย ซึ่งประกอบขึ้นเป็นส่วนสำคัญของระบบกฎหมายทั้งระบบ

การนำทฤษฎีของดอร์คินมาปรับใช้แก่กรณีดีเรียกร้องสิทธิในการเข้าตัวตายโดยได้รับการช่วยเหลือจึงสอดคล้องกับการดำเนินงานของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งยึดอยู่บนหลักการ (Principles) เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งปัจเจกชนได้รับการรับรองโดยชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีของดอร์คินมีข้อจำกัดในแง่ของการอธิบายการตัดสินใจทางกฎหมายโดยศalaลซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการ ทั้งนี้ เนื่องจากทฤษฎีของดอร์คินยังคงยึดโยงอยู่กับฐานความคิดซึ่งอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและข้อเท็จจริง (Reductive Thesis)<sup>51</sup> ในทำนองเดียวกับสารท โดยกฎหมายตามที่ระบุนั้นของดอร์คินจะสมบูรณ์และมีผลบังคับใช้ตามข้อเท็จจริงที่แสดงออกในโลกแห่งความเป็นจริง มิใช่ตามหลักการซึ่งดำรงอยู่แยกต่างหากจากระบบกฎหมายที่เป็นหลักการสากลหรือเป็นนิรันดร์ดังเช่นแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งอ้างอิงอาศัย Normatively Thesis ซึ่งปฏิเสธความสัมพันธ์เชิงจำเป็นระหว่างกฎหมายและข้อเท็จจริง (Separability of Law and Fact)<sup>52</sup> เช่นนี้ หากเมื่อกฎหมายที่ทางกฎหมายซึ่งปราศอยู่ในทางข้อเท็จจริงยอมรับให้คำพิพากษานั่น ๆ ของศาลเมื่อผลผูกพัน แม้ว่าศาลจะได้ตัดสินไปตามหลักการที่มิอยู่ในระบบกฎหมายตามแนวคิดของดอร์คิน แต่ทฤษฎีของดอร์คินจะสามารถอธิบายได้เพียงว่าคำพิพากษาดังกล่าวมิได้อ้างอิงเหตุผลตามหลักการ แต่ไม่สามารถยืนยันว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ประการใด

## 7. บทสรุป

เมื่อพิจารณาคำตัดสินของศาลฯ ผ่านแนวคิดของสารทในการตีความกฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการที่ศาลใช้คุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ เป็นอันปราภูมิให้เห็นได้ว่า การกระทำของรัฐในกรณีนี้ไม่ใช่การส่งเสริมสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนในการตัดสินใจและการใช้ชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี อีกทั้งประชาชนส่วนใหญ่ไม่ยอมรับการถูกจำกัดสิทธิ์ดังกล่าวโดยการแสดงออกผ่านการนำคดีขึ้นสู่ศาล ด้วยเหตุนี้ ศาลมนุษยชนยุโรปจึงได้ขยายความสิทธิความเป็นอยู่ส่วนบุคคลตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา ให้ครอบคลุมถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในการเข้าตัวตาย การขยายความสิทธิส่วนบุคคลในลักษณะนี้ของศาลมนุษยชนยุโรปจะท่อนให้เห็นถึงการสร้างหลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลและได้รับการยอมรับจากสังคม ดังนั้น การ

<sup>50</sup> H. Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory* (Clarendon Press 1992) xxiv.

<sup>51</sup> H. Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory* (Clarendon Press 1992) xxv.

<sup>52</sup> Ibid.

สร้างหลักกฎหมายของศาลจึงไม่เพียงแต่ต้องอาศัยการตีความกฎหมายที่มีอยู่ แต่ยังต้องพิจารณาถึงการยอมรับจากสังคมและเหตุผลทางศีลธรรมด้วย

เมื่อพิจารณาคำตัดสินของศาลฯ ตามแนวคิดของดอร์คิน เห็นได้ว่าศาลฯ ยึดมั่นในหน้าที่และวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิของปัจเจกชน ศาลจึงมีได้ให้ความสำคัญกับข้อ 2 แห่งอนุสัญญา อันเป็นหลักการว่าด้วยหน้าที่ของรัฐภายใต้กฎหมายที่แห่งดุลยพินิจของรัฐสมาชิก และเป็นเหตุผลทางนโยบายซึ่งแสดงออกผ่านกลไกทางนิติบัญญัติ แต่ศาลฯ ย่อมมีอำนาจตรวจสอบว่ารัฐภาคีที่รับรองสิทธิตั้งกล่าวได้โดยกำหนดเงื่อนไขเชิงกระบวนการเพื่อเข้าถึงและการใช้สิทธิไว้อย่างชัดเจนมีประสิทธิภาพเพียงพอหรือไม่ หากรัฐมิได้กระทำการดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นรัฐผิดหน้าที่ของรัฐในการเดินทางสิทธิในการใช้ชีวิตส่วนบุคคลตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญา ศาลฯ จึงให้เหตุผลประกอบคำตัดสินโดยให้ความสำคัญกับเงื่อนไขที่รัฐกำหนดไว้เพื่อการเข้าถึงสิทธิตั้งกล่าว ซึ่งเป็นการให้เหตุผลตามหลักการ (Principles) เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิส่วนบุคคล (Individual Rights) ซึ่งในที่สุดของดอร์คินเหตุผลอันอาศัยหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนนั้นไม่อาจถูกลิตรอนได้ด้วยการอ้างเหตุผลทางนโยบาย (Policy) อันมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

แนวคิดของhaarทและดอร์คินสามารถใช้อธิบายการคำพิพากษาตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดีที่มีความคลุมเครื่องในการบังคับตามกฎหมายที่ในอนุสัญญา ได้ทั้งสองทฤษฎี หากแต่แนวคิดทั้งสองแต่เมื่อความแตกต่างในมุมมองเรื่องการใช้อำนาจของศาล โดยhaarทให้ความสำคัญกับการใช้ดุลยพินิจโดยอิสระของศาล ในขณะที่ดอร์คินมุ่งเน้นไปที่หน้าที่ของศาลเพื่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเป็นสำคัญ การให้เหตุผลที่แตกต่างกันซึ่งอาจใช้อ้างอิงเพื่อสนับสนุนบรรทัดฐานทางกฎหมายเดียวกันได้เป็นสิ่งที่พึงทราบก็ถึงใน การศึกษาวิชานิติปรัชญา เนื่องจากความคลาดเคลื่อนของผลลัพธ์ซึ่งเกิดจากการปรับใช้ทฤษฎีในทางปฏิบัติ เกิดขึ้นได้เสมอ ตลอดจนมุมมองที่แตกต่างกันในเรื่องการใช้อำนาจศาลอาจมีผลต่อคดีในใจของผู้พิพากษา และการทำคำพิพากษาตัดสินซึ่งมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนได้

การฆ่าตัวตายด้วยความช่วยเหลือและการการการรุณยาต:  
ฆาตกรรมหรือความเมตตา?  
มองผ่านสำนักกฎหมายธรรมชาตินิยม สำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม  
และสำนักประวัติศาสตร์นิยม

Assisted Suicide and Euthanasia: Murder or Mercy?  
Natural Law School vs Legal Positivism vs Historical School

ตรีชฎา บุญจันทร์

*Threechada Boonchan*

ปวัตตันสวัสดิ์ สวัสดิ์วัตต์

*Pawattanasvas Svasti*

ณพลดे�ช มณีลังกา

*Napoldech Manilanga*

จิณณ์ชิภา บุญภูมิ

*Jintipa Boonpoom*

วัชรอมน อนันตคุล

*Watcharamon Anuntagool*

ชวัญชนก อุ่นออก

*Khuanchanok Aunok*

จุลเดช แจ้งจิรภัท

*Juladej Changjirapat*

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ภาคบัณฑิต)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B Candidates

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

Corresponding author Email: [threechada314@gmail.com](mailto:threechada314@gmail.com)

(Received: July 12, 2024; Revised: September 9, 2024; Accepted: October 31, 2024)

## บทคัดย่อ

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายห้ามทั้งหมดในโลกยอมรับให้การรุณยาตเชิงรับ (Passive Euthanasia) เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายรวมทั้งประเทศไทย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่ได้ยั่นเวลาตายตามธรรมชาติแต่เป็นการ

ปล่อยให้ตายตามธรรมชาติโดยไม่มีดีเวลาออกไป (ไม่ยืด ไม่ย่น) ในขณะที่การรุณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) และการฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของผู้อื่น (Assisted Suicide) ซึ่งเป็นการกระทำที่ย่นระยะเวลาตายตามธรรมชาติเข้ามาให้เร็วขึ้นนั้นได้รับการยอมรับให้กระทำได้ในบางประเทศเท่านั้น โดยต้องได้รับความยินยอมจากผู้ประ拯救ที่จะจบชีวิตและยังไม่ได้รับการยอมรับให้กระทำได้ในประเทศไทย บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ 1) เพื่อวิวัฒน์การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่นเพื่อช่วยให้ตนจบชีวิต (Assisted Suicide) และการการรุณยฆาตเชิงรุกว่าเป็นการฆาตกรรมหรือเป็นความเมตตา (Murder or Mercy) ด้วยการอธิบายโดยใช้แนวความคิดของสำนักคิดทางนิติปรัชญา 3 สำนัก ได้แก่ สำนักกฎหมายธรรมชาตินิยม สำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม และสำนักประวัติศาสตร์นิยม 2) เพื่อนำเสนอโมเดลในการบัญญัติกฎหมายสำหรับการรุณยฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) และการรุณยฆาตเชิงรุกในผู้ที่อยู่ในสภาพผัก蒞 (Involuntary Active Euthanasia in Persistent Vegetative State, PVS Patient) จากการวิวัฒน์

**คำสำคัญ:** การรุณยฆาต, การฆ่าตัวตาย, ธรรมชาตินิยม, บ้านเมืองนิยม, ประวัติศาสตร์นิยม

## Abstract

Passive euthanasia is generally accepted worldwide, including Thailand, as the such action does not shorten the time of natural death, but allows natural death without prolonging the time (not shortening not prolonging). In contrast, active euthanasia and assisted suicide, which shorten the time to natural death, are accepted in certain countries. This action requires consent from the person wishing to end their life. Both active euthanasia and assisted suicide have still been illegal in Thailand. This article aims to 1) to discuss if active euthanasia and assisted suicide, it is a crime or mercy by explaining using the perspectives of three schools of legal philosophy, i.e., natural law school, legal positivism, and historical school, and 2) to present a model for creating legislation for voluntary active euthanasia, assisted suicide, and involuntary active euthanasia in in persistent vegetative state (PVS) patients from the discussion.

**Keywords:** Euthanasia, Suicide, Naturalism, Positivism, Historical School

## 1. บทนำ

“**Assisted Suicide**” หรือการฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (คำไทยโดยผู้เขียน) หมายถึง กระบวนการจบชีวิตของบุคคลหนึ่งด้วยยาโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น โดยทั่วไปมักเป็นผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ (Medical Professional) ในทางปฏิบัติ Assisted Suicide มีความหมายกว้างกว่า

การรุณยฆาตหรือ “Euthanasia” หรือที่รู้จักกันในคำว่า “Mercy Killing”<sup>1</sup> โดยคำว่า Euthanasia มาจากคำในภาษากรีกว่า Eu หมายถึง Good และ Thanatos หมายถึง Death แปลโดยรวมว่า การทำให้เสียชีวิตอย่างสงบโดยระบบบริการสุขภาพแห่งชาติของประเทศอังกฤษ (National Health Service, NHS) ได้ให้ความหมายของ การรุณยฆาตไว้ว่า “Euthanasia is the Act of Deliberately Ending a Person’s Life to Relieve Suffering”<sup>2</sup> กล่าวคือ เป็นการกระทำเพื่อจบชีวิตบุคคลอื่นโดยเจตนาเพื่อบรรเทาความทุกข์ทรมาน จะเห็นได้ว่า Assisted Suicide นั้นครอบคลุมถึงการฆ่าตัวตายด้วยความช่วยเหลือแม้ว่าบุคคลที่ประสงค์จะฆ่าตัวตายไม่ได้มีความทุกข์ทรมานก็ตาม

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายรับรองการใช้วิธีการการรุณยฆาตเชิงรับ (Passive Euthanasia) โดยได้รับการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ (พระบ.) สุขภาพแห่งชาติ ที่ออกเมื่อ 2550 มาตรา 12 ระบุว่า “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตจำนงไม่ประสงค์รับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดเวลาการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติความทรมานจากการเจ็บป่วยได้” แต่ยังไม่มีการรับรองให้การรุณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) ซึ่งเป็นการการรุณยฆาตโดยการให้สารหรือวัตถุเร่งให้ผู้ป่วยเสียชีวิตให้เป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่นเดียวกันกับอิกายประเทศ<sup>3</sup> ปัจจุบันมีประเทศที่รับรองให้การการรุณยฆาตเชิงรุกเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม ลักเซมเบิร์ก แคนาดา และสเปน เยอรมนี ภายใต้เงื่อนไขที่เข้มงวดบางประการและต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญ ในขณะที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้อนุญาตการช่วยตระเตรียมฆ่าตัวตาย (Assisted Suicide) นั้นกระทำได้โดย Assisted Suicide ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ไม่ได้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ เนื่องจากการช่วยตระเตรียมฆ่าตัวตายนั้นไม่ใช่ “การฆ่าตามคำขอ” เนื่องจากผู้ต้องจบชีวิตจะต้องทำการฆ่าตัวตายเองด้วยการกดปุ่มเพื่อเดินยาด้วยตนเอง กล่าวคือ เป็นผู้ลงมือจบชีวิตด้วยตนเองจึงเรียก Assisted Suicide นี้ว่า “Dignitas”<sup>4</sup>

ประเทศเกือบทั้งหมดในโลกนี้ยอมรับการรุณยฆาตเชิงรับ (Passive Euthanasia) ให้เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย (ไม่ได้ยันเวลาตายตามธรรมชาติ แต่เป็นการปล่อยให้ตายตามธรรมชาติโดยไม่มียืดเวลาออกไป [ไม่มียืดไม่ย่น]) ในขณะที่การรุณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) และ Assisted Suicide (เป็นการกระทำที่ย่นระยะเวลาตายตามธรรมชาติเข้ามาให้เร็วขึ้น) บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ 1) เพื่อวิวัฒน์การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่นเพื่อช่วยให้ตนจบชีวิต (Assisted Suicide) หรือการการรุณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) ว่าเป็นการฆ่ากรรมหรือเป็นความเมตตา (Murder or Mercy) ด้วยการอธิบาย

<sup>1</sup> L. Sue Baugh, ‘Assisted suicide’ (Encyclopedia Britannica, 21 May 2024) <<https://www.britannica.com/topic/assisted-suicide>> accessed 29 May 2024.

<sup>2</sup> ‘Euthanasia and assisted suicide’ (NHS, 12 July 2023) <<https://www.nhs.uk/conditions/euthanasia-and-assisted-suicide>> accessed 29 May 2024.

<sup>3</sup> ชนุตภรณ์ พิลาวรรณ, ‘ปัญหาการทบทวนการรุณยฆาตโดยชอบด้วยกฎหมาย’ (สำนักงานบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง) <<http://www.lawgrad.ru.ac.th/Abstracts/ClickLink/1056>> สืบค้นเมื่อ 29 พฤษภาคม 2567.

<sup>4</sup> Samia A Hurst and Alex Mauron, ‘Assisted suicide and euthanasia in Switzerland: allowing a role for non-physicians’ (2003) 326 BMJ 271.

โดยใช้แนวความคิดของสำนักคิดนิติปรัชญา 3 สำนัก ได้แก่ สำนักกฎหมายธรรมชาตินิยม สำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม และสำนักประวัติศาสตร์นิยม 2) เพื่อนำเสนอโมเดลในการบัญญัติกฎหมายสำหรับการรุณยฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) และการรุณยฆาตเชิงรุกในผู้ที่อยู่ในสภาพผัก蒞 (Involuntary Active Euthanasia in Persistent Vegetative State, PVS Patient) จำกวิวัฒนา

## 2. ทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ Assisted Suicide ในประเทศไทย

### 2.1. ความหมายของศัพท์ที่เกี่ยวข้อง

**Assisted Suicide** บางตำราใช้คำว่า Assisted Dying ซึ่งมีการให้ข้อบอกราความหมายเข่นเดียวกันกับ Assisted Suicide กล่าวคือเป็นการฆ่าตัวตายหรือจบชีวิตโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่นซึ่งเกิดขึ้นโดยสมัครใจ (Voluntary) มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “Euthanasia” (Mercy Killing หรือการรุณยฆาต) ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อจบชีวิตบุคคลอื่นโดยเจตนาเพื่อบรรเทาความทุกข์ทรมาน เนื่องจาก Assisted Suicide นั้นครอบคลุมถึงการฆ่าตัวตายด้วยความช่วยเหลือแม้ว่าบุคคลที่ประสงค์จะจบชีวิตแม้มีไม่ได้มีความทุกข์ทรมานก็ตาม

ในกรณีที่ผู้ช่วยเหลือในการจบชีวิตเป็นแพทย์ สมาคมการแพทย์อเมริกัน (American Medical Association; AMA) ใช้คำว่า “Physician-Assisted Suicide” อย่างไรก็ตาม มีการต่อต้านการใช้คำว่า Suicide ที่เปล่าว่าการฆ่าตัวตายมากขึ้น โดยนักวิจัยและแพทย์บางรายซึ่งให้เห็นว่าผู้ที่พยายามดูดชีวิตในกรณีเหล่านี้ไม่ใช่การฆ่าตัวตายแต่พวกเขายังต้องการควบคุมสภาวะและกำหนดเวลาของการเสียชีวิตของตนเองเนื่องจากโรคภัยไข้เจ็บหรือภาวะที่นำมาซึ่งความตายที่กำลังจะเกิดขึ้นในเวลาอันใกล้ยุ่งแล้ว จึงมีผู้นำเสนอให้ใช้คำศัพท์ว่า “Physician-Assisted End of Life” (การจบชีวิตโดยมีแพทย์เป็นผู้ช่วยเหลือ) หรือ “Medical Assistance in Dying (MAID)” (การช่วยเหลือทางการแพทย์เพื่อการตาย) ซึ่งเป็นการใช้สิทธิในการตาย (Right to Die) และเป็นการตายอย่างมีเกียรติและศักดิ์ศรี (Dignity in Death)<sup>5,6</sup>

**การรุณยฆาต (Euthanasia, Mercy Killing)** สามารถแบ่งประเภทด้วยการใช้หลัก 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ใช้ความสมัครใจของผู้ป่วยเป็นเกณฑ์ กล่าวคือผู้ป่วยเป็นฝ่ายร้องขอให้แพทย์ช่วยดูดยาเพื่อให้ตนเองตาย เรียกการการรุณยฆาตแบบสมัครใจ (Voluntary Euthanasia) แต่หากแพทย์ทำไปเองโดยที่มีไม่มีการร้องขอจากผู้ป่วยจะเรียกว่าการรุณยฆาตแบบไม่สมัครใจ (Involuntary Euthanasia) ประการที่ 2 ใช้ลักษณะการตายของผู้ป่วยเป็นเกณฑ์ หากแพทย์ได้ดูดยาเพื่อให้ผู้ป่วยเสียชีวิตจะเรียกว่าการรุณยฆาตทางตรง หรือการรุณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) (เป็นการย่นความตายเข้ามา) แต่ถ้าแพทย์เพียงแต่หยุดใช้เครื่องมือ

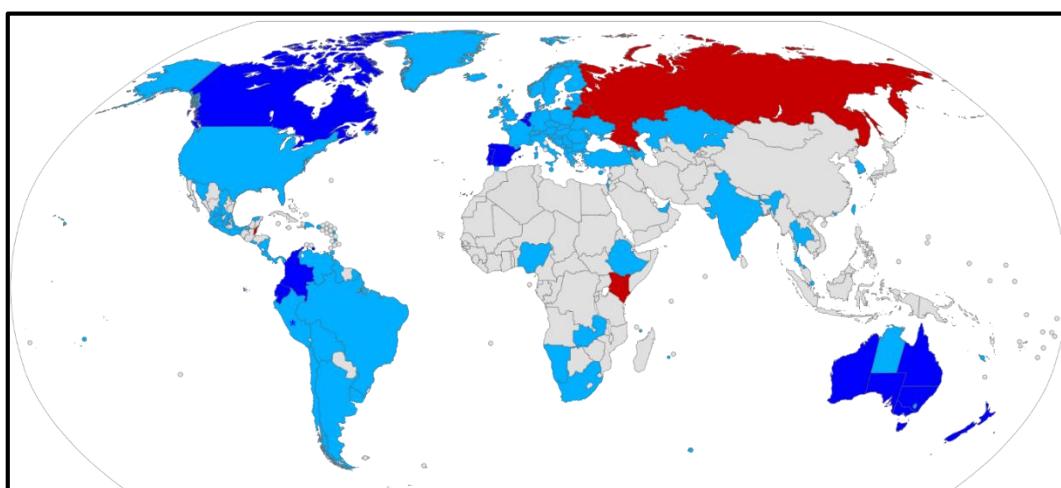
<sup>5</sup> L. Sue Baugh, ‘Assisted suicide’ (Encyclopedia Britannica, 21 May 2024) <<https://www.britannica.com/topic/assisted-suicide>> accessed 29 May 2024.

<sup>6</sup> Sandra Richardson, ‘An international expansion in voluntary euthanasia/assisted dying: The implications for nursing’ (2023) 70 International Nursing Review 117.

ช่วยชีวิตและปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตเองจะเรียกว่าการรุณยชาตทางอ้อมหรือการรุณยชาตเชิงรับ (Passive Euthanasia) (ไม่ได้ยึดชีวิต และไม่ได้ย่นความตายเข้ามา)<sup>7</sup>

## 2.2. กฎหมายเกี่ยวกับ Assisted Suicide ในประเทศต่าง ๆ

ปัจจุบันหลายประเทศได้รับรองให้การรุณยชาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) ภายใต้เงื่อนไขที่เข้มงวดบางประการและต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย เช่น เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม ลักเซมเบิร์ก แคนาดา และสเปน เยอรมนี ประเทศเหล่านี้ได้บัญญัติให้ Voluntary Active Euthanasia เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ โดยมีเพียงประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่ให้การช่วยช้ำตัวตายไม่ได้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์โดยมีบัญญัติให้การช่วยช้ำตัวตาย (Assisted Suicide) นั้นกระทำได้ ซึ่งการช่วยช้ำตัวตายนั้นไม่ใช่ “การฆ่าตามคำขอ” เนื่องจากผู้ต้องการฆ่าตัวตายต้องลงมือจบชีวิตด้วยตนเอง (รูปที่ 1 แสดงการยอมรับการรุณยชาตเป็นกฎหมายในแต่ละประเทศ)



รูปที่ 1 การยอมรับการรุณยชาตเป็นกฎหมายในแต่ละประเทศ

- ประเทศที่ให้การยอมรับการรุณยชาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) ว่าเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย (ได้แก่ Belgium, Canada, Colombia, Ecuador, Luxembourg, the Netherlands, New Zealand, Portugal, Spain, Australian States of New South Wales, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria และ Western Australia)
- ประเทศที่ให้การยอมรับการรุณยชาตเชิงรับ (Passive Euthanasia) โดยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย (ได้แก่ การปฏิเสธการรักษา (Refusal of Treatment) /การถอนเครื่องชีพ (Withdrawal of Life Support))
- ประเทศที่การรุณยชาตเชิงรุก (Active Euthanasia) เป็นสิ่งผิดกฎหมาย หรือไม่ได้มีการบัญญัติให้สามารถทำการรุณยชาตเชิงรับ (Passive Euthanasia) ไว้
- ประเทศที่ห้ามแบบของการรุณยชาตเป็นเรื่องผิดกฎหมาย

(จาก 'Legality of euthanasia' (Wikipedia The Free Encyclopedia, 16 May 2024) <[https://en.wikipedia.org/wiki/Legality\\_of\\_euthanasia](https://en.wikipedia.org/wiki/Legality_of_euthanasia)> accessed 29 May 2024)

<sup>7</sup> ดวงพร เพชรคง, 'การรุณยชาต บทความใช้เพื่อการนำออกาคากษาทางสถาบันวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา รายการเจตนารมน์กฎหมาย สำนักงานเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร' (สำนักงานเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร) <[https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/download/article/article\\_20180220094254.pdf](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/download/article/article_20180220094254.pdf)> สืบค้นเมื่อ 28 พฤษภาคม 2567.

สำหรับประเทศไทย การที่แพทย์กระทำการรุณยฆาตโดยความยินยอมจากผู้ป่วยจะได้รับการยกเว้นโทษในทางแพ่ง แต่ในทางอาญาแล้วแพทย์ไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อปฎิเสธความรับผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาได้ ดังนั้น ในการทำการรุณยฆาตเชิงรุกแบบสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) 医师จะยังต้องรับโทษทางอาญาอยู่ดี<sup>8</sup> กล่าวคือ การรุณยฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจยังเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในประเทศไทย

3. วิวัฒนาการฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) ว่าเป็นการฆาตกรรมหรือความเมตตา (Murder or Mercy) มองผ่านม่านสำนักกฎหมายธรรมชาติ สำนักนักกฎหมายบ้านเมือง และสำนักประวัติศาสตร์

### 3.1 มอง Assisted Suicide ผ่านสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School)

หากเรามอง Assisted Suicide ผ่านสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติที่คิดเห็นว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติจึงเรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) และเกิดจากธรรมชาติโดยตรงเหมือนปรากฏการณ์อื่น ๆ ของโลก ทำให้เหตุผลและศีลธรรมจึงเป็นสิ่งที่นักกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่าเป็นที่มาของกฎหมาย กฎหมาย หรือระเบียบใดที่ขัดต่อเหตุผลและศีลธรรมย่อมไม่สอดคล้องกับทางกฎหมายทั้งสิ้น นักกฎหมาย สำนักกฎหมายธรรมชาติยังเน้นย้ำถึง “ความสัมพันธ์เชิงจำเป็น” ระหว่างกฎหมาย (Law) และศีลธรรม (Morality)

ซิเชโร (Cicero 106-43 B.C.) ได้อธิบายถึงความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติที่ได้รับการยกย่องเป็นแบบฉบับไว้ในข้อความสำคัญตอนหนึ่งในหนังสือ *On the Republic* ว่า “กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่ำเสมอเป็นนิรันดร...” (True Law is the Right Reason, Harmonious with, Diffuses Among All, Constant Eternal.....)<sup>9</sup> ซิเชโร หมายความว่า กฎหมายที่แท้จริงไม่จำเป็นต้องมีการตราขึ้นเสียด้วยซ้ำ เพราะได้ด้วยตัวเองว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ผิดหรือไม่

ผู้เขียนขอถือว่า การการรุณยฆาตในสงคราม (Battlefield Euthanasia หรือ Mercy Killing in Battlefield) ในภาวะสงครามตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันเป็นที่ทราบกันดีว่าการรุณยฆาตในสนามรบถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Convention) Stephen Deakin ได้ตีพิมพ์บทความ ‘Mercy Killing in Battle’ โดยกล่าวว่า มีหลักฐานมากมายที่แสดงให้เห็นว่า การการรุณยฆาตในสงครามเกิดขึ้นในสนามรบทั่วโลกและอาจเป็นเช่นนั้นมาตลอดประวัติศาสตร์สงครามของมนุษย์ แต่การกระทำนี้เป็นความเจ็บปนและไม่มีครุพุดถึง (Silent) ผู้รอดชีวิตจากสงครามเพียงไม่กี่คนเท่านั้นที่อยากจะดีใจหรือทำรายงานถึงการกระทำนี้เมื่อกลับจากสงคราม โดย Deakin ได้เสนอว่าการการรุณยฆาตในสงครามควรได้รับการกำหนดให้เป็น

<sup>8</sup> เพื่ออ้าง

<sup>9</sup> Cicero Marcus Tullius and Clinton Walker Keyes, *De re publica, De legibus* (Loeb Classical Library, Harvard University Press; Heinemann 1928) 211.

การกระทำที่ถูกกฎหมาย<sup>10</sup> นอกจากนี้ ยังมีอดีตเจ้าหน้าที่หน่วยรบพิเศษของกองทัพบริติช (Special Air Service, SAS) กล่าวว่าสิ่งที่เรียกว่า การฆ่าด้วยความเมตตาเกิดขึ้นเป็นประจำในการต่อสู้ในสนามรบและการรุณยชาตถือเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ “Part of Our Job” แม้ว่าการกระทำนี้จะต้องห้ามตามกฎหมายกองทัพบริติช (British Military Law) หรืออนุสัญญาเจนีวา (Geneva Convention) มาตรา 12<sup>11</sup> ดังนั้น แม้ว่าการกระทำนี้เกิดขึ้นจริงในสงครามแต่ก็ไม่ได้มีผู้รายงานเพราผู้รอดชีวิตต่างรู้ดีว่าการกระทำดังกล่าวนั้นผิดกฎหมายและจะทำให้ทหารที่ช่วยให้ผู้ได้รับบาดเจ็บสาหัสจากอาชีวะรุนแรงต้องโหง Dr. Harry East ได้ทำวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกขณะที่ศึกษากฎหมาย ณ University of Southampton ได้สรุปความเห็นไว้ว่า<sup>12</sup> เมื่อเปรียบเทียบระหว่างทหารมืออาชีพและแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ เขากล่าวว่า การกระทำของทหารในสนามรบนั้นมีจุดประสงค์เดียวกันกับแพทย์หลายประการแต่กลับไม่เคยได้รับความชอบธรรมทางกฎหมายและเห็นว่าความมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการรุณยชาตในสนามรบ<sup>13</sup>

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การที่ทหารผู้รอดชีวิตจากสงครามหลีกเลี่ยงหรือนิ่งเงียบที่จะกล่าวถึงการรุณยชาตที่เกิดขึ้นในสนามรบ อาจเป็นเพราพากษาให้ในสถานการณ์นั้นการกระทำเช่นนั้นไม่ใช่สิ่งที่ผิดผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าเมื่อมีการเขียนถึงเรื่องนี้ในบทความต่าง ๆ ผู้เขียนเกือบทั้งหมดจะใช้คำว่า “Battlefield Euthanasia” หรือ “Mercy Killing” โดยไม่มีผู้เขียนหรือศึกษาถึงเรื่องนี้เรียกทหารผู้ทำการรุณยชาตว่าฆาตกร (Murder) โดยผู้เขียนส่วนใหญ่เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้เสียชีวิตอย่างสงบไม่ต่างจากการรุณยชาตโดยผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์เพื่อช่วยให้ผู้ป่วยพ้นความทรมานและจบชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Convention) ยังกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิด แม้ในส่วนของความเป็นจริงมีผู้รอดชีวิตจากสงครามเพียงไม่กี่รายที่รายงานถึงการกระทำดังกล่าวหลังสงครามสิ้นสุดนี้อาจเป็นเพราพากษาเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เป็นสิ่งที่พากษาได้เอง และไม่ต้องมีความบอกร่องตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ

อย่างไรก็ตาม ก็มีผู้โต้แย้งว่า ไม่ควรมีการบัญญัติให้ Battlefield Euthanasia เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย เช่น David L. Perry<sup>14</sup> โดยเขาได้ให้เหตุผลว่า หลังจากที่เขาได้ทบทวนพัฒนาการทางจริยธรรมของตะวันตกในเรื่องการฆ่าตัวตายและการรุณยชาต Perry ยืนยันว่าผู้คนมีสิทธิเบื้องต้นที่จะไม่ถูกฆ่าจึงเป็นเรื่องผิดจริยธรรมที่จะนำให้ครึ่งตามที่ไม่ก่อให้เกิดภัยคุกคามร้ายแรงต่อผู้อื่นหรือผู้ที่ไม่ได้กระทำการผิดอาชญากรรม

<sup>10</sup> Stephen Deakin, ‘Mercy killing in battle’ (2013) 12 Journal of Military Ethics 162.

<sup>11</sup> Mark Nicol, ‘Mercy killing is ‘part of the job’, say SAS veterans: Ex-soldiers back Special Forces man facing war crimes probe and say his action in an Iraq ambush is an ‘unwritten rule’ of combat’ (MailOnline, 23 October 2016) <<https://www.dailymail.co.uk/news/article-3863450/Mercy-killing-job-say-SAS-veterans-Ex-soldiers-Special-Forces-man-facing-war-crimes-probe-say-action-Iraq-ambush-unwritten-rule-combat.html>> accessed 29 May 2024.

<sup>12</sup> Harry East, ‘Permission to die: an examination of the law and morality of battlefield mercy killing’ (University of Southampton, 2013) <<https://eprints.soton.ac.uk/354406/>> accessed 29 May 2024.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> David L. Perry, ‘Battlefield Euthanasia: Ethics and the Law’ in Daniel Messelken and David Winkler (eds) *Health Care in Contexts of Risk, Uncertainty, and Hybridity* (Springer 2021) 115-128.

ที่มีโทษประหารชีวิต (Capital Crime) แม้ Perry จะเห็นด้วยว่า บางกรณีการฆ่าด้วยความเมตตาในสังคมไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลเท่านั้นแต่ยังมีจริยธรรมมากกว่าการปล่อยให้ครับคนเสียชีวิตด้วยความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานจากบาดแผลของพากษา เขาเองก็รู้สึกไม่สบายใจกับข้อห้ามที่เข้มงวดในปัจจุบันเกี่ยวกับการการรุณยาตในสنانมรบในอนุสัญญาเจนิว่า ซึ่งเขาคิดว่าเป็นการลงโทษการกระทำที่ชอบธรรมทางศีลธรรมบางอย่างไม่ถูกต้อง แต่หลังจากพิจารณาถึงผลที่ตามมาของการทำให้การการรุณยาตในสنانมรบถูกกฎหมายแล้ว แต่ในท้ายที่สุด Perry ได้สรุปในท้ายที่สุดว่าวิธีที่ดีที่สุดคือปล่อยให้ข้อห้ามยังคงอยู่ เพื่อไม่ให้เกิดการฆ่าโดยใช้กฎหมายมาเป็นข้ออ้างหรือถูกนำไปเป็นการฆ่าด้วยความโดยชั่ว<sup>15</sup>

เราจะเห็นได้ว่าการให้ความเห็นต่อ Battlefield Euthanasia ว่าเป็นสิ่งที่ควรกระทำเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่นั้นแตกต่างกันออกไม่ในแต่ละบุคคล ดังนั้น การใช้แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ว่า “กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สมำเสมอเป็นนิรันดร...” นั้นอาจไม่สามารถนำมาใช้ตัดสินว่า Battlefield Euthanasia เป็นมาตรฐานหรือความเมตตาได้ เพราะจะเป็นสิ่งใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับการให้เหตุผลที่อาจแตกต่างกันไป ซึ่งเป็นจุดอ่อนของกฎหมายธรรมชาติที่มีความไม่ชัดเจนและไม่แน่นอน

นอกจาก Battlefield Euthanasia แล้ว ประชาชนในหลายประเทศที่ยังไม่ยอมรับให้การการรุณยาตเชิงรุกโดยแพทย์โดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia หรือ Voluntary Physician-Assisted End of Life หรือ Voluntary MAID) ที่เป็นการให้ยาเพื่อให้ผู้ป่วยจบชีวิตลงโดยสงบเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นทรมาน (ย่นระยะเวลาตายตามธรรมชาติ) เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย กืออกมาเรียกร้องให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย โดยจะเห็นตัวอย่างคดีหลายคดีที่ผู้พิพากษาได้พิพากษาให้บุคลากรทางการแพทย์มีความผิดแต่ญาติผู้เสียชีวิตและบุคลากรทางการแพทย์ที่ช่วยให้ผู้ป่วยพ้นทรมานยืนยันว่า นี่คือสิ่งที่ผู้ตายร้องขอและเป็นสิ่งที่พากษาทำด้วยความเมตตา โดยไม่นานมานี้ประเทศไทยได้มีการถกเถียงว่าการการรุณยาตเชิงรุกโดยแพทย์โดยสมัครใจควรเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายหรือไม่ จากกรณีที่ผู้ป่วยชายไทยหนึ่งซึ่งป่วยด้วยโรคเนื้องอกในสมองซึ่งต้องสูบบุหรี่เป็นระยะเวลานาน ผ่านการผ่าตัดรักษาหลายครั้ง ทว่าแนวโน้มการรักษาไม่ดีขึ้นเลยหนำซ้ำความเสี่ยงว่าการผ่าตัดครั้งต่อไปอาจจะทำให้เขาต้องเป็นอัมพาต-เจ้าชายนิทรา เขาได้ตัดสินใจเดินทางไปสวิตเซอร์แลนด์เพื่อขอรับการการรุณยาตและพร้อมจากโลกนี้ไปอย่างมีสติสัมปชัญญะ โดยสาเหตุที่เข้าต้องเดินทางไปเข้ารับการการรุณยาตที่สวิตเซอร์แลนด์นั้นเนื่องจากที่เมืองไทยยังไม่มีกฎหมายการการรุณยาตเชิงรุกหรือการช่วยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ<sup>16</sup> ข่าวนี้ก่อให้เกิดกระแสทางโลกโซเชียล มีเดียว่าประเทศไทยควรจะรับรองให้การทำการรุณยาตเชิงรุกโดยสมัครใจเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายได้แล้ว หรือไม่ในกรณีที่ผู้ป่วยโรคร้ายแรงที่ไม่อ่าใจรักษาให้หายและมีชีวิตอยู่ด้วยความทุกข์ทรมาน และสิทธิของตัวเอง เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนที่มนุษย์พึงมีหรือไม่ แต่โลกโซเชียลฯ เองก็ยังมีผู้ตั้งข้อสังเกตและแสดงความคิดเห็นว่า

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> “การรุณยาต” ปิดฉากชีวิต ปลิดชีพหนีทุกข์ สังคมไทยพร้อมแค่ไหน!?” (ผู้จัดการออนไลน์, 3 มีนาคม 2562) <<https://mronline.com/live/detail/9620000021639>> สืบค้นเมื่อ 29 พฤษภาคม 2567.

ประเทศไทยยังไม่ครอมีการการรุกนยณาตอย่างถูกกฎหมาย เพราะผลเสียน่าจะมากกว่าผลดี เกิดความคิดเห็นแตกเป็นสองฝ่ายทั้งฝ่ายเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย<sup>17</sup>

แม้แต่ **Involuntary Passive Euthanasia** ก็เป็นกรณีที่มีการถกเถียงกันและยังไม่มีข้อสรุป ในกรณีที่ผู้ป่วยคนไข้จะป่วยด้วยโรคที่ไม่อาจรักษาได้หรือเป็นผู้ป่วยระยะสุดท้ายซึ่งที่อยู่ในสภาพผัก蒞าร (Persistent Vegetative State; PVS) ซึ่งเป็นผู้ที่ไม่อาจจะตัดสินใจได้ด้วยตัวเองก็ตาม ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นจริงคดีของแอนโธนี แบลนด์<sup>18</sup> และคดีระหว่างผู้ปักครองของนางสาวครูแซน (Cuzan) กับรัฐมิสซูรี

คดีของแอนโธนี แบลนด์ (Anthony Bland) แอนโธนี แบลนด์ ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุซึ่งเกิดขึ้นบนอัฒจันทร์ในสนามกีฬาฟุตบอลที่มีผู้ชนเนื่องแผล ในปี ค.ศ. 1989 เมื่ออายุ 17 ปี และอยู่ในสภาพผัก蒞าร (PVS) มาเกือบ 2 ปี โดยไม่มีวีเวลาว่าจะดีขึ้น ขณะที่ถูกเครื่องช่วยชีวิตรักษาชีวิตไว้ คณะแพทย์จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลอนุญาตให้แพทย์เลิกใช้เฉพาะเครื่องช่วยหายใจ ยาปฏิชีวนะและการให้อาหารและน้ำผ่านทางสายยาง แต่ยังคงดูแลในทางอื่น ๆ ต่อไปตามเดิมเพื่อให้ผู้ป่วยสืบสิ่งไปโดยยังคงมีค่าดีศรีความเป็นมนุษย์และได้รับความเจ็บปวดทรมานน้อยที่สุด ฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐในคดีดังกล่าวซึ่งมีหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของผู้ที่มีความพิเศษทางร่างกายยืนยันว่าการทำนั้นถือเป็นการทำผิดต่อหน้าที่ที่แพทย์พึงมีต่อผู้ป่วยและถือเป็นความผิดอาญาในการพิจารณาคดีนี้ ประเด็นในคดีนี้ที่ต้องพิจารณาในคดีนี้คือผู้ป่วยที่อยู่ในสภาพผัก蒞ารซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมในการรับการรักษาได้ แพทย์จึงต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย ในกรณีนี้ต้องพิจารณาว่าการทำช่วยชีวิตแบลนด์ชีวิตต่อไปจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของแบลนด์หรือไม่ และแพทย์สามารถรับการช่วยชีวิตจากบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้หรือไม่

ในคดีนี้มีคำพิพากษาโดยสรุปว่า แพทย์มีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (The Best Interests) แต่ไม่จำเป็นต้องให้ผู้ป่วยมีอายุยืนยาวเสมอไป ในกรณีนี้ผู้ป่วยไม่สามารถดีขึ้นไปกว่าเดิม การรักษาที่แบลนด์ได้รับถือว่าไม่เป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับเขา แต่การก่อให้เกิดหรือเร่งความตายนั้นผิดกฎหมาย ในกรณีนี้จึงเป็นการถูกต้องตามกฎหมายที่จะ ระงับการรักษาที่ยังชีวิตอยู่ โดยผู้พิพากษา 5 จาก 8 รายจะเห็นตรงกันว่าควรปล่อยให้แบลนด์จบชีวิตลง แต่ก็ยังมีความเห็นต่างกันอยู่ในประเด็นว่าบัญญัติตามกฎหมายสำหรับกรณีดังกล่าวนั้นเป็นอย่างไรหรือควรเป็นอย่างไร ผู้พิพากษาแต่ละคนต่างก็รับรองว่าชีวิตมีความคุ้มค่าและก่อให้เกิดความสิ้นสุดที่จะตัดสินด้วยตัวเองของคนไข้ แต่ประเด็นที่ยังหาคำตอบไม่ได้คือการทำอย่างไรจะจัดให้ดีที่สุด จุดสมดุลระหว่างคุณค่าทั้งสองประการในเมื่อผู้ป่วยไม่มีโอกาสบอกกล่าวล่วงหน้าว่าประสงค์จะให้ทำอย่างไร

โดย<sup>19, 20</sup>

<sup>17</sup> เพื่ออ้าง

<sup>18</sup> All Answers Ltd, 'Airedale NHS Trust v Bland' (Lawteacher.net, 28 September 2021) <<https://www.lawteacher.net/cases/airedale-nhs-trust-v-bland.php?vref=1>> accessed 29 May 2024.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> J M Finnis, 'Bland: crossing the Rubicon?' (1993) 109 Law Q Rev 329.

ต่างกับคดีระหว่างผู้ป่วยครองของนางสาวครูแซน (Cuzan) กับรัฐมิสซูรี<sup>21</sup> ซึ่งในคดีนี้ปิดามารดาของผู้ป่วยซึ่งตกอยู่ในสภาพผู้พิการ ขอให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ศาลรัฐมิสซูรีมีอำนาจจะปฏิเสธความประ伤ค์ของผู้ป่วยครองที่จะยุติการช่วยชีวิตของบุตรตนหรือไม่ ศาลฎีกายืนยันคำตัดสินของศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ศาลรัฐมิสซูรี ในคดีนี้ มารดาอ้างว่าถึงแม่บุตรสาวจะไม่ได้แสดงความจำนงใจไว้ใน “หนังสือแสดงเจตนาเพื่อการตาย หรือคำสั่งเพื่อเกิดเหตุ” (Living Will) ก็ตาม แต่มารดาถือเชื่อมั่นว่าบุตรสาวไม่ได้ประ伤ค์ที่จะมีชีวิตอยู่ต่อไปในสภาพเช่นนั้น แต่เจ้าหน้าที่แจ้งว่า กฎหมาย Living Will ของมลรัฐจำเป็นต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนว่าครูแซนแสดงความประการน่าที่จะยุติการรักษาของเธอ ศาลรัฐมิสซูรีตัดสินเห็นชอบกับคำปฏิเสธของโรงพยาบาล márada จึงนำเรื่องขึ้นสู่ศาลฎีกาวินิจฉัยแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยยืนยันคำตัดสินของศาลฎีการัฐมิสซูรี และเห็นด้วยว่ารัฐจำเป็นต้องมีหลักฐานแสดงความประการน่าของบุคคลที่จะยุติการรักษาเพื่อช่วยชีวิตก่อนที่สมาชิกในครอบครัวจะอนุญาตให้ยุติการช่วยชีวิต

หากเทียบเคียงระหว่างคดีของแบลนด์ที่ศาลวินิจฉัยว่า การยุติการให้อาหารและน้ำทางสายยางไม่ถือเป็นความผิดอาญาเนื่องจากไม่มีหวังที่อาการของแบลนด์จะดีขึ้นอีกแล้ว และถึงแม้ว่าการทำให้ชีวิตของผู้ป่วยจบลงนั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย แต่การปล่อยให้ผู้ป่วยมีชีวิตต่อไปในสภาพเช่นว่าก็ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยด้วยเช่นกัน ส่วนในกรณีนางสาวครูแซน ศาลกลับอ้างหลักการไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ป่วยและเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะรักษาหลักการดังกล่าวไว้ ในคดีของครูแซนได้ว่าหลักการว่า “บุคคลที่เริ่มความสามารถที่ไม่สามารถใช้สิทธิ์ในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลได้ รัฐอาจต้องมีการแสดงหลักฐานที่ชัดเจนว่า บุคคลนั้นมีความประการที่จะยุติการรักษาเพื่อช่วยชีวิต ก่อนที่สมาชิกในครอบครัวจะยุติการช่วยชีวิต” การตัดสินนี้ ได้แสดงให้เห็นถึงการที่รัฐให้คุณค่าของการรักษาชีวิตไว้มากกว่าสิทธิ์ในการปฏิเสธการรักษาพยาบาล<sup>22</sup>

ปัจจุบันหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทย จึงออกกฎหมายยอมรับให้แสดงเจตนาเพื่อการตายหรือทำพินัยกรรมแสดงเจตนา (Living Will) ว่าตนไม่ประ伤ค์จะให้มีการรักษาต่อไปหากตนอยู่ในสภาพหรือภาวะที่จะเคลื่อนไปสู่ความตาย โดยประเทศไทยได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 เพื่อรองรับการแสดงเจตนาดังกล่าว

นอกจากนี้ ก่อนที่ประเทศ Belgium, Canada, Colombia, Ecuador, Luxembourg, the Netherlands, New Zealand, Portugal, Spain, Australian States of New South Wales, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria และ Western Australia ยอมรับให้การอุณยฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Active Voluntary Euthanasia) เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายโดยมีการบัญญัติเงื่อนไขไว้อย่างเคร่งครัดนั้น บางประเทศได้มีการทำประชามติเพื่อความเห็นจากประชาชนก่อน มีผู้ที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย แต่เมื่อผู้เห็นด้วยในสัดส่วนที่มากกว่า เป็นสิ่งที่ยืนยันได้ว่าแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติไม่สามารถอธิบายถึง Assisted

<sup>21</sup> ‘Cruzan v. Director, Missouri Department of Health’ (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/Cruzan\\_v.\\_Director,\\_Missouri\\_Department\\_of\\_Health](https://ballotpedia.org/Cruzan_v._Director,_Missouri_Department_of_Health)> accessed 29 May 2024.

<sup>22</sup> Ibid.

Suicide หรือการสูญเสียตัวนั้นควรเป็นกฎหมายหรือไม่ เพราะมีความแตกต่างทั้งเหตุผลของแต่ละบุคคลและแตกต่างกันทั้งระหว่างบุคคลและระหว่างประเทศ ความถูกต้องของการกระทำนี้จึงไม่ใช่สิ่งที่แผ่ซ่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สำเนาเป็นนิรันดร์ดังคำที่ซีเชโร่ได้กล่าวไว้

จากเหตุผลและตัวอย่างที่ยกมาทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่า การใช้แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติไม่สามารถนำมาใช้ตัดสินว่า “Assisted Suicide” (การช่วยตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น) ไม่ว่าจะเป็นการการสูญเสียโดยผู้เขียวชาญทางการแพทย์ การการสูญเสียในนามรับ นั้นถือเป็นการฆาตกรรมหรือความเมตตา กล่าวคือแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติไม่สามารถตอบได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกหรือผิด เพราะจะถูกหรือผิดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับการให้เหตุผลที่อาจแตกต่างกันไป หรือแม้แต่ผู้คนในแต่ละประเทศก็มองเรื่องนี้ต่างกัน และมีความเชื่อ คำสอนของศาสนาที่มีส่วนกำหนดการให้เหตุผลในแต่ละความคิด (Ought to Be) แตกต่างกัน ซึ่งเป็นจุดอ่อนของกฎหมายธรรมชาติที่มีความไม่ชัดเจนและไม่แน่นอน

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ทำให้เรื่องนี้ (Assisted Suicide/Euthanasia/Mercy Killing) ได้รับการถกเถียงมาตลอด โดยเฉพาะการการสูญเสียเชิงรุกโดยสมัครใจนั้น (Voluntary Active Euthanasia) ควรเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ เป็นการถกเถียงกันในเรื่องของความคิด (Ought to Be) ว่าควรเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายหรือไม่ ควรเป็นเช่นไร เพราะสำหรับนักกฎหมายธรรมชาติแล้วกฎหมาย (Law) และศีลธรรม (Morality) ไม่สามารถแยกจากกันได้ และหากต้องมีการกำหนดให้ Battlefield Euthanasia หรือ Voluntary Active Euthanasia เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็นการฆาตกรรม ต้องมีการบัญญัติให้เป็นกฎหมาย โดยกระบวนการบัญญัติให้เป็นกฎหมายนั้นควรเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมาย 8 ประการของ Lon Fuller<sup>23</sup> ได้แก่ 1. ต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป 2. ต้องมีการประกาศใช้ล่วงหน้า 3. ต้องไม่มีการใช้กฎหมายย้อนหลังในทิศทางที่ทำให้ประชาชนไม่อาจคาดคะเนการกระทำของตนเองได้ 4. ต้องสามารถเข้าใจได้ 5. บทบัญญัติของกฎหมายต้องไม่ขัดกันในตัวเอง 6. ต้องไม่บังคับให้บุคคลกระทำในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้ 7. ต้องไม่ถูกแก้ไขบ่อยเกินไปจนก่อให้ความไม่แน่นอนให้แก่ผู้ต้องปฏิบัติตาม และ 8. ตัวบทกฎหมายกับการบังคับใช้ต้องสอดคล้องกัน โดย Fuller ยืนยันว่าสังคมได้ไม่มีระบบกฎหมายที่ตามหลักการข้อหนึ่งข้อใดข้างต้นหรือคลัดเคลื่อนไปจากหลักการดังกล่าว ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าสังคมนั้นมีระบบกฎหมายที่แท้จริง ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติของ Fuller มีลักษณะเป็นแนวความคิดที่เรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติในแบบกระบวนการ (Procedural Natural Law)” เนื่องจาก Fuller ไม่ได้เน้นเนื้อหาสาระของกฎหมายธรรมชาติ สำหรับ Fuller แล้วกฎหมายที่ขัดต่อสามัญสำนึกร่างความถูกต้องที่ชัดเจน (Sound Conscience) และสำนึกร่างความยุติธรรมของมนุษย์ (Sense of Justice) นั้นไม่ถือ

<sup>23</sup> สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น: บทที่ 1 สำนักธรรมนิยมหรือกฎหมายธรรมชาตินิยม (พิมพ์ครั้งที่ 22, วิญญาณ 2566) 87-130.

ว่าเป็นกฎหมาย กล่าวคือกฎหมายที่ขัดกับความรู้สึกทางศีลธรรมภายในจิตใจ (Internal Morality) จึงไม่อาจนับเป็นกฎหมายได้ในทัศนะของ Fuller<sup>24</sup>

### 3.2 มอง Assisted Suicide ผ่านสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism)

หากเราตั้งคำถามว่า Assisted Suicide เป็นชาตกรรมหรือความเมตตา ผ่านม่านตาของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม (Legal Positivism) หรือสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมแล้ว นักกฎหมายบ้านเมืองนิยมก็คงตอบว่า กฎหมายของรัฐบัญญัติไว้เช่นไร ให้กระทำได้หรือไม่ ก็เป็นไปตามนั้น ดังนั้น ประเทศที่กฎหมายไม่อนุญาตให้ทำการุณยชาตหรือการช่วยให้ตายได้ ผู้กระทำการดังกล่าวก็ถือว่าเป็นชาตกร เป็นความผิดอาญา เนื่องจากสำนักกฎหมายบ้านเมืองมีความคิดว่ากฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) หรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองซึ่งบัญญัติขึ้นโดยรัฐเป็นกฎหมายที่แท้จริงและมีความสมบูรณ์ในตัวเองไม่มีกฎหมายอื่นที่เหนือกว่า การแก้ไขปัญหาข้อพิพาททั้งปวงให้คิดจากกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ไม่ต้องพึงพาหลักการอื่นใดที่สูงกว่า ซึ่งเป็นผลมาจากการพยายามของนักวิชาการที่จะแสวงหากฎหมายที่แน่นอนชัดเจนตายตัวและพยายามแยกแยะองค์ประกอบแล้วว่า อะไรคือกฎหมาย (Law, Properly So Called, is Positive Law) ดังเช่น ทฤษฎีทางนิติศาสตร์ของ Hans Kelsen ที่เรียกว่า “Pure Theory of Law (ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์)” เป็นต้น

ดังจะเห็นได้ในตัวอย่าง กรณีที่ผู้ป่วยชายไทยรายหนึ่งซึ่งป่วยด้วยโรคเนื้องอกในสมอง ที่ได้ตัดสินใจเดินทางไปสวิตเซอร์แลนด์เพื่อขอรับการการุณยชาตและพร้อมจากโลกนี้ไปอย่างมีสติสัมปชัญญะ สาเหตุที่เขาต้องเดินทางไปเข้ารับการการุณยชาตที่สวิตเซอร์แลนด์นั้น เนื่องจากที่เมืองไทยยังไม่มีกฎหมายการการุณยชาตเชิงรุกโดยสมัครใจ<sup>25</sup> กล่าวคือ ในกรณีนี้หากแพทย์ในประเทศไทยกระทำการดังกล่าวจะต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ไดระบุว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวังโทษ ....” แม้ผู้กระทำจะมีมูลเหตุซักจุ่งใจที่ดีเพื่อมุ่งยั่วยวนหรือเพื่อความเมตตาสงสาร ดังเช่นที่แพทย์กระทำการุณยชาตต่อลูกน้ำใจ แพทย์ก็ยังคงต้องรับผิดชอบจากคนตายโดยเจตนา

นอกจากนี้ ยังมีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 ระบุว่า “มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (1) เพื่อประโยชน์ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ (2) เพาะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยนตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นได้ เมื่อภัยนตรายนั้นตนไม่ได้ก่อให้เกิดขึ้นเพื่อความผิดของตนถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแต่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” มาตราดังกล่าวได้อ้างหลักกฎหมาย “การกระทำผิดโดยจำเป็น” เพื่อให้บุคคลสามารถปฏิเสธความรับผิดได้โดยที่ “การกระทำผิดโดยจำเป็น” จะต้องเป็นไปเพื่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของตนหรือของผู้อื่น แต่การที่แพทย์ไทยกระทำการุณยชาตต่อผู้ป่วยแทนที่จะเป็นการป้องกันชีวิตของผู้ป่วย กลับ

<sup>24</sup> เพื่ออ้าง

<sup>25</sup> “การุณยชาต” ปิดฝาชีวิต ปลิดชีพหนุกๆ สังคมไทยพร้อมแค่ไหน? (เชิงอรรถ 16)

กลยุทธ์เป็นว่าแพทย์ได้เป็นผู้ทำลายชีวิตของผู้ป่วยเสียเอง ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจจะเว้นความรับผิดได้

ดังนั้น การุณยฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) หรือโดยไม่สมัครใจ (Involuntary Active Euthanasia) และการุณยฆาตเชิงรับโดยไม่สมัครใจ (Involuntary Passive Euthanasia) จึงถือว่ามีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทย แต่การุณยฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจหากทำในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ แพทย์ผู้กระทำการการุณยฆาตเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นทรมานโดยความยินยอมของผู้ป่วยก็หมายความผิดไม่ ผู้เขียนจึงสนับสนุนให้มีการตระหนักหมายและเงื่อนไขในการทำการุณยฆาตที่ชัดเจนแต่ไม่ได้หมายความว่าในกระบวนการตระหนักหมายจะไม่สันใจว่ากฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นนั้นได้รับการยอมรับและสอดคล้องกับศีลธรรมหรือไม่ เพียงแค่เมื่อกฎหมายถูกตราและเงื่อนไขถูกกำหนดขึ้นแล้ว ผู้พิพากษาควรปฏิเสธที่จะนำเรื่องคุณค่าทางจริยธรรมมาวิเคราะห์ความเป็นกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับคำตามที่ว่ากฎหมายการการุณยฆาตและเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นมีความชอบธรรมหรือไม่ซึ่งเป็นเรื่องของความควร (Ought to Be)

แต่หากยึดถือแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองโดยเชื่อไปถึงว่ารัฐธรรมนูญคือปัจจัยสามารถบัญญัติกฎหมายกำหนดทุกสิ่งทุกอย่างได้ตามใจชอบโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลตามธรรมชาติของมนุษย์ ความคิดดังกล่าวย่อมเป็นอันตรายต่อระบบกฎหมาย เพราะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการการุณยฆาตและการฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่นนั้นเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) ซึ่งขึ้นอยู่กับศีลธรรมจริยธรรมประเทศ จะเปลี่ยนแปลงโดยรวดเร็วตามอ่ำเภอใจของรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังตัวอย่างจากการศึกษาของ David L. Perry<sup>26</sup> เกี่ยวกับการการุณยฆาตในสหภาพ ที่แม้จะมีผู้ทำการศึกษาหลายรายต้องการให้การุณยฆาตในสหภาพเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย (ปัจจุบันการกระทำดังกล่าวผิดกฎหมายทั่วโลกและอนุสัญญาเจนีวา) แม้ว่า Perry จะเห็นว่าบางกรณีการฆ่าด้วยความเมตตาในสหภาพไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลเท่านั้นแต่ยังมีจริยธรรมมากกว่าการปล่อยให้ครรภ์คนเสียชีวิตด้วยความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานจากบาดแผล แต่ในท้ายที่สุด Perry ได้สรุปในท้ายที่สุดว่าวิธีที่ดีที่สุดคือปล่อยให้ข้อห้ามยังคงอยู่ โดยเขาสารภาพว่า เขาเองก็ไม่สามารถสร้างเงื่อนไขที่น่าพอใจที่มีความชัดเจนว่ากรณีใดที่ควรอนุญาตให้การการุณยฆาตในสหภาพ และอาจนำไปสู่การเจตนาซ่ามากกว่ามากกว่าการการุณยฆาต<sup>27</sup> ดังเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษที่นายแพทย์ Harold Shipman ได้สังหารผู้ป่วยรายสุดท้ายรวมถึง 215 ราย ญาติผู้ป่วยร้องเรียนศาลให้พิจารณาคดีอาชญากรรมที่สุด เพราะลงความเห็นว่า เขาย่าผู้ป่วยด้วยความเคยชินมากกว่าจะเป็น “การุณยฆาต”<sup>28</sup>

สรุปได้ว่า หากเราตั้งคำถามว่า Assisted Suicide เป็นมาตรฐานหรือความเมตตา โดยมองผ่านม่านตาของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม (Legal Positivism) นักกฎหมายบ้านเมืองนิยมก็คงตอบว่า ก็เป็นไปตาม

<sup>26</sup> Ibid 14.

<sup>27</sup> Ibid 14.

<sup>28</sup> ดูพร. เพชรคง, ‘การุณยฆาต บทความใช้เพื่อการนำออกอาศาทางสถานวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา รายการเจตนารณ์กฎหมายสำนักงานเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร’ (สำนักงานเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร) <[https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/download/article/article\\_20180220094254.pdf](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/download/article/article_20180220094254.pdf)> สืบค้นเมื่อ 29 พฤษภาคม 2567.

กฎหมายของรัฐว่ารัฐบัญญติไว้เช่นไร ให้กระทำได้หรือไม่ก็ให้เป็นไปตามนั้น ดังนั้น กฎหมาย Assisted Suicide หรือ Mercy Killing ควรเป็นเช่นไร มีเงื่อนไขอย่างไรนั้น ไม่ใช่สิ่งที่นักกฎหมายบ้านเมืองนิยมจะต้องหาคำตอบ

### 3.3 มอง Assisted Suicide ผ่านสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School)

สำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) เป็นศัพท์เทคนิคที่เป็น “แนวความคิดของชาวีญี่ Von Savigny (1779-1861) โดยเฉพาะ” โดย Savigny ได้รับอิทธิพลมาจากการ Common Law ของอังกฤษที่มีแนวคิดที่ว่า Common Law เป็นกฎหมายที่มาจากการประเพณี (Customs and Traditions) หากเราตามผู้นิยมสำนักประวัติศาสตร์ว่า Assisted Suicide ควรนำมาราเป็นกฎหมายหรือไม่ และควรมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขอย่างไร ผู้นิยมสำนักประวัติศาสตร์ก็คงบอกว่า เราต้องไปทำการค้นหาและศึกษาว่าจิตวิญญาณประชาชาติของชาติเราต่อเรื่องนี้เป็นเช่นไร ดังที่ Savigny กล่าวว่า “กฎหมายไม่ใช่สิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นได้ตามใจชอบ แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยตัวของมันเองแล้วเติบโต เปลี่ยนแปลงคลี่คลายไปตามประวัติศาสตร์ หรือลักษณะของชนชาติ เมื่อนองกับตันไม้หรือคนหรือสัตว์ที่เมื่อเกิดขึ้นมาแล้วจะค่อย ๆ เติบโตไป ตามหลักเกณฑ์วิัฒนาการ กฎหมายเปรียบเสมือนภาษาประจำชาติซึ่งจะต้องค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงวิัฒนาการไปตามสังคมของชนชาติ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายเป็นผลผลิตของชนชาติ กฎหมายของชนชาติโดยมีเป็นไปตามความคิดความรู้สึกของชนชาตินั้น หรือที่เรียกว่า จิตใจหรือจิตวิญญาณของชนชาติ (Volksgeist)”<sup>29</sup> Savigny อธิบายว่าชนชาติแต่ละชนชาติมีประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน ความคิด ความรู้สึกหรือจิตใจย่อมแตกต่างกัน กฎหมายของแต่ละชนชาติเกิดจากจิตวิญญาณของชนชาติที่แสดงออกในรูปแบบของชนบรรมเนียมจากอารีตประเพณี ซึ่งประพฤติปฏิบัติอยู่ในสังคมแต่ละชนชาติ หรือกฎหมายประเพณีเป็นสำคัญ Savigny จึงเสนอว่า ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องศึกษาถึงอารีตประเพณีของชนชาติก่อน

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดของสำนักประวัติศาสตร์กับแนวคิดของ Savigny ที่ว่า Volksgeist ของชนชาติใดจึงเหมือนกับลมปราณหรือจิตวิญญาณของชาตินั้น ซึ่งแต่ละชาติก็มีความแตกต่างกันจากประสบการณ์ต่าง ๆ ซึ่งเป็นสิ่งที่จะสมอยู่ในจิตใจตั้งแต่เริ่มต้นเกิดและมีประสบการณ์ชีวิตมาจนถึง ลักษณะเช่นนี้จึงถือกล่าวได้ว่า จิตวิญญาณของแต่ละคนเกิดจากประสบการณ์เช่นเดียวกับชนชาติ ย่อมแตกต่างกันไปตามประวัติศาสตร์ของชาตินั้น ๆ

ดังนั้น หากตั้งต้นด้วยคำถามที่ว่า การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) ว่าเป็นการฆาตกรรมหรือความเมตตา (Murder or Mercy) ผู้นิยมสำนักประวัติศาสตร์ก็จะบอกให้เราไปทำการค้นหาว่าคนในชาติเราคิดเห็นเช่นไร ซึ่งความคิดเห็นในเรื่องนี้คงเลี่ยงไม่ได้ที่จะมีเรื่องความเชื่อ เรื่องคำสอนของศาสนาที่จะเข้ามามีอิทธิพลเป็นอย่างมาก แต่ต้องย้ำว่า Savigny เน้นว่ากฎหมายค่อย ๆ เกิดขึ้นและวิัฒนาการไปตามประวัติศาสตร์มิใช่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของใคร เมื่อไม่ขึ้นอยู่กับเจตจำนง (Will) ของคนก็ต้องปล่อยให้เกิดขึ้นและวิัฒนาการไปเอง และยังเน้นว่า Volksgeist ไม่อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ หรือความต้องการของ

<sup>29</sup> สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น: บทที่ 2 สำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) (พิมพ์ครั้งที่ 22, วิญญาณ 2566) 135-146.

บุคคล<sup>30</sup> จิตวิญญาณประชาชาติมีความซับซ้อน เพราะความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของชนชาตินั้นนอกจากเกิดขึ้นจากเหตุผลที่มีอยู่ภายในใจของมนุษย์แล้ว ยังประกอบด้วยอารมณ์และความรู้สึกอย่างอื่นซึ่งเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงทางสังคม ทางประวัติศาสตร์ ทางภูมิศาสตร์ และทางชีววิทยาของชนชาติ จิตวิญญาณประชาชาติจึงมีลักษณะรวมถึงเหตุผล (Reason) ในความหมายของสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่ก็มีความอุดมสมบูรณ์หลากหลายกว่าในเนื้อหา ความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ยังช่วยเตือนสติให้นักกฎหมายมีความระมัดระวังในการบัญญัติกฎหมาย มิให้เป็นไปตามอำเภอใจหรือปล่อยให้เป็นเรื่องของนักการเมืองล้วน ๆ เพราะการเมืองเป็นการต่อสู้ในทางผลประโยชน์และอำนาจซึ่งขึ้นอยู่กับกิเลสและตัณหาของคน จึงหาผลที่เป็นกลางและสมดุลได้ยาก และหากความแน่นอนไม่ได้ เพราะขึ้นอยู่กับโอกาสและสถานการณ์ต่าง ๆ

ผู้เขียนยังเห็นว่า หากมองเรื่องนี้โดยใช้ความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ Assisted Suicide จะทำได้ก็ต่อเมื่อมีความรู้ทางวิชาการอย่างชัดเจน กล่าวคือ นิติบัญญัติต้องเดินตามหลัง วิชาการในฐานะที่วิชาการเป็นการแสดงตัวอุปมาของ Volksgeist การบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ไม่อาจทำได้ทันที ตามใจนึก แต่ก็มีข้อเสียคือทำให้การบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ชะลอช้าลง แต่กฎหมายหรือเงื่อนไขที่อุปมา ก็จะ ได้รับการยอมรับ ไม่ถูกต่อต้านหรือเกิดการเปลี่ยนแปลงปอย

4. ความคิดเห็นของผู้เขียนว่ากฏหมาย Assisted Suicide ควรเป็นเช่นไร

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ยอมรับให้การกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย และยังเป็นที่ถกเถียงของคนในสังคม ดังที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วในกรณีข้างต้น ได้แก่

1) การุณยฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) ในที่นี้หมายถึงเป็นการช่วยให้ผู้ทุกข์ทรมานจากโรคจบชีวิตลงโดยผู้เขี่ยวชาญทางการแพทย์โดยผู้ป่วยนั้นได้ให้ความยินยอม

2) การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) ในที่นี้หมายถึงบุคคลที่ช่วยตระเตรียมการจบชีวิตของผู้มีความประสงค์จะจบชีวิต โดยบุคคลที่ช่วยตระเตรียมจะเป็นครรภ์ได้และผู้ประสงค์จะจบชีวิตไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ได้รับทุกข์ทรมานทางกายจากความเจ็บป่วยที่ไม่สามารถรักษาได้

30 **ພິຈາລະນາ**

### 3) การรุณยชาตเชิงรุกในผู้ที่อยู่ในสภาพผักกาware (Involuntary Active Euthanasia in Persistent Vegetative State - PVS)

ทั่วโลกล้วนยอมรับว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น หากผู้นั้นไม่ได้ให้ความยินยอม” เป็นการกระทำที่เป็นความผิด กล่าวคือ ไม่มีประเทศใดในโลกนี้ยอมรับ Involuntary Active Euthanasia หรือ Involuntary Killing สิ่งนี้ สะท้อนให้เห็นว่า หลัก “ความยินยอม” นั้นเป็นหลักพื้นฐานสำคัญ ในความคิดเห็นผู้เขียนหลักความยินยอมนี้ อาจถือเป็นกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่ได้ เพราะหากขาดความยินยอม (Consent) แล้ว การกระทำใด ๆ ต่อบุคคลโดยเขาไม่ได้ให้ความยินยอมย่อมเป็นความผิด แต่ก็อาจมีผู้ตั้งใจฆ่าผู้อื่นจากความยินยอมเช่นกัน อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าสิ่งแรกที่เป็นเงื่อนไข สำคัญสำหรับ Active Euthanasia และ Assisted Suicide คือ “ความยินยอมหรือความประสงค์ของผู้ที่ต้องการจบชีวิต” ที่ต้องมีความแน่นอนชัดเจน มีการให้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือภาพถ่ายวิดีทัศน์ สำหรับผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยนักกับการรุณยชาตเชิงรุกในผู้ที่ไม่อยู่ในสภาพผักกาwareโดยความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม เพราะไม่គรรມให้มีสิทธิในการกำหนดการตายหรือการมีชีวิตอยู่ของผู้อื่น แต่ผู้เขียนไม่ปฏิเสธในกรณี Passive Euthanasia ซึ่งเป็นการไม่กระทำการเพื่อจะยื้อชีวิตผู้อยู่ในสภาพผักกาware

จากวิวัฒนาชั้งต้น คณะผู้เขียนขอเสนอโมเดลในการบัญญัติกฎหมายสำหรับการกระทำ 3 ประการ ข้างต้น ดังนี้ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการรุณยชาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Assisted Euthanasia) การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) การรุณยชาตเชิงรุกในผู้ที่ไม่อยู่ในสภาพผักกาware จะเป็นความผิดหากไม่ได้รับการกำหนดไว้ในกฎหมายของรัฐให้เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายตามแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง แต่กฎหมายสำหรับการกระทำทั้ง 3 ประการข้างต้นหรือแม้แต่การการรุณยชาตในสงคราม (Battlefield Euthanasia) จะบัญญัติเงื่อนไขเช่นนี้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าต้องตั้งคำถามแรกก่อนว่า คนในชาติส่วนใหญ่ยอมรับการกระทำดังกล่าวได้แล้วหรือไม่ กล่าวคือในผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดของสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) ที่ต้องมีการค้นหาจิตวิญญาณของชาติเราเสียก่อน ผู้เขียนเห็นว่าความคิดเห็นและการยอมรับการกระทำดังกล่าวของคนในชาติควรถูกศึกษาให้กระจ่างก่อนที่จะทำการตรากฎหมายขึ้น โดยอาจมีการทำประชามติหลาย ๆ ครั้งจนได้คำตوبที่เป็นเสียงส่วนใหญ่ของคนในชาติ ประเทศที่ยอมรับให้ Voluntary Active Euthanasia เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายล้วนผ่านการทำประชามติและได้รับความเห็นชอบจากประชาชนของชาติก่อนการตรากฎหมายขึ้นทั้งสิ้นรวมถึงประเทศไทยแลนด์

ประเทศไทยเชอร์แลนด์ก่อนจะบัญญัติกฎหมาย Assisted Suicide ที่อนุญาตให้ประชาชนและชาวต่างชาติเลือกจบชีวิตตัวเองได้อย่างถูกกฎหมาย โดยมีเงื่อนไขที่ว่าความตายนั้นต้องเป็นความประสงค์ของผู้ต้องการจบชีวิตเอง ไม่ใช่การตัดสินใจภายใต้อิทธิพลของผู้อื่นนั้นได้ผ่านความเห็นจากคนในชาติมาแล้ว โดย Assisted Suicide ของประเทศไทยเชอร์แลนด์ที่เรียกว่า “Dignitas” ที่ผู้ประสงค์จะจบชีวิตต้องกดปุ่มเดินทาง เอง โดยผู้ช่วยเหลือ (ผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์) เพียงครั้งเดียวเท่านั้นให้สิ่นชีวิตโดยสงบและสถานที่ให้เท่านั้น สำหรับประเทศไทยเชอร์แลนด์ผู้ประสงค์เข้ากระบวนการ Dignitas ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ป่วยที่ได้รับทุกข์ทรมาน

และชาวสวิตเซอร์แลนด์ก็ได้ลงประชามติเห็นด้วยกับการให้สิทธิการตาย (Rights to Die) และประชามติที่ทำอีกครั้งเมื่อไม่นานมานี้ชาวสวิตเซอร์แลนด์ก็ยังยืนยันว่าพวกเขายังคงเห็นด้วยกับ Rights to Die โดยกระบวนการที่เรียกว่า Dignitas โดยมีผู้เห็นด้วยสูงถึงร้อยละ 80 จึงไม่เกิดการต่อต้านการใช้กฎหมายดังกล่าวในประเทศสวิตเซอร์แลนด์<sup>31</sup>

เมื่อได้รับความเห็นชอบจากประชาชนแล้ว ในกระบวนการตราชฎหมายเพื่อที่จะกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ก็จะต้องทำการศึกษาวิจัยให้ได้เงื่อนไขที่เป็นที่ยอมรับ เช่น ควรทิ้งระยะเวลาเท่าใดหลังการให้คำยินยอมก่อนจะทำการจบชีวิต ความมีการกำหนดอายุหรือไม่ ความมีการกำหนดเงื่อนไขอื่นหรือไม่ หรือไม่อนุญาตให้ทำ Dignitas หากมีบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในความรับผิดชอบ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายและเงื่อนไขต้องไม่ขัดต่อสามัญสำนึกแห่งความถูกต้องที่ชัดเจน (Sound Conscience) และสำนึกแห่งความยุติธรรมของมนุษย์ (Sense of Justice) กล่าวคือเงื่อนไขจะต้องไม่ขัดกับความรู้สึกทางศีลธรรมภายในใจ (Internal Morality) และกฎหมายจะต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมาย 8 ประการของ Lon Fuller อีกด้วย<sup>32</sup> สรุปโดยเดลในการบัญญัติกฎหมายสำหรับการรุณยาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Assisted Euthanasia) การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) และการรุณยาตเชิงรุกในผู้ที่ไม่อยู่ในสภาพผักถัวโดยความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม ตามทัศนะของผู้เขียนจากการประยุกต์ความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาตินิยม สำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม และสำนักประวัติศาสตร์นิยมดังแสดงในตารางที่ 1 ด้านล่างนี้

ตารางที่ 1 โนเมเดลในการบัญญัติกฎหมายสำหรับการรุณยาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) และการรุณยาตเชิงรุกในผู้ที่ไม่อยู่ในสภาพผักถัว (Involuntary Active Euthanasia in PVS Patient)

กระบวนการหรือเงื่อนไข	Voluntary Active Euthanasia	Assisted Suicide	Involuntary Active Euthanasia in PVS Patient
ความยินยอมที่แจ้งชัด (เช่น ลายลักษณ์อักษร พร้อมพยานที่ไม่มีส่วนได้เสีย หรือการแจ้งความประสงค์ด้วยวิดีโอ) ของผู้ที่กำลังจะจบชีวิต ถือเป็นเงื่อนไขจำเป็น ตามหลัก “ความยินยอม” อันเป็นหลักพื้นฐานสากล	✓	✓	✓ (ที่ให้ไว้ล่วงหน้า) (ผู้เขียนปฏิเสธความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม)
ต้องทำประชามติว่าความมีกฎหมายหรือไม่ และผลประชามติเห็นชอบให้มีกฎหมายต้องสูงมากกว่า	✓	✓	✓

<sup>31</sup> Chuck Penfold, ‘Assisted suicide’ (Deutsche Welle) <[www.dw.com/en/zurich-voters-reject-restrictions-on-suicide-tourism/a-15077995](http://www.dw.com/en/zurich-voters-reject-restrictions-on-suicide-tourism/a-15077995)> accessed 29 May 2024.

<sup>32</sup> สมยศ เจ้อไทย (เชิงอรรถ 23).

กระบวนการหรือเงื่อนไข	Voluntary Active Euthanasia	Assisted Suicide	Involuntary Active Euthanasia in PVS Patient
ร้อยละ 80 และต้องทำซ้ำในระยะเวลาห่างกัน พอกสมควร			
ต้องทำการศึกษาถึงเงื่อนไขที่เหมาะสมก่อนการ ตระကุหมาย เช่น ควรทิ้งระยะเวลาเท่าใดหลัง การให้คำยินยอมก่อนจะทำการจบชีวิต ความมี การกำหนดอายุหรือไม่ ความมีการกำหนดเงื่อนไข อื่นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ไม่อนุญาตให้ทำ Dignitas หากมีบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในความ รับผิดชอบ (นิติบัญญัติต้องเดินตามหลังวิชาการใน ฐานะที่วิชาการเป็นการแสดงตัวอักษรของ Volksgeist)	✓	✓	✓
ต้องทำประชามติเห็นชอบกับเงื่อนไขร่างกฎหมาย ที่ตราขึ้น	✓	✓	✓
กฎหมายจะต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของ กฎหมาย 8 ประการของ Lon Fuller	✓	✓	✓

## 5. สรุป

ประเทศเกือบทั้งหมดในโลกนี้ยอมรับให้การรุณยฆาตเชิงรับ (Passive Euthanasia) ซึ่งไม่ได้ยั่นเวลาตาย ตามธรรมชาติแต่เป็นการปล่อยให้ตายตามธรรมชาติโดยไม่ยืดเวลาออกໄไป (ไม่มีดี ไม่ยั่น) เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย แต่ปัจจุบันก็มีหลายประเทศที่ยอมรับให้การรุณยฆาตเชิงรุก (Active Euthanasia) และการฆ่าตัวตาย โดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) ซึ่งเป็นการกระทำที่ยั่นระยะเวลาตามธรรมชาติเข้ามา ให้เรื่องนี้เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายโดยมีเงื่อนไขขั้นตอนที่เข้มงวด สำหรับประเทศไทยกฎหมายอนให้เฉพาะ การรุณยฆาตเชิงรับเท่านั้นที่เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย การตั้งค่าความว่า Assisted Suicide เป็นฆาตกรรมหรือ ความเมตตา หากใช้แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) อาจไม่สามารถตอบได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นฆาตกรรมหรือความเมตตาหรือเป็นสิ่งที่ถูกหรือผิด เพราะจะเป็นเช่นไรนั้นย่อมขึ้นอยู่ กับการให้เหตุผลที่อาจแตกต่างกันไป หรือแม้แต่ผู้คนในแต่ละประเทศก็มองเรื่องนี้ต่างกัน โดยความเชื่อคำสอน ของศาสนาที่มีส่วนกำหนดการให้เหตุผลในเรื่องของความควรแตกต่างกัน ซึ่งเป็นจุดอ่อนของกฎหมายธรรมชาติที่ มีความไม่ชัดเจนและไม่แน่นอน แต่หากเรามองผ่านม่านตาของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนิยม (Legal Positivism) นักกฎหมายบ้านเมืองนิยมก็คงตอบว่าก็เป็นไปตามกฎหมายของรัฐว่ารัฐบัญญติไว้ว่าให้กระทำได้

หรือถือเป็นการฆาตกรรม แต่หากมองเรื่องนี้โดยใช้ความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ ความคิดเกี่ยวกับจิตวิญญาณประชาชน (Volksgeist) ก็ทำให้สำนักประวัติศาสตร์สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดก็ตาม Assisted Suicide หรือ Mercy Killing ของประเทศต่าง ๆ จึงแตกต่างกันออกไป ควรได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมาย ยอมรับให้กระทำได้หรือไม่ หรือควรมีเงื่อนไขเช่นไร นักกฎหมายประวัติศาสตร์ก็คงตอบว่าจำเป็นต้องค้นหาจิตวิญญาณของชาติเราเสียก่อน โดยอาจมีการทำประชามติหลาย ๆ ครั้งจนได้คำตอบที่เป็นเสียงส่วนใหญ่ของคนในชาติ เนื่องจากนิติบัญญัติต้องเดินตามหลักวิชาการในฐานะที่วิชาการเป็นการแสดงตัวของมาของ Volksgeist การบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ไม่อาจทำได้ทันทีตามเงื่อนไข เพื่อให้กฎหมายหรือเงื่อนไขที่ออกมาก็จะได้รับการยอมรับ ไม่ถูกต่อต้านหรือเกิดการเปลี่ยนแปลงบ่อย จากแนวความคิดของสำนักคิดนิติปรัชญา 3 สำนัก ผู้เขียนได้เสนอให้การบัญญัติกฎหมายสำหรับการรุณฆาตเชิงรุกโดยสมัครใจ (Voluntary Active Euthanasia) การฆ่าตัวตายโดยความช่วยเหลือของบุคคลอื่น (Assisted Suicide) และการรุณฆาตเชิงรุกในผู้ที่อยู่ในสภาพผักถาร (Involuntary Active Euthanasia in Persistent Vegetative State, PVS Patient) มีกระบวนการหรือเงื่อนไข 5 ประการ ดังนี้ (1) ความยินยอมที่แจ้งชัดของผู้ที่กำลังจะจบชีวิตเป็นเงื่อนไขจำเป็น ตามหลัก “ความยินยอม” อันเป็นหลักพื้นฐานสากล (2) การบัญญัติให้การกระทำเหล่านี้เป็นสิ่งถูกกฎหมายหรือไม่นั้น จำเป็นต้องทำประชามติ ผลประชามติเห็นชอบให้มีกฎหมายต้องสูงมากกว่าร้อยละ 80 และต้องทำซ้ำในระยะเวลาห่างกันพอกฎหมาย (3) จำเป็นต้องทำการศึกษาถึงเงื่อนไขที่เหมาะสมก่อนการตรากฎหมาย เนื่องจากนิติบัญญัติต้องเดินตามหลักวิชาการในฐานะที่วิชาการเป็นการแสดงตัวของมาของ Volksgeist และ (4) ก่อนประกาศใช้กฎหมาย ต้องทำประชามติความเห็นชอบกับเงื่อนไขในกฎหมายที่ตราขึ้น และ (5) กฎหมายจะต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมาย 8 ประการของ Lon Fuller

กรอบกฎหมายการคุ้มครองความลับทางการค้า: การศึกษาเปรียบเทียบกีย์กับความหมาย  
การละเมิดลิขิตร แล้วข้อยกเว้นการละเมิด ในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป จีน และไทย\*

**Legal Frameworks for Trade Secrets Protection: A Comparative Study of  
Definition, Infringement, and Defense in the United States, European Union,  
China, and Thailand**

นรรวิชญ์ ลิมปานุกร

*Norravich Limpanukorn*

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

LL.B Candidate, International Program in Business Law (LLB)

Faculty of Law, Thammasat University

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาโท)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอินเดียน่า วิทยาเขตบลูมิงตัน

LL.M Candidate

Maurer School of Law, Indiana University Bloomington

Corresponding author Email: norravich.limpanukorn@gmail.com

(Received: November 26, 2024; Revised: January 3, 2025; Accepted: January 3, 2025)

## บทคัดย่อ

บทความนี้สำรวจกรอบกฎหมายการคุ้มครองความลับทางการค้าในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป จีน และไทย ในภาพรวม กฎหมายความลับทางการค้ามุ่งเน้นการรักษาความลับและการปกป้องข้อมูลที่มีมูลค่า ทางเศรษฐกิจจากการใช้หรือการเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาต อย่างไรก็ตี วิธีการในการบรรลุการคุ้มครองนี้ แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ สหรัฐอเมริกาใช้การคุ้มครองตามกฎหมายผ่าน Uniform Trade Secrets Act

\* This article has been developed from research titled “Legal Frameworks for Trade Secrets Protection: A Comparison of the EU, US, China, and Thailand” conducted in the course L730 Seminar in Intellectual Property. I would like to extend my deepest gratitude to Zijin Yan (S.J.D. candidate at Maurer School of Law, Indiana University Bloomington, when the author was writing this article), who provided support and useful resources necessary to understand China’s Trade Secrets Law. I am also grateful to Asst. Prof. Dr. Junavit Chalidabhongse and Bhandhiraporn Donsakul, whose discussions at Thammasat University during preparation for the CIPITC Moot Court 2023, lightened my understanding of trade secrets law. The author affiliates with both programs as a part of a dual degree program between Thammasat University and Indiana University Bloomington.

(UTSA) และ Defend Trade Secrets Act (DTSA) สภาพยูโรปพยายามปรับปรุงให้กฎหมายของประเทศไทยสมาชิก สอดคล้องกันผ่าน Trade Secrets Directive แต่ยังคงแข็งกับความท้าทายด้านลักษณะที่สอดคล้องกันของกฎหมาย จึงพัฒนาการคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างต่อเนื่องและถือว่าเป็นหนึ่งในประเทศไทยที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าที่เข้มแข็งที่สุดในระบบกฎหมายที่เลือกศึกษา ขณะที่พระราชบัญญัติความลับทางการค้าของไทยแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการปรับใช้มาตรฐานสากล แต่ยังคงแข็งกับความคลุ่มเครื่องในการตีความและเงื่อนไขที่เข้มงวดเกินไป บทความนี้พิจารณาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมาย ความหมายของความลับทางการค้า การกระทำที่เป็นการละเมิด และข้อยกเว้นการละเมิดที่มีอยู่ในแต่ละกรอบกฎหมายที่เลือกมา ผู้เขียนเลือกที่จะศึกษาระบบกฎหมายเหล่านี้เนื่องจากความระดับความคุ้มครองที่แข็งแกร่งและสภาพการพัฒนาการของกฎหมายที่สามารถเป็นแบบอย่างที่ดีสำหรับประเทศไทย การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบนี้ยังเน้นถึงประเด็นสำคัญของการคุ้มครองความลับทางการค้าในแต่ละระบบที่ศึกษาเพื่อมีส่วนช่วยให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้าในระดับสากลและเพื่อให้ข้อเสนอแนะสำหรับการปรับปรุงกฎหมายความลับทางการค้าของไทย

**คำสำคัญ:** ความลับทางการค้า, การละเมิด, ข้อยกเว้นการละเมิด

## Abstract

This paper explores the legal frameworks for trade secrets protection in the United States, European Union, China, and Thailand. Overall, trade secrets law in all selected frameworks revolves around confidentiality and economically valuable information against unauthorized use or disclosure. However, the approaches to achieving this protection vary across jurisdictions. The United States employs statutory protections through the Uniform Trade Secrets Act (UTSA) and Defend Trade Secrets Act (DTSA). The European Union tries to harmonize its laws through the Trade Secrets Directive but faces uniformity challenges among member states. China has progressively developed trade secrets protection and is considered to offer one of the strongest protections among selected jurisdictions. Thailand's Trade Secrets Act demonstrates efforts to integrate global standards but struggles with ambiguities in interpretation and too strict requirements. This paper observes the historical development of the laws, the definition of trade secrets, infringement action, and available defenses or exceptions of each jurisdiction. These jurisdictions were chosen due to the strong and evolving nature of their legal framework as comparative models for Thailand. This comparative study also highlights key issues of trade secrets protection in each selected

system to contribute to the broader understanding of global trade secrets protection and offer insights for improving Thailand's trade secrets regime.

**Keywords:** Trade secrets, Infringement, Defense

## I. Introduction

Trade secrets is a body of law that protects against unauthorized disclosure and acquisition of information by improper means. This body of law develops interestingly across various jurisdictions. In the United States, trade secrets gained a spotlight at the federal level, resulting in the Defend Trade Secret Act (DTSA) of 2016. In the European Union, Directive (E.U.) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (Trade Secrets Directive) was issued to harmonize the law protecting trade secrets among EU members. In China, trade secrets are mainly protected under the Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China (AUCL). Still, the level of protection and the interpretation of the law are not clearly on the same line.

Thailand also enforced specific laws on trade secrets through the Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), based on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs), Article 39, and relevant provisions. However, various common law terms were borrowed without explanation being provided, especially because trade secrets were derived from common law concepts. Also, only a limited number of cases relevant to trade secrets law were substantially litigated in Thailand, leading to an unclear image of its protection framework.

The author wrote this paper for two primary purposes: (1) to understand the legal framework of trade secrets protection by comparing trade secrets protection in the European Union, the United States, China, and Thailand and (2) to gain insightful information to shape how the unclear part of Thai law should be interpreted and developed by comparing these frameworks.

This paper will be constructed as follows. Firstly, the next section will explain the basic concept of trade secrets and the theories behind the law to lay the reader's foundation. Then, the historical development of trade secrets law in each jurisdiction will be

discussed. In the third section of the paper, the requirements for information to be classified as trade secrets in each selected jurisdiction will be discussed. In the fourth section of the paper, the author will explore the acts that constitute infringement or misappropriation claims in each selected jurisdiction. Finally, the author will observe available defenses or exceptions against the claim of trade secrets.

## II. Overview and Theories of Trade Secrets Law

As we are discussing trade secrets law, the first questions one may have are what trade secrets are and why we protect trade secrets. At the very basic level, trade secrets are confidential information with economic value that is the subject of reasonable efforts to maintain its secrecy. But what is the nature of its ground when one asserts that another infringes his trade secrets? Is it about property trespassing, tortious liability, or contractual liability?

### A. Property

The first justification begins with the view that trade secrets are considered property as it is inherently justifiable. The concept of trade secrets originated in the early 1800s where the court in the United Kingdom justified the protection with Locke's labor theory of property, noting that trade secrets is property.

If he invents or discovers, and keeps secret, a process of manufacture, whether a proper subject for a patent or not, he has not indeed an exclusive right to it as against the public, or against those who in good faith acquire knowledge of it; but *he has a property in it.*<sup>1</sup>

Then, a similar idea was adopted by the Supreme Court of the United States in *Kewanee* that “[t]rade secret law promotes the sharing of knowledge, and the efficient operation of industry; *it permits the individual inventor to reap the rewards of his labor* by contracting with a company large enough to develop and exploit it.”<sup>2</sup> In 1984, the Supreme Court ruled in the same line that “[o]nce the data that constitute a trade secret are disclosed to others, or others are allowed to use those data, the holder of the trade secret has lost his

---

<sup>1</sup> *Peabody v. Norfolk*, 98 Mass. 452, 458 (1868). (Emphasis added).

<sup>2</sup> *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 493 (1974). (Emphasis added).

property interest in the data,” concluding that trade secrets are protected under property justification.<sup>3</sup>

#### B. Tort

While the decision in *Kewanee* highly relies on the view that trade secrets are property, there is a glimpse of tort theory as a breach of confidence or trust.

[A] court of chancery will protect against one who in violation of contract and *breach of confidence* undertakes to apply it to his own use, or to disclose it to third persons. The jurisdiction in equity to interfere by injunction to prevent *such a breach of trust*, when the injury would be irreparable and the remedy at law inadequate, is well established by authority.<sup>4</sup>

Apparently, the Supreme Court of the United States, in *E.I. duPont*, used to adopt the theory of tort while rejecting the property ground.

The word property as applied to trade-marks and trade secrets is an unanalyzed expression of certain secondary consequences of the primary fact that the law makes some rudimentary requirements of good faith. Whether the plaintiffs have any valuable secret or not the defendant knows the facts, whatever they are, through a special confidence that he accepted. *The property may be denied but the confidence cannot be.* Therefore, the starting point for the present matter is not property or due process of law, but that the defendant stood in confidential relations with the plaintiffs, or one of them.<sup>5</sup>

Contrary to the property justification, this approach focuses on confidence or trust between parties, labeling a breach of confidence or trust as a tort.

#### C. Contract

Scholars discussed that while trade secrets cases emerge from third parties’ action, trade secrets cases may arise out of contractual duty, which is not tort as parties may sign a

---

<sup>3</sup> *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986, 1011 (1984).

<sup>4</sup> *Peabody*, 98 Mass. at 458.

<sup>5</sup> *E. I. duPont deNemours Powder Co. v. Masland*, 244 U.S. 100, 102 (1917). (Emphasis added).

nondisclosure agreement. The theoretical question may arise when one starts a lawsuit about whether the ground is tort-based or contract-based. In such a case, scholars propose that the tort-based theory merges with breach of contract.<sup>6</sup>

#### D. Intellectual Property

Back to the point of the ongoing debate of whether trade secrets are property, the current mainstream opinion is that it is accepted as property, to be more concise, a type of intellectual property.<sup>7</sup> Trade secrets can be assigned or licensed in the same way as other intellectual property. However, unlike traditional intellectual property rights, the rights of trade secrets owners are neither absolute nor exclusive; they cannot prevent those who lawfully obtained trade secrets from using or disclosing them.<sup>8</sup> Still, intersections between copyright, trademark, patent, and trade secret are worth discussing.

##### 1. Copyright

While copyright protection does not cover facts, trade secrets can protect factual information such as names, addresses, and phone numbers in the customer list. The scope of protections is substantially different; while copyright mainly prevents an act of copying, trade secrets prevent the acquisition of information by improper means.

##### 2. Trademark

Both trade secrets and trademarks are relevant to economic value. In the trademark sense, it requires actual use, implying that trademarks have actual value. However, trade secrets need only potential value as a fruit of their secrecy.

##### 3. Patent

Patent, perhaps, is closest to trade secrets among traditional intellectual property rights. However, trade secrets are not required to be new, unlike patents. Trade secrets need to be disclosed, but this does not mean that they are absolute secrets, while patents, once

<sup>6</sup> Peter S. Menell, Mark A. Lemley, Robert P. Merges, and Shyamkrishna Balganesh, *Intellectual Property in the New Technological Age 2023 Vol. I Perspectives, Trade Secrets and Patents* (1st edn, Clause 8 Publishing 2023) 49.

<sup>7</sup> Craig Allen Nard, Michael J. Madison and Mark P. McKenna, *The Law of Intellectual Property* (5th edn, Wolters Kluwer 2017) 1439. (While trade secret law is considered a form of intellectual property, creating a protectable interest in valuable information, it is also concerned with ethical duties and behavior among commercial entities.)

<sup>8</sup> *Confold Pac., Inc. v. Polaris Indus.*, 433 F.3d 952, 958-9. (7th Cir. 2006).

they are registered, are fully in the public domain. The scope of protection between trade secrets and patents may be overlapping. Instead of filing for a patent, one who discovers a new product or process capable of patent registration may keep it undisclosed and protect it as a trade secret instead.

### III. Historical Development of Trade Secrets Law

Although each jurisdiction has its way of protecting trade secrets, the core concepts are substantially similar. One of the reasons is trade secrets laws in each jurisdiction have a separate yet connected history of their legal development. This section will discuss the development of trade secrets law in each jurisdiction, starting from the United States.

#### A. United States

In the United States, as mentioned, the court in *E.I. duPont* had adopted tort theory. This resulted in the standing where trade secrets are protected based on the confidential relationships being adopted in the Restatement (First) of Torts.

##### 1. Restatement (First) of Torts

The Restatement (First) of Torts stated the liability of a person who discloses or uses another's trade secret in § 757. This provision mentioned that a person is liable for his disclosure or use of trade secrets when he discovered the secret by improper means, such as theft, when the secret was shared with him in confidence when he learned of the secret from a third party with the awareness that such a person obtained it using improper mean, and when the secret was accidentally disclosed to him and he knows that it supposed to be confidential.<sup>9</sup> The trade secret in this Restatement was defined as a process or device for continuous use in the operation of the business.<sup>10</sup> Furthermore, § 758 of the Restatement addresses the liability of a person who learned of the secret from a third party without the awareness that such a person obtained it using improper means and who learned the secret by mistake without knowing of its secrecy and the mistake.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Restatement (First) of Torts § 757.

<sup>10</sup> Restatement (First) of Torts § 757, cmt. b.

<sup>11</sup> Restatement (First) of Torts § 758.

Moreover, the liability of a person who obtains trade secrets by improper means about another's business to advance business interest against its rival in competition was specifically addressed in § 759.<sup>12</sup> However, the information in this provision is not of the trade secrets like the previous two provisions, but the provision applies to all business information, no matter if it constitutes a trade secret or not.<sup>13</sup>

## 2. Uniform Trade Secrets Act

There is an effort to uniform the law governing trade secrets from the American Bar Association (ABA) during the 1960s. The effort led to the existence of the Uniform Trade Secrets Act (UTSA) in 1979. The amendment later occurred in 1985. The details in the UTSA are partially similar to the framework provided in the Restatement of Torts and partially provide broader protection.

The UTSA cited the comment (f) of § 757 of the Restatement of Torts that a complete catalog of improper means is not possible, stating that §1(1) of the UTSA provides a partial listing, which includes but is not limited to theft, bribery, misrepresentation, breach or inducement of a breach of a duty to maintain secrecy, or espionage through electronic.<sup>14</sup> The comment also clearly stated what the proper means could be.

One significant shift in the protection regime is that the UTSA the protection of trade secrets beyond the requirement in the Restatement of Torts. Here, to be qualified as a trade secret, the information is not required to be continuously used in one's business anymore. The UTSA extends the definition to protect information that one has not yet had an opportunity to use and information that negatively contains commercial value, such as information that a certain process will not work.<sup>15</sup>

## 3. Restatement (Third) of Unfair Competition

The Restatement of Unfair Competition contained the issue of trade secrets, and such a view where a trade secret is an issue in unfair competition persists until current days. The prefatory note of the Restatement mentioned, "Uniform Act codifies the basic principles

---

<sup>12</sup> Restatement (First) of Torts § 759.

<sup>13</sup> Restatement (First) of Torts § 759, cmt. b.

<sup>14</sup> Uniform Trade Secrets Act §1, cmt.

<sup>15</sup> Id.

of common law trade secret protection,” implying that this Restatement serves a need to clarify common law principles.<sup>16</sup> However, by that time, various states already adopted the UTSA as a model law, codifying its own state law. The Restatement, therefore, was not aimed at replacing the UTSA but rather serving as a tool for interpreting it.

Except as otherwise noted, the principles of trade secret law described in this Restatement are applicable to actions under the Uniform Trade Secrets Act as well as to actions at common law. The concept of a trade secret as defined in this Section is intended to be consistent with the definition of “trade secret” in § 1(4) of the Act.<sup>17</sup>

One remarkable point is that the Restatement of Unfair Competition does not expressly recognize trade secrets as property; still, it classifies trade secrets as intangible trade value, which gives some sense of property theory influence.<sup>18</sup> Moreover, scholars point out that the Restatement of Unfair Competition is considered a compliance of the TRIPs Agreement.<sup>19</sup>

#### 4. Economic Espionage Act

In 1996, the Economic Espionage Act (EEA) was enacted to address the issue arising from digital technology relevant to information-transferring systems, including the Internet. Under 18 U.S.C. § 1831(a), the crime of “economic espionage” is defined as follows.<sup>20</sup>

Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly

(1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a *trade secret*;

---

<sup>16</sup> Restatement (Third) of Unfair Competition § 39, rep. note.

<sup>17</sup> Id.

<sup>18</sup> Restatement (Third) of Unfair Competition § 38; David W. Quinto and Stuart H. Singer, *Trade Secrets: Law and Practice* (1st edn, Oxford University Press 2009) 23-24.

<sup>19</sup> Zijin Yan, ‘Protecting Undisclosed Enterprise Data as Trade Secrets in the United States and China’ (SJD dissertation, Indiana University Bloomington 2024) 83.

<sup>20</sup> 18 U.S.C. § 1831. (Emphasis added).

- (2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys a *trade secret*;
- (3) receives, buys, or possesses a *trade secret*, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;
- (4) attempts to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3); or
- (5) conspires with one or more other persons to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy ...

The term “trade secret” in the EEA cover wide range of information such as financial, business, scientific, technical, economic, and engineering information with three conditions: (1) it must be genuinely secret and not easily accessible; (2) owner must have taken reasonable steps to maintain its secrecy; and (3) information must possess independent economic value due to its confidential nature.<sup>21</sup>

However, scholars argue that the EEA is ineffective in protecting American trade secrets, where its effectiveness intersects with broader international relations.<sup>22</sup> Through this legislation, federal prosecution enjoys more of a role in the protection of trade secrets in criminal cases.

##### 5. Defend Trade Secret Act

In 2016, the Defend Trade Secret Act (DTSA) established federal-level protection for trade secrets in civil claims. As the DTSA does not preempt state law, the owner of trade secrets enjoys protection at both federal and state levels, in which he can pick one or both. The main reason behind this enactment is that states adopted various variations of the UTSA and that the DTSA would provide a uniform standard for trade secret misappropriation.<sup>23</sup>

The DTSA is largely based on the UTSA; thus, substantial details of these two laws are the same, including the notion of trade secrets, the liability standard, and the remedy

---

<sup>21</sup> 18 U.S.C. § 1839(3); Model Crim. Jury Instr. 9th Cir. 23.16 (2024).

<sup>22</sup> Zijin Yan, *Trade Secrets in the United States and China* (n 19) 85.

<sup>23</sup> H.R. Rep. No. 114-529, at 4-6 (2016).

provisions. However, the DTSA has few differences from the UTSA. For example, it provides immunity under 18 U.S.C. § 1833(b)(1), which are specific situations where an individual is exempted from civil and criminal liability relevant to trade secrets under state and federal laws.<sup>24</sup>

## B. European Union

The development of the protection of Intellectual Property started in the mid-1980s.<sup>25</sup> Before that time, the concept of trade secrets protection was quite blurry; still, such a concept continuously developed until nowadays, when the Trade Secrets Directive is in charge.

### 1. Before the 1980s

The very first recognition of trade secrets protection in the European Union could be said to start from a competition law perspective, but thorny. In that era, trade secrets had been harshly recognized. The first decision that mentioned trade secrets in the Union is hostile to the concept itself. In *Reuter/BASF*, the Commission determined that the restriction on using know-how hinders trade between Member States as when the buyer acquired know-how, his right is not exclusive; thus, the duration of the post-transfer restriction on the use of know-how needs to be time.<sup>26</sup> The commission also poses the question of whether the know-how in question can still be considered trade secrets considering the state-of-the-art at the time, asking whether or not the know-how still has sufficient economic value.

The commission later posed a more positive view on trade secrets where the unique recipe of wine and its production method could be the basis for valid exclusive licensing agreements without necessarily hindering competition in *Campari*.<sup>27</sup> Here, the Commission noted that the recipe was a trade secret kept confidential by the licensor, Campari. However, although the instruction on the production method for making the wine was shared with the

---

<sup>24</sup> 18 U.S.C. § 1833; John G. Sprankling and Thomas G. Sprankling, *Understanding Trade Secret Law* (1st edn, Carolina Academic Press 2020) 121-123.

<sup>25</sup> For further literature on the early historical development of trade secrets protection in the European Union, please see Katarzyna A. Czapracka, 'Antitrust and Trade Secrets: The U.S. and the EU Approach' (2012) 24 Santa Clara High Tech. L.J. 207, 249-256.

<sup>26</sup> Commission Decision 76/743/EEC, 1976 O.J. (L 254) 40.

<sup>27</sup> Commission Decision 78/253/EEC, 1978 O.J. (L 70) 69.

licensee, it was also qualified as know-how, in which the licensee is required to refrain from disclosing the manufacturing processes to third parties. The Commission's view clearly respected both the value of information that remains secret and what was shared under controlled usage.

## 2. The 1980s

In 1984, the Commission issued the regulation granting a group exemption for patent and mixed patent-and-know-how licenses, while the mixed license was permitted if the know-how allowed better exploitation.<sup>28</sup> However, the pure know-how was not mentioned, leading to a question on its status. The European Court of Justice (ECJ) then tackled this issue in 1986, ruling that restrictions that were necessary to protect know-how were enforceable.<sup>29</sup> Later on, the regulation on pure know-how was established in 1988, where it created a safe harbor by creating a list of permissible clauses on pure know-how and mixed patent-and-know-how licenses, which are deemed not to violate the Treaty establishing the European Community.<sup>30</sup> Still, the definition presented in the Regulation is quite narrow compared to today's framework of trade secrets protection.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Commission Regulation No 2349/84 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Patent Licensing Agreements, 1985 O.J. (L 280) 32.

<sup>29</sup> Case 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, 1986 E.C.R. 353; The confirmation of validity was followed by Commission Decision 87/100/EEC, 1987 O.J. (L 41) 31; Commission Decision 88/143/EEC, 1988 O.J. (L 69) 21; Commission Decision 88/563/EEC, 1988 O.J. (L 309) 34; and Commission Decision 88/635/EEC, 1988 O.J. (L 351) 40.

<sup>30</sup> Commission Regulation 556/89/EEC on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Know-How Licensing Agreements, 1989 O.J. (L 61) 1.

<sup>31</sup> Id. at Article 1(7). (For the purposes of the present Regulation the following terms shall have the following meanings: 1. 'know-how' means a body of technical information that is secret, substantial and identified in any appropriate form; 2. the term 'secret' means that the know-how package as a body or in the precise configuration and assembly of its components is not generally known or easily accessible, so that part of its value consists in the lead-time the licensee gains when it is communicated to him; it is not limited to the narrow sense that each individual component of the know-how should be totally unknown or unobtainable outside the licensor's business; 3. the term 'substantial' means that the know-how includes information which is of importance for the whole or a significant part of (i) a manufacturing process or (ii) a product or service, or (iii) for the development thereof and excludes information which is trivial. Such know-how must thus be useful, i.e. can reasonably be expected at the date of conclusion of the agreement to be capable of improving the competitive position of the licensee, for example by helping him to enter a new market or giving him an advantage in competition with other manufacturers or providers of services who do not have access to the licensed secret know-how or other comparable secret know-how; 4. the term 'identified' means

### 3. Article 39 of the TRIPs Agreement

The author would like to shift the reader's focus out of the European Union, redirecting the focal point to the TRIPs Agreement that was negotiated between 1989 and 1990 for a while as this is the intersection point between the development of the protection framework in the United States and the European Union.

The issue of trade secrets protection was pushed into the spotlight of the negotiation by the United States, where the United States advocated for the broad definition of the term.<sup>32</sup> However, the inclusion of trade secrets into the TRIPs did not occur right away, but experienced a push back, turned late-acceptance from the developing countries.<sup>33</sup>

As a result of the negotiation, the UTSA standard was adopted, but in a weird order, with Switzerland being the first country to adopt it, followed by the European Community and the United States itself.<sup>34</sup> However, although the reference to the UTSA definition of trade secrets was apparent, the TRIPs agreement contains some distinctions. The first notable difference is the usage of the term 'undisclosed information' to stress that the TRIPs are independent of the UTSA.<sup>35</sup> The next notable difference is the standard of 'commercial' value was used instead of economic value, which is arguably both that the term is a synonym and that the TRIPs strive for the more restrictive approach as it requires the information to be put in commercial use.<sup>36</sup> The last distinction is that there exists the third requirement, which is that the information has commercial value because it is secret, which does not exist in the UTSA.<sup>37</sup>

---

that the know-how is described or recorded in such a manner as to make it possible to verify that it fulfils the criteria of secrecy and substantiality and to ensure that the licensee is not unduly restricted in his exploitation of his own technology. To be identified the know-how can either be set out in the licen[s]e agreement or in a separate document or recorded in any other appropriate form at the latest when the know-how is transferred or shortly thereafter, provided that the separate document or other record can be made available if the need arises...)

<sup>32</sup> Suggestion by the United States for achieving the negotiating objective, 20.10.1987, MTN. GNG/NG11/W/14, 8.

<sup>33</sup> Luc Desaunettes-Barbero, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding* (1st edn, Springer 2023) 76-77.

<sup>34</sup> Id. at 77-78.

<sup>35</sup> Id. at 81-82.

<sup>36</sup> Id. at 82-83.

<sup>37</sup> Id. at 83-84.

#### 4. Trade Secrets Directive

Within the European Union, despite having the TRIPs Agreement, the protection of trade secrets through national legislations are varied.<sup>38</sup> This diversity led to the decision of the European legislator to harmonize trade secrets law, adopting the TRIPs definition into the Trade Secrets Directive.<sup>39</sup> However, this option is challenging. By adopting the definition of TRIPs, the EU legislator faces the problem of legal ambiguity due to its flexibility.<sup>40</sup> While this flexibility means that the definition in Article 2(1) of the Trade Secrets Directive is likely to be accepted by most of its members, it also introduces a degree of uncertainty in the same way as the United States, where the UTSA language led to varying interpretations among states.

#### C. China

China also has a long history of trade secrets protection, where notable legislations were promulgated since the establishment of the People's Republic of China (PRC) in 1949. As an overview, before 1993, China had rendered its way of protecting trade secrets without external influence; thereby, the protection was so different from the current regime as trade secrets back then were protected based on contracts. Later, from 1993 onwards, it could be said that the United States had an influence on the development of China's trade secrets law.

##### 1. 1949-1978

Since the People's Republic of China (PRC) was established in 1949, China has issued various sets of regulations containing the protection of business secrets, where the protected information includes scientific invention and technology, technical secrets, and traditional skills related to technology.<sup>41</sup> Still, the term trade secret does not yet appear in any piece of legislation. The early-day legislations are as follows:

<sup>38</sup> See *Id.* at 86-103.

<sup>39</sup> Directive (EU) 2016/943, Article 2(1).

<sup>40</sup> Elizabeth A. Rowe and Sharon K. Sandeen, *Trade Secret Law: Cases and Materials* (2nd edn, West Academic Publishing 2016) 41. ([T]he trade secret laws of the EU have been a hodge-podge of laws and legal principles. Some common law countries relied upon ... case law while other countries relied upon written code, but most often not stand-alone statutes ...)

<sup>41</sup> Shan Hailing, *The Protection of Trade Secrets in China* (2nd edn, Kluwer Law International 2012) 2.

- The Provisional Regulations for Maintaining State Secrets, promulgated by the Government Administrative Council (1951);
- The Regulations on the Issue of Science and Technology Secrets, issued by the Central Committee of the Communist Party of China (CPC) (1958);
- The Proposals for Science and Technology Exchange and Maintaining Confidentiality, jointly formulated by the China Security Committee, State Scientific Committee, the Engineering Office of National Defense, the Scientific Committee of National Defense, and the State Economic Committee as well as other authorities (1965).
- The Regulations for Maintaining Confidentiality of Science and Technology, formulated by the Security Committee of the CPC (1978).

During this period, trade secrets were protected under the status of state secrets by administrative measures.<sup>42</sup>

## 2. 1978-1993

Between 1978 and 1990, the National People's Congress (NPC) established and amended laws, and trade secrets protection was one of the issues of concern. The understanding of trade secrets became broader in the 1980s. The first time that the term trade secret was mentioned was in 1991 when the Civil Procedure Law mentioned: “[e]vidence that involves state secrets, *trade secrets*, and personal privacy shall be kept confidential.”<sup>43</sup>

In 1987, the law on technology contracts adopted the concept of unpatented technical achievements and unpatented technology transfer for the first time, such that

[t]he right to use unpatented technological know-how achieved through a contract commissioning development work or cooperative development, the right to transfer it, and the methods of distributing benefits from it shall be stipulated by the parties to the contract. In the absence of contractual stipulations, each all have the right to use and transfer the technical know-how, except undertaking research and development under a commission

---

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> Civil Procedure Law of the People's Republic of China, Article 66. (Emphasis added)

development contract may not transfer the results of said research and development to a third party before delivering them to the commissioning party.<sup>44</sup>

However, this law does not clearly direct to the terms technical or trade secrets directly, while the reference to the terms could be drawn.

In 1992, the Supreme People's Court of the PRC issued Several Issues Concerning the Application of the Civil Procedure Law of the PRC. This was the first time that the term trade secrets was defined.

Technological secrets and commercial intelligence and information. For example, industrial and trade secrets that interested parties are unwilling to make public such as production skills, formulas, business contracts or purchase and sales channels.<sup>45</sup>

The scope of trade secrets in this era included both technical secrets and business information that one would love to keep confidential rather than reveal.

### 3. 1993-1998

The year 1993 is the benchmark of trade secrets protection in China, as the Anti-Unfair Competition Law (AUCL) became effective for the first time. The AUCL established several acts that are considered acts of unfair competition, clearly indicating trade secret infringement among them. Under the 1993 AUCL, trade secret is defined as “the applied

---

<sup>44</sup> Zhonghua Renmin Gongheguo Jishu Hetong Fa (中华人民共和国技术合同法) [the Technology Contract Law of the People's Republic of China] (Expired) (adopted by 21st meeting of the Standing Committee of the 6th NPC, June 23, 1987, effective date November 1, 1987), Article 32 (China).

<sup>45</sup> Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Shiyong Zhonghua Renmin Gongheguo Minshi Susong Fa Ruogan Wenti de Yijian (最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见) [Provisions of the Supreme People's Court regarding Several Issues Concerning the Application of the Civil Procedure Law of the people's Republic of China] (promulgated by the Supreme People's Court, July 14, 1992, effective July 16, 1992), Article 154 (China) [hereinafter 1993 AUCL].

technology or business information unknown to the public and capable of bringing economic benefits to the right holder, for which the right holder has taken confidentiality measures.”<sup>46</sup>

All the elements defined under the AUCL except practical application are substantially similar to what was set forth in Article 39 of the TRIPs, although, at the time that the AUCL came into existence, the TRIPs agreement was still under negotiation. At this point, it may be arguable that the United States’ framework indirectly influences Chinese trade secrets law.

#### 4. 1998-2012

China initiated a legal program in 1998, amending many laws in order to comply with the WTO rules, successfully joined the WTO in 2001, and began to subsume obligations provided by the TRIPs, including the obligation to protect undisclosed information.<sup>47</sup> At this point, it is clear that the United States’ shadow started to cover China’s evolution in trade secrets protection as the undisclosed information provisions of the TRIPs were highly influenced by the UTSA.

During this period, the Judicial Interpretation was published in 2007 to address vagueness in the AUCL, providing the definition of commercial value,<sup>48</sup> reasonable measures,<sup>49</sup> practical applicability,<sup>50</sup> and unknown to the public.<sup>51</sup>

#### 5. 2012-2017

Since 2012, the issue of trade secrets law in China has been addressed by the Special 301 Reports due to the United States’ awareness of the impact of trade secrets law. China

<sup>46</sup> Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Fan Bu Zheng Dang Jing Zheng Fa (中华人民共和国反不正当竞争法) [Anti-Unfair Competition Law of the People’s Republic of China] (promulgated by the STANDING COMM. NAT’L PEOPLE’S CONG., September 2, 1993, effective December 1, 1993), Article 10 (China).

<sup>47</sup> Shan Hailing, *Trade Secrets in China* (n 41) 10.

<sup>48</sup> Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Shenli Buzhengdang Jingzheng Minshi Anjian Yingyong Falv Ruogan Wenti de Jieshi (最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释) [Interpretation of the Supreme People’s Court on Some Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Civil Cases Involving Unfair Competition] (promulgated by the Supreme People’s Court, January 12, 2007, effective date February 1, 2007) Articles 10, 11, 14, and 17 (China) [hereinafter Interpretation Involving Unfair Competition].

<sup>49</sup> Id. at Article 11.

<sup>50</sup> Id. at Article 10.

<sup>51</sup> Id. at Article 9.

and the United States also established the U.S.-China Joint Commission on Commerce and Trade (JCCT). The Special 301 Reports addressed various concerns urging China to amend the 1993 AUCL in 2017. The first notable change is that the requirement of practical applicability was eliminated; thus, the definition of trade secrets in the first part of Article 10 of the 2017 AUCL changed from applied technology to technological information.<sup>52</sup> This elimination of practical applicability requirement makes the Chinese trade secrets law closer to the TRIPs, meaning that the law is closer to the trade secrets law of the United States. There are further amendments relevant to the statutory damage and confidential duty of the government officials.<sup>53</sup> However, the amendment in Article 9, which emphasizes the phrase “an employee or a former employee,”<sup>54</sup> did not eliminate the criticism that the applicability of trade secrets infringement may be too narrow as it does not address the concern that the law only applies to business operators, not individuals.

## 6. Post 2017

The government of the United States still was not satisfied with the 2017 AUCL, as noted in the 2018 and 2019 Special 301 Reports, calling the law a “missed opportunity” and highlighting its limitations, such as a narrow scope of covered actions, lack of injunctive relief, and inadequate burden-shifting provisions.<sup>55</sup> Some concerns had been addressed by the Judicial interpretation in 2018.<sup>56</sup> In response, China amended the AUCL in 2019 to address

<sup>52</sup> Fan Buzhengdang Jingzheng Fa (反不正当竞争法) [Anti-Unfair Competition Law], (promulgated by STANDING COMM. NAT'L PEOPLE'S CONG., September 2, 1993, effective December 1, 1993; revised by STANDING COMM. NAT'L PEOPLE'S CONG., November 4, 2017, effective January 1, 2018) (China) [hereinafter 2017 AUCL]. (“[T]rade secret” means the technological information or business information unknown to the public and capable of bringing economic benefits to the right holder, for which the right holder has taken confidentiality measures.)

<sup>53</sup> Id. at Articles 15 and 17.

<sup>54</sup> Id. at Article 9.

<sup>55</sup> U.S. Trade Representative, ‘2018 Special 301 Report 40’ (April 2018) <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018%20Special%20301.pdf>> accessed 21 November 2024; U.S. Trade Representative, ‘2019 Special 301 Report 41–42’ (April 2019) <[https://ustr.gov/sites/default/files/2019\\_Special\\_301\\_Report.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/2019_Special_301_Report.pdf)> accessed 21 November 2024.

<sup>56</sup> Zuidao Renmin Fayuan Guanyu Shencha Zhishi Chanquan Jiufen Xingwei Baoquan Anjian Shiyong Falv Ruogan Wenti de Jieshi, Fashi [2018] Ershi Yi Hao (最高人民法院关于审理知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释, 法释[2018] 21号) [Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of Law in Cases Involving the Review of Act Preservation in Intellectual Property Disputes, Judicial

these concerns. The 2019 AUCL expanded Article 9 to cover individuals and non-commercial entities, broadening the law's application beyond business operators.<sup>57</sup> It also introduced protections against cyber theft of trade secrets, directly addressing the United States' concerns raised during trade negotiations.<sup>58</sup>

#### D. Thailand

Thailand also has a long history of trade secrets protection before enacting the Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002). The policy behind the enactment is that Thailand intends to uphold free trade, prevent the practice of unfair competition, and extend the scope of tortious liability to cover the trade secrets regime fully.<sup>59</sup>

##### 1. Prior to 2002

Prior to the existence of the Trade Secrets Act, the protection of trade secrets relied on narrow protection granted by certain provisions in the Thai Penal Code, contractual terms, and tort law in the Thai Civil and Commercial Code.

Section 323 of the Thai Penal Code provides protection of a private secret, which is wider than trade secrets, where it imposes criminal liability to medical practitioners, pharmacists, druggists, midwives, nursing attendants, priests, advocates, lawyers, or auditors who acquire a private secret of another person by reason of his functions, or a person who acquires a private secret of another person by reason of being an assistant in the said professions and discloses such a private secret.<sup>60</sup> At the same time, section 324 provides for a secret relevant to industry, discovery, or scientific invention, which is narrower than trade secrets, imposing criminal liability against a person who has the duty, professing to call the

---

Interpretation No. 21 [2018]], (promulgated by the Supreme People's Court, December 12, 2018, effective January 1, 2019) (China).

<sup>57</sup> Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Fan Bu Zheng Dang Jing Zheng Fa (中华人民共和国反不正当竞争法) [Anti-Unfair Competition Law of the people's Republic of China] (promulgated by the STANDING COMM. NAT'L PEOPLE'S CONG., date issued April 23, 2019, effective date April 23, 2019) Article 9 (China) [hereinafter 2019 AUCL]. (A business entity shall not commit any of the following acts which infringe trade secrets of another.)

<sup>58</sup> Id. (Obtaining a trade secret from its lawful holder by theft, bribery, fraud, coercion, hacking into the electronic information system or any other illicit means.)

<sup>59</sup> Supit Praneetpolkrang, *The Law of Trade Secrets* (1st edn, Inter Book 2003) 13.

<sup>60</sup> Thai Penal Code, Section 323.

trust, such as an employee, having known or acquired the secret, and disclosing or using such secret for the benefit of oneself or another person.<sup>61</sup>

There also exists a practice of relying on trade secrets protection using confidential agreements or non-disclosure agreements imposing obligations not to use or disclose trade secrets.<sup>62</sup> The parties to the contract are bound, and if a party uses or discloses in breach of contractual terms, they may sue a breaching party for the breach of contract, claiming compensation for any damages caused thereby.<sup>63</sup> However, due to the principle of privity of contract, the obligation arising out of the agreement does not bind a third party who is not part of the agreement. The non-disclosure agreement, therefore, could not provide redress against a third party who acquires, uses, or discloses the trade secrets of the owner.

To seek redress against a third party who acquires, uses, or discloses the trade secrets of the owner, one may claim compensation on the ground of tort under section 420 of the Thai Civil and Commercial Code. The provision is written such that

[a] person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, liberty, property or *any right of another person*, is said to commit a wrongful act and is bound to make compensation therefore.<sup>64</sup>

However, the application of tort law is problematic. Some scholars argue that this provision covers only property rights and that trade secrets are not considered property at all.<sup>65</sup> Also, the interpretation of section 420 is that in order to claim compensation for injuries against right, such a right must be the one recognized by law.<sup>66</sup> This led to ambiguity about whether the right to trade secrets can be covered by this provision. It could not be said that a right to trade secrets is recognized by law as no specific law covers it. Still, as some

---

<sup>61</sup> Thai Penal Code, Section 324.

<sup>62</sup> Surapon Traiware, *Commentaries on Trade Secrets Act B.E. 2545* (1st edn, Winyuchon 2003) 28-29.

<sup>63</sup> Thai Civil and Commercial Code, Section 215.

<sup>64</sup> Thai Civil and Commercial Code, Section 420. (Emphasis added)

<sup>65</sup> Surapon Traiware, *Commentaries on Trade Secrets Act B.E. 2545* (n 62) 29-30.

<sup>66</sup> Thai Supreme Court Decisions 837/2507 and 386/2509.

provisions in the Thai Penal Code protect a certain extent of trade secrets, it is not possible to fully say that there is no legal recognition as well.<sup>67</sup>

## 2. Post 2002

As Thailand is among the parties to the TRIPs agreement, it subsumes the obligation to protect undisclosed information. The enactment of the Trade Secrets Act gives the protection of trade secrets to be specific law (*sui generis*) and is the compliance of obligation from the TRIPs agreement. The definition of trade secrets and other provisions in the act highly rely on Article 39 of the TRIPs and other relevant provisions.

Like other intellectual property rights, including copyright, trademark, and patent, the trade secrets are under the jurisdiction of the Central Intellectual Property and International Trade Court (CIPITC).<sup>68</sup>

As the Trade Secrets Act follows a certain extent of an obligation under the TRIPs agreement, it could also be inferred that the United States trade secrets law also had a certain influence on Thai law.

In the following sections, the author will present and compare substantial law and its interpretation to observe the overall level of protection, similarities, and differences among selected jurisdictions.

## IV. What can be Trade Secrets?

Although the historical framework discussed suggests that the protection of trade secrets in each jurisdiction is linked, the scope of protection and the interpretation of the

---

<sup>67</sup> Criminal law could not protect the disclosure of trade secrets by third parties except as clearly stated by law; See Thai Supreme Court Decision 830/2475. (The defendant who revealed the secret of the plaintiff's business, a department store, is not guilty because the defendant obtained the secret while working as an employee.)

<sup>68</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 14. (In addition to the provisions of this Act, the enforcement of rights through court for protection of trade secrets and the procedure for trade secret litigation shall be governed by the legislation establishing the intellectual property and international trade court and its procedure.); Act for the Establishment of and Procedure for Intellectual Property and International Trade Court B.E. 2539 (1996), Section 7. (The intellectual property and international trade courts shall have jurisdiction over the following matters: ... (9) civil or criminal cases regarding disputes over layout – designs of integrated – circuits, scientific discoveries, trade names, geographical indications, *trade secrets* and plant varieties protection.)

law are not actually the same. This section will discuss, at first glance, what can constitute trade secrets in each jurisdiction.

#### A. United States

In the United States, two leading definitions of trade secrets are from the UTSA and DTSA. The former, by text, gave broader protection compared to the latter. The definition of UTSA is provided as follows.

“Trade secret” means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that:

- (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and
- (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.<sup>69</sup>

The definition provided in the DTSA is as follows:

“[T]rade secret” means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if

- (A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and
- (B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, another person who can obtain economic value from the disclosure or use of the information.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Uniform Trade Secrets Act §1(4).

<sup>70</sup> 18 U.S.C. § 1839(3).

The UTSA's definition covers all types of information, while the DTSA's is narrower by text as it covers only six specific types of information. Still, the following elements are the main concerns in addressing whether the information is qualified as a trade secret.

### 1. Information

In light of the UTSA's definition, the information covers any information, including the concept of know-how, into the span of "method" and "technique."<sup>71</sup> When I say all types of information, it really means anything. In *Religious Technology Center*, the court ruled that religious writing is protectable as a trade secret.

There is 'no category of information [that] is excluded from protection as a trade secret because of its inherent qualities ... Nor is there any authority to support Erlich's argument that the Church's religious texts cannot be trade secrets ...'<sup>72</sup>

However, if the DTSA's definition is applied, the said information may not constitute trade secrets protection as in the UTSA. The DTSA's definition may somewhat be viewed as the business information that constitutes trade secrets.

A trade secret is also viewed as intangible. In *Del Monte*, the court mentioned that the pineapple is not a trade secret, but the genetic information could be protected.<sup>73</sup> However, to be more precise, I would say it is not that trade secrets must be intangible, but rather it is not required to be embodied in a tangible medium.<sup>74</sup> The DTSA then provided a consistent framework establishing clearly that both "tangible" and "intangible" forms of information enjoy protection.<sup>75</sup>

One issue that may be confusing is the issue of novelty. In *Kewanee*, the court's statement is misleading that novelty is required as the same as a patent. The court stated that "some novelty will be required if merely because that which does not possess novelty is usually known; secrecy, in the context of trade secrets, thus implies at least minimal

<sup>71</sup> Uniform Trade Secrets Act §1, cmt.

<sup>72</sup> *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commun. Servs.*, 923 F. Supp. 1231, 1251-52 (N.D. Cal. 1995).

<sup>73</sup> *Del Monte Fresh Produce Co. v. Dole Food Co.*, 136 F. Supp. 2d 1271, 1291-93 (S.D. Fla. 2001).

<sup>74</sup> *Bridgestone/Firestone, Inc. v. Lockhart*, 5 F. Supp. 2d 667, 680-81 (S.D. Ind. 1998); *Ed Nowogroski Insurance v. Rucker*, 971 P.2d 936, 948 (Wash. 1999); *Sperry Rand Corp. v. Rothlein*, 241 F. Supp. 549, 563 (D. Conn. 1964).

<sup>75</sup> 18 U.S.C. § 1839(3).

novelty.”<sup>76</sup> However, novelty, in the patent law sense, is not required for a trade secret.<sup>77</sup> What the court really means is that the information must provide a slight advance over existing knowledge.<sup>78</sup> Such information can be non-novel information that is not generally known.

## 2. Independent Economic Value

In order to be qualified for protection, the information must derive actual or potential independent economic value. The term independent means that it must have separate values for not only the owner of the trade secrets, i.e., the information has value not only for the owner but also for his competitors.<sup>79</sup> The term value means that it is useful to a competitor and requires cost, time, and effort to duplicate.<sup>80</sup> In the alternative, it would be clear that information is valuable if it provides a competitive advantage.<sup>81</sup>

In determining independent economic value, value of the information to the plaintiff, investment in developing the information, measures used to protect the information, ease or difficulty of lawful acquisition or duplication, and public accessibility of the information.<sup>82</sup>

## 3. Not Generally Known and Not Readily Ascertainable by Proper Means

The meaning of that information not being generally known refers to the actual knowledge of another person. The UTSA provides the following explanation.

The language “not being generally known to and not being readily ascertainable by proper means by other persons” does not require that information be generally known to the public for trade secret rights to be lost. *If the principal persons who can obtain economic benefit from information are aware of it, there is no trade secret.* A method of casting metal, for

<sup>76</sup> *Kewanee*, 416 U.S. 470 at 476.

<sup>77</sup> *W.R. Grace Co. v. Hargadine*, 392 F.2d 9, 14. (6th Cir. 1968).

<sup>78</sup> *Anaconda Co. v. Metric Tool & Die Co.*, 485 F. Supp. 410, 422 (E.D. Pa. 1980).

<sup>79</sup> John G. Sparkling and Thomas G. Sparkling, *Understanding Trade Secret Law* (n 24) 33.

<sup>80</sup> *US West Communications, Inc. v. Office of Consumer Advocate*, 498 N.W.2d 711, 714 (Iowa 1993).

<sup>81</sup> *Electro-Craft Corp. v. Controlled Motion, Inc.*, 332 N.W.2d 890, 900 (Minn. 1983).

<sup>82</sup> *Bernier v. Merrill Air Eng’rs, Inc.*, 770 A.2d 97, 106 n.6 (Me. 2001); *See United States v. Hanjuan Jin*, 833 F. Supp. 2d 977, 1009 (N.D. Ill. 2012). (The court addressed value of the information to the plaintiff and investment in developing the information as helpful criteria.)

example, may be unknown to the general public but readily known within the foundry industry.<sup>83</sup>

This means actual knowledge of other persons within a relevant industry could negate the status of trade secrets, rendering the information not protectable while remaining unknown to the public at large. Now, the issue arises as to how close the information known to the relevant industry must be in order to consider that the information is generally known. In this matter, the court ruled that if there is no substantial difference between the information claimed to be trade secret, and the generally known information, the claimed information is not protectable.<sup>84</sup>

On the other side, the meaning of readily ascertainable is not so well-defined. The UTSA provides some examples that the “[i]nformation is readily ascertainable if it is available in trade journals, reference books, or published materials. Often, the nature of a product lends itself to being readily copied as soon as it is available on the market.”<sup>85</sup> The information is readily ascertainable if it is obvious.<sup>86</sup> The same result can also be reached if the information requires very little effort to be discovered.<sup>87</sup> One factor that the court used to analyze whether the information is readily ascertainable or not is that if the acquisition of the information required a substantial amount of time, effort, energy, or expense, then the information is not readily ascertainable, endorsing sweat-of-the-brow doctrine.<sup>88</sup>

#### 4. Reasonable Efforts to Maintain Secrecy

There is no clear line rule on what constitutes reasonable effort when taking precautions. Rather, the court will analyze whether or not the measures taken take into account the size and nature of the business, the cost of additional measures, and the degree to which disclosure risk can be mitigated.<sup>89</sup> This means whether or not the measure is

<sup>83</sup> Uniform Trade Secrets Act §1, cmt. (Emphasis added)

<sup>84</sup> *Microbix Biosystems v. BioWhittaker, Inc.*, 172 F. Supp. 2d 665, 674 (D. Md. 2000).

<sup>85</sup> Uniform Trade Secrets Act §1, cmt.

<sup>86</sup> *Computer Care v. Serv. Sys. Enters.*, 982 F.2d 1063, 1073-74 (7th Cir. 1992).

<sup>87</sup> *Buffets, Inc. v. Klinke*, 73 F.3d 965, 973 (9th Cir. 1996).

<sup>88</sup> *AvidAir Helicopter Supply, Inc. v. Rolls-Royce Corp.*, 663 F.3d 966, 973 (8th Cir. 2011); *Fireworks Spectacular, Inc. v. Premier Pyrotechnics, Inc.*, 147 F. Supp. 2d 1057, 1066 (D. Kan. 2001); *Amoco Prod. Co. v. Laird*, 622 N.E.2d 912, 919 (Ind. 1993).

<sup>89</sup> *Learning Curve Toys, Inc. v. PlayWood Toys, Inc.*, 342 F.3d 714, 724 (7th Cir. 2003).

reasonable depends on a case-by-case basis; one measure may be considered reasonable in one context while it may be viewed as unreasonable in other contexts.<sup>90</sup>

The measure can be either standard or non-standard. Standard measure refers to physical methods such as secret vaults, technical methods such as encryption of information, or legal methods such as non-disclosure agreements.<sup>91</sup> Another type of precaution are non-standard one. These methods may be fragmented of information, such as having each high-level employee know partly about the information, which is usable only if all pieces are combined, or keeping information inside the family circle only.<sup>92</sup> However, measures taken do not need to be perfect; heroic measures are not required to take place.<sup>93</sup>

Once all the aforementioned conditions are met, the information is qualified and is protectable as a trade secret.

#### B. European Union

The Trade Secrets Directive provides the definition of trade secret in Article 2 as follows.

‘[T]rade secret’ means information which meets all of the following requirements:

- (a) it is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;

---

<sup>90</sup> *In re Innovative Constr. Sys.*, 793 F.2d 875, 884 (7th Cir. 1986).

<sup>91</sup> See *Rockwell Graphic Systems, Inc. v. DEV Industries, Inc.*, 925 F.2d 174, 180 (7th Cir. 1991). (Rockwell took some precautions, both physical (the vault security, the security guards -- one of whom apprehended Peloso in flagrante delicto) and contractual, to maintain the confidentiality of its piece part drawings.)

<sup>92</sup> *Magistro v. J. Lou, Inc.*, 703 N.W.2d 887, 890 (Neb. 2005). (Magistro testified that the dough recipe used in Don Carmelo’s Pizzerias was a recipe that his family created in Sicily before the family moved to the United States. When his father opened a pizza restaurant in New Jersey, only family members were privy to the recipes. Magistro moved to Omaha in 1980 and opened his first pizzeria. Magistro said he protected the family recipes by putting the ingredients into packets that were sealed and refrigerated until needed. An employee would then add water to make the sauce and the dough.)

<sup>93</sup> *E. I. duPont deNemours & Co. v. Christopher*, 431 F.2d 1012, 1017 (5th Cir. 1970); *USM Corp. v. Marson Fastener Corp.*, 393 N.E.2d 895, 902 (Mass. 1979).

- (b) it has commercial value because it is secret;
- (c) it has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.<sup>94</sup>

As the Trade Secrets Directive is legislation adopted by the European Union to harmonize the laws of all EU member states, the term is vague, and there is no clear explanation for each term. Still, as to the knowledge that the Trade Secrets Directive derived indirectly from the UTSA, the interpretation is, therefore, comparable. The following subsections will discuss similarities and differences from the UTSA and give further explanations based on the recitals.

#### 1. Information Not Generally Known or Readily Accessible

The requirement in the Trade Secrets Directive is slightly different from that of the UTSA. In the UTSA (and the DTSA), one of the elements of a trade secret is that the information is not generally known to, and not readily ascertainable through proper means by, another person who *can obtain economic value from the disclosure or use of the information*.<sup>95</sup> However, the Trade Secrets Directive refers to *persons within the circles that normally deal with the kind of information in question* instead. Practically, this does not provide much difference in interpretation as those who can derive economic benefit from the information are those who normally deal with the kind of information, i.e., in the same business area. Moreover, although the UTSA and DTSA are mentioned as readily ascertainable through proper means, this extended part of proper means is not explicitly provided in Article 2(1) of the Directive. Nonetheless, the Directive separately defined the list of lawful acquisition, use, and disclosure in Article 3, which is comparable to the term proper means.<sup>96</sup>

The interpretations of what constitutes generally known and readily ascertainable are probably similar to what was mentioned in the UTSA's interpretation. This is supported by Recital 23, which states that legitimate trade secret holders are expected to exercise a "duty of care" to preserve the confidentiality of valuable information.<sup>97</sup> Although the recital does not expressly mention what the information is generally known, it implies that trade secrets

---

<sup>94</sup> Directive (EU) 2016/943, Article 2(1).

<sup>95</sup> Uniform Trade Secrets Act §1(4). (Emphasis added).

<sup>96</sup> Directive (EU) 2016/943, Article 3.

<sup>97</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 23.

inherently involve unique information that is not common knowledge within an industry. Recital 24 as well, although it does not specifically address the problem of the term readily ascertainable, highlights the importance of appropriate safeguards; it suggests that in order for the information to not be readily ascertainable, it must remain restricted from general access.<sup>98</sup>

Some scholars suggest that the title of the Directive appears to give broader protection as it mentioned “the protection of *undisclosed know-how and business information (trade secrets)*,” whereas the term information becomes centric.<sup>99</sup> This leads to the comments that the know-how mentioned in the protection extends the protection to include human and mental capital, which may or may not be separated from its owner. However, the drafter shifted such a focus at the end of Recital 1 such that “[s]uch valuable know-how and business information, that is undisclosed and intended to remain confidential, is referred to as a trade secret,” referring to trade secret as an object.

## 2. Commercial Value Because It Is Secret

The UTSA and DTSA provide that trade secrets derive independent economic value, actual or potential, from not being generally known and not being readily ascertainable. However, the Trade Secrets Directive employed more restrictive terms, providing that it has commercial value because it is secret. Although the overall look is quite the same, it seems that the Directive suggests that the causal link between the commercial value and the secrecy is required. Also, as discussed above, the Directive employs the standard of commercial value instead of economic value, suggesting that, following the TRIPs, the information may constitute a trade secret under this Directive only if it has been put in use. However, this idea has been opposed by the Recital 14 that a commercial value can be actual or potential, listing criteria to consider whether the information has commercial value to include scientific potential, business interests, and strategic position.<sup>100</sup> Still, it provides none of the clear definition of what the term accurately means, and once clear observation is that nothing in the said criteria is about sweat-of-the-brow doctrine, but rather on

---

<sup>98</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 24.

<sup>99</sup> Luc Desaunettes-Barbero, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding* (n 33) 108.

<sup>100</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 14.

competitive advantages from the perspective of the trade secret owner, without considering infringer's gain.<sup>101</sup>

All of these means, the Trade Secrets Directive, when precisely pointing out that information has commercial value because it is secret, creates uncertainty about their independence. This led to various interpretation approaches among EU members, especially on the test that some countries have the same requirements for secrecy and economic value, and some have analyzed them separately.<sup>102</sup>

### 3. Reasonable Steps Under the Circumstances to Keep It Secret

The last requirement in the Trade Secrets Directive requires that trade secret holders take reasonable steps to maintain confidentiality. No clear difference between this requirement from the UTSA could be identified. In fact, it is clearer and is in alignment with the UTSA's interpretation discussed as it emphasizes the phrase reasonable steps under the circumstances. It is also clear that absolute protection or perfect measure is not required as Recital 21 mentions that judicial authorities should weigh the value of a trade secret and the circumstances of its protection, taking into account factors like the significance of any security measures taken.<sup>103</sup> The recital also suggests that holders must not only actively secure trade secrets but also regularly monitor them for unauthorized use.<sup>104</sup> This means the protection levels may vary, and any reasonable security measures such as access restrictions or confidentiality agreements must be maintained to qualify information as a trade secret.

#### C. China

Before starting, from the observation, I would like to take down a small note to the reader that the terms technical information, technological information, and technology (技术信息 - Jishù Xìnxì) are being used interchangeably in the context of the element of a trade secret. The terms trade secret, business secret, and commercial secret (商业秘密 - Shāngyè Mìmì) are also being used interchangeably. The 2019 AUCL defines a trade secret as follows.

---

<sup>101</sup> Luc Desaunettes-Barbero, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding* (n 33) 111.

<sup>102</sup> Id. at 109.

<sup>103</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 21.

<sup>104</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 23.

“[T]rade secret” means any commercial information unknown to the public, including but not limited to technological or business information, with commercial value and for which its lawful holder has taken proper confidentiality measures.<sup>105</sup>

The following sub-section will provide a brief analysis and explanation of each element.

### 1. Technical and Business Information

In China, the scope of trade secret protection has been broadened over time. In the 1993 AUCL, the trade secrets were limited to applied technology or business information, which meant practical application was required. In the 2017 AUCL, the scope of protection has been broadened by eliminating such a requirement. Then, in the 2019 AUCL, the scope has been widely broadened, where trade secrets include but are not limited to technological or business information. The meaning of technical information and business information are being specified for the first time in 1995 as follows.

Technical information and business information include designs, programs, formulas of products, processes, managerial skills, lists of customers, information regarding suppliers of goods, production and marketing strategies, base amount of a tender in public bidding, content of bid documents and other information.<sup>106</sup>

And the several opinions promulgated in 1997 suggests as follows.

Technical information can consist of original engineering plans for industrial products, technology, and materials with specific integrated technical content,

---

<sup>105</sup> 2019 AUCL, Article 9.

<sup>106</sup> Guojia Gongshang Xingzheng Guanli Ju Guanyu Jinzhi Qinfan Shangye Mimi Xingwei de Ruogan Guiding (国家工商行政管理局关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定) [Several Provisions on Prohibiting Infringements upon Trade Secrets], (promulgated by State Admin. Indus. Com., November 23, 1995, effective November 23, 1995) Article 2 (China); Shan Hailing, *Trade Secrets in China* (n 41) 62.

as well as of the revisions of said engineering plans and technical elements of a particular product or technological material.<sup>107</sup>

The development of the scope of trade secrets protection in China has grown immensely over the years, and it offers an expansive interpretation of the information to be qualified as trade secrets. According to judicial interpretation in 2020, the technical information now includes:

[c]reativity, management, sale, finance, plans, samples, bidding materials, clients' information and data and others relating to business activities.<sup>108</sup>

The business information now includes:

[s]tructure, raw materials, components, formulas, materials, samples, styles, propagation materials of new plant varieties, processes, methods or their steps, algorithms, data, computer programs and their relevant documents, and other information relating to technology.<sup>109</sup>

The information claimed to be a trade secret may be tangible or intangible, as the court in *Hebei Huasui* ruled as follows.

Different from plant materials found in nature, *the intermediate materials for breeding and inbred parental seeds formed in the process of crop breeding are intellectual achievements made by breeders through creative labor, with the characteristics of both technical information and physical carriers and the two cannot be separated*. The breeding materials with commercial value obtained through breeding innovation activities can be protected by law as

---

<sup>107</sup> Guanyu Jiaqiang Keji Renyuan Liudong Zhong Jishu Mimi Guanli De Ruogan Yijian (关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见) [Several Opinions on Strengthening the Management of Technical Secrets in the Flow of Scientific and Technological Personnel], (promulgated by National Science and Technology Commission, July 2, 1997, effective July 2, 1997) Article 2 (China); Shan Hailing, *Trade Secrets in China* (n 41) 62.

<sup>108</sup> Zuijiao Renmin Fayuan Guanyu Shenli Qinfan Shangye Mimi Shiyong Ruogan Wenti de Guiding (最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定) [Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Civil Cases Involving Infringements upon Trade Secrets] (promulgated by the Supreme People's Court, date of issued September 10, 2020, effective September 12, 2020) Article 1 (China); Zijin Yan, *Trade Secrets in the United States and China* (n 19) 168.

<sup>109</sup> Id.

commercial secrets, if they are not known to the public and the corresponding confidentiality measures are taken.<sup>110</sup>

## 2. Not Known to Public

China's practice in the element of secrecy is determined by two aspects: subjective standard and objective standard.<sup>111</sup> For subjective standards, the owner of trade secrets must be aware that the information is not publicly available and that he applies the measures to protect it. Then, the information also needs to not actually be available in public or in the public domain. Otherwise, it would fail the objective test. The judicial interpretation is that not known to the public means that the information as a whole, or certain technical content of the information, is not generally known or is difficult to obtain by people in the relevant fields.<sup>112</sup> In *Anmei Weike*, the Supreme People's Court ruled that customer information that is a compilation of hotel names is not a trade secret due to a lack of non-public details.<sup>113</sup> It is perceivable that although the owner applies measures to protect trade secrets, claiming that they are not known to the public by the subjective standard, they may not be qualified as trade secrets if they are objectively public information. On the contrary, even the customer list where their names, addresses, or phone numbers are considered information known to the public, specific customer information acquired through business conduct, such as requirements, preferences, or customer needs, could be protected.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Hebei Huasui Zhongye Youxian Gongsi Yu Wuwei Shi Bosheng Zhongye Youxian Zeren Gongsi Qinhai Jishu Mimi Jiufen An (河北华穗种业有限公司与武威市搏盛种业有限责任公司侵害技术秘密纠纷案) [Hebei Huasui Seed Industry Co., Ltd. v. Wuwei City Bosheng Seed Industry Co., Ltd.], Supreme People's Court (最高人民法院) November 2, 2022, (2022) Zuigaofa Zhi Min Zhong No. 147 [(2022) 最高法知民终147号] (China) [hereinafter Hebei Huasui]. (Emphasis added)

<sup>111</sup> Shan Hailing, *The Protection of Trade Secrets in China* (n 41) 55.

<sup>112</sup> Id.

<sup>113</sup> Anmei Weike (Beijing) Hulianwang Keji Youxian Gongsi yu Lingbo Keji (Beijing) Youxian Gongsi, Zhengguanghui, Wujianming, Shihongliang, Xufeng Qinhai Jisuanji Ruanjian Zhuzuoquan ji Qinhai Shangye Mimi Jiufen Shangsuan (安美微客(北京)互联网科技有限公司与岭博科技(北京)有限公司、郑广辉、吴键铭、史洪亮、徐烽侵害计算机软件著作权及侵害商业秘密纠纷上诉案) [Anmei Weike (Beijing) Network Technology Co. Ltd. v. Lingbo (Beijing) Technology Co. Ltd.], Supreme People's Court (最高人民法院) March 29, 2021, (2020) Zuigaofa Zhi Min Zhong No. 1099 [(2020) 最高法知民终1099号] (China).

<sup>114</sup> Shan Hailing, *The Protection of Trade Secrets in China* (n 41) 51.

In one case, the Haidian District People's Court ruled that:

[a]n enterprise develops the IC card series management system for sale, expecting that the utility function of this technology can bring about economic benefits; in the aspect of function, IC card technology systems are generally similar and, to a certain extent, popular to the public, but *from the perspective of technology, there are great differences in software source program supporting this system, schematic diagram of operation and other aspects, and the way to function also significantly differs. For these reasons, this key technology shall be identified as unknown to the public*; and the enterprise has taken confidentiality measures for this key technology. Therefore, the key technology in respect to the IC card series management system developed by the enterprise is a trade secret as it possesses all characteristics of a trade secret.<sup>115</sup>

This means the information that possesses great differences from what is available to the public is considered unknown to the public, and if all the other conditions are met, it can be qualified as a trade secret.

### 3. Commercial Value

Chinese scholars consider that the commercial value of trade secrets refers to the actual economic benefit that is brought by actual use or future use.<sup>116</sup> In short, this is an adoption of the actual or potential values approached. In China, factors that can be used to analyze commercial value are real and potential value, positive and negative value, and duration of usefulness.<sup>117</sup> Real value refers to the value from information that can be directly used, while potential value refers to value from information that is still being researched, developed, or is in trial. A positive value means the value drawn from the direct use in

---

<sup>115</sup> Beijing Siweige - Taide Dianzi Gongcheng Gongsi Su Beijing Shi Yinlan Keji Gongsi ji Liu Yongchun dengren Buzhengdang Jingzheng Jiufen An (北京斯威格—泰德电子工程公司诉北京市银兰科技公司及刘永春等人不正当竞争纠纷案) [Beijing Sweger-Tide Electronic Engineering Co., Ltd. v. Beijing Yinlan Technology Co., Ltd., Liu Yongchun, ET AL.], Haidian District People's Court of Beijing Municipality (北京市海淀区人民法院) December 1, 1997, SPC Gazette, Issue 3, 1998 [最高人民法院公报, 1998 年第 3 期] (China). (Emphasis added)

<sup>116</sup> Shan Hailing, *The Protection of Trade Secrets in China* (n 41) 49.

<sup>117</sup> Id. at 51.

productions, sales, research, developments, or application of the information in business activities, while a negative value means the value derived from the information that is useful in cost saving. No matter whether the information is sustainably useful or its usefulness stays only for a short period, it could satisfy the element of commercial values.

#### 4. Confidential Measure

The confidential measure is the same as discussed; it is the measure or precaution used to protect trade secrets. The Supreme People's Court emphasizes the importance of confidential measures such that

[t]he know-how is one of business secrets. Where there is no evidence to prove that the know-how involved is known to the public, on the contrary, in order to protect the secrets, the right holder makes strict confidential measures, and the secrets can be used for production and have actual benefits, the know-how shall be determined to comply with the protection conditions mentioned in the Unfair Competition Law and the General Principles of Civil Law and shall be protected by laws.<sup>118</sup>

However, foolproof measures are not required. Instead, it is not required that the measure be perfect but reasonable according to the circumstances and the nature of the protected information. The court in *Hebei Huasui* ruled:

[t]he cultivation of breeding materials depends on soil, water, air, and sunlight, and requires field management. Therefore, *there is no foolproof measure for right holders to maintain the confidentiality of crop materials. The reasonability of confidentiality measures should be determined according to the characteristics of the breeding materials*, and those that can be used to prevent the disclosure of confidential information under normal circumstances are deemed reasonable.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Luoding Shi Linchan Huagongchang, Liu Xianchi yu Zhuzhou Xuankuang Yaoji Chang Jishu Mimi Qinquan Jiufen Shangsu An (罗定市林产化工厂、刘显驰与株洲选矿药剂厂技术秘密侵权纠纷上诉案) [Luoding City Linchan Chemical Plant and Liu Xianchi v. Zhuzhou Flotation Reagents Factory], Supreme People's Court (最高人民法院) May 9, 2000, Legal Publication (2000) No. 1 [法公布 (2000) 1 号] (China).

<sup>119</sup> Hebei Huasui. (Emphasis added)

The court also provided examples of measures, such as confidentiality agreements and coded information, which can be considered reasonable measures in specific circumstances.

Under specific circumstances, right holders may establish a confidentiality system, execute a confidentiality agreement, prohibit information disclosure, and use a code to refer to the breeding materials, which are determined as reasonable confidentiality measures.<sup>120</sup>

The High People's Court of Guangdong Province also provides further examples, such as frequent confidentiality education or employee booklet indicating trade secrets as confidential measures.

Fushibao Company took corresponding confidentiality measures for the above business information, such as the frequent confidentiality education of salespersons knowing the Company's sales network, clarification of their confidentiality obligations, and making of employees' booklets which indicated that "all business secrets, technical documents and working conference minutes of the Company shall be deemed as trade secrets, and shall not be divulged; any violator shall be severely punished."<sup>121</sup>

Although there is no direct term referring to reasonable confidential measure, the court consistently determines that no perfect measure but reasonable measure pursuant to specific circumstance is needed, which is similar to reasonable effort in the UTSA.

#### D. Thailand

The Trade Secrets Act provides definition of the term trade secrets under Thai law as follows.

"Trade Secrets" means trade information not yet publicly known or not yet accessible by persons who are normally connected with the information. The

---

<sup>120</sup> Id.

<sup>121</sup> Fushibao Jiayong Dianqi Youxian Gongsi Su Jialesheng Dianqi Youxian Gongsi (富士宝家用电器有限公司诉家乐仕电器有限公司) [Fushibao Household Electric Appliances Co., Ltd. v. Gales Electric Appliance Co., Ltd.], High People's Court of Guangdong Province (广东省高级人民法院经审理) December 30, 1998, SPC Gazette, Issue 2, 1999 [最高人民法院公报, 1999 年第 2 期] (China).

commercial values of which derive from its secrecy and that the controller of the trade secrets has taken appropriate measures to maintain the secrecy.<sup>122</sup>

The elements to be assessed in this section are as follows.

### 1. Trade Information

The Trade Secrets Act defines the term trade information as “*any medium* that conveys the meaning of a statement, facts, or other information irrespective of its method and forms. It shall also include formulas, patterns, compilations or assembled works, programs, methods, techniques, or processes.”<sup>123</sup> By emphasizing that trade information is any medium, the Trade Secrets Act shifted focus from the abstract content itself to protecting the medium where the abstract content is embodied. However, such a medium could be tangible or intangible, e.g., the trade information may be in physical paper format or computer file.

Some scholars classified trade information into two categories: business information and technical information.<sup>124</sup> The former used for or in business operations, in any form, such as pricing, marketing strategies, advertising strategies, agreements with suppliers, contracts with wholesalers or retailers, employee training, and trade agreements. The latter relates to production techniques, such as product formulas (e.g., drink mixes, fragrances, floor cleaner formulas, food recipes), manufacturing processes, production secrets, industrial designs, and source codes.

There is also a question of the legality of the information on whether the trade information involves illegal action, such as false accounting or documents used to evade taxes, techniques for producing illegal drugs, creating false news to manipulate stock prices, or assassination plots, constitute trade secrets? The consensus is that trade secrets protect only information that is legal. Otherwise, the disclosure of information relevant to illegal action to officials will constitute trade secrets infringement.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 3.

<sup>123</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 3. (Emphasis added); See Supreme Court Decision 11078/2558.

<sup>124</sup> Suchart Thammapitakul, ‘Trade Secret’ in Thai Bar Association under the Royal Patronage (ed), *Intellectual Property Law* (Thai Bar Association 2011) 169-170.

<sup>125</sup> Id. at 170.

## 2. Not Yet Publicly Known or Not Yet Accessible

The law requires that the information must not yet be publicly known or not yet accessible by persons who are normally connected with the information. The term not yet publicly known should be similarly construed as not being generally known in the UTSA. Simultaneously, the term not yet accessible should be similarly interpreted as not being readily ascertainable.

In one case, the Supreme Court held that

the defendant's use of customer lists and related information was not considered trade secrets. The court found that while the information may have commercial value, it was not unique or confidential enough to qualify as a trade secret. Testimony suggested *the customer lists could have been sourced from public media or websites*, thus lacking the distinctive qualities necessary for protection under trade secret laws.<sup>126</sup>

This is consistent with the UTSA's interpretation that if the information could be found from public sources, it is disqualified.

The phrase persons who are normally connected with the information can be broadly interpreted to be persons in a relevant field spanning from producer to consumer.<sup>127</sup>

## 3. Commercial Values of which Derive from Its Secrecy

Trade information qualified for protection must have commercial value, which is derived from its secrecy, which means that there exists a causal link between the owner's competitive advantages and the fact that trade information is protected. The commercial value is not clear whether or not it could be actual or potential value. Still, scholars suggest that both values are being covered.<sup>128</sup> Actual values are when information is ready for use in

<sup>126</sup> Thai Supreme Court Decision 15697/2557.

<sup>127</sup> Thai Supreme Court Decision 18121/2557 (The plaintiff, in academic robes business, claimed the price offer as a trade secret. The court held that there exists a person who has no duty related to ordering or renting the academic robes and who learns the price offered by the plaintiff shows that the plaintiff did not have a method to limit access to this trade information by the general public, who were not yet aware of it.); Supit Praneetpolkrang, *The Law of Trade Secrets* (n 59) 22.

<sup>128</sup> Suchart Thammapitakul, *Trade Secret* (n 124) 167.

manufacturing or business. However, potential values refer to information that can be applied to industry or commerce and that the owner intends to apply soon.<sup>129</sup>

#### 4. Appropriate Measure to Maintain the Secrecy

The law also required that for the trade information to be protected, appropriate measures must be taken to maintain the secrecy. Under Thai law, measures can be imposed not only by the owner but by anyone who is qualified as a controller of trade secrets. The Trade Secrets Act defines the controller of trade secrets to also include the possessor, controller, or caretaker of the trade secrets, in addition to the owner.<sup>130</sup> This means not only the owner but also those who are authorized to control the trade information.

The measure is not necessary to create absolute secrecy,<sup>131</sup> comparable to heroic measures in the United States and foolproof measures in China. What the law really requires is a reasonable measure subject to specific circumstances.<sup>132</sup> In one case, the Supreme Court ruled as follows.

One requirement for trade information to qualify as a trade secret is that the owner or controller must have taken reasonable measures to keep it confidential. In this case, the plaintiff's trade information was stored in sales and accounting departments, kept in files, and on computers without restrictions preventing unauthorized individuals from accessing these documents. The access to computer-stored data was also not controlled or secured. Thus, there were no sufficient measures to prevent data leaks, meaning it did not meet the criteria of confidentiality. The plaintiff's argument that there is an agreement requiring employees to keep confidential information from being disclosed to outsiders, based on terms within the employment contracts between the plaintiffs and their employees, is not

---

<sup>129</sup> Thai Supreme Court Decision 15697/2557. (Trade information that has commercial value due to its secrecy must be information that is crucial for the survival of the current or future business or whose existence depends significantly on such information. The owner of the trade secret has spent considerable time, effort, and expense to acquire it. Competitors who wrongfully acquire this information gain an unfair advantage by saving time and labor in obtaining it, putting the trade secret owner at a commercial disadvantage.)

<sup>130</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 3.

<sup>131</sup> Supit Praneetpolkrang, *The Law of Trade Secrets* (n 59) 23.

<sup>132</sup> *Id.* at 24.

sufficient. Mere terms in an employment contract are not sufficient to be considered a reasonable measure for maintaining the secrecy of the information.<sup>133</sup>

The case suggests that in some circumstances, the requirement in contractual terms protecting confidential information is not sufficient, but it does not intend to mislead that a non-disclosure agreement is not an appropriate measure. If looking at the facts closely, the plaintiff provided neither physical measures, such as a secret vault, nor technical measures, such as setting a password to access the computer where the alleged trade secrets were being stored. The court, therefore, viewed that the plaintiff's act does not protect such trade information to the extent that the plaintiff can do so, leading to the conclusion that the measure is not appropriate.

At this point, the author would like to sum up the key similarities and differences between each jurisdiction's definition of trade secrets as follows. The United States offers the broadest scope of protection, where the UTSA and DTSA cover all forms and types of information, regardless of whether the information is tangible or not. Although the requirement for trade secrets requires no novelty like a patent, the court sometimes implies minimal novelty in rulings. The European Union focuses on the "commercial value" derived from secrecy, emphasizing the importance of the causal link between secrecy and competitive advantage. The definition, therefore, is viewed as stricter compared to the United States. China offers a comparable scope of protection to the United States, where the protection includes, but is not limited to, "technological or business information" under the 2019 AUCL. China also applies a dual standard test to determine secrecy, where information must be secret in both subjective and objective standards. Lastly, the Thai Trade Secrets Act broadly defines "trade information" but focuses on the medium rather than abstract content, which may result in narrower protection than other jurisdictions as it implies that information must be embodied in the medium.

---

<sup>133</sup> Thai Supreme Court Decision 10217/2553; See Thai Supreme Court Decision 1323/2560.

## V. Infringement and Misappropriation of Trade Secrets

Now that we know briefly about what could be protected, it is decent time to move on and take a quick look at what the law deems to be infringement or misappropriation.

### A. United States

The UTSA provides the scenario considered to be misappropriation as follows.

“Misappropriation” means:

- (i) acquisition of a trade secret of another by a person who knows or has reason to know that the trade secret was acquired by *improper means*; or
- (ii) disclosure or use of a trade secret of another without express or implied consent by a person who
  - (A) used improper means to acquire knowledge of the trade secret; or
  - (B) at the time of disclosure or use, knew or had reason to know that his knowledge of the trade secret was
    - (I) derived from or through a person who had utilized improper means to acquire it;
    - (II) acquired under circumstances giving rise to a *duty to maintain its secrecy* or limit its use; or
    - (III) derived from or through a person who owed a duty to the person seeking relief to maintain its secrecy or limit its use; or
  - (C) before a material change of his [or her] position, knew or had reason to know that it was a trade secret and that *knowledge of it had been acquired by accident or mistake*.<sup>134</sup>

The analysis will be on the following key issues.

#### 1. Misappropriation by Improper Means

The law provides that a person can be liable in various circumstances when the trade secret was acquired by improper means. A person who acquired it using improper means is liable and also is liable when he uses or discloses after acquiring it. Simultaneously, indirect

---

<sup>134</sup> Uniform Trade Secrets Act §1(2). (Emphasis added)

liability can also be imposed on those who use or disclose the trade secret with the knowledge that it was acquired using improper means. Still, the comprehensive definition of “improper means” does not exist. In the past, the court set the standard that factors used to decide whether or not the mode of acquisition is improper means include commercial morality, cost-benefit analysis, and reasonableness under totality of the circumstances.<sup>135</sup> But now, the policy behind this kind of liability is to uphold the standard of commercial ethics, another undefined term.<sup>136</sup>

One way to define improper means is to look at the DTSA that the term improper means includes theft, bribery, misrepresentation, breach or inducement of a breach of a duty to maintain secrecy, or espionage through electronic or other means, which are all criminal actions.<sup>137</sup> However, it is not always required that the act constituting improper means must be a crime, it can be a mere tort, which the threshold is that if the action constitutes acts of unfair competition under common law, the act is considered improper means.<sup>138</sup>

## 2. Misappropriation by Breach of a Duty of Confidentiality

The term duty of confidentiality is not referred to in the UTSA and DTSA but is comparable to the duty to maintain secrecy. However, when the court addresses this issue, various judgments emphasize the term duty of confidentiality instead. The duty of confidentiality may occur as an express duty or implied duty. If the trade secrets owner would like to impose an express duty, the written contract, such as a non-disclosure agreement and confidentiality clause embodied in the employment contract, is preferred.<sup>139</sup> If there is no written agreement, the owner must display implied duty, which may be implied in fact<sup>140</sup> when looking at surrounding circumstances; the parties’ intention could be inferred or implied-at-law<sup>141</sup> where there is no contract but the obligation arises subject to equitable

---

<sup>135</sup> *E. I. duPont*, 431 F.2d at 1013 and 1016-17; John G. Sprankling and Thomas G. Sprankling, *Understanding Trade Secret Law* (n 24) 77-8.

<sup>136</sup> Uniform Trade Secrets Act, cmt.

<sup>137</sup> 18 U.S.C. § 1839(6).

<sup>138</sup> *Penrose Computer Marketgroup, Inc. v. Camin*, 682 F. Supp. 2d 202, 241-16 (N.D.N.Y. 2010).

<sup>139</sup> *Goodrich v. Wohlgemuth*, 192 N.E.2d 99, 105 (1963).

<sup>140</sup> *Martens v. Metzgar*, 524 P.2d 666, 672 (Alaska 1974).

<sup>141</sup> *Demodulation, Inc. v. United States*, 103 Fed. Cl. 764, 807 (Fed. Cl. 2012).

considerations, such as fiduciary duty of the director to company and attorney-client relationship.

### 3. Acquisition by Accident or Mistake

The classic examples of acquisition by accident or mistake are the disclosure of trade secrets during discovery and trade secrets being released accidentally by government officials.<sup>142</sup> However, the liability is quite limited as the policy is if someone unknowingly induces a breach and then substantially changes their position based on this ignorance, they may have a limited exemption from liability; however, once they learn of the breach, they must cease use, though their immunity during the period of ignorance should be respected.<sup>143</sup> The key is knowledge of the alleged infringer.

## B. European Union

The Trade Secrets Directive defines, in Article 4, the unlawful acquisition, use and disclosure of trade secrets as follows.

2. The acquisition of a trade secret without the consent of the trade secret holder shall be considered unlawful, whenever carried out by:
  - (a) unauthorized access to, appropriation of, or copying of any documents, objects, materials, substances or electronic files, lawfully under the control of the trade secret holder, containing the trade secret or from which the trade secret can be deduced;
  - (b) any other conduct which, under the circumstances, is considered contrary to honest commercial practices.
3. The use or disclosure of a trade secret shall be considered unlawful whenever carried out, without the consent of the trade secret holder, by a person who is found to meet any of the following conditions:
  - (a) having acquired the trade secret unlawfully;
  - (b) being in breach of a confidentiality agreement or any other duty not to disclose the trade secret;

---

<sup>142</sup> *Myers v. Williams*, 819 F. Supp. 919 (D. Or. 1993).

<sup>143</sup> *Conmar Prods. Corp. v. Universal Slide Fastener Co.*, 172 F.2d 150 (2d Cir. 1949).

(c) being in breach of a contractual or any other duty to limit the use of the trade secret.<sup>144</sup>

The following key terms will be analyzed.

### 1. Unlawful Acquisition

Article 4(2)(a) of the Directive provides clear examples of the red list of actions that constitute the element of unlawful acquisition where the list of specific acts is provided. Recitals suggest that such a list of actions is important to trade secrets protection and that it was designed to address concerns about industrial espionage or hacking activities.<sup>145</sup> At the same time, Article 4(2)(b) opens up more acts that are considered contrary to honest commercial practice, which was clarified by Recital as a breach of contract, breach of confidence, and other dishonest means.<sup>146</sup> The author made an observation that it is comparable to the tortious act constituting unfair competition under common law, as mentioned in *Penrose*.

### 2. Unlawful Use or Disclosure

Article 4(3)(a) of the Directive prohibits the use or disclosure of the trade secret against those who unlawfully acquired it to safeguard against situations where individuals or entities might exploit misappropriated information.<sup>147</sup> Article 4(3)(b) emphasizes the significance of confidentiality agreements in protecting trade secrets by preventing the use or disclosure of trade secrets acquired through such means.<sup>148</sup> Then, Article 4(3)(c) provides clarification to the case where the trade secret has been used in breach of contract or beyond contractual terms, emphasizing that unauthorized use in these circumstances damages fair competition.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Directive (EU) 2016/943, Article 4(2)-(3). (Article 4(4)-(5) are omitted from the discussion.)

<sup>145</sup> Directive (EU) 2016/943, Recitals 16 and 17.

<sup>146</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 18.

<sup>147</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 19.

<sup>148</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 20.

<sup>149</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 21.

The Trade Secrets Directive categorized the unlawful acquisition by two layers: actions that are already prohibited due to public harm similar to the DTSA<sup>150</sup> and the things that go beyond the statute, such as the action under Article 4(2)(a) that in itself is not a crime.<sup>151</sup> Still, the scope of these provisions needs to be carefully analyzed as the text itself could be interpreted as prohibiting any access to any medium potentially containing a trade secret, which may render the coverage unreasonably wide.<sup>152</sup>

### C. China

The 2019 AUCL mentioned about trade secret infringement as follows.

A business entity shall not commit any of the following acts which infringe trade secrets of another:

- (1) Obtaining a trade secret from its lawful holder by theft, bribery, fraud, coercion, hacking into the electronic information system or any other illicit means;
- (2) Disclosing, using, or permitting another to use the trade secret obtained from its lawful holder by means as specified in the preceding paragraph;
- (3) Disclosing, using, or permitting another to use any trade secret under its control in violation of a legal obligation, or the requirements of its lawful holder, for protecting the confidentiality of trade secrets;
- (4) Aiding and abetting, or luring one to obtain, disclose, use or permit another to use any trade secret of its lawful holder by violating one's legal obligation, or the requirements of lawful holder, for protecting the confidentiality of trade secrets.

---

<sup>150</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 4. (Innovative businesses are increasingly exposed to *dishonest practices aimed at misappropriating trade secrets*, such as theft, unauthorized copying, economic espionage or the breach of confidentiality requirements, whether from within or from outside of the Union.)

<sup>151</sup> Luc Desaunettes-Barbero, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding* (n 33) 121.

<sup>152</sup> *Id.*

Any natural person, legal person or unincorporated organization shall be deemed to infringe the trade secret if they commit any unlawful acts set forth in the preceding paragraphs.<sup>153</sup>

### 1. Acquisition by Improper Means

A trade secret holder may claim infringement if the defendant acquires the trade secret through illegal acts listed in Article 9(1). The term other illicit means covers any additional illicit methods of obtaining the information, as it is not feasible to list all forms of improper acquisition, e.g., method that constitute a crime under criminal law. In *XJ Electric*, the court ruled that one may acquire trade secret by improper means by act of luring such that

*Aite Company lured Zheng with the offering of shares for the technology he grasped without lawful transfer to manufacture and sell products based on this technology. It obtained the trade secret of others by means of unfair competition, which injured the lawful rights and interests of others, and should bear the civil liabilities of desisting from the infringement and compensating the losses of the aggrieved party.*<sup>154</sup>

### 2. Disclosing, Using or Allowing another Person to Use a Trade Secret Acquired by Improper Means

After acquiring a trade secret improperly, infringement also occurs again if the infringer discloses, uses, or allows others to use the trade secret obtained through such means. “Use” refers to applying the trade secret in production, operations, or scientific research, and “allowing others to use” includes permitting use of the trade secret for payment or without charge. For example, one may use the trade secret by manufacture the product.

Under general circumstances, the manufacture of infringing products involves the use of trade secrets. The infringement of trade secrets occurs simultaneously when the infringing

---

<sup>153</sup> 2019 AUCL, Article 9.

<sup>154</sup> Xu Ji Dianqi Gufen Youxian Gongsi Su Zheng Xuesheng, Luohe Shi Ai Te (许继电气股份有限公司诉郑学生、漯河市爱特) [XJ Electric Co., Ltd. v. Zheng Xuesheng and Luohe Aite Electrical Equipment Co., Ltd.], High People’s Court of Henan Province (河南省高级人民法院) March 27, 1998, SPC Gazette, Issue 2, 1999 [最高人民法院公报, 1999 年第 2 期] [Hereinafter XJ Electric] (China).

products are manufactured. Therefore, the place where the tortious acts are committed and the place where the damage occurs are usually identical.<sup>155</sup>

Disclosure includes revealing the secret to specific individuals or the public. For example, in *XJ Electric*, by providing grasped technology to a competing company, one discloses the trade secret constituting infringement.

Zheng participated in the formation of Aite Company when still serving in XJ Company ... contributed the service technological achievement he grasped for shares in Aite Company, and *provided XJ Company's PLC manufacturing technology to Aite Company* for the manufacture of the SSB-2000 PLC. His *disclosure* and use of XJ Company's trade secret injured XJ Company's lawful rights and interests, and he thus should bear the civil liabilities of desisting from the infringement ...<sup>156</sup>

### 3. Violation of Confidentiality Duty

Similar to the United States, express confidential duty could be established by written agreement, but in certain cases, the implied confidential duty can be upheld. Scholars explain such that

[t]he existence of implied confidentiality duty imposes an obligation upon the 'knower' of the trade secret not to disclose or improperly use any trade secret of the other party even if there is not a confidentiality clause expressly concluded in a contract.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Siwei Shiye (Shenzhen) Youxian Gongsi, Siwei Qiye Gufen Youxian Gongsi yu Aili Dannisen Gongsi, Aili (Guangzhou) Youxian Gongsi, Aili (Kunshan) Youxian Gongsi, Aili (Zhongguo) Youxian Gongsi, Nanhai Shi Lishui Yili Yinshua Chang, Foshan Shi Huanshi Zhen Dongsheng Fenjiang Yinshua Chang Jingying Bu Qinfan Shangye Mimi Jiufen Guanxia Quan Yiyi An (四维实业(深圳)有限公司、四维企业股份有限公司与艾利丹尼森公司、艾利(广州)有限公司、艾利(昆山)有限公司、艾利(中国)有限公司、南海市里水意利印刷厂、佛山市环市镇东升汾江印刷厂经营部侵犯商业秘密纠纷管辖权异议案) [Four Pillars Industry (Shenzhen) Co., Ltd. and Four Pillars Enterprise Co., Ltd. v. Avery Dennison Corporation, Avery Dennison (Guangzhou) Co., Ltd., Avery Dennison (Kunshan) Co., Ltd., Avery Dennison (China) Co., Ltd., Hainan Lishui Yili Printing Factory, Bussiness Department of Dongsheng Fenjiang Printing Factory of Huanshi Town, Foshan City], Supreme People's Court (最高人民法院) January 15, 2009, SPC Gazette, Issue 8, 2009 [最高人民法院公报, 2009 年第 8 期] (China).

<sup>156</sup> *XJ Electric.* (Emphasis added)

<sup>157</sup> Ma Lin and Zheng Junjie, 'Legal Protection for Trade Secrets in China' (2010) 4 ZChinR 327, 331.

One way to establish confidential duty is through employment agreement as the court mentioned:

*Zheng participated in the formation of Aite Company when still serving in XJ Company, and then breached the confidentiality agreement with XJ Company, contributed the service technological achievement he grasped for shares in Aite Company ...<sup>158</sup>*

#### 4. Third Party Liability

The law provides third party liability as follows.

Where a third party knows or should have known that an employee or a former employee of the lawful holder of a trade secret or any other unit or individual has committed an illegal act as specified in the first paragraph of this Article, but still obtains, discloses, uses, or permits another to use the trade secret in question, the third party shall be deemed to infringe the trade secret.<sup>159</sup>

The explanation is simple: if the third party is aware that the trade secrets were obtained unlawfully, such a third party acts in bad faith, but they are immune as long as they are unaware. Once the trade secret owner notifies the third party of the infringement, if the third party still commits prescribed actions, his act turns from good faith to bad faith, thereby constituting infringement.

#### D. Thailand

The Trade Secrets Act provided that

[t]he infringement of trade secret rights under this Act are the act of disclosure, deprivation or usage of trade secrets without the consent of the owner in a manner contrary to honest trade practices. In so doing, the infringer must be aware of or has reasonable cause to be aware that such act is contrary to honest trade practices.

---

<sup>158</sup> XJ Electric. (Emphasis added)

<sup>159</sup> 2019 AUCL, Article 9.

Acts contrary to honest trade practices under paragraph one shall include breach of contract, infringement or inducement to infringe confidentiality, bribery, coercion, fraud, theft, receiving of stolen property or espionage through electronics or other means.<sup>160</sup>

One of the requirements clearly stated by law is that the infringer needs to be aware of his conduct or has reason to know that his conduct is contrary to honest trade practice. Although it may look difficult to prove such knowledge, the author views that this may not be a problem at all in extreme cases where the knowledge can almost automatically be inferred once the alleged infringer committed an act listed in paragraph 2. But the problem will surely come into play when the act is not listed but alleged to be part of the term other means. However, due to this element, suppose there is no non-disclosure agreement, scholars mentioned that salutation is when the employee is simply hired from a competitor because they are highly experienced, and it turns out that the employee uses knowledge and experience, including know-how obtained from their previous employer, in their new job, may not be considered as knowing or having reason to know.<sup>161</sup>

### 1. Disclosure, Deprivation or Usage

The terms disclosure and usage are clear.<sup>162</sup> The problem of trade secret infringement in Thai law revolves around the term deprivation, which may be compared to the term acquisition, but their definitions are not fully compatible. At the same time, it is not theft. This ambiguity arises due to the Thai concept of property law, where the crime of theft applies only to corporeal objects. Thus, one could not commit a crime of theft against information if it is embodied in an intangible form.<sup>163</sup> Deprivation involves an action that may

<sup>160</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 6.

<sup>161</sup> Suchart Thammapitakul, *Trade Secret* (n 124) 180.

<sup>162</sup> See Thai Supreme Court Decision 11078/2558. (Defendant 5 acquired technology through attending meetings and training sessions at Company M and was involved in installing a jet caster machine at the plaintiff's factory from March 2006 to November 2006. The evidences show that trade secrets of both plaintiffs were found in Defendant 14's factory, and on Defendant 5's computer. It is therefore concluded that Defendant 5 *obtained, used, and disclosed the plaintiffs' trade secrets without consent*, violating the confidentiality agreement with both plaintiffs.)

<sup>163</sup> Thai Supreme Court Decision 5161/2547. (Data does not count as corporeal objects. The letters, pictures, diagrams, and instruments are just symbols that convey the meaning of the information from the memory card using a computer. The information on the memory card is, therefore, not considered a thing under section 137 of the TCCC. The defendant copying information from the plaintiff's memory card is not an offense of theft.); For concept of Thai

look similar to theft but is broader. One could not commit the crime of theft by copying data, but that could constitute an act of deprivation.

For the author, deprivation is more restrictive than the term acquisition. Imagine the hypothetical situation where A and an employee of B stole a trade secret embodied in physical paper. Then, C purchased such a physical paper from A, knowing that the document was stolen. If this situation occurred in the United States, it could be said that C misappropriated B's trade secret following the UTSA §1(2)(i). The result in China would also be that C infringed B's trade secret under Article 9 of the 2019 AUCL. If C is under the jurisdiction of the EU members, C is likely to be liable for unlawful acquisition.<sup>164</sup> However, if this occurs in Thailand, it is interpretable that C did not yet infringe on B's trade secret as C is not the one who deprived it of B; but C will infringe B's trade secret once C uses it or passes the information to someone else hand, i.e., discloses it.

## 2. Contrary to Honest Trade Practices

The problematic term among the listed practice, perhaps, is infringement or inducement to infringe confidentiality, as the provision, if read in Thai, is much more circular. However, this element, infringement of confidentiality, is comparable to a breach of confidentiality duty as reflected by the Supreme Court Decision such that:

Defendant 2 persuaded Defendant 5 to work with Defendant 1 after Defendant 1 found the plaintiffs' trade secrets on Defendant 5's computer, which included information about the plaintiffs' jet caster machine. Additionally, Defendant 1's factory contained a melt spinning machine, designed and built by Defendant 2, for producing magnetic powder similar to that of the plaintiffs. Defendants 1-3 and 5 did not provide evidence to dispute the machines' similarity, suggesting that Defendant 1's melt spinning machine was designed using trade secret information disclosed by Defendant 5 to Defendants 1-3.

---

Property Law, I refer the reader to see Norravich Limpanukorn, 'Redefining Ownership Under Thai Law: Is It a Right or Title?' (2024) 4 Thai Legal Studies 1, 1-13.

<sup>164</sup> Directive (EU) 2016/943, Article 4(4). (The acquisition, use or disclosure of a trade secret shall also be considered unlawful whenever a person, at the time of the acquisition, use or disclosure, knew or ought, under the circumstances, to have known that the trade secret had been obtained directly or indirectly from another person who was using or disclosing the trade secret unlawfully within the meaning of paragraph 3.)

Thus, it is concluded that Defendants 2 and 3, both personally and as authorized representatives of Defendant 1, induced Defendant 5 to infringe confidentiality agreement and disclose the plaintiffs' trade secrets.

From the author's observation, the prohibited act mainly covers an act of acquisition, disclosure, and use of trade secrets involving a variant of improper means, which the listed act may or may not be labeled as a crime. It could be said that for the issue of infringement or misappropriation, all the laws revolve around non-authorized use and disclosure and provide quite a similar list of prevented actions. Thai law uses the term "deprivation" instead of "acquisition," which is narrower and more serious and potentially renders some infringement actions in other jurisdictions a non-infringement action in Thailand. Thai law also explicitly requires a higher standard of knowledge where the infringer must be aware, or have reasonable cause to be aware, that their actions are contrary to honest trade practice (improper) in addition to general intent. This makes infringement in Thailand much narrower than in other selected jurisdictions.

## VI. Trade Secrets Defenses and Exceptions

As we already discussed the object of the protection, the action of infringement, it is now an appropriate time to complete the cycle by jumping to the last point of this paper, the defenses and exceptions.

### A. United States

The alleged infringer could assert a wide spectrum of defenses in trade secrets misappropriation claims; in this part, the independent development, reverse engineering, and newly added whistleblower immunity will be discussed.

#### 1. Independent Development

As the body of trade secrets law protects against misappropriation, the right is not exclusive, i.e., if a person acquires trade secrets without using improper means to acquire them from someone, it is not considered an infringement. This is because trade secrets are not exclusive; the law cannot exclude one who discovers them by fair and honest means,

and one among such means is independent development.<sup>165</sup> This is also recognized by the UTSA and DTSA.<sup>166</sup> The interpretation of this term is that the defense works if only the alleged infringer learns of the trade secrets fully and independently. If one could fully learn of trade secrets through his own research but did not do so in acquiring them, rather he utilized the owner's information to get to the achieving point instead; such a fact does not fall into this realm. For example, the court rejected the independent defense in *Affiliated Hospital Products* as the defendant's employee was familiar with the plaintiff's trade secret, knowing what pitfall to avoid and utilizing such knowledge to avoid pitfall in his own research.<sup>167</sup>

## 2. Reverse Engineering

In *Kewanee*, apart from independent development, the court also mentioned another honest means, which is reverse engineering.<sup>168</sup> This defense is also being recognized by the UTSA and excluded from the improper means of the DTSA. The definition of the term are defined "starting with the known product and working backward to find the method by which it was developed."<sup>169</sup>

Slight differences occur between the UTSA and DTSA. The former mentioned a requirement that an underlying product that is subject to reverse engineering must be acquired by fair and honest means, i.e., lawfully acquired, such as purchase of the item on the open market.<sup>170</sup>

[T]he term "reverse engineering" is not a talisman that may immunize the theft of trade secrets. The relevant inquiry remains whether the means used to obtain the alleged trade secret, including reverse engineering, were proper. It appears that these means were not likely proper in the instant case. The court therefore finds that plaintiff's have demonstrated a likelihood of

<sup>165</sup> *Kewanee*, 416 U.S. 470 at 476.

<sup>166</sup> Uniform Trade Secrets Act §1, cmt; 18 U.S.C. § 1839(6)(B).

<sup>167</sup> *Affiliated Hospital Products v. Baldwin*, 373 N.E.2d 1000, 1006 (Ill. App. Ct. 1978). (Even accepting their denial of any literal copying of MPL drawings, these drawings aided defendants in the design of Hypomed machinery, if only to demonstrate what pitfalls to avoid.)

<sup>168</sup> *Kewanee*, 416 U.S. 470 at 476.

<sup>169</sup> Uniform Trade Secrets Act §1, cmt.

<sup>170</sup> *Id.*

establishing that the STP is a trade secret that was misappropriated by the defendants.<sup>171</sup>

However, the latter is silent on this requirement.<sup>172</sup> Thus, commentators observe that one may steal a prototype from another, reverse engineer it, and hold a complete defense at the federal level.<sup>173</sup>

### 3. Whistleblower Immunity<sup>174</sup>

The DTSA added a list of new defenses to trade secrets protection, where immunity applies at both the state and federal levels.<sup>175</sup> The defense is known as whistleblower immunity. The structure of the provision relevant to the application of this immunity as follows.

Firstly, the statute set forth that immunity applies when the disclosure of trade secrets is made in confidence to government officials<sup>176</sup> and for the sole purpose of reporting or investigating a suspected violation of law.<sup>177</sup> Also, immunity applies when a trade secret is disclosed in a complaint or other document filed in a lawsuit under seal.<sup>178</sup> Then, the statute provides immunity to the use of trade secrets in an anti-retaliation lawsuit by disclosing it to his attorney for use in court proceedings, provided that the secret is under seal and the trade secret is not disclosed without a court order.<sup>179</sup>

### B. European Union

The idea is that almost all access to information without the consent of trade secret holders is being restricted, leading to the need to explicitly identify lawful actions. Since trade secrets do not grant exclusive rights over the information, the general principle should

<sup>171</sup> *Telerate Sys., Inc. v. Caro*, 689 F. Supp. 221, 233 (S.D.N.Y. 1988)

<sup>172</sup> 18 U.S.C. § 1839(6)(B).

<sup>173</sup> John G. Sprankling and Thomas G. Sprankling, *Understanding Trade Secret Law* (n 24) 119.

<sup>174</sup> For an overall understanding of the 18 U.S.C. § 1833(b), including the part that is not of immunity, I would refer the reader to see Sharon K. Sandeen and Elizabeth A. Rowe, *Law in a Nutshell: Trade Secret Law including the Defend Trade Secrets Act of 2016* (2nd edn, West Academic Publishing 2017) 229-230.

<sup>175</sup> 18 U.S.C. § 1833(b)(1).

<sup>176</sup> 18 U.S.C. § 1833(b)(1)(A)(i).

<sup>177</sup> 18 U.S.C. § 1833(b)(1)(A)(ii).

<sup>178</sup> 18 U.S.C. § 1833(b)(1)(B).

<sup>179</sup> 18 U.S.C. § 1833(b)(2).

be that trade secret appropriation is unlawful unless specifically permitted.<sup>180</sup> Thus, any method of acquiring a trade secret that is not explicitly prohibited should be assumed lawful by default. Therefore, the legislatures' recognition of certain actions as lawful is essentially a declaratory act, merely clarifying what is already implied, which is provided as follows:

The acquisition of a trade secret shall be considered lawful when the trade secret is obtained by any of the following means:

- (a) independent discovery or creation;
- (b) observation, study, disassembly or testing of a product or object that has been made available to the public or that is lawfully in the possession of the acquirer of the information who is free from any legally valid duty to limit the acquisition of the trade secret;
- (c) exercise of the right of workers or workers' representatives to information and consultation in accordance with Union law and national laws and practices;
- (d) any other practice which, under the circumstances, is in conformity with honest commercial practices.<sup>181</sup>

The following means of acquisition are being considered.

#### 1. Independent Discovery or Creation

The concept of independent discovery exists in the Trade Secrets Directive under Article 3(1)(a), which reinforces the idea that the law only protects information acquired from others who have taken steps to protect it as a secret; thus, a person who independently achieve that same trade secret without touching any medium that the trade secret embodied without consent of the holder is not acquiring it by unlawful means.

#### 2. Observation, Study, Disassembly or Testing of a Product or Object that has been Made Available to the Public or that is Lawfully in the Possession

The action under Article 3(1)(b) is somewhere between independent discovery and reverse engineering. The action itself is distinct from independent discovery as the one who

---

<sup>180</sup> Luc Desaunettes-Barbero, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding* (n 33) 123.

<sup>181</sup> Directive (EU) 2016/943, Article 3(1).

acquires the information touches the holder's medium that embodies the trade secret, while the law may be read to prohibit such things. At the same time, it is not reverse engineering as it does not start from the end product being tracked back to the information. Therefore, the law elaborates that if a product is available publicly, one could make an assessment of such a product without the holder's consent and lawfully acquire the trade secret.

### 3. Practice in Conformity with Honest Commercial Practices

This criterion does not exist in the UTSA, but the concept resembles the idea in the DTSA, stating that the term improper means does not include any other lawful means of acquisition.<sup>182</sup> This clause, while offering flexibility, has been criticized for the lack of clarity and coherence in trade secrets law, as it relies on the vagueness of the term "honest commercial practices," a term that is open to interpretation.<sup>183</sup>

Although the Trade Secrets Directive provides no room in Article 3 for the term reverse engineering, it mentioned in the Recital 16 that "[r]everse engineering of a lawfully acquired product should be considered as a lawful means of acquiring information, except when otherwise contractually agreed."<sup>184</sup> This vague provision, altogether with the mentioned recital, in the author's view, conveys that reverse engineering, if not prohibited by contract, is considered practice in conformity with honest commercial practices; thus, it is a lawful means of acquisition.

### C. China

In China, the defense is not being provided in the 2019 AUCL itself but could be found in the Interpretation Involving Unfair Competition as follows.

#### 1. Independent Development and Research

The Interpretation Involving Unfair Competition states

---

<sup>182</sup> 18 U.S.C. § 1839(6)(B).

<sup>183</sup> Luc Desaunettes-Barbero, *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding* (n 33) 126.

<sup>184</sup> Directive (EU) 2016/943, Recital 16.

[a]s regards obtaining business secrets through development and research by itself ... shall not be ascertained as an infringement upon business secrets as stipulated in ... the Anti-unfair Competition Law.<sup>185</sup>

This means two business entities in competition independently develop and research the same product and obtain trade secrets separately; although the obtained information is exactly the same or substantially similar, one can use it without fear of the usage being considered an infringement under the AUCL.

## 2. Reverse Engineering

The Interpretation Involving Unfair Competition also recognizes the existence of reverse engineering as a defense to trade secrets infringement claims.<sup>186</sup> The definition of the term reads

[r]everse engineering referred to in the preceding paragraph means to obtain the related technical information on the products in technical methods by way of disassembling, mapping or analyzing *the products gotten from public channels*. Any party concerned that knows the business secrets of someone else by unjustifiable methods and then claims its acquisition as lawful in excuse of reverse engineering shall not be supported.<sup>187</sup>

Still, what has been mentioned so far is that the products as a subject of reverse engineering have to be obtained through public channels. Although it does not clearly mention whether the product must be lawfully obtained, the author views that by emphasizing public channels, it already eliminates the case where the product was obtained through unlawful means such as theft.

One observation would be that reverse engineering, under Chinese interpretation, is the defense that cut the causal link between the existence of trade secret and the alleged act of infringement, as the court in *XJ Electric* holds

[i]t was because of XJ Company's technical secret that Aite Company could manufacture the SSB-2000 PLCs within a short period of time when there

---

<sup>185</sup> Interpretation Involving Unfair Competition, Article 12.

<sup>186</sup> Id.

<sup>187</sup> Id. (Emphasis added)

were no other researchers but Zheng working on the PLC and no “reverse engineering” research was made on XJ Company’s product. Therefore, the defense ground that “neither Zheng’s shares for the technology nor Aite Company’s product had any causality with XJ Company’s technical secret” was unfounded.<sup>188</sup>

### 3. Voluntary Transaction

The last defense addressed in the Interpretation Involving Unfair Competition is voluntary transactions dedicated to customer lists. Firstly, the distinction between customer lists under this interpretation and public information is provided as follows.

The name list of clients among business secrets generally refers to the special client information that is different from related public information, including the name, address, contact information, business habits, intent, and contents of the clients and comprise the name roll of clients that collects lots of customers as well as the specific customers that have kept a long-term and stable transaction relationship.<sup>189</sup>

Then, the Interpretation Involving Unfair Competition provides

[i]n case a client develops market transactions with the entity due to relying on an employee thereof, after this employee leaves his post, if it can be proved that this client voluntarily chooses to perform market transactions with the said employee or the new entity he works for, it shall be ascertained that no unfair methods has been adopted, except it is otherwise stipulated between this employee and the former entity.<sup>190</sup>

This means that it is possible to not be considered trade secrets infringement, specifically, breach of confidentiality, when an employee resigns to take a similar position with a new employer and continues to transact with the customers under three conditions: the customer has relied on the employee while transacting with the former employer before his resignation, the customer voluntarily chooses to continue transacting with the employee

---

<sup>188</sup> XJ Electric. (Emphasis added)

<sup>189</sup> Interpretation Involving Unfair Competition, Article 13.

<sup>190</sup> Id.

or the new employer after his resignation, and there is no preclusion from an agreement between the employee and his former employer.

#### D. Thailand

Thailand also provides a number of exceptions to the trade secrets infringement claim, whereas the Trade Secrets Act provides the following exceptions in section 7.

##### 1. Disclosure or Use without Knowing or has Reasonable cause to Know of the Infringement by the other Party to the Transaction

Section 7(1) provides that the alleged infringer who transacted the trade secret from the infringer in good faith without knowledge or reason to know that the trade secret was infringed. However, this exception applies only to the case where the party obtains trade secrets by juristic act, e.g., the party purchases the information and, in exchange, pays monetary consideration. Otherwise, if the party obtains trade secrets by another means, such as the first infringer who acquires trade secrets through means of theft telling the alleged infringer about the information he acquired, although the alleged infringer who heard of it has no knowledge or reason to know of the infringement and use such information, this defense should not be applied; still, it does not mean that the receiver of the information is automatically in guilt as he may have no knowledge or reason to know that his usage is contrary to honest trade practice.

This defense is somewhat a reverse of third-party liability that exists among the United States, European Union, and China, but narrower as the application limits to only the case where a trade secret is a subject of the transaction.

##### 2. Disclosure or Use by State Agency

Section 7(2) provides a specific defense when the state agency discloses or uses trade secrets. In order for this provision to apply, the trade secret must be relevant to the case where the law requires the owner of the trade secret, who is the applicant for a permit to manufacture, import, export, or sell drugs or agricultural chemical products with a new chemical substance to file information, which wholly or partly is trade secret, supporting the permit and has requested the state agencies to maintain the trade secrets, such as

registration of traditional medicine.<sup>191</sup> Once the request has been filed, the state agency becomes the state agency responsible for the maintenance of trade secrets whose act of disclosure or use is exempted under the following situations.

The first case is when it is necessary for the protection of public health or safety, such as the Department of Disease Control or the Ministry of Public Health may disclose the formula or provide the drug to a particular agency for testing if it is suspected that a particular drug may not be effective.<sup>192</sup> The second case is when it is necessary for the benefit of other public interests with no commercial purpose.<sup>193</sup> In both cases, in order to be exempted from liability, the law provides that reasonable steps must be taken to protect trade secrets from being used in unfair trading activities.

### 3. Independent Discovery

Section 7(3) provides that independent discovery, where an individual discovers trade secrets of others through his own knowledge, expertise, or experience, is not considered an infringement. Thus, further disclosure or usage of such trade secrets is not considered an infringement as well. This emphasizes that trade secrets law does not give an owner exclusive rights and that one can use the trade secrets of his competitors as long as he does not acquire them by unlawful means.

### 4. Reverse Engineering

Section 7(4) lists reverse engineering as one of the defenses in an infringement claim. Thai scholars explain that reverse engineering refers to the process of discovering another person's trade secrets by lawfully obtaining a product available in the market, i.e., obtaining a product by virtue of sale or gift from the previous owner, and then studying, researching, or analyzing it to find the methods or techniques used in production or development.<sup>194</sup> However, the law is more stringent where the definition of reverse engineering is defined as “discovery of a trade secret belonging to others by means of evaluation and analysis of a *widely-known product* with the intention to discover the method by which such product is invented, manufactured or developed, provided that the product was obtained in good faith

<sup>191</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 15; Suchart Thammapitakul, *Trade Secret* (n 124) 171.

<sup>192</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 7(2)(a); Suchart Thammapitakul, *Trade Secret* (n 124) 181.

<sup>193</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 7(2)(b).

<sup>194</sup> Suchart Thammapitakul, *Trade Secret* (n 124) 182.

by the person who conducted the evaluation and analysis.”<sup>195</sup> This may raise the question of whether, if one reverse-engineered a product that is not yet widely known and obtained trade secrets, it would be an infringement. Considering the policy behind this exception to eliminate obstacles to the development of science or technology, this requirement that the product must be widely-known may hamper its true purpose. Ultimately, this exception can be precluded if there is an express agreement stating otherwise between a person who conducted reverse engineering and the owner of trade secrets or seller of the product.<sup>196</sup>

From the author’s observation, the defense against trade secrets infringement is not genuine. What the author means is that in applying the defense, the act must fulfill the element of infringement or misappropriation, but most of the listed acts are those that do not fulfill the act of infringement or misappropriation from the beginning. All the selected jurisdictions recognized independent discovery (or development/research/creation) as a defense against trade secrets infringement or misappropriation. A similar recognition applies to reverse engineers with slightly different conditions in their jurisdiction. However, some outstanding defenses have been observed, as follows. The United States explicitly recognized whistleblower immunity to a person disclosing trade secrets to government authorities or attorneys of legal violation if the report has been done confidentially and under seal. Surprisingly, this issue could also be addressed in Thailand, not as a defense, but as addressed that the unlawful information has been considered by scholars to not be trade secrets from the beginning; thus, reporting such information cannot constitute an infringement disregarding the confidential nature of the report. The European Union specifically provides that an act of observation, study, disassembly, or testing of a product or object that has been made available to the public or that is lawfully in possession is not considered an infringement. In China, the Interpretation of Involving Unfair Competition addresses voluntary transactions dedicated to customer lists as a defense. All the said acts are non-genuine defenses to the author. However, there is an issue with reverse engineering under Thai law. Unlike other jurisdictions, reverse engineering can be raised as a defense under Thai law only if the product is widely known. This leads to ambiguity if the product is

---

<sup>195</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 7(4).

<sup>196</sup> Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002), Section 7(4). (The act under (4) cannot be raised as a justification if the person who conducted reverse engineering expressly agreed otherwise with the owner of trade secrets or seller of the product.)

not widely known. Will the act of reverse engineering be considered an infringement, or is it still a non-infringement action as it is not contrary to honest trade practice? From the guidelines of all selected jurisdictions, the author views that if the product was reverse-engineered, such an action should not be considered an infringement from the beginning, disregarding whether it is a widely-known product or not.

## VII. Conclusion

In summarizing the comparative study of trade secrets protection across the United States, European Union, China, and Thailand, it is clear that while the core principles of protecting confidential, economically valuable information are shared, the legal frameworks and approaches are slightly differences. The strongest protection of trade secrets is granted in the United States, while China also offers comparable level of protection through progressive development. The European Union, although there exist the Trade Secrets Directive, which is a symbol of the harmonization, the vagueness and unclear terms cause consistency problems by leaving too much room for member states to adopt, leading to challenges in interpretation, which may not be harmonized at all. In summarizing the comparative study of trade secrets protection across the United States, European Union, China, and Thailand, it is clear that while the core principles of protecting confidential, economically valuable information are shared, the legal frameworks and approaches are slightly differences. The strongest protection of trade secrets is granted in the United States, while China also offers a comparable level of protection through progressive development. In the European Union's Trade Secrets Directive, which is a symbol of harmonization, the vagueness and unclear terms cause consistency problems by leaving too much room for member states to adopt, leading to challenges in interpretation, which may not be harmonized at all. However, Thailand offers the weakest protection among the selected frameworks from the following factors: stricter requirements of trade secrets by focusing on a medium that the trade secret embodies rather than the information itself, the usage of the term deprivation for infringement, the requirement of knowledge that the act is contrary to honest trade practice separately from intent, and the requirement that product be widely-known to the application of reverse engineering exception.

### VIII. Suggestions

The author would like to make the following suggestions to amend the Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002) in order to enhance the level of protection to be on par with the selected jurisdiction as follows.

Section	Trade Secrets Act B.E. 2545 (2002)	Suggested Amendment
Section 3	“Trade information” means any medium that conveys the meaning of a statement, facts, or other information irrespective of its method and forms. It shall also include formulas, patterns, compilations or assembled works, programs, methods, techniques, or processes.	“Trade information” means <b>any information, including</b> a statement, facts, or other information, <b>irrespective of its tangibility</b> . It shall also include formulas, patterns, compilations or assembled works, programs, methods, techniques, or processes.
Section 6	The infringement of trade secret rights under this Act are the act of disclosure, deprivation or usage of trade secrets without the consent of the owner in a manner contrary to honest trade practices. In so doing, the infringer must be aware of or has reasonable cause to be aware that such act is contrary to honest trade practices.	The infringement of trade secret rights under this Act are the act of disclosure, <b>acquisition</b> or usage of trade secrets without the consent of the owner in a manner contrary to honest trade practices. <del>In so doing, the infringer must be aware of or has reasonable cause to be aware that such act is contrary to honest trade practices.</del>
Section 7(4)	Reverse engineering, i.e., discovery of a trade secret belonging to others by means of evaluation and analysis of a widely-known product with the intention to discover the method by which such product is invented, manufactured or developed, provided that the	Reverse engineering, i.e., discovery of a trade secret belonging to others by means of evaluation and analysis <b>of a widely-known product</b> with the intention to discover the method by which such product is invented, manufactured or developed, provided that the product was obtained in good

	product was obtained in good faith by the person who conducted the evaluation and analysis.	faith by the person who conducted the evaluation and analysis.
--	---	--

