

# SONGKLANAKARIN LAW JOURNAL

Vol.5 No.1 ( July - December 2022 )

ISSN 2730 - 3721 (online)



Faculty of Law  
20<sup>th</sup> Anniversary Issue



Vol.5 No.1 (July-December 2022) ISSN: 2730-3721 (Online)

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2565)

ได้รับการจัดอยู่ในฐานข้อมูล TCI กลุ่มที่ 2 (พ.ศ. 2564-2567)

### วัตถุประสงค์ของวารสาร

- 1) เพื่อสนับสนุนส่งเสริมให้อาจารย์และบุคลากรภายในคณะได้สร้างสรรค์บทความวิชาการหรือบทความวิจัยที่สอดคล้องต่อยุทธศาสตร์มหาวิทยาลัยและยุทธศาสตร์ชาติ
- 2) เพื่อเป็นช่องทางการเผยแพร่ผลงานวิจัยรวมถึงผลงานวิชาการของอาจารย์และบุคลากรภายในคณะอันก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม
- 3) เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปได้เผยแพร่ผลงานวิจัยรวมถึงผลงานวิชาการ
- 4) เพื่อมุ่งสู่ความเป็นวารสารที่ได้มาตรฐานตามเกณฑ์คุณภาพวารสารระดับชาติรวมถึงระดับนานาชาติและการเป็นวารสารวิชาการที่อยู่ในฐานข้อมูล TCI
- 5) เพื่อเป็นการประชาสัมพันธ์ให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบและประจักษ์ถึงชื่อเสียงของคณะและมหาวิทยาลัย

### ขอบเขตของบทความในวารสาร

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ เปิดกว้างรับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัยรวมถึงบทวิจารณ์หนังสือทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมาย การปรับใช้ข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริง หรือประเด็นปัญหากฎหมาย ตลอดจนบทความที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการปรับใช้ศาสตร์แขนงต่าง ๆ กับกฎหมาย เช่น การพัฒนากับกฎหมาย เศรษฐศาสตร์กับกฎหมาย วิทยาศาสตร์กับกฎหมาย หรือมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์กับกฎหมาย เป็นต้น

### กระบวนการกลั่นกรองบทความ

เมื่อผู้เขียนได้ส่งต้นฉบับบทความตามรูปแบบที่วารสารกำหนดแล้ว กองบรรณาธิการจะพิจารณารูปแบบและเนื้อหาของบทความพร้อมทั้งให้คำแนะนำเบื้องต้นแก่ผู้เขียนเพื่อแก้ไขบทความ หากมีกรณีที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อผู้เขียนแก้ไขเพิ่มเติมและชำระค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์บทความแล้ว จึงสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 คนที่มาจากหลากหลายหน่วยงาน และส่งบทความให้กับผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อทำหน้าที่ประเมินบทความ (Double-blind peer review) จากนั้นจึงให้ผู้เขียนบทความแก้ไขบทความตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ เมื่อผู้เขียนบทความได้แก้ไขเพิ่มเติมบทความตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะพิจารณาการตอบรับบทความเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตีพิมพ์ต่อไป

## กำหนดเวลาเผยแพร่

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ จัดพิมพ์และเผยแพร่วารสารปีละ 2 ฉบับ คือ ฉบับเดือนมกราคม-เดือนมิถุนายน และฉบับเดือนกรกฎาคม-เดือนธันวาคม

## บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์

- 1) รับรองว่าผลงานดังกล่าวยังไม่ได้รับการตีพิมพ์และเผยแพร่ในแหล่งใดมาก่อน หรือไม่ได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ของวารสารอื่นใด
- 2) ยินยอมให้ตรวจพิจารณาและแก้ไขต้นฉบับได้ตามที่เห็นสมควรรวมถึงเผยแพร่ทั้งในแบบรูปเล่มและวารสารอิเล็กทรอนิกส์
- 3) ระบุผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ในผลงานแก่บรรณาธิการ ถ้าหากมี
- 4) ปฏิบัติตามคำแนะนำการเขียนบทความตามที่วารสารกำหนด
- 5) เคารพและยึดมั่นในจริยธรรมทางวิชาการอย่างเคร่งครัด

## บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

- 1) จัดทำและบริหารงานการจัดทำวารสาร
- 2) สรรหา พิจารณากลับกรองและคัดเลือกบทความที่จะตีพิมพ์ในวารสาร
- 3) สรรหาผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่ประเมินบทความเพื่อตีพิมพ์
- 4) เสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงบทความให้กับผู้เขียนบทความตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด
- 5) หากตรวจพบการละเมิดจริยธรรมทางวิชาการ บรรณาธิการจะหยุดกระบวนการประเมินและตรวจสอบเพื่อตอบรับหรือปฏิเสธการตีพิมพ์บทความนั้น ๆ
- 6) รักษาความลับข้อมูลของผู้นิพนธ์และผู้ประเมินบทความในช่วงระยะเวลาประเมินบทความ

## บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ

- 1) รักษาความลับข้อมูลในช่วงระยะเวลาประเมินบทความ
- 2) แจ้งผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ในการประเมินบทความแก่บรรณาธิการถ้าหากมี
- 3) ประเมินบทความโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญและหลักวิชาการ ไม่ใช่ข้อคิดส่วนตัวมาเป็นเกณฑ์ในการประเมินบทความ
- 4) แจ้งการละเมิดจริยธรรมทางวิชาการในบทความแก่บรรณาธิการ หากมีการตรวจพบ

## เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

## สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการ วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์  
เลขที่ 15 ถนนกาญจนวนิชย์ อำเภอหาดใหญ่  
จังหวัดสงขลา 90110 โทร. 0-7428-2520

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer review) จากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย
- ความคิดเห็นใด ๆ ของผู้เขียนบทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ เป็นของผู้เขียนบทความ กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย
- กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ไม่สงวนสิทธิ์ในการคัดลอก แต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย
- ออกแบบปกวารสาร โดยนายพงศกร แย้มมีศิลป์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

## กองบรรณาธิการ

### ที่ปรึกษา

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์  
รองคณบดีฝ่ายวิจัยและบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

### บรรณาธิการ

อาจารย์กิตติยา พรหมจันทร์  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

### บรรณาธิการร่วม

อาจารย์สุพัทธ์ธรรดา เปล่งแสง  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

### กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.กรกฎ ทองชะโชค  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ  
ศาสตราจารย์ ดร.พรชัย สุนทรพันธุ์  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต  
ศาสตราจารย์พิเศษวิชา มหาคุณ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต  
รองศาสตราจารย์ ดร.พรชัย วิสุทธิศักดิ์  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่  
รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

รองศาสตราจารย์สิทธิกร ศักดิ์แสง  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

รองศาสตราจารย์วรวุฒิ เทพทอง  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรনী เตพสุเมธานนท์  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุทธิศักดิ์ ตีอระ  
คณะวิทยาการอิสลาม มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

นายนิพนธ์ อินทนนท์  
บริษัท ดิลลิกี้แอนด์กิบบินส์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด

นายสุรชัย ตรงงาม  
มูลนิธินิติธรรมสิ่งแวดล้อม

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อารยา สุขสม  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภาณุศักดิ์ อภิบาลเกียรติกุล  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

อาจารย์พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

อาจารย์ธนรัตน์ มังคุด  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

#### กองจัดการวารสาร

นางสาวจันทิรา จันทรโชติ  
นายพงศกร แยมมีศิลป์  
นางสาววิมลสิริ พลรักษ์  
นางสาวมณฑาทิพย์ จันท์จะนะ

## บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2565) ฉบับนี้ ได้จัดทำขึ้นในช่วงเวลาพิเศษเนื่องในโอกาสครบรอบ 20 ปี การก่อตั้งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ซึ่งมีบทความที่น่าสนใจจากผู้เขียนที่มีทั้งคณาจารย์ ศิษย์เก่า และบทความจากหลากหลายสถาบันเข้ามาให้กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์พิจารณา แต่เนื่องด้วยกำหนดระยะเวลาจึงอาจต้องพิจารณาตอบรับในฉบับต่อ ๆ ไป ซึ่งยังคงเป็นฉบับต่อเนื่องในวาระแห่งการครบรอบ 20 ปี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ไปจนถึงฉบับเดือนธันวาคม 2566

สำหรับฉบับนี้ ขอเสนอบทความวิชาการ 1 บทความ คือ “การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่: ข้อสังเกตว่าด้วยการจัดสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ภายใต้มุมมองของแนวคิดรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ” โดยคุณณัฐดนัย นาจันทร์ และบทความวิจัย 4 บทความ ได้แก่ “แนวทางการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทยผ่านมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ” โดยคุณอารยา สุขสม “การจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้” โดยคุณกิตติ ใจสมุทร และคุณบุษบงชัยเจริญวัฒน์ “สถานการณ์การเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทยและข้อเสนอแนะ” โดยคุณดรุณี ไพศาลพาณิชย์กุล และ “การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทนกรณีศึกษา เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” โดยคุณอภิรักษ์ ศรีศิริ ซึ่งแต่ละบทความดังกล่าวมีความหลากหลายและน่าสนใจของการนำไปพัฒนาทางกฎหมายและสังคมทั้งในส่วนภาพรวมและในแต่ละพื้นที่ ทางกองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ขอขอบคุณผู้เขียนบทความที่กรุณาส่งบทความมาตีพิมพ์เผยแพร่ในครั้งนี้

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ และกองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกมหาวิทยาลัยที่ทำหน้าที่กองบรรณาธิการวารสารเป็นอย่างยิ่ง ตลอดจนผู้ทรงคุณวุฒิภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ที่ทำหน้าที่ประเมินคุณภาพบทความ คำแนะนำ และข้อเสนอแนะของท่านถือเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนบทความและวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์เป็นอย่างยิ่ง

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าการเผยแพร่บทความต่าง ๆ นี้จะเป็นประโยชน์ต่อทุก ๆ ท่าน หากมีข้อผิดพลาดประการใด ๆ ก็กราบขออภัยมา ณ ที่นี้ พร้อมทั้งยินดีน้อมรับทุกคำติชมและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์เพื่อพัฒนาปรับปรุงวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ให้มีมาตรฐานยิ่งขึ้นต่อไป

กิตติยา พรหมจันทร์

บรรณาธิการ

28 ธันวาคม 2565

## สารจากคณบดี

## คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

## เนื่องในวาระครบรอบ 20 ปี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ได้รับการอนุมัติจัดตั้งขึ้นโดยสภามหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2546 โดยมีภารกิจสำคัญคือการผลิตนักกฎหมายที่มีความรู้ความสามารถและยึดมั่นในนิติรัฐประชาธิปไตย การสร้างผลงานวิชาการและงานวิจัยเพื่อพัฒนางานวิชาการนิติศาสตร์ การให้บริการทางกฎหมายแก่สังคม รวมถึงการทำนุบำรุงศิลปและวัฒนธรรม

ในปี พ.ศ. 2566 จึงเป็นวาระที่สำคัญสำหรับคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ในโอกาสครบรอบการก่อตั้งคณะ 20 ปี

“วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์” ได้เดินทางเข้าสู่ปีที่ 5 เพื่อทำหน้าที่เป็นพื้นที่ในการเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ อันเป็นการตอบสนองภารกิจในการผลิตผลงานทางวิชาการและงานวิจัยทางด้านนิติศาสตร์ และในโอกาสพิเศษครบรอบการก่อตั้งคณะ 20 ปีนี้ วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ทุกฉบับในปีที่ 5 นี้จึงพิเศษกว่าปีอื่น ๆ โดยการร่วมเฉลิมฉลองการเดินทางครบ 20 ปีของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ด้วย

ระยะเวลา 20 ปี ไม่ได้ยาวนานมากนัก แต่ก็เป็นช่วงเวลาที่ยาวนานเพียงพอที่เราจะได้ย้อนทบทวนอดีตเพื่อพิจารณาถึงความสำเร็จและล้มเหลวของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ในการปฏิบัติภารกิจที่ได้รับมอบหมาย และครุ่นคิดถึงการเดินทางต่อไปในภายภาคหน้าอย่างมั่นคงในฐานะสถาบันการศึกษาทางด้านกฎหมายหลักในภาคใต้

ในฐานะคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ขอให้คำมั่นกับทุกท่านว่าคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์จะเป็นสถาบันการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ที่ทำหน้าที่พัฒนางานวิชาการนิติศาสตร์ของประเทศไทยผ่านการสร้างงานวิชาการและงานวิจัยที่หลากหลายเพื่อให้ “นิติรัฐ - ประชาธิปไตย” ได้ลงหลักปักฐานอย่างเข้มแข็งในระบบกฎหมายไทย โดยมี “วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์” เป็นกลไกขับเคลื่อนที่สำคัญที่สุดกลไกหนึ่ง

และขอเชิญชวนทุกท่านร่วมเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ร่วมกับ “วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์” ตลอดปี พ.ศ. 2566 นี้ เพื่อเฉลิมฉลองในวาระครบรอบ 20 ปีการก่อตั้งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

ขอแสดงความนับถือ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุทธิชัย งามชื่นสุวรรณ  
คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

สารบัญ

การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่:
ข้อสังเกตว่าด้วยการจัดสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489
ภายใต้มุมมองของแนวคิดรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ..... 1

Using the Constitutional Amendment Process to Replace a Constitution:
A Remark on the Establishment of the Constitution of the Kingdom of Thailand
AD 1946 under the Elite-Constructed Constitution Approach’s Perspective

ณัฐดนัย นาจันทร์
Natdanai Nachan

แนวทางการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทย
ผ่านมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ..... 24

The Guidelines for the Right to Gender Identity Recognition
in ThailandBased on the Perspective of the Foreign Laws

อารยา สุขสม
Arya Sooksom

สถานการณ์การเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทยและข้อเสนอแนะ..... 44

A Study on Accessing to Health Guarantee of Non-Thai People and Recommendation

ดรุณี ไพศาลพาณิชย์กุล
Darunee Paisanpanichkul

การจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุข  
ของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้..... 63

Conflict Management of Medical and Public Health Services  
of Government Hospitals in the Three Southern Border Provinces

กิตติ ใจสมุทร, บุษบง ชัยเจริญวัฒน์

Kitti Jaisamoot, Bussabong Chaijaroenwatana

การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน  
กรณีศึกษา เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์..... 84

Criminal Prosecution by Authorized Representative  
Case Study on the Children Born Using Assisted Reproductive Technology

อภิรักษ์ ศรีศิริ

Apinan Srisiri

การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ : ข้อสังเกตว่าด้วย  
การจัดสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489  
ภายใต้มุมมองของแนวคิดรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ

Using the Constitutional Amendment Process to Replace a Constitution:  
A Remark on the Establishment of the Constitution of  
the Kingdom of Thailand AD 1946 under  
the Elite-Constructed Constitution Approach's Perspective<sup>1</sup>

ณัฐดนัย นาจันทร์<sup>2</sup>

Natdanai Nachan

(Received: November 8, 2022, Revised: December 13, 2022, Accepted: December 16, 2022)

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 นั้นถือเป็นหนึ่งในรัฐธรรมนูญที่มีเอกลักษณ์มากที่สุดฉบับหนึ่งในบรรดารัฐธรรมนูญทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา กล่าวคือรัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกจัดสร้างขึ้นผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่โดยเนื้อแท้แล้วกลับไม่ใช่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่เป็นการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาเพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่ออำพรางการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ โดยชนชั้นนำทางการเมืองซึ่งอยู่ในอำนาจได้เลือกใช้กระบวนการนี้มาเป็นเครื่องมือในการจัดสรรอำนาจทางการเมืองเสียใหม่เนื่องจากมีความสามารถในการควบคุมองค์กรที่ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้คือข้อค้นพบจากการศึกษาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ผ่านวิธีการในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ และแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ ซึ่งถูกนำเสนอไว้ในบทความนี้

**คำสำคัญ :** การสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ

<sup>1</sup> บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาในระดับชั้นปริญญาเอก ณ คณะนิติศาสตร์ Victoria University of Wellington

<sup>2</sup> อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และนักศึกษาระดับชั้นปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ Victoria University of Wellington, natdanai.nac@mfu.ac.th

Lecturer in Public Law, School of Law, Mae Fah Luang University and PhD candidate, Faculty of Law, Victoria University of Wellington, natdanai.nac@mfu.ac.th

## Abstract

The Constitution of the Kingdom of Thailand, enacted in 1946, is distinguished from all other constitutions enacted since 1932 by a particular trait. The constitution was created through a process of amendments. However, the resultant constitution was not one that had been amended. The constitution was written to replace the Constitution of the Kingdom of Thailand AD 1932. In other words, it was constructed using the amendment process to camouflage the replacement. Because incumbent political elites had complete control over a constitution-making body, they decided to use this process to redistribute their political power. These are the results of a study of the Constitution of the Kingdom of Thailand in AD 1946's historical development using approaches to differentiate between constitutional amendment and constitutional replacement, as well as the elite-constructed constitution approach, which is illustrated in this article.

**Keywords:** Constitutional Replacement, Constitution of the Kingdom of Thailand in AD 1946, the Elite-Constructed Constitution Approach.

### 1. ความนำ

ปลายปี พ.ศ. 2564 ผู้เขียนได้นำเสนอบทความเรื่อง “ความเข้าใจผิดระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ ในปี พ.ศ. 2489 และ 2491”<sup>3</sup> บทความนี้ได้ถูกเขียนขึ้นเพื่ออธิบายถึงความเข้าใจผิดของบรรดาผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ณ ห้วงเวลานั้น ซึ่งได้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเก่า แต่กลับพบคำอธิบายในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญของบรรดาผู้ร่างว่าการร่างรัฐธรรมนูญในห้วงปีดังกล่าวเป็นการดำเนินการไปเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากได้เป็นการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเก่าไม่ ซึ่งถือเป็นความเข้าใจผิดของผู้ที่มีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาโดยตรง

นอกจากประเด็นความเข้าใจผิดดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามีประเด็นอีกประเด็นหนึ่งเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ที่ควรกล่าวถึงเป็นอย่างยิ่ง นั่นคือเหตุผลใดที่ทำให้บรรดาผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งในบทความชิ้นนี้จะเรียกว่า “ชนชั้นนำทางการเมือง” เลือกที่จะใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาเป็นเครื่องมือในการแทนที่ปลุ่มรัฐธรรมนูญด้วยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่<sup>4</sup>

<sup>3</sup> ญัตตินัย นาจันทร์, ความเข้าใจผิดระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ ในปี พ.ศ. 2489 และ 2491, *วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์*, 4 (1) (2564).

<sup>4</sup> กระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 นั้น ถือเป็นครั้งแรกและครั้งเดียวตลอดพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญไทยที่มีการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาเป็นเครื่องมือในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาใช้แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิม

เพื่อตอบคำถามที่กล่าวมาข้างต้น บทความนี้จะนำเสนอมุมมองของผู้เขียนที่มีต่อกระบวนการจัดสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 โดยอาศัยการอธิบายภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (constitutional amendment) กับการจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาแทนที่รัฐธรรมนูญเก่า (constitutional replacement) และการอธิบายการจัดสร้างรัฐธรรมนูญผ่านกรอบแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ (the elite-constructed constitution approach)

เป้าหมายสำคัญของบทความนี้ คือการชี้ชวนให้ผู้อ่านได้มองประวัติศาสตร์และพัฒนาการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยผ่านมุมมองใหม่ มุมมองซึ่งมีความแตกต่างจากชุดคำอธิบายเกี่ยวกับประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยที่มีให้เห็นอยู่ทั่วไป ในส่วนของคำอธิบายว่าด้วยความแตกต่างของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ รวมถึงการอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำนั้นเป็นการนำเสนอถึงเครื่องมือทั้งหลายที่เราสามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายประวัติศาสตร์ผ่านมุมมองใหม่เท่านั้น

## 2. แนวคิดที่เกี่ยวข้อง

ดังที่ได้กล่าวไปในตอนต้นว่าแนวคิดที่จะถูกใช้เพื่ออธิบายถึงการนำเอากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาใช้เพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ในปี พ.ศ. 2489 นั้นประกอบ แนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการจัดสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นแทนที่ และแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ ดังนั้น ความในส่วนที่สองของบทความนี้จะถูกใช้เพื่ออธิบายถึงแนวคิดดังกล่าว

### 2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการจัดสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นแทนที่

ในบรรดาเอกสารทั้งหลายที่กล่าวถึงการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (constitutional amendment) และการจัดสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นแทนที่ (constitutional replacement) นั้นผู้เขียนเห็นว่างานเขียนของ Law และ Whalen ได้อธิบายถึงการจำแนกวิธีการที่ใช้ในการแบ่งแยกไว้ได้อย่างละเอียดที่สุด ดังนั้น การอธิบายต่อจากนี้ไปจะกระทำลงโดยใช้งานเขียนของ Law และ Whalen เป็นจุดศูนย์กลาง โดยจะมีการกล่าวถึงงานเขียนอื่นที่เกี่ยวข้องต่อเนื่องกันไปตามแต่โอกาส<sup>5</sup>

<sup>5</sup> นอกจากแนวคิดของ Law และ Whalen ที่ถูกใช้เป็นหนึ่งในแกนหลักของบทความนี้ ผู้เขียนอยากจะขอเสนอเพิ่มเติมว่า ผู้เขียนไม่ได้อธิบายถึงความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่เพียงบางส่วนกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งอาจจะสอดคล้องกับพัฒนาการของรัฐธรรมนูญ 2489 ไว้ในบทความนี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สามารถทำได้ เพราะมีลักษณะขัดแย้งต่อที่มาและคุณลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด กล่าวคือ จะไม่สามารถถูกใช้เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในความอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญได้ โปรดดู Yaniv Roznai, Op. cit., p. 150. และ Claude Klein and Andras Sajó, Constitution-Making: Process and Substance, in Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2012). pp. 426-434 โดยการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้จะถือเป็นการใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้ (constituted power) ก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (constituent power) ซึ่งไม่สามารถกระทำได้ โปรดดู Joel Colón-Ríos, Op. cit., pp. 203-207.

Law และ Whalen ได้จำแนกประเภทของหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการจัดสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นแทนที่ออกเป็นสามกลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ กลุ่มแรก เกณฑ์การพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลง (the objective approach) ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่มุ่งแบ่งแยกความแตกต่างโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลงซึ่งผู้ปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวเชื่อว่าสามารถใช้เป็นเส้นแบ่งความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมและการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ได้ วัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลงที่มีกฎหมายบัญญัติมาใช้ในการพิจารณาได้แก่ จำนวนของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือความอันถือได้ว่าเป็นแก่นสำคัญ (substantive) ของรัฐธรรมนูญ<sup>6</sup> ตัวอย่างของงานเขียนที่ใช้เกณฑ์วัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลงเป็นแกนหลักในการพิจารณา โดยเฉพาะเพื่อแบ่งแยกว่าการกระทำโดยองค์กรผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ปรากฏอยู่ในงานเขียนของ Roznai ในส่วนที่เกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลสูงแห่งอินเดียว่าด้วยแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐาน (basic structure doctrine) และของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโคลอมเบียในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดว่าการแทนที่รัฐธรรมนูญ (constitutional replacement)<sup>7</sup> คำกล่าวอ้างในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในงานเขียนของนักคิดท่านอื่น เช่น Landua และ Lerner, Colón-Ríos และ Negretto ด้วย<sup>8</sup>

อย่างไรก็ตาม เกณฑ์การพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลงนั้นมีจุดอ่อนสำคัญอยู่ที่การกำหนดวัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลงนั่นเอง กล่าวคือ การกำหนดวัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลงที่ใช้ในการจำแนกความแตกต่างนั้นขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของผู้ที่กำหนด ส่งผลให้เกณฑ์ที่ใช้มีความไม่แน่นอน นอกจากนี้วัตถุประสงค์แห่งการเปลี่ยนแปลงที่ถูกกำหนดลงในหลายกรณีอาจไม่สามารถนำมาใช้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นแทนที่ได้อย่างแท้จริง เช่น ถ้ากำหนดให้จำนวนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก โดยกำหนดให้หากเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และฉบับเก่าแล้วพบว่าในฉบับใหม่มีจำนวนบทบัญญัติที่มากกว่าอย่างมีนัยสำคัญ ให้ถือว่าความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นตั้งอยู่บนฐานของการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม เกณฑ์การวัดเช่นนี้จะใช้ไม่ได้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีจำนวนบทบัญญัติที่ถูกแก้ไขน้อยแต่กลับส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในระบบการเมืองอย่างมีนัยสำคัญ<sup>9</sup>

---

และ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, (London: Duke University Press, 2008). pp. 62-70. ทั้งนี้ ผู้เขียนขอละไม่อธิบายถึงประเด็นนี้เพิ่มเติมในบทความนี้เนื่องจากปริมาณของข้อถกเถียงที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก และเนื่องจากข้อจำกัดเกี่ยวกับขนาดของบทความ

<sup>6</sup> David S. Law and Ryan Whalen, *Constitutional Amendment versus Constitutional Replacement: An Empirical Comparison*, in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (Eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, (United Kingdom: Routledge, 2020), pp. 76–78.

<sup>7</sup> Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 143.

<sup>8</sup> David Landau and Hanna Lerner, *Comparative Constitution Making*, (Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019), p. 2; Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2020); Gabriel L. Negretto, *Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America*, *Law & Society Review*, 46 (4) (2012), p. 757.

<sup>9</sup> David S. Law and Ryan Whalen, *Op. cit.*, pp. 76–78.

เกณฑ์การแบ่งแยกความแตกต่างในกลุ่มที่สอง คือเกณฑ์การพิจารณารูปแบบของการเปลี่ยนแปลง (formalistic approach) ซึ่ง Law และ Whalen ให้ความเห็นไว้ว่า การแบ่งแยกในลักษณะนี้จะมุ่งพิจารณาความเข้าใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นหลัก ว่าผู้ร่างเห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นมีลักษณะเป็นการ “แก้ไขเพิ่มเติม” หรือ “สร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทน” รัฐธรรมนูญฉบับเก่า ข้อได้เปรียบของเกณฑ์ในลักษณะนี้ คือความเป็นหนึ่งเดียวของผลลัพธ์ที่ได้จากการพิจารณา เนื่องจากตัวของหลักเกณฑ์เองนั้นวางอยู่บนฐานของกระบวนการที่ใช้เพื่อร่างรัฐธรรมนูญ หากกระบวนการจัดสร้างรัฐธรรมนูญถูกแปะป้ายกำกับว่าเป็นกระบวนการเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ผลลัพธ์ที่ได้ย่อมมีคุณลักษณะที่สอดคล้องไปกับกระบวนการที่ร่าง นั่นทำให้เกณฑ์การแบ่งในลักษณะนี้ไม่มีความเป็นอัตวิสัยดังเช่นเกณฑ์วัตถุแห่งการเปลี่ยนแปลงที่กล่าวไปก่อนหน้านี้<sup>10</sup> ตัวอย่างของงานเขียนที่ใช้เกณฑ์นี้เป็นแกนกลางในการวิเคราะห์ได้แก่ งานของ Lutz<sup>11</sup>

อย่างไรก็ตาม จุดอ่อนประการสำคัญของเกณฑ์การพิจารณารูปแบบของการเปลี่ยนแปลงนั้นก็อยู่ที่กระบวนการที่ถูกใช้เพื่อสร้างรัฐธรรมนูญนั่นเอง กล่าวคือ หากเราถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ ถูกจัดสร้างขึ้นเพื่อแก้ไขหรือแทนที่รัฐธรรมนูญเดิมโดยอิงจากชื่อเรียกกระบวนการที่สร้าง ย่อมเป็นการละทิ้งการตรวจสอบและทำความเข้าใจความเปลี่ยนแปลงในเชิงเนื้อหาที่อาจไม่สอดคล้องกับกระบวนการที่ใช้ โดยรัฐธรรมนูญที่ถูกแปะป้ายกำกับว่าเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในความเป็นจริงอาจเป็นรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดผลกระทบสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของระบบการเมือง เช่นในกรณีของประเทศเกาหลี<sup>12</sup> ในทางกลับกัน ก็มีรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม แต่ความเปลี่ยนแปลงในรัฐธรรมนูญมีอยู่เพียงเล็กน้อยจนถึงขนาดที่ควรถูกเรียกว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียมากกว่า กรณีเช่นนี้พบในสาธารณรัฐโดมินิกัน<sup>13</sup>

เนื่องจากหลักเกณฑ์ทั้งสองกลุ่มแรกต่างก็มีข้อบกพร่อง วิธีการที่ Law และ Whalen นำเสนอในฐานะเครื่องมือสำคัญในการสำรวจหาความแตกต่างของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่จึงวางอยู่บนการสำรวจหลักฐานเชิงประจักษ์ในลักษณะที่ไม่เป็นอัตวิสัย โดยเสนอให้ใช้วิธีการตรวจสอบความคล้ายคลึงกันในเชิงความหมายของภาษา (semantic similarity approach) ในการแบ่งแยก<sup>14</sup>

<sup>10</sup> David S. Law and Ryan Whalen, *Ibid*, p. 78.

<sup>11</sup> Donald S. Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, *The American Political Science Review* 88 (2) (1994), pp. 355–57.

<sup>12</sup> Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (United States: Cambridge University Press, 2009), p. 55.

<sup>13</sup> David Landau and Hanna Lerner, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>14</sup> David S. Law and Ryan Whalen, *Op. cit.*, pp. 14–18.

การวัดความคล้ายคลึงกันในเชิงความหมายนั้นเป็นการตรวจสอบความคล้ายกันของข้อมูลผ่านการตรวจสอบความเหมือนหรือความต่างในโครงสร้างและในความหมายของข้อมูลที่ถูเก็บรวบรวม<sup>15</sup> วิธีการที่ Law และ Whalen เลือกใช้คือการนำเอาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจำนวนมาก มาจัดเรียงด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อตรวจหาความคล้ายคลึงกันระหว่างรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับผ่านคำและถ้อยความที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญนั้น ๆ<sup>16</sup>

Law และ Whalen นำเสนอผลการศึกษาไว้ว่า ในกรณีที่รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่นั้นถูกใช้เพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเก่า (replacement) ความต่างในแง่ของถ้อยคำที่ใช้รวมถึงปริมาณของถ้อยคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนอย่างชัดเจน แนวโน้มเช่นนี้ยังแสดงถึงความเป็นไปได้ที่ว่า หากเปรียบเทียบบรรดาสาระสำคัญทั้งหลายในรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่าสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนด้วย<sup>17</sup> ในทางกลับกัน หากเปรียบเทียบระหว่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (amendment) กับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า ถ้อยคำและปริมาณของคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนั้นมีแนวโน้มที่จะคล้ายคลึงกัน แน่แน่นอนว่าย่อมหมายความว่าสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับย่อมมีแนวโน้มที่จะคล้ายคลึงกันด้วย<sup>18</sup> แม้วิธีการที่ใช้จะแตกต่างกัน แต่ข้อค้นพบเช่นนี้สอดคล้องกับความเห็นของ Elkin, Ginsburg และ Melton<sup>19</sup>

อย่างไรก็ตาม ทั้ง Law และ Whalen เองต่างก็ได้แสดงความเห็นเอาไว้ว่าเป็นไปได้อย่างที่จะใช้การแบ่งแยกระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่เป็นเครื่องมือในการชี้ให้เห็นถึงระดับของความเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากในข้อค้นพบภายใต้การสำรวจของทั้งสองในหลายกรณีปรากฏว่า มีรัฐธรรมนูญที่ถูกประทับตราว่าเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่กลับมีความแตกต่างในทางภาษาระหว่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวกับรัฐธรรมนูญก่อนหน้าอย่างมีนัยสำคัญ ข้อค้นพบเช่นนี้ปรากฏขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์ บราซิล และนิการากัว เป็นต้น โดย Law และ Whalen เรียกปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในลักษณะนี้ว่าเป็น การอำพรางการแทนที่รัฐธรรมนูญ (stealth replacement)<sup>20</sup> คือการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการปกปิดการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม

ในทางกลับกัน มีหลายกรณีที่มีการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาแทนที่กลับไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างในเชิงภาษาระหว่างรัฐธรรมนูญเก่าและรัฐธรรมนูญใหม่อย่างมีนัยสำคัญ กรณีเช่นนี้ปรากฏขึ้นในประเทศ

<sup>15</sup> ศศิธร หนูทอง, สุนทร วิฑูรพรจัน, และ เบญจพร หนูทอง, กลไกการสร้างแบบทดสอบอัตโนมัติสำหรับคำถามแบบปรนัย โดยการประยุกต์ใช้ข้อมูลแบบออนโทโลยี, *วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลกรุงเทพ*, 13 (1) (2562).

<sup>16</sup> David S. Law and Ryan Whalen, Op. cit., pp. 85–88.

<sup>17</sup> David S. Law and Ryan Whalen, Ibid, pp. 83–84.

<sup>18</sup> David S. Law and Ryan Whalen, Ibid, pp. 83–84.

<sup>19</sup> Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, Op. cit., pp. 56–59. อย่างไรก็ตาม วิธีการของ Elkin Ginsburg และ Melton มีความแตกต่างจากวิธีการของ Law และ Whalen อย่างชัดเจน กล่าวคือ ในขณะที่ Law และ Whalen ถือว่าถ้อยคำทั้งหมดในรัฐธรรมนูญคือข้อมูลสำหรับการเปรียบเทียบ Elkin Ginsburg และ Melton ใช้วิธีการแปลงคำหัวข้อที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญเป็นเลขฐานสอง (1 และ 0) จากนั้นนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้เพื่อเปรียบเทียบความซ้ำซ้อน โดยวิธีการนี้ถูกเรียกว่า Coding Similarity Index

<sup>20</sup> David S. Law and Ryan Whalen, Op. cit., pp. 95–96.

โตมินิกัน ลิทัวเนีย และสวีตเซอร์แลนด์ เป็นต้น โดย Law และ Whalen เรียกปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในลักษณะนี้ว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำลงโดยผ่านกระบวนการที่เกินพอดีหรือเกินความจำเป็น (overblown amendment)<sup>21</sup>

## 2.2 แนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำเป็นกรอบแนวคิดที่ผู้เขียนพัฒนาขึ้นโดยมีเป้าหมายหลักเพื่อที่จะสร้างอุปกรณ์สำหรับใช้อธิบายพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญไทยเสียใหม่ ภายใต้กรอบจำกัดของบทความฉบับนี้ ผู้เขียนคงมิได้กล่าวถึงที่มาและกรอบแนวคิดที่ถูกใช้เพื่อจัดสร้างแนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ แต่จะคงกล่าวถึงสาระสำคัญของแนวคิดดังกล่าวพร้อมทั้งมุมมองที่แนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำมีต่อกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น<sup>22</sup>

กล่าวโดยย่อ แนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำนั้นถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นทางเลือกเพิ่มเติมให้กับการอธิบายประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญไทยในรูปแบบที่แตกต่างไปจากแนวคิดว่าด้วยการจัดสร้างรัฐธรรมนูญกระแสหลัก (the dominant conception of constitution-making) ซึ่งมีรากฐานอยู่บนการจัดสร้างรัฐธรรมนูญโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนอันเกิดขึ้นภายใต้กระบวนการที่ประชาชนมีส่วนร่วม<sup>23</sup> ซึ่งจะส่งผลให้รัฐธรรมนูญอันเป็นผลลัพธ์จากกระบวนการดังกล่าวมีคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตย<sup>24</sup> มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง<sup>25</sup> และสามารถคาดหมายได้ว่ารัฐธรรมนูญนั้นจะดำรงอยู่อย่างมั่นคงในช่วงระยะเวลาหนึ่ง<sup>26</sup>

ในทางกลับกัน แนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำมองรัฐธรรมนูญในฐานะสัญญาทางการเมืองที่จัดสร้างขึ้นโดยชนชั้นนำทางการเมืองในสังคม ชนชั้นนำทางการเมืองในที่นี้หมายถึงบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ถือครองอำนาจซึ่งสามารถใช้เพื่อกำหนดกรอบทิศทางทางการเมืองให้กับประเทศได้<sup>27</sup> ชนชั้นนำทางการเมืองแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มย่อย กลุ่มแรกคือ ชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ใต้อำนาจ (incumbent political elite) อันหมายถึงกลุ่มคนที่ถือครองอำนาจที่จะใช้กำหนดทิศทางทางการเมืองและสามารถใช้อำนาจนั้นออกมาเพื่อกำหนดความเป็นไปของระบบการเมืองในทิศทางที่ตนเห็นว่าเหมาะสม<sup>28</sup> และกลุ่มที่สอง คือชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่นอกขอบวงแห่งอำนาจ (outsider political elite) ชนชั้นนำทางการเมืองในกลุ่มนี้คือผู้ที่อยู่

<sup>21</sup> David S. Law and Ryan Whalen, *Ibid*, pp. 97–98.

<sup>22</sup> ผู้ที่สนใจศึกษาที่มาของแนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่ Natdanai Nachan, *Elite-Constructed Constitutions*, *Cultural and Religious Studies*, 8 (11) (2020). และ ญัฐดนัย นาจันทร์, *แนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ*, ใน *ณรงค์เดช สุขโขษิต, บรรณาธิการ, รัฐ รัฐธรรมนูญ และสิทธิเสรีภาพ : ทฤษฎีและปัญหาท้าทายในยุค 2021*, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2564)

<sup>23</sup> Lutz, *Op. cit.*, pp. 355–56.

<sup>24</sup> Mark Tushnet, *Constitution-Making: An Introduction*, *Texas Law review*, 91 (7) (2013), pp. 1985–1986; Andreas Kalyvas, *Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power*, *Constellations*, 12 (2) (2005), pp. 238–57.

<sup>25</sup> Kirsti Samuels, *Democracy-Building & Conflict Management (DCM)*, (Geneva: International IDEA, 2021), pp. 25–26.

<sup>26</sup> Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *Op. cit.*, pp. 78–80.

<sup>27</sup> C. Wright Mills, *The Power Elite*, (Oxford: Oxford University Press, 1956), 10; Natdanai Nachan, *Op. cit.* p. 605.

<sup>28</sup> Michael Albertus and Victor Menaldo, *Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy*, (United States: Cambridge University Press, 2016), p.14.

ในฐานะที่สามารถใช้อำนาจที่ตนมีกำหนดทิศทางความเป็นไปของประเทศได้แต่กลับไม่สามารถใช้อำนาจนั้นได้อย่างเต็มที่เพราะถูกขัดขวางโดยชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจ<sup>29</sup>

ชนชั้นนำทางการเมืองทั้งสองกลุ่มนี้มีความขัดแย้งระหว่างกันโดยธรรมชาติ ความขัดแย้งเช่นว่านั้นวางอยู่บนฐานของการแย่งชิงอำนาจทางการเมือง โดยเฉพาะการแย่งชิงอำนาจในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญ<sup>30</sup> รัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำจึงถูกมองว่าเป็นเครื่องมือสำคัญในการแบ่งสรรอำนาจและจำกัดความขัดแย้งระหว่างชนชั้นนำทั้งสองกลุ่ม ในแง่นี้รัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำนั้นถูกสร้างขึ้นโดยมีประโยชน์ของชนชั้นนำเป็นศูนย์กลาง การดำรงอยู่หรือสิ้นผลไปของรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของชนชั้นนำว่าจะรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญนั้นหรือไม่<sup>31</sup>

แม้ชนชั้นนำทางการเมืองมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองเพื่อล้มรัฐธรรมนูญและจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ที่ตอบสนองต่อความต้องการและผลประโยชน์ของตนเองได้อย่างเต็มที่<sup>32</sup> แต่ก็มีความเป็นไปได้ที่กลุ่มชนชั้นนำทางการเมืองจะใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแบ่งสรรอำนาจระหว่างกันเสียใหม่โดยไม่ต้องล้มล้างรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ชนชั้นนำทางการเมืองซึ่งมีแนวโน้มที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อตนเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่นั้น<sup>33</sup> จะเลือกใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดสรรอำนาจทางการเมืองใหม่ก็ต่อเมื่อเชื่อว่าตนสามารถควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้กระบวนการดังกล่าวและผลลัพธ์อันได้จากกระบวนการนั้นตอบสนองต่อผลประโยชน์ของตนเองได้อย่างดีที่สุด<sup>34</sup> ข้อคิดเห็นเช่นนี้สอดคล้องกับความเห็นที่ปรากฏในงานของ Negretto ซึ่งมองว่าตัวแสดงทางการเมืองมักจะเลือกแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแทนการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่เมื่อตัวแสดงเหล่านั้นเชื่อว่าสามารถเปลี่ยนแปลงระบอบการเมืองผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้<sup>35</sup>

ภายใต้มุมมองของแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ การจะพิจารณาว่าชนชั้นนำทางการเมืองกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดสามารถควบคุมกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญได้เพียงใดจะพิจารณาจากโครงสร้างขององค์กรที่ทำหน้าที่จัดสร้างรัฐธรรมนูญ (constitution-making body) เป็นสำคัญ องค์กรเช่นนี้จะต้องประกอบขึ้นด้วยหรือถูกควบคุมโดยชนชั้นนำทางการเมือง องค์กรประกอบในลักษณะนี้เองที่จะเอื้อให้ชนชั้นนำทาง

<sup>29</sup> Andrei Yakovlev, Israel Marques, and Eugenia Nazrullaeva, *From Competition to Dominance: Political Determinations of Federal Transfers in the Russian Federation*, Retrieved November 5, 2022, from <https://doi.org/10.2139/ssrn.2005710>, pp. 5-8.

<sup>30</sup> Keith G. Banting, Introduction: The Politics of Constitutional Change, in Keith G. Banting and Richard Simeon (Eds.), *The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations: Redesigning the State*, (London: Macmillan, 1984), p. 12.

<sup>31</sup> Natdanai Nachan, Op. cit.; Susan Albers, Chris Warshaw, and Barry R. Weingast, Democratization and Counter-majoritarian Institutions: The Role of Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy, in Tom Ginsburg (Eds.), *Comparative Constitutional Design*, (United State: Cambridge University Press, 2012), pp. 3-9.

<sup>32</sup> Natdanai Nachan, Op. cit.

<sup>33</sup> Adam Przeworski, *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, (United States: Cambridge University Press, 1991), p. 86.

<sup>34</sup> Tom Ginsburg, Constitutions as Contract, Constitutions as Charters, in Denis J. Galligan and Mila Versteeg (Eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, (United States of America: Cambridge University Press, 2013), p. 200.

<sup>35</sup> Gabriel L. Negretto, Op. cit., pp. 750-760.

การเมืองสามารถใช้กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญเป็นพื้นที่ในการต่อรองเพื่อผลประโยชน์ของตนและส่งผลให้รัฐธรรมนูญกลายเป็นสัญญาอันเป็นผลลัพธ์จากการเจรจาต่อรองของชนชั้นนำทางการเมือง<sup>36</sup> ดังนั้น หากชนชั้นนำทางการเมืองสามารถมั่นใจได้ว่าองค์ประกอบขององค์กรที่จะเข้ามาทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ (ในกรณีนี้คือองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนูญ) จะทำให้ตนสามารถควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เมื่อนั้น ชนชั้นนำทางการเมืองจะเลือกใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปรับเปลี่ยนสถานะทางอำนาจของตัวเอง มากกว่าการเลือกที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญและสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาแทนที่

### 3. ความเป็นมาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

อย่างที่ได้อธิบายไปในตอนต้นของบทความว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 (รัฐธรรมนูญ 2489) มีสถานะค่อนข้างพิเศษท่ามกลางสายธารแห่งประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับเดียวที่ถูกจัดสร้างขึ้นผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คุณลักษณะเช่นนี้ได้รับการยืนยันไว้ในคำปรารภของตัวรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ ตอน ตัวอย่างเช่น<sup>37</sup>

“นายปรีดี พนมยงค์ ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ในขณะนั้นได้ปรารภกับ นายควง อภัยวงศ์ นายกรัฐมนตรีว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนี้ พระมหากษัตริย์ได้พระราชทานแก่ชนชาวไทยมาแล้วเป็นปีที่ 14 ถึงแม้ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญเป็นหลักนี้จะได้ยังความเจริญให้เกิดแก่ประเทศชาตินับเป็นอเนกประการทั้งประชาชนจะได้ซาบซึ้งถึงคุณประโยชน์ของการปกครองระบอบนี้เป็นอย่างดีแล้วก็จริง แต่เหตุการณ์บ้านเมืองก็ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก ถึงเวลาแล้วที่ควรจะได้เลิกบทเฉพาะกาลอันมีอยู่ในรัฐธรรมนูญนั้น และปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

ความที่ปรารถนาในคำปรารภนี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า ในสายตาของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ 2489 ถูกจัดสร้างขึ้นในฐานะของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ไม่ได้เป็นการสร้างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาใช้แทนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 (รัฐธรรมนูญ 2475) อย่างไรก็ตาม ความในสวนวิเคราะห์ของบทความนี้จะแสดงให้เห็นว่าผู้เขียนเองไม่เห็นด้วยกับมุมมองดังกล่าว

รัฐธรรมนูญ 2489 นั้นเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่สองที่ถูกจัดสร้างขึ้นท่ามกลางความขัดแย้งระหว่าง คณะราษฎร กลุ่มผู้ก่อการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 และการก่อตัวของพันธมิตรใหม่ระหว่าง คณะราษฎรสายพลเรือนและกลุ่มเจ้านายรวมทั้งกลุ่มนิคมกษัตริย์ กล่าวคือ ภายหลังจากการอภิวัฒน์สยาม พ.ศ. 2475 คณะราษฎรซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกสายทหารและสายพลเรือนได้ก้าวเข้าสู่ความเป็นชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจ (incumbent political elite) ข้อพิสูจน์คำกล่าวอ้างนี้คือการที่คณะราษฎรสามารถควบคุมสภาผู้แทนราษฎรได้ผ่านการดำรงอยู่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่สอง<sup>38</sup> และ

<sup>36</sup> Tom Ginsburg, *Op. cit.*, pp. 192–200; Michael Albertus and Victor Menaldo, *Op. cit.*, pp. 45, 67.

<sup>37</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, คำปรารภ

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475, มาตรา 65 และ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รายชื่อสมาชิกวุฒิสภา ตั้งแต่ปี 2475-22 มีนาคม 2535*, (กรุงเทพฯ).

การสถาปนาอำนาจของคณะราษฎรอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดภายหลังจากเหตุการณ์กบฏบวรเดช ซึ่งนำไปสู่การจับกุมตัวเจ้านายและเชื้อพระวงศ์จำนวนมาก<sup>39</sup> รวมไปถึงการเสด็จออกนอกประเทศของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว และการสละราชสมบัติของพระองค์ในเวลาต่อมา<sup>40</sup>

ในทางกลับกัน กลุ่มเจ้านายและเชื้อพระวงศ์ รวมทั้งบรรดาผู้นิยมกษัตริย์ทั้งหลายได้สูญเสียสถานะของชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจ ถึงแม้ว่ากลุ่มผู้นิยมกษัตริย์จะสามารถควบคุมการใช้อำนาจบริหารได้ในห้วงเวลาแรกของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ 2475 แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายใต้ความยินยอมของคณะราษฎร<sup>41</sup> ทั้งนี้ ภายหลังจากเหตุการณ์กบฏบวรเดชซึ่งปรากฏหลักฐานบางประการที่ชี้ให้เห็นว่ากลุ่มเจ้านายเข้าไปมีส่วนร่วมและให้การสนับสนุนปฏิบัติการกบฏ<sup>42</sup> คณะราษฎรก็ได้เข้ามาควบคุมอำนาจทางการเมืองอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด และบังคับให้กลุ่มผู้นิยมกษัตริย์ถอยออกไปจากเวทีการเมืองได้อย่างสมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองเปิดฉากขึ้นและประเทศไทยประกาศตัวเข้าร่วมกับฝ่ายอักษะในปี พ.ศ. 2485 เกิดความขัดแย้งรุนแรงในหมู่คณะราษฎร ส่งผลให้คณะราษฎรสายพลเรือนสูญเสียอิทธิพลในคณะรัฐมนตรีให้กับผู้นำสายทหารของคณะราษฎรเอง<sup>43</sup> เหตุการณ์ทางการเมืองในครั้งนี้นำไปสู่การถอดถอนนายปรีดี พนมยงค์ ออกจากตำแหน่งสำคัญทางการเมือง และแต่งตั้งให้เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ในสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล ซึ่งเปิดโอกาสให้ปรีดีแสวงหาความร่วมมือกับบรรดาเจ้านายและผู้นิยมกษัตริย์เพื่อต่อต้านอำนาจของรัฐบาลทหาร<sup>44</sup>

การก่อตั้งขบวนการเสรีไทยในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และไทย เป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ทำให้เกิดการรวมตัวกันระหว่างอดีตศัตรูทางการเมืองเพื่อต่อต้านรัฐบาลทหาร บทบาทของเจ้านายที่อาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักรภายหลังจากการสละราชสมบัติของรัชการที่ 7 ในฐานะส่วนหนึ่งของขบวนการเสรีไทยเปิดโอกาสให้กลุ่มผู้นิยมกษัตริย์สามารถต่อรองเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะทางการเมืองของตนเองภายหลังสงคราม<sup>45</sup> ทั้งนี้ ภายใต้การดำเนินการของขบวนการเสรีไทย รวมไปถึงความพยายามในการลดทอนอำนาจของผู้นำทหารโดยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบไปด้วยผู้สนับสนุนของปรีดี ทำให้รัฐบาลทหารพ่ายแพ้และต้องถอนตัวออกจากการเมืองหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่สองเข้าสู่ช่วงสิ้นสุด<sup>46</sup>

ในขณะที่ความร่วมมือระหว่างฝ่ายปรีดีและฝ่ายผู้นิยมกษัตริย์ในนามของขบวนการเสรีไทยก่อให้เกิดประโยชน์มหาศาลต่อการเจรจาเพื่อกำหนดสถานะของประเทศในสังคมการเมืองระหว่างประเทศภายหลัง

<sup>39</sup> ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, *ประวัติศาสตร์การเมืองไทยสยาม พ.ศ. 2475-2500*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2551), น. 161.

<sup>40</sup> กรมศิลปากร, *แถลงการณ์เรื่อง สมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงสละราชสมบัติ*, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2478), น. 393-397.

<sup>41</sup> สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, *ลำดับความเป็นมาของคณะรัฐมนตรีไทย คณะที่ 2*, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก [https://www.soc.go.th/?page\\_id=2113](https://www.soc.go.th/?page_id=2113)

<sup>42</sup> The National Archives, *Correspondence and Registers*, 99, FO 628/49.

<sup>43</sup> ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, *เรื่องเดิม*, น. 296-97.

<sup>44</sup> Thak Chaloehtiarana, *Thailand the Politics of Despotism Paternalism*, (Chiang-Mai: Silkworm Books, 2007), p. 13.

<sup>45</sup> ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, *เรื่องเดิม*, น. 332-34.

<sup>46</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 6/2487*, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73318>

สงครามโลกครั้งที่สอง อีกสิ่งหนึ่งที่ไม่สามารถปฏิเสธได้คือความร่วมมือดังกล่าวและชัยชนะเหนือรัฐบาลทหาร ทำให้ทั้งกลุ่มคณะราษฎรสายพลเรือนและผู้นิยมกษัตริย์ซึ่งถูกกีดกันให้ออกไปจากขอบแห่งอำนาจสามารถก้าวกลับเข้ามาสู่ความเป็นชนชั้นนำทางการเมืองผู้ถือครองอำนาจในการกำหนดทิศทางความเป็นไปของประเทศได้อีกครั้ง นอกจากนี้ ผลลัพธ์จากเหตุการณ์ดังกล่าวยังเปิดโอกาสให้กลุ่มผู้นิยมกษัตริย์สามารถเปิดการเจรจาต่อรองกับคณะราษฎรสายพลเรือนเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานะของตนเองภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเกิดขึ้นภายใต้รูปแบบของการ “แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ซึ่งดำเนินการลงตามความในมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ 2475 ที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำลงได้เมื่อมีการเสนอญัตติจากคณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อร่วมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ เพื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อสภาผู้แทนราษฎร

จากการศึกษาคำปรารภของรัฐธรรมนูญ 2489 รวมถึงรายงานการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรที่เกี่ยวข้องจะพบว่า การดำเนินการเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2489 นั้นถูกริเริ่มขึ้นในปี พ.ศ. 2488 ในลักษณะของการจัดตั้งคณะอนุกรรมการขึ้นเพื่อศึกษาแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยกลุ่มชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจ ได้แก่ คณะราษฎรสายพลเรือนและกลุ่มผู้นิยมกษัตริย์ ใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้เป็นเวทีในการต่อรองเพื่อแก้ไขสถานะทางการเมืองของตน

กล่าวโดยย่อ องค์กรที่ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ 2489 (constitution-making body) นั้นประกอบขึ้นจากองค์กรย่อย ๆ จำนวนทั้งสิ้นสามองค์กร ได้แก่ คณะกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมาธิการของรัฐบาล และตัวสภาผู้แทนราษฎร โดยหากพิจารณารายงานการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรที่ 7/2489 จะพบว่า คณะกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาเป็นชุดแรกนั้นประกอบด้วยสมาชิกจำนวนทั้งสิ้น 27 ราย โดยได้รับเลือกมาจากสมาชิกประเภทที่หนึ่ง ซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยอ้อมจากประชาชนและสมาชิกประเภทที่สอง ซึ่งส่วนใหญ่แล้วประกอบไปด้วยผู้ที่เป็นสมาชิกของคณะราษฎร<sup>47</sup> นอกจากนี้ แม้จะไม่ปรากฏองค์ประกอบที่ชัดเจนของคณะกรรมาธิการชุดที่สองของรัฐบาลที่ถูกตั้งขึ้นมาแทนที่ คณะกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรในช่วงปลายปี พ.ศ. 2488 ในรายงานการประชุมฉบับเดียวกันนั้นคงรู้แต่เพียงว่าประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวนทั้งสิ้น 7 ราย<sup>48</sup> แต่จากองค์ประกอบของสภาผู้แทนราษฎรและคณะรัฐมนตรีในช่วงเวลาดังกล่าวก็พอจะอนุมานได้ว่าชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจมีความสามารถในการควบคุมคณะกรรมาธิการทั้งสองชุดได้อย่างเด็ดขาด กล่าวคือ ในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรนั้น เป็นที่แน่นอนว่าสมาชิกประเภทที่สองเป็นผู้สนับสนุนการดำเนินงานของคณะราษฎร ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าสมาชิกโดยมากเป็นสมาชิกของคณะราษฎรนั่นเอง ในขณะที่สมาชิกประเภทที่หนึ่งที่มาจากการเลือกตั้งนั้นก็

<sup>47</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 7/2489, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73226>, น. 4-5.

<sup>48</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เรื่องเดียวกัน, น. 4-5.

ส่วนสำคัญในการโค่นล้มรัฐบาลทหารผ่านกระบวนการทางรัฐสภาในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองในฐานะของผู้สนับสนุนของปรีดี<sup>49</sup> จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าสภาผู้แทนราษฎรนั้นตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของคณะราษฎรสายพลเรือน

ในอีกทางหนึ่ง คณะรัฐมนตรีนับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของกลุ่มผู้นิยมกษัตริย์และคณะราษฎรสายพลเรือน ภายหลังจากการลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของจอมพล แปลก พิบูลสงคราม ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตกแก่นายควง อภัยวงศ์ นายทวี บุญเกียรติ และหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ตามลำดับ นายควง อภัยวงศ์เป็นหนึ่งในสมาชิกของคณะราษฎรและเป็นผู้นิยมกษัตริย์<sup>50</sup> นายทวี บุญเกียรติ เป็นสมาชิกของคณะราษฎร<sup>51</sup> และหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ก็เป็นส่วนหนึ่งของราชวงศ์ ดังนั้น ในแง่รัฐบาลในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองจนถึงช่วงก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ 2489 ย่อมตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของเหล่าชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจตั้งที่กล่าวไปตอนต้น และนั่นย่อมทำให้คณะกรรมการที่ถูกต้องขึ้นโดยรัฐบาลย่อมตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของชนชั้นนำทางการเมืองกลุ่มดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ การทำงานของคณะกรรมการทั้งสองชุดยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสมาชิกประเภทที่สองของสภาผู้แทนราษฎร ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และคณะราษฎร<sup>52</sup> เมื่อรวมกันข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวไปแล้วว่าสภาผู้แทนราษฎรซึ่งจะทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ต่อมาจะถูกเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่สองนี้ ประกอบไปด้วยผู้สนับสนุนการทำงานของคณะราษฎรอย่างแข็งขันย่อมสามารถนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า องค์กรที่ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ 2489 นั้นประกอบขึ้นจากและถูกควบคุมโดยชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจ

#### 4. บทวิเคราะห์ว่าด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

คำถามพื้นฐานของบทความนี้ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นว่ามีทั้งสิ้นสองประการ ประการแรกคือการตอบคำถามว่ารัฐธรรมนูญขึ้นในปี พ.ศ. 2489 นั้น ถูกตราขึ้นในฐานะของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หรือในฐานะของรัฐธรรมนูญใหม่ที่ถูกใช้เพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม โดยเฉพาะเมื่อมองผ่านแนวคิดของ Law และ Whalen และประการที่สอง คือการตอบคำถามว่าเหตุใดชนชั้นนำในอำนาจ (คณะราษฎรสายพลเรือนและฝ่ายนิยมกษัตริย์) จึงเลือกใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดสรรอำนาจทางการเมืองของตนเองใหม่ ความในส่วนที่สี่ของบทความนี้จะตอบคำถามทั้งสองข้างต้นผ่านมุมมองของแนวคิดและทฤษฎีที่ได้นำเสนอไปก่อนหน้านี้

<sup>49</sup>ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, เรื่องเดิม, น. 358-359

<sup>50</sup> ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, เรื่องเดียวกัน, น. 442-443.

<sup>51</sup> ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และ ชำรงค์ศักดิ์ เพชฌ์เลศอนันต์, 2475 การปฏิวัติสยาม, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2543), น. 219-222.

<sup>52</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, คำปรารภ

#### 4.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือรัฐธรรมนูญใหม่ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้แทนที่

จากการพิจารณาหลักฐานที่เกี่ยวข้องผ่านแนวคิดของ Law และ Whalen ผู้เขียนเห็นว่ารัฐธรรมนูญ 2489 นั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า การพิสูจน์ค่ากล่าวอ้างนี้จำเป็นต้องพิจารณาสองปัจจัยสำคัญ ประการแรก คือที่มาของกระบวนการที่ใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญ 2489 ถูกจัดทำขึ้นผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง การพิจารณาความเปลี่ยนแปลงของตัวบทในรัฐธรรมนูญ เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า ซึ่งจะแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญ 2489 นั้นสมควรได้รับการพิจารณาให้เป็นรัฐธรรมนูญใหม่ที่ถูกรื้อขึ้นเพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิม โดยอาศัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องอำพรางการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ (stealth replacement)

หากพิจารณาลำพังเฉพาะที่มาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2489 แล้ว จะเห็นว่ากระบวนการดังกล่าวถูกกระทำลงภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2475 มาตรา 63 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน อีกทั้งผู้ที่เสนอญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่สอง ยังได้ระบุไว้ในหนังสือถึงประธานสภาผู้แทนราษฎรว่า ญัตติที่ได้เสนอไปนั้นมีความประสงค์ที่จะดำเนินการเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่<sup>53</sup> ดังนั้น เมื่อพิจารณาลำพังตามรูปแบบของกระบวนการที่ใช้ในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญ (formalistic approach) จึงสามารถสรุปได้แต่เพียงว่าความเปลี่ยนแปลงต่อรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2488-2489 นั้น เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2475 เท่านั้น และย่อมไม่น่าแปลกใจหากพบว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่จัดสร้างรัฐธรรมนูญจะเชื่อว่าตนกำลังทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตาม ดังที่ Law และ Whalen ได้กล่าวไว้ ว่าหากพิจารณาลำพังเฉพาะรูปแบบของกระบวนการเปลี่ยนแปลงที่ผู้ร่างเลือกใช้ ย่อมทำให้เรามีแนวโน้มที่จะละเลยความเปลี่ยนแปลงในแง่ของภาษา และหลักการอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญได้โดยง่าย<sup>55</sup> ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยอาศัยการเปรียบเทียบรูปแบบของความเหมือนกันในทางภาษา (semantic similarity approach) ระหว่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ อันเป็นวิธีที่ Law และ Whalen ได้นำเสนอไว้ ทั้งนี้ แม้ภายใต้บทความนี้ผู้เขียนจะไม่มีเครื่องมือมากพอที่จะจัดสร้างประมวลถ้อยคำ (codex) ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ เพื่อทำการเปรียบเทียบความเหมือนและต่างระหว่างรัฐธรรมนูญ 2489 และรัฐธรรมนูญ 2475 แต่การพิจารณาจำนวนบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำที่ใช้ใน

<sup>53</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 7/2489, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73226>

<sup>54</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 21/2489, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73241>, น. 1101-1102.; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 29/2489, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73250>

<sup>55</sup> David S. Law and Ryan Whalen, Op. cit., p. 78.

หัวข้อสำคัญของรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้ ย่อมพิสูจน์ให้เห็นได้แล้วว่ารัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนั้นมีความแตกต่างกันในเชิงภาษาที่ใช้ค่อนข้างมาก กล่าวคือ

หากเปรียบเทียบเฉพาะความแตกต่างของจำนวนบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ จะพบว่าระหว่างรัฐธรรมนูญ 2475 และรัฐธรรมนูญ 2489 นั้นมีความแตกต่างกันในค่อนข้างมาก รัฐธรรมนูญ 2475 นั้นประกอบไปด้วยบทบัญญัติจำนวนทั้งสิ้น 68 มาตรา ในขณะที่รัฐธรรมนูญ 2489 ประกอบไปด้วยบทบัญญัติจำนวนทั้งสิ้น 96 มาตรา ซึ่งการเพิ่มขึ้นของบทมาตรานี้ย่อมส่งผลให้จำนวนของถ้อยคำที่ใช้ในรัฐธรรมนูญ 2489 นั้นมีลักษณะที่เพิ่มขึ้นมากตามไปด้วย จนอาจนับได้ว่าเป็นการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม อย่างไรก็ตาม ดังที่ Law และ Whalen ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ ข้อสรุปที่ว่ารัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งฉบับใดนั้นถูกสร้างขึ้นเพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าโดยพิจารณาจากจำนวนถ้อยคำที่เพิ่มขึ้นจะไม่เหมาะสมและเป็นการด่วนสรุปจนเกินไป เนื่องจากในบรรดาจำนวนถ้อยคำทั้งหลายที่เพิ่มขึ้นอาจไม่ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อสาระสำคัญของระบบการเมือง ซึ่งอาจเรียกการเปลี่ยนแปลงในลักษณะนี้ว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำลงโดยผ่านกระบวนการที่เกินพอดีหรือเกินความจำเป็น (overblown amendment) ได้<sup>56</sup> ดังนั้น จึงควรพิจารณาความเปลี่ยนแปลงของถ้อยคำที่ใช้ในการอธิบายถึงประเด็นสำคัญต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบการเมืองด้วย

ในการอธิบายถึงความเปลี่ยนแปลงในประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของ Law และ Whalen ที่ว่า การกำหนดว่าประเด็นหนึ่งประเด็นใดเป็นประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นอัตวิสัย และอาจก่อให้เกิดปัญหาแห่งการตีความว่าบทบัญญัติเหล่านี้ส่งผลโดยตรงต่อภาพรวมของระบบการเมืองจริงหรือไม่<sup>57</sup> อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยข้อจำกัดทางด้านเวลาและเครื่องมือที่ผู้เขียนมีอยู่ การพิจารณาความเปลี่ยนแปลงทางภาษาทุกหัวข้อในรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถกระทำลงได้ และผู้เขียนเองก็เชื่อว่าประเด็นที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ถือเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับระบบการเมืองอย่างแท้จริง โดยความเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้นปรากฏอยู่ในส่วนต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ส่วนแรก ความในส่วนว่าด้วยสถานะและบทบาทของพระบรมวงศานุวงศ์ในระบบการเมือง ความในส่วนนี้มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างชัดเจน กล่าวคือ หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ 2475 จะพบว่าได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 11 ว่า พระบรมวงศานุวงศ์ในชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ไม่ว่าจะโดยกำเนิดหรือแต่งตั้ง ย่อมต้องดำรงตนอยู่เหนือการเมือง คือจะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับงานทางการเมืองไม่ว่าโดยวิธีทางใด ๆ ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ความในส่วนนี้ได้ถูกนำออกไปจากรัฐธรรมนูญ 2489 อันเป็นการกำหนดสถานะทางการเมืองของชนชั้นนำที่อยู่ในอำนาจเสียใหม่ เปิดโอกาสให้พระบรมวงศานุวงศ์ระดับสูงซึ่งเดิมถูกกีดกันโดยคณะราษฎร

<sup>56</sup> David S. Law and Ryan Whalen, Ibid, pp. 97–98.

<sup>57</sup> David S. Law and Ryan Whalen, Ibid, pp. 76–78.

ไม่ให้เข้ามามีปฏิสัมพันธ์ในระบบการเมืองสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจทางการเมืองได้ สิ่งนี้เป็นผลมาจากการเจรจาต่อรองระหว่างองค์กรผู้ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญและสมาชิกในราชวงศ์<sup>58</sup>

ความเปลี่ยนแปลงที่ควรจะกล่าวถึงในส่วนต่อมา นั่นคือความเปลี่ยนแปลงในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แม้รัฐธรรมนูญ 2475 และ 2489 จะมีการกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทยไว้เหมือนกัน แต่โดยรายละเอียดแล้วกลับมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ 2489 มีการเพิ่มเติมสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในรัฐธรรมนูญอย่างมีนัยสำคัญ ได้แก่ สิทธิในการชุมนุมสาธารณะ สิทธิในการพิมพ์ และสิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง<sup>59</sup> รวมถึงสิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ของประชาชน<sup>60</sup> และการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีหนึ่งคดีใดมีความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>61</sup> ย่อมก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อระบบการบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจน อันถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงสำคัญที่จะส่งผลกระทบต่อระบบการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่ นี่ยังไม่กล่าวรวมถึงการนำเอาวลี “ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย” มากำกับไว้ท้ายบทบัญญัติว่าด้วยการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>62</sup> เพื่อสร้างข้อจำกัดในการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว อันเป็นถ้อยคำที่ไม่เคยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ 2475

ความเปลี่ยนแปลงในส่วนต่อมาที่ควรจะกล่าวถึง นั่นคือ ความเปลี่ยนแปลงต่อโครงสร้างขององค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ เดิมทีนั้น องค์กรผู้ทำหน้าที่นิติบัญญัติในรัฐธรรมนูญ 2475 ถูกจัดตั้งขึ้นในระบบสภาเดี่ยว (unicameral system) มีสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญ 2489 ได้นำระบบสองสภา (bicameral system) มาใช้ ทำให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเรียกว่ารัฐสภานั้นถูกสร้างขึ้นโดยมีองค์กรย่อยสององค์กรเป็นส่วนประกอบได้แก่ สภาผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และวุฒิสภา ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยอ้อม เว้นแต่วุฒิสภาชุดแรกที่จะได้รับการเลือกตั้งจากองค์การเลือกตั้งวุฒิสภาอันประกอบขึ้นด้วยผู้สนับสนุนของคณะราษฎรในสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ 2475<sup>63</sup> โดยการดำรงอยู่ขององค์การเลือกตั้งวุฒิสภานี้เองที่จะทำให้คณะราษฎรสามารถควบคุมการทำงานของรัฐสภาในอนาคตได้<sup>64</sup> ทั้งนี้ มีการห้ามไม่ให้ข้าราชการประจำเข้ามาดำรงตำแหน่งในสภาทั้งสอง ข้อห้ามนี้ไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญ 2475 และถือเป็นข้อห้ามสำคัญที่ทำให้บรรดานายทหารทั้งหลาย

<sup>58</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 22/2489, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73242>, น. 1153-1154.

<sup>59</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 14

<sup>60</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 15

<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 88

<sup>62</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 15

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 24, 29, และ 90

<sup>64</sup> สรศักดิ์ งามขจรกุลกิจ, ขบวนการเสรีไทยกับความขัดแย้งทางการเมืองภายในประเทศไทย ระหว่าง พ.ศ. 2481-2492, (วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), น. 233.

ซึ่งถูกผลักให้ออกไปอยู่นอกขอบวงแห่งอำนาจ ไม่สามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกรัฐสภาได้โดยหากไม่ลาออกจากราชการเสียก่อน<sup>65</sup>

การนำระบบสองสภามาใช้ทำให้การใช้อำนาจนิติบัญญัติรวมทั้งการใช้อำนาจเพื่อตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก การพิจารณากฎหมายเปลี่ยนไปจากเดิมที่จะพิจารณาให้แล้วเสร็จลงในสภาผู้แทนราษฎร มาเป็นการที่จะต้องได้รับการเห็นชอบจากพฤฒิสภาภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่ด้วย รวมถึงการใช้อำนาจเพื่อลงมติในเรื่องสำคัญต่าง ๆ อาทิ การให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติและการตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และการลงมติไว้วางใจคณะรัฐมนตรีในการแถลงนโยบายครั้งแรก ซึ่งเดิมเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรโดยลำพัง ภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่ อำนาจเหล่านี้ต้องถูกใช้ลงโดยทั้งสองสภาพิจารณาร่วมกัน<sup>66</sup> ความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นความเปลี่ยนแปลงในแง่ของภาษาที่ใช้ในรัฐธรรมนูญอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญยิ่งต่อระบบการเมืองทั้งระบบด้วย

ความเปลี่ยนแปลงประการต่อมา คือความเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบขององค์กรใช้อำนาจบริหารอันได้แก่ คณะรัฐมนตรี แม้รัฐธรรมนูญ 2475 และ 2489 จะมีการบัญญัติเรื่ององค์ประกอบของคณะรัฐมนตรีไว้เหมือนกัน แต่ที่มาของคณะรัฐมนตรีนั้นกลับมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ประการแรก มีการห้ามข้าราชการประจำเข้าดำรงตำแหน่งในคณะรัฐมนตรี<sup>67</sup> เช่นเดียวกับที่กล่าวไปก่อนหน้านี้ ข้อห้ามนี้ถือเป็นมาตรการสำคัญที่ถูกใช้เพื่อสกัดกั้นไม่ให้นายทหารที่ถือครองอำนาจในกองทัพมาถือครองอำนาจบริหารในขณะที่ยังปฏิบัติราชการอยู่

ประการต่อมา นั่นคือบทบัญญัติที่บังคับให้สมาชิกจำนวนหนึ่งของคณะรัฐมนตรีจะต้องได้รับการคัดเลือกมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญ 2475 ได้ถูกนำออกไป นั่นหมายความว่าภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2489 นายกรัฐมนตรีและบรรดารัฐมนตรีทั้งหลายย่อมสามารถถูกเลือกมาจากบุคคลนอกรัฐสภาได้ ความแตกต่างทั้งสองประการนี้ย่อมแสดงให้เห็นมีความเปลี่ยนแปลงในแง่ของถ้อยคำที่ใช้ในเรื่องเดียวกันเมื่อเปรียบเทียบระหว่างรัฐธรรมนูญ 2475 และ 2489 อย่างชัดเจน รวมถึงย่อมไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าระบบการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญ 2489 มีความแตกต่างจากระบบการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าเป็นอย่างมากด้วย

ความเปลี่ยนแปลงสำคัญในส่วนสุดท้ายที่จะขอกกล่าวถึงในที่นี้ คือความเปลี่ยนแปลงว่าด้วยองค์กรผู้ทำหน้าที่ตีความความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ย่อมถือเป็นการเปลี่ยนแปลงสำคัญที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการนิติบัญญัติและกระบวนการบังคับใช้กฎหมายทั้งระบบ และในแง่ของความเหมือนหรือต่างทางภาษา เรื่องนี้ย่อมถือเป็นเรื่องใหม่ เป็นสิ่งที่ไม่เคยมีมาก่อนโดยรัฐธรรมนูญ 2475 ไม่ได้บัญญัติถึงองค์กรที่จะทำหน้าที่ในการตีความว่าบทบัญญัติที่จะบังคับใช้ในคดีหนึ่งคดีใดมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่องค์กรร่างรัฐธรรมนูญ 2489 ได้มีการกำหนดให้อำนาจ

<sup>65</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 25/2489, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73245>, น. 1410-1428.

<sup>66</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 24, 29, 62 และ 69

<sup>67</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 66

ดังกล่าวมาตกอยู่กับองค์กรที่แยกออกมาจากระบบศาลยุติธรรมปกติ อันได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นภายใต้อำนาจการแต่งตั้งของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ 2489 การก่อตั้งองค์กรนี้ขึ้นมีลักษณะเป็นการช่วงชิงอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญจากศาลยุติธรรมให้มาอยู่กับองค์กรที่รัฐสภาสามารถควบคุมได้<sup>68</sup>

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาถึงความเปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่กล่าวมาข้างต้น ร่วมกับจำนวนของบทมาตราที่เปลี่ยนแปลงไปที่กล่าวไว้ตอนต้นของหัวข้อนี้ จะพบว่ารัฐธรรมนูญ 2489 นั้นมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดสร้างขึ้นใหม่เพื่อนำมาใช้แทนที่รัฐธรรมนูญเดิมตามแนวคิดของ Law และ Whalen อย่างชัดเจน โดยมีการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่ออำพรางการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ (stealth replacement) ทั้งนี้ แม้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเองจะถือว่าสิ่งที่ตนร่างและประกาศใช้เป็นเพียงการแก้ไขรัฐธรรมนูญเดิม ดังที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าความเปลี่ยนแปลงในรัฐธรรมนูญและระบบการเมืองอย่างมีนัยพหุภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญใหม่ย่อมมีคุณลักษณะสอดคล้องกับการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิมตามมุมมองของแนวคิดและทฤษฎีที่ได้นำเสนอไว้ในส่วนที่สองของบทความนี้ โดยสิ่งนี้เองเป็นคำตอบที่สำคัญต่อคำถามแรกของบทความนี้ที่ว่า โดยเนื้อแท้แล้วรัฐธรรมนูญ 2489 ควรจะถูกพิจารณาในฐานะของรัฐธรรมนูญใหม่ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญ 2475 มากกว่าที่จะถูกมองในฐานะของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

#### 4.2 ว่าด้วยการตัดสินใจของชนชั้นนำทางการเมืองในการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม

##### รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่

ยังมีอีกคำถามหนึ่งที่บทความนี้มุ่งจะตอบ นั่นคือเหตุใดบรรดาชนชั้นนำทางการเมืองซึ่งอยู่ในอำนาจทั้งหลาย ถึงไม่เลือกที่จะใช้วิธีการจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม แต่ใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาเป็นเครื่องมืออำพรางการจัดสร้างรัฐธรรมนูญและระบบการเมืองขึ้นมาใหม่เพื่อแบ่งสรรอำนาจทางการเมืองระหว่างกัน

ต่อคำถามเช่นว่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าย่อมสามารถตอบไปได้ในหลายแนว หากวิเคราะห์โดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2475 เป็นหลัก อาจกล่าวได้ว่าเนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2475 ไม่ได้บัญญัติให้ผู้หนึ่งผู้ใดสามารถใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ไว้ ทั้งนี้ ดังที่ Landau และ Lerner ได้อธิบายไว้ว่า ย่อมเป็นไปได้ยากมากที่รัฐธรรมนูญหนึ่งรัฐธรรมนูญใดจะบัญญัติถึงกระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม<sup>69</sup> นอกจากนี้ ดังที่ Negretto ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า กระบวนการสร้าง

<sup>68</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 88. ทั้งนี้ การตัดสินใจก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมานั้นเป็นผลสืบเนื่องจากคดีอาชญากรรมสงคราม ที่มีกรณีตัดสินโดยศาลฎีกา (ทำหน้าที่ศาลอาชญากรรมสงคราม) ให้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งใช้ในการวินิจฉัยคดีด้วยอาชญากรรมสงครามต่อจอมพล แปลก พิบูลสงคราม นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยสมาชิกเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าการใช้อำนาจนี้ไม่สมควรทำลงโดยศาลยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบกฎหมายฉบับนั้นไปแล้ว จึงมีการช่วงชิงอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้มาอยู่ในมือของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐสภาในอนาคตจะเป็นผู้เลือกตุลาการเข้ามาดำรงตำแหน่งในคณะตุลาการดังกล่าว โปรดดู คณะกรรมการดำเนินงานฉลอง 100 ปี ชาตกาล นายปรีดี พนมยงค์ รัฐบุรุษอาวุโส, *คำให้การต่อศาลอาชญากรรมสงคราม*, (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2545) น. 288-289. และ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรครั้งที่ 27/2489

<sup>69</sup> David Landau and Hanna Lerner, Op. cit., p. 2.

รัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่มักจะเกิดขึ้นในสถานการณ์พิเศษเท่านั้น โดยเฉพาะเมื่อเกิดการปฏิวัติหรือเมื่อเกิดวิกฤติการณ์ทางการเมืองที่สำคัญขึ้นในประเทศ<sup>70</sup>

เมื่อพิจารณาสถานการณ์ทางการเมืองภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองแล้วจะพบว่า การโค่นล้มรัฐบาลทหารและผลักดันให้บรรดาทหารทั้งหลายกลายเป็นชนชั้นนำทางการเมืองนอกขอบวงแห่งอำนาจของคณะราษฎรสายพลเรือนและบรรดาผู้นิยมกษัตริย์นั้นเกิดขึ้นบนวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการกดดันของสภาผู้แทนราษฎร ประกอบกับปัจจัยทางการเมืองโดยเฉพาะชัยชนะของฝ่ายสัมพันธมิตรในสงครามโลกครั้งที่สองและบทบาทของกลุ่มเสรีไทย หากกลุ่มพันธมิตรชนชั้นนำทางการเมืองในอำนาจต้องการที่จะสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิมเพื่อแบ่งสรรอำนาจ เช่นนั้นย่อมต้องก่อสถานการณ์หรือสร้างเหตุผลแห่งความจำเป็นเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับกลุ่มของตนเองในการที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิม ซึ่งดูจะเป็นไปไม่ได้หรือหากเป็นไปได้ก็ต้องกระทำลงโดยยากมากเมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ทางการเมืองในขณะนั้น

ในทางกลับกัน ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่สามของบทความนี้ หากพิจารณาโครงสร้างขององค์กรที่มีอำนาจในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญ 2489 จะพบว่า บรรดาชนชั้นนำทางการเมืองซึ่งอยู่ในอำนาจ ประกอบด้วยคณะราษฎรสายพลเรือนและพลพรรคเสรีไทยภายใต้การนำของปรีดี พนมยงค์ และกลุ่มผู้นิยมกษัตริย์ ซึ่งกลับมาครองอำนาจหลังจากการโค่นล้มรัฐบาลทหารสามารถควบคุมการทำงานขององค์กรที่ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนของสภาผู้แทนราษฎร รัฐบาล รวมทั้งคณะกรรมการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การเสนอ รวมไปถึงการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถกระทำลงได้ภายใต้การควบคุมขององค์กรที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ย่อมสามารถกล่าวได้อย่างเต็มที่ว่าภายใต้สถานการณ์ทางการเมือง ณ ช่วงเวลานั้น การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการอำพรางการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานะทางการเมืองและการจัดสรรอำนาจทางการเมืองระหว่างชนชั้นนำทางการเมืองซึ่งอยู่ในอำนาจเหล่านี้สามารถกระทำลงได้โดยง่ายกว่าที่จะก่อให้เกิดสถานการณ์พิเศษบางประการขึ้นเพื่อนำไปสู่การล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมและจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นโดยตรง

หากมองสถานการณ์เช่นว่านี้ภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ ซึ่งสันนิษฐานว่าการที่ชนชั้นนำทางการเมืองจะเลือกเจรจาต่อรองเพื่อจัดสรรอำนาจทางการเมืองใหม่ผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อชนชั้นนำทางการเมืองสามารถควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างเบ็ดเสร็จ อันจะเป็นการรับรองว่ากระบวนการดังกล่าวจะสามารถถูกใช้เพื่ออำนวยความสะดวกในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดสรรอำนาจแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าทางเลือกของชนชั้นนำทางการเมืองในอำนาจ ณ ช่วงเวลาแห่งการก่อร่างรัฐธรรมนูญ 2489 ในการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อ

<sup>70</sup> Gabriel L. Negretto, Op. cit., p. 751.

อำพรการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่นั้นสอดคล้องกับคำกล่าวอ้างนี้ และแน่นอนว่าย่อมสอดคล้องกับชุดความคิดของ Negretto ที่แสดงไว้ในส่วนที่สองของบทความนี้เช่นกัน<sup>71</sup>

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากกระบวนการจัดสร้างรัฐธรรมนูญที่ถูกครอบงำโดยชนชั้นนำทางการเมืองและการปราศจากการมีส่วนร่วมของประชาชนในการร่างรัฐธรรมนูญ การเจรจาต่อรองเพื่อจัดสรรอำนาจดังที่ได้แสดงตัวอย่างไว้บางประการตามความในส่วนก่อนหน้านี้ รวมทั้งผลลัพธ์ของรัฐธรรมนูญที่คืนสิทธิในการเข้าร่วมระบบการเมืองให้กับเชื้อพระวงศ์ในระดับชั้นหม่อมเจ้า การสร้างระบบรัฐสภาที่ให้อำนาจคณะราษฎรในการควบคุมกระบวนการนิติบัญญัติผ่านพฤฒิสภา รวมทั้งการปฏิเสธไม่ให้ชนชั้นนำทางการเมืองนอกขอบวงแห่งอำนาจอย่างบรรดานายทหารในราชการทั้งหลายเข้ามาใช้อำนาจทางการเมืองในฐานะรัฐบาลและในฐานะสมาชิกรัฐสภาแล้ว ย่อมไม่สามารถปฏิเสธได้ว่ารัฐธรรมนูญ 2489 เป็นหนึ่งในบรรดารัฐธรรมนูญทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้นโดยชนชั้นนำ หรือก็คือ เป็นรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยการจัดสร้างรัฐธรรมนูญกระแสหลัก (dominant conception of constitution-making) นั่นเอง

## 5. บทสรุป

การจัดสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นตัวอย่างที่ดีของการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่ออำพรการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ เนื่องจากหากเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 โดยอาศัยการเปรียบเทียบรูปแบบของความเหมือนกันในทางภาษา (semantic similarity approach) แล้วจะพบว่าจำนวนบทบัญญัติรวมถึงจำนวนถ้อยคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทั้งสองมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ 2489 ยังประกอบไปด้วยคำและหัวข้อต่าง ๆ ที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า ซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อระบบการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่อย่างชัดเจน

ความแตกต่างเช่นนี้เองแสดงให้เห็นว่า แม้กระบวนการจัดสร้างรัฐธรรมนูญ 2489 จะถูกทำขึ้นโดยอาศัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามความในรัฐธรรมนูญ 2475 และปรากฏว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญเองก็เชื่อว่าการร่างของตนเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะตั้งใจหรือไม่ รัฐธรรมนูญ 2489 คือผลลัพธ์ที่เกิดจากการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาอำพรการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม

ทั้งนี้ หากพิจารณาตามกรอบแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำแล้ว จะพบว่าการเลือกใช้กระบวนการในลักษณะดังกล่าวสามารถทำความเข้าใจได้ เนื่องจากภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำชนชั้นนำทางการเมืองทั้งหลายจะเลือกใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการจัดสรรอำนาจทางการเมืองใหม่ก็ต่อเมื่อสามารถควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ และสามารถมั่นใจได้ว่ากระบวนการดังกล่าวสามารถอำนวยความสะดวกในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดสรรอำนาจภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญใหม่ได้เป็นอย่างดี

<sup>71</sup> Gabriel L. Negretto, *Op. cit.*, pp. 750, 760.

โดยเมื่อพิจารณาจากภาพรวมของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าชนชั้นนำทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจ ได้แก่ คณะราษฎรสายพลเรือนและกลุ่มผู้นิยมกษัตริย์ สามารถควบคุมองค์กรผู้ทำหน้าที่ร่างและพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ในขณะที่กลุ่มทหารซึ่งถูกผลักดันให้ออกไปอยู่นอกขอบวงแห่งอำนาจนั้นไม่มีบทบาทในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญเลย นอกจากนี้รัฐธรรมนูญ 2489 ยังสะท้อนให้เห็นการแบ่งสรรผลประโยชน์ระหว่างบรรดาชนชั้นนำในอำนาจอย่างชัดเจน ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญ 2489 ถือเป็นรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ และการที่ชนชั้นนำทางการเมืองได้เลือกใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดสรรอำนาจทางการเมืองระหว่างกันใหม่นั้นก็สอดคล้องกับข้อเสนอของแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ

คำตอบและคำอธิบายที่กล่าวมานี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของเรื่องราวและกระบวนการที่ผู้เขียนพยายามจะนำเสนอเพื่อชี้ชวนให้ผู้อ่านมองพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญไทยในมุมมองที่แตกต่างไปจากเดิม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 นั้นไม่ได้เป็นเพียงรัฐธรรมนูญฉบับเดียวที่มีความพิเศษในห้วงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, 2495, 2511, 2517 และรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ก็มีความพิเศษในแบบของตัวเอง ซึ่งผู้เขียนตั้งใจว่าจะถ่ายทอดเอกลักษณ์ของรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ซึ่งสามารถค้นพบได้หากพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญนั้นถูกจัดสร้างขึ้นโดยชนชั้นนำทางการเมืองโดยไม่ได้มีประชาชนเป็นจุดศูนย์กลาง ในบทความชิ้นอื่นที่จะได้เขียนต่อจากนี้ไป

### บรรณานุกรม

- กรมศิลปากร. (2478). *แถลงการณ์เรื่อง สมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงสละราชสมบัติ*. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์พระจันทร์.
- คณะกรรมการดำเนินงานฉลอง 100 ปี ชาตกาล นายปรีดี พนมยงค์ รัฐบุรุษอาวุโส. (2545). *คำให้การต่อศาลอาชญากรรมสงคราม*. กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์.
- ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และ อารังศักดิ์ เพชณเลิศอนันต์. (2543). *2475 การปฏิวัติสยาม*. กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- ชาญวิทย์ เกษตรศิริ. (2551). *ประวัติศาสตร์การเมืองไทยสยาม พ.ศ. 2475-2500*, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- ณัฐดนัย นาจันทร์. (2564). ความเข้าใจผิดระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ ในปี พ.ศ. 2489 และ 2491, *วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์*, 4 (1), 1-15.
- ณัฐดนัย นาจันทร์. (2564). แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ, ใน *ณรงค์เดช สุระเมษิต (บรรณาธิการ). รัฐ รัฐธรรมนูญ และสิทธิเสรีภาพ : ทฤษฎีและปัญหาท้าทายในยุค 2021*, 115-1146. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา.

- ศศิธร หนูทอง, สุนทร วิฑูรย์พจน์, และ เบญจพร หนูทอง. (2562). กลไกการสร้างแบบทดสอบอัตโนมัติ สำหรับคำถามแบบปรนัย โดยการประยุกต์ใช้ข้อมูลแบบออนโทโลยี. *วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลกรุงเทพ*, 13 (1), 156-166.
- สรศักดิ์ งามขจรกุลกิจ. (2531). ขบวนการเสรีไทยกับความขัดแย้งทางการเมืองภายในประเทศไทย ระหว่าง พ.ศ. 2481-2492, (วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).
- สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. *ลำดับความเป็นมาของคณะรัฐมนตรีไทย คณะที่ 2*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก [https://www.soc.go.th/?page\\_id=2113](https://www.soc.go.th/?page_id=2113)
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 6/2487*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73318>
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 7/2489*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73226>
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 21/2489*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73241>
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 29/2489*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73250>
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 22/2489*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73242>
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 25/2489*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73245>
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ 27/2489*. สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2565, จาก <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/73248>
- Adam Przeworski. (1991). *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. United States: Cambridge University Press.
- Andreas Kalyvas. (2005) Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power, *Constellations*, 12 (2), 305-321.
- Andrei Yakovlev, Israel Marques, and Eugenia Nazrullaeva. (2012). *From Competition to Dominance: Political Determinations of Federal Transfers in the Russian Federation*, Retrieved November 5, 2022, from <https://doi.org/10.2139/ssrn.2005710>
- C. Wright Mills. (1956). *The Power Elite*. Oxford: Oxford University Press.
- Carl Schmitt. (2009). *Constitutional Theory*, London: Duke University Press.

- Claude Klein and Andras Sajó. (2012). Constitution-Making: Process and Substance. In Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.
- David Landau and Hanna Lerner. (2019). *Comparative Constitution Making*. Northampton: Edward Elgar Publishing.
- David S. Law and Ryan Whalen. (2020). Constitutional Amendment versus Constitutional Replacement: An Empirical Comparison. In Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (Eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, 74-100. United Kingdom: Routledge.
- Donald S. Lutz. (1994) Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, 88 (2), 355-370.
- Gabriel L. Negretto. (2012). Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law & Society Review*, 46 (4), 740-779.
- Joel Colón-Ríos. (2020). *Constituent Power and the Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Keith G. Banting. (1984). Introduction: The Politics of Constitutional Change. In Keith G. Banting and Richard Simeon (Eds.). *The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations: Redesigning the State*, 1-29. London: Macmillan.
- Kirsti Samuels. (2021). *Democracy- Building & Conflict Management (DCM)*. Geneva: International IDEA.
- Mark Tushnet. (2013) Constitution-Making: An Introduction, *Texas Law review*, 91 (7), 1983-2013.
- Michael Albertus and Victor Menaldo. (2016). *Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy*. United States: Cambridge University Press.
- Natdanai Nachan. (2020). Elite-Constructed Constitutions, *Cultural and Religious Studies*, 8 (11), 603-617.
- Susan Albers, Chris Warshaw, and Barry R. Weingast. (2012). Democratization and Countermajoritarian Institutions: The Role of Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy. In Tom Ginsburg (Eds.), *Comparative Constitutional Design*, 69-100. United State: Cambridge University Press.
- Thak Chaloemtiarana. (2007). *Thailand the Politics of Despotic Paternalism*. Chiang-Mai: Silkworm Books.
- The National Archives. *Correspondence and Registers*, 99, FO 628/49.

- Tom Ginsburg. (2013). Constitutions as Contract, Constitutions as Charters. In Denis J. Galligan and Mila Versteeg (Eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, 182-206. United States of America: Cambridge University Press.
- Yaniv Roznai. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press.
- Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. United States: Cambridge University Press.

## แนวทางการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทย ผ่านมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ<sup>1</sup>

### The Guidelines for the Right to Gender Identity Recognition in Thailand Based on the Perspective of the Foreign Laws

อารยา สุขสม<sup>2</sup>

Araya Sooksom

(Received: October 27, 2022, Revised: December 13, 2022, Accepted: December 16, 2022)

#### บทคัดย่อ

บทความวิจัยเรื่องนี้มุ่งศึกษาแนวทางการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทยผ่านมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ โดยศึกษาด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากตำรากฎหมายและเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับสากลและกฎหมายของต่างประเทศ ผลจากการศึกษาพบว่า ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชนสากล รัฐต่าง ๆ ย่อมมีหน้าที่รับรองสถานภาพทางกฎหมายตามอัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลพึงประสงค์ เพื่อให้บุคคลนั้นสามารถในการใช้สิทธิต่าง ๆ บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง โดยห้ามกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งการรับรองสถานภาพทางกฎหมาย ปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลซึ่งจำแนกตามเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ส่งผลทำให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศได้กลายเป็นกลุ่มเป้าหมายจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในพื้นที่สาธารณะอย่างกว้างขวาง ดังนั้น จึงสมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และผลในทางกฎหมายของการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามเจตจำนงของบุคคลเหล่านั้น อันเป็นการสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี

**คำสำคัญ :** สิทธิมนุษยชน, อัตลักษณ์ทางเพศ, การรับรองทางกฎหมาย

---

<sup>1</sup> บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง แนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากมูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยเพื่อสิทธิมนุษยชน

<sup>2</sup> ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร., อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, เลขที่ 15 ถ.กาญจนวนิชย์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110, araya.s@psu.ac.th

Assistant Professor Dr., Lecturer in Laws, Faculty of Law Prince of Songkla University, 15 Kamjanavanich Rd., Hat Yai, Songkhla 90110, araya.s@psu.ac.th

### Abstract

This research aims to study the guidelines for the right to gender identity recognition in Thailand through the lens of foreign laws. It is conducted using the methodology of documentary research, from legal textbooks to documents related to the recognition of gender identity-diverse people based on viewpoints of international human rights law and other foreign laws. The results showed that, in accordance with the international human rights principles, states shall provide legal recognition for their people's gender identity self-determination and ensure that they can exercise rights based on that gender identity. In this regard, states shall not impose any conditions that violate these people's human rights to prevent them from obtaining legal gender recognition. Currently, Thailand only provides lawful gender recognition for individuals who identify as male and female. As a result, gender identity-diverse individuals continue to frequently face discrimination in public settings. It is, therefore, expedient for the society to have a law to establish rules, regulations, conditions and any legal consequences of gender identity recognition based on self-determination in order to comply with the international human rights principles to which Thailand is committed.

**Keywords:** Human Rights, Gender Identity, Legal Recognition

#### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2018 องค์การอนามัยโลกได้จัดทำบัญชีจำแนกทางสถิติระหว่างประเทศของโรคและปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องครั้งที่ 11 (ICD-11) โดยถอดเรื่องความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศออกจากการเป็นโรคหรือความเจ็บป่วยทางจิตโดยการใช้คำว่า “ภาวะของการมีเพศสภาพไม่สอดคล้องกับเพศตามกำเนิดในวัยรุ่นและวัยเจริญพันธุ์ (Gender Incongruence of Adolescence and Adulthood (GIAA))” ภายใต้หมวดใหม่ที่ชื่อว่า “เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางเพศ (Conditions Related to Sexual Health)” ใน ICD-11 แทนการใช้คำว่าความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity Disorder: GID) ซึ่งการระบุเช่นนี้ส่งผลทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งได้แก่ บุคคลข้ามเพศ (Transgender) และบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) สามารถเข้าถึงสิทธิด้านสุขภาพได้โดยไม่ต้องถูกตีตราว่าเป็นผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศอีกต่อไป<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจดั้งเดิมเกี่ยวกับกลุ่มบุคคลข้ามเพศและกลุ่มบุคคลอินเตอร์เซ็กของสังคมไทยที่เห็นว่า กลุ่มบุคคลเหล่านี้คือผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มของความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรม ทำให้บุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็ก

---

<sup>3</sup> World Health Organization, ICD-11 Conditions related to sexual health (17), 2018

ในประเทศไทยต้องถูกตีตราและถูกเลือกปฏิบัติจากสังคม ไม่ว่าจะเป็นการใช้ความรุนแรง รวมถึงการเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหลายเรื่องทั้งในฐานะเป็นพลเมืองของรัฐ รวมถึงสิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กในประเทศไทยมีรากฐานสำคัญมาจากความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับนโยบายของรัฐในการรับรองสถานภาพทางกฎหมาย ประกอบกับการขาดมาตรการทางกฎหมายในการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลเหล่านี้ ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษารหัสธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมเรื่องเกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552 ซึ่งรับรองความเป็นไปได้ในการเข้าถึงกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศก็ตาม แต่ก็มิได้กล่าวถึงการดูแลรักษาภายหลังจากระบวนการแปลงเพศ รวมถึงการได้รับสิทธิในด้านประกันสุขภาพจากรัฐซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิทธิในเรื่องสุขภาพของบุคคลข้ามเพศแต่อย่างใด ในขณะที่การรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลอินเตอร์เซ็กในปัจจุบันยังคงเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติที่กำหนดขึ้นโดยหนังสือของกรมการปกครองท้องถิ่นซึ่งไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย นอกจากนี้ หนังสือฉบับนี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางที่องค์การสหประชาชาติได้กำหนดไว้ว่าจะไม่มีบุคคลใดต้องได้รับการรักษาหรือผ่าตัดในทางการแพทย์โดยไม่มีเจตจำนง เพราะถือว่าเป็นรูปแบบของการกระทำทารุณอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิในสุขภาพทางเพศและอนามัยเจริญพันธุ์ของบุคคลอินเตอร์เซ็กอย่างรุนแรง จึงถือว่าการกำหนดเงื่อนไขในการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลอินเตอร์เซ็กตามหนังสือฉบับนี้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ<sup>4</sup> กรณีจึงกล่าวได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยยังขาดมาตรการทางกฎหมายในการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กเป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งบุคคลในที่นี่มีความหมายครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดด้วย แต่ในทางปฏิบัติพบว่าการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดภายใต้กฎหมายความเท่าเทียมระหว่างเพศนั้นมีข้อจำกัดซึ่งไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนที่มีความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศได้อย่างเต็มที่ เช่น ปัญหาขบวนการกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งอาจมีปัญหาว่าบุคคลอินเตอร์เซ็กจะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ หรือปัญหาขอบเขตเนื้อหาสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองที่ยังคงขาดความชัดเจน หรือการดำรงไว้ซึ่งข้อยกเว้นการเลือกปฏิบัติภายใต้กฎหมายดังกล่าวอาจกลายเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการตรากฎหมายรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กโดยอาศัยเหตุผลเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ เป็นต้น ด้วยเหตุผลข้อจำกัดต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้นไม่อาจเป็นกลไกที่จะทำให้

<sup>4</sup> อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์ศษ.ภ.บ.บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 430.

การคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศเกิดขึ้นในประเทศไทยได้ครอบคลุมทุกประเด็น กรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลแยกออกมาเป็นการเฉพาะ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันความคุ้มครองและรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศให้เกิดขึ้นและมีผลใช้บังคับได้อย่างแท้จริง

## 2. วัตถุประสงค์

บทความวิจัยเรื่องนี้มุ่งเสนอแนวคิดทางทฤษฎีและการคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเป็นข้อเสนอแนะแนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลในประเทศไทย

## 3. ขอบเขตการวิจัย

ผู้วิจัยได้จำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและกลุ่มบุคคลอินเตอร์เซ็กที่ปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิกอยู่ในขณะนี้ และในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ ผู้วิจัยได้เน้นศึกษาประเทศที่มีความเป็นประชาธิปไตยสูงโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในแถบทวีปยุโรปและประเทศอื่น ๆ ซึ่งให้ความสำคัญต่อการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ เช่น ประเทศสเปน ประเทศมอลต้า ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

## 4. สมมติฐานการวิจัย

การศึกษาแนวทางการคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติและการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองและรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กไว้เป็นการเฉพาะจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทยให้สอดคล้องตามหลักสิทธิมนุษยชนสากลมากยิ่งขึ้น

## 5. ระเบียบวิธีวิจัย

บทความวิจัยเรื่องนี้มีการศึกษาด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากตำรากฎหมายและเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศโดยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับสากลและกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งที่เป็นเอกสารที่เป็นข้อมูลขั้นปฐมภูมิ (Primary Data) ได้แก่ รัฐธรรมนูญกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ คำพิพากษาของศาลในประเทศไทยและต่างประเทศ รวมถึงหลักกฎหมายและเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคล

บนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ และเอกสารที่เป็นข้อมูลชั้นทุติยภูมิ (Secondary Data) ซึ่งค้นคว้าจากเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ เช่น รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ ความเห็นทางกฎหมายของส่วนราชการและความเห็นของนักวิชาการ

## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ได้ทราบและเข้าใจถึงความหมาย สาระสำคัญ และมาตรการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

6.2 ได้ทราบถึงปัญหาการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศในประเทศไทย และสามารถเสนอแนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศในประเทศไทย

## 7. การทบทวนวรรณกรรม

### 7.1 จากเพศสู่ความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ

พัฒนาการของความรู้อาจจากเพศสู่ความหลากหลายทางเพศทำให้ได้ข้อสรุปว่า เพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์ไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติ หากแต่ยังเป็นสิ่งที่ถูกหล่อหลอมขัดเกลาจากสังคมด้วย ในขณะที่เดียวกันความเท่าเทียมระหว่างเพศจึงมิได้เป็นเพียงเรื่องของความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิงในทางสังคม แต่ยังหมายถึงความถึงการที่บุคคลทุกคนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่นำเรื่องเพศตามกำเนิดและการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดมาใช้เป็นเหตุผล เพื่อทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการเข้าถึงและได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ <sup>5</sup> ด้วยเหตุนี้ ในบางประเทศจึงให้การคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศแก่บุคคลทุกคน รวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเห็นว่าเพศ (Sex) และความหลากหลายทางเพศ (Sexual/Gender Diversity) เป็นคุณลักษณะอย่างหนึ่งของบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ (Naturalness) และเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด (Innateness) เช่นเดียวกับเชื้อชาติหรือถิ่นกำเนิด บุคคลจึงไม่ควรถูกลงโทษหรือเลือกปฏิบัติเพราะเหตุผลเพียงเพราะเขา “เกิดมาเป็นเช่นนั้น (Born that Way)”<sup>6</sup> เวลาต่อมา ประเด็นเรื่องการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศได้ถูกพัฒนาขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในองค์การสหประชาชาติ โดยได้รับการยืนยันว่าความเป็นเพศของมนุษย์นอกจากเพศสรีระแล้ว มนุษย์ยังมีความหลากหลายในวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) การแสดงออกทางเพศสภาพ (Gender Expression) และคุณลักษณะทางเพศ

<sup>5</sup> อารยา สุขสม, คู่มือปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP), 2563, น. 6.

<sup>6</sup> The Supreme Court of Kentucky, *Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487(1992), in Jeffrey M. Shaman, *Equality and Liberty in the golden age of state constitutional law*, (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 61-63; and Constitutional Court of South Africa, *National Coalition of Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Case CCT11/98, Judgment of 9 October 1998 in International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 4*, (Geneva: International Commission Of Jurists, 2009), p. 60.

(Sex Characteristics) หรือที่เรียกว่า “SOGIESC” อีกด้วย<sup>7</sup> ในทางปฏิบัตินั้น ความหลากหลายทางเพศมักนำมาใช้เพื่อสื่อถึงเพศวิถีของคนส่วนน้อยเสียเป็นส่วนใหญ่ซึ่งหมายถึง หญิงรักหญิง (Lesbian) ชายรักชาย (Gay) บุคคลรักสองเพศ (Bisexual) บุคคลข้ามเพศ (Transgender) และบางครั้งยังรวมถึงบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) ซึ่งเกิดมาโดยมีเพศสรีระได้มากกว่าหนึ่งแบบและมีความซับซ้อนในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เราจึงมักรู้จักกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในอีกชื่อหนึ่งว่า “กลุ่ม LGBTI”<sup>8</sup> อย่างไรก็ดี ในทางวิชาการยังมีความเห็นว่าความหลากหลายทางเพศมิได้เป็นเรื่องเพศวิถีของคนส่วนน้อยเท่านั้น หากแต่ยังหมายถึงเพศวิถีทุกรูปแบบของบุคคลทุกกลุ่มอันรวมถึงเพศวิถีแบบรักต่างเพศ (Heterosexual) ที่เกิดขึ้นระหว่างเพศชายกับเพศหญิงได้อีกด้วย<sup>9</sup> กล่าวได้ว่า บุคคลทุกคนในโลกนี้มีเพศและความหลากหลายทางเพศที่แตกต่างกันได้ และทุกคน

<sup>7</sup> The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007); and The Yogyakarta Principles plus 10: Addition principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles. (2017).

การคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศที่ปรากฏในหลักการ Yogyakarta Principles เป็นการคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ โดยขยายมุมมองเรื่องเพศจาก “เพศสรีระ” ให้ครอบคลุมถึง “ความหลากหลายทางเพศ” อันได้แก่ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศ ดังนี้

วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจซึ่ง ทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่และทางเพศ และในสัมพันธ์ภาพที่มีทั้งลักษณะความใกล้ชิดกันทางเพศสัมพันธ์และในทางเพศที่มีต่อปัจเจกบุคคลซึ่งมีเพศสภาพที่แตกต่างไปหรือมีเพศสภาพเดียวกันหรือมีมากกว่าหนึ่งเพศสภาพ วิถีทางเพศของบุคคลจึงเป็นสิ่งที่กำหนดแรงดึงดูดหรือความสนใจทางเพศของบุคคลนั้น ๆ โดยทั่วไปอาจแบ่งวิถีทางเพศของบุคคลออกเป็น 3 กลุ่มคือ (1) รักต่างเพศ (Heterosexual) (2) รักเพศเดียวกัน (Homosexual) และ (3) รักสองเพศ (Bisexual)

อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ประสบการณ์ทางเพศสภาพอันสามารถรู้สึกได้ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งได้ระบุไว้เมื่อแรกเกิด รวมทั้งความรู้สึกของบุคคลในร่างกายซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ หรือระบบการทำงานของร่างกาย ด้วยวิถีทางการแพทย์ การศัลยกรรม หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระ และการแสดงออกต่าง ๆ ทางเพศสภาพ รวมถึงการแต่งกาย คำพูด และกริยาท่าทางต่าง ๆ ได้แก่ การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักต่างเพศ (Heterosexuality) การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักสองเพศ (Bisexuality) และการมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลข้ามเพศ (Transgender) ซึ่งในกลุ่มนี้อาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มย่อย ได้แก่ บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (Transsexual)

การแสดงออกทางเพศสภาพ (Gender Expression) หมายถึง การนำเสนอเพศสภาพของบุคคลผ่านการแสดงออกทางกายภาพรวมถึงการแต่งกาย การไว้ทรงผม การสวมเครื่องประดับ การแต่งแต้มใบหน้า และกริยาท่าทาง การใช้วาจา พฤติกรรมการแสดงออก การอ้างอิงถึงชื่อและความเป็นตัวตนของบุคคล ตลอดจนการแสดงออกทางเพศสภาพอื่น ๆ ที่อาจไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ทั้งนี้ การแสดงออกทางเพศสภาพถือเป็นส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ทางเพศ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการกล่าวอ้างถึง “อัตลักษณ์เพศ” จึงเข้าใจได้ว่าหมายรวมถึง “การแสดงออกทางเพศ” ซึ่งได้รับความคุ้มครองด้วยเช่นกัน

คุณลักษณะทางเพศ (Sex Characteristics) หมายถึง ลักษณะทางกายภาพของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับเพศตามกำเนิด รวมถึงลักษณะทางพันธุกรรม หรือกายวิภาคศาสตร์ทางเพศและระบบสืบพันธุ์ โครโมโซม ฮอโมน และลักษณะทางกายภาพที่เกิดขึ้นมาพร้อมเมื่อแรกเกิด ตัวอย่างเช่น บุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) คือ บุคคลที่เกิดมาโดยมีมีเพศสรีระได้มากกว่าหนึ่งแบบซึ่งจะเห็นว่าเป็นคุณลักษณะทางเพศของมนุษย์อีกรูปแบบหนึ่งที่แบ่งแยกออกจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศอย่างชัดเจน

<sup>8</sup> Human Rights Council, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, A/HRC/19/41, 17 November 2011, para. 5.

<sup>9</sup> อารยา สุขสม, เรื่องเดิม, น. 33.

ล้วนแต่เป็นสมาชิกของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งสิ้น การพิจารณาเรื่องความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศในเบื้องต้นนั้นสามารถพิจารณาได้จากหลักการยกยอการเคารพว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2007 (The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity 2007) ซึ่งได้ให้ความหมายของอัตลักษณ์ทางเพศไว้ว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ประสบการณ์ทางเพศสภาพอันสามารถรู้สึกได้ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งได้ระบุไว้เมื่อแรกเกิด รวมทั้งความรู้สึกของบุคคลในร่างกายซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์หรือระบบการทำงานของร่างกาย ด้วยวิถีทางการแพทย์ การศัลยกรรม หรือวิธีการอื่นใด ทั้งที่โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระ และการแสดงออกต่าง ๆ ทางเพศสภาพ รวมถึงการแต่งกาย คำพูด และกริยาท่าทางต่าง ๆ”<sup>10</sup>

โดยทั่วไปแล้ว อัตลักษณ์ทางเพศของมนุษย์อาจมีความสัมพันธ์หรือไม่สัมพันธ์กับวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) ของมนุษย์เลยก็ได้ กล่าวได้ว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ” เป็นการอธิบายถึงคุณลักษณะทางเพศอย่างหนึ่งของบุคคลในทางสังคมโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเพศสภาพและเพศวิถีของบุคคลนั้น ดังนั้น การที่บุคคลคนหนึ่งจะมีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเช่นไรย่อมไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับเพศสรีระตามกำเนิดของตนเสมอไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการนำเสนอของบุคคลเหล่านั้นว่าต้องการให้สังคมรับรู้ว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเช่นไร ตัวอย่างเช่น การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักต่างเพศ (Heterosexuality) บุคคลรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) บุคคลรักสองเพศ (Bisexuality) บุคคลข้ามเพศ (Transgender) ซึ่งแบ่งออกเป็นบุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (Transsexual) นอกจากนี้ยังรวมถึงการมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) และกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้ต้องการระบุว่าตนเป็นเพศใดหรือที่เรียกว่า “กลุ่มนอนไบนารี (Non-binary)” ซึ่งมักเป็นคำที่ใช้อ้างอิงถึงอัตลักษณ์ทางเพศทุกรูปแบบซึ่งแตกต่างไปจากเพศกำเนิดชายและเพศกำเนิดหญิง และมุ่งหมายใช้แทนคำว่า “เพศที่สาม (Third Gender)”<sup>11</sup>

## 7.2 สิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศ

หากพิจารณาถึงอัตลักษณ์ทางเพศในแง่ของการเป็นสิทธิมนุษยชน จะพบว่าอัตลักษณ์ทางเพศถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Rights to Privacy) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยสิทธิในความเป็นส่วนตัว หมายถึง พื้นที่ชีวิตส่วนตัวของบุคคลซึ่งบุคคลนั้นสามารถแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ความเป็นตัวตนของบุคคลนั้น ซึ่งนอกจากรวมถึงความสามารถในการสร้างความสัมพันธ์กับบุคคลหรือการอยู่อาศัยตามลำพังแล้ว ยังหมายความรวมถึงสิทธิในความแตกต่างระหว่างบุคคล

<sup>10</sup> ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), หลักการยกยอการเคารพว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2551), น. 11.

<sup>11</sup> Lena Holzer, Non-Binary gender registration models in Europe report on third gender marker or no gender marker options, (ILGA Europe, 2018), p. 52.

(Right to be Different) อีกด้วย<sup>12</sup> ในแง่ “สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ (The Right to Gender Identity)” จึงมีขอบเขตภายใต้ความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งสามารถจำแนกแยกย่อยออกสิทธิต่าง ๆ ที่สำคัญ<sup>13</sup> ดังนี้

### 7.2.1 สิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (The Right to Self-definition)

การกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล ถือเป็นการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองเกี่ยวกับเรื่องเพศ (The Right to Sexual Self-definition) เพื่อพัฒนาเป็นอัตลักษณ์ทางเพศของตน การใช้สิทธิในการกำหนดตนเองจึงมุ่งหมายเพื่อกำหนดว่าตนเองเป็นใครมากกว่าจะพิจารณาจากวิธีปฏิบัติทางเพศของบุคคลนั้น ในแง่ สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศจึงเป็นการกำหนดเพศสภาพของตนเองโดยมีรากฐานสำคัญมาจากอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น<sup>14</sup> และเป็นสิทธิตามธรรมชาติของทุกคนโดยรัฐไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิดังกล่าวได้อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลจำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนจากสิทธิในการแสดงออกซึ่งตัวตนทางเพศของบุคคลอีกด้วย

### 7.2.2 สิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (The Right to Self-express)

สิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศนี้ หมายถึง สิทธิจะได้รับการยอมรับใน อัตลักษณ์ทางเพศของตนจากสังคมหรือในที่สาธารณะ โดยบุคคลนั้นอาจแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศที่เป็นไปโดยสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามกำเนิดเพื่อสร้างความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นตามที่บุคคลนั้นคิดว่าเป็นเรื่องที่เหมาะสมก็ได้ โดยทั่วไปแล้วการใช้สิทธิในการแสดงออกซึ่งตัวตนทางเพศมักเป็นเรื่องภายในขอบเขตพื้นที่ส่วนตัว อย่างไรก็ตาม เมื่อบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของสังคมในฐานะพลเมืองของรัฐ ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับอัตลักษณ์และรูปแบบของการใช้ชีวิตทางเพศของตนเองในพื้นที่สาธารณะด้วยเช่นกัน ในแง่สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศจึงมีความหมายครอบคลุมถึงสิทธิในการกำหนดตนเองและวิถีชีวิตของตนในที่สาธารณะด้วย กล่าวคือ หากบุคคลใดสามารถกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศในที่สาธารณะว่าตนเป็นชายรักชาย หญิงรักหญิง ชายข้ามเพศ หญิงข้ามเพศ หรือเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็กได้ ฯลฯ บุคคลนั้นย่อมมีความสามารถในการแสดงออกซึ่งความเป็นอัตลักษณ์ทางเพศให้สาธารณะเป็นที่ประจักษ์ได้เช่นกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะเปิดเผยตัวโดยไม่ต้องได้รับการลงโทษนั่นเอง

### 7.2.3 สิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (The Right to Self-realization)

สิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเองถือเป็นสิทธิที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับสิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล เนื่องจากสิทธิดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการพัฒนาอัตลักษณ์ทางเพศของตนโดยปราศจากการซ่อนเร้นหรือปิดบัง ในแง่พลเมืองของรัฐย่อมมีฐานะเป็นผู้บริโภคที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย บุคคลทุกคนจึงย่อมมีสิทธิพลเมืองในฐานะการเป็นผู้บริโภคที่มีอัตลักษณ์

<sup>12</sup> Human Rights Committee, A.R. Coeriel and M.A.R. Aurik v. The Netherlands, Communication No. 453/1991, CCPR/C/52/D/453/1991, 31 October 1994, para. 10.2; and Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, stigma and the realization of the human rights to water and sanitation, A/HRC/21/42, 2 July 2012, para. 55.

<sup>13</sup> Diane Richardson, Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights, *Critical Social Policy*, 20(1) (2000), pp. 116-122.

<sup>14</sup> Diane Richardson, *Ibid.*, p. 118.

ทางเพศและมีรูปแบบการใช้ชีวิตเป็นของตนเองผ่านทาง การซื้อสินค้าและบริการต่าง ๆ ทั้งในพื้นที่ส่วนตัวและพื้นที่สาธารณะ ซึ่งการเป็นผู้บริโภคสินค้าและบริการเหล่านี้จะสะท้อนให้เห็นถึงตัวตนอัตลักษณ์และรูปแบบการใช้ชีวิตของกลุ่มคนเหล่านี้ด้วย

จากที่ได้กล่าวมา จะเห็นว่าสิทธิในกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยสิทธิแยกย่อย ได้แก่ (1) สิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (2) สิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศ และ (3) สิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง โดยสิทธิย่อย ๆ ดังกล่าวนี้นี้จะมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ อย่างเป็นระบบ เช่น สิทธิในการรับรองสถานภาพทางกฎหมาย สิทธิในการทำงาน สิทธิในสุขภาพ สิทธิในการศึกษา และสิทธิในเสรีภาพเกี่ยวกับการแสดงออก การก่อตั้งสมาคม และการชุมนุมโดยสงบ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลจะถูกจำกัดจากรัฐได้มากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับว่าสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศดังกล่าวนี้มีความเชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนเรื่องอื่น ๆ เช่นไร กล่าวคือ หากการใช้สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศมีความสัมพันธ์กับสิทธิมนุษยชนที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวบุคคลทุกคนมาแต่กำเนิด เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงปลอดภัย และสิทธิในเสรีภาพจากการกระทำทารุณกรรมและการปฏิบัติที่โหดร้าย กรณีนี้รัฐไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดได้ หรือที่เรียกว่าสิทธิสัมบูรณ์ (Absolute Rights) ดังนั้น เมื่อสิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตและร่างกาย ย่อมต้องถือว่ารัฐไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศได้ ไม่ว่ารัฐจะตกอยู่ในสถานการณ์เช่นไรนั่นเอง ในทางกลับกันสิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศและสิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเองในพื้นที่สาธารณะจัดว่าเป็นสิทธิพลเมืองอย่างหนึ่งที่รัฐอาจแทรกแซงหรือจำกัดได้ โดยบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีเหตุผลสำคัญเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นหรือเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ ดังนั้น การรับรองสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้จึงมีขอบเขตภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามหลักความสมควรแก่เหตุและหลักการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ หรือที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” อีกด้วย

## 8. ผลการวิจัย

### 8.1 การคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศโดยองค์การสหประชาชาติ

เนื่องจากอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสิ่งที่มีความใกล้ชิดกับชีวิตส่วนตัวและก่อให้เกิดเป็นบุคลิกภาพของบุคคล องค์การสหประชาชาติจึงให้การรับรองว่าอำนาจตัดสินใจและทางเลือกในการดำเนินชีวิตของบุคคลในเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตส่วนตัว (Private Life) ซึ่งอยู่ในขอบเขตของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งไม่ว่าจะมีวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศในรูปแบบใดย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งสิ้น โดยสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศดังกล่าวนี้นี้จะมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ อย่างเป็นระบบ อาทิ สิทธิในฐานะพลเมืองของรัฐ สิทธิในทางการเมือง สิทธิในทางเศรษฐกิจ สิทธิในทางสังคม และสิทธิในทางวัฒนธรรม

ในเรื่องนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (Committee on Economic, Social and Cultural Rights) ได้ให้การรับรองว่าอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย<sup>15</sup> รัฐจึงมีหน้าที่ให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศในทางกฎหมายตามความประสงค์ของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็ก โดยกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสถานภาพทางกฎหมายให้บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศของตนได้โดยการออกใบรับรองสูติบัตรใหม่ รวมทั้งกำหนดกระบวนการสำหรับการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศในบัตรประชาชน<sup>16</sup> และดำเนินการต่าง ๆ ด้วยการอนุญาตให้มีการออกเอกสารทางราชการเพื่อแสดงถึงอัตลักษณ์ที่สอดคล้องกับเพศภาพและชื่อของบุคคล โดยจะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ<sup>17</sup> ทั้งนี้เพื่อสร้างหลักประกันว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และจะได้รับความเคารพต่อความสมบูรณ์ในความเป็นมนุษย์<sup>18</sup> เมื่อรัฐให้การรับรองสิทธิในการเปลี่ยนชื่อและเพศของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กในเอกสารทางราชการ ย่อมมีผลเป็นการรับรองสถานภาพทางกฎหมายตามอัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลนั้นพึงประสงค์ และทำให้บุคคลดังกล่าวมีความสามารถในการใช้สิทธิต่าง ๆ บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง รวมถึงสิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัวตามมาตรา 23 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง ค.ศ. 1966 เช่นกัน<sup>19</sup> จากที่ได้กล่าวมา รัฐสมาชิกจึงมีหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ

**ประการแรก** การรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งได้แก่ การรับรองสิทธิในการเปลี่ยนชื่อและเพศในเอกสารทางราชการ และการห้ามกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ เพื่อให้ได้การรับรองสถานภาพทางกฎหมาย

**ประการที่สอง** การคุ้มครองและป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลจากความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ โดยการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลในเรื่องต่าง ๆ เช่น ด้านการทำงานและการได้รับผลประโยชน์ทางสังคม การศึกษา ด้านการดูแลสุขภาพสุภาพ รวมถึงการแสดงออก การสมาคม และการชุมนุมโดยสงบ เป็นต้น

## 8.2 การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้ว กลุ่มบุคคลข้ามเพศและกลุ่มบุคคลอินเตอร์เซ็กถือเป็นกลุ่มบุคคลส่วนใหญ่ที่มีความประสงค์ต้องการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ อย่างไรก็ตาม สภาพปัญหาเกี่ยวกับการรับรองสิทธิใน

<sup>15</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on Germany, E/C.12/DEU/CO/5, 20 May 2011, para. 26.

<sup>16</sup> Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Addendum: Mission to Kyrgyzstan, A/HRC/14/22/Add. 2, 28 May 2010, para. 92.

<sup>17</sup> Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, A/HRC/19/41, 17 November 2011, para. 84.

<sup>18</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on Germany, E/C.12/DEU/CO/5, 20 May 2011, para. 26.

<sup>19</sup> Human Rights Committee, Concluding observations on Ireland, CCPR/C/IRL /CO/3, 30 July 2008, para. 8.

อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเทอร์เซ็กนั้นมีความแตกต่างกัน เนื่องจากลักษณะเฉพาะของกลุ่มบุคคลเหล่านี้ซึ่งอาจแยกพิจารณาโดยแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ

**กรณีบุคคลข้ามเพศ** ผลจากการศึกษาพบว่า แม้ว่าจะในบางประเทศจะอนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารทางราชการได้ก็ตาม แต่รัฐส่วนใหญ่ยังคงกำหนดเงื่อนไขบางอย่างให้บุคคลข้ามเพศต้องกระทำก่อนการเปลี่ยนแปลงเพศซึ่งมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน ได้แก่ (1) การกำหนดเงื่อนไขทางการแพทย์ เช่น การผ่าตัดแปลงเพศต้องมีการทำหมันด้วย หรือต้องผ่านกระบวนการวินิจฉัยตรวจสุขภาพทางจิต หรือต้องได้รับความเห็นในทางการแพทย์จากนักจิตเวชเสียก่อน (2) การกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมาย เช่น ต้องได้รับอนุญาตจากศาล หรือหากมีคู่สมรสต้องไปทำการจดทะเบียนหย่าเสียก่อน เป็นต้น (3) การกำหนดเงื่อนไขทางธรรมชาติในเรื่องอื่น ๆ เช่น ต้องเป็นผู้ไม่มีบุตร หรือต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ชีวิตจริงหรือมีความประสงค์ตั้งใจที่จะอยู่กินอาศัยร่วมกับบุคคลที่มีเพศตรงข้าม ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง นอกจากนี้ หากพิจารณาในเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่ายสำหรับกระบวนการแปลงเพศนั้น พบว่ามีความสำคัญเป็นอันมากและทำให้บุคคลข้ามเพศแล้วนี้ไม่อาจเข้าสู่กระบวนการแปลงเพศได้ ส่วนใหญ่ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นมักเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมในการวินิจฉัยตรวจโรค การดูแลรักษาทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีในกระบวนการทางศาล ซึ่งค่าใช้จ่ายทั้งหมดล้วนแต่เป็นภาระแก่บุคคลข้ามเพศทั้งสิ้น

**กรณีบุคคลอินเทอร์เซ็ก** ผลที่เกิดขึ้นในอดีตจากการที่องค์การอนามัยโลกกำหนดให้การเป็นบุคคลอินเทอร์เซ็กคือความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศอย่างหนึ่งที่ต้องได้รับการแก้ไขโดยการผ่าตัดให้เหลือเพียงเพศใดเพศหนึ่งตามความเห็นในทางวิทยาศาสตร์ ทำให้บุคคลอินเทอร์เซ็กต้องได้รับการรักษาหรือผ่าตัดในทางการแพทย์โดยไม่มีความจำเป็นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทารกหรือบุคคลที่อยู่ในวัยเด็ก โดยปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นกับบุคคลอินเทอร์เซ็กมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลเพื่อให้บุคคลอินเทอร์เซ็กยินยอมเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดเลือกเพศ ซึ่งการให้ความยินยอมนี้อาจเกิดขึ้นโดยบุคคลอินเทอร์เซ็กซึ่งบรรลุนิติภาวะที่กำลังเข้าสู่กระบวนการผ่าตัด หรือจากเด็กที่มีลักษณะเป็นอินเทอร์เซ็ก หรือจากบิดามารดาของเด็กในกรณีของทารก ซึ่งหากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับการแจ้งข้อมูลอย่างถูกต้องและเพียงพอสำหรับการให้ความยินยอม ย่อมถือว่าการปกปิดข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อร่างกาย ต่ออำนาจอิสระในการกำหนดตนเอง และเป็น การละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวของบุคคลอีกด้วย

ผลจากการศึกษาทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ พบว่าการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลที่เกิดขึ้นในรัฐสมาชิกอาจจำแนกแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มคือ **กลุ่มที่หนึ่ง** การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงสุดในหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญประเทศอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ศาลสูงสุดของประเทศปากีสถาน ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น และ**กลุ่มที่สอง** การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐ ทั้งในระดับพระราชบัญญัติหรือโดยกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง เช่น ประเทศฟินแลนด์ ประเทศอังกฤษ ประเทศสเปน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น กล่าวได้ว่าในหลายประเทศได้เริ่มทยอยกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศเพิ่มมากขึ้น

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหมายว่าด้วยเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศและการดูแลสุขภาพของบุคคลข้ามเพศ (The Argentinean Gender Identity and Health Comprehensive Care for Transgender People Act 2012) ของประเทศอาร์เจนติน่า และการตรากฎหมายว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศ (The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015) ของประเทศมอลต้า ซึ่งมีการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2018 นั้น ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ รวมถึงกำหนดกระบวนการขั้นตอนเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเทอร์เซ็กไว้อย่างชัดเจนซึ่งนับว่ามีความก้าวหน้ามากที่สุดในยุคปัจจุบัน

สำหรับการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น หากพิจารณาจากกฎหมายของหลายประเทศจะพบว่ามี ความแตกต่างกันอย่างน้อย 2 ประเด็น กล่าวคือ

**ประเด็นแรก** การกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการบังคับให้บุคคลเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ รวมถึงการหย่าร้าง เพื่อให้ได้การรับรองสถานภาพในทางกฎหมาย ซึ่งทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ มีการกำหนดที่แตกต่างกันโดยอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ (1) กลุ่มประเทศที่มีการบังคับให้บุคคลเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ เช่น การผ่าตัดแปลงเพศ การบังคับทำหมัน รวมถึงการหย่าร้างกับคู่สมรสก่อน เพื่อให้ได้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศในทางกฎหมาย และ (2) กลุ่มประเทศที่ไม่ได้บังคับให้บุคคลเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ รวมถึงการหย่าร้าง เพื่อให้ได้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย

**ประเด็นที่สอง** การยื่นหลักฐานทางการแพทย์เพื่อขอรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายซึ่งในทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ พบว่าบางประเทศมีการเรียกร้องให้บุคคลต้องมีการยื่นเอกสารทางการแพทย์เพื่อเป็นหลักฐานแสดงถึงความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล ในขณะที่บางประเทศกลับไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องการยื่นเอกสารทางการแพทย์เพื่อเป็นหลักฐานแสดงถึงความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ผลในทางกฎหมายของการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ สามารถสรุปได้เป็น 3 ประเด็นสำคัญคือ

### (1) การระบุเพศในเอกสารทางราชการ

#### กรณีบุคคลข้ามเพศ

จากการศึกษาทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศที่ให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศแก่บุคคลข้ามเพศพบว่าส่วนใหญ่มีกระบวนเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการโดยจัดอยู่ในกลุ่มที่มีเพศชายและเพศหญิง แต่จะอยู่ในกลุ่มของ “เพศที่สาม (Third Sex/Third Gender)” หรือ “เพศที่มีความคลุมเครือหรือไม่แน่นอน (Indeterminate)” โดยในบางประเทศจะระบุเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการโดยระบุคำว่า “เพศที่สาม (Third Sex / Third Gender)” หรือ “เพศอื่น (Other)” หรือ “เพศทางเลือกที่สาม (Third Gender Option)” เป็นต้น ตัวอย่างเช่น

ในปี ค.ศ. 2009 ศาลสูงสุดของประเทศปากีสถานได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการ โดยกำหนดให้ระบุถึงเพศที่สาม (Third Column)

สำหรับบุคคลข้ามเพศ ทั้งนี้เพื่อให้ได้การรับรองรายชื่อเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (Voter Lists) ต่อมาในปี ค.ศ. 2011 ประเทศอินเดียได้มีการปรับปรุงระบบเลขทะเบียนในบัตรประจำตัวประชาชน และมีการอนุญาตให้บุคคลข้ามเพศระบุเพศในบัตรประชาชนโดยใช้คำว่า “เพศทางเลือกที่สาม (Third Gender Option)” และในปี ค.ศ. 2013 ศาลสูงสุดของประเทศอินเดียได้ตัดสินให้รัฐบาลเปิดโอกาสให้บุคคลข้ามเพศสามารถระบุเพศของตนโดยใช้คำว่า เพศทางเลือกที่สามในเอกสารต่าง ๆ ได้เช่น หนังสือเดินทางบัตรเลือกตั้ง ใบขับขี่ แบบฟอร์มในการสมัครเข้ารับการศึกษาต่อ เป็นต้น<sup>20</sup>

นอกจากนั้น ในบางประเทศจะระบุเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการ โดยจัดอยู่ในกลุ่มของ “เพศที่มีความคลุมเครือหรือไม่แน่นอน (Indeterminate)” ตัวอย่างเช่น

ในประเทศออสเตรเลียอนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถระบุเพศของตนในเอกสารทางราชการ โดยใช้คำว่า X หมายถึง บุคคลที่ไม่สามารถระบุอัตลักษณ์ทางเพศของตนเองได้ว่าเป็นเพศชายหรือหญิง (Indeterminate) ซึ่งในที่นี้รวมถึงบุคคลมีเพศสภาพที่ไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานหรือธรรมเนียมปฏิบัติของสังคมหรือบุคคลข้ามเพศ นอกจากนี้ การระบุคำว่า X ยังหมายถึง บุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) และบุคคลที่ไม่ต้องการระบุเพศ (Unspecified) อีกด้วย ส่วนบุคคลที่เป็นเพศชาย (Male) จะระบุคำว่า M และหากเป็นเพศหญิง (Female) จะระบุคำว่า F

ในขณะที่ประเทศนิวซีแลนด์อนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถระบุเพศของตนในหนังสือเดินทางของตน โดยใช้คำว่า (X) ซึ่งหมายถึงกรณีที่ไม่สามารถระบุอัตลักษณ์ทางเพศได้ (Indeterminate) โดยในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2012 ประเทศนิวซีแลนด์ให้สิทธิดังกล่าวขยายขอบเขตครอบคลุมถึงการระบุเพศในใบขับขี่อีกด้วย<sup>21</sup>

### กรณีบุคคลอินเตอร์เซ็ก

ในประเทศที่ให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศแก่บุคคลอินเตอร์เซ็ก ส่งผลทำให้บุคคลอินเตอร์เซ็กสามารถเปลี่ยนแปลงรายละเอียดเกี่ยวกับเพศในเอกสารทางราชการได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลียได้อนุญาตให้บุคคลอินเตอร์เซ็กสามารถระบุเพศของตนในหนังสือเดินทางโดยใช้คำว่า X ซึ่งหมายถึงบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) ด้วย<sup>22</sup> โดยจะต้องมีเอกสารรับรองแพทย์เพื่อยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็ก<sup>23</sup>

สำหรับการระบุเพศของเด็กที่เป็นอินเตอร์เซ็กในใบสูติบัตร (Birth Certificates) ตามกฎหมายของต่างประเทศ พบว่าในบางประเทศกำหนดให้เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ดำเนินการแจ้ง จดทะเบียนการเกิดของเด็กทันทีเมื่อแรกเกิด แต่อย่างไรก็ดี ยังมีประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปอย่างน้อย 18 ประเทศที่อนุญาตให้มีการเลื่อนการจดทะเบียนในใบสูติบัตรของเด็กที่เป็นอินเตอร์เซ็ก โดยยังไม่มีกการระบุเพศของเด็กใน

<sup>20</sup> United Nations Development Programme (UNDP), Discussion Paper Transgender Health and Human Rights, (New York: United Nations Development Programme, 2013), pp. 26-27.

<sup>21</sup> United Nations Development Programme (UNDP), Ibid, p. 27.

<sup>22</sup> Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender 2013, para. 19.

<sup>23</sup> Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender 2013, para. 24.

ใบสูติบัตรเมื่อแรกเกิด หรือที่เรียกว่าใช้นโยบาย Wait-and-See ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นการหลีกเลี่ยงความสับสนทางเพศและทางร่างกายอันเป็นผลมาจากการผ่าตัดเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการให้โอกาสแก่เด็กได้มีพัฒนาการเจริญเติบโตถึงวัยที่เขาสามารถแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตน และสามารถเลือกได้ว่าเขาต้องการที่จะเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

ในประเทศมอลต้าได้กำหนดให้การระบุเพศของเด็กแรกเกิดที่เป็นอินเตอร์เซ็กจะถูกเลื่อนไปจนกว่าเด็กจะตัดสินใจเลือกอัตลักษณ์ทางเพศของตน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ย่อมมีสิทธิร้องขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลในใบสูติบัตรได้<sup>24</sup>

ในประเทศเยอรมนีและเนเธอร์แลนด์จะมีการเลื่อนจดทะเบียนเพศของเด็กแรกเกิดที่เป็นอินเตอร์เซ็กได้ก็ต่อเมื่อแพทย์นั้นไม่อาจลงความเห็นได้ว่าเด็กแรกเกิดนั้นเป็นเพศใดระหว่างเพศชายหรือเพศหญิง ซึ่งนั่นหมายความว่า เด็กแรกเกิดอาจจะยังไม่ได้รับการระบุเพศในทางกฎหมายจนกว่าจะสามารถเลือกได้ว่าตนเป็นเพศใดในอนาคต<sup>25</sup> เป็นต้น

## (2) การได้รับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ๆ

ผลจากการที่กฎหมายได้ให้การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศแก่บุคคลย่อมทำให้บุคคลเหล่านี้มีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัว รวมทั้งไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของบุคคลที่มีมาก่อนการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของประเทศมอลต้าย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของบุคคลที่มีมาก่อนการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ (1) สิทธิของบุคคล ความสัมพันธ์ และหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นจากการดำรงสถานะของการเป็นบิดามารดาหรือการสมรส (2) สิทธิในการรับมรดกและสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งบุคคลนั้นได้รับมาก่อนการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศ และ (3) บุคคลสิทธิหรือสิทธิทางทรัพย์สินซึ่งบุคคลที่สามได้รับหรือสิทธิพิเศษอื่นใดที่เจ้าหนี้ได้รับมาก่อนหน้าที่บุคคลนั้นได้เปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศ<sup>26</sup>

ตามกฎหมายว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศของของประเทศอาร์เจนตินาได้กำหนดผลในทางกฎหมายของการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติรับรองว่า บุคคลที่ได้ทำการเปลี่ยนแปลงเพศและชื่อแรกในเอกสารแสดงตนแล้วย่อมสามารถใช้สิทธิต่าง ๆ โดยอาศัยเพศสภาพที่กฎหมายให้การรับรอง และไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งมีอยู่ก่อนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลดังกล่าว รวมทั้งไม่ถูกเพิกถอนเรื่องความสัมพันธ์อันศักดิ์สิทธิ์ที่มีอยู่ตามกฎหมายครอบครัว รวมถึงเรื่องการรับบุตรบุญธรรม (Adoption) จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า บุคคลที่ได้รับการรับรองเพศสภาพตาม

<sup>24</sup> Article 8 (1) of Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act No. XI of 2015, as amended by Acts XX of 2015 and LVI of 2016 and XIII of 2018.

<sup>25</sup> Lena Holzer, Op. cit., p. 52.

<sup>26</sup> Article 3(2)(a)(b)(c) of Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act No. XI of 2015, as amended by Acts XX of 2015 and LVI of 2016 and XIII of 2018

กฎหมายฉบับนี้ย่อมสามารถใช้สิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัวได้ ในทางกลับกันกฎหมายฉบับนี้มีได้บังคับให้บุคคลต้องทำการเลือกระหว่างการได้สิทธิในการรับรองเพศสภาพในทางกฎหมายกับการดำรงสถานภาพการสมรสของตน ดังนั้น การหย่าร้างซึ่งเป็นเงื่อนไขของการรับรองเพศสภาพตามกฎหมายในหลายประเทศจึงไม่ถูกนำมาใช้เป็นเงื่อนไขในการรับรองเพศสภาพตามกฎหมายของประเทศอาร์เจนตินาเช่นกัน<sup>27</sup>

### (3) การรักษาความลับส่วนบุคคล

โดยทั่วไปแล้ว ในประเทศที่ให้การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายแก่บุคคลจะมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นส่วนตัวในเรื่องข้อมูลเกี่ยวกับเพศเดิมและการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศในเอกสารทางราชการซึ่งถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องรักษาเป็นความลับ (Confidentiality) ซึ่งการขอข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านี้จะต้องได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลีย<sup>28</sup> ประเทศอาร์เจนตินา<sup>29</sup> และประเทศมอลต้า<sup>30</sup>

สำหรับประเด็นเรื่องการรักษาอัตลักษณ์ทางเพศของ “กลุ่มนอนไบนารี (Non-binary)” ซึ่งหมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศทุกรูปแบบซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของอัตลักษณ์ทางเพศในระบบสองเพศที่แบ่งออกเป็นเพศชายและเพศหญิง โดยอัตลักษณ์ทางเพศเช่นนี้อาจเป็นส่วนผสมระหว่างอัตลักษณ์ของการเป็นเพศชายและเพศหญิง หรืออยู่ระหว่างการมีอัตลักษณ์เป็นชายและหญิงก็ได้ หรืออยู่นอกขอบเขตอัตลักษณ์ทางเพศเช่นนี้ก็ได้อีก โดยทั่วไปมักใช้กับกลุ่มบุคคลข้ามเพศ รวมถึงบุคคลที่นิยามตนเองว่าเป็นนอนไบนารีโดยการมีอัตลักษณ์ทางเพศแบบใดแบบหนึ่งหรือมากกว่านั้นด้วยอัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลาย<sup>31</sup> อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า กลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กอาจไม่ได้อยู่ในกลุ่มบุคคลนอนไบนารีเสมอไป เพราะเหตุว่ากลุ่มบุคคลข้ามเพศหรือบุคคลอินเตอร์เซ็กอาจมีความประสงค์ที่จะนิยามตนเองว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงตามอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันของตน กรณีจึงไม่เป็นธรรมเนียมหากคนกลุ่มนี้ถูกบังคับให้ต้องอยู่ในกลุ่มบุคคลนอนไบนารี<sup>32</sup>

ในทางปฏิบัติพบว่าบางประเทศให้การยอมรับเรื่องการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลนอนไบนารีโดยการระบุเพศ X ในบัตรประชาชน และยังคงไว้ซึ่งการระบุเพศตามกำเนิดในระบบทะเบียนราษฎรของรัฐ ซึ่งหมายความว่า การระบุเพศ X จะปรากฏในบัตรประชาชนรวมถึงหนังสือเดินทาง ในขณะที่เพศกำเนิดของบุคคลเหล่านี้จะยังคงอยู่ในระบบทะเบียนราษฎรของรัฐ ทั้งนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในกฎหมายตามเพศกำเนิด ตัวอย่างเช่น ประเทศมอลต้า และประเทศเดนมาร์ก ซึ่งให้การรับรองว่า

<sup>27</sup> Article 7 of The Gender Identity and Health Comprehensive Care for Transgender People Act 2012.

<sup>28</sup> Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender 2013, para. 38.

<sup>29</sup> Article 9 of The Gender Identity and Health Comprehensive Care for Transgender People Act 2012.

<sup>30</sup> Article 4(6) and (7) of Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act No. XI of 2015, as amended by Acts XX of 2015 and LVI of 2016 and XIII of 2018.

<sup>31</sup> Peter R. Dunne and Stephen Clark, *Comparative Legal Review of Gender Recognition Laws Across the Commonwealth*, (London: Equality & Justice Alliance, 2019), p. 10.

<sup>32</sup> Lena Holzer, Op. cit., p. 4.

บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศโดยระบุ X เพื่อสื่อถึงการเป็นบุคคลนอนไบนารีได้ในบัตรประชาชน รวมถึงหนังสือเดินทางในขณะที่ยังคงรักษาเพศเดิมในใบสูติบัตร ซึ่งหมายความว่าในการเข้ารับบริการบางอย่าง เช่น การรักษาสุขภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับเพศใดเพศหนึ่งเป็นการเฉพาะ การเข้ารับบริการต้องเป็นไปตามเพศกำเนิดเท่านั้น โดยที่เพศ X จะไม่ถูกนำมาใช้ในเรื่องเหล่านี้ นอกจากนี้ การระบุเพศ X ในทางปฏิบัติจะพบว่ามี ความยากลำบากในการเดินทางข้ามแดนระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นว่าปัญหามีได้เกิดจากการระบุตัว X ในเอกสารโดยตัวของมันเอง แต่ขึ้นอยู่กับอำนาจพิจารณาในการเข้าออกของแต่ละประเทศว่าจะกำหนดเงื่อนไข ในการเดินทางเข้าสู่ประเทศของตนอย่างไร ด้วยเหตุนี้ ในประเทศมอลต้าจึงกำหนดให้ประชากรสามารถถือ Passport ได้ 2 เล่มคือ เล่มที่หนึ่งระบุเพศตามเพศกำเนิด และเล่มที่สองคือระบุว่าคุณเป็นบุคคลนอนไบนารี โดยระบุเพศ X นั่นเอง<sup>33</sup>

กล่าวได้ว่า ปัจจุบันยังไม่มีประเทศใดที่ยกเลิกการจดทะเบียนเพศ (Gender Registration) หากแต่ยอมรับในการระบุเพศของบุคคลโดยแบ่งออกเป็นชาย (Male) หญิง (Female) และเพศสำหรับกลุ่มนอนไบนารี (Non-binary) ซึ่งบางประเทศต้องอาศัยเอกสารทางกฎหมายสำหรับการพิสูจน์เพศหรือการประกาศเจตจำนงของ บุคคลนั้น ขณะเดียวกันหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่จัดเก็บข้อมูลทะเบียนราษฎรย่อมต้องมีหน้าที่เก็บข้อมูลเกี่ยวกับเพศสภาพของบุคคลเหล่านี้ด้วย

## 9. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื่องจากองค์การสหประชาชาติได้วางแนวทางว่า รัฐต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรอง สถานภาพทางกฎหมายให้บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศของตนได้โดยการออกใบรับรองสูติบัตรใหม่ รวมทั้ง กำหนดกระบวนการสำหรับการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศในบัตรประชาชน ซึ่งย่อมมีผลเป็นการรับรอง สถานภาพทางกฎหมายตามอัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลนั้นพึงประสงค์ และทำให้บุคคลดังกล่าวมีความสามารถ ในการใช้สิทธิต่าง ๆ บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง เมื่อประเทศไทยในยุคปัจจุบันมี เพียงการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลซึ่งจำแนกตามเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ส่งผลทำให้ บุคคลซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด หรือมีการแสดงออกทางเพศแตกต่างไปจากอัตลักษณ์ ทางเพศของบุคคลนั้น หรือเป็นเพราะบุคคลนั้นมีเพศสรีระมากกว่าหนึ่งแบบ ได้กลายเป็นกลุ่มเป้าหมายจาก การถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในพื้นที่สาธารณะอย่างกว้างขวาง บทความวิจัยเรื่องนี้จึงมีข้อเสนอแนะ แนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลในประเทศไทย ดังนี้

(1) กฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศควรมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของ กลุ่มบุคคลข้ามเพศ (Transgender) กลุ่มบุคคลอินเทอร์เซ็ก (Intersex) และบุคคลนอนไบนารี (Non-binary) ตามหลักการแสดงเจตจำนงของบุคคล (Self-determination)

<sup>33</sup> Lena Holzer, *Ibid.*, pp. 22-23.

(2) หลักการสำคัญของกฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ และสิทธิในสุขภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้รับการรับรองโดยองค์การสหประชาชาติ ได้แก่

(2.1) บุคคลย่อมมีสิทธิในการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย และมีเสรีภาพในการพัฒนาตนเองให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเป็นอยู่ รวมทั้งต้องได้รับการรับรองชื่อตัว ภาพถ่าย และเพศที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนในเอกสารแสดงตน

(2.2) บุคคลทุกคนจะต้องไม่ถูกบังคับให้เข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็วิธีกาผ่าตัดแปลงเพศทั้งหมดหรือบางส่วน รวมถึงการรักษาด้วยวิธีการใช้ฮอร์โมน หรือวิธีการรักษาทางจิตวิทยาหรือทางการแพทย์อื่นใดเพื่อเป็นเงื่อนไขในการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย

(2.3) ห้ามมิให้ทำการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศหรือใช้กระบวนการผ่าตัดในการแทรกแซงลักษณะทางเพศของเด็กอินเทอร์เซ็กจนกว่าบุคคลนั้นจะแสดงความยินยอมได้ด้วยตนเอง และหากเด็กมีความประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศ การให้ความยินยอมจะต้องกระทำโดยผ่านทางผู้แทนโดยชอบธรรม

(2.4) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับคำปรึกษาทางด้านจิตวิทยา และได้รับการสนับสนุนเกี่ยวกับการใช้วิธีทางการแพทย์เพื่อแทรกแซงเพศสภาพโดยนักจิตวิทยาและผู้เชี่ยวชาญอย่างเหมาะสม รวมถึงการวินิจฉัยตามความจำเป็นด้วย

(2.5) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการเข้าถึงและได้รับบริการด้านสุขภาพตามมาตรฐานสูงสุด รวมถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากการเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ทุกประเภท โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งในระบบประกันสุขภาพ

(3) การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศควรมีเงื่อนไขและกำหนดผลในทางกฎหมาย ดังนี้

(3.1) การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายจะต้องกระทำบนพื้นฐานของเจตจำนงของบุคคล (Self-determination) โดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพื่อให้ได้รับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศในทางกฎหมาย และเรียกเอกสารได้ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

(3.2) กฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศไม่ควรกำหนดเงื่อนไขให้บุคคลต้องเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์เพื่อให้ได้รับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย แต่หากบุคคลใดมีความประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ด้วยวิธีการผ่าตัดหรือรักษาด้วยฮอร์โมนเพื่อเปลี่ยนแปลงเพศสภาพก็ย่อมสามารถกระทำได้ โดยการรับรองสิทธิของบุคคลในการเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ต้องเป็นไปตามเจตจำนงของบุคคลนั้นอย่างเหมาะสมและปลอดภัย ซึ่งบุคคลเหล่านี้มีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐเกี่ยวกับเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากการเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ทุกประเภท โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งในระบบประกันสุขภาพของรัฐด้วย

(3.3) กรณีเด็กอินเทอร์เซ็ก ห้ามมิให้ทำการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศหรือใช้กระบวนการผ่าตัดในการแทรกแซงลักษณะทางเพศของเด็กจนกว่าบุคคลนั้นจะแสดงความยินยอมได้ด้วยตนเอง และหากเด็กมีความ

ประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศ การให้ความยินยอมจะต้องกระทำโดยผ่านทางผู้แทนโดยชอบธรรม

(3.4) ผลของการจดทะเบียนรับรองอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ บุคคลนั้นสามารถขอเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพศและชื่อตัวในใบสูติบัตร รวมถึงข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร มีสิทธิใช้คำนำนามที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน ตลอดจนมีสิทธิและหน้าที่ตามอัตลักษณ์ทางเพศนั้น ทั้งนี้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศย่อมไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง ระบุ หรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายของบุคคลที่มีอยู่ก่อนการเปลี่ยนแปลงข้อมูล นอกจากนี้ ภายหลังจากที่มีการยื่นคำขอเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพศไปแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิยื่นคำขอเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพศและชื่อตัวในใบสูติบัตร รวมถึงข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎรใหม่ได้โดยอาศัยคำสั่งจากศาล ทั้งนี้ด้วยความช่วยเหลือจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด และประการสุดท้ายต้องกำหนดให้ข้อมูลเกี่ยวกับเพศและชื่อตัวบุคคลในใบสูติบัตร รวมถึงข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร เป็นส่วนหนึ่งของข้อมูลส่วนบุคคลและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

(4) กฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศควรกำหนดมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติและการส่งเสริมความเสมอภาคแก่บุคคลบนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ การกำหนดห้ามมิให้กำหนดมาตรการหรือดำเนินการใด ๆ ที่มีผลต่อการจำกัดหรือควบคุมการใช้สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล หรือลดทอนคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพราะเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับเดียวในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศของบุคคล เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ และให้ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” รูปแบบหนึ่งตามกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศด้วย นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ควรกำหนดให้มีผลใช้บังคับกับหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน โดยหน่วยงานภาครัฐและเอกชนมีหน้าที่ต้องเตรียมความพร้อมเพื่อปฏิบัติการตามร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว เช่น การเตรียมจัดทำแบบฟอร์มต่าง ๆ รวมถึงการจัดบันทึกหรือจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลในบัตรประจำประชาชนและเอกสารทางราชการจะต้องมีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับมาตรฐานใหม่ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งจะต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ด้วย

### บรรณานุกรม

- ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล) (2551). *หลักการยกยอการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ*. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- อารยา สุขสม (2559). สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย, (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).
- อารยา สุขสม. (2563). *คู่มือปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558*, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP).
- Committee on Economic Social and Cultural Rights, Concluding observations on Germany, E/C.12/DEU/CO/5, 20 May 2011.
- Dunne, Peter R., and Clark, Stephen. (2019). *Comparative Legal Review of Gender Recognition Laws Across the Commonwealth*. London: Equality & Justice Alliance.
- Holzer, Lena. (2018). Non-Binary gender registration models in Europe report on third gender marker or no gender marker options. ILGA Europe.
- Human Rights Committee. *Concluding observations on Ireland*. CCPR/C/IRL /CO/3, 30 July 2008.
- Human Rights Council. *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*. A/HRC/19/41, 17 November 2011.
- International Commission of Jurists. (2009). *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 4*. Geneva: International Commission of Jurists.
- Report of the Special Rapporteur on violence against women. *its causes and consequences. Addendum: Mission to Kyrgyzstan*. A/HRC/14/22/Add.2, 28 May 2010.
- Richardson, Diane. (2000). Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights. *Critical Social Policy*, 20(1), 105-135.
- Shaman, Jeffrey. M. (2008). *Equality and Liberty in the golden age of state constitutional law*. New York: Oxford University Press.
- The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007)

The Yogyakarta Principles plus 10: *Addition principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles.* (2017)

United Nations Development Programme (UNDP) (2013). *Discussion Paper Transgender Health and Human Rights.* New York: United Nations Development Programme.

World Health Organization. (2018). ICD-11 Conditions related to sexual health (17).

# สถานการณ์การเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทยและข้อเสนอแนะ<sup>1</sup>

## A Study on Accessing to Health Guarantee of Non-Thai People and Recommendation

ดร.ณิ ไพศาลพานิชย์กุล<sup>2</sup>

Darunee Paisanpanichkul

(Received: October 27, 2022, Revised: December 21, 2022, Accepted: December 21, 2022)

### บทคัดย่อ

แม้ว่าประเทศไทยจะมีนโยบายที่เปิดให้คนไม่มีสัญชาติไทยเข้าถึงหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าได้ (Universal Health Coverage: UHC) รวมถึงมีนโยบายขยายหลักประกันสุขภาพให้คนไม่มีสัญชาติไทย แต่ผลการศึกษาวิจัยพบว่ามีคนที่ตกหล่นระบบหลักประกันสุขภาพดังกล่าวอยู่ และมีข้อเสนอ เติมนโยบายว่า ควรมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรับรองสิทธิในการเข้าถึงหลักประกันสุขภาพให้แก่บุคคลโดยไม่เลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งสัญชาติ การเข้าเมืองฯ รวมถึงมีช่องทางให้บุคคลสามารถซื้อหลักประกันสุขภาพได้ โดยราคาสำหรับการเข้าถึง UHC ควรพิจารณาจาก “จุดเกาะเกี่ยว (genuine link) ของบุคคลกับประเทศไทย งานวิจัยได้เสนอหนทางไปสู่เป้าหมายดังกล่าวไว้สามแนวทางคือ แนวทางที่หนึ่ง จะมีสองกองทุนที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ยึดโยงหลักประกันสุขภาพในการทำงานกับกองทุนประกันสังคม ส่วนประกันสุขภาพที่ไม่เกี่ยวกับการทำงานเป็นอำนาจหน้าที่รับผิดชอบของกองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข เรียกว่า “กองทุนหลักประกันสุขภาพสำหรับคน ไม่มีสัญชาติไทย” และต้องมีกฎหมายรองรับอำนาจ แนวทางที่สอง กองทุนประกันสังคมถ่ายโอนภารกิจมายัง “กองทุนหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทย” ให้อยู่ในความดูแลของกองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ เพื่อเป็นการเสริมความเข้มแข็งของการคลังสุขภาพให้มีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น และแนวทางที่สาม สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) เป็นผู้ดูแลกองทุนหลักประกันสุขภาพทั้งสำหรับคนสัญชาติไทยและคนไม่มีสัญชาติไทย โดยให้มีกฎหมายรับรองอำนาจหน้าที่

**คำสำคัญ :** หลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทย, คนไร้รัฐไร้สัญชาติ, ผู้ลี้ภัย

<sup>1</sup> บทความนี้สรุปจากงานวิจัยหัวข้อ “สถานการณ์การเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทยและข้อเสนอแนะ (A Study on Accessing to Health Guarantee of Non-Thai People and Recommendation)” ซึ่งได้รับการอุดหนุนการวิจัยจาก มูลนิธิมูลนิธิศูนย์คุ้มครองสิทธิงานแอดดส์ พ.ศ. 2565 ขอขอบคุณกรรณ วัฒนภูมิ นักวิชาการอิสระ และ ผศ.กิตติวิโรฒา รัตนมณี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์ ที่มีส่วนร่วมในการค้นคว้าข้อมูลในงานวิจัยนี้

<sup>2</sup> ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200, อีเมล: liu.darunee@gmail.com

Assistant Professor, Faculty of Law, Chiang Mai University), Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai, Thailand, 50200 E-mail: liu.darunee@gmail.com

## Abstract

Even though Thailand allows non-Thai nationals could access to Universal Health Coverage (UHC) and requirements to purchase paid health insurance schemes and sell self-paying health insurance for non-Thai nationals. There are several groups of populations excluded from the health insurance systems. This research paper has policy recommendations as follows. First, ensure access to health insurance by act-level legislation. This access should not be discriminated against by nationalities, Immigration statuses, etc. A specific law and channels should be enabled any person to purchase a health insurance scheme. The cost of contribution for UHC should be considered from an individual's genuine link with Thailand. A person should be able to access services without concern about affordability or financial protection. The research presented three options. The first option is the healthcare fund for non-Thai nationals. The funds should be in a health insurance system or the Social Security Fund for a work-related scheme. It is recommended that the non-work-related insurance scheme should be within the responsibility of the Division of Health Economics and Security, under the Minister of Public Health. The non-work-related funds should be consolidated into a single "Fund for the Non-Thai Health Insurance System" for the stability of the health financing system. The second approach is transferring the Social Security Fund to the "Fund for the Non-Thai Health Insurance System" under the supervision Division of Health Economics and Security, Ministry of Health. This approach can strengthen and stabilize the health finances. The third approach is delegating the National Health Security Office as a custodian of the health insurance fund for Thai nationals and non-Thai nationals and enacting new legislation at the act level to vest NHSO with the mandate to provide health insurance for non-Thai nationals.

**Keywords:** Health guarantee for Non-Thai, Undocumented Stateless person, Refugee

## 1. บทนำ (Introduction)

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีพรมแดนติดต่อกับประเทศเพื่อนบ้านส่งผลให้ประเทศไทยเป็นทั้งประเทศต้นทาง ทางผ่านและปลายทางของการโยกย้ายถิ่นฐาน ไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาเพื่อหางานทำ ซึ่งมีทั้งวัยทำงาน เด็กและผู้ติดตาม ผู้ลี้ภัย รวมถึงกลุ่มผู้มีปัญหาสถานะด้านสิทธิ ต่างพำนักอาศัยอยู่ในประเทศไทยทั้งที่มีเอกสารถูกต้องและไม่ถูกต้อง ส่งผลให้คนกลุ่มดังกล่าวไม่ได้รับการส่งเสริมสุขภาพ ป้องกันโรค มีโอกาสติดเชื้อเจ็บป่วยและเสียชีวิตสูง และด้วยขั้นตอนที่มีความยุ่งยาก ไม่สอดคล้องกับวิถีชีวิตและการทำมาหากินของพวกเขา

ทำให้เวลาเจ็บป่วยต้องออกเงินค่ารักษาและค่ายาเอง แม้ตลอดเวลาหลายปีประเทศไทยโดยความพยายามจากหลายฝ่ายหลายหน่วยงานได้มีนโยบายด้านการจัดการบริหารกลุ่มประชากรดังกล่าว แต่ยังคงขาดประสิทธิภาพขาดความต่อเนื่อง ทำให้หลายคนเข้าไม่ถึงสิทธิด้านสุขภาพ (The rights in respect of health) นอกจากนี้ยังเป็นสิทธิที่จะได้รับบริการด้านการแพทย์และสาธารณสุข (The rights to health care) แล้ว ยังรวมถึงสิทธิที่จะมีสุขภาพที่ดี (The rights to health) ซึ่งเป็นสุขภาพตามนิยามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติฯ อีกทั้งยังเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องถึงสิทธิมนุษยชน (Human rights) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ จึงเป็นที่มาของการศึกษาวิจัยในหัวข้อ “สถานการณ์การเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทยและข้อเสนอแนะ”

**วัตถุประสงค์ (Objective) มุ่งผลที่คาดว่าจะได้รับ (Outcome)** ในสามประการคือ (1) เพื่อศึกษาสภาพปัญหา อุปสรรคในการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพของบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทยในประเทศไทย (2) ทบทวนแนวคิดการจัดบริการด้านสุขภาพของบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย และกฎหมายนโยบายที่เกี่ยวข้อง และ (3) เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายหลักประกันสุขภาพของบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทย

**ระเบียบวิธีการวิจัย (Methodology)** นั้นเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) การจัดประชุมกลุ่มย่อยเพื่อรับฟังสถานการณ์ปัญหาจากกลุ่มผู้ให้บริการ (สถานพยาบาล) และกลุ่มผู้ใช้บริการโดยรับฟังข้อมูลจากผู้ปฏิบัติงานในภาคประชาสังคม และองค์กรพัฒนาเอกชนที่ทำงานสนับสนุนคนไม่มีสัญชาติไทย กลุ่มต่าง ๆ อาทิ ผู้ลี้ภัย แรงงานข้ามชาติ คนไร้รัฐคนไร้สัญชาติ กลุ่มชาติพันธุ์กลุ่มต่าง ๆ ในประเทศไทยผ่านระบบ zoom เนื่องจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโควิด-19 โดยมีขอบเขตการศึกษาคือ มุ่งสังเคราะห์วิเคราะห์กฎหมายนโยบาย และสถานการณ์ปัญหาในทางปฏิบัติในการเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทย

## 2. ข้อค้นพบโดยสรุป (Results)

### 2.1 ความหมาย

โดยทั่วไปคนต่างด้าวหมายถึงคนไม่มีสัญชาติไทย ส่วนคนไร้รัฐนั้นหมายถึงบุคคลที่ไม่มีเอกสารแสดงตนของรัฐไทยหรือรัฐใดเลย (Undocumented person) หากว่าไม่มีสัญชาติไทยหรือสัญชาติใดของรัฐใดในโลกก็就会被พิจารณาว่าเป็นคนไร้สัญชาติ (Stateless Children) และหากว่าบุคคลไร้สัญชาตินั้นไม่มีเอกสารแสดงตน (Identification paper) ของรัฐไทยหรือรัฐใดเลยก็就会被พิจารณาว่าเป็นเด็กไร้สัญชาติที่ไร้เอกสารแสดงตน (Undocumented Stateless Children) และจะถูกกฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>3</sup>

<sup>3</sup> ดูเพิ่มเติมที่ ดร.ณิ ไพศาลพาณิชย์กุล, ชุตติ งามอุรเลิศ, ลินหอม สายฟ้า และสรินยา กิจประยูร, *Nationality Procedures in Thailand: Bottlenecks Analysis and Recommendations in Addressing Implementation Challenges* (รายงานผลการวิจัย), (United Nations High Commissioner for Refugees-Thailand, 2561), น. 1-10. หรือ ดร.ณิ ไพศาลพาณิชย์กุล, หลังข้ามเส้นพรมแดนสถานะตามกฎหมายของคนย้ายถิ่น (กรณีชนกลุ่มน้อย), *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, 9 (2) (กรกฎาคม-ธันวาคม 2559), น. 170-204. และดร.ณิ ไพศาลพาณิชย์กุล, ในปีที่ 47 ของพลเมืองโดยหลักดินแดนที่ถูกทำให้เป็นอื่น, *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, 12 (2) (กรกฎาคม-ธันวาคม 2562), น. 57-175.

## 2.2 แนวคิดการจัดการบริการด้านสุขภาพและหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทย

หากพิจารณาถึงเป้าหมายของงานสาธารณสุขในบริบทของประชาคมระหว่างประเทศนั้น สุขภาพถ้วนหน้าหรือหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า (Universal Health Coverage: UHC) คือกลไกสำคัญของการบรรลุเป้าหมายของสุขภาพที่ดีสำหรับทุกคน (Health for All) ซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของทุกคน ซึ่งปรากฏในธรรมนูญองค์การอนามัยโลกฉบับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946/2489<sup>4</sup> ต่อมาปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Declaration of Human Rights: UDHR) ได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวไว้ในข้อ 25 รวมถึงในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR) ข้อ 12 องค์การอนามัยโลก ให้นิยาม UHC ว่าหมายถึง “การที่ ‘ทุกคน’ ใน ‘ทุกชุมชน’ สามารถเข้าถึง (access) และได้รับ (receive) บริการสุขภาพที่ครอบคลุมทุกบริการที่จำเป็นและมีคุณภาพได้ในยามที่ต้องการ ไม่ว่าจะเมื่อไรหรือที่ไหนก็ตามตลอด ‘ช่วงชีวิต’ โดยที่ความยากลำบากเรื่องเงินทองต้องไม่เป็นอุปสรรคขัดขวางการเข้าถึงและได้รับบริการสุขภาพ ไม่เพียงแต่คนยากจนเท่านั้น คนที่ร่ำรวยเมื่อต้องใช้จ่ายไปกับการรักษาโรคที่เรื้อรังหรือร้ายแรงก็อาจเผชิญกับความยากลำบากทางการเงินได้ในท้ายที่สุดไม่แตกต่างกัน”<sup>5</sup> องค์การอนามัยโลกยังระบุอีกด้วยว่าความสมบูรณ์ของหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้านั้นเปรียบเสมือนลูกบาศก์ (UHC Cube) ที่แสดงมิติความครอบคลุมของการประกันสุขภาพใน 3 ด้านคือ (1) ความครอบคลุมประชากรผู้มีสิทธิ (population coverage) (2) ความครอบคลุมบริการสุขภาพ (service coverage) และ (3) ความครอบคลุมการป้องกันภาวะความเสี่ยงทางการเงิน (financial protection)<sup>6</sup> นอกจากนี้ มีการผลักดันให้ “ประชาชนมีสุขภาพที่ดี” เป็นหนึ่งในเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals–SDGs ซึ่งอยู่ในเป้าหมายที่ 3: SDG Goal 3)<sup>7</sup> โดยประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกที่รับรองวาระ SDGs นอกจากนี้้องค์การอนามัยโลกให้ความเห็นว่าการเพิ่มสมรรถนะของระบบสุขภาพ (Health systems strengthening) จะเป็นยุทธศาสตร์ที่สำคัญในการบรรลุเป้าหมาย UHC (ค.ศ. 2017/พ.ศ. 2560)<sup>8</sup>

<sup>4</sup> World Health Organization, *WHO Constitution*, Retrieved April 5, 2020, from [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)

<sup>5</sup> World Health Organization, *Universal Health Coverage (UHC)*, Retrieved April 5, 2020, from [https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

<sup>6</sup> WHO Report 2010, *Health System Financing*, Retrieved April 5, 2020, from [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44371/9789241564021\\_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44371/9789241564021_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>7</sup> Goal 3: Ensure Healthy lives and promote wellbeing for all at all ages. Target 3.8 : Achieve *universal health coverage*, including financial risk protection, access to quality essential health-care services and access to safe, effective, quality, and affordable essential medicines and vaccines for all, see Sustainable Development Goals, *SDG Indicators*, Retrieved April 5, 2020, from <https://unstats.un.org/sdgs/metadata/?Text=&Goal=3&Target=3.8>

<sup>8</sup> World Health Organization and World Bank, *Health systems for universal health coverage—a joint vision for healthy lives, UHC2030*, Retrieved April 5, 2020, from [https://www.uhc2030.org/fileadmin/uploads/uhc2030/Documents/About\\_UHC2030/mgt\\_arrangemts\\_\\_\\_docs/UHC2030\\_Official\\_documents/UHC2030\\_vision\\_paper\\_WEB2.pdf](https://www.uhc2030.org/fileadmin/uploads/uhc2030/Documents/About_UHC2030/mgt_arrangemts___docs/UHC2030_Official_documents/UHC2030_vision_paper_WEB2.pdf)

### 2.3 การดำเนินงานที่ผ่านมาของประเทศไทย

จากผลการศึกษาสามารถลำดับเวลาได้เป็นดังนี้ เริ่มจากการดำเนินโครงการสวัสดิการประชาชนด้านการรักษาพยาบาลสำหรับผู้มีรายได้น้อย (สปร. หรือ Low Income Card Scheme) เพื่อให้ผู้มีรายได้น้อยเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของกระทรวงสาธารณสุขโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และต่อมาได้ขยายครอบคลุมไปยังกลุ่มผู้สูงอายุ ผู้พิการ และเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี (กล่าวได้ว่าเป็นการจัดหลักประกันสุขภาพสำหรับคนเปราะบาง) ในปี พ.ศ. 2518 ต่อมามีการดำเนินโครงการสวัสดิการรักษายาบาลข้าราชการ (Civil Servant Medical Benefit Scheme: CSMBS) สำหรับข้าราชการ ลูกจ้างประจำและครอบครัว รวมถึงบิดามารดา คู่สมรสและบุตรที่อายุต่ำกว่า 18 ปี (กล่าวได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของความเหลื่อมล้ำเชิงระบบ) ในปี พ.ศ. 2523 และในปี พ.ศ. 2526 เกิดโครงการบัตรประกันสุขภาพภาคสมัครใจ ซึ่งคนไม่มีสัญชาติไทยสามารถซื้อหลักประกันสุขภาพได้ ในราคา 500 บาท/ครัวเรือนต่อปี ครอบคลุมสมาชิกไม่เกิน 5 คน<sup>9</sup> (กล่าวได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทย แต่ไม่ถ้วนหน้า) ต่อมาในปี พ.ศ. 2533 เกิดหลักประกันสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน (ประกันสังคม/Social Security Scheme: SSS) และในปี พ.ศ. 2544 ได้เกิดนโยบาย “30 บาทรักษาทุกโรค” หรือหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (Universal Coverage Scheme) ครอบคลุมสมาชิกโครงการ สปร. และบัตรประกันสุขภาพ (กล่าวได้ว่าเป็นหมุดหมายสำคัญของหลักประกันสุขภาพในประเทศไทย) และมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 กฎหมายหลักประกันสุขภาพแห่งชาติในปีถัดมา โดยระบุหลักการว่าเป็น “การสร้างหลักประกันให้กับคนทุกคนให้สามารถเข้าถึงบริการด้านสุขภาพได้ตามความจำเป็น และไม่ล้มละลายจากการเจ็บป่วย ด้วยบริการที่มีคุณภาพ มาตรฐาน ประชาชนและผู้ให้บริการมีความพึงพอใจ โดยคำนึงถึงเกียรติ ศักดิ์ศรีของทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน”<sup>10</sup> โดยไม่เลือกปฏิบัติว่าผู้ใช้บริการจะมีสัญชาติไทยหรือไม่ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2546 จึงมีการตีความว่า “หลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าสำหรับคนสัญชาติไทยเท่านั้น” โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>11</sup>

การตีความดังกล่าว ส่งผลให้คนไม่มีสัญชาติไทยโดยเฉพาะกลุ่มคนไร้รัฐไร้สัญชาติหรือผู้มีปัญหาสถานะบุคคลไม่สามารถเข้าถึงหลักประกันสุขภาพได้ ต่อมาด้วยความร่วมมือของภาควิชาการ ภาคประชาสังคมและหน่วยงานสาธารณสุขชายแดน รวมถึงแพทย์ชนบท ได้ร่วมกันขับเคลื่อนความเข้าใจกับรัฐบาล จนนำไปสู่ “หลักประกันสุขภาพ ท.99” หรือ “การให้สิทธิ (คืนสิทธิ) ขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขกับบุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิ” ซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2553 และมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 20 เมษายน พ.ศ. 2558 (กรณีของแรงงานข้ามชาติ สามารถเข้าถึงหลักประกันสุขภาพได้เช่นกัน แต่

<sup>9</sup> ชุดสิทธิประโยชน์คล้าย สปร. ข้อมูลจาก สปสช. ระบุว่า ผู้ซื้อบัตรประกันสุขภาพนี้ส่วนมากเป็นผู้ที่มีความต้องการใช้บริการสุขภาพ เช่น ผู้ตั้งครรภ์ ผู้ป่วยโรคเรื้อรัง มีอัตราการใช้บริการสูง ผู้ที่มีสุขภาพดี ไม่ป่วย มักไม่ซื้อ กระทรวงสาธารณสุขจึงร่วมอุดหนุนงบประมาณ 500 บาท/บัตรประกันสุขภาพ เพื่อเป็นแรงจูงใจให้ประชาชนซื้อ, กองยุทธศาสตร์และแผนงาน สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, *การสาธารณสุขไทย พ.ศ. 2559-2560* (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด แสงจันทร์การพิมพ์, 2562), น. 24.

<sup>10</sup> กองยุทธศาสตร์และแผนงาน สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, เรื่องเดียวกัน, น. 207.

<sup>11</sup> ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 1449/2556 เห็นว่า “..การจะนำมาตรา 38 (14) และมาตรา 26 (14) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ไปใช้กับบุคคลอื่นที่ไม่มีสัญชาติไทยย่อมกระทำมิได้ ...”

จะต้องซื้อเอง<sup>12</sup>) และมีการขายหลักประกันสุขภาพให้กับคนต่างด้าวที่ขอรับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) รหัส O-A (ระยะเวลา 1 ปี) และขยายหลักประกันสุขภาพให้ครอบคลุมไปถึงผู้ต้องขังที่มีปัญหาสถานะบุคคลและต่างด้าวในเรือนจำ ซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 25 พฤษภาคม พ.ศ. 2564

งานวิจัยมีข้อสังเกตว่า การเข้าถึงการสาธารณสุขของผู้ที่ไม่ได้อยู่ในระบบประกันสุขภาพ จะเป็นการเข้าถึงการรักษาพยาบาลและฟื้นฟู แต่สำหรับระบบประกันสุขภาพนั้น ผู้ประกันจะได้รับสิทธิประโยชน์ในการประกันสุขภาพครอบคลุม 4 ด้านคือ หนึ่ง-การรักษาพยาบาลและฟื้นฟูสภาพทั่วไป สอง-การส่งเสริมสุขภาพ สาม-การเฝ้าระวังโรค และสี่-การป้องกันและควบคุมโรค<sup>13</sup> ในกรณีของคนไม่มีสัญชาติไทยที่อาจนำพาโรคที่ไม่ใช่โรคประจำถิ่นเข้ามาในประเทศไทยได้ หากเปิดโอกาสให้คนกลุ่มนี้สามารถเข้าถึงระบบประกันสุขภาพได้ จะส่งผลดีต่อการทำงานเชิงรุกของเจ้าหน้าที่สาธารณสุข รวมถึงการส่งเสริมสุขภาพ เฝ้าระวัง ป้องกันและควบคุมโรคอย่างทั่วถึง

#### 2.4 ประเภทกองทุนหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทยและหน่วยงานที่รับผิดชอบ

งานวิจัยพบว่าในปัจจุบันมีสี่กองทุนในสามหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กองทุนแรก-กองทุนประกันสังคมสำหรับลูกจ้างไม่มีสัญชาติไทย ดูแลโดยสำนักงานประกันสังคม กระทรวงแรงงาน โดยการประกันสังคมของลูกจ้างที่ไม่มีสัญชาติไทยจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อลูกจ้างดังกล่าวเข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายมีใบอนุญาต<sup>14</sup> อาจมีนายจ้าง<sup>15</sup> หรือไม่มีนายจ้าง<sup>16</sup> โดยต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมในอัตราเดียวกับลูกจ้างสัญชาติไทยและได้รับสิทธิประโยชน์ 7 กรณี (ประโยชน์ทดแทนกรณีเจ็บป่วย คลอดบุตร สงเคราะห์บุตร วางงาน ทูพพลภาพ เสียชีวิต ชราภาพ) และหากลูกจ้างประสบอันตราย เจ็บป่วย ถึงแก่ความตายหรือสูญหายเนื่องจากการทำงานก็จะสามารถเข้าถึงการเยียวยาผ่านกองทุนเงินทดแทนเช่นเดียวกับคนสัญชาติไทย

กล่าวได้ว่า สถานะการเข้าเมืองถูกกฎหมาย รวมถึงการมีใบอนุญาตทำงานเป็นเงื่อนไขสำคัญในการเข้าถึงสถานะผู้ประกันตนตามกองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทน (โดยยังไม่ไปถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้าง) นั้นหมายความว่า การเข้าถึงหลักประกันทางสุขภาพและหลักประกันทางสังคมภายใต้ระบบกองทุนประกันสังคม ไม่นับรวมลูกจ้างไม่มีสัญชาติไทยบางกลุ่ม ในกิจการอื่นที่ได้รับการยกเว้น<sup>17</sup> ได้แก่ ลูกจ้างของ

<sup>12</sup> ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องการตรวจสุขภาพและประกันสุขภาพคนต่างด้าว พ.ศ. 2556, พ.ศ. 2557 และพ.ศ. 2558

<sup>13</sup> กองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, รายงานผลการดำเนินงานประกันสุขภาพของประชากรต่างด้าว ปีงบประมาณ 2562-2563, สืบค้นวันที่ 10 เมษายน 2565, จาก <https://moph.cc/WL3Ai-h6L>

<sup>14</sup> ใบอนุญาตทำงานตามลักษณะประเภทงานที่ไม่ต้องห้าม หรือสามารถทำได้ตาม พ.ร.ก.การบริหารจัดการการทำงานคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

<sup>15</sup> กรณีมีนายจ้าง นายจ้างจะต้องแจ้งขึ้นทะเบียนลูกจ้างเป็นผู้ประกันตน เพื่อเข้าสู่กระบวนการจ่ายเงินสมทบครบ 3 ฝ่าย (มาตรา 33 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533)

<sup>16</sup> กรณีไม่มีนายจ้างก็สามารถเป็นผู้ประกันตนเอง ตามมาตรา 39 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

<sup>17</sup> ประกันสังคม ไม่ใช้บังคับกับกิจการหรือลูกจ้างอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ตามมาตรา 4 (2) พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

กิจการเพาะปลูก ประมง ป่าไม้ และเลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีได้ใช้ลูกจ้างตลอดปีและไม่มีงานลักษณะอื่นรวมอยู่ด้วย, ลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราวเป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล (การจ้างงานชายแดน)<sup>18</sup> กรณีลูกจ้างของนายจ้างที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งงานที่ลูกจ้างทำนั้นมีได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย และลูกจ้างของนายจ้างซึ่งประกอบการค้าหรือการค้าแฝงลอย<sup>19</sup> รวมถึงยังขาดความชัดเจนสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทยที่อยู่ระหว่างรอการเนรเทศ หรือรอการส่งกลับ<sup>20</sup> กรณีกลุ่มผู้ลี้ภัยในเมือง ผู้แสวงหาที่พักพิง ยังมีคำถามว่าจะสามารถเข้าถึงกองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทนได้หรือไม่ นอกจากนี้ลูกจ้างทำงานบ้าน หากบาดเจ็บจากการทำงาน ก็ไม่สามารถเข้าถึงการเยียวยาของกองทุนเงินทดแทน รวมถึงกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานไม่ครอบคลุมถึงลูกจ้างในภาคเกษตร ฯลฯ หรือได้เกิดช่องว่างในระดับกฎหมายนโยบาย อนึ่ง ต้องไม่ลืมว่าสถานะการเข้าเมืองของลูกจ้างไม่มีสัญชาติไทย ไม่มีผลต่อการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน<sup>21</sup>

**กองทุนที่สองและกองทุนที่สาม อยู่ในความรับผิดชอบของกองเศรษฐกิจและประกันสุขภาพ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข ได้แก่ กองทุน ท.99 และกองทุนสุขภาพคนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าวที่อยู่นอกระบบประกันสังคม แยกพิจารณาได้ดังนี้**

ผู้ทรงสิทธิในกองทุน ท.99 ได้แก่ บุคคลที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดเลขประจำตัวสิบสามหลัก และคณะรัฐมนตรีอนุมัติในหลักการให้สิทธิขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุข 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่คณะรัฐมนตรีรับรองสถานะให้อยู่อาศัยถาวรในประเทศไทย หรือกลุ่มที่มีเลขประจำตัว 13 หลัก ขึ้นต้นด้วยเลข 3, 4, 5, 8 และกลุ่มที่ได้รับการผ่อนผันให้อยู่ชั่วคราวเพื่อรอกระบวนการแก้ปัญหา ได้แก่ กลุ่มคนไร้สัญชาติที่ถือเอกสาร “คนไม่มีสัญชาติไทย” (เลขประจำตัวสิบสามหลักขึ้นต้นด้วยเลข 6, 7 เลขหลักที่หกและหลักที่เจ็ดเป็นเลข 50-72) และกลุ่มคนที่ได้รับการสำรวจและจัดทำทะเบียนประวัติบุคคลที่ไม่มีสถานะทางทะเบียน ตามยุทธศาสตร์การจัดการปัญหาสถานะและสิทธิของบุคคล ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2548 (เลขประจำตัวขึ้นต้นด้วยเลข 0 และหลักที่หกหลักที่เจ็ดเป็น 89 หรือกลุ่ม 0-89) ประกอบไปด้วย กลุ่มนักเรียนในสถานศึกษาในประเทศไทย กลุ่มคนไร้รากเหง้า และกลุ่มคนที่ทำคุณประโยชน์ให้กับประเทศไทย โดยชุดสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับคือ การรักษาพยาบาล การส่งเสริมสุขภาพ การเฝ้าระวัง ป้องกันโรคและควบคุมโรค<sup>22</sup>

<sup>18</sup> ลูกจ้างที่ทำงานในช่วงระยะเวลา หรือตามฤดูกาล ตามมาตรา 64 พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

<sup>19</sup> มาตรา 4 พระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และ พ.ศ. 2545

<sup>20</sup> พระราชกฤษฎีกาการบริหารจัดการการทำงานคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวตามมาตรา 63 สามารถทำงานได้ โดยคณะรัฐมนตรีต้องกำหนดประเภทงาน แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่มีกำหนด ได้แก่ (1) คนต่างด้าวถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศและได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ และ (2) เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง แต่ได้รับอนุญาตให้พักอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง อันมิใช่เป็นกรณีตามมาตรา 63/2

<sup>21</sup> อาทิ ค่าแรงขั้นต่ำ เวลาทำงาน ค่าล่วงเวลา วันหยุด ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 241, การได้รับความคุ้มครองจากการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518

<sup>22</sup> กองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, *แนวทางการดำเนินงานกองทุนประกันสุขภาพบุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิ ปีงบประมาณ 2564*, น. 9-11.

ส่วนกองทุนประกันสุขภาพคนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าว กระทรวงสาธารณสุข โดยผู้ทรงสิทธิได้แก่ คนสองกลุ่มต่อไป<sup>23</sup> คือ (1) แรงงานต่างด้าวสัญชาติเมียนมา ลาว กัมพูชาและเวียดนามที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยเป็นการชั่วคราว และได้รับอนุญาตให้สามารถทำงานได้ชั่วคราว แต่เป็นลูกจ้างดังกล่าวไม่ได้อยู่ในระบบประกันสังคม หรือเป็นกรณีที่นายจ้างแจ้งเข้าเป็นผู้ประกันตนแล้วแต่อยู่ระหว่างรอสิทธิ (2) ผู้ติดตามแรงงานอายุไม่เกิน 18 ปี ที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ชั่วคราวในประเทศไทย (3) คนต่างด้าวที่อยู่ในระบบการจ้างงานที่ไม่เป็นทางการ 4 สัญชาติ (เมียนมา ลาว กัมพูชา เวียดนาม) และ (4) คนต่างด้าวทั่วไป ได้แก่ คนไร้สัญชาติที่รอการพิสูจน์และยังไม่ได้รับเงินอุดหนุนการจัดบริการสาธารณสุข และคนต่างด้าวที่ถูกจำหน่ายออกจากระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ชุดสิทธิประโยชน์จะประกอบไปด้วย การรักษาพยาบาล การส่งเสริมสุขภาพ การเฝ้าระวัง ป้องกันโรคและควบคุมโรค

และกองทุนที่สี่-กองทุนเพื่อการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ ซึ่งอยู่ในความดูแลของสำนักปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดยเป็นกองทุนสำหรับการรักษาพยาบาลแก่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์และผู้เสียหายจากการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ<sup>24</sup>

## 2.5 กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

ต้องกล่าวย้าด้วยว่าสิทธิในสุขภาพ (Rights to health) เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ และประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพ (respect) คุ้มครอง (protect) และทำให้เป็นจริง (fulfill) ปรากฏตามข้อ 25 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อ 12 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights-ICESCR)

คณะกรรมการประจำสนธิสัญญา ESCR (Committee on ESCRs) ได้มีความเห็นทั่วไป ลำดับที่ 14 (General Comment no.14) เรื่องสิทธิในทางสาธารณสุข โดยในย่อหน้าที่ 8 ได้ระบุว่า “สิทธินั้นรวมถึงสิทธิในระบบของการคุ้มครองทางสาธารณสุขซึ่งให้โอกาสบุคคลอย่างเสมอภาคในการที่จะมีสุขภาพตามมาตรฐานสูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้” และความเห็นทั่วไป ลำดับที่ 20 ได้กล่าวถึงการไม่เลือกปฏิบัติทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม นอกจากนี้ยังมีความเห็นว่า “เหตุผลเรื่องสัญชาติไม่ควรเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงสิทธิตามกติกานี้ เช่น เด็กทุกคนที่อยู่ในรัฐ รวมถึงคนที่ไม่ใช่พลเมืองเลย เขาเหล่านี้มีสิทธิที่จะได้รับสิทธิทางการศึกษา และเข้าถึงอาหารที่เพียงพอและบริการสาธารณสุขที่สามารถมีได้ สิทธิในกติกานี้ใช้สำหรับทุกคน รวมถึงบุคคลที่ไม่ใช่คนชาตินั้น เช่น ผู้ลี้ภัย ผู้แสวงหาการลี้ภัย คนไร้รัฐ แรงงานข้ามชาติ และเหยื่อจากการค้ามนุษย์ระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย และเอกสารประจำตัว”<sup>25</sup> การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐภาคีตาม

<sup>23</sup> กระทรวงสาธารณสุข, คู่มือการดำเนินงานประกันสุขภาพคนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าว พ.ศ. 2563, สืบค้นวันที่ 10 เมษายน 2565, จาก <https://dhes.moph.go.th/?p=9173>

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 42 และมาตรา 45

<sup>25</sup> UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, *General Comment No. 20 on Non-discrimination in economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)* E/C.12/GC/20, 2 July 2009, Retrieved April 8, 2020, from <https://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html>

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะต้องใช้ควบคู่กับหลักการพื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชน คือ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ” (Non-discrimination) ตามข้อ 2 ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ และได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (ข้อ 7 UDHR) ที่นานารัฐต้องยึดถือปฏิบัติเป็นหลักทั่วไปในการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กด้วย ประกอบกับ “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (The Best Interest of The Child) ตามข้อ 3 ซึ่งคณะกรรมการ ได้มีความเห็นทั่วไป ลำดับที่ 14 (ค.ศ. 2013)<sup>26</sup> ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องทำให้สิทธิที่จะมีสุขภาพตามมาตรฐานสูงสุดเท่าที่เป็นได้ เป็นจริงกับเด็กทุกกลุ่ม ไม่ว่าจะเป็นเด็กสัญชาติไทย เด็กไร้รัฐไร้สัญชาติ เด็กข้ามชาติ ผู้แสวงหาการลี้ภัยเด็ก ผู้ลี้ภัยเด็ก โดยไม่เลือกปฏิบัติและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ อนึ่ง แม้ประเทศไทยจะยังคงข้อสงวนในข้อ 22 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ประเทศไทยจะไม่ดูแลการเข้าถึงสิทธิในสุขภาพของเด็กผู้ลี้ภัย

ยังมีพันธกรณีตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of Racial Discrimination: ICERD) ข้อ 1 และข้อ 5 รวมถึงปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration: ADHR)<sup>27</sup> ที่รับรองว่าสิทธิของสตรี เด็ก ผู้สูงอายุ ผู้พิการ แรงงานโยกย้ายถิ่นฐาน กลุ่มเปราะบางและกลุ่มคนชายขอบเป็นสิทธิที่ไม่อาจเพิกถอน เป็นส่วนเดียวกันกับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ (ข้อ 4) ซึ่งสิทธิดังกล่าวได้รวมถึงสิทธิในสุขภาพด้วย (ข้อ 28 และข้อ 29) และยืนยันว่าสิทธิตาม ADHR จะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ยังมีเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาติ (Sustainable Development Goals: SDGs)<sup>28</sup> โดยเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในสุขภาพของเด็ก ปรากฏอยู่ในเป้าหมายที่ 3 คือ การสร้างหลักประกันว่าคนมีชีวิตที่มีสุขภาพดีและส่งเสริมสวัสดิภาพสำหรับทุกคนในทุกวัย (Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป้าประสงค์ที่ 3.6 อนามัยการเจริญพันธุ์และการวางแผนครอบครัว เป้าหมายที่ 3.7 การเข้าถึงบริการสาธารณสุขและป้องกันความเสี่ยงทางการเงิน และเป้าหมายที่ 3.8 บรรลุการมีหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้ารวมถึงการป้องกันความเสี่ยงทางการเงิน การเข้าถึงการบริการสาธารณสุขจำเป็นที่มีคุณภาพ และเข้าถึงยาและวัคซีนจำเป็นที่ปลอดภัยมีประสิทธิภาพ มีคุณภาพ และมีราคาที่สามารถซื้อหาได้ เห็นได้ว่าเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน ได้มุ่งเน้นให้รัฐดำเนินการตามเป้าหมายกับบุคคลทุกเพศทุกวัน และทุกกลุ่มที่อาศัยอยู่ในรัฐ โดยมีมาตรการที่แตกต่างออกไปตามเป้าประสงค์ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนมีชีวิตที่มีสุขภาพดี เกณฑ์ตาม SDGs มักถูกใช้เป็นเกณฑ์มาตรฐานใน

<sup>26</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Art 3, para 1) (29 May 2013) CRC/C/GC/14*, Retrieved April 8, 2020, from <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

<sup>27</sup> กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ, *ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ASEAN Human Rights Declaration*, Retrieved April 10, 2020, from [https://aichr.org/wp-content/uploads/2019/02/AHRD\\_Booklet\\_FIN\\_13June.pdf](https://aichr.org/wp-content/uploads/2019/02/AHRD_Booklet_FIN_13June.pdf)

<sup>28</sup> United Nations, *Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development, A/RES/70/1*, Retrieved April 8, 2020, from <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>

การประเมินของรัฐต่าง ๆ ทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วย รวมถึงในกระบวนการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชน (Universal Periodic Review: UPR) รอบที่ 2 (ค.ศ. 2016-2020/พ.ศ. 2559-2563) และรอบที่ 3 (ค.ศ. 2016-2018/พ.ศ. 2559-2561) ประเทศไทยยืนยันว่า สิทธิแรงงานข้ามชาติและลูกแรงงานข้ามชาติ รวมไปถึงการเข้าถึงการศึกษาและสุขภาพเป็น 1 ใน 8 ประเด็นสำคัญที่ประเทศไทยให้ความสำคัญ ในขณะที่สำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) ให้ความเห็นต่อรายงาน UPR ของประเทศไทยว่า องค์การสหประชาชาติมีข้อห่วงใยต่อการเข้าถึงได้อย่างเบาบางต่อบริการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานของแรงงานข้ามชาติ ผู้ลี้ภัย และผู้แสวงหาที่พักพิงในท้องถิ่น ซึ่งสอดคล้องกับข้อห่วงใยของ UNHCR โดย UNHCR ได้มีข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลไทยว่า ควรพิจารณาและปรับปรุงกฎหมายนโยบายเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ลี้ภัยและผู้แสวงหาที่พักพิงสามารถเข้าถึงระบบหลักประกันสุขภาพ โดยผ่านขั้นตอนการลงทะเบียน รวมถึงมีข้อเสนอแนะว่าประเทศไทยควรขยายสวัสดิการทางสังคมให้ครอบคลุมถึงผู้ลี้ภัยและผู้แสวงหาที่พักพิง โดยอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวสามารถทำงานได้<sup>29</sup>

## 2.6 กฎหมายและนโยบายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล โดยไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งถือเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ของรัฐภาคีที่เคารพและปฏิบัติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ตาม IESCR และ CRC โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สิทธิในสุขภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 47

อย่างไรก็ดี มีประเด็นว่า ถ้อยคำในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติว่า “บุคคลทุกคน มีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานและมีประสิทธิภาพ” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 224/2555 และเรื่องเสร็จที่ 1449/2556) ได้ให้ความเห็นต่อ “บุคคลทุกคน” ว่าหมายถึง บุคคลสัญชาติไทยเท่านั้น โดยไม่ได้หมายความรวมถึง บุคคลสัญชาติอื่นที่พำนักอยู่หรือพักอาศัยอยู่หรือเข้ามาในประเทศไทย เนื่องจากเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 52 และมาตรา 82 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งต่อมามาตรา 51 และมาตรา 80 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีความเห็นว่า “การจะนำมาตรา 18 (14) และมาตรา 26 (14) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ไปใช้กับบุคคลอื่นที่ไม่มีสัญชาติไทยจึงกระทำไม่ได้ อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีจะมีนโยบายให้คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติปฏิบัติหน้าที่ตามข้อหารือ (...สนับสนุนการสร้าง

<sup>29</sup> UN Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Compilation on Thailand, A/HRC/WG.6/39/THA/2*, (para 39, para 76), Retrieved April 8, 2020, from [https://www.ecoi.net/en/file/local/2061049/A\\_HRC\\_WG.6\\_39\\_THA\\_2\\_E.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/2061049/A_HRC_WG.6_39_THA_2_E.pdf)

หลักประกันสุขภาพต่างประเทศและประเทศเพื่อนบ้าน และร่วมจัดระบบหลักประกันสุขภาพให้กับคนต่างชาติที่เข้ามาพำนักในประเทศไทย...) จึงกระทำได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

นอกจากนี้ยังพบว่ามติดคณะรัฐมนตรีจำนวนมากที่รับรองสิทธิในการเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทยหลากหลายกลุ่ม ได้แก่ (1) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2548 เรื่อง ยุทธศาสตร์การจัดการสถานะและสิทธิของบุคคล เพื่อเป็นแนวทางการกำหนดสถานะบุคคล และรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ผู้มีปัญหาสถานะบุคคล (2) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2548 เห็นชอบให้กระทรวงศึกษาธิการขยายโอกาสการศึกษาแก่นักเรียนนักศึกษาที่ไร้สัญชาติ รวมถึงนักเรียนนักศึกษาที่ไม่มีเอกสารแสดงตน (ไร้รัฐ) สามารถเรียนได้ โดยได้รับเงินอุดหนุนรายหัวในอัตราเดียวกับเด็กไทย (3) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2553 เรื่องการให้สิทธิ (คืนสิทธิ) ขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขกับบุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิ (4) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 15 มกราคม พ.ศ. 2556 เรื่อง อนุมัติให้กระทรวงสาธารณสุข (สธ) เป็นหน่วยงานหลักในการให้การดูแลทางด้านกายภาพและสาธารณสุขแก่คนต่างด้าวทั้งหมดที่ไม่ได้อยู่ในระบบประกันสังคม โดยคนต่างด้าวกลุ่มนี้จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเอง (5) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 20 เมษายน พ.ศ. 2558 เรื่องการให้สิทธิ (คืนสิทธิ) ขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขกับบุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิ เพิ่มเติมและการจัดการสถานะและสิทธิในการบริการสาธารณสุขของบุคคลไร้สัญชาติทั้งระบบ มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 2 เมษายน 2562 อนุมัติหลักการให้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การทำให้ประกันสุขภาพสำหรับคนต่างด้าวผู้ขอรับตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) รหัส O-A (ระยะเวลา 1 ปี) ซึ่งเป็นข้อเสนอแนะจากกระทรวงสาธารณสุข (6) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2562 เรื่อง เห็นชอบต่อคำมั่นที่ประเทศไทยจะประกาศในการประชุมระดับสูงว่าด้วยคนไร้สัญชาติในวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2562 ณ นครเจนีวา สมาพันธรัฐสวิส (7) มติดคณะรัฐมนตรีวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2563 ขยายสิทธิกองทุนคืนสิทธิ ให้แก่บุคคลดั้งเดิมที่ไม่มีสัญชาติไทย แต่มีชื่อในทะเบียนราษฎร ได้แก่ คนต่างด้าว (เฉพาะสัญชาติจีน เวียดนาม เมียนมา เนปาล ลาว กัมพูชา ที่มีเลขประจำตัวสิบสามหลักขึ้นต้นด้วยเลข 3 และ 4 มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านตั้งแต่ปี พ.ศ. 2499-31 พฤษภาคม พ.ศ. 2527 จำนวน 24,071 คน (8) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 22 กันยายน พ.ศ. 2563 เรื่องการให้สิทธิ (คืนสิทธิ) ขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขกับบุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิเด็กและบุคคลที่เรียนอยู่ในสถานศึกษา กลุ่ม 0-00 (9) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2564 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดสถานะและสิทธิของบุคคลที่อพยพเข้ามาและอาศัยอยู่มานาน (10) มติดคณะรัฐมนตรีวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2564 เรื่องการให้สิทธิขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขกับบุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิเด็กและบุคคลที่เรียนอยู่ในสถานศึกษา ครั้งที่ 2 และ (11) มติดคณะรัฐมนตรี วันที่ 25 พฤษภาคม พ.ศ. 2564 เรื่องหลักประกันสุขภาพสำหรับผู้ต้องขังที่มีปัญหาสถานะบุคคลและต่างด้าวในเรือนจำ<sup>30</sup>

## 2.7 สถานการณ์การเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทย

<sup>30</sup> เป็นไปตามข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย โดยคณะทำงานจัดระบบบริการและระบบประกันสุขภาพสำหรับผู้ต้องขังที่มีปัญหาสถานะบุคคลและคนต่างด้าวในเรือนจำ ตามคำสั่งของกระทรวงยุติธรรม โดยข้อเสนอนี้ให้เหตุผลว่า “..เพื่อเป็นไปตามข้อ 24 (1) ของข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners-(Mandela Rules) )

**2.7.1 ในส่วนการประชุมกลุ่มย่อยในส่วนของผู้ให้บริการ (สถานพยาบาล)** สถานพยาบาลให้ข้อมูลตรงกันว่า โรงพยาบาลให้บริการคนไม่มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเป็กรณีกกลุ่มคนภายใต้กองทุนคืนสิทธิฯ หรือกองทุนสุขภาพคนต่างด้าวเช่นเดียวกับที่ให้บริการกับคนไทย (ใช้สิทธิหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า) และเห็นว่าปัญหาส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการเข้าถึงการบริการของผู้รับบริการมากกว่า กล่าวคือ ไม่เข้าใจสิทธิของตนเอง หรือกรณีแรงงานที่ถือเอกสารหลายประเภท อาทิ หนังสือเดินทาง บัตรประจำตัวสีชมพู บัตรประกันสุขภาพที่ต้องใช้คู่กับหนังสือเดินทาง หรือบัตรประจำตัวสีชมพู ทำให้แรงงานต้องแสดงบัตรหลายใบ และหลายกรณีปรากฏว่าเลขประจำตัวสิบสามหลักไม่ตรงกัน รวมถึงเลขประจำตัวของกลุ่มแรงงานมีการเปลี่ยนแปลงบ่อย, บางกรณีนายจ้างซื้อประกันสุขภาพให้แค่สามเดือน ฯลฯ เมื่อโรงพยาบาลดำเนินการตรวจสอบสิทธิของผู้มารับบริการก่อน ว่ามีสิทธิในหลักประกันสุขภาพระบบใดหรือไม่ หากไม่พบ ก็จะ “ระบุ ว่า ชำระเงิน” (เรียกเก็บค่ารักษาพยาบาล) และหากผู้มารับบริการไม่มีเอกสารแสดงตนซึ่งโรงพยาบาลบางแห่งไม่สบายใจที่จะให้บริการ รวมถึงกรณีภายหลังให้บริการด้านสุขภาพแล้ว ก็ประสานงานติดต่อกับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองให้มารับหรือไปส่งยังสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง<sup>31</sup>

สำหรับประเด็นการขายบัตรประกันสุขภาพนั้น สถานพยาบาลหลายแห่งให้ข้อมูลตรงกันว่า ไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนจากส่วนกลาง หรือ “มีเอกสารมาเพียงกระดาษหนึ่งหน้าขนาดเอสี่ แต่ไม่มีการแนะนำวิธีการขาย” ทำให้หลายโรงพยาบาลตัดสินใจไม่ขาย หรือขายเป็นบางช่วงเวลาแล้วแต่นโยบาย ไม่ได้เปิดขายทั้งปี<sup>32</sup> หรือบางแห่ง จะขายให้กับคนไม่มีสัญชาติไทยกลุ่มคนไร้สัญชาติเฉพาะกลุ่ม อาทิ กลุ่มคนไทยพลัดถิ่น ซึ่งหากเป็นคนไทยพลัดถิ่นมาซื้อ แม้ไม่มีเลขประจำตัวสิบสามหลัก ทางโรงพยาบาลก็จะกำหนดเลขให้เอง โดยมีเงื่อนไขว่าต้องมีบุคคลมารับรองว่าเป็นคนไทยพลัดถิ่น<sup>33</sup> หรือโรงพยาบาลบางแห่งเคยเปิดขายบัตรประกันสุขภาพ แต่พบว่ามีแต่คนป่วยรวมถึงผู้ป่วยเรื้อรังมาซื้อก็ต้องหยุดการขายไป<sup>34</sup> อย่างไรก็ตาม มีโรงพยาบาลอย่างน้อยสองแห่งระบุว่ายังเปิดขายอยู่จนถึงปัจจุบัน<sup>35</sup> และมีหนึ่งแห่งให้ข้อมูลว่า “ไม่มีใครมาซื้อ”<sup>36</sup>

**2.7.2 ผังผู้รับบริการ กรณีของกองทุนคืนสิทธิฯ<sup>37</sup>** มีการตั้งประเด็นถึงคุณภาพการรักษา ผู้รับบริการให้ข้อสังเกตว่า การเดินทางเพื่อไปพบแพทย์แต่ละนัดใช้เวลานานมาก แต่เมื่อพบแพทย์ แพทย์ใช้เวลาไม่นาน บางครั้งไม่ถามอะไรเลย ใช้เวลาไม่นาน จ่ายค่ายากกลับบ้าน และไปพบแพทย์อีกครั้งนัดหน้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีหน่วยบริการอยู่ห่างไกลจากชุมชน, กรณีไม่สามารถใช้สิทธิได้โดยไม่มีค่าชี้แจง, กรณีการเข้าถึงการคุ้มครองความเสียหายที่เกิดจากการเข้ารับบริการสาธารณสุข เมื่อเกิดการรักษาผิดพลาด ไม่มีการจ่ายค่าชดเชย (กรณีหลักประกันสุขภาพ สปสช.มี) ฯลฯ กรณีผู้รับบริการเป็นกลุ่มใช้สิทธิประกันสังคม พบว่า มี

<sup>31</sup> ข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ให้บริการ เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2565

<sup>32</sup> ผู้ให้บริการที่ 2 การประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ให้บริการ เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2565

<sup>33</sup> ผู้ให้บริการที่ 1 การประชุมกลุ่มย่อยกลุ่มผู้ให้บริการ วันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2565

<sup>34</sup> ผู้ให้บริการที่ 4 การประชุมกลุ่มย่อยกลุ่มผู้ให้บริการ วันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2565

<sup>35</sup> ผู้ให้บริการที่ 1 และ 7 การประชุมกลุ่มย่อยกลุ่มผู้ให้บริการ วันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2565

<sup>36</sup> ผู้ให้บริการที่ 2 การประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ให้บริการ วันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2565

<sup>37</sup> ข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ใช้บริการ วันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2565

กรณีปัญหาการให้บริการที่ไม่เป็นมิตร หลายคนจึงหันไปใช้บริการสถานพยาบาลอื่นแทนโดยต้องเสียค่าเดินทางเพิ่มขึ้น, มีการข่มขู่ว่าจะแจ้งความหรือส่งตัวออกไปนอกราชอาณาจักร, กรณีคลอดบุตร แม่แม่จะมีสิทธิตามระบบประกันสังคม แต่เหมือนทางโรงพยาบาลยังมีความกังวล หากมีกรณีเด็กต้องเข้าตู้อบ ทางโรงพยาบาลจะยึดบัตร/เอกสารของแม่, กรณีไม่มีบัตรประกันสุขภาพ จะมีการยึดเอกสารผู้รับบริการไว้ก่อน, บางโรงพยาบาลไม่ขายประกันสุขภาพให้กับเด็ก เพราะไม่มีเอกสารรับรองการเกิดมาแสดง (เด็กไม่ได้เกิดในประเทศไทย) ฯลฯ และกรณีผู้รับบริการที่ซื้อบัตรประกันสุขภาพ พบว่า มักจะต้องมีคนไทยมาด้วย (นายจ้างหรือเจ้าหน้าที่องค์กรพัฒนาเอกชน) เพราะหากมาเองลำพัง โรงพยาบาลมักไม่ขายให้ หรือโรงพยาบาลบางแห่งยังงักไม่ขายให้<sup>38</sup> แม้จะมีความพยายามประสานงานกับระดับผู้บริหารของโรงพยาบาลเพื่อให้มีการขายบัตรประกันสุขภาพให้แก่เด็ก ก็ไม่ประสบความสำเร็จ<sup>39</sup> หรือจะขายให้กับเด็กเฉพาะที่พ่อแม่เด็กมีใบอนุญาตทำงานแล้วเท่านั้น<sup>40</sup> หรือโรงพยาบาลที่เคยขาย ก็เลิกขายไปแล้ว ฯลฯ นอกจากนี้ปัญหาร่วมของผู้รับบริการกลุ่มภายใต้กองทุนคืนสิทธิฯ และกลุ่มหลักประกันสุขภาพคนต่างด้าวก็คือ โรงพยาบาลส่วนใหญ่ไม่มีล่าม ไม่มีอาสาสมัครต่างด้าว (อสต.) หรือกรณีสมุดบันทึกสุขภาพแม่และเด็กที่เป็นภาษาไทย ทำให้เกิดปัญหาในการสื่อสาร, มีปัญหาช่องว่างระหว่างนโยบายกับผู้ปฏิบัติงานด้านสาธารณสุข นอกจากนี้แต่ละพื้นที่ โรงพยาบาล/ผู้ปฏิบัติงาน ก็ยังดำเนินการแตกต่างกันอีกด้วย ฯลฯ<sup>41</sup>

### 3. อภิปรายหรือข้อถกเถียง (Discussion)

จากข้อค้นพบข้างต้น เมื่อสังเคราะห์วิเคราะห์แล้วพบว่าประเด็นสำคัญคือ

**ประการแรก** แม้จะไม่มียุทธศาสตร์รองรับการเข้าถึงหลักประกันสุขภาพให้กับคนไม่มีสัญชาติไทยทุกกลุ่ม แต่ประเทศไทยมียุทธศาสตร์ “ขายหลักประกันสุขภาพ” เพื่อขยายความครอบคลุม แต่ก็ยังพบว่ามีคนตกหล่นหลักประกันสุขภาพ ด้วยเหตุผลหลักสามประการคือ ข้อแรก-คนไม่มีความสามารถในการจ่าย/ซื้อบัตรประกันสุขภาพ ข้อที่สอง-แม้จะมีความสามารถในการซื้อบัตรประกันสุขภาพ แต่สถานพยาบาลหลายแห่งไม่ยอมเปิดขาย และเหตุผลที่สำคัญข้อสุดท้ายคือไม่มีเลขประจำตัวสิบสามหลัก

**ประการที่สอง** ใครบ้างที่ยังคงตกหล่นจากระบบหลักประกันสุขภาพ น่าจะได้แก่คน 5 กลุ่มดังต่อไปนี้

(1) คนไร้สัญชาติที่ไร้เอกสารแสดงตน

(2) แรงงานข้ามชาติที่ได้รับใบอนุญาตทำงาน แต่ไม่อยู่ในระบบประกันสุขภาพ อาจเพราะนายจ้างไม่ได้แจ้งขึ้นทะเบียน หรือเคยอยู่ในระบบประกันสังคม แต่ไม่มีการจ่ายสมทบต่อ และแรงงานในภาคเกษตร

(3) กลุ่มผู้ลี้ภัยในเมือง (Urban Refugee)

<sup>38</sup> ข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ใช้บริการ วันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2565

<sup>39</sup> ผู้ให้บริการที่ 9 ข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ใช้บริการ วันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2564

<sup>40</sup> ผู้ให้บริการที่ 9 ข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ใช้บริการ วันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2564

<sup>41</sup> ข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย กลุ่มผู้ใช้บริการ วันที่ 19 พฤศจิกายน 2565 และวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2564



แสวงหาการลี้ภัยซึ่งเกิดนอกประเทศไทย และอยู่ตามบ้านพักต่าง ๆ ของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ทั้งในกรุงเทพฯ และต่างจังหวัด เช่น เด็กโรฮิงญา

(4.7.4) เด็กและเยาวชนในพื้นที่พักพิงชั่วคราว

(4.7.5) เด็กและเยาวชนผู้ลี้ภัยใหม่จากเมียนมาซึ่งเข้ามาในประเทศไทยหลังเหตุการณ์รัฐประหารในเมียนมา (หลังวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564) และ

(4.8) เด็กและเยาวชนที่เข้าเมืองมาโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและได้รับสิทธิให้อาศัยอยู่ในประเทศไทยได้โดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เช่น บุคคลที่เข้ามาเรียนหนังสือโดยถือวีซ่านักเรียนนักศึกษา เป็นต้น

(5) กลุ่มคนเข้าเมืองไม่ถูกต้อง และรัฐบาลจัดให้เป็นกลุ่มความมั่นคงเฉพาะพิเศษ อาทิ กลุ่มเมียนมาร์มุสลิม และ

(6) นักท่องเที่ยว (เข้าเมืองมาปีละ 24-26 ล้านคน)

**ประการที่สาม ปัญหาทางปฏิบัติในการเข้าถึงหลักประกันสุขภาพ รวมถึงบริการสุขภาพ** พบว่าบุคลากรทางการแพทย์ในสถานพยาบาลหลายแห่งรายงาน/แจ้งเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง เมื่อพบว่าผู้ป่วยเป็นคนไม่มีสัญชาติไทยและไร้เอกสารแสดงตน<sup>44</sup> นอกจากนี้ ทางปฏิบัติในการให้สิทธิ (คืนสิทธิ) ขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขให้แก่เด็กรหัส G นั้น จะต้องเป็นไปตามที่กรมการปกครองกำหนดคือ จะต้องมีการ “ปรับปรุงสถานะบุคคล” เสียก่อน (ปรากฏตาม มท.0309.1/ ว7167 วันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2560 และ มท 009.1/ว 5784 วันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2562) จึงจะสามารถเข้าถึงสิทธิในหลักประกันสุขภาพกองทุน ท.99 ได้ (G to 0-00) โดยเด็กนักเรียนที่จะสามารถเข้าถึงกรอบนโยบายการให้สิทธิหรือคืนสิทธิทางสาธารณสุขได้ต้องเป็นเด็กนักเรียนที่ได้รับการจัดทำรายชื่อจากกระทรวงศึกษาธิการ ส่งถึงกระทรวงมหาดไทย เพื่อทำการคัดกรองและเพิ่มชื่อในระบบทะเบียนราษฎรเท่านั้น ส่งผลให้เด็กนักเรียนกลุ่มอื่น ๆ ที่มีเลขประจำตัวขึ้นต้นด้วยตัวอักษรหรือไม่มีเลขประจำตัวใด ๆ เลย (กรณีศูนย์การเรียน) ที่ไม่ได้รับการสำรวจและจัดทำรายชื่อยังคงไม่สามารถเข้าถึงสิทธิได้ และแม้ว่าจะมีนโยบายหลักประกันสุขภาพที่เอื้อให้เด็กสามารถเข้าถึงหลักประกันได้ แต่โดยการซื้อ และราคาซื้อบัตรประกันสุขภาพมีประเด็นว่า เด็กอายุต่ำกว่า 7 ปี สามารถซื้อประกันสุขภาพในราคา 365 บาท แต่เด็กที่อายุมากกว่า 7 ปีขึ้นไป ราคาซื้อกลับเท่าผู้ใหญ่ ประเด็นนี้ส่งผลต่อการตัดสินใจซื้อหรือไม่ซื้อหลักประกันสุขภาพ และส่งผลต่อเนื่องต่อทัศนคติของสถานพยาบาลที่หลายแห่งมองว่า ราคาบัตรประกันสุขภาพกรณีเด็กเล็กนั้น มีความ “ไม่คุ้มค่า” และความสามารถในการซื้อส่งผลต่อภาระหนี้

<sup>44</sup> แม้แต่ในประเทศอังกฤษ ก็พบปัญหาเดียวกันนี้ อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษ ภายใต้ระบบ NHS มีระบบให้ UDM และแพทย์สามารถติดต่อสอบถามถึงข้อจำกัดหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการระบุสิทธิ รวมถึงมีระบบคลินิกของ NHS และคลินิกที่ดำเนินการโดยองค์กรพัฒนาเอกชน หรือองค์กรการกุศล ที่ทำงานเชื่อมโยงกับระบบ NHS ซึ่งสามารถช่วยให้ UDM ที่กลัวการเปิดเผยตัวในระบบบริการของรัฐ, ในอิตาลี มีกฎหมายระบุชัดเจนว่า บุคลากรด้านสุขภาพ ไม่ต้องรายงานเรื่องการปรากฏตัวของ ผู้ป่วย UDM ให้หน่วยงานตรวจคนเข้าเมืองทราบ เว้นแต่จะสงสัยเรื่องประวัติอาชญากรรม, ดู ระพีพิงค์ และคณะ, ระพีพิงค์ สุพรรณไชยมาตย์ และคณะ, *การจัดระบบและคาดการณ์งบประมาณเพื่อชดเชยค่าบริการทางการแพทย์ฉุกเฉินและภาวะวิกฤตสำหรับบุคคลต่างด้าวที่หลบหนีจากการประกันสุขภาพ* (รายงานผลการวิจัย), (สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข : 2560), น. 21.

ของสถานพยาบาล เพราะผู้ป่วยไม่สามารถจ่ายค่ารักษาพยาบาลเองได้ หรือผู้ป่วยต้องใช้วิธีการอื่น เช่น พ่อแม่ซื้อยาให้ลูกเอง และอาจต้องพามาหาหมอเมื่ออาการหนัก ฯลฯ และยังมีปัญหาทางปฏิบัติอื่น ๆ อาทิ การสื่อสารภาษาไทยไม่ได้ และไม่มีล่ามในสถานพยาบาลได้กลายเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงบริการ ประการสำคัญในสถานการณ์การระบาดของโควิด-19 พบว่า การเข้าถึงสิทธิในทุกกองทุนมีปัญหา

**ประการที่สี่ ช่องว่างทางกฎหมาย นโยบาย** ปัญหาต่าง ๆ ข้างต้นที่เกิดขึ้นอาจกล่าวได้ว่า ด้วยเพราะไม่มีนโยบายกฎหมายที่รับรองหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทยที่ครอบคลุมคนไม่มีสัญชาติไทยทุกกลุ่ม รวมถึงกลุ่มที่ไร้เอกสารแสดงตน นอกจากนี้ระบบการคุ้มครองสุขภาพที่ดีแรงงานข้ามชาติที่เป็นอยู่ก็ยังคงมีช่องว่าง และไม่ครอบคลุม อาทิ ลูกจ้างทำงานบ้าน แรงงานตามฤดูกาลตกหล่นการคุ้มครองจากกฎหมายคุ้มครองแรงงาน กรณีลูกจ้างทำงานบ้านหากบาดเจ็บจากการทำงานไม่สามารถเข้าถึงกองทุนเงินทดแทนได้ กรณีการคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน กรณีการไม่คุ้มครองแรงงานในภาคเกษตร

นอกจากนี้การตีความ “มาตรา 5 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพ พ.ศ. 2545” ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ปฏิเสธหลักการและเจตนารมณ์ของ UHC ทั้งยังขัดแย้งต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีทุกฉบับ และส่งผลให้ “มนุษย์ที่ไม่มีสัญชาติไทยที่ปรากฏตัวประเทศไทย” ไม่ถูกนับรวมเข้าในระบบหลักประกันสุขภาพ ประเด็นชวนถกเถียงต่อเรื่องนี้ก็คือ มีข้อเสนอจากผู้ให้ข้อมูลว่า “ควรต้องมีการส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความใหม่อีกครั้ง” แต่ด้วยข้อถกเถียงในเชิงคำถามกลับก็คือ หากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายังคงยืนยันการตีความเช่นเดิม จะเท่ากับจะเป็นการยืนยันการปฏิเสธหลักการและเจตนารมณ์ของ UHC และยืนยันที่จะย้อนแย้งกับพันธกรณีของประเทศไทย ในประเด็นนี้ รายงานวิจัยมีข้อสังเกตต่อการใช้ดุลพินิจหรือท่าทีขององค์กรรัฐ รวมถึงองค์กรอิสระภายใต้รัฐบาลชุดปัจจุบันถึงการไม่เคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชน อาทิ กรณีการตีความในประเด็น “การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างด้านเชื้อชาติ” ในกรณีของ “ม.33 เรารักกัน” โดยผู้ตรวจการแผ่นดินนั้น เป็นความเห็นไม่สอดคล้องกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศและน่าผิดหวัง และไม่มีการบังคับให้พนักงานที่เกี่ยวข้องประกันสุขภาพ ซึ่งกลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่มีกำลังซื้อ

**ประการที่ห้า ประเด็นในเชิงระบบ** พบว่า ขาดการบูรณาการบริหารจัดการหลักประกันสุขภาพเชิงระบบ (Fund manager) ระหว่างกองทุนต่าง ๆ ทั้ง นอกจากนี้ มี 2 กองทุนที่วางตำแหน่งแห่งที่ของตนเองเป็นผู้กำกับดูแลและอภิบาลระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า (Regulator UHC) รวมถึงติดตามการดำเนินงานของผู้ให้บริการ (Provider Monitoring) ได้แก่กองทุน สปสช. และกองทุนหลักประกันสุขภาพผู้มีปัญหาสถานะบุคคล เมื่อพิจารณาจากกรอบแนวคิดขององค์การอนามัยโลกที่ระบุว่า การสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบสุขภาพจำเป็นต้องทำงานผ่านปัจจัยสำคัญที่เรียกว่า 6 เสาหลักของระบบสุขภาพคือ หนึ่ง-ภาวะการผู้นำและธรรมาภิบาล สอง-การคลังสุขภาพ สาม-การจัดบริการสุขภาพ สี่-บุคลากรทางสุขภาพ ห้า-ข้อมูลและการวิจัย และหก-เวชภัณฑ์และเทคโนโลยีแล้ว จะเห็นได้ว่าสังคมไทยกำลังเผชิญกับข้อท้าทาย

เชิงระบบที่ยั่งยืน เช้าซ้อน ไม่บูรณาการ และเป็นอุปสรรคต่อ UHC รวมถึงคำถามต่อเสถียรภาพของการคลังทั้งระบบ

#### 4. สรุปและข้อเสนอแนะ

เป้าหมายที่จะผลักดันให้เกิดสุขภาพที่ดีถ้วนหน้า (Health for ALL) เป็นภารกิจที่ประเทศไทยหลีกเลี่ยงได้ยาก ดังที่ได้กล่าวถึงพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ รวมถึงคำมั่นและท่าทีของประเทศไทยในเวทีระหว่างประเทศ และหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าครอบคลุมคนทุกกลุ่ม คือ เส้นทางที่จะนำไปสู่เป้าหมายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาในมิติของการเฝ้าระวังและควบคุมโรค และหลักการสำคัญอย่าง “ป้องกันราคาสูงกว่ารักษาและฟื้นฟู” อย่างไรก็ดี ข้อถกเถียงบนข้อเท็จจริง ต่าง ๆ ในหัวข้อที่กล่าวมาข้างต้น รวมถึงข้อเสนอแนะจากการประชุมกลุ่มต่าง ๆ เป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ที่ชี้ให้เห็นถึงระยะทางที่ยังคงห่างไกลต่อเป้าหมาย และข้อเสนอเบื้องต้นเพื่อไปสู่เป้าหมายอันห่างไกลนั้น เป็นดังต่อไปนี้

**ประการแรก** จากแนวทางการดำเนินการในปัจจุบันของประเทศไทยจัดอยู่ในระดับที่มีการรับรองสิทธิโดยกฎหมาย ก้าวต่อไปคือควรเป็นการพัฒนาให้หลักประกันสุขภาพครอบคลุมบุคคลทุกคนที่ปรากฏตัวในประเทศไทย โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติ สถานะบุคคลตามกฎหมายคนเข้าเมือง (เข้าเมืองถูกกฎหมายหรือไม่) สถานะบุคคลตามกฎหมายการทะเบียนราษฎร (มีเอกสารแสดงตนหรือไม่) โดยมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ

**ประการที่สอง** UHC ดำเนินการในลักษณะของกองทุนประกันประกันสังคมที่ครอบคลุมถึงลูกจ้างทุกกลุ่มที่กฎหมายกำหนดให้ต้องเข้าสู่กระบวนการประกันตน กรณีที่มีได้มีสถานะเป็นลูกจ้าง ให้บุคคลสามารถเข้าถึงกองทุนประกันสุขภาพสำหรับผู้ไม่มีสัญชาติไทย โดยกำหนดให้ต้องซื้อประกันสุขภาพ อย่างไรก็ตาม ราคาย่อยสำหรับการเข้าถึง UHC ควรพิจารณาจาก “จุดเกาะเกี่ยว (genuine link หรือ connection point/factor)” ของบุคคลกับประเทศไทย เช่น บุคคลดังกล่าวมีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทยโดยการเกิด โดยการอาศัยอยู่มาระยะเวลาใดระยะหนึ่ง<sup>45</sup> โดยตระหนักว่า บุคคลต้องสามารถเข้าถึงบริการ โดยไม่คำนึงถึงความสามารถในการจ่ายและการคุ้มครองทางการเงินการคลัง (Financial protection) หรือต้องไม่มีผู้ใดประสบปัญหาการเงินซึ่งเป็นผลมาจากความต้องการบริการสาธารณสุข ดังนั้น บุคคลที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทยอย่างเข้มข้น ควรเข้าถึงหลักประกันสุขภาพได้ถ้วนหน้า และกลุ่มคนยากจน เปรียบบาง ไม่ควรถูกกีดกันให้ตกหล่นจากระบบหลักประกันสุขภาพ เพียงเพราะไม่มีกำลังซื้อประกันสุขภาพ หรือควรได้รับการยกเว้น

<sup>45</sup> มีงานศึกษาเสนออัตราบัตรประกันสุขภาพ ผ่านแนวคิดการร่วมจ่าย (co-payment) ในอัตรา 500-1,000 บาท/คน/ปี ด้วยเหตุผลว่าการร่วมจ่ายจะก่อให้เกิดความตระหนักรู้ถึงความสำคัญของการรักษาสุขภาพ ระบบประกันสุขภาพนี้เป็นการระดมเงินทุนเพื่อลดความเสี่ยงร่วมกัน และลดภาระค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลในกรณีเกิดเหตุฉุกเฉิน เพราะการรักษาพยาบาลในหน่วยบริการผู้ป่วยในบางโรคบางกลุ่มอาจมีค่าใช้จ่ายสูง, ดูเพิ่มเติม สิริเพ็ญ สุภกาญจนกันติ และคณะ, กองทุนสุขภาพบุคคลผู้มีปัญหาสถานะบุคคลและสิทธิ (รายงานผลการวิจัย), (กองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ : มกราคม 2564), น. 239-242.

ต้นทุนที่ร่วมจ่ายสมทบเข้ากองทุนหลักประกันสุขภาพ ควรมาจากอุดหนุนจากรายได้จากกลุ่มนักท่องเที่ยว โดยกำหนดให้นักท่องเที่ยวซื้อประกันสุขภาพระยะสั้น โดยรัฐบาลสามารถดำเนินการในลักษณะของคนต่างด้าวผู้ขอรับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว Non-Immigrant Visa รหัส O-A (ระยะ 1 ปี) (ดูในส่วนที่ 3) รวมถึงกรณีแบ่งรายได้จากเงิน “ค่าเหยียบแผ่นดิน” ซึ่งรัฐบาลได้มีการกำหนดนโยบายไว้แล้ว

**ประการที่สาม** ควรต้องมีการจัดทำรายงานแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์การเข้าถึง UCH และมีการติดตามความก้าวหน้าของสถานการณ์ดังกล่าวในแต่ละปี ซึ่งเป็นไปตามตัวชี้วัดสถานการณ์การเข้าถึงสุขภาพถ้วนหน้า (UHC Index) โดยธนาคารโลก

### แนวทางไปสู่เป้าหมาย

**แนวทางที่หนึ่ง** กองทุนหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทย จะมีเพียงสองกองทุน กล่าวคือ โดยยึดโยงหลักประกันสุขภาพในการทำงานกับกองทุนประกันสังคม ส่วนประกันสุขภาพที่ไม่เกี่ยวกับการทำงานเป็นอำนาจหน้าที่รับผิดชอบของกองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข โดยดำเนินการให้เหลือเพียงกองทุนเดียวเป็น “กองทุนหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทย” เพื่อให้การคลังสุขภาพมีเสถียรภาพ และเพื่อให้บทบาทของ Fund Manager รวมถึง UHC Regulator มีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติรองรับอำนาจหน้าที่บทบาทดังกล่าว รวมถึงการจัดทำกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อการจัดทำหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทยทุกกลุ่ม ให้สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติทำหน้าที่ช่วยบริหารกองทุน โดยใช้แนวทางดำเนินงานและบริหารจัดการระบบหลักประกันสุขภาพท้องถิ่นหรือพื้นที่ (กปท.) มาเป็นต้นแบบการทำงาน

**แนวทางที่สอง** กองทุนประกันสังคมถ่ายโอนภารกิจมายัง “กองทุนหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทย” และอยู่ในความดูแลของกองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข เพื่อเป็นการเสริมความเข้มแข็งของการคลังสุขภาพให้มีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น

**แนวทางที่สาม** สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เป็นผู้ดูแลกองทุนหลักประกันสุขภาพทั้งสำหรับคนสัญชาติไทยและคนไม่มีสัญชาติไทย และเพื่อรับรองอำนาจหน้าที่บทบาทของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ จะต้องมีการจัดทำร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อการจัดทำหลักประกันสุขภาพสำหรับคนไม่มีสัญชาติไทย

### บรรณานุกรม

กระทรวงสาธารณสุข. (2563). *คู่มือการดำเนินงานประกันสุขภาพคนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าว พ.ศ. 2563*.

สืบค้นวันที่ 10 เมษายน 2565, จาก <https://dhes.moph.go.th/?p=9173>

กองทุนศาสตร์และแผนงาน สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข. (2562). *การสาธารณสุขไทย 2559-2560*.

กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด แสงจันทร์การพิมพ์.

- กองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ. (2564). *รายงานผลการดำเนินงานประกันสุขภาพของประชากรต่างด้าว ปีงบประมาณ 2562-2563*. สืบค้นวันที่ 10 เมษายน 2565, จาก <https://moph.cc/WL3Ai-h6L>
- ดร.ณิ ไชยกุล. (2561). *Nationality Procedures in Thailand: Bottlenecks Analysis and Recommendations in Addressing Implementation Challenges* (รายงานผลการวิจัย). United Nations High Commissioner for Refugees-Thailand.
- ดร.ณิ ไชยกุล. (2559). หลังข้ามเส้นพรมแดนสถานะตามกฎหมายของคนย้ายถิ่น (กรณีชนกลุ่มน้อย). *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, 9 (2), 170-204.
- ดร.ณิ ไชยกุล. (2562). ในปีที่ 47 ของพลเมืองโดยหลักดินแดนที่ถูกทำให้เป็นอื่น, *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, 12 (2), 57-175.
- ระพีพงศ์ และคณะ, ระพีพงศ์ สุพรรณไชยมาตย์ และคณะ.(2561). *การจัดระบบและคาดการณ์งบประมาณเพื่อชดเชยค่าบริการทางการแพทย์ฉุกเฉินและภาวะวิกฤตสำหรับบุคคลต่างด้าวที่หลบหนีจากการประกันสุขภาพ*. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข.
- ศิริเพ็ญ ศุภกาญจนกันติ และคณะ. (2564). *กองทุนสุขภาพบุคคลผู้มีปัญหาสถานะบุคคลและสิทธิ*. กรุงเทพมหานคร: กองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข.
- UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights. *General Comment No. 20 on Non-discrimination in economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) E/C.12/GC/20, 2 July 2009*. Retrieved April 8, 2020, from <https://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html>
- UN Human Rights Council. *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Compilation on Thailand, A/HRC/WG.6/39/THA/2, (para 39, para 76)*. Retrieved April 8, 2020, from [https://www.ecoi.net/en/file/local/2061049/A\\_HRC\\_WG.6\\_39\\_THA\\_2\\_E.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/2061049/A_HRC_WG.6_39_THA_2_E.pdf)
- WHO Report 2010. *Health System Financing*. Retrieved April 8, 2020, from [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44371/9789241564021\\_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44371/9789241564021_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- World Health Organization. *Universal Health Coverage (UHC)*. Retrieved April 8, 2020, from [https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))
- World Health Organization. *WHO Constitution*. Retrieved April 8, 2020, from [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)

การจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุข  
ของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้<sup>1</sup>  
Conflict Management of Medical and Public Health Services  
of Government Hospitals in the Three Southern Border Provinces

กิตติ ใจสมุทร<sup>2</sup>, บุษบง ชัยเจริญวัฒนะ<sup>3</sup>

Kitti Jaisamoot, Bussabong Chaijaroenwatana

(Received: October 29, 2022, Revised: December 11, 2022, Accepted: December 16, 2022)

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสภาพและปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุความขัดแย้ง ลักษณะการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง และเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการความขัดแย้ง ระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ การวิจัยนี้ใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการสัมภาษณ์เชิงลึก ผู้บริหารและผู้มีส่วนได้เสียในโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้จำนวน 4 แห่ง โดยมีผู้ให้ข้อมูลสำคัญ คือ 1) ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือรองผู้อำนวยการโรงพยาบาลที่ได้รับมอบหมาย 2) ผู้ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าศูนย์ไกล่เกลี่ยของโรงพยาบาล 3) เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานด้านการเจรจาไกล่เกลี่ยของโรงพยาบาล ผลการศึกษาพบว่า สาเหตุความขัดแย้งเกิดจากพฤติกรรม บริการการรักษาพยาบาล และทักษะการสื่อสารทุกโรงพยาบาลมีนโยบายในการจัดการความขัดแย้งเชิงสร้างสรรค์โดยสันติวิธี โดยเน้นการป้องกันและเผื่อระวังไม่ให้เกิดความขัดแย้ง และหากเกิดความขัดแย้งขึ้นแล้วก็จะมีการเจรจาไกล่เกลี่ยเพื่อยุติความขัดแย้งลงได้โดยเร็ว และมีความยืดหยุ่นในการจัดการความขัดแย้ง โดยให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการความขัดแย้ง และทุกโรงพยาบาลได้นำแนวคิดระบบชดเชย ความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบมาใช้ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่ผู้รับบริการหรือผู้ป่วยได้รับความเสียหายที่เกิดจากการรับบริการสาธารณสุข

<sup>1</sup> บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิจัยเรื่อง การจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐ ในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากคณะวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

<sup>2</sup> นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต คณะวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 15 ถนนกาญจนวนิช ตำบลคอหงส์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110, kittijaisamoot@hotmail.com

Student, Master of Public Administration, Faculty of Management Sciences, Prince of Songkla University, 15 Kanjanavanich Rd, Kho Hong, Hat Yai, Songkhla 90110, kittijaisamoot@hotmail.com

<sup>3</sup> รองศาสตราจารย์ ดร. หลักสูตรรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต คณะวิทยาการจัดการ และสถาบันสันติศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 15 ถนนกาญจนวนิช ตำบลคอหงส์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110, bussabong.c@psu.ac.th

Associate Professor Dr., Master of Public Administration, Faculty of Management Sciences and Institute for Peace Studies, Prince of Songkla University, 15 Kanjanavanich Rd, Kho Hong, Hat Yai District, Songkhla 90110, bussabong.c@psu.ac.th

**คำสำคัญ :** การจัดการความขัดแย้ง, โรงพยาบาลของรัฐ, สามจังหวัดชายแดนภาคใต้

### ABSTRACT

This research aimed to study the conditions and important factors causing conflicts. Conflict resolution and recommend appropriate guidelines for managing conflicts between service recipients and medical and public health providers of government hospitals in the three southern border provinces. This research used a qualitative research method. In-depth interviews are applied to interview key informants from 4 government hospitals in the three southern border provinces. They include the director or the deputy director of hospitals, the head of the Hospital Mediation Center, and the hospital's mediation negotiating officials. The results of the study revealed that the cause of the conflict was service behavior medical treatment communication skills. All hospitals have a policy to manage conflicts constructively in a peaceful way. Emphasis is placed on prevention and surveillance to prevent conflicts. If a conflict arises, there will be a negotiating team to settle the conflict and flexibility in conflict management by allowing the community to participate in conflict management. All hospitals have adopted the concept of a no-fault compensation system to compensate for the damage caused by the service recipients or patients who received health care services.

**Keywords:** conflict management, government hospitals, three southern border provinces

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีตความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยเป็นความสัมพันธ์ตามสถานะของบุคคลมีความผูกพันเสมือนญาติมิตร แพทย์เป็นผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ป่วยให้พ้นทุกข์ อยู่ในฐานะผู้ให้ แพทย์ได้รับความนับถือจากผู้คนในชุมชน แต่ในปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้เปลี่ยนแปลงไป การที่ผู้ป่วยรู้ถึงสิทธิของตนเองมากขึ้น ซึ่งในโลกสมัยใหม่ที่เต็มไปด้วยข้อมูลข่าวสาร การเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ จึงสะดวกมากขึ้น แต่ความไม่เข้าใจในบทบาทของวิชาชีพแพทย์ ซึ่งเป็นศาสตร์ที่เป็นความรู้เฉพาะในหลาย ๆ กรณีประชาชนทั่วไปไม่อาจจะรู้ได้ด้วยสามัญสำนึกธรรมดาว่าสิ่งที่แพทย์ทำอยู่ถูกต้องตามหลักวิชาหรือถูกต้องตามจริยธรรมหรือไม่ โดยผู้ที่จรรยาและควบคุมให้การประกอบวิชาชีพเป็นไปโดยถูกต้องก็คือบุคคลในวิชาชีพ

เดียวกันเท่านั้น<sup>4</sup> ซึ่งในประเทศไทยผู้ที่ทำหน้าที่ควบคุมความประพฤติของแพทย์ ไม่ให้ประพฤตินิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพเวชกรรม คือ แพทยสภา ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525<sup>5</sup>

สถานการณ์ของความขัดแย้งมีแนวโน้มการฟ้องร้องทางการแพทย์สูงขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะในช่วงตั้งแต่วันที่ 23 สิงหาคม 2551 เป็นต้นไปหลังจากที่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มีผลบังคับใช้แล้วนั้น การฟ้องร้องด้านสาธารณสุขส่วนใหญ่จะเป็นการฟ้องคดีผู้บริโภค ไม่ใช่การฟ้องในคดีแพ่งเหมือนในอดีตที่ผ่านมา จากสถิติการฟ้องร้องทางการแพทย์ของกระทรวงสาธารณสุขย้อนหลัง 20 ปี (2539 - 31 ตุลาคม 2560) พบว่ามีการฟ้องร้องคดีฟ้องแพ่ง จำนวน 287 คดี คดีผู้บริโภค จำนวน 168 คดี คดีปกครอง 3 คดี รวมเป็น 499 คดี ทนายแพทย์ที่ฟ้องรวมประมาณ 3,192 ล้านบาท จากคดีทั้งหมดที่ฟ้องร้องมีคดีที่ศาลตัดสินถึงที่สุดแล้วจำนวน 66 คดี คิดเป็นร้อยละ 13.22 ของจำนวนคดีรวม กระทรวงสาธารณสุขชนะคดีจำนวน 45 คดี แพ้คดีจำนวน 21 คดี และมีการถอนฟ้องด้วยการไกล่เกลี่ยได้จบในชั้นศาลจำนวน 164 คดี คิดเป็นร้อยละ 32.86 ของจำนวนคดีรวม จากสถิติพบว่าสาเหตุการฟ้องคดีกว่าครึ่งหนึ่งของคดีเป็นการรักษาผิดพลาด วินิจฉัยผิดพลาด รองลงมาเป็นการคลอด พฤติกรรมบริการ แพ้ยา รักษาผิดมาตรฐาน และคดีที่ศาลตัดสินจนถึงที่สุดและกระทรวงสาธารณสุขต้องชำระเงินให้กับผู้ฟ้องตามคำพิพากษาแล้วจำนวน 36 ล้านบาท<sup>6</sup>

ส่วนข้อมูลการพิจารณาจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นในเขตสุขภาพที่ 12 ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ปีงบประมาณ 2565 (รอบ 6 เดือน) ณ วันที่ 31 มีนาคม 2565 ได้สรุปว่า คณะอนุกรรมการพิจารณาให้ความช่วยเหลือในระดับจังหวัด 7 จังหวัด ได้แก่ สงขลา สตูล ตรัง พัทลุง ปัตตานี ยะลา และนราธิวาส เป็นผู้พิจารณาให้ความช่วยเหลือเบื้องต้นได้จำแนกตามประเภทความเสียหายเป็น 3 ระดับ คือ เสียชีวิต พิการ และบาดเจ็บนอนโรงพยาบาลนาน พบว่าความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข โดยเสียชีวิตจำนวน 27 ราย พิการจำนวน 13 ราย บาดเจ็บที่นอนโรงพยาบาลนานจำนวน 22 ราย จ่ายชดเชยความเสียหายทั้งสิ้นจำนวน 15,224,000 บาท โดยสามารถแยกรายละเอียดของสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดปัตตานี เสียชีวิตจำนวน 2 ราย พิการจำนวน 1 ราย บาดเจ็บที่นอนโรงพยาบาลนานจำนวน 1 ราย จ่ายชดเชยความเสียหายจำนวน 996,000 บาท จังหวัดยะลา เสียชีวิตจำนวน 2 ราย บาดเจ็บที่นอนโรงพยาบาลนานจำนวน 3 ราย จ่ายชดเชยความเสียหายจำนวน 960,000 บาท จังหวัดนราธิวาส เสียชีวิตจำนวน 5 ราย พิการจำนวน 1 ราย บาดเจ็บที่นอนโรงพยาบาลนานจำนวน 2 ราย จ่ายชดเชยความเสียหายจำนวน 2,226,000 บาท รวมจ่ายชดเชยความเสียหายในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ทั้งสิ้นจำนวน 4,182,000 บาท คิดเป็นร้อยละ 27.5 ของค่าชดเชยทั้งเขตสุขภาพที่ 12 (7 จังหวัด) ของปีงบประมาณ 2565 (รอบ 6 เดือน)<sup>7</sup>

<sup>4</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข, จุลนิติ, (พ.ศ.-ม.ย. 2554), น. 48.

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 31

<sup>6</sup> ศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข, การบริหารจัดการความขัดแย้งในหน่วยบริการ, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564, จาก <https://www.hfocus.org/content/2019/01/16725>

<sup>7</sup> กลุ่มงานประกันสุขภาพ สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดปัตตานี, รายงานสรุปผลการดำเนินงานในระบบหลักประกันสุขภาพ เขต 12

ข้อมูลความขัดแย้งข้างต้นเมื่อมีการเรียกร้องความเสียหายจากการได้รับบริการทางการแพทย์ ซึ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนกรณีถูกละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้นำพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งผู้ที่เสียหายที่ถูกละเมิดจากแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐ สามารถเรียกร้องค่าชดเชยได้<sup>8</sup> ซึ่งถือว่าเป็นการประกันสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนของผู้ป่วยจากโรงพยาบาลรัฐประกอบกับได้มีพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 ที่ได้กำหนดให้คณะกรรมการกันเงินไม่เกินร้อยละ 1 ของเงินที่จะจ่ายให้หน่วยบริการไว้เป็นเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการ<sup>9</sup> เพื่อชดเชยความเสียหายจากการให้บริการทางการแพทย์ โดยเจตนารมณ์เพื่อเป็นมาตรการทางศีลธรรม บรรเทาความเดือดร้อน และลดความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการและผู้ให้บริการโดยไม่ต้องพิสูจน์ผิด

ผลกระทบของปัญหาความขัดแย้งทางการแพทย์และสาธารณสุขที่ยังนับวันจะเพิ่มและทวีความรุนแรงอย่างเห็นได้ชัด โรงพยาบาลรัฐนับว่าเป็นโรงพยาบาลที่บุคลากรทางการแพทย์มีภาระงานมาก และจำนวนผู้รับบริการมีจำนวนมากในแต่ละวัน ประกอบกับสามจังหวัดชายแดนภาคใต้เป็นสังคมพหุวัฒนธรรมซึ่งมีความหลากหลายทางด้านความเชื่อ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษาที่ใช้ในการสื่อสาร สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความขัดแย้ง ความไม่เข้าใจขึ้นได้ง่ายระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข ยิ่งในกรณีเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกับชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยแล้ว ความขัดแย้งก็ยิ่งทวีความรุนแรง จนไม่สามารถพูดคุยหรือไกล่เกลี่ยกันได้ และผู้รับบริการที่ได้รับความเสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขอาจนำคดีไปฟ้องเป็นคดีแพ่งและคดีอาญาต่อศาลยุติธรรมได้ ซึ่งหากคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว ต้องใช้ระยะเวลาในการต่อสู้คดีกันในศาลนานประมาณ 8-10 ปี เพราะต้องต่อสู้คดีกันถึง 3 ชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลชั้นอุทธรณ์ และศาลฎีกา หรือบางกรณีแม้เรื่องไม่ถึงศาล แต่ต้องใช้เวลาในการเจรจาไกล่เกลี่ยเพื่อยุติความขัดแย้งกันได้ต้องใช้เวลาเป็นปี ๆ และความขัดแย้งบางเรื่องอาจต้องเจรจาไกล่เกลี่ยกันหลายครั้ง กว่าจะยุติความขัดแย้งลงได้ โดยผู้รับบริการที่ได้รับความเสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขอาจได้รับการชดเชยค่าเสียหายเบื้องต้นตาม มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ แต่หากผู้รับบริการไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการก็สามารถยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยได้อีกภายใน 30 วัน โดยสำนักงานสาขาจะนำคำร้องอุทธรณ์และผลการวินิจฉัยครั้งแรกส่งมาที่สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นผู้พิจารณา<sup>10</sup> และหากผู้รับบริการไม่เห็นด้วยกับผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ก็สามารถนำคดีไปฟ้องศาลปกครองได้อีกและต้องสู้คดีกันในศาลปกครองอีกประมาณ 4-5 ปี

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 8

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545, มาตรา 41

<sup>10</sup> ข้อบังคับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นกรณีผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2555, ข้อ 10

จากเหตุการณ์ที่เกิดความขัดแย้งต่าง ๆ ผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งสองฝ่าย ทั้งฝ่ายผู้รับบริการหรือผู้ป่วย และฝ่ายบุคลากรทางการแพทย์ ต่างต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เกิดความเครียดความกดดันมากกว่า จะยุติความขัดแย้งลงได้ในแต่ละเรื่อง ซึ่งกว่าจะเกิดความยุติธรรมขึ้นก็ต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน ดังภาษิตกฎหมายของ William Ewart Gladstone ที่กล่าวว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือความไม่ยุติธรรม (Justice Delayed is Justice Denied)”<sup>11</sup> จึงเป็นเหตุผลสำคัญในการศึกษาเรื่องการจัดการความขัดแย้ง ด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ส่วนโรงพยาบาลที่เลือกในการศึกษานี้ เหตุผลเพราะเป็นโรงพยาบาลที่เกิดความขัดแย้ง ขึ้นบ่อยเป็นจำนวนมาก และบางกรณีไม่สามารถจัดการความขัดแย้งได้ จนผู้รับบริการได้นำคดีไปฟ้องต่อศาล โดยเป็นการศึกษาสภาพและปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุความขัดแย้ง ลักษณะการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง และเพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการความขัดแย้งให้สามารถยุติลงได้โดยเร็วและทั้งสองฝ่าย เกิดความพึงพอใจ ไม่มีฝ่ายใดแพ้ ฝ่ายใดชนะ แต่ทั้งสองฝ่ายต่างชนะ (Win-Win)

## 2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 ศึกษาสภาพและปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

2.2 ศึกษาวิเคราะห์ลักษณะการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทั้งกรณีที่ประสบความสำเร็จและล้มเหลวระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

2.3 เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

## 3. ขอบเขตการวิจัย

การศึกษานี้ได้กำหนดขอบเขตเกี่ยวกับพื้นที่ เนื้อหา และผู้ให้ข้อมูลสำคัญ ดังนี้

### 3.1 ขอบเขตด้านพื้นที่

พื้นที่ศึกษา คือ โรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ได้แก่ โรงพยาบาลจังหวัด (โรงพยาบาลศูนย์/โรงพยาบาลทั่วไป) และโรงพยาบาลชุมชน รวม 4 แห่ง คือ โรงพยาบาลปัตตานี โรงพยาบาลยะหริ่ง จังหวัดปัตตานี โรงพยาบาลรามัน จังหวัดยะลา และโรงพยาบาลบาเจาะ จังหวัดนราธิวาส

<sup>11</sup> สมภูมิ หล้ารัศมี และคณะ, ศาลยุติธรรม : ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมเพื่อความเป็นธรรมและเท่าเทียมได้, วารสารสถาบันวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม, 4 (2) (2560), น. 74.

### 3.2 ขอบเขตด้านเนื้อหา

ศึกษาสภาพและปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุความขัดแย้ง ลักษณะการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง ทั้งกรณีที่ประสบความสำเร็จและล้มเหลว และเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการความขัดแย้ง

### 3.3 ขอบเขตด้านผู้ให้ข้อมูลสำคัญ

ผู้ให้ข้อมูลสำคัญ (Key Informant) โดยเลือกผ่านเกณฑ์คุณสมบัติที่กำหนดเฉพาะ คือ ผ่านการอบรม หลักสูตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 หรือหลักสูตรพื้นฐาน การจัดการความขัดแย้งและความเสี่ยงในระบบสาธารณสุข หรือหลักสูตรการพัฒนาศักยภาพ สู่ นักสันติวิธีสาธารณสุข หรือหลักสูตรทางด้านสันติวิธีที่เกี่ยวข้องของศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข หรือเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในการจัดการความขัดแย้ง คือ 1) ผู้อำนวยการโรงพยาบาล หรือรองผู้อำนวยการโรงพยาบาลที่ได้รับมอบหมาย 1 คน 2) ผู้ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าศูนย์ไกล่เกลี่ยของโรงพยาบาล หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย 1 คน และ 3) เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานด้านการเจรจาไกล่เกลี่ยของโรงพยาบาล จำนวน 1-2 คน รวมทั้งหมด 15 คน

## 4. ระเบียบวิธีการวิจัย

### 4.1 เครื่องมือการวิจัย

เพื่อให้ได้ข้อมูลและผลการวิจัยที่ครอบคลุมสมบูรณ์ตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย จึงใช้เครื่องมือในการเก็บข้อมูล ดังนี้

4.1.1 การเก็บรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Data) เพื่อนำมาประกอบ การวิจัยการศึกษาเอกสารจะช่วยให้การกำหนดประเด็นและกรอบแนวคิด รวมทั้งนำมาใช้ ในการวิเคราะห์ข้อมูล

4.1.2 การสัมภาษณ์ (Interview) โดยการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-depth Interview) ซึ่งเป็นการสัมภาษณ์แบบไม่มีโครงสร้าง (Non-Structured Interview) เป็นการสัมภาษณ์ที่มีความยืดหยุ่นสูง

### 4.2 การวิเคราะห์ข้อมูล

#### 4.2.1 เก็บรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์

4.2.2 นำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) โดยการจัดกลุ่มข้อมูล (Categories) เนื้อหาที่ได้รับจากการสัมภาษณ์ ทำการเชื่อมโยงเนื้อหาแต่ละส่วนเข้าด้วยกันเพื่อหาข้อสรุป (Proposition) ทั้งในภาพรวมและส่วนย่อยของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น<sup>12</sup>

#### 4.2.3 นำเสนอข้อมูลในรูปความเรียงตามวัตถุประสงค์

<sup>12</sup> บุซเซอร์ เชี่ยวจินดาภานต์, เทคนิคการวิจัยเชิงคุณภาพแบบกรณีศึกษา, วารสารศิลปศาสตร์ปริทัศน์, 13 (25) (2561), น. 113.

## 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การศึกษานี้ทำให้ทราบถึงสภาพและปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุของความขัดแย้ง ทราบถึงลักษณะการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทั้งกรณีที่ประสบความสำเร็จและล้มเหลว ได้เสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

ประโยชน์ในอนาคตที่โรงพยาบาลของรัฐในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข โดยเฉพาะในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ และผู้รับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข ได้รับจากการศึกษา คือ หัวใจสำคัญของการจัดการความขัดแย้งทางการแพทย์และสาธารณสุขโดยสันติวิธี ไม่ต้องนำคดีไปฟ้องศาล ลดภาระค่าใช้จ่าย และลดระยะเวลาในการต่อสู้คดี ตลอดจนลดความเครียดจากความยากลำบากในการพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อหาสาเหตุของความเสียหาย หรือพิสูจน์ถูกผิด

## 6. วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

### 6.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับความขัดแย้ง

ทฤษฎีเกี่ยวกับความขัดแย้งนั้นมีพัฒนาการจากทฤษฎีดั้งเดิมที่เป็นแนวคิดชั้นคลาสสิก (Classic) เช่น ทฤษฎีความขัดแย้งของ Immanuel Kant (2001) นักทฤษฎีความขัดแย้งชาวเยอรมันที่ได้เสนอทฤษฎีความขัดแย้งที่มีสาระสำคัญว่า มนุษย์แต่ละคนจะมีความขัดแย้งธรรมชาติ คือ ความขัดแย้งในจิตใจ และมนุษย์ทุกคนมีความเห็นแก่ตัว ละเมียดและเอารอดเอาเปรียบอยู่เสมอซึ่งถือเป็นมูลเหตุสำคัญของปัญหาความขัดแย้ง<sup>13</sup> ทฤษฎีความขัดแย้งตามแนวคิดของ Max Weber (1968) ยอมรับว่าความขัดแย้งในผลประโยชน์ระหว่างบุคคล ความขัดแย้งเกิดจากการกระทำของบุคคลที่ต้องการที่จะบรรลุความปรารถนาของตน<sup>14</sup> และทฤษฎีความขัดแย้งตามแนวคิดของ Gaetano Mosca (1939) เป็นนักสังคมวิทยาชาวอิตาลีที่เชื่อว่าความขัดแย้งในสังคม เป็นเรื่องปกติที่เกิดโดยธรรมชาติและไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ในการดำรงชีวิต<sup>15</sup>

### 6.2 การจัดการความขัดแย้ง

สันติวิธีเป็นวิธีการเดียวที่สนับสนุนการจัดการความขัดแย้งโดยไม่ใช้ความรุนแรงในทุกรูปแบบ สำหรับรูปแบบการจัดการความขัดแย้งแบบสันติวิธีนั้น ประกอบด้วยแนวทางในการแก้ไข 4 วิธี คือ

**6.2.1 การเจรจา (Negotiation)** เป็นการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งแบบสันติวิธีด้วยการแสดงออกซึ่งข้อเสนอที่ต้องการให้ได้รับการตกลงบนพื้นฐานของประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นร่วมกันและเป็นการสร้างความสัมพันธ์ในการพบปะแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือความรู้สึกของกันและกัน

<sup>13</sup> รัฐพล เย็นใจมา และคณะ, ความขัดแย้งในสังคม : ทฤษฎีและแนวทางแก้ไข, วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์, 7 (2) (2561), น. 227.

<sup>14</sup> รัฐพล เย็นใจมา และคณะ, เรื่องเดียวกัน, น. 228.

<sup>15</sup> รัฐพล เย็นใจมา และคณะ, เรื่องเดียวกัน, น. 228.

**6.2.2 การไต่สวน (Inquiry)** เป็นการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งแบบสันติวิธีที่มุ่งเน้นการจัดการข้อพิพาททั้งในประเทศและระหว่างประเทศ

**6.2.3 การไกล่เกลี่ย (Reconciliation)** เป็นการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งแบบสันติวิธี ในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถหาข้อยุติร่วมกันได้ จึงต้องอาศัยบุคคลที่สามที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับเข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาเพื่อหาข้อตกลงหรือหาทางออกให้กับปัญหาคความขัดแย้งร่วมกัน โดยจะดำเนินการในลักษณะไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง (Mediation) หรือไกล่เกลี่ยโดยอาศัยคนกลางเป็น คนติดต่อ เชื่อมประสาน (Good Officer or Facilitator) ทั้งสองฝ่ายก็ได้

**6.2.4 การประนีประนอม** เป็นการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งโดยการมุ่งแสวงหาข้อสรุปที่สมเหตุสมผลและเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย<sup>16</sup>

### 6.3 สิทธิในการรักษาพยาบาลในระบบบริการสาธารณสุขของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 47 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐ...” ส่วนหน้าที่ของรัฐได้บัญญัติไว้ใน หมวด 5 มาตรา 55 บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง เสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันโรค และส่งเสริม และสนับสนุนให้มีการพัฒนาภูมิปัญญาด้านแพทย์แผนไทยให้เกิดประโยชน์สูงสุด...”<sup>17</sup>

จากหลักการดังกล่าวของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งเรื่องสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐ และกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึงนั้น ถือเป็นการพัฒนากระบวนการบริการสาธารณสุขไทยที่ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงระบบบริการสาธารณสุขเพิ่มมากขึ้น

ประเทศไทยมีความพยายามที่จะมุ่งเน้นไปสู่ระบบรัฐสวัสดิการ โดยการจัดให้มี “ระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า” ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 จากเดิมที่มีระบบหลักประกันสุขภาพเพียง 2 ระบบ คือ “ระบบสวัสดิการรักษายาบาลข้าราชการ” และ “ระบบประกันสังคม”<sup>18</sup>

### 6.4 ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด

หลายประเทศนำระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด (No – fault Compensation System) มาใช้เยียวยาความเสียหาย แม้ว่าการฟ้องร้องทางศาลจะสามารถแก้ปัญหาคความขัดแย้งได้ แต่เพราะการใช้กลไกทางศาลยังมีข้อบกพร่องทั้งในส่วนของการค่าใช้จ่าย และใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดี ตลอดจนความยากลำบากในการพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อหาสาเหตุของความเสียหาย โดยประเทศนิวซีแลนด์ เป็นประเทศแรกที่น่าระบบการชดเชย

<sup>16</sup> รัฐพล เย็นใจมา และคณะ, เรื่องเดียวกัน, น. 233-234.

<sup>17</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 47 และมาตรา 55

<sup>18</sup> กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย, สิทธิในการรักษาพยาบาล : ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้รับบริการทางด้านสาธารณสุข, จุลนิติ, (พ.ศ.-ม.ย. 2554), น. 3.

ความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขมาใช้ และต่อมาได้ขยายไปยังประเทศในภูมิภาคอื่น ๆ เช่น ประเทศสวีเดน นอร์เวย์ และเดนมาร์ก<sup>19</sup>

สำหรับประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 โดยได้นำแนวคิดระบบชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบมาใช้ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่ผู้รับบริการหรือผู้ป่วยได้รับความเสียหายที่เกิดจากการรับบริการสาธารณสุข ระบบชดเชยดังกล่าวจะใช้ชดเชยแต่เฉพาะผู้เสียหายที่มีสิทธิประกันสุขภาพถ้วนหน้าหรือผู้เสียหายที่มีบัตรทองเท่านั้น ซึ่งมีอยู่ประมาณ 47-48 ล้านคนของประเทศ หรือร้อยละ 75 ของประชากรไทย โดยไม่คุ้มครองครอบคลุมไปถึงผู้ประกันตนตามกฎหมายประกันสังคม ตลอดจนข้าราชการ และพนักงานรัฐวิสาหกิจ<sup>20</sup>

## 6.5 กรณีศึกษาระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขของต่างประเทศ

ระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ โดยปัจจุบันมีบางประเทศนำระบบดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้อย่างเบ็ดเสร็จ เช่น สวีเดน นิวซีแลนด์ และนอร์เวย์ เป็นต้น<sup>21</sup> จากการศึกษาพบว่า มีประเทศที่มีระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข โดยไม่พิสูจน์ความผิดที่ใกล้เคียงกับระบบที่ประเทศไทยได้มีแนวความคิดที่จะนำมาใช้ในการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้รับบริการสาธารณสุขที่น่าสนใจ คือ

### 6.5.1 ประเทศนิวซีแลนด์

ในปี ค.ศ. 1974 ประเทศนิวซีแลนด์ได้มีการนำระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด หรือ No-fault Compensation System มาใช้ โดยได้ตรากฎหมาย Accidental Compensation Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการชดเชยแก่ผู้ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุ ซึ่งมีความหมายรวมถึงไปถึงผู้เสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์ แต่ทว่า ยังไม่ได้มีการกำหนดประเภทของความเสียหายทางการแพทย์ที่จะได้รับการชดเชยไว้ โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบจ่ายค่าชดเชย คือ Accidental Compensation Appeal Authority หรือ ACC จะเป็นผู้พิจารณาเป็นกรณีไปว่าผู้เสียหายรายใดควรจะได้รับ การชดเชย และต่อมาในปี ค.ศ. 2002 ได้มีการบังคับใช้กฎหมาย Injury Prevention Rehabilitation and Compensation Act 2002 (แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด ค.ศ. 2010) ซึ่งกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหายเมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจากการดูแลสุขภาพ (Treatment Injury) และความเสียหายที่เกิดจากผลข้างเคียงอันไม่พึงประสงค์ที่เกิดจากการรักษา<sup>22</sup> ทั้งนี้ ระบบการจ่ายค่าชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบของประเทศนิวซีแลนด์ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่หน่วยงานที่รับผิดชอบต้องจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้เสียหาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบที่ต้องการให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาโดยเร็ว

<sup>19</sup> ลันตา อุตมะโกคิน, ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ : การปฏิรูประบบบริการสาธารณสุขของไทย, จุลนิต, (พ.ศ.-ม.ย. 2554), น. 59.

<sup>20</sup> ลันตา อุตมะโกคิน, เรื่องเดียวกัน, น. 61.

<sup>21</sup> ลันตา อุตมะโกคิน, เรื่องเดียวกัน, น. 62.

<sup>22</sup> ลันตา อุตมะโกคิน, เรื่องเดียวกัน, น. 63.

### 6.5.2 ประเทศสวีเดน

ประเทศสวีเดนได้นำระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด หรือ No - fault Compensation System มาใช้ภายใต้กฎหมาย Patient Insurance System 1975 และต่อมาได้ตรากฎหมาย Patient Injury Act 1997 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขได้รับค่าชดเชยโดยผู้ให้บริการต้องชื้อประกันเพื่อเป็นค่าชดเชยแก่ผู้เสียหาย

กฎหมายของประเทศสวีเดนจะอนุญาตให้ผู้เสียหายยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้ หากผู้เสียหายไม่พอใจการจ่ายค่าชดเชยของบริษัทประกัน หรือไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการพิจารณาข้อร้องเรียน แต่ในทางปฏิบัติเนื่องจากการยื่นฟ้องคดีต่อศาลมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง ทำให้มีผู้เสียหายจำนวนน้อยรายเลือกใช้วิธีการฟ้องร้องต่อศาล อีกทั้ง เมื่อมีระบบการจ่ายค่าชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบดังกล่าวแล้ว ก็ทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยที่รวดเร็ว ในขณะที่การยื่นฟ้องต่อศาลจะใช้เวลาหลายปี<sup>23</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าระบบการจ่ายค่าชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบของประเทศสวีเดนเป็นส่วนสำคัญในการช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งสามารถช่วยสร้างความสัมพันธ์อันดีระหว่างผู้ให้บริการสาธารณสุขและผู้รับบริการเป็นอย่างดี

### 6.6 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มีเจตนารมณ์ที่จะจัดระบบการให้บริการสาธารณสุขที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิตให้มีการรักษาพยาบาลที่มีมาตรฐานและมีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง อย่งไรก็ดี การให้บริการสาธารณสุขบางครั้ง อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับบริการ ดังนั้น พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 จึงได้กำหนดให้มีการช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้รับบริการที่ได้รับ ความเสียหายจากการให้บริการสาธารณสุขสาระสำคัญคือ “ให้คณะกรรมการกันเงินจำนวนไม่เกินร้อยละหนึ่งของเงินที่จะจ่ายให้หน่วยบริการไว้เป็นเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ ผู้รับบริการในกรณีที่ผู้รับบริการได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการ โดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิดได้ แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด” บทบัญญัติของมาตรา 41 ดังกล่าว มุ่งหมายให้ผู้รับบริการได้รับการช่วยเหลือเบื้องต้นในลักษณะเป็นการเยียวยาหรือบรรเทาความเดือดร้อน และในขณะเดียวกันต้องการรักษาความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างผู้รับบริการและผู้ให้บริการด้วย<sup>24</sup>

เงินช่วยเหลือเบื้องต้น ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 หมายถึงเงินที่จ่ายให้ผู้รับบริการหรือทายาทหรือผู้อุปการะ เพื่อบรรเทาความเดือดร้อน ในกรณีที่ผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลในหน่วยบริการ โดยไม่ต้องรอการพิสูจน์ถูกผิด โดยผู้มีสิทธิยื่นคำร้องได้แก่ ผู้รับบริการ ทายาทหรือผู้อุปการะ หรือหน่วยบริการที่ให้บริการ และผู้มีอำนาจพิจารณาคำร้องขอรับเงิน

<sup>23</sup> ลันดา อุตมะโกคิน, เรื่องเดียวกัน, น. 64-65.

<sup>24</sup> จารุณี พจนนสุนทร, ประสิทธิภาพการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นตามมาตรา 41 : จังหวัดลำพูน, วารสารสาธารณสุขล้านนา, 13 (2) (2560), น. 87.

ช่วยเหลือเบื้องต้น ได้แก่ คณะอนุกรรมการพิจารณาวินิจฉัยคำร้องขอรับเงินช่วยเหลือเบื้องต้นซึ่งมีอยู่ในทุกจังหวัด คณะกรรมการดังกล่าวจะทำหน้าที่พิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้รับบริการควรได้รับเงินช่วยเหลือตามข้อบังคับหรือไม่ เพียงใด หากควรได้รับเงินช่วยเหลือก็จะพิจารณาโดยคำนึงถึงความรุนแรงของความเสียหาย และเศรษฐกิจของผู้เสียหายด้วย โดยมีขั้นตอนการพิจารณาตามเกณฑ์ที่กำหนดในข้อบังคับ คือ ผู้รับบริการต้องเป็นผู้มีสิทธิตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 และเป็นผู้ได้รับความเสียหาย ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการให้บริการสาธารณสุข ต้องเป็นการให้บริการสาธารณสุขของหน่วยบริการความเสียหายที่เกิดจากการให้บริการสาธารณสุข ต้องไม่เกิดจากการดำเนินไปตามพยาธิสภาพ โรค หรือเหตุแทรกซ้อนของโรคที่เป็นไปตามสภาพปกติธรรมดาของโรคนั้น และได้มีการวินิจฉัยและรักษาตามมาตรฐานทั่วไป โดยต้องยื่นคำร้องภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ทราบความเสียหาย<sup>25</sup> ไม่ต้องรอพิสูจน์ถูกผิดหรือผลพิสูจน์ทางการแพทย์ ซึ่งเกณฑ์การพิจารณาเงินช่วยเหลือ กรณีเสียชีวิตหรือทุพพลภาพอย่างถาวร จ่ายเงินช่วยเหลือตั้งแต่ 240,000 บาท แต่ไม่เกิน 400,000 บาท กรณีพิการหรือสูญเสียอวัยวะ จ่ายเงินช่วยเหลือตั้งแต่ 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 240,000 บาท และกรณีบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยต่อเนื่อง จ่ายเงินช่วยเหลือไม่เกิน 100,000 บาท<sup>26</sup>

การแจ้งผลการพิจารณา โดยเลขานุการของคณะอนุกรรมการจะมีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้รับบริการที่ได้รับ ความเสียหายหรือทายาททราบพร้อมแจ้งสิทธิในการยื่นอุทธรณ์ภายใน 30 วัน หากผู้รับบริการหรือทายาทที่ยื่นคำร้องไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยสามารถยื่นอุทธรณ์ได้ภายใน 30 วัน หลังได้รับแจ้ง โดยสำนักงานสาขาจะนำคำร้องอุทธรณ์และผลการวินิจฉัยครั้งแรกส่งมาที่สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นผู้พิจารณา หากผู้รับบริการหรือทายาทที่ยื่นคำร้องไม่เห็นด้วยกับผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ต่อไป

## 6.7 ระบบการจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของกระทรวงสาธารณสุข

กระทรวงสาธารณสุขได้มีนโยบายเรื่องการพัฒนาระบบคุณภาพความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient Safety) และลดปัญหาการฟ้องร้อง พร้อมทั้งได้มีแนวทางในการบริหารจัดการและดำเนินงานในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้ดำเนินงานบรรลุผล เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถลดปัญหาการฟ้องร้อง ให้ดียิ่งขึ้น โดยให้หน่วยงานในสังกัดกระทรวงสาธารณสุขปฏิบัติตามแนวทางดังนี้

6.7.1 ให้ดำเนินการด้านการป้องกันและการตรวจจับความรุนแรงตามขั้นตอนการจ้ดระบบของกระทรวงสาธารณสุข

6.7.2 ให้สำนักงานสาธารณสุขจังหวัด/โรงพยาบาล ดำเนินการจ้ดระบบโครงสร้างทีมเคลื่อนที่เร็ว (Rapid Response Team (RRT) ระดับจังหวัดและระดับโรงพยาบาล

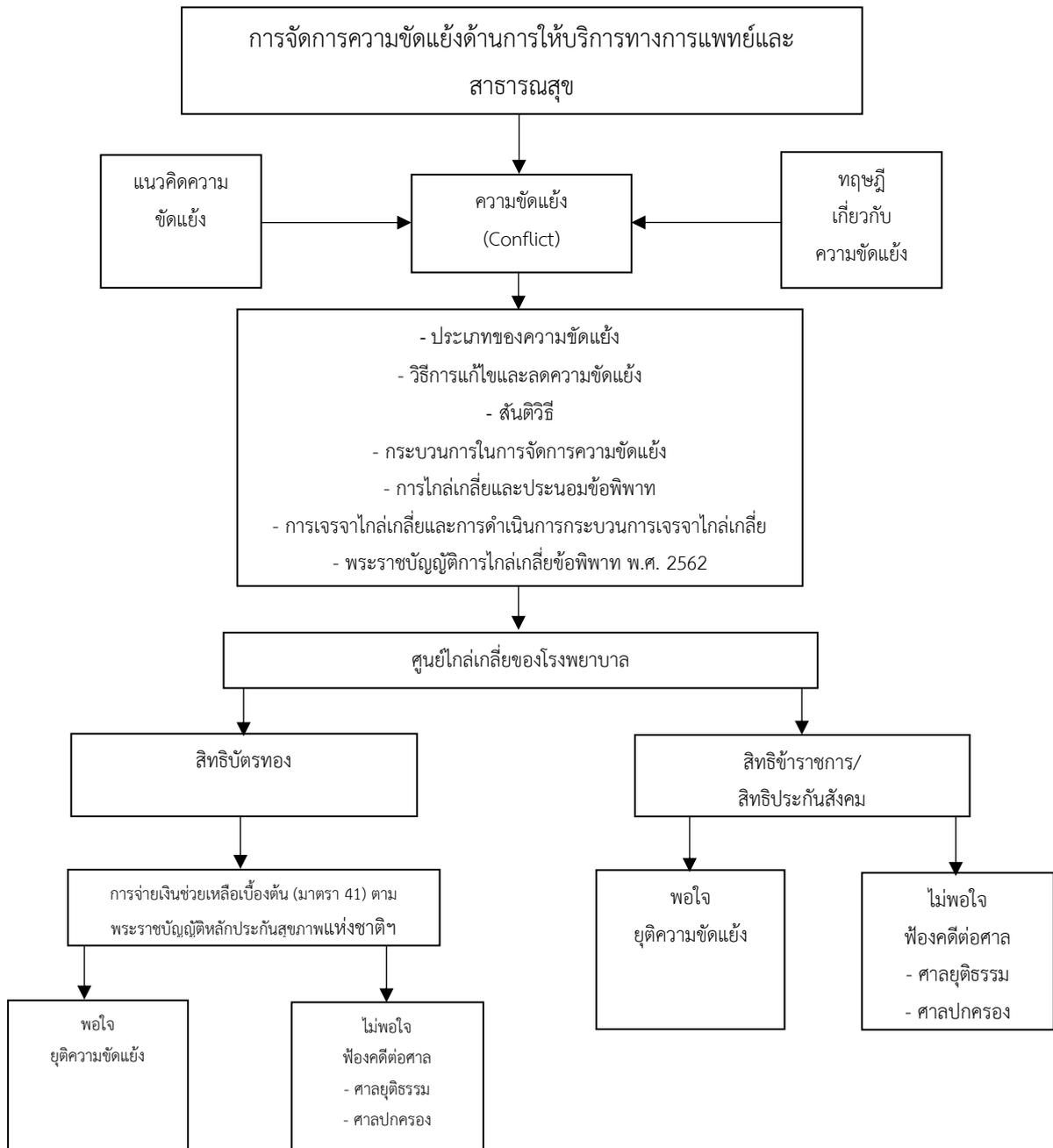
<sup>25</sup> ข้อบังคับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้น กรณีผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2564, ข้อ 7

<sup>26</sup> ข้อบังคับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้น กรณีผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2555, ข้อ 6

6.7.3 ให้ทุกหน่วยงานใช้งานโปรแกรมบันทึกข้อมูลศูนย์เรื่องราร้องทุกข์

6.7.4 ให้ทุกหน่วยงานดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการความปลอดภัยผู้ป่วยและการเจรจาไกล่เกลี่ยในหน่วยงานสาธารณสุขทุกระดับ<sup>27</sup>

6.8 กรอบแนวคิดการศึกษา



<sup>27</sup> มรุต จิรเศรษฐสิริ, การพัฒนาระบบคุณภาพความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient safety) และการลดปัญหาการฟ้องร้อง, สืบค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2564 จาก <http://203.157.213.6/nitikarn/lawyerclub/enforcement/download/marut.pdf>

## 7. ผลการวิจัย

### 7.1 สภาพและปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

#### 7.1.1 โรงพยาบาลปัตตานี จังหวัดปัตตานี

โรงพยาบาลปัตตานีมีนโยบายชัดเจนในเรื่องการจัดการความขัดแย้ง โดยการตั้งศูนย์รับเรื่องร้องเรียน ซึ่งเป็นการเชื่อมต่อการจัดการความเสี่ยง เพื่อให้ผู้รับบริการเข้าถึงการร้องเรียนได้ง่ายเป็นการลดความขัดแย้ง ซึ่งโรงพยาบาลปัตตานีมีการทำงานแบบเชิงรุก เป็นการเน้นการป้องกันเป็นหลัก ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเป็นความขัดแย้งระหว่างบุคคล (Interpersonal Conflict) เป็นความขัดแย้งที่เกิดระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุข สาเหตุความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากทักษะการสื่อสารทำความเข้าใจกับผู้รับบริการ โดยบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้ให้บริการไม่พูดอธิบายหรือไม่ทำความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษาให้ผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้รับบริการเข้าใจ พฤติกรรมบริการ การรักษาพยาบาลทำให้เกิดผลการรักษาที่ไม่เป็นไปตามที่ผู้รับบริการคาดหวัง และเกิดภาวะแทรกซ้อนขึ้น

#### 7.1.2 โรงพยาบาลยะหริ่ง จังหวัดปัตตานี

โรงพยาบาลยะหริ่งมีนโยบายที่สอดคล้องกับนโยบายของกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการพัฒนาระบบคุณภาพความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient Safety) ทั้งได้มีแนวทางในการบริหารจัดการความขัดแย้ง เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถลดปัญหาการฟ้องร้องได้ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเป็นความขัดแย้งระหว่างบุคคล (Interpersonal Conflict) จากการมารับบริการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล เมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้นต้องเข้าไปแก้ปัญหาให้เร็ว ทำให้ปัญหาไม่ลุกลาม ซึ่งเป็นการจัดการปัญหาความขัดแย้งแบบเชิงรุก โดยการเจรจา (Negotiation) ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งแบบสันติวิธี และผลลัพธ์ที่ได้เป็นไปในลักษณะที่ทั้งสองฝ่ายต่างชนะ (Win - Win) สาเหตุความขัดแย้งเกิดจากทักษะการสื่อสารเกี่ยวกับการรับบริการ โดยที่บุคลากรทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้ให้บริการไม่มีการสื่อสารหรือไม่อธิบายขั้นตอนการรักษาให้ผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้รับบริการฟังทำให้ผู้ป่วยไม่เข้าใจขั้นตอนในการเข้ารับบริการรักษาพยาบาล ขั้นตอนการรับบริการที่ล่าช้ารอนาน พฤติกรรมบริการ ส่วนมากเป็นพฤติกรรมบริการที่ไม่เหมาะสม ความผิดพลาดจากการรักษาพยาบาลเกิดอาการที่ไม่พึงประสงค์ เกิดอาการแทรกซ้อนจากการรักษาพยาบาล

#### 7.1.3 โรงพยาบาลบาเจาะ จังหวัดนราธิวาส

โรงพยาบาลบาเจาะมีนโยบายเชิงป้องกันในเรื่องการจัดการความขัดแย้ง จะเน้นการให้บริการให้เกิดความประทับใจ เอาใจใส่ กระตือรือร้นในการให้บริการ และมีทีมเจรจาไกล่เกลี่ยเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้น โดยมีการลงไปพื้นที่รับฟังปัญหา เพื่อที่จะแก้ไขปัญหานั้นได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเป็นความขัดแย้งระหว่างบุคคล (Interpersonal Conflict) จะใช้การเจรจา (Negotiation) ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งแบบสันติวิธี โดยการตกลงเพื่อหาข้อยุติร่วมกัน สาเหตุความขัดแย้งเกิดจากความผิดพลาด

ของเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากการปฏิบัติงาน ความล่าช้าในการรับบริการ ผู้ป่วยต้องรอนาน ไม่ใส่ใจผู้ป่วย พฤติกรรมบริการ ทักษะการสื่อสารที่ไม่เข้าใจกัน โดยที่บุคลากรทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้ให้บริการไม่อธิบายให้ผู้ป่วยฟังเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษา ทำให้ผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้รับบริการไม่เข้าใจในสิ่งที่แพทย์กำลังทำการรักษา

#### 7.1.4 โรงพยาบาลรามัน จังหวัดยะลา

โรงพยาบาลรามันมีนโยบายสอดคล้องกับนโยบายกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการพัฒนากระบวนการพัฒนาคุณภาพความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient Safety) การจัดการความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์ ทางโรงพยาบาลมีการแต่งตั้งคณะกรรมการเจรจาไกล่เกลี่ย เพื่อพัฒนากระบวนการความปลอดภัยของผู้ป่วยและบุคลากรสาธารณสุข ลดปัญหาการฟ้องร้อง โดยมีระบบป้องกัน ระบบเฝ้าระวัง และระบบไกล่เกลี่ย สาเหตุความขัดแย้งเกิดจากความล่าช้าในการรับบริการ ความคาดหวังในการรับบริการแล้วไม่เป็นไปตามความคาดหวัง พฤติกรรมบริการมีบ้างแต่เป็นส่วนน้อย ทักษะการสื่อสารทำให้ผู้รับบริการไม่ได้รับข้อมูลที่เพียงพอ โดยที่บุคลากรทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้ให้บริการไม่ได้อธิบายหรือให้ข้อมูลในการรักษา กับผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้รับบริการที่เพียงพอ ทำให้ผู้ป่วยไม่เข้าใจในกระบวนการรักษา ทำให้เกิดความเข้าใจผิด

**7.2 ลักษณะการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทั้งกรณีที่ประสบความสำเร็จและล้มเหลวระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้**

##### 7.2.1 โรงพยาบาลปัตตานี จังหวัดปัตตานี

โรงพยาบาลปัตตานี มีกระบวนการทำงานที่ชัดเจน โดยดำเนินการตามนโยบายของกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการพัฒนากระบวนการพัฒนาความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient Safety) และลดปัญหาการฟ้องร้อง โดยมีทีมเคลื่อนที่เร็ว (Rapid Response Team (RRT) ของโรงพยาบาล มีหน้าที่ในการเจรจาไกล่เกลี่ยเมื่อเกิดปัญหาความขัดแย้ง ซึ่งการเจรจา (Negotiation) ของโรงพยาบาลปัตตานีเป็นการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งแบบสันติวิธีด้วยข้อเสนอที่ต้องการให้ได้รับการตกลงบนพื้นฐานของประโยชน์ร่วมกัน เพื่อหาข้อยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้น หลักการเจรจาไกล่เกลี่ย เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกับผู้ป่วย โรงพยาบาลปัตตานีได้นำระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด (No – fault Compensation System) มาใช้เยียวยาความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข โดยมีการเยียวยา ตามมาตรา 41 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ตามที่ประเทศไทยได้นำแนวคิดระบบการจ่ายค่าชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดของประเทศสวีเดนมาใช้ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เสียหายได้รับการชดเชยที่รวดเร็ว กรณีเกิดปัญหาความขัดแย้ง เครือข่ายในชุมชน ผู้นำชุมชน ผู้นำหมู่บ้าน ผู้นำศาสนา ฝ่ายปกครอง ตำรวจ สามารถช่วยโรงพยาบาลได้มากในการจัดการความขัดแย้ง ให้ประสบความสำเร็จ โดยเข้ามาเป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ย (Mediation) ส่วนกรณีการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่ล้มเหลว ซึ่งทางโรงพยาบาลไม่สามารถเจรจาไกล่เกลี่ยกับผู้รับบริการที่ได้รับความเสียหายจากการรับบริการ

ทางแพทย์ ไม่สามารถยุติความขัดแย้งได้ ทางโรงพยาบาลจะรายงานผู้บังคับบัญชาทราบ คือ นายแพทย์ สาธารณสุขจังหวัด เพื่อให้ทีมไกล่เกลี่ยของจังหวัดลงมาช่วยเจรจาไกล่เกลี่ย และรายงานผู้ตรวจราชการ เขตสุขภาพที่ 12 ทราบ

### 7.2.2 โรงพยาบาลยะหริ่ง จังหวัดปัตตานี

โรงพยาบาลยะหริ่งมีศูนย์ไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ในการลงไปไกล่เกลี่ยเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้น ในการไกล่เกลี่ยของโรงพยาบาลยะหริ่งใช้เครือข่ายชุมชนเข้ามาช่วย เช่น ผู้นำชุมชน มาเป็นคนกลาง ในการไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมมาก เนื่องจากเป็นวิธีการ ระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนได้เสียมาช่วยไกล่เกลี่ย ส่วนกรณีการแก้ไข ปัญหา ความขัดแย้งที่ล้มเหลวจะมีน้อยมาก ส่วนมากจะจัดการความขัดแย้งได้หมด โดยผู้เสียหายจะมีเงื่อนไข ให้โรงพยาบาลชดเชยค่าเสียหาย ให้เยียวยา โดยทางโรงพยาบาลก็จะยื่นเยียวยาตามมาตรา 41 พระราชบัญญัติ หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ให้กับผู้เสียหาย หลักการเยียवादังกล่าวได้นำแนวคิดระบบการชดเชย ความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด (No – fault Compensation System) ของประเทศสวีเดนมาใช้เยียวยาความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข ทำให้ได้รับการชดเชยที่รวดเร็ว

### 7.2.3 โรงพยาบาลบาเจาะ จังหวัดนราธิวาส

โรงพยาบาลบาเจาะมีทีมไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ลงไปไกล่เกลี่ยกรณีเกิดปัญหาความขัดแย้ง โดยลงไปรับฟังปัญหาว่าผู้เสียหายต้องการอะไร รับฟังข้อมูล ทำให้รับทราบปัญหา และกลับมารายงาน ผู้อำนวยการโรงพยาบาล ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายของกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการพัฒนากระบวนการ ความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient Safety) และลดปัญหาการฟ้องร้อง และได้้นำระบบการชดเชย ความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด (No – fault Compensation System) ของประเทศสวีเดนมาใช้เยียวยาความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข โดยยื่นเยียวยา ตามมาตรา 41 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ส่วนกรณีการแก้ไข ปัญหาความขัดแย้ง ที่ล้มเหลวไม่เคยเกิดขึ้นเลย ส่วนใหญ่เจรจาไกล่เกลี่ยได้หมด แต่ถ้าเจรจาไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จจริงๆ ก็ต้องรายงานจังหวัด หรือให้นักการเมืองท้องถิ่น ผู้ใหญ่บ้านเข้ามาช่วยเป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ย (Mediation) ส่วนมากที่เจอปัญหาคือสิทธิ 30 บาท ส่วนสิทธิประกันสังคมและสิทธิข้าราชการจะไม่ค่อยเจอ ปัญหา

### 7.2.4 โรงพยาบาลรามัน จังหวัดยะลา

โรงพยาบาลรามันมีคณะกรรมการเจรจาไกล่เกลี่ย มีบทบาทหน้าที่ วิเคราะห์ปัญหา ลงไปไกล่เกลี่ย เพื่อหาวิธีและทางออกร่วมกัน สร้างความเข้าใจ ให้ข้อมูลที่ถูกต้อง แต่จะไม่ให้คนที่อยู่ในเหตุการณ์ ความขัดแย้งลงไปเผชิญหน้ากับผู้เสียหาย มีมาตรการเยียวยาตามมาตรา 41 พระราชบัญญัติ หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดระบบการชดเชยความเสียหายจากการ

รับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ (No – fault Compensation System) ของประเทศ สวีเดน ทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยที่รวดเร็ว ส่วนกรณีการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งที่ล้มเหลว ไม่สามารถเจรจาไกล่เกลี่ยกับผู้เสียหายได้ ทางโรงพยาบาลจะตั้งเครือข่ายในชุมชนเข้ามาช่วย เป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นกระบวนการที่มีบุคคลที่สามที่ไม่มีส่วนได้ส่วนเสีย ในกรณีความขัดแย้ง เข้ามาช่วยแก้ปัญหา แต่ถ้ายังไม่ประสบความสำเร็จก็จะรายงานจังหวัดทราบ และถ้าทางโรงพยาบาลมั่นใจว่าทำถูกต้องแล้ว ก็ให้ผู้เสียหายฟ้อง แล้วค่อยไปสู่คดีในศาลต่อไป

โดยสรุปในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งของโรงพยาบาลทั้ง 4 แห่ง สิทธิบัตรทอง (30 บาท) จะใช้การเจรจาไกล่เกลี่ยเป็นหลักในการจัดการความขัดแย้ง โดยเจ้าหน้าที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยของโรงพยาบาล จะลงไปเจรจาไกล่เกลี่ยเองหรืออาจตั้งเครือข่ายชุมชนเข้ามาช่วยในการเจรจาไกล่เกลี่ย ก่อนที่จะมีการยื่นเยียวยาให้ตามมาตรา 41 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 และหลังจากได้รับการเยียวยาแล้ว หากยังไม่พอใจกับจำนวนเงินที่ได้รับการเยียวยาก็สามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองได้อีก ส่วนสิทธิข้าราชการและสิทธิประกันสังคม จะใช้การเจรจาไกล่เกลี่ยเช่นเดียวกับสิทธิบัตรทอง แต่จะไม่มีมาตรการเยียวยาเหมือนกับสิทธิบัตรทอง ซึ่งถ้าผู้เสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์ไม่พอใจ กับผลการเจรจาไกล่เกลี่ยก็สามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้

### 7.3 ข้อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

7.3.1 ควรส่งเสริมให้ทุกโรงพยาบาลมีเครือข่ายชุมชนที่เข้มแข็ง เช่น ผู้นำชุมชน กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ผู้นำท้องถิ่น และผู้นำศาสนา เป็นเครือข่ายช่วยจัดการความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาล เพื่อความเป็นกลางและช่วยลดความรุนแรงของความขัดแย้ง

7.3.2 ควรมีการสร้างทีมนักเจรจาไกล่เกลี่ยให้เข้มแข็ง มีการพัฒนาความรู้และทักษะการเจรจาไกล่เกลี่ย โดยคัดคนที่มีทัศนคติบวก มองโลกในแง่ดี รับฟังความคิดเห็นของผู้อื่น ยิ้มแย้มแจ่มใส อารมณ์ดี

7.3.3 ควรมีการทำงานเชิงรุกโดยมีการศึกษาความต้องการของผู้รับบริการเมื่อต้องมาโรงพยาบาล และสาเหตุของความขัดแย้งจากการรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข เพื่อป้องกันความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต

7.3.4 ผู้บริหารและบุคลากรในโรงพยาบาลต้องเข้าใจธรรมชาติของความขัดแย้งและความต้องการของผู้รับบริการที่แตกต่างกันเมื่อมารับบริการที่โรงพยาบาล

7.3.5 มีการพัฒนาระบบการรับเรื่องร้องเรียนให้มีประสิทธิภาพเพื่อลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้รับบริการกับผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาล

7.3.6 โรงพยาบาลควรจัดอบรมให้กับบุคลากรทางการแพทย์เพื่อพัฒนาเรื่องทักษะการสื่อสารที่ดีกับผู้ป่วย เพื่อป้องกันความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นได้ เช่น เมื่อผู้ป่วยเข้ามาใช้บริการรักษาพยาบาล

ต้องอธิบายขั้นตอนต่าง ๆ ให้ผู้ป่วยทราบและเข้าใจ ว่าการรักษาพยาบาลของบุคลากรทางการแพทย์ มีวัตถุประสงค์อย่างไร รายละเอียดของการรักษาพยาบาลมีอะไรบ้าง และผลที่เกิดต่อผู้ป่วย ในภายหลังการรักษาพยาบาลจะเป็นอย่างไร ตลอดจนอันตรายหรือผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้น จากการรักษาพยาบาลนั้น หากจะมีมากน้อยเพียงใด ซึ่งบุคลากรทางการแพทย์มีหน้าที่ต้องอธิบาย หรือบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบและเข้าใจอย่างละเอียด

## 8. สรุปผลและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า สาเหตุความขัดแย้งส่วนใหญ่เกิดจากพฤติกรรมการบริการที่ไม่เหมาะสม ของบุคลากรทางการแพทย์ที่แสดงออกมาทำให้ผู้รับบริการไม่พึงพอใจ การรักษาพยาบาล เช่น ผลการรักษา ที่ไม่เป็นไปตามความคาดหวัง ความผิดพลาดจากการรักษาพยาบาล ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นกับผู้ป่วย และทักษะการสื่อสารของบุคลากรทางการแพทย์ โดยบุคลากรทางการแพทย์ขาดการอธิบายขั้นตอน ในการรักษาพยาบาล ไม่มีการชี้แจงทำความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยเข้าใจ

การจัดการความขัดแย้งของทุกโรงพยาบาลมีเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในการเจรจาไกล่เกลี่ย อาจจะมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันของแต่ละโรงพยาบาล เช่น ทีมเคลื่อนที่เร็ว คณะกรรมการจัดการความขัดแย้ง ทีมไกล่เกลี่ย คณะกรรมการไกล่เกลี่ย ซึ่งเจ้าหน้าที่ชุดนี้จะมีหน้าที่ในการจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้น กับโรงพยาบาล โดยเน้นการทำงานเชิงรุก การป้องกันความขัดแย้ง และเมื่อเกิดปัญหาขึ้นจะลงพื้นที่ เพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งได้อย่างรวดเร็ว โดยดึงเครือข่ายชุมชนเข้ามาช่วยในการจัดการความขัดแย้ง และใช้มาตรการเยียวยาตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

ความขัดแย้งส่วนใหญ่เกิดขึ้นกับผู้รับบริการที่ใช้สิทธิบัตรทอง (30 บาท) เท่านั้น เพราะผู้รับบริการ ไม่สามารถเลือกใช้สิทธิในโรงพยาบาลตามที่ตนเองต้องการได้ ยกเว้นกรณีอุบัติเหตุ-ฉุกเฉินเท่านั้น แต่ต้องใช้สิทธิในโรงพยาบาลของรัฐที่กฎหมายกำหนดไว้ หากจะไปรับบริการที่โรงพยาบาลของรัฐแห่งอื่น ต้องใช้ระบบส่งตัว (Refer) โดยแพทย์ ส่วนสิทธิข้าราชการ สามารถเลือกใช้สิทธิในโรงพยาบาลของรัฐ ได้ทุกแห่ง และสิทธิประกันสังคมผู้ประกันตนสามารถเลือกใช้สิทธิได้ตามที่ตนเองระบุไว้ ซึ่งจากการศึกษา ทั้งสิทธิข้าราชการและสิทธิประกันสังคมไม่พบความขัดแย้งจากการรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข ของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

โรงพยาบาลมีข้อเสนอแนะ โดยทีมที่มีหน้าที่ในการจัดการความขัดแย้งต้องมีความรู้และมีทักษะ ในการเจรจาไกล่เกลี่ย เน้นมาตรการป้องกันความขัดแย้ง และหากคนกลางเข้ามาช่วยในการเจรจาไกล่เกลี่ย เช่น เครือข่ายชุมชน ผู้นำชุมชน ผู้นำศาสนา หรือเจ้าหน้าที่สาธารณสุขที่อยู่โรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบล

จากการศึกษาสามารถสรุปสาเหตุความขัดแย้ง การจัดการความขัดแย้ง และข้อเสนอแนะในการจัดการความขัดแย้งจากการรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขเป็นตารางได้ดังต่อไปนี้

**ตารางที่ 1 สรุปสาเหตุความขัดแย้ง การจัดการความขัดแย้ง และข้อเสนอแนะในการจัดการความขัดแย้งจากการรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้**

การจัดการความขัดแย้งของโรงพยาบาลของรัฐ	โรงพยาบาลปัตตานี	โรงพยาบาลยะหริ่ง	โรงพยาบาลบาเจาะ	โรงพยาบาลรามัน	สรุป
1. สาเหตุความขัดแย้ง	<ul style="list-style-type: none"> <li>- พหุติกรรมบริการ</li> <li>- การรักษาพยาบาล (ผลการรักษาที่ไม่เป็นไปตามความคาดหวัง)</li> <li>- ทักขะการสื่อสารทำความเข้าใจกับผู้ใช้บริการ</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- พหุติกรรมบริการ</li> <li>- การรักษาพยาบาล (ความผิดพลาดจากการรักษาพยาบาล)</li> <li>- ทักขะการสื่อสารเกี่ยวกับการรับบริการ</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- พหุติกรรมบริการ</li> <li>- การรักษาพยาบาล (ความผิดพลาดแล้วเกิดความเสียหาย)</li> <li>- ทักขะการสื่อสารที่ไม่เข้าใจกันโดยไม่อธิบายให้ผู้ป่วยฟังเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษา</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- พหุติกรรมบริการ</li> <li>- การรักษาพยาบาล (ความผิดพลาดจากการรับบริการ)</li> <li>- ทักขะการสื่อสารทำให้ผู้ใช้บริการไม่ได้รับข้อมูลที่เพียงพอ</li> </ul>	สาเหตุความขัดแย้งจากการรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขคือ พหุติกรรมบริการ ความผิดพลาดจากการรักษาพยาบาล และ ทักขะการสื่อสาร
2. การจัดการความขัดแย้ง	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มีทีมเคลื่อนที่เร็ว Rapid Response Team (RRT)</li> <li>- ทำงานเชิงรุก</li> <li>- เน้นการป้องกัน</li> <li>- มีช่องทางรับเรื่องร้องเรียน</li> <li>- เครือข่ายชุมชน ผู้นำชุมชน เป็นคนกลาง ช่วยไกล่เกลี่ย</li> <li>- มีการเยียวยา ตามมาตรา 41</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มีคณะกรรมการจัดการความขัดแย้ง</li> <li>- ทำงานเชิงรุก</li> <li>- ลงไปแก้ปัญหาให้เร็ว</li> <li>- เครือข่ายชุมชน เช่น ผู้นำชุมชน เป็นคนกลาง เข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย</li> <li>- ทีมไกล่เกลี่ยจังหวัดลงมาร่วมไกล่เกลี่ย</li> <li>- มีการเยียวยา ตามมาตรา 41</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มีทีมไกล่เกลี่ย</li> <li>- เน้นการป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้ง</li> <li>- ทีมไกล่เกลี่ยลงพื้นที่รับทราบปัญหา</li> <li>- มีความผิดพลาดขึ้น ต้องรีบแก้ปัญหาโดยเร็ว</li> <li>- มีการเยียวยา ตามมาตรา 41</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มี คณะกรรมการ ไกล่เกลี่ย</li> <li>- ทักขะของคนไกล่เกลี่ยต้องเข้าใจปัญหา</li> <li>- ทีมไกล่เกลี่ยต้องมี ทักขะเป็นผู้ฟังที่ดี</li> <li>- Win-Win ประชาชนพึงพอใจ ไม่ทำให้เจ้าหน้าที่เสียหายกำลังใจ</li> <li>- มีการเยียวยา ตามมาตรา 41</li> </ul>	การจัดการความขัดแย้งโดยทุกโรงพยาบาลมีทีมหรือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในการเจรจาไกล่เกลี่ย โดยเน้นการทำงานเชิงรุก การลงไปแก้ปัญหาความขัดแย้ง โดยดึงเครือข่ายชุมชน เข้ามาช่วยเจรจาไกล่เกลี่ย และใช้มาตรการเยียวยา ตามมาตรา 41
3. ข้อเสนอแนะ	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ทีมไกล่เกลี่ยต้องมีความรู้และมีประสิทธิภาพ</li> <li>- มีการป้องกันความเสี่ยง</li> <li>- ใน 3 จังหวัด ควรให้ผู้นำศาสนาเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ทีมไกล่เกลี่ยต้องมีความรู้</li> <li>- เน้นมาตรการป้องกัน</li> <li>- หาคคนกลาง ผู้นำชุมชน เจ้าหน้าที่สาธารณสุข ที่อยู่โรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบล (รพ.สต.) ช่วยไกล่เกลี่ย</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ต้องพัฒนาทักษะของทีมไกล่เกลี่ยต้องฝึกอบรม</li> <li>- ต้องจัดบริการให้ทันความคาดหวัง</li> <li>- ต้องเปิดช่องทางเรียนให้มาก</li> <li>- ทีมไกล่เกลี่ยมีทักษะการฟัง</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มีหลักสูตรไกล่เกลี่ย</li> <li>- จะส่งคนไปอบรม</li> <li>- ระบบไกล่เกลี่ยต้องดี</li> <li>- ควรมีช่องทางเยียวยาในสิทธิข้าราชการ</li> </ul>	ข้อเสนอแนะคือ ต้องมีการพัฒนาความรู้ ทักขะการไกล่เกลี่ยให้กับเจ้าหน้าที่ มีการป้องกันความเสี่ยงจากการให้บริการทางการแพทย์ มีคนกลางช่วยในการเจรจาไกล่เกลี่ย เช่น ผู้นำชุมชน ผู้นำศาสนา

จากตารางดังกล่าว ความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นได้ เพราะมนุษย์แต่ละคนจะมีความขัดแย้งธรรมชาติอยู่แล้วตามทฤษฎีความขัดแย้งของ

Immanuel Kant (2001)<sup>28</sup> ซึ่งความขัดแย้งเกิดจากการกระทำของบุคคลที่ต้องการที่จะบรรลุความปรารถนาของตนตามทฤษฎีความขัดแย้งของ Max Weber (1968)<sup>29</sup> และความขัดแย้งเป็นเรื่องปกติที่เกิดโดยธรรมชาติและไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ในการดำรงชีวิตตามทฤษฎีความขัดแย้งของ Gaetano Mosca (1939)<sup>30</sup>

ปัญหาความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่เกิดขึ้นเป็นความขัดแย้งระหว่างบุคคล (Interpersonal Conflict) เป็นความขัดแย้งที่พบบ่อย อาจจะเริ่มจากความขัดแย้งในทัศนคติ ความเชื่อ ความผิดพลาดจากการรักษาพยาบาล สิ่งเหล่านี้ทำให้เกิดเป็นพฤติกรรมเกี่ยวเนื่องกับบุคคลอื่นในทางลบจนกลายเป็นความขัดแย้งขึ้น สาเหตุความขัดแย้งส่วนใหญ่มาจากสาเหตุ พฤติกรรมบริการที่ไม่เหมาะสม การรักษาพยาบาล เช่น ผลการรักษาที่ไม่เป็นไปตามความคาดหวัง ความผิดพลาดจากการรักษาพยาบาล ทำให้เกิดความเสียหายกับผู้ป่วย ทักษะการสื่อสารของบุคลากรทางการแพทย์ โดยบุคลากรทางการแพทย์ขาดการอธิบายขั้นตอนในการรักษาพยาบาล ไม่มีการชี้แจงทำความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการรักษาพยาบาล ให้ผู้ป่วยเข้าใจ และการจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ทั้ง 4 แห่ง พบว่ามีนโยบายเรื่องการพัฒนากระบวนการความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient Safety) และลดปัญหาการฟ้องร้อง ตามแนวทางของกระทรวงสาธารณสุข เพื่อให้ดำเนินงานบรรลุผล เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถลดปัญหาการฟ้องร้อง โดยทุกโรงพยาบาลมีนโยบายในการจัดการความขัดแย้งเชิงสร้างสรรค์โดยสันติวิธี ผู้อำนวยการโรงพยาบาลมีวิสัยทัศน์ไปในทิศทางเดียวกันในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง โดยเน้นการป้องกันและเฝ้าระวังไม่ให้เกิดความขัดแย้ง หากเกิดความขัดแย้งขึ้นแล้ว ก็จะมีทีมเจรจาไกล่เกลี่ยเพื่อยุติความขัดแย้งลงได้โดยเร็ว การเจรจาไกล่เกลี่ยจึงเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาล ทั้งการเจรจาไกล่เกลี่ยคนกลาง (Mediation) และการเจรจาไกล่เกลี่ย (Negotiation) เพราะผลลัพธ์ที่ได้คือทั้งสองฝ่ายต่างชนะ (Win-Win) และมีความยืดหยุ่นในการจัดการความขัดแย้ง

ทุกโรงพยาบาลมีหลักเกณฑ์ในการเลือกเจ้าหน้าที่มาทำหน้าที่ในการเจรจาไกล่เกลี่ย โดยจะคัดคนที่ใจเย็น มองโลกในแง่ดี และรับฟังความคิดเห็นของผู้อื่น เป้าหมายสำคัญในการจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของทุกโรงพยาบาล คือ การจัดการความขัดแย้งเชิงสร้างสรรค์ ผู้บริหารและบุคลากรในโรงพยาบาลมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุข ในการจัดการความขัดแย้งทุกโรงพยาบาลตั้งเครือข่ายในชุมชนเข้ามาช่วยในการแก้ไขความขัดแย้ง เช่น ผู้นำชุมชน กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ผู้นำศาสนา

<sup>28</sup> รัฐพล เย็นใจมา และคณะ, ความขัดแย้งในสังคม : ทฤษฎีและแนวทางแก้ไข, วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์, 7 (2) (2561), น. 227.

<sup>29</sup> รัฐพล เย็นใจมา และคณะ, เรื่องเดียวกัน, น. 228.

<sup>30</sup> รัฐพล เย็นใจมา และคณะ, เรื่องเดียวกัน, น. 228.

โรงพยาบาลทั้ง 4 แห่ง ใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายที่ผู้รับบริการหรือผู้ป่วยได้รับความเสียหายที่เกิดจากการรับบริการสาธารณสุข ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้กำหนดให้มีการช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้รับบริการที่ได้รับความเสียหายจากการให้บริการสาธารณสุข โดยได้นำแนวคิดระบบชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด (No-Fault Compensation System) ของประเทศสวีเดนมาใช้ เพราะระบบการจ่ายค่าชดเชยโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดของประเทศสวีเดน เป็นการช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยที่รวดเร็ว สามารถช่วยสร้างความสัมพันธ์อันดีระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการเป็นอย่างดี ต่างกับประเทศนิวซีแลนด์ที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่หน่วยงานที่รับผิดชอบต้องจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้เสียหาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบชดเชยความเสียหายที่ต้องการให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาโดยเร็ว และข้อเสนอแนะจากการศึกษาควรส่งเสริมให้ทุกโรงพยาบาลมีเครือข่ายชุมชนที่เข้มแข็ง ควรมีการพัฒนาความรู้และทักษะของทีมนักเจรจาไกล่เกลี่ย ควรมีการศึกษาความต้องการของผู้รับบริการเมื่อต้องมาโรงพยาบาล ผู้บริหารและบุคลากรในโรงพยาบาลต้องเข้าใจธรรมชาติของความขัดแย้ง มีการพัฒนาระบบการรับเรื่องร้องเรียนให้มีประสิทธิภาพ และโรงพยาบาลควรจัดอบรมให้กับบุคลากรทางการแพทย์เกี่ยวกับทักษะการสื่อสารที่ดีกับผู้ป่วย

### บรรณานุกรม

- กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย. (2554). สิทธิในการรักษาพยาบาล : ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้รับบริการทางด้านสาธารณสุข. จุลินิติ, น. 1-33.
- กลุ่มงานประกันสุขภาพ สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดปัตตานี. (2565). รายงานสรุปผลการดำเนินงานในระบบหลักประกันสุขภาพ เขต 12.
- ข้อบังคับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้น กรณีผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2555.
- ข้อบังคับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้น กรณีผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2564.
- จารุณี พจน์สุจริต. (2560). ประสิทธิภาพการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นตามมาตรา 41 : จังหวัดลำพูน. วารสารสาธารณสุขล้านนา, ปีที่ 13 (2), น. 86-92.
- บุษกร เขียวจินดาภานต์. (2561). เทคนิคการวิจัยเชิงคุณภาพแบบกรณีศึกษา. วารสารศิลปศาสตร์ปริทัศน์, ปีที่ 13 (25), น. 103-118.
- พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525.
- พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545.

มรุต จิรเศรษฐสิริ. (2559). การพัฒนาระบบคุณภาพความปลอดภัยของผู้ป่วย (Patient safety) และการลดปัญหาการฟ้องร้อง. สืบค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2564, จาก <http://203.157.213.6/nitikarn/Lawyerclub/enforcement/download/marut.pdf>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

รัฐพล เย็นใจมา และคณะ. (2561). ความขัดแย้งในสังคม : ทฤษฎีและแนวทางแก้ไข. วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์, ปีที่ 7 (2), น. 224-238.

ลันตา อุตมะโกคิน. (2554). ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด : การปฏิรูประบบบริการสาธารณสุขของไทย. จุลนิติ, น. 59-65.

ศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข. (2562). การบริหารจัดการความขัดแย้งในหน่วยบริการ. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564, จาก <https://www.hfocus.org/content/2019/01/16725>

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2554). ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข. จุลนิติ, น. 47-58.

สมภูมิ หล้ารัมย์ และคณะ. (2560). ศาลยุติธรรม : ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมเพื่อความเป็นธรรมและเท่าเทียมได้. วารสารสถาบันวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม, ปีที่ 4 (2), น. 73-96.

การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน  
กรณีศึกษา เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์<sup>1</sup>

Criminal Prosecution by Authorized Representative

Case Study on the Children Born Using Assisted Reproductive Technology

อภิรักษ์ ศรีศิริ<sup>2</sup>

Apinan Srisiri

(Received: October 19, 2022, Revised: December 21, 2022, Accepted: December 22, 2022)

บทคัดย่อ

บทความวิจัยเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์ศึกษาปัญหาทางกฎหมายการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน ศึกษากรณี เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และใช้วิธีการศึกษาค้นคว้าเอกสาร ผลการศึกษาพบว่า เกิดปัญหาทางกฎหมายไม่ชัดเจนในเรื่องอำนาจจัดการแทนของบุพการีและผู้สืบสันดาน เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้ระบุถึงสิทธิหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาไว้ นำมาสู่การกำหนดประเด็นการดำเนินคดีอาญาของผู้มีอำนาจจัดการแทน โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน จากกรณีวิเคราะห์ พบว่าความเป็นบุพการีของผู้สืบสันดานกรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีอำนาจในการจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงได้ โดยยึดหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม หลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ และหลักการยึดเจตจำนง แล้วแต่กรณี และตามหลักการใช้และการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเห็นว่า ไม่ขัดต่อเจตนารมณ์การกำหนดการให้อำนาจแก่ผู้เสียหายที่แท้จริงและผู้มีอำนาจจัดการแทนในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบัน โดยมีข้อเสนอแนะในการนิยามบุพการี ผู้สืบสันดาน และกำหนดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาค นัยเดียวกันกับการกำหนดสิทธิหน้าที่ในทางแพ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

**คำสำคัญ :** การดำเนินคดีอาญา, ผู้มีอำนาจจัดการแทน, เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

<sup>1</sup> บทความวิจัยฉบับนี้ เป็นส่วนหนึ่งรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีศึกษา เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี 2565

<sup>2</sup> ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร., หัวหน้าหมวดกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี

Assistant Professor Dr., Head of Criminal law and Justice System Division, Faculty of Law, Ubon Ratchathani University

### Abstract

This research article aims to study legal problems on criminal prosecution by the authorized representative in the case of children born using assisted reproductive technologies by using documentary research method. The results show that there are ambiguous legal problems regarding the parental powers to file a lawsuit on behalf of their descendants. The cause of the problem is the fact that the Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act B.E. 2558 does not specify parental rights and duties in criminal prosecution. This might lead to the issue on the determination of a person having the authority to act on the behalf of the descendants in the criminal process by using the relationship between the parents and the descendants. As a result, it has been found that the parents in the case of children born by using assisted reproductive technologies have the power to act on behalf of the injured person. In conformity of the principle of genetic symbiotic relationship, the principle of intent and the principles of use and interpretation of the Criminal Procedural Code, it is not contrary to the intent of the principle of empowering the real injured person and the parents to act on children's behalf stipulated on the Criminal Procedural Code. The research provides three recommendations to clearly define parents, descendants, and their rights and duties under the Criminal Procedural Code in the case of the sperm and egg donation by any person in the same approach with the Act on the Protection of Children Born Using Assisted Reproductive Technology B.E. 2558.

**Keywords:** Criminal Prosecution, Authorized Representative, Children Born Using Assisted Reproductive Technology

#### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การมีบุตรหรือลูกโดยธรรมชาติวิธีการดั้งเดิม คือ เกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงจนมีการตั้งครรภ์ (Pregnancy) ซึ่งเป็นภาวะที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิแล้วได้ตัวอ่อนเกิดขึ้นมา ในการตั้งครรภ์ปกติ ตัวอ่อนจะไปฝังอยู่ที่เยื่อโพรงมดลูก และตัวอ่อนที่มีเพียงเซลล์เดียวจะแบ่งตัวและพัฒนาเป็นอวัยวะต่าง ๆ จนเจริญเติบโตเป็นทารก ซึ่งผู้หญิงโดยทั่วไปที่มีประจำเดือนปกติและมาสม่ำเสมอทุก ๆ 28-30 วัน จะมีอายุครรภ์ประมาณ 40 สัปดาห์ หรือประมาณ 280 วัน นับจากวันแรกของการมีประจำเดือนครั้งสุดท้าย ในขณะที่ปัจจุบันความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์นำมาใช้ในหลากหลายกิจกรรม รวมไปถึงการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก สามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้หรือประสงค์จะมีบุตรด้วยวิธีอื่น ๆ จึงหันมาใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง

การแพทย์ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อรับรอง คุ้มครองและระบุดฐานะของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้อย่างครอบคลุม อย่างไรก็ตาม แนวคิดของความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมุมมองแนวคิดความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดานของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ก็ไม่สอดคล้องกับแนวคิด หลักการดั้งเดิมทั้งหมด<sup>3</sup> เนื่องจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นกรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่น่าอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม จากที่กล่าวมาส่งผลต่อการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดาหรือบุตรตามกฎหมายนัยความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดานเพิ่มเติมเปลี่ยนไปด้วย เนื่องจากแนวคิดทางกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดากับบุตรเกิดขึ้นจากการมีเพศสัมพันธ์กันตามธรรมชาติ เช่น การให้สิทธิในการรับมรดกโดยทายาทที่มีสิทธิรับมรดก ซึ่งเป็นบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกันตามวิธีธรรมชาติในฐานะเป็นผู้สืบสันดาน บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้ว พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเกิดจากการตั้งครรภ์ตามวิธีทางธรรมชาติระหว่างผู้ชายกับหญิง โดยหญิงซึ่งเป็นมารดาเป็นผู้ตั้งครรภ์เอง โดยไม่มีการตั้งครรภ์โดยหญิงอื่นหรือการอุ้มบุญแทน

นอกจากความสัมพันธ์ในทางแพ่งดังกล่าว ความสัมพันธ์ระหว่างบุพการีและผู้สืบสันดานยังส่งผลต่อความรับผิดชอบบางลักษณะที่กำหนดให้การกระทำความผิดทางอาญาของผู้สืบสันดานให้ต้องรับโทษหนักขึ้น หากได้กระทำต่อบิดามารดาหรือบุพการีของตน อาทิ ผู้ใดฆ่าบุพการี ต้องรับโทษหนักขึ้น โดยในกฎหมายอาญากำหนดขอบเขตของคำว่า ผู้สืบสันดาน บุพการีไว้ในบทนิยาม มีเพียงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางแนวทางไว้ว่า บุพการี หมายถึง บุพการีโดยสายโลหิตขึ้นไป ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสันดานตามสายโลหิตลงมา ความไม่ชัดเจนถึงความสัมพันธ์เหล่านั้นยังส่งผลต่อผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะสิทธิในการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยที่มีหลักการให้อำนาจในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้เสียหายที่แท้จริง รวมไปถึงผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงด้วย อาทิ อำนาจในการร้องทุกข์ อำนาจฟ้องร้อง อำนาจในการถอนฟ้อง อำนาจในการยอมความในความผิดส่วนตัว โดยผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่จริงส่วนใหญ่มาจากบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันในครอบครัว อาทิ ผู้สืบสันดาน บุพการี สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ปกครอง เป็นต้น โดยบุคคลเหล่านี้มักได้รับความเสียหายโดยอ้อม เมื่อเกิดการกระทำความผิดทางอาญาต่อสมาชิกในครอบครัว ดังนั้น หากมีเหตุที่ผู้เสียหายที่แท้จริงไม่สามารถเข้าจัดการดำเนินคดีอาญาเองได้ อาทิ เหตุเพราะอายุ ความเจ็บป่วย หรือการเสียชีวิต กฎหมายได้กำหนดให้มีบุคคลอื่นเข้าไปมีอำนาจในการเข้าไปจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงได้

จากประเด็นปัญหาพื้นฐานจึงนำมาสู่การตั้งเป็นคำถามสำคัญในการวิจัยนี้ ว่าปัจจุบันการตั้งครรภ์ในลักษณะการนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายวิธี ความเป็นบิดามารดาที่จดทะเบียนสมรสหรือไม่จดทะเบียนสมรส หรือชายผู้เป็นเจ้าของอสุจิหรือหญิงที่เป็นเจ้าของเซลล์ไข่ บุตรที่เกิดมาจะเป็นอย่างไร

<sup>3</sup> นිරันต์ ทรงนรินทร์, วิวัฒนาการทางการแพทย์เกี่ยวกับการเจริญพันธุ์อันมีผลต่อกฎหมายว่าด้วยบุคคล, *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี*, (8 ฉบับพิเศษ) (2560), น. 51.

มีฐานะความเป็นเป็นบุพการี ผู้สืบสันดานกันหรือไม่ เพราะเหตุใด และบุคคลเหล่านี้เมื่อตกเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง จะมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ อย่างไร รวมถึงผู้มีอำนาจในการจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงซึ่งเกิดจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะเป็นอย่างไร มีขอบเขตเพียงใด จึงจำเป็นต้องศึกษาค้นคว้าแนวคิด หลักการอันเป็นพื้นฐานระบบและหลักการในการดำเนินคดีอาญา แนวคิดหลักการทางการแพทย์ รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมาเกี่ยวกับสถานะความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน รวมไปถึงนิติวิธีในการใช้และการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ยังไม่ครอบคลุมปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

## 2. วัตถุประสงค์

- 2.1 ศึกษา ระบบ แนวคิด หลักการ และขั้นตอนในการดำเนินคดีอาญา
- 2.2 ศึกษาแนวคิด หลักการความสัมพันธ์ระหว่างบุพการี ผู้สืบสันดานกรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 2.3 ศึกษาปัญหาการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน ศึกษากรณี เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 2.4 เสนอแนะการแก้ไขปัญหากฎหมายการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน ศึกษากรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

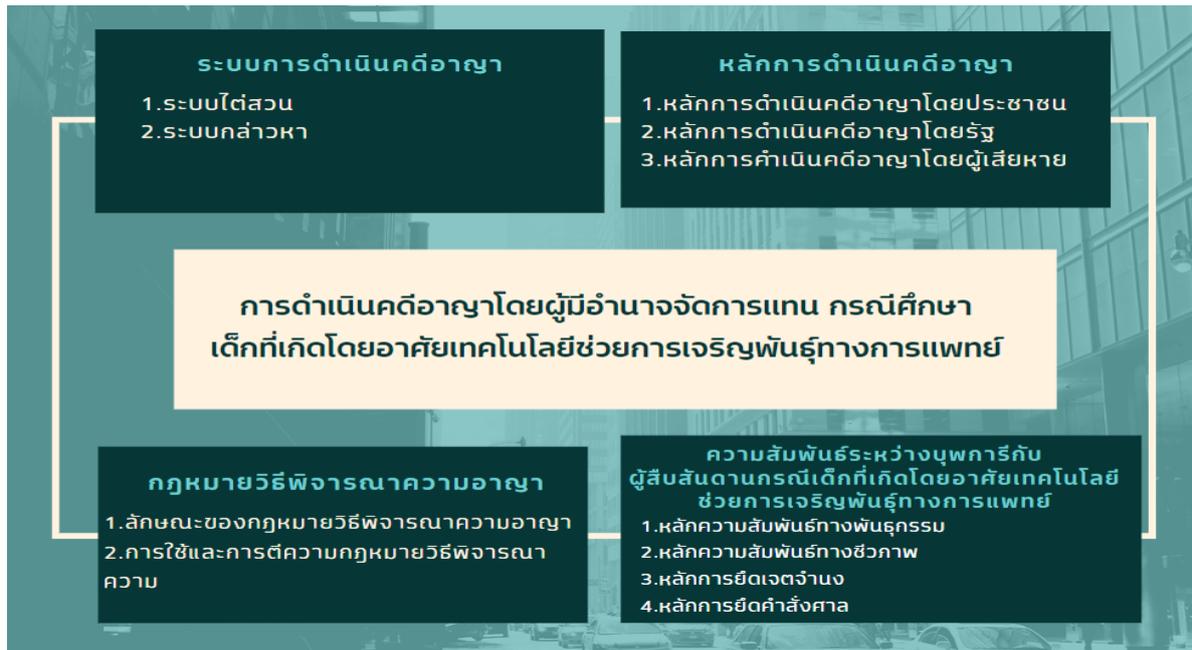
## 3. ขอบเขตการศึกษา

ขอบเขตการศึกษามุ่งศึกษาการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย โดยเฉพาะการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการีกับผู้สืบสันดาน เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และแนวคิดหลักกฎหมายเกี่ยวข้อง

## 4. วิธีการศึกษาวิจัย

ศึกษาค้นคว้าเอกสาร (Documentary research) เป็นหลักจากแหล่งข้อมูลปฐมภูมิ (Primary resources) ได้แก่ หนังสือ ตำรา หนังสือ พระราชบัญญัติหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ บทความวิชาการ งานวิจัย บทความวิจัย และแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary resources) ได้แก่ เอกสารทางวิชาการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

## 5. กรอบแนวคิดในการศึกษา



ที่มา : จัดทำโดยผู้วิจัย

## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 เข้าใจปัญหาการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน ศึกษากรณี เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

6.2 ได้ข้อเสนอแนะทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน ศึกษากรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

## 7. ผลการศึกษา

จากการศึกษาพบว่า แนวคิดหลักการในการดำเนินคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นวิจัย คือ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย (Private prosecution principle) กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายจากการกระทำความผิดเท่านั้นที่จะมีบทบาทในการดำเนินคดีอาญา ไม่ว่าจะเป็นการร้องทุกข์ การฟ้องร้อง หรือการนำเสนอพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ให้ศาลเชื่อเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ดังนั้นผู้เสียหายจะมีบทบาทสำคัญเพื่อปกป้องและรักษาความสงบเรียบร้อยในประเทศ ในบางประเทศแม้ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ยังสามารถเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถดำเนินคดีอาญาในความผิดที่กฎหมายกำหนดฐานความผิดไว้<sup>4</sup> ดังนั้น ผู้เสียหายที่ได้รับผลจากการกระทำความผิดนั้นโดยตรง จึงมีสิทธิและหน้าที่พื้นฐานในการดำเนินคดีอาญาภายใต้โครงสร้างกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย ในงานวิจัยนี้เป็นการศึกษาการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายโดยอาศัย

<sup>4</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 1*, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), น. 33.

หลักการพื้นฐานจากหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายแท้จริง ซึ่งโดยหลักแล้วผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายย่อมมีอำนาจภายใต้ขอบเขตอำนาจของผู้เสียหายเป็นหลัก และมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เสียหายที่แท้จริง กล่าวคือ ผู้เสียหายที่แท้จริงมีอำนาจเพียงไร ผู้มีอำนาจจัดการแทนย่อมมีอำนาจเท่านั้น โดยปรากฏผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงในมาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แนวคิด หลักการความสัมพันธ์ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดานหรือบิดา มารดากับบุตร กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ปัจจุบันอาศัยจุดเกาะเกี่ยว 3 ลักษณะ ดังนี้<sup>5</sup> 1. หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเป็นหลักที่ถูกนำมากำหนดความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงทางสายเลือด โดยการกำหนดให้คู่สมรสเจ้าของเชื้อและไข่ที่แท้จริง เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะตั้งครรภ์เองหรือตั้งครรภ์แทนก็ดี โดยยึดหลักการสำคัญที่ว่าได้ใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เมื่อเป็นเช่นนั้นก็ควรกำหนดให้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ในบางกรณีที่ควรอนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคและควรให้คู่สมรสนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ย่อมเป็นไปตามหลักเจตจำนงของคู่สมรส (Intent-based approach) 2. หลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) หลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ การกำหนดความเป็นมารดาตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย หรือการกำหนดให้หญิงเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด แม้หญิงนั้นจะตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ให้ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกำหนดให้หญิงที่คลอดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่กำเนิดมาทางชีวภาพนั้นก็เป็นหลักฐานที่มีอยู่แล้วในกฎหมายลักษณะครอบครัว ประกอบกับในไทยและต่างประเทศก็ได้ระบุไว้เป็นแบบนี้ในลักษณะที่เป็นสากลโดยให้เหตุผลดั้งเดิมที่ว่า ผู้ที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันกับเด็กในท้อง กฎหมายให้ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสมอ 3. หลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) หลักการยึดเจตจำนงเป็นการกำหนดความเป็นบิดา มารดา โดยคำนึงถึงข้อตกลงกันเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ<sup>6</sup> โดยส่วนใหญ่ก็จะเกิดขึ้นจากความต้องการของฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรตกลงกับคู่สมรสฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองความต้องการของฝ่ายที่ต้องการมีบุตรเสียมากกว่าเพราะฝ่ายที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายโดยการเกิดคุ้มครองอยู่แล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักนี้กับหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม มักจะมีความสัมพันธ์กันอยู่เสมอ

โดยปัจจุบันเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นการเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์ อาทิ การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การตั้งครรภ์แทน ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การควบคุม

<sup>5</sup> ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 107.

<sup>6</sup> สุรเดช จารุจินดา, *กฎหมายอุ้มบุญในความเป็นบิดามารดาต่อบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย* (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล), (หลักสูตรหลักนิตยธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่น 6 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), น.5.

การดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงบทลงโทษทางกฎหมายทางอาญา แต่ไม่มีการกำหนดหลักการเกี่ยวกับความเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงนำมาสู่การอธิบายผลการศึกษาวินิจฉัยในลำดับต่อไป ส่วนนี้การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ที่เกิดตามธรรมชาติโดยปกติไม่ได้เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ปราบกฏผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงในมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

## 8. อธิปไตยผลการวิจัย

แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีเนื้อหาครอบคลุมการดำเนินการต่าง ๆ ดังที่กล่าวมา แต่ไม่พบมีการกำหนดเงื่อนไขสิทธิและหน้าที่ในทางอาญาไว้ เช่นสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งดังปรากฏในมาตรา 29<sup>7</sup> ของพระราชบัญญัตินี้ ประกอบกับผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงในมาตรา 5 และมาตรา 6<sup>8</sup> ได้กำหนดให้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้แทนโดยชอบธรรม มีอำนาจในการจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งเคยมีคำพิพากษาของศาลฎีการวมถึงคำอธิบายในทางดำราถึงในเรื่องความเป็นผู้บุพการีไว้ หมายถึง ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิด มารดา ปู่ย่า ตายาย ทวด ส่วนผู้สืบสันดาน หมายถึง ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา ได้แก่ ลูก หลาน หลาน ลี<sup>9</sup> กล่าวคือ บุพการี คือ บุพการีตามความเป็นจริง ส่วนผู้สืบสันดาน คือ ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง<sup>10</sup> จึงเกิดปัญหาทางกฎหมายในการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย จึงนำมาสู่การวิเคราะห์หรืออภิปรายผลที่สำคัญ ดังนี้

โดยทั่วไปการสร้างตัวอ่อน อาจสามารถเกิดขึ้นได้จากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของหญิงกับอสุจิของชาย จนเกิดการปฏิสนธิ จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์ ซึ่งอสุจิหรือเซลล์ไข่ อาจได้มาจากชาย-หญิงผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือจากชาย-หญิงที่บริจาค ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงแยกประเด็นวิเคราะห์ออกเป็น 5 ลักษณะ ดังนี้ 1. การนำเซลล์ไข่ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรกับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตร มาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย 2. การนำเซลล์ไข่หญิงผู้บริจาคมกับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตร มาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึง

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 วรรคสอง “...ชายหรือหญิงที่บริจาคมอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคมดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477

<sup>9</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2516 (ที่ประชุมใหญ่) ผู้บุพการีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) นั้นหมายถึงผู้บุพการีตามความเป็นจริง

โจทก์กับนางอุงแต่งงานกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายผู้ตายอายุ 17 ปี ยังเป็นผู้เยาว์ เป็นบุตรอยู่เรือนเดียวกันและอยู่ในความปกครองของโจทก์กับนางอุง โจทก์เป็นผู้ไปแจ้งการเกิดว่าผู้ตายเป็นบุตรของตน และเป็นผู้ให้การศึกษาแก่ผู้ตายตลอดมา แต่โจทก์ไม่เคยยื่นคำร้องต่ออัยการรับรองผู้ตายว่าเป็นบุตร แม้ผู้ตายจะมีใช้บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ แต่โจทก์ก็เป็นผู้บุพการีของผู้ตายตามความเป็นจริง เมื่อผู้ตายถูกจำเลยทำร้ายถึงแก่ความตายโจทก์ซึ่งเป็นผู้บุพการีตามความเป็นจริงของผู้ตายย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้ตายได้

<sup>10</sup> ณรงค์ ใจหาญ, เรื่องเดิม, น. 86.

คลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย 3. การนำเซลล์ไข่ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรกับอสุจิของชายผู้บริจาคอสุจิ มาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย 4. การนำเซลล์ไข่หญิงที่รับตั้งครรภ์กับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรมาปฏิสนธิกันภายนอก จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย (กฎหมายห้าม) 5. การนำเซลล์ไข่หญิงผู้บริจาคกับอสุจิของชายผู้บริจาคมาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย

1. การนำเซลล์ไข่ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรกับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรมาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย โดยกรณีนี้แยกวิเคราะห์ได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1.1 กรณีสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย : การนำเซลล์ไข่ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรกับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรมาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย เป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 22<sup>11</sup>

1.1.1 วิเคราะห์สถานะความเป็นบิดา มารดาหรือบุพการี สถานะของความเป็นบิดามารดาหรือบุพการีของเด็กเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของภริยาและอสุจิของสามี ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์

ความเป็นบุพการีของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของภริยาและอสุจิของสามี ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์ ผู้วิจัยเห็นว่า ความเป็นบุพการีเกิดขึ้นและเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) เนื่องจากลักษณะที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรม กรรมพันธุ์หรือลักษณะต่าง ๆ ในสิ่งมีชีวิตสามารถถ่ายทอดไปสู่รุ่นต่อไปได้ โดยผ่านทางเซลล์สืบพันธุ์ กล่าวคือ เมื่อเกิดการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของแม่และอสุจิของพ่อลักษณะต่าง ๆ ของพ่อและแม่จะถ่ายทอดไปยังลูก โดยหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม เป็นหลักที่ถูกนำมาใช้ในการกำหนดความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงทางสายโลหิตโดยการกำหนดจากความเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่แท้จริง

1.1.2 วิเคราะห์ความเป็นบุพการีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน สถานะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แม้ไม่ได้เป็นเจ้าของไข่ แต่ความเป็นบุพการีของเด็กที่รับตั้งครรภ์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า สามารถกำหนดให้อยู่ในขอบเขตของความ เป็นบุพการีได้เช่นกัน โดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) เนื่องจากหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ เป็นการกำหนดให้หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นบุพการี แม้ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ด้วยเหตุผลที่สำคัญ คือ หญิงผู้รับตั้งครรภ์ประมาณ 40 สัปดาห์ การเจริญเติบโตของเด็กในครรภ์ย่อมต้องอาศัยความสัมพันธ์ทางสายเลือดหล่อเลี้ยงผ่านสายสะดือ (Umbilical cord) คือ สายเชื่อมระหว่างทารกกับรก เพื่อทำหน้าที่ส่งผ่านสารอาหารและออกซิเจนจากเลือดมารดาไปให้แก่ทารก และนำของเสียออกมา นอกจากนี้

<sup>11</sup> มาตรา 22 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า “การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธีดังต่อไปนี้ (1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน (2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

การดูแลด้านสุขอนามัย ความปลอดภัยด้านอาหาร สุขภาพแล้ว หญิงผู้รับตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันทางร่างกาย และจิตใจกับเด็กในครรภ์ โดยให้ถือว่าเป็นบุพการีเสมอ ซึ่งแนวคิดและหลักการนี้เป็นเหตุผลที่ใช้กันมาก่อน เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และยังเป็นหลักการที่ยังมีเหตุผลเพียงพอสนับสนุนการกำหนดสถานะของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุพการีได้

**1.1.3 วิเคราะห์ความเป็นบุตรหรือผู้สืบสันดาน** สถานะบุตรในกรณีดังกล่าว บุตรที่เกิดมาย่อมเป็นผู้สืบสันดานของบิดามารดาหรือบุพการีของบุตรที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของภริยาและอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach)

ส่วนสถานะบุตรที่เกิดมาจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยเห็นว่า บุตรที่เกิดมาย่อมเป็นผู้สืบสันดานโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) เช่นกัน

#### 1.1.4 การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการี ผู้สืบสันดาน

การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีอำนาจจัดการแทน เมื่อสถานะบุพการี ผู้สืบสันดานมีความชัดเจน จากที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อ 1.1 นี้ ย่อมส่งผลทำให้บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการในคดีอาญาแทนได้ ผู้เขียนเห็นว่า การแสดงให้เห็นถึงสถานะดังกล่าว ย่อมต้องอาศัยเอกสารทางการแพทย์เพื่อยืนยันความแท้จริงของสถานะต่อเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมถึงการพิจารณาคดีอาญาในชั้นศาลด้วย

**1.2 กรณีสามีภริยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย : การนำเซลล์ไข่ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรกับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรมาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย**

แม้เป็นสามีภริยา หากไม่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ย่อมไม่อยู่ในเงื้อมมือของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้ที่อนุญาตให้ตั้งครรภ์แทนได้ แต่อย่างไรก็ตามการตั้งครรภ์แทนสามีภริยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจเกิดขึ้นได้ อาทิ การสมรสซ้อนระหว่างชายหญิง ซึ่งระหว่างสมรสซ้อน อาจมีการขอใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการตั้งครรภ์แทน จนเกิดบุตรบุตรจากการตั้งครรภ์แทนหรือการแก่งัดทะเบียนสมรส เพื่อขอให้ครบเงื่อนไขของพระราชบัญญัตินี้

**1.2.1 วิเคราะห์สถานะความเป็นบิดา มารดาหรือบุพการี** สถานะของความเป็นบิดามารดาหรือบุพการีของเด็กเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของภริยาและอสุจิของสามี ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์ แม้ระหว่างบิดา มารดา จะไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ความเป็นบุพการีของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของภริยาและอสุจิของสามี ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์ ผู้วิจัยเห็นว่า ความเป็นบุพการีของบิดามารดาเกิดขึ้นตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม

(Genetic-based approach) เนื่องจากลักษณะที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรม กรรมพันธุ์หรือลักษณะต่าง ๆ ในสิ่งมีชีวิตสามารถถ่ายทอดไปสู่รุ่นต่อไปได้โดย ผ่านทางเซลล์สืบพันธุ์ จากการเกิดการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของแม่และอสุจิของพ่อ ลักษณะต่าง ๆ ของพ่อและแม่จะถ่ายทอดไปยังลูก ซึ่งแนวคิดและหลักการในทางวิทยาศาสตร์นี้ได้ถูกนำมาใช้ในการกำหนดถึงความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงทางสายโลหิต โดยการกำหนดจากความเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ที่แท้จริง ดังนั้นความเป็นบุพการีของบุตรไม่ได้พิจารณา มิติการรับรองโดยกฎหมาย แต่คำนึงถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเป็นสำคัญ

**1.2.2 วิเคราะห์ความเป็นบุพการีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน** สถานะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แม้ไม่ได้เป็นเจ้าของไข่ แต่ความเป็นบุพการีของเด็กที่รับตั้งครรภ์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า สามารถกำหนดให้อยู่ในขอบเขตของความเป็นบุพการีได้เช่นกัน โดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) เนื่องจากหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ เป็นการกำหนดให้หญิงผู้ให้กำเนิด แม้ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ด้วยเหตุผลที่สำคัญ คือ หญิงผู้รับตั้งครรภ์ประมาณ 40 สัปดาห์ นอกจากการดูแลด้านสุขอนามัย ความปลอดภัยด้านอาหาร สุขภาพแล้ว รวมถึงการเปลี่ยนแปลงของฮอร์โมนในร่างกายและสภาพจิตใจระหว่างตั้งครรภ์ หญิงผู้รับตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันทางร่างกาย จิตใจกับเด็กในครรภ์ โดยให้ถือว่าเป็นบุพการีเสมอ ซึ่งแนวคิดหลักการนี้เป็นเหตุผลที่ใช้กันมาก่อนเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และยังเป็นหลักการที่ยังมีเหตุผลเพียงพอสนับสนุนการกำหนดสถานะของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุพการีได้

**1.2.3 วิเคราะห์ความเป็นบุตรหรือผู้สืบสันดาน** สถานะบุตรหรือผู้สืบสันดานในกรณีดังกล่าว บุตรที่เกิดมาย่อมเป็นผู้สืบสันดานของบิดา มารดาหรือบุพการีของบุตรที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของภริยาและอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) แม้ระหว่างบิดา มารดาจะไม่ได้จดทะเบียนสมรสก็ตาม แต่ก็ไม่มีผลต่อความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน

ส่วนสถานะบุตรที่เกิดมาจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยเห็นว่า บุตรที่เกิดมาย่อมมีเป็นผู้สืบสันดานของบิดา มารดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสและมารดาที่ตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach)

**1.2.4 การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการี ผู้สืบสันดาน** การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีศึกษา เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีอำนาจจัดการแทน เมื่อสถานะบุพการี ผู้สืบสันดาน ได้แก่ บิดา มารดา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน บุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อนี้ ย่อมส่งผลทำให้บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการในคดีอาญาแทนได้ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) ประกอบมาตรา 3 และเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยอมจัดการแทนบิดามารดาที่ไม่จดทะเบียนสมรสและมารดาที่ตั้งครรภ์แทนในฐานะผู้สืบสันดานได้ตามมาตรา 5 (2)

2. การนำเซลล์ไข่ของหญิงผู้บริจาคกับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรมาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย (กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ตามมาตรา 22)

2.1. วิเคราะห์สถานะความเป็นบิดามารดาหรือบุพการี สถานะของความเป็นบิดา มารดาหรือบุพการีของเด็กเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของหญิงผู้บริจาคและอสุจิของสามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์

กรณีดังกล่าวความเป็นบุพการีของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของหญิงที่บริจาคและอสุจิของสามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์ ผู้วิจัยเห็นว่า ความเป็นบุพการีเกิดขึ้นได้ โดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) เนื่องจากลักษณะที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรม กรรมพันธุ์หรือลักษณะต่าง ๆ ในสิ่งมีชีวิตสามารถถ่ายทอดไปสู่รุ่นต่อไปได้ โดยผ่านทางเซลล์สืบพันธุ์ หรือนัยเซลล์ไข่ กล่าวคือ เมื่อเกิดการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของหญิงที่บริจาคและอสุจิของพ่อลักษณะต่าง ๆ ของพ่อและหญิงที่บริจาคไข่ย่อมถ่ายทอดไปยังลูก เป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม กรณีนี้เห็นได้ชัดว่า เด็กที่เกิดจากอสุจิของสามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มีฐานะความเป็นบุพการีที่เป็นรูปธรรมมากที่สุด

ส่วนหญิงผู้บริจาคไข่ มีฐานะอย่างไร หากถือความเป็นบุพการีตามสายโลหิต เห็นว่าหญิงที่บริจาคเซลล์ไข่ ย่อมมีฐานะเป็นบุพการีได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากความประสงค์อันแท้จริงของหญิงผู้บริจาคแล้ว ย่อมไม่ประสงค์จะอยู่ในฐานะบุพการีของเด็ก ซึ่งต้องยึดหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) ในการกำหนดความเป็นบุพการี โดยคำนึงถึงเจตนาอันแท้จริงของหญิงนั้นเช่นกัน เมื่อเป็นเช่นนั้นหญิงผู้บริจาคไข่ย่อมขาดจากความเป็นบุพการีตามความประสงค์ของตน แต่อย่างไรก็ตามการยึดหลักดังกล่าว อาจมีข้อโต้แย้งว่าเป็นการขัดแย้งกับหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) ได้ ซึ่งประเด็นข้อโต้แย้งคล้ายคลึงได้เคยเกิดขึ้น โดยศาลสูงของอิสราเอลได้ตัดสินในคดี the Ora Mor Yosef ว่าให้ยึดความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมปฏิเสธหลักเจตจำนง ซึ่งแตกต่างจากศาลอุทธรณ์ของรัฐแคลิฟอร์เนียให้ยึดหลักเจตจำนง<sup>12</sup>

ส่วนกรณีหญิงซึ่งเป็นภริยาของชายที่เป็นเจ้าของอสุจิ แม้หญิงซึ่งเป็นภริยาจะประสงค์มีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่หากพิจารณาจากความสัมพันธ์ตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) หลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) ย่อมไม่มีความสัมพันธ์ใดในฐานะบุพการี หากจะมีก็แต่อาศัยหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) ในการประสงค์จะมีบุตรหรือหลักการยึดคำสั่งศาล (Parental order) ในการรับรองสถานะความเป็นบิดามารดา ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1384/2516 (ประชุมใหญ่) และที่ 1500/2558 ยึดถือมาโดยตลอดว่าความเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานให้ถือความความเป็นจริงโดยคำนึงถึงสายโลหิต โดยไม่ได้คำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายหรือการกำหนดสถานะของบุพการีโดยอาศัยอำนาจของศาล

<sup>12</sup> Doron Dorfman, Surrogate parenthood: between genetics and intent, *Journal of Law and the Biosciences*, 3 (2) (2016), pp. 412.

**2.2. วิเคราะห์ความเป็นบุพการีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน** สถานะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แม้ไม่ได้เป็นเจ้าของไข่ แต่ความเป็นบุพการีของเด็กที่รับตั้งครรภ์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ยังคงมีสถานะเหมือนข้อ 1.2.2 โดยมีฐานะความเป็นบุพการีตามอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) เนื่องจากหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ เป็นการกำหนดให้หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นบุพการี แม้ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ด้วยเหตุผลที่สำคัญ คือ หญิงผู้รับตั้งครรภ์ประมาณ 40 สัปดาห์ นอกจากการดูแลด้านสุขอนามัย ความปลอดภัยด้านอาหาร สุขภาพแล้ว หญิงผู้รับตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันทางร่างกายและจิตใจกับเด็กในครรภ์ โดยให้ถือว่าเป็นบุพการีเสมอ ซึ่งแนวคิดและหลักการนี้เป็นเหตุผลที่ใช้กันมาก่อนเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และยังเป็นหลักการที่ยังมีเหตุผลเพียงพอสนับสนุนการกำหนดสถานะของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุพการีได้

**2.3 วิเคราะห์ความเป็นบุตรหรือผู้สืบสันดาน** สถานะบุตรในกรณีดังกล่าว บุตรที่เกิดมาย่อมเป็นผู้สืบสันดานของบิดา เนื่องจากบุตรที่เกิดจากการปฏิสนธิจากอสุจิของบิดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) ส่วนหญิงภริยาของบิดาที่ประสงค์จะมีบุตร ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่มีสถานะเป็นบุพการี

สถานะของหญิงผู้บริจาคไข่ ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่อยู่ในฐานะบุพการี โดยพิจารณาจากหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) ของหญิงเป็นสำคัญ

ส่วนสถานะบุตรที่เกิดมาจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เห็นว่าบุตรที่เกิดมาย่อมมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) ดังได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น

**2.4 การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการี ผู้สืบสันดาน** การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีอำนาจจัดการแทน ได้แก่ บิดาที่เป็นเจ้าของอสุจิ หญิงผู้รับการตั้งครรภ์แทนเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อยู่ในสถานะบุพการี ผู้สืบสันดาน แล้วแต่กรณีตามที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อที่ 2.1-2.3 ย่อมส่งผลทำให้บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการในคดีอาญาแทนตามมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดว่า บุคคลดังระบุในมาตรา 5 (2) และ 6 มีอำนาจจัดการต่อไปนี้แทนผู้เสียหายตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ (1) ร้องทุกข์ (2) เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาหรือเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ (3) เป็นโจทก์ฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา (4) ถอนฟ้องคดีอาญาหรือคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา (5) ยอมความในคดีความผิดต่อส่วนตัว อย่างไรก็ตามการแสดงให้เห็นถึงสถานะความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดานดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า ย่อมต้องอาศัยเอกสารทางการแพทย์ เช่น ผลการตรวจ Deoxy Ribonucleic Acid (D.N.A) เพื่อยืนยันความแท้จริงด้วยเช่นกัน

3. การนำเซลล์ไข่กริยาที่ประสงค์จะมีบุตรกับอสุจิของชายผู้บริจาคอสุจิ มาปฏิสนธิกันภายนอก ร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย (กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ตามมาตรา 22)

**3.1 วิเคราะห์สถานะความเป็นบิดามารดาหรือบุพการี** สถานะของความเป็นมารดาเจ้าของเซลล์ไข่ เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์ กรณีดังกล่าวความเป็นบุพการีของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์ ผู้วิจัยเห็นว่า หญิงนั้นมีฐานะความสัมพันธ์เป็นบุพการีเกิดขึ้นและเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) เนื่องจากลักษณะที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรม กรรมพันธุ์หรือลักษณะต่าง ๆ ในสิ่งมีชีวิตสามารถถ่ายทอดไปสู่รุ่นต่อไปได้โดยผ่านทางเซลล์สืบพันธุ์ กรณีนี้เห็นได้ชัดว่า เด็กที่เกิดจากเซลล์ไข่ของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงถึงความเป็นบุพการีตามความเป็นจริงโดยสายเลือด

ส่วนอสุจิของชายผู้บริจาค มีฐานะอย่างไร หากถือความเป็นบุพการีตามสายโลหิต เห็นว่า ชายผู้บริจาคอสุจิ ย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีพิจารณาจากความประสงค์อันแท้จริงของชายแล้ว ย่อมไม่มีความประสงค์จะอยู่ในฐานะบุพการีของเด็ก ซึ่งต้องยึดหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) ในการกำหนดความเป็นบิดาโดยคำนึงถึงเจตนาอันแท้จริงของชายนั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น ชายผู้บริจาคอสุจิ ย่อมไม่ประสงค์จะเป็นเป็นบุพการีของบุตร

ส่วนกรณีชายซึ่งเป็นสามีของหญิงกริยาที่เป็นเจ้าของไข่ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่มีสถานะเป็นบุพการี โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) หลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) ย่อมไม่มีความสัมพันธ์ใดในฐานะบุพการี แม้จะประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) หรือหลักการยึดคำสั่งศาล (Parental order) ในการรับรองสถานะความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย ผู้วิจัยยังเห็นว่ายังไม่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ที่ถือความเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง โดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ตามสายโลหิต

**3.2 วิเคราะห์ความเป็นบุพการีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน** สถานะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แม้ไม่ได้เป็นเจ้าของไข่ แต่ความเป็นบุพการีของเด็กที่รับตั้งครรภ์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ยังคงมีสถานะเหมือนข้อ 1.2.2 โดยมีฐานะความเป็นบุพการีตามอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) เนื่องจากหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ เป็นการกำหนดให้หญิงผู้ให้กำเนิด แม้ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ด้วยเหตุผลที่สำคัญ คือ หญิงผู้รับตั้งครรภ์ประมาณ 40 สัปดาห์ การเจริญเติบโตของเด็กในครรภ์ย่อมเจริญเติบโตโดยอาศัยสายสะดือ (Umbilical cord) เพื่อทำหน้าที่ส่งผ่านสารอาหาร และออกซิเจนจากเลือดมารดา ไปให้แก่ทารก และนำของเสียออกมาสู่มารดา นอกจากการดูแลด้านสุขอนามัย ความปลอดภัยด้านอาหาร สุขภาพแล้ว หญิงผู้รับตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันทางร่างกาย จิตใจกับเด็กในครรภ์ โดยให้ถือว่าเป็นบุพการีเสมอ ดังได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น

**3.3 วิเคราะห์ความเป็นบุตรหรือผู้สืบสันดาน** สถานะบุตรในกรณีดังกล่าว บุตรที่เกิดมาย่อมเป็นผู้สืบสันดานของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร เนื่องจากบุตรที่เกิดจากการปฏิสนธิจากการนำเซลล์ไข่ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร จึงอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach)

สถานะของชายผู้บริจาคอสุจิ ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่อยู่ในฐานะบุพการี โดยพิจารณาจากหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) ของชายเป็นสำคัญ

ส่วนสถานะบุตรที่เกิดมาจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เห็นว่าบุตรที่เกิดมาย่อมมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) ดังได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น

**3.4 การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการี ผู้สืบสันดาน** จากการวิเคราะห์ข้างต้น เห็นว่า การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีศึกษา เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีอำนาจจัดการแทน ได้แก่ หญิงเจ้าของเซลล์ไข่ที่ประสงค์จะมีบุตร หญิงผู้รับการตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ในสถานะผู้สืบสันดานของบุพการีดังกล่าว ส่งผลทำให้บุคคลเหล่านี้อยู่ในฐานะเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการในคดีอาญาแทนตามมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตาม การแสดงหรือยืนยันให้เห็นถึงสถานะความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดานดังกล่าว ย่อมต้องอาศัยข้อมูลและเอกสารทางการแพทย์ เพื่อยืนยันในการแสดงต่อบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม

**4. การนำเซลล์ไข่หญิงที่รับตั้งครรภ์กับอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรมาปฏิสนธิกันภายนอก จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย (กฎหมายห้าม)**

กรณีที่เซลล์ไข่ของหญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนปฏิสนธิกับอสุจิของสามีหญิงที่ประสงค์จะมี บุตรจนตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมา กรณีดังกล่าวพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดห้ามไม่กระทำ แต่หากกระทำการย่อมมีความผิดทางอาญา และต้องรับโทษตามความในมาตรา 22<sup>13</sup> ทั้งนี้ หากเกิดความผิดพลาดบกพร่องจากกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือเกิดจากความตั้งใจของผู้เกี่ยวข้องย่อมเกิดปัญหาการตั้งครรภ์ที่ผิดกฎหมาย แต่สามารถเกิดการตั้งครรภ์โดยสมบูรณ์ขึ้นได้ ดังนั้น เพื่อให้ครอบคลุมปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ ผู้วิจัยจึงขอวิเคราะห์ ดังนี้

**4.1 สถานะของความเป็นบิดา มารดาหรือบุพการีของเด็ก** สถานะของความเป็นบิดา มารดา หรือบุพการีของเด็กเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของภริยาและอสุจิของสามี ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์ ความเป็นบุพการีของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่ของหญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนและอสุจิของสามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร

<sup>13</sup> มาตรา 22 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้ 2 วิธี ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้

ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยเห็นว่า ความเป็นบุพการีเกิดขึ้นไปตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) โดยบุพการี กรณีนี้ คือ สามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากเป็นเจ้าของของอสุจิ ส่วนบุพการี คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากเป็นเจ้าของไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตามความเป็นจริงทางสายโลหิต โดยการกำหนดจากความเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่แท้จริง

ส่วนหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น จะเห็นได้ว่าไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมทางชีวภาพกับเด็ก จึงไม่มีฐานะเป็นบุพการีของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

**4.2 วิเคราะห์ความเป็นบุตรหรือผู้สืบสันดาน** สถานะบุตรในกรณีดังกล่าว บุตรที่เกิดมาย่อมเป็นผู้สืบสันดานของชายสามีที่เป็นเจ้าของอสุจิที่ประสงค์จะมีบุตร ส่วนบุพการีหญิงของบุตร คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเนื่องจากเป็นเจ้าของเซลล์ไข่และรับตั้งครรภ์ ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) และตามหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) ด้วย

**4.3 การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการี ผู้สืบสันดาน** การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน ในกรณีนี้ คือ 1. สามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 2. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน 3. บุตรที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นผู้สืบสันดานในกรณีที่ 1 และ 2 มีอำนาจจัดการแทนในคดีอาญาระหว่างกันได้ในฐานะบุพการี ผู้สืบสันดาน

**5. การนำเซลล์ไข่หญิงผู้บริจาคกับอสุจิของชายผู้บริจาค มาปฏิสนธิกันภายนอกร่างกาย จากนั้นนำไปฝากหญิงที่รับตั้งครรภ์จนถึงคลอดเด็กออกมาเป็นทารกเจริญเติบโตตามวัย (กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้)**

การมีบุตรกรณีนี้ แม้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะไม่มีการอนุญาตให้กระทำได้ แต่ในความเป็นจริงอาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้นเพื่อให้ครอบคลุม หากเกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทนขึ้น ผู้วิจัยจึงขอวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ของสถานะผู้มีอำนาจจัดการแทนตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

**5.1 วิเคราะห์สถานะความเป็นบิดา มารดาหรือบุพการี** สถานะของชายผู้เป็นเจ้าของอสุจิบริจาค มีฐานะอย่างไร หากถือความเป็นบุพการีตามสายโลหิต ผู้วิจัยเห็นว่า ชายผู้บริจาคอสุจิ ย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีพิจารณาจากความประสงค์อันแท้จริงของชายที่ประสงค์บริจาคอสุจิแล้ว ย่อมไม่มีความประสงค์จะอยู่ในฐานะบุพการีของเด็ก ซึ่งต้องยึดหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) ในการกำหนดความเป็นบิดาโดยคำนึงถึงเจตนาอันแท้จริงของชายนั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น ชายผู้บริจาคอสุจิย่อมไม่เป็นบุพการีของบุตร

ส่วนหญิงผู้บริจาคไข่ มีฐานะอย่างไร หากถือความเป็นบุพการีตามสายโลหิต ผู้วิจัยเห็นว่า หญิงที่บริจาคไข่ ย่อมมีฐานะเป็นบุพการีเช่นเดียวกับชายผู้เป็นเจ้าของอสุจิบริจาค แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีพิจารณาจากความประสงค์อันแท้จริงของหญิงแล้ว ย่อมไม่ประสงค์จะอยู่ในฐานะบุพการีของเด็ก ซึ่งต้องนำหลักการยึดเจตจำนง (Intent-based parenthood) เป็นสำคัญ ในการกำหนดความเป็นบิดา มารดา โดยคำนึงถึงเจตนาอันแท้จริงของหญิงนั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น หญิงผู้บริจาคไข่ย่อมขาดจากความเป็นบุพการีตามความประสงค์ของตนด้วยเหตุประสงค์บริจาคไข่เท่านั้น โดยไม่ได้ประสงค์จะมีบุตรเอง

**5.2 วิเคราะห์ความเป็นบุพการีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน** สถานะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แม้ไม่ได้เป็นเจ้าของไข่ แต่ความเป็นบุพการีของเด็กที่รับตั้งครรภ์นั้น เห็นว่ายังคงมีสถานะความเป็นบุพการีตามอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) เนื่องจากหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพเป็นการกำหนดให้หญิงผู้ให้กำเนิด แม้ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ด้วยเหตุผลที่สำคัญ คือ หญิงผู้รับตั้งครรภ์ประมาณ 40 สัปดาห์ ที่มีความสัมพันธ์ในการหล่อเลี้ยงทารกด้วยสายโลหิตจนกว่าจะคลอด นอกจากการดูแลด้านสุขอนามัย ความปลอดภัยด้านอาหาร สุขภาพแล้ว หญิงผู้รับตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันทางร่างกายและจิตใจกับเด็กในครรภ์ โดยให้ถือว่าเป็นบุพการีเช่น ซึ่งเป็นเหตุผลที่ลูกอภิบาลสนับสนุนความเป็นมารดา มาโดยตลอด

**5.3 วิเคราะห์ความเป็นบุตรหรือผู้สืบสันดาน** กรณีบุตรที่เกิดมาจากอสุจิและไข่ของผู้บริจาค ผู้วิจัยเห็นว่า ยังไม่ขาดจากการเป็นผู้สืบสันดานของบุคคลเหล่านั้นด้วยเหตุผลตามหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based approach) เมื่อพิสูจน์ได้ตามหลักการทางวิทยาศาสตร์ ส่วนสถานะบุตรที่เกิดมาจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เห็นว่าบุตรที่เกิดมามีฐานะเป็นผู้สืบสันดานโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological relation approach) ดังได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น เว้นแต่เด็กจะแสดงความจำนงไม่ประสงค์จะเป็นผู้สืบสันดานอีกต่อไป ทั้งนี้ โดยเด็กต้องอยู่ในวัยที่สามารถแสดงเจตจำนงได้อย่างสมบูรณ์ อาทิ อายุครบ 20 ปีบริบูรณ์

**5.4 การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการี ผู้สืบสันดาน** การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีหญิงผู้รับการตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ในสถานะบุพการี ผู้สืบสันดานต่อกันที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาในฐานะผู้มีอำนาจจัดการแทนได้ตามกฎหมาย

โดยในลักษณะดังกล่าวมีคดีตัวอย่างพอประกอบได้ คือ กรณีรับไม่ได้ สาวญี่ปุ่นประกาศ “ทิ้งลูก” เรียกค่าเสียหายร่วม 100 ล้าน หลังพบผู้บริจาคอสุจิเป็น “คนจีน” แต่งประวัติหลอกลวง<sup>14</sup>

แม่ชาวญี่ปุ่นประกาศ “ทิ้งลูก” ให้คนอื่นรับไปเลี้ยงแทนหลังพบว่าชายที่ “บริจาคอสุจิ” ให้กับเธอ โทกขข้อมูลส่วนตัวทุกอย่าง ตั้งแต่สัญชาติ เรื่อยไปยันประวัติการศึกษา เว็บไซต์เดอะซันรายงานว่า หญิงโตเกียววัย 30 เศษ ๆ คนนี้เคยมีลูกกับสามีมาแล้ว 1 คน แต่เมื่อพบว่าเขามีโรคทางพันธุกรรมที่อาจส่งต่อไปถึงบุตรได้ จึงตัดสินใจประกาศหา “ผู้บริจาคอสุจิ” ทางโซเชียลมีเดีย

ชายหนุ่มที่เธอเลือกให้เป็นผู้บริจาคอสุจิอ้างว่า เขาเป็นคนญี่ปุ่น อายุ 20 ปีเศษ ยังโสด และเรียนจบจากมหาวิทยาลัยเกียวโตซึ่งเป็นสถาบันที่มีชื่อเสียง ทั้งสองตัดสินใจนัดพบและมีเพศสัมพันธ์กัน 10 ครั้ง จนกระทั่งฝ่ายหญิงตั้งครรภ์เมื่อเดือน มิ.ย. ปี 2019

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายหญิงมาจับได้ทีหลังว่าชายที่บริจาคอสุจิให้เธอเป็น “คนจีน” และไม่เคยเข้าเรียนที่มหาวิทยาลัยเกียวโตด้วย ทว่าตอนนั้นมันก็ “สายเกินไป” แล้วที่จะยุติการตั้งครรภ์

<sup>14</sup> หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์, รับไม่ได้! สาวญี่ปุ่นประกาศ ‘ทิ้งลูก’ เรียกค่าเสียหายร่วม 100 ล้าน หลังพบผู้บริจาคอสุจิเป็น ‘คนจีน’ แต่งประวัติหลอกลวง, สืบค้นวันที่ 17 มกราคม 2565, จาก <https://mgronline.com/around/detail/9650000005060>.

หลังจากที่คลอดออกมา เธอและสามีตัดสินใจไม่เก็บเด็กคนนี้ไว้ และเวลานี้เด็กถูกส่งไปอยู่ในความดูแลของสถานรับเลี้ยงเด็กแห่งหนึ่งในกรุงโตเกียว

หญิงคนนี้นั่งยื่นฟ้องเรียกค่าเสียหายจากชายผู้บริจาคอสุจิเป็นเงิน 330 ล้านบาท หรือประมาณ 95 ล้านบาท โทษฐาน “ทำให้ได้รับความทุกข์ทรมานจิตใจ” และเธอไม่ต้องการให้ผู้หญิงคนอื่นตกเป็นเหยื่ออีก

มิซูโฮะ ซาซากิ เจ้าหน้าที่ด้านสวัสดิภาพเด็ก ให้สัมภาษณ์กับนิตยสาร VICE โดยวิจารณ์แม่รายนี้ว่ามีความคิด “ตื้นเขิน” และย้ำว่าเธอไม่ควร “ปฏิบัติต่อเด็กคนหนึ่งเหมือนเป็นแค่สิ่งของ”

“แต่ฉันก็ว่ามันคงจะดีกว่า ถ้าเด็กได้ไปอยู่กับพ่อแม่อุปถัมภ์ที่เป็นคนดี” เธอกล่าว

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น เด็กที่เกิดจากการบริจาคอสุจิมิสิทธิรับรู้ใครคือพ่อแม่ที่แท้จริงของตัวเอง แต่เนื่องจากผู้บริจาคส่วนใหญ่ไม่ต้องการเปิดเผยตัวตน ดังนั้น การจะหาคนมาช่วยบริจาคอสุจิจึงเป็นเรื่องที่ยุ่ยยากพอสมควร และมีคู่รักญี่ปุ่นจำนวนมากที่เลือกประกาศหาผู้บริจาคตามสื่อออนไลน์

กรณีตัวอย่างนี้ หากเกิดขึ้นในประเทศไทย ผู้วิจัยเห็นว่า เด็กก็ย่อมมีสิทธิได้รับรู้ว่าใครเป็นบิดามารดาที่แท้จริง และเป็นสิทธิที่ควรได้รับการรับรองโดยกฎหมายด้วยเช่นกัน

ดังนั้นจากที่วิเคราะห์ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เชื่อมโยงมาสู่อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและอำนาจหน้าที่ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งจะมีอำนาจในการจัดการแทนในการดำเนินคดีอาญาด้วย จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการ 3 ลักษณะ คือ 1. หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม 2. หลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ 3. หลักการยึดเจตจำนง ตามลำดับ

**6. วิเคราะห์การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน : กรณีอื่น ๆ** นอกเหนือจากการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทนโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างบุพการี ผู้สืบสันดานดังได้วิเคราะห์มาแล้ว ยังมีการจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงในฐานะอื่น คือ ในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิด ซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ซึ่งอยู่ในความดูแล<sup>15</sup> ซึ่งหากสามี ภริยาไม่สามารถอยู่ในฐานะบุพการีของผู้สืบสันดาน กรณี เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ผู้วิจัยเห็นว่า ยังสามารถมีความสัมพันธ์ในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลได้ หากระหว่างนั้นอยู่ในความดูแลของตนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทนในฐานะบุพการี ผู้สืบสันดานระหว่างกันแล้ว ตามมาตรา 5 มาตรา 6 แล้วยังมีอำนาจในการรับเข้ารับมรดกความ “เมื่อผู้เสียหายได้ยื่นฟ้องแล้วตายลง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา จะดำเนินคดีต่างผู้ตายก่อนไปก็ได้

ถ้าผู้เสียหายที่ตายนั้นเป็นผู้เยาว์ ผู้วิกลจริต หรือผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือผู้แทนเฉพาะคดียื่นฟ้องแทนไว้แล้ว ผู้แทนนั้นจะว่าคดีต่อไปก็ได้”<sup>16</sup> โดยอาศัยความสัมพันธ์ต่าง ๆ ดังได้วิเคราะห์มาแล้ว เพื่อเข้ารับมรดกความแทนได้

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 5 (1).

<sup>16</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 29.

7. วิเคราะห์การแสดงเจตนาในสิทธิในการปฏิเสธความสัมพันธ์ทางสายโลหิตของผู้บริจาคเซลล์ไข่ อสุจิ กรณีผู้บริจาคเซลล์ไข่ อสุจินั้น เพื่อลดปัญหาความซ้ำซ้อนของสถานะความเป็นบุพการีกับผู้สืบสันดาน ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้บริจาคควรแจ้งความจำนงเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะยอมรับหรือปฏิเสธความสัมพันธ์ทางสายเลือดในสิทธิการดำเนินคดีอาญา ซึ่งมีความแตกต่างกับสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งที่กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งมีนัยเด็ดขาดไม่สามารถเลือกได้

8. วิเคราะห์หลักการดำเนินคดีอาญากับกรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หลักการดำเนินการดำเนินคดีอาญาที่ได้รับการยอมรับมี 3 หลักสำคัญ คือ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ หลักการดำเนินคดีอาญาประชาชน และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย ซึ่งหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกรณีการดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทนกรณี เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายที่แท้จริงด้วย ดังนั้นผู้เสียหายที่แท้จริงจากการกระทำ ความผิดอาญาไม่ว่าจะเป็นความผิดอาญาส่วนตัวหรือความผิดอาญาแผ่นดิน สามารถเป็นบุคคลที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ไม่ว่าจะสถานะความเป็นบิดา มารดา หญิงที่รับตั้งครรภ์หรือบุพการีของเด็ก หรือผู้สืบสันดาน บุคคลธรรมดาเหล่านี้ย่อมเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงในคดีอาญาได้และสามารถสืบสิทธิในคดีอาญาได้ ดังได้วิเคราะห์ข้างต้นถึงความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน แต่ละกรณีแล้ว

นอกจากนี้สิทธิของผู้เสียหายที่แท้จริง อาทิ สิทธิในการฟ้องร้องหรือถอนฟ้องคดีอาญา สิทธิในการขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ สิทธิขอให้ศาลตั้งหมายความไว้ เป็นต้น ซึ่งเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่แท้จริงโดยทั่วไป สิทธิเหล่านี้ต้องนำมาใช้กับผู้เสียหายที่เป็นเด็กและเด็กเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่รวมถึงผู้มีอำนาจจัดการแทนจากความสัมพันธ์ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย และผู้วิจัยเห็นว่าการให้สิทธิแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังกล่าวไม่ได้ขัดต่อระบบการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาที่มุ่งเน้นการค้นหาความจริงในคดี เนื่องจากระบบนี้ได้มีการแยกอำนาจในการสอบสวนฟ้องร้องออกจากการพิจารณาคดี การให้อำนาจผู้เสียหายที่แท้จริงในทุกกรณีไม่ว่าบุคคลที่เกิดตามธรรมชาติหรือเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการฟ้องคดีอาญาเองตามเงื่อนไขในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ทำได้ จึงไม่มีผลต่อการค้นหาความจริงและพิจารณาคดีของศาล ไม่กระทบต่อสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา แม้ระบบการดำเนินคดีอาญาในระบบนี้ได้ยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดีก็ตาม<sup>17</sup>

9. การตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีบุพการี ผู้สืบสันดานหรือเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณี เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แม้การตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้บัญญัติการตีความไว้เหมือนมาตรา 4 ประมวล

<sup>17</sup> คณิต ฒ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 135.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากเกิดปัญหาการตีความบทบัญญัติในวิธีพิจารณาความอาญา ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาลักษณะ วัตถุประสงค์ หลักการดำเนินคดีอาญาประกอบ โดยในกรณีความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดานที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การตีความตามนัยที่ได้วิเคราะห์มา ให้ครอบคลุมความสัมพันธ์ของบุพการี ผู้สืบสันดาน ระหว่างเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามี ภริยา หญิงรับตั้งครรภ์แทน รวมถึงผู้บริจาคอสุจิและเซลล์ไข่ในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในขณะเดียวกันเป็นการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อให้เกิดผลในทางที่เป็นผลดี เป็นคุณแก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อให้สามารถดำเนินการได้อย่างต่อเนื่อง ประกอบตามแนวคิดหลักการวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย ก็ให้อำนาจแก่ผู้เสียหายที่แท้จริง รวมถึงผู้มีอำนาจจัดการแทนที่จะดำเนินคดีอาญาเองไว้อย่างกว้างขวาง

## 9. ข้อเสนอแนะ

9.1 เพื่อให้เกิดความชัดเจนควรมีการปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยกำหนดนิยามของบุพการี ผู้สืบสันดาน กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ว่า

“บุพการี หมายความว่ารวมถึง ผู้มีเจตนาที่ให้กำเนิดเด็กที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม สายโลหิตกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ผู้สืบสันดาน หมายความว่ารวมถึง ผู้สืบสายโลหิตหรือมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับบุพการีที่อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

9.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรกำหนดความสัมพันธ์ซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยเฉพาะอำนาจในการจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงของชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคมดังกล่าวให้มีความชัดเจน เช่นเดียวกับที่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ในทางแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกในมาตรา 29 วรรคสองของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

9.3 ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องมีความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการใช้และการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ครอบคลุมให้ถึงการผู้มีอำนาจจัดการแทน ศักยภาพ เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ประเด็นที่ควรวิจัยต่อไป : ควรศึกษาทบทวนแนวคิด หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย โดยอาศัยฐานข้อมูลจากการดำเนินคดีที่ผ่านมาในอดีตประกอบการศึกษาวิจัย พร้อมวิเคราะห์จุดดี จุดด้อย จุดที่ต้องพัฒนา เพื่อให้การดำเนินคดีอาญามีประสิทธิภาพ ประสิทธิผลอย่างแท้จริงบรรลุเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

## 10. กิตติกรรมประกาศ

ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานีที่อนุมัติให้ศึกษาวิจัยเรื่องดังกล่าว คณะกรรมการวิจัยพิจารณาประเมินรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สุดท้ายขอขอบพระคุณข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 3 ท่าน (แบบไม่เปิดเผยชื่อ) และวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ที่รับบทความวิจัยนี้ เข้าสู่การพิจารณา ตลอดจนตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ มา ณ โอกาสนี้

### บรรณานุกรม

- คณิต ฒ นคร. (2549). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2565). *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- นิรันดร์ ทรงนิรันดร์ (2560). วิวัฒนาการทางการแพทย์เกี่ยวกับการเจริญพันธุ์อันมีผลต่อกฎหมายว่าด้วยบุคคล. *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี*, (8 ฉบับพิเศษ), 35-67.
- ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์. (2558). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอัมบฎ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- สุรเดช จารุจินดา. (2561). *กฎหมายอัมบฎในความเป็นบิดามารดาต่อบุตรที่ขอรับด้วยกฎหมาย* (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล). หลักสูตรหลักนิพนธ์เพื่อประชาชนปีไทย รุ่น 6 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์, (2565). *รับไม่ได้! สาวญี่ปุ่นประกาศ 'ทิ้งลูก' เรียกค่าเสียหายร่วม 100 ล้าน หลังพบผู้บริจาคอสุจิเป็น 'คนจีน' แต่งประวัติหลอกลวง*. สืบค้นวันที่ 17 มกราคม 2565, จาก <https://mgronline.com/around/detail/9650000005060>.
- Dorfman, Doron. (2016). Surrogate parenthood: between genetics and intent. *Journal of Law and the Biosciences*, 3 (2), 404-412.

## คำแนะนำผู้เขียนบทความ

### การเตรียมต้นฉบับบทความ

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์เปิดกว้างรับพิจารณาบทความวิชาการบทความวิจัยและอื่น ๆ โดยให้ผู้เขียนศึกษาวิธีการจัดส่งบทความในเว็บไซต์ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/SLJ> และเตรียมต้นฉบับบทความดังนี้

1. บทความวิจัยหรือบทความวิชาการ ไม่ต่ำกว่า 15 หน้า แต่ไม่เกิน 20 หน้า (ตั้งแต่วันที่ 22 สิงหาคม 2565 เป็นต้นไป)
  2. จัดพิมพ์ลงในกระดาษ A4 ระยะห่างจากขอบกระดาษทั้งด้านบน ด้านล่าง ด้านซ้ายและด้านขวา 2.54 เซนติเมตร หรือ 1 นิ้ว ใช้แบบอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 Point ดังที่ปรากฏตัวอย่างใน Template
  3. องค์ประกอบหลักของบทความมีดังนี้
    - 1) ชื่อเรื่อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
    - 2) ชื่อ-นามสกุล ตำแหน่งในงาน ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานที่สังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
    - 3) บทคัดย่อไม่เกิน 250 คำ และคำสำคัญไม่เกิน 3 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
    - 4) เนื้อหาบทความ
    - 5) เชิงอรรถและบรรณานุกรม รวมถึงบรรณานุกรมภาษาไทยที่แปลเป็นภาษาอังกฤษ
  4. บทความวิจัยมีเนื้อหาประกอบด้วยหัวข้อความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐาน ขอบเขตการวิจัย ระเบียบวิธีการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง ผลการวิจัย สรุปผลและข้อเสนอแนะ กิตติกรรมประกาศ (หากมี)
  5. บทความวิชาการมีเนื้อหาประกอบด้วยหัวข้อบทนำ เนื้อหา สรุปผลและข้อเสนอแนะโดยผู้เขียนสามารถกำหนดชื่อหัวข้อและจำนวนหัวข้อได้ตามความเหมาะสม
  6. หากมีการใช้ตารางหรือรูปภาพ นอกจากใช้ขนาดตัวอักษร 14 Point แล้ว ให้มีการอ้างอิงแหล่งที่มาตามรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถด้วย
  7. ให้ใช้รูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถและบรรณานุกรมตามที่กำหนด
  8. เอกสารที่ถูกอ้างอิงในเชิงอรรถทุกรายการจะต้องนำมาเขียนในบรรณานุกรมด้วย
- ทั้งนี้ กองบรรณาธิการมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับพิจารณาบทความในกรณีที่บทความดังกล่าวไม่ได้จัดเตรียมต้นฉบับบทความตามหลักเกณฑ์ที่วารสารกำหนด

## ขั้นตอนการส่งต้นฉบับ

1. ผู้เขียนจัดส่งบทความ (Submission) ผ่านระบบวารสารออนไลน์ของวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ที่เว็บไซต์ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/SLJ> เท่านั้น
2. หากท่านมีข้อสงสัยเพิ่มเติมสามารถสอบถามได้ที่คุณจันทิรา จันทรโชติ โทร. 0-7428-2520 ในวันและเวลาราชการ หรืออีเมล [juntira.j@psu.ac.th](mailto:juntira.j@psu.ac.th)

## ลิขสิทธิ์ในบทความและสิทธิในการเผยแพร่หรือทำซ้ำ

ลิขสิทธิ์บทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่เป็นของวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ความคิดเห็นใด ๆ ของผู้เขียนในบทความ กองบรรณาธิการวารสารไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย ทั้งนี้กองบรรณาธิการวารสารไม่สงวนสิทธิ์ในการตัดออกแต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย

## รูปแบบการอ้างอิงและบรรณานุกรม

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ใช้รูปแบบการอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษและบรรณานุกรมดังต่อไปนี้

### 1. การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษ (footnote)

การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษให้ใช้ตัวอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12 พอยต์ โดยให้พิมพ์ไว้ส่วนล่างของแต่ละหน้าที่อ้างอิงตามระบบการแทรกเชิงอรรถในโปรแกรม Microsoft Word และห่างจากขอบซ้ายของกระดาษ 1.25 เซนติเมตร ซึ่งมีหลักเกณฑ์การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษดังต่อไปนี้

ประเภท	รูปแบบ
1. หนังสือ	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง), ครั้งที่พิมพ์, (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า. อริญ ธรรมโน, <i>ความรู้ทั่วไปทางการคลัง</i> , พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2548), น. 45. Arthur Cecil Pigou, <i>The economics of welfare</i> , 4 <sup>th</sup> ed., (London : Macmillan, 1952), p. 65. Adrian F. Muller and Thomas Sterner, <i>Environmental taxation in practice</i> , (England : Ashgate, 2006), pp. 56-57.
2. บทความวารสาร	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่) (เดือนปีที่พิมพ์), เลขหน้า. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง , แนวทางการกำหนดฐานภาษี ผู้เสียภาษี และอัตราภาษีตามกฎหมายภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับประเทศไทย, <i>วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี</i> , 5 (2) (2560), น. 63. Gilbert E. Metcalf and David Weisbach, The design of a carbon tax, <i>Harvard Environmental Law Review</i> , 33 (58) (2009), pp. 33-43.
3. บทความในหนังสือ	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ใน ชื่อผู้แต่ง (บรรณาธิการ), ชื่อหนังสือ (ตัวเอียง) (ครั้งที่พิมพ์), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์) เลขหน้า.

ประเภท	รูปแบบ
	<p>สุเมธ ศิริคุณโชติ, การคลังยุคหุ่นยนต์, ใน สุปรียา แก้วละเอียด (บรรณาธิการ), <i>อาจารย์บูชา 80 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต</i>, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 259.</p> <p>Janet E. Milne and Mikael Skou Andersen, Introduction to environmental taxation concepts and research, In J. E. Milne and M. S. Andersen (Eds.), <i>Handbook of Research on Environmental Taxation</i>, (Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2012), pp. 15-32.</p>
4. หนังสือพิมพ์	<p>ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, <i>ชื่อหนังสือพิมพ์</i> (ตัวเอียง) (วันเดือนที่พิมพ์), เลขหน้า.</p> <p>กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, มาตรการทางเลือกในการแก้ไขปัญหาขยะพลาสติก, <i>กรุงเทพธุรกิจ</i> (3 พฤษภาคม 2561), น. 9.</p> <p>Saadia Gardezi, Voting patterns in Punjab, <i>The Nation-Lahore</i> (2018, June 16), p. 6.</p>
5. วิทยานิพนธ์	<p>ชื่อผู้แต่ง, ชื่อวิทยานิพนธ์, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ หรือวิทยานิพนธ์ปริญญาตรีศึกษาศาสตร์, ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า.</p> <p>กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, ระบบภาษีสิ่งแวดล้อมสำหรับประเทศไทย ศึกษาแนวทางการใช้มาตรการกฎหมายภาษีคาร์บอน, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 89.</p> <p>Thinnavut Phoombanchoed, Tax policy for financing education expenses, (Master's thesis, Thammasat University, 2013), p. 40.</p>
6. รายงานการวิจัย	<p>ชื่อผู้แต่ง, <i>ชื่อเรื่อง</i> (ตัวเอียง) (รายงานผลการวิจัย), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า.</p> <p>กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, <i>การจัดเก็บภาษีสิ่งแวดล้อมเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศึกษากรณีผู้เสียภาษีฐานภาษีและอัตราภาษี</i> (รายงานผลการวิจัย), (สงขลา : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2560), น. 55-56.</p> <p>Sarayut Wutthayaphon and Avirut Chamchai Kittikon, <i>Court panel system in the Central Tax Court</i> (Research report), Bangkok : Central Tax Court, 2010, p. 35.</p>
7. เอกสารการประชุมวิชาการ (proceedings)	<p>ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ใน ชื่อบรรณาธิการ (บรรณาธิการ), <i>ชื่อการประชุม</i> (ตัวเอียง), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า.</p> <p>จิตตภา สารพัฒน์ก ไชยปัญญา, การอธิบายเรื่อง “สมาส” ในตำราไวยากรณ์ไทย, ใน สุชาดา พงศ์กิตติวิบูลย์ (บรรณาธิการ), <i>การประชุมวิชาการเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 10 ประจำปี 2559</i>, (ชลบุรี : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2559), น. 160.</p> <p>Nguyen Thai-Nghe, Tomas Horvath and Lars Schmidt-Thieme, Factorization Models for Forecasting Student Performance, In Mykola Pechenizkiy (Ed.) <i>International Conference on Educational Data Mining (EDM) 2011</i>, Eindhoven : Eindhoven University of Technology, 2011, p. 11.</p>
8. ข้อมูลจากเว็บไซต์	<p>ชื่อผู้แต่ง, <i>ชื่อบทความ</i> (ตัวเอียง), สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url</p> <p>เอนก เหล่าธรรมทัศน์, <i>พรรคการเมืองกับความรัฐวิสัยทัศน์</i>, สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก <a href="https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/">https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/</a></p> <p>CNN Wire Staff, <i>How U.S. forces killed Osama bin Laden</i>, Retrieved May 3, 2011, from <a href="http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html">http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html</a></p>
9. บทความวารสารอิเล็กทรอนิกส์	<p>ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, <i>ชื่อวารสาร</i> (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่) (ปีที่พิมพ์), เลขหน้า, สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url</p> <p>อริศรา เหล็กคำ, กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ: ศึกษาการสร้างเงื่อนไขในลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง, <i>วารสารนิติสังคมศาสตร์</i>, 10 (1) (2560), น. 7-38, สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน, 2561 จาก <a href="https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160">https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160</a></p> <p>Justin T. Buckingham, Lavonia Smith LeBeau, and William M. P. Klein., The performance versus ability distinction following social comparison feedback, <i>Current Research in Social</i></p>

ประเภท	รูปแบบ
	<i>Psychology: An electronic journal</i> , 63 (4) (2011), Retrieved June 23, 2011, from <a href="http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html">http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html</a>
10. วิทยานิพนธ์จากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทหรือวิทยานิพนธ์ปริญญาตรี) ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา, ปีที่พิมพ์, เลขหน้า, สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	วีระพงศ์ วงศ์แสนศรี, (2556), วิเคราะห์โทษปรับความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556, น. 29, สืบค้นวันที่ 27 มีนาคม 2561, จาก <a href="http://tdc.thailis.or.th/tdc/">http://tdc.thailis.or.th/tdc/</a> Daniel C. Oshi, Rural women and the financing of health care in Nigeria (Doctoral dissertation) Institute of Social Studies, 2009, p.78, Retrieved September, 17 2015, from <a href="http://libopac.ait.ac.th/">http://libopac.ait.ac.th/</a> , p. 78.
11. กฎหมาย	ชื่อกฎหมาย ปี พ.ศ. ที่ประกาศใช้, เลขมาตรา/เลขข้อ
	พระราชบัญญัติจัดสรรรายได้ประเภทภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่อำนาจการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2534, มาตรา 27 Human Rights Act 1998, Section 10
12. การอ้างอิงเอกสารซ้ำและไม่มีเอกสารอื่นมาก่อน	ชื่อผู้แต่ง, เรื่องเดียวกัน, เลขหน้า.
	จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน, น. 89. Arthur Cecil Pigou, Ibid, p.65
13. การอ้างอิงเอกสารซ้ำแต่มีเอกสารอื่นมาก่อน	ชื่อผู้แต่ง, เรื่องเดิม, หน้า.
	จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, น. 89. Arthur Cecil Pigou, Op. cit., p.65

## 2. บรรณานุกรม

การอ้างอิงบรรณานุกรมให้ใช้ตัวอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตามที่กำหนดในแบบ Template โดยเรียงลำดับตามตัวอักษรเริ่มต้นจากภาษาไทยและภาษาอังกฤษในลำดับถัดมา ซึ่งมีหลักเกณฑ์การอ้างอิงบรรณานุกรมดังต่อไปนี้

ประเภท	รูปแบบ
1. หนังสือ	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง). ครั้งที่พิมพ์. สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	อริญ ธรรมโน. (2548). <i>ความรู้ทั่วไปทางการคลัง</i> . พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน). Pigou, Arthur Cecil. (1952). <i>The economics of welfare</i> . 4 <sup>th</sup> ed.. London: Macmillan. Muller, Adrian F., and Sterner, Thomas. (2006). <i>Environmental taxation in practice</i> . Aldershot, England: Ashgate.
2. บทความวารสาร	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่), เลขหน้าที่.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2560). แนวทางการกำหนดฐานภาษี ผู้เสียภาษี และอัตราภาษีตามกฎหมายภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับประเทศไทย. <i>วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี</i> , ปีที่ 5 (2), 63-88.

ประเภท	รูปแบบ
	Metcalf, Gilbert E., and Weisbach, David. (2009). The design of a carbon tax. <i>Harvard Environmental Law Review</i> , 33 (58), 33-43.
3. บทความในหนังสือ	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ใน ชื่อผู้แต่ง (บรรณาธิการ), ชื่อหนังสือ (ตัวเอียง) (ครั้งที่พิมพ์), เลขหน้า. สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	สุเมธ ศิริคุณโชติ. (2561). การคลังยุคหุ่นยนต์. ใน สุปรียา แก้วละเอียด (บรรณาธิการ). <i>อาจารย์บูชา 80 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต</i> . น. 259. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. Milne, Janet E., and Andersen, Mikael Skou. (2012). Introduction to environmental taxation concepts and research. In J. E. Milne and M. S. Andersen (Eds.), <i>Handbook of Research on Environmental Taxation</i> , pp. 15-32. Cheltenham : Edward Elgar Publishing.
4. หนังสือพิมพ์	ชื่อผู้แต่ง. (วันเดือนปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อหนังสือพิมพ์ (ตัวเอียง), เลขหน้า.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (3 พฤษภาคม 2561). มาตรการทางเลือกในการแก้ไขปัญหาขยะพลาสติก. <i>กรุงเทพธุรกิจ</i> , น. 9. Gardezi, Saadia. (2018, June 16). Voting patterns in Punjab. <i>The Nation-Lahore</i> . p. 6.
5. วิทยานิพนธ์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อวิทยานิพนธ์. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทหรือวิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา).
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2557). ระบบภาษีสิ่งแวดล้อมสำหรับประเทศไทย ศึกษาแนวทางการใช้มาตรการกฎหมายภาษีคาร์บอน. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). Thinnavut Phoombanchoed. (2013). Tax policy for financing education expenses. (Master's thesis, Thammasat University).
6. รายงานการวิจัย	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง) (รายงานผลการวิจัย). สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2560). การจัดเก็บภาษีสิ่งแวดล้อมเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศึกษากรณีผู้เสียภาษีฐานภาษีและอัตรากาซี (รายงานผลการวิจัย). สงขลา : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์. Sarayut Wutthayaphon and Avirut Charnchai Kittikon. (2010). <i>Court panel system in the Central Tax Court</i> (Research report). Bangkok : Central Tax Court.
7. เอกสารการประชุมวิชาการ (proceedings)	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ใน ชื่อบรรณาธิการ (บรรณาธิการ). ชื่อการประชุม ครั้งที่ (ตัวเอียง) (เลขหน้า). สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	จิตตภา สารพัฒน์ ไชยปัญญา. (2559). การอธิบายเรื่อง “สมาส” ในตำราไวยากรณ์ไทย. ใน สุชาติ พงศ์กิตติวิบูลย์ (บรรณาธิการ). <i>การประชุมวิชาการเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 10 ประจำปี 2559</i> (หน้า 160). ชลบุรี : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. Thai-Nghe, N., Horvath, T. and Schmidt-Thieme, L.. (2011). Factorization Models for Forecasting Student Performance. In Mykola Pechenizkiy (Ed.). <i>International Conference on Educational Data Mining (EDM) 2011</i> (p. 11). Eindhoven : Eindhoven University of Technology, p. 11.
8. ข้อมูลจากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ (ตัวเอียง). สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	เอนก เหล่าธรรมทัศน์. (2561). <i>พรรคการเมืองกับความไร้รักสามัคคี</i> . สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก <a href="https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/">https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/</a> CNN Wire Staff. (2011). <i>How U.S. forces killed Osama bin Laden</i> . Retrieved May 3, 2011, from <a href="http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html">http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html</a>
9. บทความวารสารอิเล็กทรอนิกส์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่). สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url

ประเภท	รูปแบบ
	<p>อริศรา เหล็กค้ำ. (2560). กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ: ศึกษาการสร้างเขื่อนในลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง. <i>วารสารนิติสังคมศาสตร์</i>, 10 (1). สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน, 2561 จาก <a href="https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160">https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160</a></p> <p>Buckingham, Justin T., LeBeau, Lavonia Smith, and Klein, William M.P.. (2011). The performance versus ability distinction following social comparison feedback. <i>Current Research in Social Psychology: An electronic journal</i>, 63 (4). Retrieved June 23, 2011, from <a href="http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html">http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html</a></p>
10. วิทยานิพนธ์ จากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทหรือวิทยานิพนธ์ปริญญาตรี) ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา. สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	<p>วิระพงศ์ วงศ์แสนศรี. (2556). วิเคราะห์โทษปรับความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. สืบค้นวันที่ 27 มีนาคม 2561, จาก <a href="http://tdc.thailis.or.th/tdc/">http://tdc.thailis.or.th/tdc/</a></p> <p>Oshi, Daniel C.. (2009). Rural women and the financing of health care in Nigeria (Doctoral dissertation) Institute of Social Studies. Retrieved September, 17 2015, from <a href="http://libopac.ait.ac.th/">http://libopac.ait.ac.th/</a></p>

การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญใหม่: ข้อสังเกตว่าด้วยการจัดสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ภายใต้มุมมองของแนวคิดรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ

*Using the Constitutional Amendment Process to Replace a Constitution: A Remark on the Establishment of the Constitution of the Kingdom of Thailand AD 1946 under the Elite-Constructed Constitution Approach's Perspective*

- ณัฐดนัย นาจันทร์ -  
Natdanai Nachan

แนวทางการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทยผ่านมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ

*The Guidelines for the Right to Gender Identity Recognition in Thailand  
Based on the Perspective of the Foreign Laws*

- อารยา สุขสม -  
Araya Sooksom

สถานการณ์การเข้าถึงหลักประกันสุขภาพของคนไม่มีสัญชาติไทยและข้อเสนอแนะ

*A Study on Accessing to Health Guarantee of Non-Thai People and Recommendation*

- ดร.ณิ โปศาลพานิชย์กุล -  
Darunee Paisanpanichkul

การจัดการความขัดแย้งด้านการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของโรงพยาบาลของรัฐในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

*Conflict Management of Medical and Public Health Services of Government Hospitals  
in the Three Southern Border Provinces*

- กิตติ ใจสมุทร, บุษบง ชัยเจริญวัฒน์ -  
Kitti Jaisamoot, Bussabong Chaijaroenwatana

การดำเนินคดีอาญาโดยผู้มีอำนาจจัดการแทน กรณีศึกษาเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

*Criminal Prosecution by Authorized Representative Case Study on the Children Born  
Using Assisted Reproductive Technology*

- อภินันท์ ศรีศิริ -  
Apinan Srisiri

---

SONGKLANAKARIN LAW JOURNAL

FACULTY OF LAW PRINCE OF SONGKLA UNIVERSITY

15 KARNJANAVANICH RD. , HATYAI , SONGKHLA 90110 TEL. +66 74 282520



[www.law.psu.ac.th](http://www.law.psu.ac.th)



[fb.com/psulaw](https://fb.com/psulaw)



[psulaw.official](https://psulaw.official)



[psulaw.official](https://psulaw.official)